

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNİK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 22

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 22,
Br. 1, str. XII+1-508, Rijeka, 2001.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI
COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA
RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA
RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA
GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT
IN RIJEKA

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

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

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Mladen Montana, prof. dr. sc. 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./fax: (051) 675-121, 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: Grafika/Graftrade Žagar

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 22

BROJ 1

RIJEKA, 2001.

SADRŽAJ

*Prilozi za Savjetovanje:***“Vlasništvo - obveze - postupak”****(Poreč, 4.-6. travnja 2001.)***Mihajlo Dika,*

Osnovne procesnoppravne i materijalnopravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka (izvorni znanstveni članak) 1

Petar Simonetti,

Višestruko ugovaranje otuđenja (izvorni znanstveni članak) 49

Tatjana Josipović,

Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo) (izvorni znanstveni članak) 95

Igor Gliha,

Pravo umjetnika izvođača u hrvatskom zakonodavstvu (izvorni znanstveni članak) 155

Zvonimir Slakoper,

Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore (izvorni znanstveni članak) 181

Gian Antonio Benacchio,

La protezione del consumatore nella Comunità Europea con particolare riguardo ai contratti (prethodno priopćenje) 209

Dragutin Ledić,

Suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima (prethodno priopćenje) 229

Dragan Zlatović,

Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu (prethodno priopćenje) 261

Petar Simonetti,

Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine (pregledni članak) 289

Vlado Belaj,

Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla (pregledni članak) 313

<i>Aldo Radolović,</i> Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda (pregledni članak).....	339
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu (pregledni članak)	361
<i>Jozo Čizmić,</i> Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva - ugovor o licenciji žiga i ugovor o know howu (pregledni članak)	377
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Sadržaj i karakter predloženih promjena Zakona o radu (stručni članak)	407
<i>Miljenko Appio Giunio,</i> Ugovorne i zatezne kamate (propisi, praksa i problemi) (stručni članak)	433
<i>Jasna Brežanski,</i> Vode i vodno dobro (neka pitanja pravnog uređenja) (stručni članak)	471

TABLE OF CONTENTS

“Ownership - Obligations - Procedure”

(Poreč, April 4-6, 2001)

Conference Texts:

<i>Mihajlo Dika,</i> Fundamental Formal and Substantial Legal Consequences of Bankruptcy Procedure Commencement	1
<i>Petar Simonetti,</i> Multicontracting of Purchase	49
<i>Tatjana Josipović,</i> State Ownership and Ownership of Other Public Legal Persons (Public Property)	95
<i>Igor Gliha,</i> Performer’s Right in the Croatian Legal System	155
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Invalidity of Certain Provisions of Standard Form Contracts with the Special Account on Consumer Contracts	181
<i>Gian Antonio Benacchio,</i> Consumer Protection in European Community with Special Emphasis on Contracts	209
<i>Dragutin Ledić,</i> Workers’ Participation in Decision Making Process in Commercial Companies	229
<i>Dragan Zlatović,</i> Opposition Proceedings in the New Croatian Trademark Law	261
<i>Petar Simonetti,</i> Acquiring of the Ownership and Other Real Estate Rights with Trust in the Real Estate Registry and Effects of Alienation of Real Estate Belonging to Others	289
<i>Vlado Belaj,</i> Limitations to the Ownership on the Basis of Legal Transaction	313
<i>Aldo Radolović,</i> Producer’s Liability for Damage Caused by His Product	339

<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Protection of Ownership Right in the International Law	361
<i>Jozo Čizmić,</i> Transferring Industrial Property Rights - Contract on Trademark Licencing and Contract on Know-How	377
<i>Marinko Đ. Učur,</i> The Content and Character of Proposed Amendments to Labor Law	407
<i>Miljenko Appio Giunio,</i> Contractual and Statutory Interests (Regulations, Case-law and Problems)	433
<i>Jasna Brežanski,</i> Waters and Water Domain (Some Issues of Legal Regulation)	471

INHALT

“Eigentum - Pflichten - Verfahren”**(Poreč, 4 - 6 April 2001)****Tagungsbeiträge:***Mihajlo Dika,*Grundlegende prozess- und materiellrechtliche Folgen der
Konkurseröffnung 1*Petar Simonetti,*

Mehrseitige Vereinbarung der Veräußerung 49

*Tatjana Josipović,*Sachen als Eigentum des Staates und anderer Personen des öffentlichen
Rechts (öffentliches Eigentum) 95*Igor Gliha,*

Recht des ausübenden Künstlers in der kroatischen Gesetzgebung 155

*Zvonimir Slakoper,*Ungültigkeit einzelner Verordnungen allgemeiner Vertragsbedingungen
unter besonderer Berücksichtigung der Verbraucherverträge 181*Gian Antonio Benacchio,*Verbraucherschutz in der EU unter besonderer Berücksichtigung
von Verträgen 209*Dragutin Ledić,*

Mitbestimmung in Handelsgesellschaften 229

Dragan Zlatović,

Opositionsverfahren im neuen kroatischen Warenzeichenrecht 261

*Petar Simonetti,*Erwerb des Eigentumsrechts und anderer Sachenrechte mit Vertrauen
in Grundbücher und Wirkungen des Rechtsgeschäfts über veräußerte
enteignete fremden Immobilien 289*Vlado Belaj,*

Beschränkung des Eigentumsrechts auf Grund eines Rechtsgeschäfts 313

Aldo Radolović,

Haftung des Produzenten für Schaden durch das Produkt 339

<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Schutz des Eigentumsrechts im Völkerrecht	361
<i>Jozo Čizmić,</i> Abtretung des Rechts im Bereich des Industrieigentums - Vertrag über die Lizenz des Warenzeichens und Vertrag über das Know-how	377
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Inhalt und Charakter der vorgeschlagenen Änderungen im Arbeitsgesetz	407
<i>Miljenko Appio Giunio,</i> Vereinbarter und Zinseszins (Vorschriften, Praxis und Probleme)	433
<i>Jasna Brežanski,</i> Wasser und Wasserbesitz (einige Fragen zur Rechtsregelung)	471

INDICE

“Proprietà - obbligazioni - procedura”

(Poreč, 4-6 aprile 2001)

Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,

Fondamentali conseguenze giuridiche sostanziali e processuali
dell'apertura della procedura fallimentare 1

Petar Simonetti,

Contrattazione multipla dell'alienazione 49

Tatjana Josipović,

Proprietà dello stato e delle altre persone giuridiche pubbliche
(proprietà pubblica) 95

Igor Gliha,

Diritto degli artisti esecutori nell'ordinamento giuridico croato 155

Zvonimir Slakoper,

Invalidità di clausole particolari di condizioni generali di contratto
con speciale riguardo ai contratti di consumo 181

Gian Antonio Benacchio,

La protezione del consumatore nella Comunità Europea
con particolare riguardo ai contratti 209

Dragutin Ledić,

Partecipazione decisionale dei lavoratori nelle società commerciali 229

Dragan Zlatović,

Procedimento di opposizione nel nuovo diritto croato sul marchio 261

Petar Simonetti,

Acquisizione del diritto di proprietà e degli altri diritti reali con
fiducia nel registro immobiliare ed effetti dell'accordo legale
sull'alienazione del bene immobile altrui 289

Vlado Belaj,

Limiti al diritto di proprietà sul fondamento di accordi legali 313

Aldo Radolović,

Responsabilità del produttore per danni da prodotto 339

<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Tutela del diritto di proprietà nel diritto internazionale	361
<i>Jozo Čizmić,</i> Diritto di cessione della proprietà intellettuale - contratto di licenza di marchio e contratto di know-how	377
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Contenuto e carattere degli emendamenti presentati alla Legge sul lavoro	407
<i>Miljenko Appio Giunio,</i> Interessi contrattuali e legali (disposizioni, giurisprudenza, problemi)	433
<i>Jasna Brežanski,</i> Acque e bene dell'acqua (alcune questioni di regolamentazione legale)	471

Prilozi za Savjetovanje:

Conference Texts

Tagungsbeiträge

Contributi per il Convegno

“Vlasništvo - obveze - postupak”

“Ownership - Obligations - Procedure”

“Eigentum - Pflichten - Verfahren”

“Proprietà - obbligazioni - procedura”

(Poreč, 4.-6. 04. 2001.)

*Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Tagungsleitung / Presidente):
prof. dr. sc. Petar Simonetti*

OSNOVNE PROCESNOPRAVNE I MATERIJALNOPRAVNE POSljedICE OTVARANJA STEČAJNOGA POSTUPKA¹

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

UDK: 347.736
Ur.: 12. veljače 2001.
Pr.: 2. ožujka 2001.
Izvorni znanstveni članak

Otvaranjem stečajnoga postupka pravni se položaj stečajnoga dužnika, ali i određenih kategorija njegovih vjerovnika bitno mijenja; postupci u tijeku se prekidaju, stvaraju se uvjeti za atrakciju nadležnosti sudova, mijenja se dopušteni put pravne zaštite, neki se postupci obustavljaju; formira se stečajna masa, dolazi do aktualizacije i aderacije tražbina stečajnih vjerovnika, mijenjaju se status (nekih) oblika osiguranja tražbina i način njihova ostvarivanja, tzv. relativne zabrane disponiranja imovinom dužnika gube pravnu snagu, ograničava se pravo vjerovnika da odvojeno ostvaruju neka prava prema trećima, modificira se mogućnost prijetoja tražbina; uspostavlja se poseban režim za ispunjavanje pravnih poslova zasnovanih prije otvaranja stečajnoga postupka; nastaje mogućnost pobijanja pravnih radnji poduzetih prije otvaranja stečajnoga postupka kojima se oštećuju vjerovnici. U ovom se radu nastoji sustavno i u komparaciji s novim njemačkim insolventijskim pravom obraditi segment tzv. osnovnih (procesnopravnih i materijalnopravnih) posljedica otvaranja stečajnoga postupka, dakle sve posljedice otvaranja stečajnoga postupka, osim onih koje se tiču ispunjavanja pravnih poslova i pobijanja pravnih radnji.

Ključne riječi: stečajni postupak, otvaranje, pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka.

¹ 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. Za označavanje pojedinih propisa koristit će se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu.

1. Uvod

1.1. Određenje predmeta rada

Stečajnim zakonom² uređena je opća i osnovna materija stečajnoga prava³. Osobito važan, u dosadašnjoj doktrini i judikaturi relativno zanemareni, segment toga prava jest kompleks pravnih posljedica otvaranja stečajnoga postupka, pravnih posljedica koje se očituju u korjenitoj preobrazbi statusa dužnika te njegove imovine i vjerovnika, u stvaranju posebnih procesnopravnih i materijalnopravnih uvjeta za ostvarivanje ciljeva stečajnoga postupka⁴.

U uređenju toga segmenta stečajnoga prava, kao uostalom i u osnovnoj impostaciji toga prava u cjelini, SZ je slijedio rješenja iz njemačkog Insolvenzordnunga iz 1994.⁵, zadržavajući, ipak, u pojedinostima neka rješenja iz ranijega hrvatskoga stečajnoga zakonodavstva.

Osnovne pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka tiču se statusa dužnika, njegovih prava i obveza, pravnoga položaja različitih kategorija vjerovnika, postupaka u tijeku i mogućnosti iniciranja novih postupaka, ispunjenja pravnih poslova i pobijanja dužnikovih pravnih radnji; one po svojoj prirodi mogu biti materijalnopravne i procesnopravne.

U ovom će se radu nastojati dati pregled procesnopravnih i osnovnih⁶ materijalnopravnih posljedica otvaranja stečajnoga postupka, osim onih, dakle, koje se tiču ispunjenja pravnih poslova stečajnoga dužnika zasnovanih prije toga te pobijanja pravnih radnji poduzetih prije njegova otvaranja.⁷

1.2. Nastupanje pravnih posljedica

Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka nastupaju početkom dana kojega je oglas o otvaranju stečajnoga postupka istaknut na oglasnoj ploči suda, ako

² NN 44/96., 29/99., 129/2000.; SZ.

³ Opća zato što se odredbe toga zakona primjenjuju na sve insolventne situacije, osim onih za koje je posebnim propisima drukčije određeno; osnovna zato što je u njemu *sedes materiae* stečajnoga prava.

⁴ Stečajni se postupak provodi radi skupnog namirenja vjerovnika stečajnoga dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima (2/1. SZ; klasični likvidacijski cilj stečajnoga postupka). Tijekom stečajnoga postupka može se provesti i preustroj dužnika radi uređivanja pravnoga položaja dužnika i njegova odnosa prema vjerovnicima u skladu s tzv. stečajnim planom, a osobito radi održavanja njegove djelatnosti (2/2/ SZ; reorganizacijski i sanacijski, ali i likvidacijski cilj stečajnoga postupka koji se provodi na temelju stečajnoga plana, neovisno o općim pravilima o stečaju).

⁵ InsO.

⁶ Osnovnih u smislu da na njima počiva transformacija pravnoga statusa stečajnoga dužnika, njegove imovine te materijalnopravnih prava i obveza, ali i materijalnopravnoga položaja njegovih vjerovnika.

⁷ O pobijanju pravnih radnji u stečaju usp. DIKA, Pobijanje pravnih radnji stečajnoga dužnika, Godišnjak 7 Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti (Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse), 2000., 217. i sl.

za pojedine pravne posljedice nije što drugo izričito predviđeno. Ako rješenje o otvaranju stečajnoga postupka u povodu žalbe bude ukinuto, a u ponovnom postupku stečajni postupak bude opet otvoren, smatrat će se da su pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka nastupile početkom dana kojega je prvo rješenje o otvaranju stečajnoga postupka istaknuto na oglasnoj ploči suda. (88. SZ.) Izloženim pravilima potvrđuje se tzv. povratni učinak otvaranja stečajnoga postupka.

1.3. Prisilnopravna priroda pravila o pravnim posljedicama

Odredbe o pravnim posljedicama otvaranja stečajnoga postupka prisilnopravne su naravi - ugovorne odredbe kojima se unaprijed isključuje ili ograničava njihova primjena bez pravnoga su učinka (126. SZ).

2. Procesnepravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka

2.1. Općenito

Procesnepravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka tiču se parnica, izvanparničnih postupaka, ovršnih postupaka te postupaka osiguranja u tijeku. One se očituju i u specifičnim dužnostima dužnika pojedinca, ranijih zastupnika stečajnoga dužnika, odgovornih osoba te zaposlenika.

Neke su od tih pravnih posljedica uređene SZ-om, a neke drugim propisima.

Neke su od njih zajedničke za sve vrste građanskih sudskih postupaka, neke se tiču samo nekih od njih, odnosno samo nekih kategorija vjerovnika stečajnoga dužnika.

2.2. Atrakcija nadležnosti u parničnom postupku

Otvaranjem stečajnoga postupka dolazi do **atrakcije stvarne, mjesne pa i međunarodne i interne jurisdikcije stečajnoga suda** u parničnom postupku.

Zaključak o atrakciji stvarne nadležnosti temeljio bi se na odredbi po kojoj trgovački sudovi, između ostaloga, sude u svim sporovima u kojima se kao stranke pojave osobe⁸ nad kojima je otvoren stečajni postupak, bez obzira na svojstvo druge stranke i vrijeme pokretanja sporova, te svih sporova u povodu stečajnoga postupka, ako zakonom za pojedinu vrstu predmeta nije drukčije određeno (19.2. ZS⁹). Zato što se u navedenoj odredbi o (stvarnoj) nadležnosti trgovačkih sudova govori u pluralu, dakle genusno, s obzirom na vrstu sudova, iz nje ne bi bilo moguće zaključiti da ona upućuje i na atrakciju mjesne nadležnosti suda koji provodi stečajni postupak (stečajni sud).

Zaključak o atrakciji mjesne nadležnosti proizlazio bi iz pravila po kojemu je za suđenje u sporovima koji nastaju u tijeku i u povodu stečajnoga postupka mjesno

⁸ Nakon posljednje novele Zakona o sudovima (NN 129/2000.) nije do kraja jasno jesu li trgovački sudovi stvarno nadležni provoditi i stečajne postupke nad fizičkim osobama - usp. ERAKOVIĆ, Tijela stečajnoga postupka, u "Novosti u stečajnom pravu" (ur. M. Dika), 2001., 68, 69.

⁹ ZS: Zakon o sudovima, NN 3/94., 100/96., 131/97., 129/2000.

isključivo nadležan sud na čijem se području nalazi sud koji provodi stečajni postupak (63. ZPP¹⁰). Iz toga bi se pravila moglo zaključiti da je taj sud tako nadležan za sporove koji nastanu **nakon pokretanja stečajnoga postupka** (dakle i prije njegova otvaranja),¹¹ i to u tijeku (dakle zbog njegove provedbe, npr. u vezi s prijavljivanjem i utvrđivanjem tražbina stečajnih vjerovnika - 173, 178. SZ, u vezi s realizacijom razlučnih prava kad do nje dolazi u stečajnom postupku - 164/1-2, 165-172, 173.a SZ) i u povodu (dakle, posredno izazvani njegovom provedbom, npr. u vezi s ostvarivanjem izlučnih prava - 79, 80. SZ, tražbina vjerovnika stečajne mase - 85-87. SZ, pobijanja pravnih radnji - 127-144. SZ, itd.) toga postupka. *A contrario*, iz toga bi pravila proizlazilo da do atrakcije mjesne nadležnosti ne bi dolazilo u odnosu na sporove u kojima bi kao stranka sudjelovao stečajni dužnik, a koji su bili pokrenuti **prije pokretanja stečajnoga postupka**. Izuzetak bi bile parnice koje bi se ticale tražbina stečajnih vjerovnika - nakon preuzimanja takve parnice pred sudom pred kojim je bila u tijeku, taj bi sud, ako ne bi bio stečajni sud, bio dužan oglasiti se nenadležnim i predmet ustupiti stečajnom sudu (179/2. SZ). Kad su u pitanju druge parnice, npr. parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu (95/1. SZ), one bi se nastavljale pred sudom pred kojim bi bile u tijeku, osim ako to ne bi bio općinski sud, koji bi, budući stvarno nenadležan (*arg. ex 19.2., ZS*), bio dužan oglasiti se nenadležnim i predmet ustupiti trgovačkom sudu mjesno nadležnom po općim pravilima o mjesnoj nadležnosti (*arg. ex 20. ZPP*).

Zaključak o atrakciji međunarodne nadležnosti izvodio bi se, s jedne strane, iz pravila po kojemu isključiva međunarodna nadležnost suda Republike Hrvatske postoji kad je to zakonom izričito određeno (47. ZRSZ),¹² a s druge, iz pravila po kome se međunarodna nadležnost hrvatskoga suda, ako u zakonu ili međunarodnom ugovoru nema izričitih odredaba o tome, izvodi iz odredaba o mjesnoj nadležnosti (27. ZPP).

Zaključak o atrakciji interne jurisdikcije proizlazio bi, *argumento a minori ad maius*, iz pravila kojim je za suđenje u stečajnim sporovima utvrđena stvarna nadležnost trgovačkih sudova (19.2. SZ), ali i iz odredbe članka 6. stavka 1. EK,¹³ po kojoj u građanskim sporovima mora biti osigurana nadležnost sudova kao tijela pune jurisdikcije.

Rezimirajući, na temelju izloženih pravila o atrakciji nadležnosti u parničnom postupku u povodu pokretanja, odnosno otvaranja stečajnoga postupka, moglo bi se uzeti da se atrakcija nadležnosti kao posljedica otvaranja stečajnoga postupka očituje na tri načina. Prvo, trgovački sud koji provodi stečaj postaje jurisdiksijski¹⁴,

¹⁰ ZPP: Zakon o parničnom postupku, NN 53/91., 91/92., 112/99.

¹¹ Stečajni se postupak pokreće prijedlogom vjerovnika ili dužnika (39/1. SZ).

¹² ZRSZ: Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemlja u određenim odnosima, NN 53/91.

¹³ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, iz 1950. (proč. NN MU 6/1999.).

¹⁴ Dakle, i interno i međunarodno nadležan.

stvarno i mjesno¹⁵ nadležan za sve sporove koji bi se htjeli pokrenuti nakon otvaranja stečajnoga postupka u kojima bi kao stranka mogao sudjelovati stečajni dužnik, bez obzira na svojstvo druge stranke (*arg. ex*: 19.2. ZS; 27, 63. ZPP) - **atrakcija nadležnosti za sve buduće sporove po personalnom kriteriju**. Drugo, taj sud postaje jurisdikcijski, stvarno i mjesno nadležan i za sporove o tražbinama stečajnih vjerovnika koji su bili u tijeku u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka, a u kojima je kao stranka sudjelovao stečajni dužnik, bez obzira na svojstvo druge stranke (19.2. ZS, 179/2. SZ¹⁶) - **atrakcija nadležnosti za parnične postupke u tijeku o tražbinama stečajnih vjerovnika po personalnom kriteriju**. Za ostale sporove, koji bi bili pokrenuti prije otvaranja stečajnoga postupka, po personalnom bi kriteriju došlo do atrakcije jurisdikcijske i stvarne nadležnosti trgovačkih sudova, ali ne i do atrakcije mjesne nadležnosti. Treće, stečajni sud postaje jurisdikcijski, stvarno i mjesno nadležan za sve sporove koji bi mogli nastati u povodu stečajnoga postupka, neovisno o tome tko su stranke u sporu - **atrakcija nadležnosti za buduće sporove po kauzalnom kriteriju** (19.2. ZS; 63. ZPP).¹⁷

Izložena pravila o atrakciji nadležnosti bila bi pravila o isključivoj jurisdikcijskoj, stvarnoj i mjesnoj nadležnosti, što znači da bi isključivala nadležnost drugih tijela osim hrvatskih sudova, drugih sudova osim trgovačkih sudova i, onda kada ima mjesta i atrakciji mjesne nadležnosti, drugog suda osim stečajnoga suda. U mjeri u kojoj bi se tim pravilima mijenjala jurisdikcija i stvarna nadležnost, ona bi otklanjala i primjenu pravila o ustaljivanju nadležnosti.¹⁸

Posljedica bi izloženih pravila o atrakciji nadležnosti za buduće sporove bila u tome da bi sud kome bi tužba bila podnesena kao nadležnom po općim pravilima o

¹⁵ U tom bi smislu kauzalno postavljani kriterij za određivanje mjesno nadležnoga suda za sporove nastale u tijeku i u povodu stečajnoga postupka trebalo shvatiti tako da bi se svi sporovi pokrenuti nakon otvaranja stečajnoga postupka u kojima bi kao stranka sudjelovao stečajni dužnik smatrali takvim sporovima. Tu svakako ne bi dolazili u obzir sporovi u kojima bi kao stranka sudjelovao dužnik pojedinac, a koji bi se ticali njegovih osobnih odnosa, odnosno prava i obveza koji nisu zahvaćeni stečajnim postupkom.

¹⁶ Iz odredbe po kojoj je sud pred kojim je parnica nastavljena, ako nije stečajni sud, dužan oglasiti se nenadležnim i predmet ustupiti stečajnom sudu, moguće je, *argumento a minori ad maius*, zaključiti da to vrijedi za sve parnice u kojima sudjeluje stečajni dužnik kao stranka.

¹⁷ Tako trgovački sud koji provodi stečaj postaje nadležan po kauzalnom kriteriju, zapravo po depersonaliziranom kriteriju koneksiteta, i za parnice o utvrđivanju ili osporavanju prijavljenih tražbina u stečajnome postupku koje se vode između stečajnoga vjerovnika koji je tražbinu prijavio i stečajnoga vjerovnika koji ju je osporio (*arg. ex* 19.2. ZS, 178/1, 3. SZ). V. bilj. 5. i 8.

¹⁸ Nadležnost suda ocjenjuje se u pravilu prema okolnostima koje su postojale u vrijeme podnošenja tužbe sudu. Međutim, ako bi se nakon podnošenja tužbe sudu promijenile okolnosti o kojima ovisi nadležnost, tako da bi zbog toga postalo nadležno koje nesudsko tijelo, ili sud druge vrste ili sud iste vrste, ali višega ranga, pravilo o ustaljivanju nadležnosti ne bi vrijedilo (*arg. ex* 15/3. ZPP). To znači da bi se do tada nadležni sud morao oglasiti nenadležnim ukinuti provedene radnje i odbaciti tužbu zbog prestanka interne jurisdikcije (16/2. ZPP), odnosno oglasiti se nenadležnim i ustupiti predmet stvarno nadležnom sudu (17/3. ZPP). Zbog promjene okolnosti o kojima ovisi međunarodna nadležnost hrvatskoga suda ne prestaje ta nadležnost (*perpetuatio jurisdictionis*) (*arg. ex* 81. ZRSZ). Usp. DIKA-KNEŽEVIĆ-STOJANOVIĆ, Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, 1991., 262.

stvarnoj i mjesnoj nadležnosti bio dužan oglasiti se nenadležnim i predmet ustupiti stečajnom sudu (17, 20. ZPP). Pritom bi taj sud zbog svoje stvarne nenadležnosti bio dužan reagirati po službenoj dužnosti tijekom cijeloga prvostupanjskoga postupka (17/1. ZPP)¹⁹, dok bi se zbog svoje mjesne nenadležnosti - zato što je za te sporove utvrđena isključiva mjesna nadležnost (63. ZPP) - mogao oglasiti nenadležnim po službenoj dužnosti najkasnije na pripremnom ročištu ili, ako ono nije održano, do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari na prvom ročištu za glavnu raspravu (20/2. ZPP).

Tek taj sud donosi rješenje o nenadležnosti i o ustupanju predmeta nadležnom sudu. On pritom mora omogućiti pravo na žalbu.

2.3. Prekid i preuzimanje parnica i drugih postupaka

2.3.1. Općenito

Otvaranjem stečajnoga postupka prekidaju se *ex lege* svi parnični postupci u kojima je dužnik sudjelovao kao stranka, dakle i kao tužitelj i kao tuženik (212.4. ZPP). Uslijed prekida postupka prestaju teći svi rokovi određeni za obavljanje parničnih radnji (214/1. ZPP). Za trajanja prekida sud ne može poduzimati nikakve radnje u postupku; ali ako je prekid nastupio poslije zaključenja glavne rasprave, može na temelju te rasprave donijeti odluku (214/2. ZPP). Parnične radnje što ih je jedna stranka poduzela dok traje prekid postupka, nemaju prema drugoj nikakav pravni učinak. Njihov učinak počinje tek nakon što postupak bude nastavljen (214/3. ZPP). Ti se postupci nastavljaju kad stečajni upravitelj preuzme postupak ili kad ga sud na prijedlog protivne stranke pozove da to učini (215/1. ZPP). Rokovi koji su zbog prekida prestali teći počinju za zainteresiranu stranku teći iznova od dana kad joj sud dostavi rješenje o nastavljanju postupka (215/4. ZPP).

Pravila o prekidu parničnoga postupka kao pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka na odgovarajući se način primjenjuju u izvanparničnom postupku (21. ZSVP²⁰), ali i u ovršnom postupku i postupku osiguranja (19/1. OZ). Ipak, o nastavljanju nekih ovršnih postupaka i postupaka osiguranja vrijede unekoliko posebna pravila.

2.3.2. Rješenje o prekidu i njegova dostava

Rješenje o prekidu postupka zbog otvaranja stečajnoga postupka deklaratorne je prirode jer se njime samo utvrđuje da je po sili zakona nastupilo određeno procesnopravno stanje.²¹ Tu odluku donosi prvostupanjski sud kad za to sazna.²² Sud

¹⁹ Zbog povreda pravila o stvarnoj nadležnosti dopuštene su žalba (354/2.4 ZPP) i revizija (354/2.4, 385/1.1. ZPP) te zahtjev za zaštitu zakonitosti (354/2.4, 404/1.1. ZPP).

²⁰ ZSVP: Zakon o sudskom vanparničnom postupku iz 1934.

²¹ Usp. TRIVA-BELAJEC-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 1986., (cit.: TRIVA, GPPP), 462. Usp. i odluku Višeg privrednog sud Hrvatske (VPSH) broj Pž-943/81 od 25.3.1981, objavljena u Pregledu sudske prakse (PSP) 20/317.

²² Rješenje kojim se utvrđuje prekid postupka donosi prvostupanjski sud, a ne drugostupanjski

je dužan pokušati dostaviti to rješenje strankama kako bi im omogućio da izjavljivanjem žalbe protiv njega dovedu u pitanje njegovu pravilnost i zakonitost. Dakle, i nakon donošenja rješenja o prekidu postupka u posebnom bi se incidentalnom postupku ono dostavljalo i protiv njega bi se mogla izjavljivati žalba. Stranci, pravnoj osobi zbog (navodnoga) otvaranja stečajna nad kojom je postupak prekinut, dostava bi se normalno obavljala po općim pravilima o dostavi pravnoj osobi.²³ Zbog (navodnoga) stečajna protiv stranke fizičke osobe dostava bi se obavljala izravno toj osobi, ali i stečajnome upravitelju. Stranci fizičkoj osobi zato da bi joj se omogućilo da pobija rješenje o prekidu, npr. zato što stečaj nad njome nije otvoren ili zato što se stečaj ne tiče prava koje je posredan predmet spora; stečajnom upravitelju kao svojevrsnom zakonskom zastupniku stečajnoga dužnika fizičke osobe (24/4. SZ).²⁴ Dostavom rješenja o prekidu ne bi se dovodio u pitanje pravopolitički razlog zbog kojega je on određen - to bi se rješenje imalo kome dostaviti i bila bi pružena mogućnost to rješenje pobijati onome kome bi bilo dostavljeno. Dostavom bi se zapravo stečajni upravitelj upoznao s postojanjem postupka u kojemu je došlo do prekida, čime bi mu se omogućavalo da sam preuzme njegovo vođenje.

2.3.3. Preuzimanje aktivnih i nekih pasivnih parnica

Parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu, koje su u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka bile u tijeku, preuzima u ime i za račun dužnika stečajni upravitelj (95/1. SZ). To pravilo ima posebnoga smisla, uz već izloženo opće pravilo o preuzimanju parnica prekinutih zbog otvaranja stečajnoga postupka nad dužnikom (215/1. ZPP, v. ad 2.3.1), najprije utoliko ukoliko stavlja izvan dvojbe da bi protivna stranka naknadu troškova parničnoga postupka nastavljene parnice

sud - odluka Privrednog suda Hrvatske (PSH) broj Pž-650/91 od 7.5.1991, objavljena u PSP-5-/189. U prilog stavu da bi odluku o prekidu donosio prvostupanjski sud i kad bi predmet u povodu pravnih lijekova bio u postupku pred višim sudovima, govorili bi i ovi razlozi. Prvo, u osnovi se samo u postupku pred prvostupanjskim sudom može osigurati kontradiktornost raspravljanja o postojanju pretpostavaka za nastupanje prekida. Drugo, samo se tako protiv rješenja o prekidu, koje bi čak i kad bi ga donio sud više instancije, funkcionalno bilo prvostupanjsko rješenje, može osigurati Ustavom zajamčeno pravo na žalbu kao potpuni pravni lijek protiv funkcionalno prvostupanjske odluke (18. URH). Naime, sud više instancije koji bi određivao prekid u tom bi se incidentalnom postupku pretvarao u funkcionalno prvostupanjski sud. Treće, ovlasti sudova viših instancija ograničene su na odlučivanje o pravnim lijekovima na temelju stanja stvari kakvo postoji u spisima. Jedino bi, eventualno, sud drugog stupnja, ako bi provodio raspravu (362-364. ZPP), bio ovlašten donijeti i rješenje o prekidu postupka (*arg. ex* 364. ZPP). Odluke koje su viši sudovi ovlašteni donositi u povodu pravnih lijekova taksativno su navedene, pa bi, *a contrario*, trebalo zaključiti da nisu ovlašteni donositi nikakve druge odluke, npr. konstitutivne odluke o prekidu postupka (213. ZPP), npr. zato da bi se sačekala odluka nadležnog suda ili drugog tijela o preudicijelnom pitanju (12. ZPP), o imenovanju privremenog zastupnika (84. ZPP), o privremenim mjerama osiguranja (265. i 267. ZIP).

²³ Budući da otvaranjem stečajnoga postupka prava tijela dužnika pravne osobe prestaju i prelaze na stečajnoga upravitelja (89. SZ), stečajni je upravitelj ovlašten zastupati dužnika (24/3. SZ).

²⁴ Osoba stečajnoga upravitelja mogla bi se utvrditi pregledom oglasnoga dijela Narodnih novina.

mogla ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik, ako bi stečajni upravitelj odmah nakon nastavljanja prekinute parnice priznao tužbeni zahtjev ili bi se odrekao toga zahtjeva (*arg. ex 95/1,2. SZ*).²⁵ Njen je, međutim, dublji smisao u tome što ona čini nedvojbenim da se parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu ne samo preuzimaju, već i nastavljaju nakon otvaranja stečajnoga postupka. Time se postavlja razlika prema parnicama koje su se vodile prije otvaranja stečajnoga postupka o tražbinama stečajnih vjerovnika²⁶, koje se u pravilu ne preuzimaju i nastavljaju jer stečajni vjerovnici svoje tražbine ostvaruju u stečajnom postupku (96. SZ). To znači da ih u tom postupku moraju posebno prijaviti (173/1, 4. SZ), a nastavljaju se samo ako dođe do spora o tražbini i do upućivanja na parnicu (179. SZ; v. *ad 2.3.5*).

Pod parnicama o imovini koja ulazi u stečajnu masu treba u užem smislu razumjeti parnice o određenom imovinskom pravu koje pripada ili bi trebalo pripadati stečajnoj masi (tzv. aktivne parnice),²⁷ neovisno o tome u kojoj se procesnoj ulozi dužnik nalazi.²⁸ Međutim, u širem smislu tu bi spadale i neke od tzv. pasivnih parnica,²⁹ u prvom redu parnice o tome postoje li u odnosu na neke dijelove tzv. faktične stečajne mase izlučna prava³⁰ (79. SZ), jer bi to također bile parnice o tome ulazi li nešto ili ne ulazi u stečajnu masu. I parnice o tome postoje li na nekim dijelovima stečajne mase razlučna prava³¹ (81-83. SZ) (druga kategorija

²⁵ Prema njemačkom pravu, protivna stranka može svoje pravo na naknadu troškova postupka ostvarivati kao stečajni vjerovnik samo ako stečajni upravitelj prizna tužbeni zahtjev u taksativno određenim pasivnim parnicama (o izlučnim pravima, razlučnim pravima i obvezama stečajne mase) (86/2. InsO). U hrvatskom je pravu, međutim, to pravilo utvrđeno za sve aktivne parnice, a hoće li se i u kojoj mjeri odnositi i na tzv. pasivne parnice, ovisit će o tome hoće li se neke od tih parnica tretirati kao parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu te o tome hoće li se primjena pravila po kome protivna stranka može u slučaju preuzimanja parnica tražiti naknadu troškova postupka kao stečajni vjerovnik ako stečajni upravitelj odmah nakon nastavljanja prizna tužbeni zahtjev ili ga se odrekne proširiti i na te parnice. V. *ad 2.3.4*.

²⁶ Stečajni su vjerovnici osobni vjerovnici stečajnoga dužnika, koji u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka imaju koju imovinskopravnu tražbinu prema njemu (70/1. SZ).

²⁷ U njemačkom pravu preuzimanje tih parnica uređeno je par. 85. InsO (*Aufnahme von Aktivprozessen*).

²⁸ Iako će u takvim parnicama dužnik redovito biti tužitelj, to bi mogle biti i parnice u kojima bi on bio tuženik. Tako bi negativna tužba za utvrđenje protiv dužnika za njega bila aktivna parnica jer bi se vodila o imovini koja ulazi u stečajnu masu. Isto bi značenje imala i protutužba koja bi se ticala te imovine. Usp. za njemačko pravo EICKMANN-FLESSNER-IRSCHLINGER-KIRCHHOF-KREFT-LANDFERMANN-MAROTZKE, *Insolvenzordnung*, 1999, 253. U nastavku će ovo djelo biti citirano prema autorima koji su obradili koji od odgovarajućih par. InsO.

²⁹ Te se parnice u par. 86. InsO kvalificiraju kao jedna od tzv. pasivnih parnica (*Passivprozesse*). U SZ nema odgovarajuće odredbe o preuzimanju nekih pasivnih parnica.

³⁰ Izlučni je vjerovnik osoba koja na temelju kojega svoga stvarnoga ili osobnoga prava može dokazati da neki predmet ne spada u stečajnu masu. Oni nisu stečajni vjerovnici. Njeno se pravo na izdvajanje utvrđuje prema pravilima koja važe za ostvarivanje tih prava izvan stečajnoga postupka (79/1. SZ).

³¹ Razlučni je vjerovnik vjerovnik koji ima založno pravo, pravo na namirenje ili koje drugo pravo koje ga ovlašćuje na odvojeno namirenje iz dijelova imovine stečajnoga dužnika koja ulazi u

tzv. pasivnih parnica) bile bi zapravo parnice o pravnom statusu imovine koja ulazi u stečajnu masu, o tome je li ona opterećena različnim pravima.³²

Među parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu ne bi spadale parnice o tzv. obvezama stečajne mase što su nastale prije otvaranja stečajnoga postupka, koje se u njemačkom insolventijskom pravu tretiraju kao treća kategorija tzv. pasivnih parnica koje se mogu preuzeti nakon otvaranja stečajnoga postupka (86/1. InsO).³³

U parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu ne spadaju ni parnice što se tiču imovine dužnika pojedinca koja ne ulazi u stečajnu masu (*arg. a contrario ex 95/1. SZ*).

2.3.4. Troškovi ostalih preuzetih parnica

U članku 95. SZ, u čijem se stavku 1. određuje da parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu, koje su u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka bile u tijeku preuzima u ime i za račun dužnika stečajni upravitelj, u stavku 2. se, bez izričitoga upućivanja na stavak 1., kaže da će protivna stranka troškove stečajnoga postupka moći ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik ako stečajni upravitelj odmah nakon nastavljanja prekinute parnice prizna tužbeni zahtjev ili se odrekne tužbenoga zahtjeva.

Dilema koju izazivaju navedene odredbe članka 95. SZ jest u tome odnosi li se odredba stavka 2. samo na parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu ili na sve preuzete parnice? S obzirom na to da bi stavak 1. izgubio svaki smisao ako bi se odvojio od stavka 2. trebalo bi zaključiti da se odredba stavka 2. odnosi neposredno na parnice o imovini koja ulazi u stečajnu masu. Tome u prilog govori i okolnost da se pravo na naknadu troškova preuzetih parnica vođenih o tražbini stečajnih vjerovnika prosuđuje po općim pravilima o naknadi troškova postupka. Ako je stečajni upravitelj osporio tražbinu, vjerovnik koji je uspio u parnici za utvrđenje

stečajnu masu (*arg. ex 81-83. SZ*). Različni vjerovnici su 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. (84. SZ)

³² Među te parnice spadale bi osobito tzv. založne parnice koje su upravljene na osudu dužnika na trpljenje prisilnoga namirenja (338. ZV). Među te bi parnice spadale i opozicijska ili opugnacijska parnica koje bi pokrenuo dužnik protiv koga je ovrha zatražena. Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 255.

³³ Među te bi parnice spadale parnice o tražbinama odvjetnika za pružene usluge tijekom posljednjih šest mjeseci prije otvaranja stečajnoga postupka u vezi sa zaštitom i ostvarenjem prava dužnika koja ulaze u stečajnu masu (87/1.2. SZ), parnice o tražbinama iz dvostranoobveznih ugovora ako se njihovo ispunjenje traži za stečajnu masu ili mora uslijediti nakon otvaranja stečajnog postupka (87/1.3. SZ), zapravo parnice o tražbinama iz odnosa koje je stečajni upravitelj preuzeo (110. SZ). Tu bi trebalo svrstati i parnice zbog neosnovanog obogaćenja stečajne mase koje su pokrenute prije otvaranja stečajnoga postupka (87/1.4. SZ). Specifičnost je hrvatskog prava i u tome da je ono niz tražbina zaposlenika stečajnoga dužnika nastalih prije otvaranja stečajnoga postupka kvalificiralo kao troškove stečajnoga postupka, pa bi stoga i parnice o tim tražbinama pokrenute prije otvaranja stečajnoga postupka spadale u tu kategoriju (86. Zakona o radu, NN 38/95., 54/95., 65/95.; ZOR).

(181. SZ) može tražiti naknadu troškova postupka kao vjerovnik stečajne mase, jer je ta obveza stečajnoga dužnika zasnovana radnjom stečajnoga upravitelja (*arg. ex* 87/1.1. SZ).

Ipak, izloženo bi pravilo o mogućnosti da stečajni upravitelj priznanjem tužbenoga zahtjeva ili odricanjem od toga zahtjeva reducira pravo protivne stranke na naknadu troškova postupka, na pravo da tu naknadu traži tek kao stečajni vjerovnik (95/2. SZ), zajedno s općim pravilom po kojemu druga strana u pravnom poslu svoje tražbine zbog neispunjenja može ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik ako stečajni upravitelj odbije preuzeti pravni posao i njegovo ispunjenje (110/2. SZ), dopuštali generalizaciju u smislu da bi pravilo o naknadi troškova u parnicama započetim prije otvaranja stečajnoga postupka, ako zakonom ne bi drukčije bilo propisano, vrijedilo i u drugim parnicama, a ne samo u onima o imovini koja ulazi u stečajnu masu. Stoga bi to pravilo vrijedilo i za naknadu troškova u parnici o obvezama koje se smatraju kao obveze stečajne mase, a koje su pokrenute prije otvaranja stečajnoga postupka, kako je to inače izričito predviđeno u njemačkom pravu (86/2. InsO).

2.3.5. Parnice o tražbinama stečajnih vjerovnika

Otvaranjem stečajnoga postupka prekidaju se *ex lege* i parnice o tražbinama stečajnih vjerovnika jednako kao i ostale parnice u kojima je stečajni dužnik bio stranka (212.4. ZPP; v. *ad* 2.3.1). Za nastavljanje tih parnica vrijedila bi također opća pravila (215/1. ZPP; v. *ad* 2.3.1).

Međutim, budući da stečajni vjerovnici mogu svoje tražbine ostvarivati prema dužniku samo u stečajnom postupku (96. SZ), što znači da bi svoje tražbine morali prijaviti stečajnom upravitelju,³⁴ oni bi mogli imati pravni interes za nastavljanje prekinutih parnica samo ako bi njihova tražbina bila osporena u stečajnom postupku (*arg. ex* 173, 177, 178/1, 179. SZ). Stoga bi sud nastavljenu parnicu morao iznova prekinuti zato što bi njegova odluka o dopustivosti puta parnice ovisila o prethodnom razrješenju pitanja hoće li se sporna tražbina utvrditi u stečajnom postupku (*arg. ex* 12, 213/1.1. ZPP). S druge strane, ako bi tražbina stečajnoga vjerovnika bila utvrđena u stečajnom postupku, njegovu tužbu, ako je ne bi povukao, trebalo bi odbaciti zbog nedostatka pravnoga interesa.³⁵

Kad su u pitanju tražbine stečajnih vjerovnika nižih isplata redova,³⁶ za njih

³⁴ Ako se prijavljuju tražbine o kojima se vodi parnica, u prijavi treba navesti sud pred kojim se vodi parnica s naznakom broja spisa (173/4. SZ).

³⁵ Ako povuče tužbu nakon što njegova tražbina bude utvrđena u stečajnom postupku, stečajni vjerovnik ne bi bio dužan naknaditi trošak stečajnome dužniku zato što bi se moglo uzeti da je tužbu povukao nakon što je tuženik udovoljio njegovu zahtjevu (*arg. ex* 158. ZPP). S druge strane, stečajni bi vjerovnik koji je povukao tužbu zato što je njegova tražbina utvrđena, imao pravo na naknadu troškova postupka kao stečajni vjerovnik, jer bi se radilo o troškovima nastalim do otvaranja stečajnoga postupka, a stečajni upravitelj svojom radnjom nije dao povoda za njihov nastanak (*arg. a contrario ex* 87/1.1. SZ). Stečajni bi vjerovnik zapravo već u prijavi svoje tražbine u stečajnom postupku morao naznačiti i troškove postupka nastale do otvaranja stečajnoga postupka.

³⁶ U te tražbine spadaju (1) kamate na tražbine stečajnih vjerovnika od otvaranja stečajnoga

bi u osnovi vrijedilo isto što i za stečajne vjerovnike viših isplatnih redova.³⁷ Ipak, budući da stečajni vjerovnici nižih isplatnih redova svoje tražbine prijavljuju tek ako ih se na to pozove (173/5. SZ), oni ne bi imali pravni interes za nastavljanje prekinutog parničnog postupka sve dok ih se tim pozivom ne uključi u stečajni postupak i dok u tom postupku njihova tražbina ne bude osporena (*arg. ex* 173/5, 179. SZ).

2.3.6. Prekid i nastavak ovršnih postupaka i postupaka osiguranja

Otvaranjem stečajnoga postupka prekidaju se ovršni postupci i postupci osiguranja pokrenuti prije toga radi ostvarenja odnosno osiguranja tražbina stečajnih vjerovnika; nakon što budu nastavljeni, oni se obustavljaju (98/3. SZ), i to stoga što stečajni vjerovnik svoju tražbinu, pa i kad za nju ima ovršnu ispravu, mora ostvarivati u stečajnom postupku. To znači da on svoju tražbinu mora prijaviti stečajnom upravitelju, a ako ona bude osporena, na parnicu će biti upućen osporavatelj ako je tražbina vjerovnika utvrđena u ovršnoj ispravi (178/3. SZ); inače će stečajni vjerovnik biti upućen na parnicu (178/1. SZ). Međutim, ovršni se postupak ili postupak osiguranja pokrenut radi ostvarenja ili osiguranja tražbine stečajnoga vjerovnika neće obustaviti nakon što bude nastavljen ako je njegovom provedbom zasnovano u korist stečajnoga vjerovnika založno pravo koje ne prestaje otvaranjem stečajnoga postupka (*v. ad* 2.4). Naime, zasnivanjem sudskog založnoga prava ti se postupci pretvaraju u ovršne postupke i postupke osiguranja radi ostvarenja odnosno osiguranja razlučnih prava (*v. amplius infra*).

Otvaranjem stečajnoga postupka prekidaju se i ovršni postupci i postupci osiguranja koje su izlučni vjerovnici pokrenuli prije toga. Ti se postupci nastavljaju i provode pred ovršnim sudom po pravilima ovršnoga postupka, odnosno, iako to u zakonu nije rečeno, i postupka osiguranja (98/4. SZ). U vezi s tim postupcima ne dolazi, dakle, do atrakcije nadležnosti.

Otvaranjem stečajnoga postupka prekidaju se i ovršni postupci i postupci osiguranja koje su razlučni vjerovnici pokrenuli prije toga. Ti se postupci nastavljaju i njih provodi ovršni sud po pravilima ovršnoga postupka, odnosno, iako to u zakonu nije rečeno, i postupka osiguranja (98/5. SZ). Ni u vezi s tim postupcima ne dolazi, dakle, do atrakcije nadležnosti u ovršnom postupku.

postupka, (2) troškovi koji za pojedine vjerovnike nastanu njihovim sudjelovanjem u postupku, (3) novčane kazne za kazneno ili prekršajno djelo, kao i takve sporedne posljedice kaznenoga i prekršajnoga djela kojima se nameće obveza plaćanja novca, (3) tražbine za besplatnu činidbu dužnika, (4) tražbine za povrat zajma kojim se nadomješta kapital nekoga člana društva ili odgovarajuće tražbine (72/1. SZ).

³⁷ U te tražbine spadaju (1) tražbine zaposlenika stečajnoga dužnika i tražbine Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje i Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje, koje se iz tih tražbina po zakonu obvezatno namiruju kao doprinosi iz plaće i na plaće, osim tražbina za koje je zakonom određeno da će se namiriti kao troškovi stečajnoga postupka ili kao ostale obveze stečajne mase, (2) sve ostale tražbine (stečajnih vjerovnika) prema dužniku, osim onih koje su razvrstane u niže isplatne redove (opći isplatni red) (71. SZ).

Što se tiče ovršnih postupaka i postupaka osiguranja koje je prije otvaranja stečajnoga postupka pokrenuo stečajni dužnik protiv svojih dužnika, njih nastavlja i provodi sud pred kojim su tekli prije toga - zato što u povodu stečajnoga postupka ne dolazi do atrakcije nadležnosti stečajnoga suda u ovršnom postupku.

2.4. Zabrana ovrhe i osiguranja

Nakon otvaranja stečajnoga postupka pojedini stečajni vjerovnici ne mogu protiv dužnika tražiti osiguranje ili ovrhu na dijelovima imovine koja ulazi u stečajnu masu niti na drugoj imovini dužnika³⁸ (98/1. SZ).

Međutim, nakon otvaranja stečajnoga postupka izlučni i (uz određena ograničenja) razlučni³⁹ vjerovnici mogu radi ostvarenja svojih prava pokrenuti protiv dužnika postupke ovrhe i osiguranja po općim pravilima ovršnoga postupka (odnosno osiguranja) (98/4-5. SZ). Ne bi dolazilo ni do atrakcije nadležnosti niti procedure.

I nakon otvaranja stečajnoga postupka dopuštaju se i provode upisi u javne knjige, ako su uvjeti za upis ostvareni prije toga (98/6. SZ.).

Ovrha radi ostvarenja tražbina prema stečajnoj masi⁴⁰ koje nisu zasnovane pravnom radnjom stečajnoga upravitelja nije dopuštena šest mjeseci od otvaranja stečajnoga postupka (99/1. SZ). Radilo bi se o privremenom moratoriju koji ima za cilj da se omogući konsolidacija stečajnoga postupka i stečajne mase, osobito onda kada treba nastaviti s djelatnošću dužnika u stečaju. Taj je moratorij upravljen u prvom redu protiv tzv. oktroiranih tražbina prema stečajnoj masi, onih na čiji nastanak stečajni upravitelj nije imao nikakvoga utjecaja.⁴¹ U hrvatskom stečajnom pravu tim će moratorijem biti zahvaćene i tražbine ranijih zaposlenika stečajnoga dužnika koje se namiruju kao troškovi stečajnoga postupka (86. ZOR), ali i tražbine onih zaposlenika kojima je otkazan ugovor o radu po osnovi radnoga odnosa za vrijeme od otvaranja stečajnoga postupka do isteka otkaznoga roka, ako od njih nije zatraženo da rade za to vrijeme. Prijedlog za ovrhu podnesen prije isteka roka od šest mjeseci trebalo bi odbaciti kao nedopušten.

Zabrana ovrhe radi ostvarenja tražbina prema stečajnoj masi nije apsolutnoga karaktera. Zabrana ne vrijedi za tražbine zasnovane pravnom radnjom stečajnoga upravitelja.⁴² Ona se ne odnosi ni na (1) obveze stečajne mase iz dvostranoobveznoga

³⁸ Radilo bi se o drugoj imovini dužnika pojedinca - imovini na kojoj ovrha nije dopuštena, zbog čega ona i ne ulazi u stečajnu masu. Naime, imovina dužnika pojedinca na kojoj se ovrha protiv njega ne bi mogla provesti, kad on ne bi bio trgovac pojedinac ili obrtnik, ne ulazi u stečajnu masu (68. SZ).

³⁹ Za razlučne bi vjerovnike to pravilo vrijedilo u mjeri u kojoj u stečajnom postupku pravo na prodaju predmeta na kojima postoje razlučna prava nije pridržano stečajnom upravitelju (165. SZ), odnosno u slučajevima u kojima se i u stečajnom postupku ne mogu unovčiti predmeti na kojima postoje razlučna prava (164. SZ).

⁴⁰ To bi zapravo bile tražbine svih vjerovnika stečajne mase, uključujući i one čije se tražbine namiruju kao troškovi stečajnoga postupka.

⁴¹ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 266.

⁴² S radnjama stečajnoga upravitelja izjednačene su i radnje privremenoga stečajnoga upravitelja (*arg. ex* 45. SZ).

ugovora koje je stečajni upravitelj odlučio ispuniti (87/1.1, 110. SZ), (2) obveze iz trajnoga obveznoga odnosa za vrijeme prvoga roka u kojemu je stečajni upravitelj mogao otkazati ugovor (87/1.2), (3) obveze iz trajnoga obveznoga odnosa ako je stečajni upravitelj primio protučinidbu u korist stečajne mase⁴³ te (4) poreze koji su prihod državnoga proračuna ili proračuna jedinica lokalne uprave i samouprave, ili prihodi zavoda za mirovinsko i invalidsko, odnosno zdravstveno osiguranje (99/2. SZ).⁴⁴

Ni vjerovnici koji nisu stečajni vjerovnici⁴⁵ nisu ovlašteni tražiti ovrhu ili osiguranje na budućim tražbinama dužnika pojedinca po osnovi njegova radnoga odnosa ili druge službe, ili na njegovim tražbinama po toj osnovi tijekom stečajnoga postupka, osim ovrhu ili osiguranje radi naplate zahtjeva za uzdržavanje i drugih tražbina koje se mogu namiriti iz onoga dijela prihoda dužnika iz radnoga odnosa iz kojega se ne mogu namiriti tražbine drugih vjerovnika (98/2. SZ).⁴⁶

2.5. Dužnost obavješćivanja i suradnje

Dužnik pojedinac, članovi uprave i nadzornoga odbora dužnika pravne osobe i određeni zaposlenici dužnika dužni su tijelima stečajnoga postupka i vjerovnicima davati obavijesti koje se odnose na postupak, a i pomagati stečajnome upravitelju u ispunjavanju njegovih zadataka. Oni se radi ispunjenja tih svojih dužnosti mogu prisilno predvesti i zatvoriti te novčano kazniti. (106, 107, 109. SZ.)

3. Materijalno-pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka

3.1. Formiranje stečajne mase

Stečajna se masa formira početkom dana kojega je oglas o otvaranju stečajnoga postupka istaknut na oglasnoj ploči suda kao jedna od pravnih posljedica otvaranja stečajnoga postupka (88. SZ).

⁴³ Tu bi spadala tražbina zaposlenika po osnovi rada kojemu je otkazan radni odnos, ali je od njega zatraženo da za vrijeme otkaznoga roka nastavi raditi - usp. za njemačko pravo EICKMANN, 266. U tom je slučaju od posloprimca primljena protučinidba u korist stečajne mase.

⁴⁴ Tu bi se radilo o porezima utemeljenim na djelatnosti dužnika nakon otvaranja stečajnoga postupka. Ovu iznimku od pravila njemačko pravo ne poznaje (*arg. ex 90. InsO*). Izuzimanjem tražbina po osnovi poreza iz šestomjesečnoga moratorija svakako će se otežati konsolidacija stečaja i nastavak djelatnosti stečajnoga dužnika.

⁴⁵ To mogu biti svi vjerovnici, neovisno o tome jesu li se uključili u postupak ili nisu. Za vjerovnike stečajne mase vrijede posebna pravila - v. *supra* u prethodnom pasusu.

⁴⁶ Naime, i budućí prihodi dužnika pojedinca ulaze u stečajnu masu u onoj mjeri u kojoj mogu biti predmetom ovrhe (do jedne trećine - 149/1. Ovršnoga zakona, NN 57/96., 29/99.; OZ). Međutim, budućí da se alimentacijski zahtjevi i neki zahtjevi za naknadu štete mogu namirivati i iz dijela prihoda dužnika koji prelaze jednu trećinu njihova iznosa do jedne polovine (149/1. OZ), nema razloga ne dopustiti ovrhu i osiguranje na tom dijelu prihoda dužnika iz radnoga odnosa i nakon otvaranja stečajnoga postupka.

Stečajnu masu čini (u pravilu) cjelokupna imovina dužnika u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka te imovina koju on stekne tijekom stečajnoga postupka. Ona služi namirenju troškova stečajnoga postupka te tražbina vjerovnika stečajnoga dužnika odnosno tražbina čije je namirenje osigurano određenim pravima na imovini dužnika (*arg. ex* 67. SZ). U stečajnu masu ne ulazi imovina dužnika pojedinaca na kojoj se ovrha protiv njega ne bi mogla provesti kad on ne bi bio trgovac pojedinac ili obrtnik (68. SZ). Pod pojmom cjelokupne imovine dužnika treba razumjeti onu koja se nalazi u Republici Hrvatskoj i onu u inozemstvu, ako je stečajni postupak koji se provodi u Republici Hrvatskoj, tzv. glavni stečajni postupak (*arg. ex* 301/2. SZ).

Ako je otvoren stečajni postupak nad imovinom jednog bračnog druga, udio toga bračnog druga u zajedničkoj imovini bračnih drugova ulazi u stečajnu masu ako se na tom udjelu po općim pravilima može protiv dužnika provesti ovrha; podjela imovine u tom slučaju obavlja se izvan stečaja na zahtjev stečajnoga upravitelja (69. SZ).

Ako je dužnik s nekom trećom osobom u suvlasničkoj ili kojoj drugoj pravnoj zajednici ili ortaštvu, podjela imovine obavlja se izvan stečajnoga postupka. Za obveze iz takvoga odnosa može se iz udjela dužnika tražiti odvojeno namirenje. U stečajnome su postupku bez učinka ugovorne odredbe kojima se u navedenim pravnim zajednicama isključuje trajno ili za određeno vrijeme pravo na razvrgnuće takve zajednice 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 (94. SZ).

Za stečajnu masu u slučaju tzv. međunarodnoga stečaja vrijede posebna pravila (301-335. SZ).

O djelovanju otvaranja stečajnoga postupka na ranije račune dužnika v. *infra*.

3.2. Prijelaz prava dužnikovih tijela, odnosno dužnika pojedinca na stečajnoga upravitelja

3.2.1. Općenito

Otvaranjem stečajnoga postupka prava tijela dužnika pravne osobe prestaju i prelaze na stečajnoga upravitelja. Otvaranjem stečajnoga postupka prava dužnika pojedinca na upravljanje i raspolaganje imovinom koja ulazi u stečajnu masu prelaze na stečajnoga upravitelja (89. SZ). Izložene pravne posljedice ne nastupaju u slučaju tzv. osobne uprave (266-288. SZ),⁴⁷ osim u slučaju kad se ona tek naknadno određuje (267. SZ). U tom slučaju one tek naknadno prestaju, odnosno bivaju zamijenjene pravnim posljedicama koje vrijede za osobnu upravu.

⁴⁷ Stečajno vijeće može rješenjem o otvaranju stečajnoga postupka ovlastiti dužnika da sam upravlja i raspolaze stečajnom masom pod nadzorom stečajnoga povjerenika (osobna uprava). Na osobnu upravu dužnika na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o stečajnom postupku, osim o preustroju, ako u posebnim odredbama o osobnoj upravi nije što drugo određeno (266/1. SZ). Osobna se uprava može i naknadno odrediti (267. SZ).

Otvaranje stečajnoga postupka je bez utjecaja na imovinska prava stečajnoga dužnika - on ostaje vlasnikom stvari i nositeljem prava koja je do tada imao. Gubi samo pravo raspolaganja i upravljanja svojom imovinom.

Stečajni dužnik otvaranjem stečajnoga postupka ne gubi svoju pravnu osobnost, ne gubi ni pravnu sposobnost. Poslovna sposobnost dužnika pojedinca se djelomično ograničava (v. *ad* 3.2.3). Poslovna se sposobnost dužnika pravne osobe također ograničava u onoj mjeri u kojoj stečajni upravitelj ima položaj specifičnoga zakonskoga zastupnika (v. *ad* 3.2.2).

Stečajni dužnik zadržava stranačku sposobnost. Naime, budući da u parničnom postupku strankom može biti svaka fizička i pravna osoba (77/1. ZPP), te s obzirom na to da se u stečajnom postupku na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a, ako stečajnim zakonom nije drukčije određeno (6. SZ), trebalo bi zaključiti da stečajni dužnik i nakon otvaranja stečajnoga postupka zadržava stranačku sposobnost.

Izložene pravne posljedice motivirane su potrebom da se osigura ostvarenje ciljeva stečajnoga postupka - samo se prenošenjem prava tijela stečajnoga dužnika i prava dužnika pojedinca na stečajnoga upravitelja ranija tijela dužnika, odnosno dužnik pojedinac mogu isključiti iz upravljanja stečajnom masom, odnosno raspolaganja tom masom.⁴⁸

3.2.2. Prijelaz prava tijela dužnika pravne osobe

Prijelaz prava ranijih tijela dužnika pravne osobe na stečajnoga upravitelja znači da se u osobi stečajnoga upravitelja koncentriraju ovlasti svih tih tijela, koji ih može obavljati u skladu s pravilima koja uređuju njegov pravni položaj (*arg. ex* 24/1. SZ). Ako stečajni dužnik nastavlja poslovati tijekom stečajnoga postupka, poslovanje vodi stečajni upravitelj (24/2. SZ). Stečajni upravitelj zastupa dužnika (24/3. SZ).

3.2.3. Prijelaz prava na upravljanje i raspolaganje imovinom dužnika pojedinca

Na stečajnoga upravitelja otvaranjem stečajnoga postupka prelaze prava dužnika pojedinca na upravljanje i raspolaganje imovinom koja ulazi u stečajnu masu (89. SZ), pa zato stečajni upravitelj vodi samo one poslove dužnika pojedinca koji se odnose na stečajnu masu i zastupa ga kao stečajnoga dužnika s ovlastima zakonskoga zastupnika (24/4. SZ).

U zoni svojih pravnih odnosa koji nisu obuhvaćeni stečajnom masom, dužnik pojedinac zadržava u cijelosti svoju poslovnu sposobnost.⁴⁹

⁴⁸ Usp. EICKMANN, 238.

⁴⁹ Ako je dužniku pojedincu po općim pravilima obiteljskog prava postavljen zakonski zastupnik, on ga nastavlja zastupati u onim odnosima na koje učinci otvaranja stečajnoga postupka ne djeluju.

3.2.4. Status trgovca

Otvaranjem stečajnoga postupka nad fizičkom i pravnom osobom koja ima svojstvo trgovca⁵⁰, ona ne gubi to svojstvo jer se taj aspekt pravnog statusa tih subjekata time ne mijenja.

3.2.5. Radnje ranijih zastupnika dužnika pravne osobe odnosno dužnika pojedinca nakon otvaranja stečajnoga postupka

3.2.5.1. Opće pravilo

Opće je pravilo da su bez pravnoga učinka raspolaganja osoba koje su bile ovlaštene zastupnici dužnika pravne osobe do otvaranja stečajnoga postupka te dužnika pojedinca poduzeta nakon otvaranja stečajnoga postupka predmetima stečajne mase (91. SZ). To je pravilo u skladu s pravilom o prijelazu ovlaštenja tijela stečajnoga dužnika pravne osobe na stečajnoga upravitelja i o prijelazu prava dužnika pojedinca na upravljanje i raspolaganje njegovom imovinom na stečajnoga upravitelja (89. SZ).

Bez učinka su radnje kojima se raspolaže imovinom koja ulazi u stečajnu masu. Stoga nisu bez pravnog učinka radnje dužnika pojedinca kojima raspolaže drugom svojom imovinom, odnosno kojima preuzima obveze. Radnje kojima dužnik pojedinac preuzima obveze čak i u odnosu na predmete koji su ušli u stečajnu masu ostaju na snazi. Jedino, budući da se njima ne utemeljuju tražbine stečajnih vjerovnika niti obveze stečajne mase, njima ne nastaju prava koja bi se mogla provesti u stečaju. Dužnik pojedinac bi eventualno osobno odgovarao za takve obveze po općim pravilima.⁵¹

Pravna posljedica raspolaganja protivno zakonskoj zabrani je apsolutna ništavost (103/1. ZOO).⁵² To znači da bi na tu ništavost sud, uključujući i zemljišnoknjižni odnosno drugi registarski sud, morao paziti po službenoj dužnosti (109/1. ZOO).

O odricanju od prava na nasljedstvo ili zapis, kao još jednoj iznimci od pravila v. ad 3.2.7.

Težište je na vremenu poduzimanja raspolaganja, a ne njezine provedbe. Stoga ako je raspoložba nekretninom poduzeta prije otvaranja stečajnoga postupka, to ne priječi da se na temelju nje prijenos obavi u zemljišnim knjigama nakon toga (98/6. SZ; v. ad 2.3).

⁵⁰ U smislu Zakona o trgovačkim društvima (ZTD; NN 111/93.), trgovac je pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu (1/1.). Osobe koje se bave slobodnim zanimanjem uređenim posebnim propisima smatraju se trgovcima u smislu ZTD-a, samo ako je to u tim propisima određeno (1/2). Individualni poljodjelci nisu trgovci u smislu ZTD-a.

⁵¹ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, op. cit., 242.

⁵² Ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva ništav je ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon o određenom slučaju ne propisuje što drugo (103/1. Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99.; ZOO).

Stvarna se prava na pokretninama i pravima koji nisu upisani u javne knjige mogu steći samo ako su i *titulus* i *modus* stjecanja ostvareni prije otvaranja stečajnoga postupka, jer samo raspolaganja za koja vrijede opća pravila o zaštiti povjerenja u javne knjige ostaju na snazi (*arg. ex* 91. SZ).

Ako u povodu žalbe rješenje o otvaranju stečajnog postupka bude ukinuto i prijedlog za otvaranje stečajnog postupka odbačen ili odbijen, odnosno ako stečajni postupak iz drugih razloga bude obustavljen (203. SZ), raspolaganje zastupnika stečajnoga dužnika pravne osobe odnosno dužnika pojedinca postaju pravno valjana s učinkom *ex tunc*.⁵³

3.2.5.2. Raspolaganja za koja vrijede opća pravila o zaštiti povjerenja u javne knjige

Ostaju na snazi raspolaganja koja nakon otvaranja stečajnog postupka poduzmu raniji zastupnici dužnika pravne osobe i dužnik pojedinac za koja vrijede opća pravila o zaštiti povjerenja u javne knjige (*arg. ex* 91. SZ). Tako stjecatelj, koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige, pravno je zaštićen ako nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da ono što je upisano nije potpuno ili da je različito izvanknjižno stanje. Nedostatak dobre vjere ne može se prebaciti nikome samo zato što nije istraživao izvanknjižno stanje (8/3. ZZK⁵⁴). Stoga ako u zemljišnim knjigama nije zabilježeno otvaranje stečaja nad osobom koja je upisana kao vlasnik nekretnine (39.1. ZZK, 54/6. SZ), osoba koja je s dužnikom pojedincem sklopila ugovor o prodaji nekretnine koja ulazi u stečajnu masu bila bi zaštićena ako je postupala u dobroj vjeri.

Raspolaganja ranijih zastupnika dužnika pravne osobe i dužnika pojedinca drugim dijelovima imovine dužnika nakon otvaranja stečajnoga postupka, premda bi po općim pravilima ostala na snazi, npr. raspolaganja pokretninama, tražbinama i drugim pravima koji nisu upisani u javne knjige, nisu zaštićena u slučaju otvaranja stečajnoga postupka.

I pravne radnje zastupnika dužnika pravne osobe i dužnika pojedinca koje ostaju na snazi zbog povjerenja u javne knjige mogu se pobijati u stečaju (*arg. ex* 144. SZ).

3.2.5.3. Prava druge strane

U slučaju u kojemu je raspolaganje ranijih zastupnika dužnika pravne osobe ili dužnika pojedinca bez pravnog učinka, druga strana ima pravo tražiti da joj se vrati njena protučinidba iz stečajne mase ako je njome povećana vrijednost te mase (92. SZ). U tom bi slučaju obveza na povrat bila obveza stečajne mase (87/1.4. SZ). Ako se stečajna masa nije obogatila tom radnjom, npr. stoga što na temelju nje ništa nije ušlo u tu masu, druga strana nema pravo na povrat protučinidbe, odnosno njezine vrijednosti iz stečajne mase. Njezino pravo u tom slučaju nije tražbina stečajnoga vjerovnika niti tražbina prema stečajnoj masi. Ona bi po općim pravilima mogla

⁵³ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, op. cit., 244.

⁵⁴ ZZK: Zakon o zemljišnim knjigama, NN 91/96.

tražiti naknadu od ranijeg zastupnika dužnika pravne osobe odnosno dužnika pojedinca.

3.2.6. Činidbe u korist dužnika

Tražbine stečajnog dužnika nakon otvaranja stečajnoga postupka ulaze u pravilu u stečajnu masu i moraju u njoj biti ispunjene putem stečajnog upravitelja. Stoga, ako nakon otvaranja stečajnoga postupka netko izravno ispuní obvezu ranijem zastupniku dužnika pravne osobe ili dužniku pojedincu prije javnoga priopćenja o otvaranju stečajnoga postupka,⁵⁵ iako je obvezu trebalo ispuniti u korist stečajne mase, takvim se ispunjenjem oslobađa svoje obveze ako dokaže da u vrijeme ispunjenja nije znao da je stečajni postupak otvoren (92. SZ).⁵⁶ Premda se u hrvatskom pravu, za razliku od njemačkoga (par. 82. InsO), ne presumira da onaj koji je dužnu činidbu ispunio prije objavljivanja otvaranja stečajnoga postupka, nije znao za otvaranje stečajnoga postupka, trebalo bi ipak uzeti da teret dokaza ne bi trebalo biti na njemu da za otvaranje nije znao. Takav bi zaključak proizlazio iz odredbe po kojoj se tek javno priopćavanje smatra valjanim dokazom da je dostava obavljena svim sudionicima, čak i onda kad je propisana posebna dostava (9/3. SZ). Tome bi u prilog govorili i razlozi pravičnosti.

Ako se drugoj strani dokaže da je znala i prije javnog priopćavanja za otvaranje stečajnoga postupka, morat će svoju obvezu ispuniti stečajnoj masi.

Ako druga strana dužnu činidbu ispuní nakon javnog priopćavanja o otvaranju stečajnoga postupka, ne može dokazivati da nije znala za otvaranje stečajnoga postupka i ne može se stoga osloboditi svoje obveze prema stečajnoj masi (*arg. a contrario ex 92. SZ*).

Dužnikov dužnik bi mogao od osobe kojoj je ispunio dužnu činidbu tražiti povrat onoga što joj je dao (kondikcijski zahtjev, odnosno zahtjev za naknadu štete).

3.2.7. Utjecaj otvaranja stečajnog postupka na prihvaćanje i odricanje od nasljedstva i zapisa

Ako je dužnik pojedinac stekao nasljedstvo ili zapis prije otvaranja ili tijekom stečajnoga postupka, samo se on ima pravo prihvatiti ili odreći nasljedstva ili zapisa (93. SZ). Tom je odredbom, koja uvažava strogo osobnu prirodu prihvaćanja i odricanja od nasljedstva, utvrđen još jedan izuzetak od pravila da su raspolaganja dužnika pojedinca nakon otvaranja stečajnoga postupka bez učinka (91. SZ).

Nakon što se dužnik pojedinac prihvati nasljedstva ili zapisa, ono što bi po toj osnovi imao pravo steći ulazi u pravilu u stečajnu masu. Raspolaganja dužnika

⁵⁵ Sudska pismena koja treba javno objaviti objavljuju se u "Narodnim novinama" i na oglasnoj ploči suda, u cijelosti ili u izvatku (9/1. SZ).

⁵⁶ Trebalo bi uzeti da bi se dužnikov dužnik oslobodio obveze ako za otvaranje stečajnoga postupka nije saznao sve do momenta do kojega je bilo moguće opozvati radnju ispunjenja, odnosno spriječiti ispunjenje - to bi zahtijevala pravila o savjesnom postupanju koje je pretpostavka za povlašteni tretman njegovih radnji u usporedbi s drugim radnjama koje su poduzete nakon otvaranja stečajnoga postupka (91. SZ). Usp. za njemačko pravo EICKMANN, op. cit., 246.

pojedince nakon što se prihvatio nasljedstva ili zapisa tretirala bi se kao raspolaganja neovlaštene osobe (v. *ad* 3.2.5). Činidbe predaje nasljedstva i zapisa dužniku pojedincu prosuđivala bi se po pravilima koja vrijede za činidbe ispunjene dužniku nakon otvaranja stečajnoga postupka (v. *ad* 3.2.6).

Zajedno s nasljedstvom koje ulazi u stečajnu masu ta masa preuzima i obveze koje ga opterećuju. Stečajni bi upravitelj u odnosu na takve obveze morao obavljati radnje koje bi bio ovlašten obaviti dužnik kao nasljednik.

Odricanje od nasljedstva ne može se pobijati u stečaju jer se ne radi o radnji kojom se umanjuje stečajna masa i tako oštećuju vjerovnici. Takvom bi se radnjom samo sprječavalo njezino povećanje.⁵⁷

3.3. Utjecaj otvaranja stečajnoga postupka na tražbine stečajnih vjerovnika

3.3.1. Općenito

Stečajni vjerovnici svoje tražbine mogu ostvarivati samo u stečajnom postupku (čl. 96. SZ). Upravo stoga sve se te tražbine moraju pretvoriti u dospjele jednokratne novčane tražbine, jer se samo tako mogu (u pravilu razmjerno) namiriti iz unovčene stečajne mase.

3.3.2. Aktualizacija i konverzija (aderacija) tražbina

Nedospjele tražbine stečajnih vjerovnika dospijevaju (po sili zakona, neovisno o tome iz kojih je razloga i kako - zakonom, sudskom odlukom ili ugovorom - odgoda dospelosti određena, odnosno je li možda za dospelost predviđen poseban otkaz)⁵⁸ otvaranjem stečajnoga postupka (73/1. SZ). Ako je razlučni vjerovnik istodobno i osobni vjerovnik stečajnoga dužnika, pravilo o dospijeću tražbine odnosi se i na njega.⁵⁹ Dospijeće izazvano otvaranjem stečajnoga postupka ne može stvoriti osnovu za prijebuj u povodu stečaja (*arg. ex* 104/1. SZ). Ako se na te tražbine nisu plaćale kamate, smatra se kao da su se na njih plaćale zakonske kamate i tražbine se smanjuju na iznos koji bi, nakon uračunavanja zakonskih kamata za vrijeme od otvaranja stečajnoga postupka do dospijeća, odgovarao punom iznosu kamata (73. SZ).

Nenovčane tražbine⁶⁰ ili one čiji je novčani iznos neodređen⁶¹ ističu se u

⁵⁷ Usp. EICKMANN, op. cit., 248, KREFT, op. cit., 446.

⁵⁸ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 164.

⁵⁹ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 164.

⁶⁰ Među te tražbine ne spadaju izlučna i razlučna prava te prava koja se tretiraju kao tražbine stečajne mase - usp. za njemačko pravo EICKMANN, 169. Ni tražbine na propuštanje (*Unterlassungsansprüche*) ne mogu se konvertirati u novčane tražbine. Takve su tražbine obično vezane uz neko izlučno pravo - usp. za njemačko pravo EICKMANN, 169.

⁶¹ Tu bi spadale: - tražbine koje su određene po osnovi, ali ne i po visini; - beskatmatne tražbine čija je dospelost izvjesna, ali vremenski neodređena, npr. kad je uvjetovana smrću dužnika ili neke druge osobe; - tražbine na buduće periodične činidbe kod kojih nije određen iznos pojedinih činidbi niti vrijeme u kojemu se treba ispuniti (usp. za njemačko pravo EICKMANN, 170.). Procjena neodređenih tražbina mogla bi se obavljati po slobodnoj ocjeni - na način na koji se u parničnom

vrijednosti na koju se mogu procijeniti u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka. Tražbine izražene u stranoj valuti ili u obračunskoj jedinici obračunavaju se u valuti Republike Hrvatske po tečaju mjerodavnom za mjesto plaćanja u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka (77. SZ). Procjenu i obračun daje u svojoj prijavi stečajni vjerovnik (*arg. ex* 173/1, 3. SZ). Oni imaju tek procesni učinak u smislu da se promjena novčane i neodređene tražbine, odnosno tražbine u stranoj valuti u dospjele novčane tražbine obavlja tek nakon što tako prijavljena tražbina bude utvrđena u stečajnom postupku, odnosno u parnici i uvrštena naknadno u tabelu *arg. ex* 177/1, 181/1, 2. SZ).⁶² Za procjenu i obračun mjerodavni su vrijednosni odnosi u mjestu ispunjenja u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka. Uzima se opća vrijednost odnosno tečajna vrijednost.⁶³ Rentni zahtjevi vezani uz trajanje života nadomještaju se iznosom koji odgovara zbroju povremenih isplata od otvaranja stečajnoga postupka do predvidivog trajanja života. Tu se procjena može obaviti vodeći računa o statističkim podacima o trajanju života. Dobiveni iznos treba umanjiti za međukamate na način na koji se to radi kod nedospjelih beskamratnih tražbina (*arg. ex* 73/2, 77. SZ). Pritom treba uzeti u obzir očekivana povećanja kao i stopu inflacije.⁶⁴

Tražbine kojih su predmet povremena davanja, čiji su iznos i trajanje određeni, utvrđuju (kapitaliziraju) se u iznosu koji se dobije zbrajanjem još predstojećih davanja uz odbitak međukamata kao kod pretvaranja nedospjelih u dospjele tražbine (*arg. ex* 73, 78. SZ). Ako trajanje davanja nije određeno, utvrđuju se u vrijednosti u kojoj se mogu procijeniti u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka (*arg. ex* 77, 78. SZ.).

3.3.3. *Tražbine vezane uz raskidni uvjet*

Tražbine vezane uz raskidni uvjet u stečajnom se postupku, sve dok uvjet ne nastupi, uzimaju kao bezuvjetne tražbine (74. SZ), dakle s punim učinkom, što znači da se na njih primjenjuju opća pravila. Ako uvjet nastupi tijekom postupka, raskid se može istaknuti bilo osporavanjem tražbine bilo isticanjem opozicijskoga prigovora u ovrsi radi prisilnoga upisa u tablice. Od vjerovnika se nakon nastupanja raskidnoga uvjeta može tražiti povrat onoga što mu je isplaćeno.⁶⁵ Kad su u pitanju tražbine uz odgovni uvjet, one tek posredno dolaze do izražaja u stečajnom postupku - tako im se njihovim vjerovnicima može priznati pravo glasa na skupštini vjerovnika (38.d/2, 5. SZ), mogu se uz ispunjenje određenih pretpostavaka uzeti u obzir prigodom prijeloja tražbina (104/1. SZ) te prigodom diobe (187. SZ).

postupku utvrđuje visina svote ili količina zamjenjivih stvari kada se oni ne mogu utvrditi ili kada bi se mogle utvrditi samo s nerazmjernim teškoćama (223. ZPP). O značenju te slobodne ocjene usp. TRIVA, GPPP, 135, 136.

⁶² Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 170.

⁶³ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 170.

⁶⁴ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 170.

⁶⁵ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 165.

3.3.4. Prava solidarnih dužnika i jamaca

Solidarni dužnici i jamci dužnika mogu kao stečajni vjerovnici tražiti da im se vrati ono što su za dužnika platili prije ili nakon dana otvaranja stečajnoga postupka, ako im pripada pravo na vraćanje isplaćenoga prema dužniku (76/1. SZ). Radilo bi se o aktualnoj regresnoj tražbini prema dužniku.

Solidarni dužnici i jamci mogu, međutim, podnijeti zahtjev da im se osigura iznos što će ga platiti za dužnika razmjerno iznosu koji bi im pripao kao stečajnim vjerovnicima (76/2. SZ), dakle prijaviti jednu buduću uvjetnu tražbinu. Oni bi se u diobi tretirali analogno kao vjerovnici tražbina uz odgovni uvjet (187. SZ).⁶⁶ Rješenje predviđeno za solidarnoga dužnika i jamca trebalo bi protegnuti i na slučajeve u kojima je treći založio ili fiducijarno prenio dio svoje imovine kao osiguranje za obvezu stečajnoga dužnika.

3.4. Utjecaj otvaranja stečajnoga postupka na razlučna prava

3.4.1. Općenito

Otvaranje stečajnoga postupka pored procesnopravnih ima i značajne materijalnopravne učinke na razlučna prava. Određena takva prava prestaju, status se nekih takvih prava mijenja.

3.4.2. Prestanak prava stečenih ovrhom ili osiguranjem

Otvaranjem stečajnoga postupka prestaju (po sili zakona) razlučna prava na imovini dužnika koja ulazi u stečajnu masu, koja je stečajni vjerovnik stekao tijekom posljednjih trideset dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka ili nakon toga sudskom ovrhom ili prisilnim sudskim osiguranjem (97. SZ). Prisilna sudska razlučna prava koja prestaju mogu biti prisilno založno pravo⁶⁷ ili pravo na namirenje⁶⁸. Stoga će se vjerovnici tražbina osiguranih tim pravima smatrati običnim stečajnim vjerovnicima. Vjerovnici čija su prava stečena prije navedenog roka zadržavaju svojstvo osiguranih, razlučnih vjerovnika.

Otvaranje stečajnoga postupka djeluje apsolutno na sudska prisilna razlučna prava u smislu da njihovim prestankom prestaje njihov učinak prema svima, a ne

⁶⁶ Rješenje prihvaćeno u hrvatskom pravu razlikuje se od onoga u njemačkom, u kojemu, naime, solidarni dužnik i jamac mogu tražbinu koju će namirenjem vjerovnika tek steći, protiv dužnika istaknuti u stečajnom postupku samo ako vjerovnik nije u tom postupku prijavio svoju tražbinu (44. InsO). Po hrvatskom pravu solidarni dužnik i jamac mogu zatražiti da im se osigura iznos koji će eventualno platiti za dužnika neovisno o tome je li vjerovnik prijavio u stečajnom postupku svoju tražbinu ili nije.

⁶⁷ Tako se založno pravo stječe: - u ovrshi radi naplate novčane tražbine na pokretnini (135. OZ), na novčanoj tražbini (152/3. OZ), na tražbini da se predaju ili isporuče pokretnine ili da se preda nekretnina (152/3, 189. OZ), na dionici za koju nije izdana isprava o dionici te na udjelu odnosno poslovnom udjelu u trgovačkom društvu (196/1. OZ), na drugim imovinskim odnosno materijalnim pravima (135, 200. OZ); - u osiguranju prisilnim zasnivanjem založnoga prava na nekretnini (259/1. OZ), prethodnim mjerama (287/3. OZ).

⁶⁸ U ovrshi radi naplate novčane tražbine na nekretnini (79/2. OZ).

eventualno ograničeno u smislu da su bez učinka samo prema stečajnim vjerovnicima, kako npr. djeluje pobijanje u stečaju (*arg. ex 141/5. SZ*).

Otvaranjem stečajnoga postupka ne prestaju nesudska prisilna razlučna prava (*arg. a contrario ex 97. SZ*).

Razlučna prava koja su na dijelovima imovine stečajnoga dužnika stekle osobe koje nisu i njegovi osobni vjerovnici, dakle koji nisu i stečajni vjerovnici, ne prestaju (*arg. a contrario ex 97. SZ*). To znači da ne bi prestajala razlučna prava koja su zasnovana na dijelovima imovine dužnika radi osiguranja obveza trećih.

Otvaranjem stečajnoga postupka ne prestaju ni razlučna prava na tzv. slobodnoj imovini dužnika pojedinca, imovini koja ne ulazi u stečajnu masu (*arg. a contrario ex 97. SZ*).

Dobrovoljna sudska i javnobilježnička razlučna prava, te obična ugovorna takva prava stečena tijekom posljednjih trideset dana prije otvaranja stečajnoga postupka ili nakon toga, ne prestaju (*arg. a contrari ex 97. SZ*). Učinci tih prava mogu, međutim, biti otklonjeni u odnosu na stečajnu masu pobijanjem u stečaju, svakako ako za to budu ispunjene zakonom propisane pretpostavke (127-144. SZ).

Pri izračunavanju rokova trebalo bi primijeniti pravila o računanju rokova za pobijanje pravnih radnji u povodu stečaja (137. SZ). Za početak tjeka roka važan je dan stjecanja razlučnoga prava, što će trebati utvrditi primjenom propisa stvarnoga odnosno ovršnoga prava o stjecanju založnoga prava i prava na namirenje.

3.5. Sudsko i javnobilježničko fiducijarno osiguranje

3.5.1. Općenito

Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava jest institut dobrovoljnoga osiguranja koje se ostvaruje sklapanjem sporazuma stranaka s učinkom sudske nagodbe u postupku pred sudom, odnosno u obliku javnobilježničkoga akta ili solemnizirane privatne isprave, kojim se ili kojom se utvrđuje određena postojeća ili buduća novčana tražbina (ili novčana protuvrijednost nenovčane tražbine) fiducijara (predlagatelja osiguranja, vjerovnika) prema fiducijantu (protivniku osiguranja, dužniku) te suglasnost fiducijanta (i, eventualno, trećega) da se radi osiguranja te tražbine prenese na fiducijara vlasništvo na određenoj stvari fiducijanta (ili trećega), odnosno da se radi toga na njega prenese koje pravo fiducijanta (ili trećega), s time da do prijenosa vlasništva ili prava dolazi sklapanjem toga sporazuma, osim što do prijenosa vlasništva na nekretnini upisanoj u zemljišnoj knjizi dolazi tek upisom prijenosa vlasništva u te knjige.⁶⁹

Otvaranje stečajnoga postupka nad protivnom strankom različito utječe na pravni položaj fiducijara odnosno fiducijanta. Ta je razlika osobito naglašena posljednjom novelom SZ-a, kojom je fiducijaru u stečaju fiducijanta priznat status specifičnog razlučnog vjerovnika.

⁶⁹ Usp. DIKA, Sudsko i javnobilježničko fiducijarno osiguranje, "Novosti u stečajnom pravu", zbornik radova, 2001., 143.

3.5.2. Stečaj nad fiducijarom

U slučaju stečaja nad fiducijarom fiducijant ima **izlučno pravo** na stvarima i pravima koje je prenio na fiducijara radi osiguranja, osim ako se ovrha ne provodi radi ostvarenja tražbine treće osobe prema fiducijaru, koje je fiducijar osigurao osnivanjem založnog prava na prenesenoj stvari ili pravu (276/2. OZ). U tom je drugom slučaju, naime, fiducijar svojom dispozicijom opteretio objekt osiguranja na temelju koje je treći valjano stekao odgovarajuća prava (*arg. ex 275/2,5. OZ*).

U stečajnom bi se postupku fiducijant tretirao kao izlučni vjerovnik (79, 80. SZ).

Ostvarujući svoje izlučno pravo, fiducijant bi zapravo bio ovlašten usprotiviti se unovčenju u stečaju tih predmeta osiguranja; on se ne bi mogao usprotiviti unovčenju u stečaju te tražbine. Naime, budući da osigurana tražbina fiducijara ulazi u njegovu imovinu, nad njom bi se unovčenje u stečaju mogli slobodno provesti i tome se fiducijant ne bi mogao protiviti. Unovčenjem u stečaju prenijelo bi se na stjecatelja i fiducijarno osiguranje (*arg. ex 437/1. ZOO, 319. ZV*).

Izlučno pravo fiducijanta temeljilo bi se na uvjetnom obveznopravnom zahtjevu da nakon ispunjenja obveze traži povrat vlasništva stvari ili prijenos prava. Izričita se zakonska odredba kojom se priznaje svojstvo izlučnoga prava takvom obveznopravnom ovlaštenju fiducijanta može opravdati specifičnom esekurativnom svrhom fiducijarnog osiguranja.

Prava koja se priznaju fiducijantu trebalo bi, *argumento a minori ad maius*, priznati i trećemu koji je radi fiducijarnoga osiguranja prenio vlasništvo na nekoj svojoj stvari ili koje svoje pravo.

3.5.3. Stečaj nad fiducijantom

3.5.3.1. Općenito

U izvornoj verziji SZ-a nije bila izričito uređena pravna pozicija fiducijara u slučaju stečaja nad fiducijantom. To je dovelo do različitih stavova u sudskoj praksi i doktrini. Posljednjom novelom SZ-a nastojalo se posebnim odredbama na nedvojbeni način urediti i pravni položaj stvari i prava koji su preneseni na fiducijara radi osiguranja (čl. 81.a SZ). Osnovno je obilježje toga uređenja da se po njemu fiducijar u načelu tretira kao razlučni vjerovnik,⁷⁰ ali ipak uz određene specifičnosti. Te se specifičnosti očituju u tome da fiducijar može zatražiti da mu se stvar ili pravo prepuste umjesto ispunjenja ako se prigodom njihova unovčenja ne postigne cijena koja bi pokrivala osiguranu tražbinu s kamatama i troškovima, odnosno u otvaranju mogućnosti da se na neke slučajeve fiducijarnoga osiguranja ne primijene pravila o unovčenju predmeta razlučnih prava, već da se oni prepuste fiducijaru umjesto isplate. Dakle, s jedne se strane htjelo zaštititi stečajnu masu isključenjem mogućnosti da fiducijar zadrži prenesene stvari ili prava po pravilima

⁷⁰ U prilog takvoga zaključka govori i okolnost da se odredbe čl. 81.a. SZ koje uređuju pravni položaj fiducijara nakon otvaranja stečajnoga postupka nalaze u pododjeljku 6.3. glave treće SZ s naslovom "Razlučni vjerovnici".

OZ-a o fiducijarnom osiguranju i time se eventualno neosnovano obogati. S druge se strane, međutim, htjelo zaštititi i fiducijara utvrđivanjem njegova prava da traži da mu se radi osiguranja prenesene stvari ili prava prepuste ako se prigodom njihova unovčenja po pravilima o unovčenju predmeta razlučnih prava ne postigne cijena kojom bi se pokrila njegova tražbina s kamatama i troškovima postupka, odnosno otvaranjem mogućnosti da se, bez pokušaja unovčenja predmeta osiguranja po pravilima o unovčenju predmeta razlučnih prava, prepusti te predmete fiducijaru umjesto ispunjenja. U tom smislu fiducijarno vlasništvo odnosno fiducijarni prijenos prava imali bi u stečaju položaj specifičnih razlučnih prava osnaženih zaštitnim obilježjima izlučnih prava.

3.5.3.2. Učinci otvaranja stečajnoga postupka na fiducijarna osiguranja

Dva su osnovna pravna učinka otvaranja stečajnoga postupka⁷¹ na fiducijarna osiguranja. Jedan se tiče prava fiducijara da raspoláže prenesenom stvari odnosno pravom, drugi sadržaja fiducijarnoga osiguranja, zapravo načina njegova ostvarenja.

Fiducijar ima, neovisno o sadržaju sporazuma o osiguranju, pravo otuđiti i opteretiti predmet osiguranja (čl. 275. st. 2. OZ). Takvo je otuđenje odnosno opterećenje (u pravilu) pravno valjano (v. ad 3.5.2). **Otvaranjem stečajnoga postupka** predlagatelj osiguranja u postupku sudskoga osiguranja odnosno vjerovnik u postupku javnobilježničkoga fiducijarnoga osiguranja (fiducijar) **gubi pravo otuđenja i opterećenja** stvari ili prava koji su na njega preneseni sudskim ili javnobilježničkim osiguranjem (čl. 81.a st. 1. SZ). Ta je pravna posljedica predviđena zato da bi se omogućilo ostvarenje drugog bitnog učinka otvaranja stečajnog postupka na fiducijarna osiguranja - njihovo reduciranje na specifična razlučna prava. Da bi se izbjegle dvojbe oko pravne snage pravnih poslova koje bi fiducijar eventualno mogao poduzeti radi otuđenja ili opterećenja predmeta osiguranja, izrijekom je predviđeno da pravni poslovi koje bi on sklopio nakon otvaranja stečajnoga postupka radi otuđenja ili opterećenja predmeta fiducijarnoga osiguranja nemaju pravnoga učinka (čl. 81.a st. 2. SZ), što znači da su **apsolutno i bez izuzetka ništavi** (čl. 103. ZOO). Zainteresirana bi osoba tužbom mogla tražiti utvrđenje te ništavosti (čl. 187. ZPP), odnosno na tu bi se ništavost moglo pozivati i *ope exceptionis*, a i sud bi na nju bio dužan paziti po službenoj dužnosti (čl. 109. st. 1. ZOO).

Bit je fiducijarnoga osiguranja da fiducijar ima pravo na **izvansudsko namirenje** svoje tražbine, u krajnjem slučaju zadržavanjem prenesene stvari ili prava kao punopravni vlasnik stvari odnosno imatelj prava umjesto isplate. Radi toga on je ovlašten, ako stranke nisu drukčije odredile u svom sporazumu, od fiducijanta zatražiti da se nakon dospelosti tražbine izjasni inzistira li na tome da se predmet osiguranja unovči. Ako se fiducijant izjasni u tom smislu, dužan je osigurati da se unovčenje stvari ili prava te namirenje fiducijara obave preko javnog bilježnika u roku od tri mjeseca. Ako on to ne učini, odnosno ako se predmet fiducijarnoga

⁷¹ Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka nastupaju početkom dana kojega je oglas o otvaranju toga postupka istaknut na oglasnoj ploči suda (čl. 88. st. 1. SZ).

osiguranja ne uspije unovčiti, fiducijar postaje punopravnim vlasnikom stvari, odnosno imateljem prava, osim ako ne pridrži sebi pravo na samoinicijativno unovčenje predmeta osiguranja radi namirenja (277. OZ). Međutim, **otvaranjem stečajnoga postupka** pravni se položaj fiducijara **pretvara u pravni položaj razlučnoga vjerovnika**, što znači da on od toga momenta svoju fiducijarno osiguranu tražbinu ne može više ostvarivati na izloženi način, već, uz određene specifičnosti koje su karakteristične za izlučne zahtjeve, po pravilima koja važe za ostvarivanje tražbina osiguranih razlučnim pravima. Pritom se razlikuje tretman fiducijarnoga osiguranja koje je provedeno u javne knjige od onoga koje nije, s time da se, kad je u pitanju fiducijarno osiguranje koje nije provedeno u javne knjige, razlikuje između slučajeva u kojima je stečajni upravitelj ovlašten unovčiti predmet osiguranja i onih u kojima to nije.

3.5.3.3. Fiducijarna osiguranja upisana u javne knjige

3.5.3.3.1. Način ostvarenja

Fiducijarna osiguranja upisana u javnoj knjizi (zemljišnoj knjizi, upisniku brodova, zrakoplova, intelektualnoga vlasništva i sl.) ostvaruju se u načelu po pravilima koja vrijede za ostvarenje založnoga prava ili prava na namirenje koja su upisana u javne knjige (*arg. ex* čl. 81. i čl. 81.a st. 3. SZ). To znači da se ta prava mogu realizirati na dva načina: (1) izvan stečajnoga postupka po pravilima o ovrsi na inicijativu fiducijara i (2) u stečajnome postupku na inicijativu stečajnoga upravitelja. O trećoj, “izvanovršnoj” mogućnosti realizacije fiducijarnih osiguranja v. *infra*.

Ako je fiducijar pokrenuo ovršni postupak na predmetu osiguranja upisanom u javnoj knjizi radi prisilnoga ostvarenja svoje tražbine prije nego što je stečajni upravitelj predložio njenu prodaju u stečajnome postupku, predmet osiguranja će se prodati u ovršnom postupku koji je pokrenuo fiducijar (81.a/3. u vezi s 164/4-5. SZ). Ta se ovrha provodi po općim pravilima ovršnoga postupka (98/5. SZ). Međutim, fiducijar je ovlašten 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 predviđivi porez na promet, ako se ta cijena ne postigne ni nakon **treće** prodaje,⁷² te izjaviti da je spreman, ako se ta cijena ne postigne, zadržati stvar ili pravo kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj za tu cijenu (81.a/4. SZ)⁷³.

⁷² U prijedlogu Novele bilo je predviđeno da bi fiducijar imao pravo tražiti da mu se predmet osiguranja prepusti ako se navedena cijena ne postigne prigodom prve prodaje. Amandmanom je u saborskoj proceduri unesena izmjena po kojoj on to ima tražiti tek ako se navedena cijena ne postigne ni prigodom **treće** prodaje. Tim se amandmanom htjelo navesti sud u ovršnom postupku da ponovljenim prodajama pokuša postići višu cijenu. Inzistiranje na tri prodaje nije, međutim, propisano za slučaj u kojemu se unovčenje predmeta osiguranja provodi u stečajnom postupku na inicijativu stečajnoga upravitelja (čl. 81.a st. 5. SZ). S tom izmjenom nisu usklađena ni pravila o pravnim posljedicama nemogućnosti da se predmet osiguranja unovči za višu cijenu (čl. 81.a st. 6. SZ).

⁷³ Fiducijar bi mogao inzistirati na određivanju najniže prodajne cijene samo ako bi izjavio da je spreman preuzeti predmet osiguranja po toj cijeni umjesto isplate.

Fiducijar, dakle, ne bi mogao predmet osiguranja dobiti kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj prije nego što se on pokuša unovčiti tri puta, redovito, dakle, tek nakon što se provedu tri dražbe. Pritom bi on morao predujmljivati sredstva za pokriće troškova za provedbu tih prodaja. Ti bi troškovi, svakako, povećavali cijenu za koju bi on bio ovlašten zadržati predmet osiguranja. **Najniža prodajna cijena** koju bi fiducijar bio ovlašten odrediti bila bi u funkciji njegove zaštite. Po toj bi cijeni on zadržavao stvar ili pravo kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj prava **umjesto isplate**, što znači da bi time prestajala njegova osigurana tražbina.

Na prijedlog stečajnoga upravitelja predmete fiducijarnoga osiguranja upisane u javne knjige prodaje stečajno vijeće uz odgovarajuću primjenu odredaba propisa o ovrsi kojima je uređena ovrha na nekretnini i drugim predmetima upisanim u javne knjige (*arg. ex* 81.a/3., 164/1, 5. SZ). U rješenju o prodaji stečajno je vijeće dužno odrediti da se predmet osiguranja prodaje u stečajnom postupku. U javnoj se knjizi upisuje zabilježba rješenja o prodaji predmeta osiguranja. (81.a/3, 164/2, 5. SZ). Ako se predmet osiguranja ne bude mogao unovčiti na prvom ročištu za prodaju za utvrđenu vrijednost, na narednim ročištima može se prodati za nižu vrijednost koju odredi stečajno vijeće (čl. 81.a st. 3. u vezi s čl. 164. st. 3. i 5. SZ). Međutim, i prigodom takvoga unovčenja predmeta osiguranja fiducijar je ovlašten (1) zatražiti, najkasnije do donošenja zaključka o prodaji, 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 (2) izjaviti da je spreman, ako se ta cijena ne postigne, zadržati stvar ili pravo kao punopravni vlasnik odnosno imatelj za tu cijenu (čl. 81.a st. 5. SZ). Fiducijar bi predmete osiguranja i u tom slučaju zadržavao umjesto isplate.

3.5.3.3.2. Pravne posljedice neuspjeloga unovčenja

Ako se predmet osiguranja ne uspije prodati u posebnom ovršnom postupku koji je pokrenuo fiducijar ili u incidentalnom ovršnom postupku, koji je u okviru stečajnoga postupka inicirao stečajni upravitelj, za cijenu višu od osigurane tražbine, uvećane za kamate i troškove te za predvidivi porez na promet, smatrat će se da je fiducijar, koji je to pravodobno zatražio, postao punopravnim vlasnikom stvari ili punopravnim imateljem prava koji su na njega preneseni za cijenu koja odgovara iznosu osigurane tražbine s kamatama i troškovima te poreza na promet (čl. 81.a st. 6. SZ).

U slučaju kad je prodaju predmeta osiguranja inicirao fiducijar u posebnom ovršnom postupku, ta bi pravna posljedica nastupala tek nakon **treće** neuspjele prodaje, pa bi u tom smislu trebalo korigirati odredbu članka 81.a stavka 6. SZ koja i za ovaj slučaj govori o neuspjehu da se već prigodom prve prodaje postigne navedena cijena - na to bi upućivala već citirana odredba članka 81.a stavka 4. SZ (*v. ad* 3.5.3.3.1). U slučaju u kojemu bi se prodaja provodila u stečajnom postupku, ta bi pravna posljedica nastupala već ako se prigodom **prve** prodaje ne bi postigla najniža prodajna cijena za koju je fiducijar voljan zadržati predmet osiguranja umjesto isplate.

U slučajevima kad bi fiducijar postajao punopravnim vlasnikom stvari odnosno imateljem prava, stečajni bi sudac bio dužan, na zahtjev fiducijara, donijeti rješenje o brisanju zabilježbe fiducijarnoga osiguranja u javnoj knjizi, koje je zemljišnoknjižni sud,⁷⁴ ali, *argumento a cohaerentia, a competudine*, i drugo tijelo koje vodi odgovarajući javni upisnik, dužan provesti po službenoj dužnosti (*arg. ex* 81.a st. 7. SZ).

3.5.3.4. Fiducijarna osiguranja koja nisu upisana u javne knjige

3.5.3.4.1. Općenito

Za fiducijarna osiguranja koja nisu upisana u javne knjige vrijedi opće pravilo da se ona tretiraju kao prava na odvojeno namirenje na stvari ili pravu prenesenom radi osiguranja prema odredbama SZ o unovčenju drugih stvari ili prava (čl. 81.a st. 8. SZ), ipak osnažena mogućnošću da fiducijar, uz ispunjenje određenih pretpostavaka, zadrži kao punopravni vlasnik odnosno imatelj predmet osiguranja. Budući da se pravila o unovčenju predmeta razlučnih prava razlikuju prema tome pripada li pravo na unovčenje stečajnome upravitelju ili razlučnom vjerovniku, trebalo bi i proceduru realizacije fiducijarnoga osiguranja tome prilagoditi.

3.5.3.4.2. Realizacija fiducijarnoga osiguranja kad pravo na unovčenje predmeta osiguranja pripada stečajnome upravitelju

Stečajni upravitelj smije neposrednom pogodbom unovčiti pokretnu stvar na kojoj postoji razlučno pravo ako se ona nalazi u njegovu posjedu (čl. 165. st. 1. SZ). Ako stečajni upravitelj ima pravo na unovčenje pokretne stvari, dužan je razlučnoga vjerovnika, na njegov zahtjev, obavijestiti o stanju stvari. Umjesto obavijesti on može dopustiti vjerovniku razgledavanje te stvari (čl. 166. st. 1. SZ).

Stečajni upravitelj smije naplatiti ili na drugi način unovčiti tražbinu ili drugo pravo koje je stečajni dužnik ustupio radi osiguranja nekoga prava (čl. 165. st. 2. SZ). Ako stečajni upravitelj ima pravo na naplatu tražbine, dužan je razlučnoga vjerovnika, na njegov zahtjev, obavijestiti o toj tražbini. Umjesto obavijesti on može dopustiti vjerovniku uvid u knjige i u poslovnu dokumentaciju dužnika (čl. 166. st. 2. SZ).

Prije nego što stečajni upravitelj otuđi trećoj osobi stvar ili pravo koje je ovlašten unovčiti, dužan je razlučnom vjerovniku priopćiti na koji način taj predmet namjerava otuđiti. Stečajni je upravitelj dužan vjerovniku dati priliku da u roku od osam dana predloži unovčenje predmeta koje bi za vjerovnika bilo povoljnije. Ako prijedlog bude podnesen u roku od osam dana ili pravovremeno prije otuđenja, stečajni upravitelj dužan je uzeti u obzir mogućnost povoljnijega otuđenja koje je predložio vjerovnik. Drukčija mogućnost unovčenja može biti i u tome da vjerovnik sam preuzme predmet. Povoljnijom se smatra i ona mogućnost unovčenja kojom se smanjuju troškovi (čl. 167. SZ).

⁷⁴ Okolnost da se u odredbi čl. 81.a st. 7. govori samo o zemljišnoknjižnom sudu treba pripisati redakcijskom lapsusu.

Dok predmet koji je stečajni upravitelj ovlašten unovčiti ne bude unovčen, vjerovnik ima pravo na kamate iz stečajne mase koje teku od izvještajnog ročišta. Ako je vjerovnik već prije otvaranja stečajnoga postupka određenim mjerama osiguranja spriječen u unovčenju predmeta, kamate počinju teći najkasnije tri mjeseca nakon što mjera bude određena. Navedene odredbe ne primjenjuju se ako se prema visini tražbine te vrijednosti drugih tereta na predmetu vjerovnik ne bi mogao namiriti iz utrška (čl. 168. SZ).

Nakon što stečajni upravitelj unovči pokretnu stvar ili tražbinu, iz utrška se u stečajnu masu prije svega unosi iznos potreban za naknadu troškova utvrđivanja tražbine i unovčenja. Od preostalog se iznosa bez odgode namiruje razlučni vjerovnik. Ako stečajni upravitelj prepusti razlučnom vjerovniku unovčiti neki predmet, koji inače ima pravo unovčiti, on je dužan iz utrška u stečajnu masu najprije izdvojiti iznos potreban za pokriće troškova utvrđivanja tražbine i poreza kojim je takva prodaja opterećena (čl. 169. SZ).

Troškovi utvrđivanja tražbine, koji obuhvaćaju troškove utvrđivanja istovjetnosti predmeta i prava na tom predmetu, određuju se paušalno u iznosu od 5% od utrška. Troškovi unovčenja određuju se paušalno u iznosu od 5% od utrška. Ako su stvarno nastali troškovi znatno niži ili viši, odredit će se u stvarnoj visini. Ako je zbog unovčenja stečajna masa opterećena porezom, iznos toga poreza pridodaje se troškovima unovčenja (čl. 170. SZ).

Navedena bi se pravila o unovčenju predmeta razlučnih prava koje je ovlašten unovčiti stečajni upravitelj na odgovarajući način primjenjivala na unovčenje predmeta fiducijarnoga osiguranja te na namirenje fiducijara. Ipak, fiducijar 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 uvećanoj za kamate, troškove te za predvidivi porez na promet ako stečajni upravitelj ne uspije prodati stvar ili pravo za višu cijenu u roku od tri mjeseca računajući od dana kojega je fiducijar zatražio od stečajnoga upravitelja da proda stvar ili pravo (čl. 81.a st. 9. SZ).

3.5.3.4.3. Realizacija fiducijarnoga osiguranja kad pravo na unovčenje predmeta osiguranja pripada fiducijaru

Razlučni vjerovnik ima pravo na unovčenje predmeta osiguranja u svim slučajevima u kojima ono ne pripada stečajnome upravitelju (*arg. ex* čl. 172. st. 1. SZ). Međutim, na prijedlog stečajnoga upravitelja, a nakon što sasluša vjerovnika, stečajno vijeće može odrediti rok u kojem vjerovnik mora unovčiti predmet, nakon proteka kojega pravo na unovčenje stječe stečajni upravitelj (čl. 172. st. 2. SZ). Stečajno bi vijeće rok određivalo rješenjem, protiv kojega bi vjerovniku pripadalo pravo na nesuspendivnu žalbu (čl. 11. SZ).

Navedene bi se odredbe na odgovarajući način primjenjivale i na fiducijarno osiguranje. Ipak, ako fiducijar ovlašten sam prodati stvar ili pravo na njega preneseno radi osiguranja želi stvari ili pravo zadržati, za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate i troškove te predvidivi porez na promet, dužan je ovlastiti stečajnoga upravitelja da pokuša obaviti prodaju za tu cijenu. U

tom slučaju, stečajni upravitelj može pokušati predmet osiguranja unovčiti za višu cijenu u roku od tri mjeseca od kada mu je to omogućeno (čl. 81.a st. 10. SZ).

U slučaju u kojem bi stečajno vijeće ovlastilo stečajnoga upravitelja da proda predmet osiguranja, fiducijar bi svoje pravo da zadrži predmet osiguranja ostvarivao na način predviđen za slučajeve u kojima bi pravo na unovčenje predmeta osiguranja pripadalo stečajnome upravitelju (v. ad. 3.5.3.4.2).

3.5.3.4.4. Pravne posljedice neuspjeloga unovčenja

Ako stečajni upravitelj ne uspije unovčiti predmet osiguranja barem za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate i troškove postupka te predvidivi porez na promet u roku od tri mjeseca od dana kad je fiducijar zatražio od stečajnoga upravitelja da proda predmet osiguranja, odnosno od dana kojega je na to ovlastio stečajnoga upravitelja, fiducijar postaje **punopravnim** vlasnikom stvari odnosno imateljem prava (čl. 81.a st. 11. SZ). U slučaju spora o tome je li nastupila ta pravna posljedica, fiducijar ili stečajni upravitelj za stečajnoga dužnika, ili treći koji bi za to imali pravnoga interesa, mogli bi tražiti da se presudom utvrdi da je fiducijar punopravni vlasnik odnosno imatelj prava ili da to nije.

3.5.3.5. Dionice, odnosno udjeli i poslovni udjeli kao predmet osiguranja

Izložena pravila o pravnom tretmanu stvari i prava kao predmeta fiducijarnoga osiguranja nakon otvaranja stečajnoga postupka na odgovarajući se način primjenjuju na dionice odnosno udjele ili poslovne udjele u trgovačkom društvu koji su sudski ili javnobilježnički preneseni radi osiguranja (čl. 81.a st. 12. SZ).

3.5.3.6. Zadržavanje predmeta fiducijarnoga osiguranja bez pokušaja prethodne prodaje

Na prijedlog fiducijara ili stečajnoga upravitelja stečajno vijeće **može** (dakle, ne mora), ako ocijeni da je to opravdano, rješenjem, koje će biti objavljeno na oglasnoj ploči suda, ovlastiti stečajnoga upravitelja sklopiti s fiducijarom 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 (čl. 81.a st. 13. SZ), dakle umjesto ispunjenja. Protiv toga rješenja pravo na žalbu ima dužnik pojedinac, vjerovnici i stečajni upravitelj ako on nije podnio prijedlog (čl. 81.a st. 14. SZ). Rok za žalbu bi se računao od objavljivanja na oglasnoj ploči suda. Žalba je suspenzivna - sporazum o prepuštanju predmeta osiguranja može se sklopiti tek kad rješenje kojim je dopušteno sklapanje sporazuma postane pravomoćno (čl. 81.a st. 14. SZ).

Ratio je izložene mogućnosti da se, bez pokušaja prisilnoga unovčenja, fiducijaru prepusti predmet osiguranja u nastojanju da se, uz kontrolu stečajnoga suda, omogući realizacija fiducijarnoga osiguranja bez nepotrebnoga odugovlačenja i izlaganja nesvrhovitim troškovima prodaje. Ona je u funkciji zaštite interesa fiducijara.

Mogućnost prepuštanja predmeta osiguranja umjesto ispunjenja predviđena je i općim pravilima o ostvarivanju razlučnih prava koja nisu upisana u javne knjige (čl. 167. st. 3. SZ) (v. ad. 3.5.3.4.2).

3.5.3.7. Fiducijar kao razlučni vjerovnik

Da bi zaštitio svoju pravnu poziciju u stečajnom postupku, fiducijar bi trebao postupati kao i svaki drugi razlučni vjerovnik - dakle nastojati pravodobno prijaviti svoje pravo i inače ga nastojati zaštititi u stečajnom postupku.

Razlučni vjerovnici, naime, podnose prijavu svojih prava u dva primjerka, u kojoj označuju dio imovine dužnika na koji se razlučno pravo odnosi te iznos do kojega njihova tražbina neće biti pokrivena razlučnim pravom. Prijavi se prilažu isprave kojima se dokazuje tražbina i razlučno pravo kojim je ona osigurana (čl. 173.a st. 1. SZ). Ako razlučni vjerovnici ne prijave svoje tražbine u rokovima u kojima se one mogu redovito⁷⁵ ili naknadno prijaviti⁷⁶, u slučaju da predmet razlučnoga 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, 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. 173.a st. 2. SZ).

U slučaju da se pristupi izradi stečajnoga plana, fiducijar bi se tretirao kao razlučni vjerovnik (čl. 231. st. 3. SZ).

3.5.3.8. Fiducijarna osiguranja u slučaju prodaje imovine dužnika kao cjeline

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 vezi s tim prijenosom prije otvaranja stečajnoga postupka (čl. 163.h SZ). To znači da bi se prodajom imovine dužnika kao cjeline iznova uspostavljala pravna situacija fiducijarnoga osiguranja kakva je bila prije otvaranja stečajnoga postupka. Kupac bi ulazio u pravni položaj fiducijanta. I fiducijar i fiducijant bi svoja prava ostvarivali na način kao da stečajni postupak nije bio ni otvoren, dakle po pravilima OZ-a o fiducijarnom osiguranju.

Budući da to nije izrijeekom riješeno, može se postaviti pitanje treba li i na fiducijarna osiguranja primijeniti pravila o djelovanju prodaje imovine dužnika kao cjeline na razlučna prava (čl. 163f. SZ). Pozitivni bi se odgovor temeljio na okolnosti da se fiducijarno osiguranje Novelom 2000. tretira u osnovi kao razlučno

⁷⁵ Rješenjem o otvaranju stečajnoga postupka pozivaju se vjerovnici da stečajnom upravitelju u roku od petnaest dana prijave svoja razlučna prava na pokretnim stvarima i pravima dužnika, te razlučna prava na nekretninama dužnika koje nisu upisane u zemljišnim knjigama, odnosno razlučna prava na nekretninama koje su upisane u zemljišnim knjigama ako ta razlučna prava nisu upisana u tim knjigama. Vjerovnici nisu dužni prijaviti svoja razlučna prava na pokretnim stvarima i pravima dužnika koja su upisana u upisnicima u kojima se te stvari, odnosno prava vode (npr. u upisniku brodova i zrakoplova, upisnicima prava intelektualnoga vlasništva i sl.). U prijavi se moraju označiti predmet na kojem postoji razlučno pravo, način i osnova zasnivanja toga prava te osigurana tražbina. Vjerovnik koji bez opravdanoga razloga skrivljeno propusti podnijeti ili odugovlači s podnošenjem prijave, odgovara za štetu koja bi zbog toga mogla nastati (čl. 54. st. 4. SZ).

⁷⁶ Krajnji rok za naknadne prijave razlučnih prava bio bi rok od tri mjeseca nakon prvoga ispitnoga ročišta, ali ne poslije objavljivanja poziva za završno ročište (*arg. ex* čl. 176. st. 2. u vezi s čl. 176. st. 2. SZ).

pravo; njemu bi u prilog išla i potreba zaštite kupca. Zato bi trebalo uzeti da bi se odnos fiducijarnoga osiguranja između kupca kao fiducijanta i fiducijara prodajom imovine dužnika kao cjeline iznova uspostavljaao samo glede onih fiducijarnih osiguranja koja nisu upisana u javnim knjigama, koja bi kupac preuzimao po pravilima o preuzimanju razlučnim pravima opterećenih dijelova imovine dužnika (*arg. ex čl. 81.a u vezi s čl. 163.f SZ*). Dakle, kupac bi u pravilu preuzimao fiducijarnim osiguranjem opterećene dijelove imovine koji nisu upisani u javne knjige ako bi to osiguranje bilo prijavljeno u stečajnom postupku, ako bi to bilo određeno u ugovoru o prodaji i ako to ne bi bilo u protivnosti s pravilima o zaštiti povjerenja u javne knjige, odnosno ako je kupac znao ili morao za njih znati (*arg. ex čl. 163.f. SZ*).

3.5.3.9. Fiducijarna osiguranja ostvarena prije otvaranja stečajnoga postupka

Ako bi fiducijarno osiguranje bilo realizirano po pravilima OZ-a prije otvaranja stečajnoga postupka, otvaranje toga postupka bi u načelu bilo bez utjecaja na tu realizaciju.

3.5.3.10. Prijelazni režim

Odredbe članka 81.a SZ u SZ unesene Novelom 2000. primjenjuju se i na stečajne postupke pokrenute prije stupanja na snagu Novele 2000. (*arg. ex čl. 72. st. 2. Novele 2000.*). Takvo rješenje prijelaznoga režima u primjeni tih odredaba treba objasniti stavom da se one u osnovi ne smatraju izmjenom ranijega uređenja, već njegovom razradom, otklanjanjem njegove nedorečenosti. Slučajeve fiducijarnoga osiguranja glede kojih se u pojedinim stečajnim postupcima postupilo drukčije nego što je propisano odredbama članka 81.a SZ trebalo bi smatrati riješenima - u suprotnom bi se tim odredbama pridao retroaktivni učinak (*arg. ex čl. 90. st. 4. Ustava*). Odredbe članka 81.a SZ primjenjivale bi se, dakle, i na stečajne postupke u tijeku, ali samo na one slučajeve fiducijarnoga osiguranja koji nisu razriješeni do dana stupanja na snagu Novele 2000.

3.6. Prestanak tzv. relativnih zabrana otuđenja i opterećenja

3.6.1. Općenito

Zabrana otuđenja ili opterećenja koja je protiv dužnika određena prema općim pravilima samo radi zaštite interesa određenih osoba (relativne zabrane) u stečajnom je postupku bez učinka (90/1. SZ), osim ako nije određena u vezi s ovršnim postupkom ili postupkom osiguranja (90/2. SZ). Ta bi pravna posljedica nastupala *ex lege* otvaranjem stečajnoga postupka. Njezina je logika u tome da se zabrane određene samo u interesu nekih osoba ne mogu u stečajnim uvjetima suprostaviti interesu ukupnosti vjerovnika koji su pogođeni teškim imovinskopравnim položajem njihova dužnika, zapravo načelu jednakog tretmana vjerovnika.⁷⁷

⁷⁷ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, op. cit., 240.

Zabrane otuđenja i opterećenja radi zaštite interesa određenih osoba mogu biti zakonske, sudske (i upravne) te utemeljene na pravnom poslu.

3.6.2. Zakonske zabrane

Jedan od slučajeva u kojima postoji zakonska zabrana raspolaganja dijelom imovine jest zabrana članu javnog trgovačkog društva da bez suglasnosti ostalih članova društva raspolaze svojim udjelom u društvu (90. ZTD). Budući da je ta zabrana određena u korist ostalih članova društva, ona bi otvaranjem stečajnoga postupka gubila svoj pravni učinak *ex lege*. Analogno bi vrijedilo i za komanditno društvo (132. ZTD).

3.6.3. Sudske i upravne zabrane

Sudske zabrane otuđenja i opterećenja ako su određene u vezi s ovršnim postupkom ili postupkom osiguranja, ostajale bi, strogo po zakonu, na snazi. U tom bi se smislu hrvatsko rješenje (90/2. SZ) razlikovalo od njemačkoga (80/2. InsO), po kojemu otvaranje stečajnoga postupka ne utječe samo na pravne posljedice zapljene u ovršnom postupku, dakle samo na radnje kojima se stječu apsolutna prava - založno pravo ili pravo na namirenje, što znači da bi u tom pravu, *a contrario*, otvaranje stečajnoga postupka djelovalo na tzv. relativne zabrane otuđenja i opterećenja, određene u postupku osiguranja, npr. u povodu privremenih mjera osiguranja.⁷⁸ Međutim, ako se uzme u obzir odredba po kojoj otvaranjem stečajnoga postupka prestaju prisilna razlučna ili slična prava na imovini dužnika, stečena sudskom ovrhom ili prisilnim sudskim osiguranjem tijekom posljednjih trideset dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka (97; v. *ad* 3.4.2), trebalo bi uzeti da otvaranjem stečajnoga postupka ne prestaju samo takva prisilna založna prava stečena ovrhom ili osiguranjem, već, *argumento a maiori ad minus*, i zabrane stečene ovrhom ili osiguranjem. Naime, ako je samo za neka prisilna založna i druga slična prava, dakle prava s apsolutnim, stvarnopravnim učincima, trebalo izrijeком predvidjeti da prestaju, a da za posljedice izazvane npr. privremenim mjerama osiguranja, koje se sastoje u relativnim, bez stvarnopravnog učinka, zabranama otuđenja i opterećenja (*arg. ex* 297, 299. OZ),⁷⁹ to nije predviđeno, valjalo bi zaključiti da se podrazumijevalo da su te relativne zabrane otvaranjem stečajnoga postupka izgubile (u cijelosti) svoj relevantan učinak. Radilo bi se ionako o zabranama protivniku osiguranja da raspolaze svojom imovinom, zabranama koje nisu mogle spriječiti prisilno otuđenje imovine ovršenika u ovršnom postupku, pa koje iz istih razloga gube svoj učinak i u stečaju kao generalnoj egzekuciji.

Isto bi vrijedilo i za privremene mjere osiguranja imovinskopravnog zahtjeva određene u kaznenom postupku (136, 138. ZKP⁸⁰). Međutim, trebalo bi uzeti da bi

⁷⁸ Usp. EICKMANN, 241.

⁷⁹ Usp. DIKA, Vrste privremenih mjera osiguranja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 19, Supplement (1998.), 767.

⁸⁰ ZKP: Zakon o kaznenom postupku, NN 110/97.

privremene mjere određene u vezi s oduzimanjem imovinske koristi (467. ZKP) ostajale na snazi zato što se ne određuju u individualnom već općem interesu (*arg. a contrario ex 90/1, 2. SZ*).⁸¹

Što je rečeno za sudske zabrane, vrijedilo bi i za administrativne zabrane otuđenja i opterećenja, jer se u SZ-u općenito govori o zabranama otuđenja i opterećenja do kojih je došlo u vezi s ovršnim postupkom i postupkom osiguranja, a ne samo u vezi sa takvim sudskim postupcima. Zabrane otuđenja i opterećenja koje u upravnom postupku nisu određene u individualnom, već u općem interesu, ne bi otvaranjem stečajnoga postupka gubile svoj učinak.

3.6.4. Zabrane na temelju pravnog posla

Na temelju (dvostranog, npr. ugovora, ili jednostranog, npr. oporuke) pravnog posla vlasnik može odrediti zabranu otuđenja i opterećenja neke svoje stvari. Ta zabrana može biti potpuna, dakle ticati se otuđenja i opterećenja, ali i djelomična, dakle sastojati se samo u zabrani otuđenja ili opterećenja, odnosno samo nekih otuđenja ili opterećenja (npr. besplatnih). Zabrana otuđenja implicirala bi i zabranu opterećenja založnim pravom, jer ostvarenje toga prava pretpostavlja otuđenje njime opterećene stvari.⁸² U pravilu zabrana otuđenja i opterećenja određena pravnim poslom djeluje obveznopravno, pa stoga njezina povreda ne utječe na valjanost dispozicije vlasnika, već će on eventualno odgovarati samo za naknadu štete (34/2.1. ZV⁸³). Ipak, zabrana može djelovati i apsolutno, dakle i prema trećima, ako je (1) osnovana u korist bračnog druga, djeteta, roditelja, posvojenika ili posvojitelja te ako je (2) upisana u zemljišnu knjigu, odnosno u javni upisnik (registar) bez upisa u koji se ne može steći stvari za koju je zabrana određena (34/2.2. ZV). Takva bi zabrana, zato što je uspostavljena samo u korist određenih osoba, u stečajnom postupku bila bez učinka.

Ako je za prijenos dionice na ime predviđena suglasnost dioničkog društva (227, 302. ZTD), otvaranjem stečajnoga postupka prestajala bi po sili zakona potreba pribavljanja takve suglasnosti za unovčenje tih dionica koje pripadaju stečajnome dužniku.

Isto bi tako otvaranjem stečajnoga postupka otpadala i ograničenja glede prijenosa poslovnoga udjela uz suglasnost društva s ograničenom odgovornošću (413. ZTD) - stečajni bi upravitelj mogao slobodno raspolagati udjelom. Na stečajni se postupak ne bi odnosila ograničenja predviđena za ovršni postupak u kojemu se udio prisilno prodaje (413. st. 3. ZTD), jer se u stečajnom postupku na otuđenje poslovnih udjela u pravilu ne primjenjuju pravila ovršnoga postupka (*arg. ex 155, 168. SZ*).

⁸¹ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 241.

⁸² Usp. GAVELLA-JOSIPOVIĆ-GLIHA-BELAJ-STIPKOVIĆ, *Stvarno pravo*, 1998., 316 (cit.: GAVELLA, *Stvarno pravo*).

⁸³ ZV: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96.

3.6.5. Podjela imovine i razvrgnuće pravne zajednice

Ako je dužnik s nekom trećom osobom u suvlasničkoj ili kojoj drugoj pravnoj zajednici ili ortaštvu, podjela imovine ili drukčije razvrgnuće zajednice obavlja se izvan stečajnoga postupka (94/1. SZ), po općim pravilima za razvrgnuće tih zajednica. Umjesto da stečajni upravitelj prodaje udio u takvoj zajednici, što bi s praktičnog aspekta moglo biti vrlo problematično, on po zakonu mora inicirati u ime dužnika podjelu imovine odnosno drukčije razvrgnuće zajednice.⁸⁴

Otvaranjem stečajnoga postupka gube pravni učinak ugovorne zabrane kojima se u suvlasničkoj ili kojoj drugoj pravnoj zajednici ili ortaštvu isključuje trajno ili za određeno vrijeme pravo za njihovo 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 (94/2. SZ). Naznačena pravna posljedica otvaranja stečajnoga postupka, koja nastupa *ex lege*, posljedica je okolnosti da udio dužnika u suvlasničkoj ili kojoj drugoj zajednici ulazi u stečajnu masu i da stoga zabrane uspostavljene u korist nekih osoba ne mogu priječiti namirenje svih vjerovnika.

Navedena odredba o razvrgnuću pravne zajednice ne odnosi se na udio stečajnoga dužnika u pravnoj osobi, npr. u nekom trgovačkom društvu. U stečajnu masu ulazi taj udio.

Stečajni upravitelj u ime i za račun dužnika ostvaruje njegovo pravo na razvrgnuće pravne zajednice.

Drugi sudionici iz pravne zajednice koja se razvrjava imaju za obveze koje su iz takvog odnosa nastale - po osnovi naknade troškova, nagodbe, isplate zaostalih udjela u dobiti, naknade troškova diobe, naknade za nanesenu štetu - razlučno pravo na udjelu dužnika (94/1. SZ). Predmet razlučnog prava je neto udio koji pripada dužniku nakon razvrgnuća i podmirenja obveza zajednice i pohrane uloga.⁸⁵

Vjerovnicima zajednice ne pripada nikakvo posebno pravo u stečajnom postupku. Oni se prethodno namiruju u postupku razvrgnuća (likvidacije) zajednice.⁸⁶

3.7. Isključenje drugih oblika pravnoga stjecanja

Nakon otvaranja stečajnoga postupka ne mogu se valjano stjecati prava (vlasništvo, založno i druga ograničena stvarna prava, pravo retencije,⁸⁷ itd.) na dijelovima imovine koja ulazi u stečajnu masu, čak i ako se to stjecanje ne temelji na raspolaganju dužnika⁸⁸ ili ovrši ili osiguranju u korist stečajnoga vjerovnika⁸⁹

⁸⁴ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 250.

⁸⁵ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 251.

⁸⁶ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 251.

⁸⁷ Pravo retencije tretira se kao razlučno pravo (83.2-3. SZ).

⁸⁸ Zabrana raspolaganja dužniku i njegovim tijelima posebno je uređena (90-92. SZ; v. ad 3.2.5).

⁸⁹ Zabrana ovrhe i osiguranja u korist stečajnih vjerovnika uređena je posebno (98/1; v. ad 2.4).

(100/1. SZ). Svrha je toga generalnog isključenja stjecanja prava na stečajnoj masi zaštititi tu masu od zahvaćanja u korist pojedinih vjerovnika, dakle narušavanja načela univerzalnosti⁹⁰ i (relativnoga) pariteta⁹¹. Stjecanja protivno tom isključenju su apsolutno ništava⁹² (103. ZOO).

Ipak, to se ograničenje ne odnosi na slučajeve stjecanja na temelju raspoložbi stečajnoga upravitelja⁹³, sudske prodaje, radnji izlučnih i razlučnih vjerovnika u skladu sa zakonom,⁹⁴ na naplatu poreza koji su prihod državnoga proračuna ili proračuna jedinica lokalne samouprave i uprave te na slučajeve stjecanja povjerenjem u javne knjige (100/2. SZ)⁹⁵. Navedeno ograničenje ne djeluje ni na prava vjerovnika stečajne mase da nakon otvaranja stečajnoga postupka ostvaruju svoja prava (*arg. ex* 99. SZ).

Trebalo bi uzeti da radi zaštite trećih izložena pravila o isključenju stjecanja na dijelovima stečajne mase ne djeluju kad ima mjesta primjeni pravila o zaštiti povjerenja u javne knjige (*argumento a minori ad maius* ex 91, 92. SZ; v. *ad* 3.2.5.2., 3.2.6.).

3.8. Skupna šteta i osobna odgovornost članova društva

3.8.1. Skupna šteta

Zahtjeve stečajnih vjerovnika za naknadu štete koju su zajednički pretrpjeli zbog smanjenja imovine koja ulazi u stečajnu masu, prije ili nakon otvaranja stečajnoga postupka (skupna šteta), može, za vrijeme trajanja stečajnoga postupka, ostvarivati samo stečajni upravitelj. Zahtjeve za naknadu štete protiv stečajnoga upravitelja može ostvarivati samo novopostavljeni stečajni upravitelj (101. SZ).

⁹⁰ Po načelu univerzalnosti ukupnost imovine stečajnoga dužnika (stečajna masa) trebala bi služiti namirenju svih njegovih vjerovnika. Usp. DIKA, *Insolvenčno pravo*, 1989., 6.

⁹¹ Po načelu pariteta (*in concursu conditio omnium creditorum par est*) višestruko je relativizirano u stečajnom postupku. Osim razlučnih vjerovnika, koji se privilegirano tretiraju i namiruju po načelu vremenskoga prioriteta (*prior tempore potior iure*), prioritetan tretman imaju i tzv. tražbine prema stečajnoj masi. Međutim, ni za sve stečajne vjerovnike ne vrijedi načelo pariteta. Oni su podijeljeni u isplatne redove višega i nižega ranga, u okviru kojih je paritet - skupno, istovremeno i razmjerno namirenje vjerovnika - ograničen na pojedine isplatne redove. Usp. DIKA, *idem*, 6, 7.

⁹² Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 269.

⁹³ Cilj je isključenja stjecanja po drugim osnovama upravo u tome da se stečajnome upravitelju omogućiti da kontrolirano disponira stečajnom masom.

⁹⁴ Otvaranjem stečajnoga postupka ne prestaje pravo izlučnih vjerovnika da (prisilno) ostvaruju svoja prava mimo stečajnoga postupka (79, 98/4. SZ). Razlučni vjerovnici su ovlašteni u određenim slučajevima svoja prava ostvarivati u ovršnom postupku, dakle mimo stečajnoga postupka (98/5, 164. SZ), odnosno sami unovčavati dijelove imovine na kojima imaju razlučno pravo (172. SZ).

⁹⁵ Time je u hrvatskom pravu otvorena mogućnost stjecanja prava prioritetskoga namirenja tražbina iz određenih predmeta po osnovi poreza i drugih davanja i nakon otvaranja stečajnoga postupka, radi čije zaštite se prije otvaranja stečajnoga postupka mogu stjecati specifična razlučna prava. Tako su sa založnim vjerovnicima izjednačeni kao specifični razlučni vjerovnici, Republika Hrvatska, 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 (83.4. SZ).

Ratio uvođenja instituta skupne štete i njezinoga specifičnoga ostvarenja treba tražiti u procesnoj ekonomiji i sprečavanju namirenja mimo kriterija stečajnoga prava.⁹⁶

Zapravo radi se o slučajevima u kojima je zbog umanjenja stečajne mase svaki od vjerovnika pretrpio štetu u mjeri u kojoj će zbog toga biti manje namiren u stečajnom postupku (kvota štete).⁹⁷

Umanjenje imovine prije otvaranja stečajnoga postupka može biti izazvano pozitivnim radnjama ili propuštanjima, npr. rasprodajom, obezvredivanjem, skrivanjem, propuštanjem zaštite, osiguranja imovine, nepravodobnim utuženjima, neutemeljenim ili protupravnim opterećivanjem imovine, priznanjem prioritetnih prava ili tražbina, itd.,⁹⁸ a nakon otvaranja stečajnoga postupka, npr., protupravnim radnjama stečajnoga upravitelja (28/1. SZ). U svakom slučaju tu spadaju slučajevi ostvarivanja zahtjeva za naknadu štete protiv članova uprave koji nisu pravodobno pokrenuli stečajni postupak zbog insolventnosti stečajnoga dužnika (4/10. SZ), zatim protiv osoba koje vode poslove dužnika, članova nadzornoga odbora dužnika, zaposlenika koji su vjerovnicima prouzročili štetu uskratom davanja ili davanjem netočnih ili nepotpunih podataka, obavijesti, izvješća, izjava ili popisa tijekom prethodnoga postupka (43/1, 4. SZ).

Izložena pravila o ostvarivanju naknade skupne štete ne odnose se na vjerovnike koji traže naknadu tzv. individualne štete, npr. vjerovnike kojima je stečajni upravitelj radnjom poduzetom u odnosu na njihova prava (prigodom prijave tražbine, diobe itd.) nanio štetu, ili vjerovnike koji traže naknadu štete od članova uprave stečajnoga dužnika koju su pretrpjeli stupivši u pravni odnos s dužnikom nakon što su oni već trebali pokrenuti stečaj.⁹⁹ Međutim, ako se zahtjevi za naknadu individualne štete i skupne štete temelje na istoj štetnoj radnji, to ne bi smjelo utjecati na primjenu pravila o skupnoj šteti. Stečajni bi upravitelj u tom slučaju za one koji su kvotalno oštećeni formirao posebnu masu.¹⁰⁰

Premda bi prema doslovnom tekstu zakona proizlazilo da bi stečajni upravitelj imao *ad personam* isključivu legitimaciju za vođenje navedenih postupaka, ipak bi, s obzirom na rješenje prihvaćeno u hrvatskom stečajnom pravu, da stečajni upravitelj nastupa kao zastupnik stečajnoga dužnika (24/3. SZ), trebalo uzeti da bi te parnice stečajni upravitelj vodio u ime i za račun dužnika. U prilog takvoga tumačenja išla bi i okolnost da se u izloženim slučajevima radi o šteti koja je izravno nanesena stečajnoj masi, a tek posredno stečajnim vjerovnicima.

Parnice protiv stečajnoga upravitelja mogao bi voditi samo novi stečajni upravitelj, ili posebni *ad hoc* imenovani stečajni upravitelj s ovlaštenjima

⁹⁶ Usp. za njemačko pravo WIMMER (izd.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 1998, 600.

⁹⁷ Usp. za njemačko pravo: WIMMER, 600; EICKMANN, 274.

⁹⁸ Usp. za njemačko pravo: WIMMER (izd.), 601; EICKMANN, 274, 275.

⁹⁹ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 274.

¹⁰⁰ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 274, 275.

svojevrsnoga privremenoga zastupnika.¹⁰¹

Tužbe pojedinih stečajnih vjerovnika trebalo bi odbaciti kao nedopuštene.

Parnice koje bi stečajni vjerovnik pokrenuo prije otvaranja stečajnoga postupka radi naknade štete koja bi bila obuhvaćena skupnom štetom, prekidale bi se otvaranjem toga postupka (212.4. ZPP). Nakon nastavka postupka, tužbu bi trebalo odbaciti ako je tužitelj ne bi povukao zbog naknadnog gubitka procesne legitimacije. Pojedini vjerovnici ne bi nakon otvaranja stečajnoga postupka bili ovlašteni ni tražiti ovrhu radi ostvarenja onoga što im je dosuđeno po osnovi naknade štete koja spada u tzv. skupnu štetu.¹⁰²

3.8.2. Osobna odgovornost članova društva

Ako je stečajni postupak otvoren nad društvom čiji članovi osobno odgovaraju za obveze društva, zahtjeve protiv članova društva na osnovi njihove osobne odgovornosti za vrijeme stečajnoga postupka može ostvarivati samo stečajni upravitelj (102. SZ). Tu bi se u prvom redu radilo o solidarnoj odgovornosti članova javnoga trgovačkoga društva (68/1. ZTD¹⁰³) i komplementara u komanditnom društvu (131. ZTD) vjerovnicima društva za obveze društva.

Za isticanje zahtjeva isključivo bi bio legitimiran u ime i za račun društva stečajni upravitelj. Tužbe pojedinih vjerovnika protiv članova društva bile bi stoga nedopuštene zbog nedostatka procesne legitimacije.

Parnica pokrenuta protiv člana društva prije otvaranja stečajnoga postupka prekidala bi se otvaranjem stečajnoga postupka jer bi otvaranjem toga postupka tražbina prelazila na stečajnu masu,¹⁰⁴ pa bi utoliko taj spor postajao sporom u kojem bi strankom postajao stečajni dužnik.¹⁰⁵ Nakon nastavljanja, tužbu bi trebalo odbaciti zbog prestanka legitimacije, ako ne bi bila povučena, odnosno odluku bi bilo moguće pobijati pravnim lijekovima zato što je tražbina, koju je vjerovnik imao prije otvaranja stečajnoga postupka, nakon toga pripala stečajnoj masi.

Stečajni bi upravitelj mogao utužiti razliku između onoga što vjerovnici potražuju od dužnika i onoga što će dobiti iz stečajne mase. Upravitelj bi zapravo tražio od odgovornih članova društva da uplate iznos potreban za namirenje vjerovnika.¹⁰⁶

¹⁰¹ Usp. za njemačko pravo: WIMMER, 601, 602; EICKMANN, 275.

¹⁰² Usp. za njemačko pravo WIMMER (izd.), 602.

¹⁰³ ZTD: Zakon o trgovačkim društvima, 111/93.

¹⁰⁴ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 276.

¹⁰⁵ Ako se ne bi uzelo da bi u tom slučaju dolazilo do singularne sukcesije - mimo općih pravila - neovisno o pristanku tuženika, tada stupanje stečajnoga upravitelja u parnicu u ime i za račun dužnika umjesto vjerovnika koji ju je pokrenuo ne bi bilo dopušteno ako se tuženik s time ne bi suglasio (195/2. ZPP), pa bi tužbu zbog prestanka procesne legitimacije trebalo odbaciti.

¹⁰⁶ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 603.

3.9. Prijeboj

3.9.1. Općenito

Opća pravila obveznoga prava o prijeboju u osnovi su primjenjiva i u stečaju. Takvo je rješenje motivirano razlozima pravičnosti, jer u načelu teško da bi se mogao opravdati stav po kojemu bi se od vjerovnika moglo zahtijevati da u cijelosti ispuní svoju obvezu prema stečajnome dužniku, a da s druge strane, svoju tražbinu, eventualno čak i iz istoga odnosa, mora ostvarivati kao stečajni vjerovnik, dakle redovito u smanjenom iznosu. U prilog takvoga rješenja govori i retroaktivna priroda prijeboja, okolnost da do njega dolazi s obzirom na trenutak kad su se za to ispunili uvjeti, a ne kad je neka od stranaka manifestirala svoju volju da do toga dođe. Zbog toga treba uvažavati i notifikacije o prijeboju učinjene nakon otvaranja stečajnoga postupka. S druge strane, međutim, određene modifikacije općega uređenja instituta kompenzacije u povodu stečaja nameću se zbog specifičnosti stečajnoga prava - načela pariteta, koje traži što ujednačeniju mogućnost ostvarivanja tražbina (stečajnih) vjerovnika u stečaju (*par conditio creditorum*) te nužnosti da se različito tretiraju tražbine nastale do i nakon otvaranja stečajnoga postupka, tražbine koje pripadaju dvama različitim pravnim režimima.

3.9.2. Osnovno pravilo

3.9.2.1. Općenito

Otvaranje stečajnoga postupka je bez utjecaja na pravo na prijeboj koje je stečajni vjerovnik u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka imao na temelju zakona ili ugovora (103. SZ). To znači da stečajni vjerovnik može svoju tražbinu stečenu prije otvaranja stečajnoga postupka prebiti s tražbinom stečajnoga dužnika nastalom također prije toga - u skladu s općim pravilima obveznoga prava o tome. Stoga bi stečajni vjerovnik mogao izvršiti prijeboj tražbine koju ima prema stečajnom dužniku s onim što ovaj potražuje od njega, ako obje tražbine glase na novac ili druge zamjenjive stvari istoga roda i iste kakvoće i ako su obje dospjele (336. ZOO). On bi prijebojem svoju tražbinu namirivao u mjeri u kojoj bi se ona u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka kvantitativno podudarala s protutražbinom stečajnoga dužnika. Zato je on, u mjeri u kojoj je ona na taj način namirena, ne bi morao (razmjerno, dakle u smanjenom iznosu) ostvarivati u stečaju; njemu bi zapravo prijebojem bilo zajamčeno odvojeno - mimo drugih vjerovnika i izvan stečaja - namirenje njegove tražbine.¹⁰⁷

Takvim bi se pravnim tretmanom tražbine, koje su se u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka mogle prebiti s protutražbinama stečajnoga dužnika, štitila zapravo **stečena prava vjerovnika**. Stečajni je vjerovnik prije otvaranja stečajnoga postupka stekao pravo da izazove prestanak svoje tražbine njezinim prijebojem s protutražbinom stečajnoga dužnika i taj će prestanak nastupiti s obzirom na vrijeme kad su se za to bile ispunile zakonske pretpostavke, a ne s obzirom na vrijeme kad

¹⁰⁷ Usp. u tom smislu za njemačko pravo WIMMER, 604.

je koja od strana u prijebojnom odnosu iskoristila mogućnost da ga izazove.¹⁰⁸

Stečajni vjerovnik može prebiti sve svoje tražbine, neovisno o tome jesu li razvrstane u više ili niže isplatne redove, i to stoga što se prijebij ostvaruje izvan stečaja.¹⁰⁹

Dakle, da bi se tražbina vjerovnika mogla prebiti s protutražbinom stečajnoga dužnika, potrebno je da one budu (1) uzajamne, (2) istovrsne i (3) dospjele.

3.9.2.2. Uzajamnost tražbina

Zahtjev uzajamnosti bio bi ispunjen ako bi tražbina vjerovnika i protutražbina stečajnoga dužnika postojale u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka, dakle ako bi svaki od njih istodobno bio i vjerovnik i dužnik (*arg. ex 103. SZ*). Stečajni vjerovnik ne bi u načelu mogao prebiti svoju tražbinu s protutražbinom koju bi prema njemu imao netko treći. Ipak, bio bi dopušten ugovor između više vjerovnika i dužnika koji bi to predviđao (*arg. ex 103. SZ*) - uz uvjet da radnja kojom je stečajni vjerovnik tražbinu stekao nije pobojna (*arg. ex 105.4. SZ*; v. *amplius infra*).¹¹⁰

Stečajni vjerovnik ne bi mogao izvršiti prijebij onoga što duguje stečajnome dužniku s onim što stečajni dužnik duguje njegovu jamcu (*arg. ex 338/1. ZOO*).

Jamac bi bio ovlašten prebiti tražbinu stečajnoga vjerovnika prema stečajnom dužniku s protutražbinom stečajnoga dužnika prema vjerovniku (*arg. ex 338/2. ZOO*).¹¹¹ Razloge tome treba tražiti u akcesornosti pravnoga položaja jamca, čija pozicija ne bi smjela biti lošija od one glavnoga dužnika samo zato što on nije poduzeo radnje koje je bio ovlašten poduzeti i koje bi dovele do oslobođenja jamca od obveze. Iz analognih bi razloga trebalo uzeti da bi onaj tko je dao svoju stvar u zalag za obvezu prema stečajnome dužniku, mogao zahtijevati od stečajnoga dužnika da mu vrati založenu stvar kad se udovolji uvjetima za prestanak te obveze prijebijem te kad stečajni dužnik propusti svojom krivnjom izvršiti prijebij (*arg. ex 338/3. ZOO*). Tome bi u prilog govorila i okolnost da se otvaranjem stečajnoga postupka pravni položaj dužnika stečajnoga dužnika u načelu ne mijenja.

Svaki se solidarni dužnik može pozvati na prijebij koji je izvršio njegov sudužnik s protutražbinom stečajnoga dužnika (*arg. ex 415/1. ZOO*). Solidarni dužnik može tražbinu svojeg sudužnika prema stečajnome dužniku prebiti s protutražbinom stečajnoga dužnika, ali samo za onoliko koliko iznosi dio duga toga sudužnika u solidarnoj obvezi (*arg. ex 415/2. ZOO*).

Član javnoga trgovačkoga društva može odbiti da vjerovniku društva ispuni obvezu društva ako se vjerovnikova tražbina može podmiriti prijebijem s dospjelom tražbinom društva (95/3. ZTD).

¹⁰⁸ V. *infra ad 2.4.7.*

¹⁰⁹ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 607.

¹¹⁰ Ugovor koji bi to predviđao bio bi, npr., pobojan ako bi njime takva mogućnost prijebija bila utvrđena za slučaj stečaja - usp. za njemačko pravo WIDMER, 605.

¹¹¹ Drukčije za njemačko pravo usp. WIDMER, 605.

Glavno društvo može odbiti da ispuni zahtjev vjerovnika priključenoga društva sve dok se vjerovnik može namiriti prijebom protiv dospjele tražbine priključenoga društva (506/3. ZTD).

Stečajni vjerovnik može s protutražbinom ustupljenom stečajnome dužniku prebiti one svoje tražbine koje je do obavijesti o ustupanju mogao prebiti ustupitelju (*arg. ex 340/1. ZOO*). On mu može prebiti i one svoje tražbine od ustupitelja koje je stekao prije obavijesti o ustupanju, a čiji rok za ispunjenje nije bio dospio u času kad je obaviješten o ustupanju, ali samo ako rok pada prije roka za ispunjenje ustupljene tražbine ili u isto vrijeme (*arg. ex 340/2. ZOO*). Ako je stečajni vjerovnik bez rezerve izjavio stečajnome dužniku da pristaje na ustupanje, ne može mu više prebiti nikakvu svoju tražbinu od ustupitelja (*arg. ex 340/3. ZOO*). Ako je ustupljena tražbina upisana u javne knjige, stečajni vjerovnik može izvršiti prijebom stečajnome dužniku samo ako je njegova tražbina upisana kod ustupljene tražbine ili ako je stečajni dužnik obaviješten prilikom ustupanja o postojanju te tražbine (*arg. ex 340/4. ZOO*).

3.9.2.3. Istovrsnost tražbina

Zahtjev istovrsnosti bio bi ispunjen ako bi u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka tražbina i protutražbina po svom predmetu bile istovrsne (istorodne).

Važno je da sadržaj dužne činidbe bude istovrijedan; nije bitna svrha činidbe. Istovrsnost postoji, npr., i između obveznopravne i stvarnopravne novčane tražbine.¹¹²

Prijebom nije isključen time što tražbine glase na različite valute ili obračunske jedinice, ako se te valute ili obračunske jedinice u mjestu isplate tražbine kojom se prijebom vrši mogu slobodno zamijeniti. Preračunavanje se obavlja prema tečaju koji u mjestu plaćanja vrijedi u vrijeme primitka izjave o prijebomju. (*Arg. a minori ad maius ex 104/1. SZ*).¹¹³

Istovrsnost ne bi postojala između novčane tražbine i tražbine za oslobođenje od novčane obveze ili između novčane tražbine i prava na namirenje iz nekretnine.¹¹⁴

Stečajni vjerovnik može svoju zastarjelu tražbinu prebiti s protutražbinom stečajnoga dužnika ako ona još nije bila zastarjela u vrijeme kad su se bili stekli uvjeti za prijebom (*arg. ex 339/1. ZOO*). Ako su uvjeti za prijebom nastali pošto je jedna od tražbina zastarjela, prijebom ne nastaje ako je dužnik zastarjele tražbine istakao prigovor zastare (339/2. ZOO).

3.9.2.4. Dospjelost tražbina

Da bi se tražbina i protutražbina mogle prebiti, moraju obje najkasnije u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka biti dospjele (*arg. ex 336. ZOO*).¹¹⁵

¹¹² Usp. za njemačko pravo WIMMER, 605.

¹¹³ U tom smislu za njemačko pravo EICKMANN, 282.

¹¹⁴ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 605.

¹¹⁵ Za njemačko se pravo zastupa stav da bi samo tražbina stečajnoga vjerovnika trebala biti

Stečajni vjerovnik ne bi mogao vršiti prijebaj ako je njegova tražbina prema stečajnomu dužniku dospjela tek pošto je netko treći stavio zabranu na tu tražbinu, i obrnuto (*arg. ex 342. ZOO*).

3.9.2.5. Isključenje prijebaja po općim pravilima

Po općim pravilima obveznoga prava prijebaj može, čak i ako su ispunjene navedene opće pretpostavke za prijebaj, biti zakonski ili ugovorno isključen. Tako, po zakonu, prijebajem ne može prestati: (1) tražbina koja se ne može zaplijeniti, (2) tražbina stvari ili vrijednosti stvari koje su dužniku bile dane na čuvanje ili na posudbu, ili koje je dužnik uzeo bespravno ili ih bespravno zadržao, (3) tražbina nastala namjernim uzrokovanjem štete, (4) tražbina naknade štete nanesene oštećenjem zdravlja ili uzrokovanjem smrti, (5) tražbina koja potječe iz zakonske obveze uzdržavanja (341. ZOO).

Dioničar ne može prebiti svoju tražbinu prema društvu u stečaju s protutražbinom društva za uplatu iznosa koji odgovara nominalnom iznosu dionice, odnosno veći iznos ako je ona izdana za veći iznos, ili da mu prenesu stvar ili pravo ako uplaćuju dionicu ulaganjem stvari ili prava (212, 216/1. ZTD). Ni prednik isključenoga dioničara ne može prebiti svoju tražbinu prema društvu u stečaju s protutražbinom društva za plaćanje zaostalog iznosa uplate ako se plaćanje ne može ostvariti od njegovih sljednika (215/1, 216/1. ZTD).

Tražbina s naslova uplate uloga u društvo s ograničenom odgovornošću ne može se prebiti s tražbinom prema društvu (398. ZTD).

3.9.2.6. Prijebaj više tražbina

Ako između stečajnoga vjerovnika i stečajnoga dužnika postoji više tražbina koje mogu prestati prijebajem, prijebaj se vrši po pravilima koja vrijede za uračunavanje ispunjenja (*arg. ex 343. ZOO*). Uračunavanje bi se, dakle, vršilo onim redom koji bi odredio stečajni vjerovnik u notifikaciji, a ako je to propustio učiniti, redom kako su koje od tražbina dospjele za ispunjenje. Ako je više tražbina istovremeno dospjelo, prvo se prebijaju one koje su najmanje osigurane, a kad su sve podjednako osigurane, prvo se prebijaju one koje su dužniku na najvećem teretu. Inače se prebijaju kako su nastale, a ako su istodobno nastale, one se razmjerno prebijaju (*arg. ex 312. ZOO*). Ako stečajni dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, uračunavanje se vrši tako da se prvo prebijaju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica (313. ZOO).

3.9.2.7. Notifikacija

Prijebaj ne nastaje (*ipso iure*) čim se steknu uvjeti za to, nego je potrebno da jedna strana izjavi da vrši prijebaj (337/1. ZOO) (**notifikacija**). Nakon izjave o prijebaju smatra se da je prijebaj nastao onog časa kad su se stekli uvjeti za to (337/2. ZOO) (**retroaktivni učinak notifikacije**). Posebna forma za notifikaciju nije predviđena.

utuživa i dospjela; to se ne traži i za tražbinu stečajnoga dužnika - za nju je dovoljno da postoji u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka i ona ne mora biti utuživa.

Notifikacija ne može biti uvjetna. Ona je jednostrani pravni posao i stoga pretpostavlja punu poslovnu sposobnost.¹¹⁶

Stečajni vjerovnik bi u notifikaciji trebao označiti koju od više tražbina koje stečajni dužnik ima prema njemu prebija, odnosno koju od više svojih tražbina prebija (*arg. ex 343. ZOO*).

Vjerovnik slobodno bira vrijeme notifikacije. Međutim, ako ga stečajni dužnik tuži, on bi tijekom postupka morao istaknuti prigovor radi prebijanja do zaključenja glavne rasprave (*arg. ex 352/3. ZPP*); on bi do toga vremena mogao dati obavijest o prijebiju, jer se u žalbi mogu iznositi samo činjenice koje su nastale do toga momenta.¹¹⁷

3.9.3. Nastupanje uvjeta za prijebij tijekom stečajnoga postupka

Mogućnost prijebija u povodu stečaja nije ograničena samo na tražbine i protutražbine koje su se mogle prebiti prema općim pravilima s obzirom na stanje stvari kakvo je bilo u trenutku otvaranja stečajnoga postupka. Prebiti se mogu i određene tražbine stečajnoga vjerovnika odnosno stečajnoga dužnika glede kojih su pretpostavke za prijebij nastale tek nakon otvaranja stečajnoga postupka. Tako se mogu prebiti: (1) tražbine odnosno protutražbine koje su u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka bile pod odgovornim uvjetom; (2) tražbine odnosno protutražbine koje u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka još uvijek nisu bile dospjele¹¹⁸ te (3) tražbine odnosno protutražbine koje u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka nisu bile upravljene na istovrsnu činidbu (104/1. SZ). Te se tražbine odnosno protutražbine mogu prebiti kad se za to tijekom stečajnoga postupka ispune opći uvjeti za prijebij, dakle kada se ispuni odgovorni uvjet, kada dospiju odnosno kad se ispune uvjeti¹¹⁹ za njihovu preobrazbu u istovrsne tražbine. U svakom slučaju pretpostavka je mogućnosti naknadnoga prijebija tijekom stečajnoga postupka da su tražbina stečajnoga vjerovnika i protutražbina stečajnoga dužnika postojale u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka.

Do naknadnoga ostvarenja pretpostavaka za prijebij nakon otvaranja stečajnoga postupka mora doći po općim pravilima obveznoga prava. Zbog toga se pravila stečajnoga prava o aktualizaciji i konverziji tražbina stečajnih vjerovnika kao pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka ne primjenjuju u svrhu prijebija (104/1. SZ). To znači da se tražbina stečajnoga vjerovnika koja nije bila dospjela u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka neće smatrati dospjelom u svrhu prijebija, iako je po sili zakona dospjela otvaranjem stečajnoga postupka (73/1. SZ).¹²⁰ Ona će se moći prebiti tek kada i ako dospije tijekom stečajnoga postupka.

¹¹⁶ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 607.

¹¹⁷ Usp. TRIVA, GPPP, 557.

¹¹⁸ Za njemačko se pravo uzima da dospjelost protutražbine stečajnoga dužnika ne bi bila uvjetom za prijebij, da bi bilo dovoljno da je ona ispunjiva (*erfüllbar*), što bi ona bila i prije dospelosti. Usp. WIMMER, 609.

¹¹⁹ Zakonom ili ugovorom utvrđeni uvjeti za prijebij - *arg. ex 103. SZ*.

¹²⁰ Upravo se stoga u svrhu prijebija na tu tražbinu neće primijeniti pravilo po kojemu će se

To dalje znači da se nenovčana tražbina ili ona čiji je novčani iznos neodređen neće u svrhu prijebaja procijeniti prema novčanoj vrijednosti u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka, odnosno da se u tu svrhu tražbine izražene u stranoj valuti ili obračunskoj jedinici neće obračunati u valutu Republike Hrvatske po tečaju mjerodavnom za mjesto plaćanja u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka (77. SZ).¹²¹ Ipak, prijebaj nije isključen time što tražbine glase na različite valute ili obračunske jedinice, ako se te valute ili obračunske jedinice u mjestu isplate tražbine kojom se prijebaj vrši mogu slobodno zamijeniti, dakle ako su slobodno konvertibilne. Preračunavanje se obavlja prema tečaju koji u mjestu plaćanja vrijedi u vrijeme primitka izjave o prijebaju (104/2. SZ).

Postavljeno je, međutim, i jedno posebno ograničenje mogućnosti prijebaja tražbine stečajnoga vjerovnika s protutražbinom stečajnoga dužnika u slučaju u kojemu se naknadno tijekom stečajnoga postupka ispune za to uvjeti - prijebaj je isključen ako tražbina stečajnoga dužnika ("tražbina s kojom se prijebaj treba izvršiti") postane bezuvjetna i dospjela prije nego što prijebaj postane moguć (104/1. SZ). Htjelo se zapravo reći da ne može doći do prijebaja ako je tražbina stečajnoga dužnika postala bezuvjetna i dospjela prije nego što je tražbina stečajnoga vjerovnika stekla ta svojstva, jer bi se otvaranjem takve mogućnosti poticalo stečajnoga vjerovnika da odugovlači s ispunjenjem svoje obveze prema stečajnome dužniku zato da bi sačekao da se ispune uvjeti za prijebaj (da, dakle, postane bezuvjetna odnosno da dospije njegova tražbina) i time ostvari potpunije namirenje.¹²² Jer ako stečajni vjerovnik ispuni svoju obvezu prema stečajnome dužniku, čak i ako su postojali uvjeti za njezin prijebaj, on ne bi mogao naknadno obavijestiti stečajnoga dužnika o prijebaju i tražiti natrag ono što je ispunio. On bi

smatrati da se na beskatmatne tražbine koje nisu bile dospjele u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka plaćala zakonska kamata, zbog čega se one smanjuju za iznos koji bi, po uračunavanju zakonskih kamata za vrijeme od otvaranja stečajnoga postupka do dospelja, odgovarao punom iznosu tražbine (73/2. SZ).

¹²¹ U članku 104. stavku 1. SZ zbog redakcijske grješke, osim na odredbu članka 73. SZ, upućuje se i na odredbu članka 74. SZ, iako se trebalo uputiti na odredbe članaka 73. i 77. SZ. U prilog takvoj interpretaciji govore tri argumenta. Prvo, okolnost da se u odredbi stavka 1. par. 95. InsO (koja sadržajno odgovara odredbi stavka 1. članka 104. SZ i koja je poslužila kao zakonodavni uzor za formuliranje te odredbe) upućuje na odredbe par. 41. InsO (koja odgovara odredbi članka 73. SZ) i par. 45. InsO (koja odgovara odredbi članka 77. SZ). Drugo, okolnost da se odredbom članka 74. SZ propisuje da se tražbine vezane uz raskidni uvjet u stečajnom postupku, sve dok uvjet ne nastupi, uzimaju u obzir kao bezuvjetne tražbine, dakle uređuje pravno pitanje koje izlazi iz konteksta odredbe stavka 1. članka 104. SZ, i to stoga što se odredbom stavka 1. članka 104. SZ otvara mogućnost da se i nakon otvaranja stečajnoga postupka prebijaju tražbine vezane uz odgovni (a ne raskidni) uvjet, tražbine koje nisu dospjele i tražbine koje nisu iste vrste. Treće, okolnost da se odredba stavka 1. članka 104. odnosi i na prijebaj neistovrsnih tražbina, zahtijevala bi da se u vezi s prijebajem takvih tražbina, analogno kao što je to učinjeno za nedospjele tražbine (73. SZ), isključi primjena općih pravila o konverziji nenovčanih u novčane tražbine kao jedne od pravnih posljedica otvaranja stečajnoga postupka (77. SZ). Logika od koje se pošlo prigodom redigiranja odredbe članka 104. stavka 1. nije bila proširiti mogućnost prijebaja u povodu stečaja, već ga dopustiti i tijekom stečajnoga postupka, ali tek i ako za to po općim pravilima obveznoga prava nastupe propisani uvjeti.

¹²² Usp. za njemačko pravo WIMMER, 609.

svoju tražbinu mogao pokušati namiriti samo po općim uvjetima stečajnoga prava, dakle razmjerno.¹²³

Dakle, ako bi tražbina stečajnoga dužnika postala bezuvjetna ili dospjela prije nego što se ispune uvjeti za prijebaj, stečajnom vjerovniku ne bi preostalo ništa drugo nego da svoju tražbinu prijavi stečajnome upravitelju.¹²⁴ On se ne bi mogao namiriti prijebajem. Radi zaštite stečajnoga vjerovnika za slučaj stečaja stečajnoga dužnika bilo bi oportuno u eventualnom ugovoru predvidjeti da tražbina stečajnoga vjerovnika dopijeva otvaranjem stečajnoga postupka. Potencijalni bi stečajni vjerovnik inače mogao raskinuti ugovor prije dospelosti obveze potencijalnoga stečajnoga dužnika pozivajući se na to da je zbog "materijalnoga stečaja" dužnika očito da on svoju obvezu neće moći ispuniti (*arg. ex 128. ZOO*).¹²⁵

3.9.4. Nedopustivost prijebaja

Radi osiguranja primjene načela *in concursu condition omnium creditorum par est*, odnosno da bi se spriječile zloporabe mogućnosti prijebaja u povodu stečaja ili tijekom stečajnoga postupka, taksativno je utvrđeno pet slučajeva u kojima prijebaj, unatoč tome što su za to ispunjena opća pravila obveznoga prava, odnosno posebna pravila stečajnoga prava, nije dopušten.

Prvo, prijebaj nije dopušten ako je obveza stečajnoga vjerovnika prema stečajnoj masi nastala tek nakon otvaranja stečajnoga postupka (105.1. SZ). Tom bi odredbom bio pokriven kako slučaj u kojemu je obveza vjerovnika tek zasnovana nakon otvaranja stečajnoga postupka, tako i slučaj u kojemu ju je on tek preuzeo nakon toga.¹²⁶ Tu bi spadale obveze koje su zasnovane iz pravnih poslova sa stečajnim dužnikom nakon otvaranja stečajnoga postupka, zahtjevi stečajne mase zbog stjecanja bez osnove, zahtjevi mase po osnovi pobijanja u stečaju,¹²⁷ itd. Ovaj je slučaj nedopustivosti prijebaja inspiriran načelnim stavom da se u povodu stečaja mogu prebijati samo tražbine stečajnih vjerovnika s protutražbinama stečajnoga dužnika koje su već postojale u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka, neovisno o tome što su možda pretpostavke za prijebaj nastupile naknadno (*arg. ex 103, 104/1. SZ*). On je i izraz načela pariteta koje zahtijeva da pravni položaj stečajnih vjerovnika u načelu bude jednak, da se oni razmjerno namiruju.

Drugo, prijebaj nije dopušten ako je stečajni vjerovnik svoju tražbinu stekao od drugoga vjerovnika tek nakon otvaranja stečajnoga postupka (105.2. SZ). Budući da se glede toga ne pravi nikakva razlika u navedenoj zakonskoj odredbi, treba uzeti

¹²³ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 609.

¹²⁴ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 609.

¹²⁵ Usp. za njemačko pravo WIMMER, 609, 610.

¹²⁶ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 283.

¹²⁷ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 283. Prema njemačkoj sudskoj praksi utemeljenoj na ranijem pravnom uređenju, ako bi stečajni upravitelj preuzeo pravni posao stečajnoga dužnika zasnovan prije otvaranja stečajnoga postupka, obveze koje bi iz toga posla proizlazile za stečajnoga vjerovnika smatrale su se novoutemeljenim obvezama, i stoga se nisu mogle prebijati s njegovim tražbinama zasnovanim prije otvaranja stečajnoga postupka - usp. EICKMANN, 294.

da se ona odnosi kako na slučajeve singularne, tako i slučajeve univerzalne sukcesije.¹²⁸

Treće, prijeboj nije dopušten ako je stečajni vjerovnik tražbinu stekao ustupom (cesijom) za posljednjih šest mjeseci prije dana otvaranja stečajnoga postupka, a znao je, ili morao znati, da je dužnik nesposoban za plaćanje ili da je protiv njega podnesen prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka. Iznimno, prijeboj će biti dopušten ako se radi o tražbini koja je ustupljena u svezi s ispunjenjem neispunjenih ugovora, ili o tražbini koja je oživjela uspješnim pobijanjem pravnoga posla dužnika (105.3. SZ). Ovaj slučaj nedopustivosti, koji njemačko pravo, po kojemu je u bitnome modeliran institut prijeboja u povodu stečaja u novom hrvatskom stečajnom pravu, ne poznaje, preuzet je zapravo iz ranijega hrvatskoga stečajnoga prava (106. ZPNSL¹²⁹) i u osnovi nepotreban s obzirom na četvrti slučaj nedopustivosti prijeboja (v. *infra*).

Četvrto, prijeboj nije dopušten ako je stečajni vjerovnik mogućnost prijeboja stekao pobojnomo pravnom radnjom (105.4. SZ).¹³⁰ Ako je do prijeboja došlo notifikacijom prije otvaranja stečajnoga postupka, otvaranjem stečajnoga postupka prijeboj, čija je mogućnost stečena pobojnomo radnjom, gubio bi svoj učinak *ex tunc*. Stoga stečajni dužnik ne bi morao posebno pobijati takav prijeboj. Notifikacija 'pobojnoga' prijeboja učinjena nakon otvaranja stečajnoga postupka bila bi bez ikakvoga pravnoga učinka. Nedopustivost prijeboja ne bi utjecala na samu tražbinu. Ona bi se eventualno mogla pobijati ako bi za to bili ispunjeni zakonom predviđeni uvjeti.¹³¹

Peto, prijeboj nije dopušten ako vjerovnik čija se tražbina treba namiriti iz slobodne imovine dužnika duguje stečajnoj masi (105.5. SZ). Ovaj se slučaj nedopuštenosti prijeboja tiče stečaja nad dužnikom pojedincem. Naime, imovina dužnika pojedinca na kojoj se ovrha protiv njega ne bi mogla provesti kad on ne bi bio trgovac pojedinac ili obrtnik, ne ulazi u stečajnu masu (68. SZ). Budući da bi u tom slučaju nedostajala "uzajamnost" tražbina, jer se dio imovine dužnika s kojom bi dužnik pojedinac odgovarao za tražbinu stečajnoga vjerovnika (slobodna imovina) ne bi podudarao s dijelom imovine u čiju korist postoji tražbina prema stečajnom vjerovniku (stečajna masa), prijeboju ne bi bilo mjesta već i prema općim pravilima obeznoga prava. U suprotnom bi se vjerovnik prijebojem mogao namiriti iz dijela imovine dužnika, kojim on ne bi odgovarao za tražbinu koju bi vjerovnik htio prebiti.

¹²⁸ U njemačkoj se doktrini zastupa stav da su ovim slučajem nedopustivosti obuhvaćena stjecanja i po osnovi singularne i univerzalne sukcesije - usp. EICKMANN, 284.

¹²⁹ ZPNSL: Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji, NN 54/94.

¹³⁰ Pobijanje u stečaju: 127-144. SZ.

¹³¹ Usp. za njemačko pravo EICKMANN, 285.

4. Zaključne napomene

Izložene osnovne procesnopravne i materijalnopravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka naglašavaju složenost pravnoga položaja stečajnoga dužnika, njegovih vjerovnika, ali i trećih koji mogu posredno biti time tangirani. O razumijevanju tih pravnih posljedica ovisi pravilnost i zakonitost provedbe stečaja, ostvarivanje prava pojedinih vjerovnika, ali i ukupnosti stečajnih vjerovnika i vjerovnika stečajne mase. Treba očekivati da će hrvatska judikatura i doktrina relativno brzo, u prvom redu zahvaljujući intenzivnoj praksi koju nameće povećani broj stečajeva, ovladati i ovim segmentom stečajnoga prava.

Summary

FUNDAMENTAL FORMAL AND SUBSTANTIAL LEGAL CONSEQUENCES OF BANKRUPTCY PROCEDURE COMMENCEMENT

With the commencement of bankruptcy procedure the position of bankruptcy debtor, as well as the position of certain categories of his creditors, thoroughly changes: procedures in course are interrupted, conditions for forum attraction emerge, available legal remedies change, certain procedures are stopped; the bankruptcy fund is formed, actualization and aderation of creditors' rights occur, status of (certain) forms of securities and modus of their use change, so called relative prohibitions on debtor's property transactions loose their legal force, the creditor's right to separate use of rights against third persons is limited, the compensation possibilities are modified; a special legal regime for performing of legal transactions contracted before the bankruptcy procedure commencement is established; the possibility of voiding the legal actions performed before the commencement of bankruptcy procedure having adverse consequences on creditors emerges. This article aims to analyze, systematically and in comparison with new German insolvency law, the issue of so called fundamental (formal and substantial legal) consequences of bankruptcy procedure commencement, in other words, all consequences of bankruptcy procedure commencement except those concerned with performing of legal transactions and voiding of legal actions.

Key words: *bankruptcy procedure, commencement, legal consequences of bankruptcy procedure commencement.*

Zusammenfassung*

GRUNDLEGENDE PROZESS- UND MATERIELLRECHTLICHE FOLGEN DER KONKURSERÖFFNUNG

Durch Eröffnung des Konkursverfahrens wird die Rechtslage des Konkurschuldners, aber auch bestimmter Kategorien dessen Gläubiger im Wesentlichen geändert: anhängige Verfahren werden unterbrochen, die Voraussetzungen für die Attraktion der Zuständigkeit von Gerichten werden geschaffen, geändert werden die zulässigen Rechtswege, einige Verfahren werden eingestellt; die Konkursmasse wird gebildet, es kommt zur Aktualisierung und Aderation von Forderungen der Konkursgläubiger, der Status (einiger) Formen von Forderungssicherungen und die Weise ihrer Verwirklichung wird geändert, sog. relative Verfügungsverbote betreffend des Vermögens des Schuldners verlieren ihre Rechtswirkung; es wird das Recht der Gläubiger beschränkt, einige Rechte gegenüber Dritten gesondert geltend zu machen; die Möglichkeit der Aufrechnung von Forderungen wird modifiziert; es wird ein besonderes Regime zur Erfüllung von Rechtsgeschäften hergestellt, die vor der Konkurseröffnung begründet wurden; es entsteht die Möglichkeit der Anfechtung der Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden und durch welche die Gläubiger geschädigt werden. In dieser Arbeit ist man bemüht, systematisch und im Vergleich mit dem neuen deutschen Insolvenzrecht das Segment so genannter grundlegender (prozess- und materiellechtlicher) Folgen der Konkurseröffnung zu bearbeiten, d.h. sämtliche Folgen der Eröffnung des Konkursverfahrens, mit Ausnahme jener, welche sich auf die Erfüllung von Rechtsgeschäften und die Anfechtung von Rechtshandlungen beziehen.

Schlüsselwörter: *Konkursverfahren, Eröffnung, Rechtsfolgen der Eröffnung des Konkursverfahrens.*

*. Übersetzung: Autor.

Sommaro

**FONDAMENTALI CONSEGUENZE GIURIDICHE SOSTANZIALI E
PROCESSUALI DELL'APERTURA DELLA PROCEDURA
FALLIMENTARE**

Con l'apertura della procedura fallimentare la posizione del debitore fallimentare, così come la posizione di talune categorie di suoi creditori, cambia completamente: i procedimenti in corso sono interrotti, emergono le condizioni per l'attrazione del foro, cambiano i rimedi legali disponibili, sono arrestate determinate procedure; è formata la massa fallimentare, si accerta l'attualità e la fondatezza dei diritti dei creditori, cambia lo status di (determinate) forme di garanzia e la modalità del loro utilizzo, le c.d. interdizioni relative di transazioni relative a proprietà del debitore perdono la loro forza legale, il diritto del creditore a far valere separatamente i diritti contro terze persone è limitato, le possibilità di compensazione sono modificate; è stabilito uno speciale regime legale per l'esecuzione di transazioni giuridiche contratte prima dell'apertura della procedura fallimentare; sorge la possibilità di annullare le azioni legali condotte prima dell'apertura della procedura fallimentare aventi conseguenze negative sui creditori. Questo articolo mira ad analizzare, sistematicamente e in comparazione con la nuova legge tedesca sull'insolvenza, la questione delle c.d. fondamentali conseguenze (giuridiche sostanziali e processuali) dell'apertura della procedura fallimentare, in altre parole tutte le conseguenze dell'apertura della procedura fallimentare, salvo quelle concernenti l'esecuzione delle transazioni giuridiche e l'annullamento delle azioni legali.

Parole chiave: *procedura fallimentare, apertura, conseguenze giuridiche dell'apertura della procedura fallimentare.*

VIŠESTRUKO UGOVARANJE OTUĐENJA

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

UDK: 347.232
Ur.: 15. prosinca 2000.
Pr.: 28. prosinca 2000.
Izvorni znanstveni članak

U hrvatskom pravu pravo vlasništva prenosi se na temelju pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva (iustus titulus) tada kada se ispuni druga, zakonom propisana pretpostavka (modus acquirendi): predaja samostalnog posjeda pokretne stvari na način propisan zakonom, odnosno uknjižba prava vlasništva u zemljišne knjige s konstitutivnim učinkom (kauzalna tradicija). Budući da se samim pravnim poslom ne prenosi pravo vlasništva, moguće je da se vlasnik sukcesivno obveže najprije jednoj, zatim drugoj, trećoj ... itd., osobi prenijeti pravo vlasništva na istu stvar.

Prema OGZ-u (AGBG-u) u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pravo vlasništva pokretne stvari stječe osoba kojoj je ta stvar prvoj predana u posjed (§ 430.), a nepokretne - ona koja je prva zatražila uknjižbu (§ 440.). Prvo pravilo usvojili su ZOVO (čl. 35.) iz 1980. godine i sadašnji ZV (čl. 217.); drugo je pravilo ZOVO izostavio, a ZV ga je modificirao, dajući ovlaštenje stjecatelju koji ima samostalan, pošten, istinit (neviciozan) i zakonit posjed nekretnine da zahtijeva brisanje upisa prava vlasništva stjecatelja koji je u trenutku sklapanja pravnog posla znao da je ista nekretnina otuđena i predana u samostalni posjed drugoj osobi, a ne ako je za ovo kasnije saznao, iako prije nego što je zatražio uknjižbu prava vlasništva, kao po sudskoj praksi prije ZV-a.

Komentatori OGZ-a (AGBG-a) pridavali su različit značaj odsutnosti dobre vjere (bona fide): po jednima dobra vjera je pretpostavka za stjecanje prava vlasništva, a po drugima zla vjera je pretpostavka odgovornosti za štetu, a ne zapreka za stjecanje prava vlasništva.

Naša sudska praksa zastupala je stav da je bona fide stjecatelj kome nije predan posjed stvari jači u pravu od mala fide stjecatelja kome je predan posjed ili koji je ishodio uknjižbu svoga prava vlasništva.

Po mišljenju autora bona fide stjecatelj nezamjenjive pokretne stvari jači je u pravu od mala fide stjecatelja kome je otuđivatelj predao samostalni posjed, ali je zahtjev za utvrđenje te činjenice isključen ako se protivna strana pozove na protek zastarnog roka u kome je bona fide stjecatelj mogao tražiti prijenos prava vlasništva ili ako je prije toga pravo vlasništva na tu

stvar stekla treća osoba u dobroj vjeri.

Judikatura i pravna znanost tijekom vremena će prosuditi je li Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima uspostavio adekvatan odnos između načela savjesnosti i poštenja i načela povjerenja u istinitost upisa u zemljišnu knjigu, između pravičnosti i pravne sigurnosti u okolnostima intenzivnijeg prometa nekretnina i neusporedivo šireg korištenja nekretnina za osiguranje potraživanja (hipoteka, fiducijarno vlasništvo).

Odnosi otuđivatelja s osobama s kojima je sklopio pravne poslove, ali one nisu stekle pravo vlasništva, uređuju pravila obveznoga prava; njima je dužan naknaditi štetu i nesavjesni stjecatelj prava vlasništva.

Ključne riječi: vlasništvo, stjecatelj, dobra vjera, jače pravo, uknjižba, brisanje upisa, obveza.

Sadržaj

Uvod

- A. Pravne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva na temelju pravnog posla
 1. O stjecanju prava vlasništva na temelju pravnog posla
 2. Temelj stjecanja prava vlasništva - valjan pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva
 3. O načinu stjecanja prava vlasništva
 - 3.1. Predaja posjeda pokretne stvari, odnosno tabularne isprave kao način stjecanja vlasništva do 1. siječnja 1997.
 - 3.2. Predaja samostalnog posjeda kao pretpostavka za prijenos prava vlasništva na pokretnoj stvari po važećem pravu
 - 3.2.1. Oblici predaje samostalnog posjeda pokretne stvari od 1. siječnja 1997.
 - 3.2.2. Ovršna predaja stvari
 - 3.3. Pravne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva predajom samostalnog posjeda pokretne stvari
 - 3.3.1. Trenutak stjecanja prava vlasništva predajom samostalnog posjeda
 - 3.3.2. Trenutak stjecanja prava vlasništva predajom posjeda očitovanjem volje prema trećima
 - 3.4. Način stjecanja prava vlasništva na nekretnine na temelju pravnog posla
 - 3.5. Pravila za rješavanje sukoba između dvaju ili više savjesnih stjecatelja prava vlasništva
- B. Višestruko ugovaranje otuđenja pokretne stvari
 1. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari
 - 1.1. Pretpostavke stjecanja prava vlasništva u slučaju dvostrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari po OGZ-u

- 1.2. *Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari po ZOVO-u*
- 1.3. *Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog otuđenja pokretne stvari po važećem pravu*
- 1.4. *Interpretacija odredbe - pravo vlasništva stječe "osoba kojoj je stvar prvoj predana"*
2. *Dobra vjera kao pretpostavka stjecanja prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja prava vlasništva pokretne stvari*
 - 2.1. *Gledišta komentatora OGZ-a (ABGB-a) o relevantnosti dobre vjere stjecatelja*
 - 2.2. *Primjena načela savjesnosti i poštenja (dobre vjere) u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari po važećem pravu*
 - 2.2.1. *Praktično značenje primjene načela savjesnosti i poštenja u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari*
 - 2.2.2. *Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu*
 - 2.2.3. *Posljedice povrede načela savjesnosti i poštenja pri višestrukome ugovaranju otuđenja pokretne stvari*
- C. *Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine*
 1. *Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva na nekretnini u slučaju višestrukog otuđenja do 1. siječnja 1997. godine*
 2. *Znanstvena interpretacija pravila iz § 440. OGZ-a (ABGB-a)*
 3. *Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine u sudskoj praksi do 1. siječnja 1997.*
 - 3.1. *Primjena načela savjesnosti i poštenja u slučaju da je stjecatelj naknadno doznao da je odnosna nekretnina otuđena pravnim poslom*
 - 3.2. *Posljedice povrede načela savjesnosti i poštenja*
 4. *Pravni učinci višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine po Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*
 5. *Tipične hipoteze*
 - 5.1. *Prvi u vremenu, jači u pravu*
 - 5.2. *Jači pravni temelj ima stjecatelj kojemu je prvome predan samostalni posjed, ako ni jedan nije zatražio upis u zemljišne knjige*
 - 5.3. *Pravo vlasništva stječe osoba koja u dobroj vjeri prva zatraži upis u zemljišnu knjigu*
 6. *Ograničenje načela savjesnosti i poštenja i pretpostavke zahtjeva za brisanje i uknjižbu prava vlasništva*
 - 6.1. *Ovlaštenik zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva i uknjižbu toga prava u svoju korist*
 - 6.2. *Zahtjev za brisanje upisa prava vlasništva*
 - 6.3. *Zahtjev za uknjižbu prava vlasništva*
 - 6.4. *Pojam zla vjera i trenutak po kome se prosuđuje*
 - 6.5. *Teret dokazivanja pravno relevantnih činjenica*
 - 6.6. *Prekluzija zahtjeva za brisanje upisa i uknjižbu prava vlasništva*
 - 6.7. *Priroda zahtjeva za brisanje i uknjižbu prava vlasništva*

7. Odnos ustanove višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine prema načelu savjesnosti i poštenja

D. Primjena pravila obveznog prava

1. Obveznopravni odnos između otuđivatelja i stjecatelja iz pravnog posla

2. Deliktna odgovornost stjecatelja

Zaključak

Uvod

Naslov ovog članka je sintagma koju koristi ZV¹ za pravnu ustanovu koja uređuje odnose koji nastaju između dvije ili više osoba u slučaju kada se vlasnik sukcesivno obveže pravnim poslovima dvjema ili većem broju različitih osoba prenijeti pravo vlasništva na istu pokretnu ili nepokretnu stvar (čl. 117. i 125. ZV).

Pravila o rješavanju pravnih odnosa između vlasnika i tih osoba propisivao je i OGZ (ABGB)² - §§ 430. i 440., dok je ZOVO³ (čl. 35.) uređivao samo pravne odnose koji nastaju u slučaju višestrukog otuđenja iste pokretne stvari. Sudovi su, međutim, primjenjujući načelo savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe prava, bitno modificirali integralnu primjenu pravnih pravila OGZ-a na odnose koji nastaju višestrukim otuđenjem iste nekretnine različitim osobama i prije stupanja na snagu ZOVO-a (1. rujna 1980.), da bi 1986. godine cjelovito formulirali svoje stavove u "Zaključku" usvojenom na savjetovanju najviših sudova⁴ o rješavanju tih pravnih odnosa imajući u vidu različita činjenična stanja (hipoteze). Pravna pravila OGZ-a nisu, naime, davala posebno značenje pretpostavci stjecanja prava vlasništva u dobroj vjeri, u slučaju višestrukog obvezivanja otuđenja, a sudska praksa je upravo tu pretpostavku smatrala odlučnom za stjecanje prava vlasništva nekretnine uknjižbom u zemljišnu knjigu ili polaganjem kod suda propisne tabularne isprave ako nekretnina nije upisana u zemljišne knjige (§ 434. novel. OGZ-a).

¹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 91/96., 68/98. i 137/99.)

² Opći građanski zakonik OGZ, izvorno Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB, Uvodnim patentom od 1. lipnja 1811. uveden u život 1. siječnja 1812. Patentom od 29. studenog 1852. proširen na Hrvatsku i Slavoniju počevši od 1. svibnja 1853. kao OGZ. U vojnoj granici, koja nije bila pod francuskom okupacijom, na snazi od 1. srpnja 1814., u Istri od 1. svibnja 1815., u Dalmaciji od 1. siječnja 1816., na otocima Koločep, Korčula, Šipan, Lastovo, Vis, Mljet i Lopud od 1. listopada 1816. Od 15. svibnja 1945. primjenjuje se supsidijarno pod pretpostavkama iz čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih do 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, Sl.l. FNRJ 86/46. (prečišćeni tekst), a od 31. prosinca 1991. pod pretpostavkama iz čl. 1. i 2. Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. (Narodne novine br. 73/91.).

³ Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, stupio na snagu 1. rujna 1980., (Sl. l. SFRJ 6/80. i 36/90.; Republika Hrvatska ga je preuzela dana 8. listopada 1991. Zakonom o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Narodne novine 53/91., prestao važiti 1. siječnja 1997. godine (čl. 394. alineja 1. ZV).

⁴ Ovaj Zaključak usvojen je na Savjetovanju građanskih i građansko-privrednih odjela Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanom 28. i 29. svibnja 1986. godine u Saveznom sudu, PSP broj 32/20 (1987. g.).

Budući da je sudska praksa, odstupajući od OGZ-a, a dopunjavajući pravnu prazninu ZOVO-a, glede stjecanja prava vlasništva višestrukim obvezivanjem otuđenja nekretnine, dala šire značenje dobroj vjeri stjecatelja nego što ga danas daje ZV (čl. 125.), izložit ćemo ustanovu višestrukog ugovaranja (obvezivanja) otuđenja iste stvari različitim osobama, s osvrtom na prethodne pravne izvore i sudske prakse koja je djelomično utjecala na sadašnje pravno uređenje.

Termin pravni posao i u ovom slučaju označava viši rodni pojam koji obuhvaća: dvostrani (ugovor), višestrani (sporazum) i jednostrani pravni posao (npr. oporučno raspolaganje, javno obećanje nagrade itd.).

Pravo vlasništva na određenoj stvari otuđuje se među živima i za slučaj smrti. Najčešći ugovor o otuđenju prava vlasništva među živima jest ugovor o prodaji (čl. 453.-551. ZOO⁵); rjeđi ugovor o razmjeni (čl. 452.-453. ZOO) i ugovor o darovanju;⁶ zatim ugovor o zamjeni ispunjenja obveze (čl. 308. ZOO); sporazum o ustupanju i raspodjeli imovine (čl. 111.-121. ZN⁷); javno obećanje nagrade (čl. 229.-233. ZOO); u nekim slučajevima pravo vlasništva otuđuje se na temelju pravnog posla i protiv volje vlasnika (npr. javnom prodajom u ovršnom postupku, u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice itd.). Za slučaj smrti pravo vlasništva na određenoj stvari prenosi se na temelju ugovora o doživotnom uzdržavanju (čl. 122.-127. ZN), oporučnim raspolaganjem, na temelju zapisa (legata) (čl. 84.-100. i 128.-153. ZN).

Radi boljeg razumijevanja pravne ustanove višestrukog ugovaranja otuđenja i njene interpretacije kroz prizmu načela savjesnosti i poštenja, izložit ćemo najprije opće zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva na temelju pravnog posla na pokretnoj i nepokretnoj stvari na temelju ranijeg i sadašnjeg prava.

A. Pravne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva na temelju pravnog posla

I. O stjecanju prava vlasništva na temelju pravnog posla

Pravne učinke u povodu uzastopnog obvezivanja vlasnika da istu stvar prenese u vlasništvo različitim osobama, bolje ćemo razumjeti ako se podsjetimo da se po našem pravu vlasništvo ne prenosi samim pravnim poslom, jer pravni posao nema translativni učinak,⁸ već da je za stjecanje prava vlasništva potrebno da se ispuni još jedna pretpostavka, drukčija za prijenos prava vlasništva na pokretnoj stvari nego na nepokretnoj.

⁵ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99. Predmet obveze iz ugovora o prodaji mogu biti i druga imovinska prava (čl. 454. st. 2. ZOO), ali prodaja tih prava nije predmet ove rasprave.

⁶ Pravna pravila §§ 938.-956. OGZ-a, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno, u skladu s čl. 1. i 2. Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih do 6. travnja 1941. godine (Narodne novine 73/91).

⁷ Zakon o nasljeđivanju (Sl. l. SFRJ 42/65., 44/65., 47/65.; Narodne novine 52/71. i 47/78.)

⁸ Kao npr. po francuskom Code civileu (art. 1138.) i talijanskom Codice civile (art. 1376.) po kojim se pravo vlasništva prenosi po samom ugovoru bez predaje pokretne stvari u samostalni posjed odnosno bez uknjižbe prava vlasništva.

Pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva po ZV-u, kao i po ranijim pravnim izvorima,⁹ samo je pravni temelj za stjecanja prava vlasništva (*iustus titulus*), a pravo vlasništva na temelju pravnog posla prelazi iz imovine dosadašnjeg vlasnika u imovinu stjecatelja “na način određen zakonom” (čl. 115. st. 1. ZV). Način stjecanja prava vlasništva je, dakle, određen prisilnim zakonskim propisima, pa se ne može modificirati pravnim poslom.

2. Temelj stjecanja prava vlasništva - valjan pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva

Pravnim poslom kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva stjecatelj stječe samo tražbeno pravo upereno protiv otuđivatelja da mu ovaj prenese pravo vlasništva na način propisan zakonom.¹⁰

2.1. Mogućnost uspostavljanja paralelnih obveznopravnih odnosa

Budući da se pravnim poslom uspostavlja samo obveznopravni odnos između sudionika pravnog odnosa (i njihovih univerzalnih sukcesora), postoji mogućnost da se uspostavi više takvih pravnih odnosa između istog otuđivatelja i različitih stjecatelja koji ne stoje u međusobnom pravnom odnosu glede stjecanja prava vlasništva na onu stvar koja je predmet pravnog posla. Zato je moguće da se otuđivatelj-vlasnik obveže prenijeti pravo vlasništva na istu stvar različitim osobama na temelju različitih pravnih poslova kojima je cilj prijenos prava vlasništva. Otudivatelj može, npr., sklopiti valjane ugovore o prodaji određene stvari najprije osobi A, zatim osobi B, C... Ova okolnost ga ne sprečava da nakon toga s nekom trećom osobom sklopi ugovor o zamjeni iste stvari ili ugovor o darovanju ili više takvih ugovora s različitim osobama. Također se otuđivatelj može obvezati jednima da će im prenijeti pravo vlasništva na određenu stvar na temelju različitih pravnih poslova za života, a drugima za slučaj smrti (npr. ugovorom o doživotnom uzdržavanju). Time što se otuđivatelj obvezao prenijeti pravo vlasništva na istu stvar jednoj ili nekolicini osoba, nije se lišio ovlaštenja da pravom vlasništva na tu stvar raspolaže oporukom (zapis, nalog) ili kojim drugim pravnim poslom kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva.¹¹

Pravno nema granica množini pravnih poslova o obvezivanju vlasnika da istu stvar prenese u vlasništvo nekolicini osoba za života ili za slučaj smrti. Ovo je moguće zbog toga što su obveznopravni odnosi zasnovani pravnim poslovima između različitih osoba međusobno autonomni, jer u obveznom pravu vrijedi

⁹ §§ 425.-441. OZG s novelama iz 1916. i čl. 33.-35. ZOVO-a.

¹⁰ Pravnim poslom se, dakle, uspostavlja obveznopravni odnos između otuđivatelja i stjecatelja radi prijenosa prava vlasništva na određenu stvar, u kojem otuđivatelj ima obvezu, a stjecatelj pravo tražiti da mu otuđivatelj prenese pravo vlasništva na način propisan zakonom.

¹¹ VSH, Rev. 1323/84, od 9. X. 1984. izriče: “postojanje ranijeg ugovora o otuđenju određene stvari ne čini ništavim kasniji ugovor o otuđenju te stvari.” Isti sud, Rev 1628/86 od 28. IV. 1987. Cit. Žuvela, Vlasničkopravni odnosi, “Organizator”, Zagreb, 1996., str. 207. i VSH, Rev 1810/90 od 16. siječnja 1991., Izbor odluka VSRH, 1993. br. 50.

pravilo: "što dvojica ugovore - trećega ne obvezuje".¹²

Sklapanjem pravnog posla stvaraju se prava i obveze između njegovih sudionika; iznimno se može stvoriti pravo u korist trećega, pa čak i obveza (npr. oporučnim zapisom ili nalogom), ali ta iznimka nema relevantan značaj za našu temu, jer treći u tom slučaju je određena osoba (beneficijar), a ne bilo koja treća osoba (čl. 149.-152. ZOO).¹³

Dok postoji široka sloboda uređivanja obveznih odnosa (čl. 10. ZOO)¹⁴, stvarnopravni odnosi se uglavnom uređuju prisilnim zakonskim pravilima (normama), a zasnivaju se po načelu prvenstva.¹⁵

3. O načinu stjecanja prava vlasništva

Naše pravo, koje ostavlja široku slobodu zasnivanja obveznih odnosa, kao izraz poduzetničke i tržišne slobode, istovremeno propisuje, kao i ranije pravo, stroga pravila o načinu stjecanja prava vlasništva na temelju pravnog posla, u interesu pravne sigurnosti u pravnom prometu.¹⁶

Način stjecanja prava vlasništva na temelju pravnog posla propisan ZV-om: u načelu, jedan za pokretnine (čl. 116.), a drugi za nekretnine (čl. 119., 120. i 121.), ne može se promijeniti (modificirati) pravnim poslom, tj. voljom sudionika pravnog odnosa.¹⁷ Ovo zbog toga što način stjecanja prava vlasništva proizvodi pravne učinke prema svima, a ne samo između sudionika pravnog odnosa. Ne mogu dvojica urediti način stjecanja prava koje djeluje prema trećima, jer bi to ugrozilo pravnu sigurnost trećih, koji nisu sudjelovali u sklapanju pravnog posla na temelju kojega je to pravo stečeno. Kada bi se način prijenosa prava vlasništva mogao ugovarati, treći bi se teško mogli obavijestiti da li je pravo vlasništva na određenu stvar prenijeto s dosadašnjeg vlasnika na drugu osobu. Treći mogu biti pouzdano

¹² M. Vedriš-P. Klarić, Građansko pravo, "Narodne novine", Zagreb, 1998. str. 441-446.; S. Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1981., str. 373-376. Crnogorski Opšti imovinski zakonik propisuje: "Što dva uglave trećega ne veže" (čl. 1025.).

¹³ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.). Vidi S. Perović u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima (redaktori S. Perović - D. Stojanović), D. Milanovac - Kragujevac, 1980., t. I, uz čl. 149.-152.; L. Marković, Obligaciono pravo, "NIU Sl. SFRJ" Beograd, 1997., str. 241-254.

¹⁴ Sloboda ugovaranja izraz je poduzetničke i tržišne slobode koja je temelj gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1. Ustava RH). Vidi Perović, Obligaciono pravo, str. 152-182.

¹⁵ Prior tempore, potior iure.

¹⁶ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, Stvarno pravo, "Informator", Zagreb, 1998., str. 319-333; M. Vedriš-P. Klarić, Građansko pravo, "Narodne novine", Zagreb, 1998. str. 276-278; Č. Rajačić, Stvarno pravo (predavanja), Zagreb, 1956., str. 134-149; M. Derenčin, Tumač k Obćemu austrijskomu Građanskomu zakoniku, Zagreb, 1883., str. 229-329; A. Rušnov-S. Posilović, Tumač Obćemu austrijskomu Građanskomu zakoniku, Zagreb, str. 490-530; O. Stanković-M. Orlić, Stvarno pravo, NIU "Sl. list SFRJ", Beograd, 1990., str. 123-143 (prijenos prava vlasništva temeljem pravnoga posla po odredbama ZOVO-a). Vidi sudsku praksu u knjizi Žuvela, Vlasničkopravni odnosi, "Organizator", Zagreb, 1996., IX.C. i uz čl. 33.-35. ZOVO-a.

¹⁷ Isto načelo je vrijedilo i po OGZ-u (§§ 425.-441.) kao i po ZOVO-u (čl. 33.-35.).

obaviješteni da je pravo vlasništva na određenu stvar prenijeto iz imovine jedne u imovinu druge osobe samo ako zakon propiše nepromjenjiv i vidljiv način stjecanja (prijenosa) prava vlasništva, strogim propisima koji svakoga obvezuju, a nitko se ne može izgovarati da su mu bili nepoznati. Svatko se može pozivati na to da mu nisu bile poznate činjenice koje se ne predmnijevaju, a nisu javno publicirane, niti su opće poznate, ali se nitko ne može pozivati na nepoznavanje zakona, pa dakle ni na nepoznavanje načina stjecanja prava vlasništva. Možemo tvrditi kako nam nije bilo poznato da se otuđivatelj obvezao pravnim poslom drugom prenijeti pravo vlasništva na onu stvar koju od njega kupujemo. Možemo tvrditi kako nismo znali, u trenutku sklapanja ugovora o prodaji, da je otuđivatelj stvar koju kupujemo prenio u samostalni posjed stjecatelja na temelju ranije sklopljenog pravnog posla, ali ne možemo se pozivati na to da nismo znali kako predaja samostalnog posjeda pokretne stvari na temelju pravnog posla proizvodi pravni učinak stjecanja prava vlasništva. Možemo tvrditi kako nismo znali da je otuđivatelj izdao trećemu tabularnu ispravu za uknjižbu prava vlasništva na istoj nekretnini, ali ne možemo se izgovarati da nismo znali kako se uknjižbom prenosi pravo vlasništva na nekretnini bez predaje samostalnog posjeda, pa i nakon što je samostalni posjed predat trećemu također na temelju valjanog pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva. Ne možemo se pozivati ni na to da nismo znali da je nadležnom sudu podnijet zahtjev za uknjižbu prava vlasništva na nekretnini ako je ta činjenica vidljiva iz zemljišne knjige, jer su zemljišne knjige svakom dostupne i nitko se ne može pozivati na to da mu nisu bile poznate činjenice koje se u njima evidentiraju (čl. 7. ZZK¹⁸).

U načelu vrijedi jedan način stjecanja prava vlasništva na pokretnim stvarima, a drugi na nepokretnim. Od ovoga načela postoje iznimke, koje nemaju veće praktično značenje, kada zakon propisuje kao način stjecanja prava vlasništva pokretne stvari upis u javnu knjigu ili kada se pravo vlasništva na nekretnini stječe predajom sudu ovjerovljene isprave ako nekretnina nije upisana u zemljišnoj knjizi (čl. 120. st. 4. ZV). U ovoj raspravi apstrahiraju se mogućnosti stjecanja vlasništva na pokretnoj stvari upisom u javnu knjigu.

3.1. Predaja posjeda pokretne stvari, odnosno tabularne isprave kao način stjecanja vlasništva do 1. siječnja 1997.

Na ovom mjestu je sasvim općenito spomenut prijenos vlasništva nekretnine predajom tabularne isprave; detaljnije se izlažu oblici predaje posjeda kao pretpostavke stjecanja vlasništva na pokretnoj stvari:

a) po OGZ-u i

b) po ZOVO-u.

a) Predaja i primanje prava vlasništva na pokretnoj stvari (§ 430. OGZ-a) obavlja se predajom stvari: u naturi (tjelesna predaja), znacima i očitovanjem.¹⁹ U

¹⁸ Zakon o zemljišnim knjigama (Narodne novine br. 91/96. i 68/98.)

¹⁹ §§ 426., 427. i 428. OGZ-a.

pravnoj literaturi upotrebljava se sintagma predaja tabularne isprave da bi se označio način prijenosa prava vlasništva na nekretninama uknjižbom u zemljišne knjige.²⁰ U tom smislu govori se o tabularnoj predaji i u slučaju predaje tabularne isprave nadležnom sudu kada nekretnine nisu upisane u zemljišne knjige²¹ ili radi prijenosa prava vlasništva na građevinama koje su podignute na tuđem zemljištu u namjeri da na njemu ostanu stalno, ukoliko nisu pripadnost nekog prava građenja.²² Eliptički izraz “ostavio” iz § 440. OGZ-a, kao i njegov točniji sinonim “otuđio” iz § 430. OGZ-a, koji se često koristi u pravnom prometu, sudskoj praksi i pravnoj znanosti, što neće biti izbjegnuto ni u ovom tekstu, treba shvatiti u značenju obveze prijenosa prava vlasništva stjecatelju iz pravnoga posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva ili njegovom pravnom sljedniku.

b) Pravo vlasništva na temelju pravnog posla se i po ZOVO-u prenosilo na pokretnim stvarima predajom samostalnog posjeda (čl. 34.), a na nekretninama upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom (čl. 33.).

Oblici predaje posjeda bili su također određeni zakonom:

- predajom same stvari (čl. 34. st. 1.);
- očitovanjem volje u sva tri tradicionalna oblika (čl. 34. st. 3., 4. i 5.);
- predajom isprave na osnovi koje je stjecatelj mogao “raspolagati tom stvari”;
- uručenjem nekog dijela stvari;
- izdvajanjem stvari iz skupine;
- drugim označavanjem stvari koje znači predaju stvari (čl. 34. st. 2.).

Napokon, predaja pokretne stvari u samostalni posjed smatrala se izvršenom i kad iz konkretnih okolnosti proizlazi da je izvršena predaja stvari (čl. 34. st. 6.).

3.2. Predaja samostalnog posjeda kao pretpostavka za prijenos prava vlasništva na pokretnoj stvari po važećem pravu

Pretpostavka za prijenos prava vlasništva na pokretnim stvarima, kao što je navedeno, u načelu je predaja samostalnog posjeda. Predaja samostalnog posjeda se ne poklapa sasvim s predajom stvari u posjed. U pravilu se, doduše, samostalni posjed predaje s predajom same stvari, ali puka predaja stvari nije isto što i predaja posjeda, pogotovo ne samostalnog posjeda. S druge strane, moguća je predaja

²⁰ Ova sintagma korespondira s pravilom iz § 425. OGZ-a po kome se vlasnosti uopće sva “prava stvarna” mogu steći samo kada se “po zakonu predadu i prime”, kako na pokretnim, tako i na nepokretnim stvarima. Za nekretnine vidi: §§ 431. i 432. s novelama, koje djelomično derogiraju §§ 26. i 27. Zakona o zemljišnim knjigama od 1. srpnja 1930. godine, br. 146-L III.

²¹ §§ 434., III novela i 435.; VSBiH, Rev 22/89, “Informator” br. 4025, od 3. listopada 1992., Prilog: pod brojem 32.

²² § 435., III novela odnosi se na pravo građenja koje je uređeno Zakonom o pravu građenja (Baurechtsgesetz) od 26. travnja 1912. godine. Šire o tome, P. Simonetti, Pravo građenja, Sarajevo-Beograd, 1986. str. 50-59, te 69-87; i tamo citirana literatura; O primjeni Zakona o pravu građenja u Istri i Dalmaciji do 6. travnja 1941. i pravnih pravila iz toga zakona u Republici Hrvatskoj do 1. siječnja 1997., P. Simonetti, Rimski superficies i pravne ustanove koje su prethodile hrvatskom pravu građenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, broj 1(1999.).

samostalnog posjeda bez predaje stvari, očitovanjem volje ili predajom odgovarajućeg vrijednosnog papira. Kako bi predaja stvari imala značenje (učinak) predaje samostalnog posjeda, mora se obaviti na temelju valjanog očitovanja volje dosadašnjeg vlasnika usmjerene na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja ako zakonom nije određeno drukčije (čl. 116. st. 1. ZV).

3.2.1. Oblici predaje samostalnog posjeda pokretne stvari od 1. siječnja 1997.

Pravila o predaji posjeda u različitim oblicima, nalaze se u ZV-u u dijelu drugom ("Posjed"), glava druga ("Stjecanje"). Prema sistematici ZV, predaja posjeda je moguća u tri osnovna oblika, a to su:

- materijalna predaja (čl. 14. st. 1. i 2.)
- predaja vrijednosnim papirom (čl. 14. st. 3.) i
- predaja očitovanjem volje (čl. 15.).

a) Materijalna predaja se obavlja:

- predajom same stvari ili
- predajom sredstva kojim stjecatelj ima vlast na stvari.

U tom slučaju predaja se smatra izvršenom čim se stjecatelj s voljom prenositelja (otuđivatelja) nađe u položaju izvršavati vlast glede stvari (čl. 14. st. 1.).

Kad se posjed prenosi osobi koja nije prisutna, predaja je izvršena kada stvar primi sam stjecatelj.

b) Predaja samostalnog posjeda zakonom propisanim vrijednosnim papirom

Posjed robe predaje se pod određenim pretpostavkama i vrijednosnim papirima. ZV propisuje:

"Kad su za robu predanu prijevozniku ili skladištaru predani vrijednosni papiri koji je zamjenjuju u pravnom prometu, predaja takva papira znači predaju te robe; pri tom kad je jedna osoba u dobroj vjeri primila takav papir, a druga u dobroj vjeri primila robu - posjed robe je stekla ova druga" (čl. 14. st. 3.).

c) Predaja posjeda očitovanjem volje moguća je pod tri različite pretpostavke kojima su prilagođena tri oblika predaje samostalnog posjeda (čl. 15. ZV):

- predaja samostalnog posjeda dosadašnjem neposrednom, ali nesamostalnom posjedniku (*traditio brevi manu*);
- predaja samostalnog posjeda zadržavanjem neposrednog, ali nesamostalnog posjeda (*constitutum possessorium*);
- predaja samostalnog posjeda prijenosom zahtjeva za predaju stvari koja se nalazi u neposrednom, ali nesamostalnom posjedu treće osobe (*cessio vindicationis*).

d) Predaja posjeda drugoj osobi za stjecatelja

Moguća je i predaja stvari drugome za stjecatelja:

- osobi koja po zakonu i drugom općem aktu ili odluci nadležnog tijela zastupa stjecatelja;

- osobi koja zastupa stjecatelja po njegovoj volji (opunomoćenik).

Kao poseban oblik predaje stvari drugome za stjecatelja zakon navodi predaju stvari prijevozniku ako ovaj radi za račun stjecatelja (čl. 14. st. 2.).

3.2.2. Ovršna predaja stvari

Ovršna predaja stvari na temelju pravomoćne i ovršne sudske odluke (čl. 217.-224. Ovršnog zakona²³), do koje može doći po zahtjevu stjecatelja kada izostane dobrovoljna predaja stvari bilo da se nalazi u neposrednom posjedu otuđivatelja ili treće osobe (čl. 220. OZ), proizvodi pravni učinak stjecanja vlasništva predajom stvari stjecatelju - ovrhovoditelju na temelju rješenja o ovrsi nakon oduzimanja iz neposrednog posjeda posjeda otuđivatelja odnosno treće osobe.²⁴

3.3. Pravne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva predajom samostalnog posjeda pokretne stvari

Kao što puka predaja stvari nije dovoljna za predaju samostalnog posjeda, tako ni sama predaja samostalnog posjeda ne proizvodi pravni učinak prijenosa prava vlasništva. Predaja samostalnog posjeda će proizvesti učinak prijenosa prava vlasništva samo ako se temelji na valjanom pravnom poslu kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva. Dakle, bez obzira što se predaja samostalnog posjeda obavlja predajom stvari "na temelju valjano očitovane volje dosadašnjeg vlasnika usmjerene na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja, ako nije određeno drukčije", pravo vlasništva neće se prenijeti ako se predaja samostalnog posjeda ne zasniva na valjanom pravnom poslu kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva. Ovaj zaključak izvodimo iz općeg pravila propisanog čl. 115. st. 1. ZV koje glasi:

"Na temelju valjanog pravnog posla kojemu je cilj stjecanje vlasništva, prelazi vlasništvo s otuđivatelja na stjecatelja, na način određen zakonom."

"Način određen zakonom" za pokretne stvari je - predaja samostalnog posjeda (čl. 116. st. 1.), a za nekretnine - upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu (čl. 119.-121.).

Dakle, po našem pravu prijenos prava vlasništva temelji se na valjanom pravnom poslu, a obavlja predajom u samostalni posjed pokretne stvari, odnosno upisom u zemljišnu knjigu prava vlasništva na nekretnini ili polaganjem u sud propisane ovjerovljene isprave ako nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu.

Pravo vlasništva ne može se prenijeti samom predajom samostalnog posjeda, niti samim upisom (uknjižbom) u zemljišnu knjigu, bez valjanog pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva. Ovo se načelo naziva - kauzalna tradicija.²⁵

²³ Narodne novine broj 57/96...; u nastavku: OZ.

²⁴ Vidi: Triva u djelu Triva-Belajec-Dika, Sudsko ovršno pravo, Zagreb, 1982., str. 44. i dalje i M. Dika, Ovrha na pokretninama radi naplate novčane tražbine, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 21., br. 1(2000.), str. 1-39; Gavella i dr., op. cit., str. 351-357.

²⁵ Nasuprot tome po njemačkom pravu pravo vlasništva prenosi se predajom stvari, odnosno upisom u zemljišne knjige na temelju suglasne volje otuđivatelja i stjecatelja koja se mora očitovati u zakonom propisanom obliku samo za prijenos prava vlasništva na nekretninama upisom u zemljišne knjige (§ 925. i § 929. BGB-a). Po njemačkom pravu, dakle, pravo vlasništva prenosi se neovisno od ugovora o prijenosu koji stvara samo prava i obveze, pa i u slučaju da je taj ugovor ništav, apstraktna tradicija. Heck, Grundriss des Sachenrechts, 1930., str. 110., Baur/Stürmer, op. cit., str. 171-176.

3.3.1. Trenutak stjecanja prava vlasništva predajom samostalnog posjeda

Svaka predaja samostalnog posjeda pokretne stvari, u bilo kojem obliku, koji je zakonom određen, na temelju valjanog pravnog posla, kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva, proizvodi neposredni učinak prijenosa prava vlasništva, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 116. st. 1. ZV).

3.3.2. Trenutak stjecanja prava vlasništva predajom posjeda očitovanjem volje prema trećima

Neposredni učinak stjecanja prava vlasništva proizvodi i predaja samostalnog posjeda očitovanjem volje. Ovaj oblik predaje samostalnog posjeda, međutim, nije vidljiv trećima. Zato ZV propisuje da će očitovanje volje kojom se prenosi samostalni posjed djelovati prema trećima "samo ako su o tome obaviješteni ili im je to inače poznato" (čl. 15. st. 3.). Iz ovoga proizlazi da će onaj tko tvrdi da je treći bio obaviješten o predaji samostalnog posjeda očitovanjem ili da mu je iz drugih okolnosti to bilo poznato, morati to i dokazati.

3.4. Način stjecanja prava vlasništva na nekretnine na temelju pravnog posla

Pravo vlasništva na nekretninama na temelju pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva moguće je samo uknjižbom "ako zakon ne određuje da se vlasništvo stekne nekim drugim upisom u zemljišnu knjigu" (čl. 120. st. 1. ZV) ili "polaganjem u sud ovjerovljene isprave sposobne za uknjižbu prava u zemljišnu knjigu", kojom dotadašnji vlasnik dopušta uknjižbu tuđeg vlasništva ako nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu (čl. 120. st. 4.). U slučaju kad nisu ispunjene sve pretpostavke za uknjižbu, sud će dozvoliti predbilježbu ako su ispunjene bar one pretpostavke pod kojima pravila ZZK dopuštaju predbilježbu (čl. 121. st. 1. ZV). Provedena uknjižba i naknadno opravdana predbilježba na način i u rokovima određenim zemljišnoknjižnim pravom proizvode pravne učinke od trenutka kada je bio zatražen upis prava vlasništva kod suda (čl. 120. st. 3. i st. 4. ZV); smatrat će se, dakle, da je u tom trenutku stečeno pravo vlasništva, a ne tek na dan kada je uknjižba provedena. Držimo da to vrijedi analogno i za stjecanje prava vlasništva polaganjem ovjerovljene isprave kod suda kada sud utvrdi pravomoćnim rješenjem da su ispunjene sve zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva,²⁶ jer ZZK propisuje da se u tom slučaju "na odgovarajući način primjenjuju pravila o stjecanju uknjižbom" (čl. 120. st. 4.).

3.5. Pravila za rješavanje sukoba između dvaju ili više savjesnih stjecatelja prava vlasništva

Sukob prava iz dva pravna posla o stjecanju prava vlasništva na istu stvar ne nastaje, dakle, sklapanjem potonjeg pravnog posla. Taj sukob nastaje:

²⁶ Šire o načinu stjecanja prava vlasništva nekretnine na temelju pravnog posla: Gavella i dr., op. cit, str. 333-343; P. Simonetti, Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21., br. 1(2000.), str. 73-89.

a) kada oba stjecatelja istovremeno traže da im otuđivatelj prenese pravo vlasništva, svaki na temelju svog jednako valjanog pravnog posla;

b) kada otuđivatelj prenese pravo vlasništva jednome stjecatelju ako i onaj drugi ima valjan pravni temelj za stjecanje prava vlasništva.

Sukob pod a) se, po našem mišljenju, može riješiti u duhu načela *prior tempore potior iure*. To znači da će u takvom slučaju (istovremenog traženja prijenosa prava vlasništva dvije ili više osoba) jače pravo imati onaj od dvojice (ili više) stjecatelja koji je prvi sklopio pravni posao.

Sukob pod b) se po izričitoj zakonskoj odredbi rješava po načelu vremenskog prioriteta kad su ispunjene sve ostale pretpostavke za stjecanje prava vlasništva temeljem pravnog posla. Na pokretnoj stvari pravo vlasništva stječe ona osoba kojoj je otuđivatelj prvoo predao samostalni posjed u bilo kojem obliku propisanim zakonom (§ 430. OGZ-a, čl. 35. ZOVO-a, čl. 117. st. 1. ZV).

B. Višestruko ugovaranje otuđenja pokretne stvari

Na ovome mjestu izlažu se zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari i gledišta komentatora OGZ-a (ABGB-a) o relevantnosti dobre vjere stjecatelja.

1. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari

1.1. Pretpostavke stjecanja prava vlasništva u slučaju dvostrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari po OGZ-u

Pravno pravilo iz § 430. OGZ-a koje uređuje pravne učinke dvostrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari glasi:

“Ako je vlasnik otuđio istu pokretnu stvar dvjema različnim osobama, jednoj predajom, a drugoj bez predaje, stvar pripada onoj osobi, kojoj je najprije predana; ali vlasnik treba da odgovara strani oštećenooj.”

Ovo pravilo primjenjuje se po analogiji i u slučaju kad se vlasnik sukcesivno obvezao različitim pravnim poslovima prenijeti pravo vlasništva na istu pokretnu stvar nekolicini različitoih osoba.

Zakonski izraz predaja stvari po OGZ-u ima značenje predaje posjeda stvari.²⁷ Predajom posjeda, naime, na temelju pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva, prenosi se pravo vlasništva na pokretnoj stvari (§ 425.). Pored tjelesne predaje (§ 426.) moguća je predaja po znacima (§ 427.) i očitovanjem (§ 428.) (supra A, 3.1.).

²⁷ Posjednik je po OGZ-u onaj koji stvar posjeduje kao svoju, animo domini, dok su drugi držatelji stvari samo detentori (§ 309.), kao po rimskom pravu. Vidi, Rušnov-Posilović, op. cit. uz § 309. OGZ; Derenčin, op. cit.; Klang, op. cit.; Rummel, op. cit.; H. Koziol-R. Welsler, Bürgerliches Recht, Band I, 11. Auflage, “Manz”, Wien, 2000., str. 225.

1.2. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari po ZOVO-u

Po ZOVO-u kad je više osoba sklopilo pravne poslove radi stjecanja prava vlasništva na istu pokretnu stvar koja je individualno određena, to pravo stječe osoba kojoj je stvar prvoj predana (čl. 35.).

1.3. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog otuđenja pokretne stvari po važećem pravu

U slučaju da je vlasnik sklopio dva ili više pravnih poslova o otuđenju pokretne stvari različitim osobama, pravo vlasništva stječe ona osoba “kojoj je stvar prije predana, ako su ispunjene i sve druge pretpostavke za stjecanje prava vlasništva” (čl. 117. st. 1.).

Dakle, u slučaju višestruke predaje samostalnog posjeda, vlasništvo stječe osoba “kojoj je stvar prije predana” (čl. 117. st. 1. ZV),²⁸ ali samo pod pretpostavkom da su “ispunjene i sve druge pretpostavke za stjecanje vlasništva” (čl. 117. st. 1.). Ova odredba iako nije bila izričito propisana u ZOVO-u (čl. 35.), izvodila se logičkom dedukcijom iz općeg načela da se subjektivna prava, pa, dakle i pravo vlasništva, stječu u skladu sa zakonom, tj. ako su ispunjene sve opće i posebne pretpostavke propisane zakonom za njihovo stjecanje.

1.4. Interpretacija odredbe - pravo vlasništva stječe “osoba kojoj je stvar prvoj predana”

S obzirom na različite mogućnosti predaje posjeda stvari, tjelesne ili bestjelesne predaje, moguća je višestruka predaja iste stvari različitim osobama u različitim oblicima. Zato se postavlja pitanje kako se rješava kolizija prava između više stjecatelja kojima je predan posjed iste stvari, svakome na temelju valjanog pravnog posla o stjecanju prava vlasništva. Uvažavajući sve propisane oblike predaje stvari komentatori OGZ-a (ABGB-a) ističu, logički, da je moguće samo jednom prenijeti pravo vlasništva na istoj stvari, a to se događa prvom zakonitom predajom posjeda pokretne stvari. Prema tome, između više osoba kojima je predan posjed stvari na temelju valjanog pravnog posla o stjecanju prava vlasništva, jednoj tjelesnom predajom, drugoj “po znacima”, trećoj zakonom određenim oblikom očitovanja, pravo vlasništva stječe ona kojoj je stvar prvoj predana u posjed bilo kojim oblikom predaje koji je zakonom priznat kao način prijenosa prava vlasništva, jer se pravo vlasništva na istoj stvari ne može dva puta prenijeti.²⁹ Upravo to je značenje sintagme “prvoj predana”. Kad bi, naime, predaja posjeda bila moguća

²⁸ Tako je bilo određeno i § 430. OGZ-a, kao i čl. 35. ZOVO-a.

²⁹ H. Koziol-R. Welsch, op. cit. str. 284-288; Vidjeti komentare uz § 430. OGZ-a, i to: H. Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Zweiter Band, Wien 1950.; P. Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, Wien 1990.; Tako i stariji komentatori: Francesco nobile de Zeiller: Commentario sul Codice universale austriaco, Venezia, 1815.; Commento sul Codice civile generale austriaco di Francesco Saverio J.F. Nippel, Pavia, 1839., tomo III.; A. Rušnov, Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, knjiga prva, Zagreb, 1893.

samo u jednom obliku, npr. tjelesnom predajom, bila bi suvišna riječ “prvoj”, jer se u jednom obliku samo jedanput može predati posjed iste stvari; da bi se stvar predala dva puta, dakle, morala bi se u tom slučaju najprije oduzeti onoj osobi kojoj je već predana na osnovi valjanog pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva. To je, međutim, nemoguće, jer je prva osoba predajom (u bilo kojem zakonitom obliku) stekla pravo vlasništva, pa uživa zaštitu prema svima te može tražiti vraćanje posjeda stvari vlasničkom tužbom bez obzira u čijem se posjedu nalazi.

Pravo vlasništva stječe ona osoba kojoj je prvoj predan posjed iako je zadnja sklopila pravni posao o stjecanju prava vlasništva. Pravo vlasništva stečeno predajom posjeda, na valjanom pravnom temelju, djeluje prema svima te se isključuje primjena načela *prior tempore* u odnosu na obvezno pravo stjecanja prava prijenosa vlasništva.³⁰ Načelo *prior tempore potior iure* primjenjuje se samo između dva ili više obveznih prava odnosno između dviju ili više osoba koje ispunjavaju pravne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva. Kada kolidiraju obvezno i stvarno pravo, prednost ima stvarno pravo ispred obveznog.

Dakle, između više osoba kojima je predana ista pokretna stvar, jednoj tjelesno, drugoj vrijednosnim papirom, trećoj simbolički, četvrtoj očitovanjem, pravo vlasništva stječe ona kojoj je stvar prvoj predana na valjanom pravnom temelju u bilo kojem zakonom priznatom obliku.³¹ Komentatori OGZ-a upozoravaju na opasnost da prvi stjecatelj izgubi vlasništvo ako stvar ostane u neposrednom posjedu otuđivatelja, pa je ovaj preda u neposredni posjed drugoj osobi na temelju valjanog pravnog naslova.³² Ta opasnost postoji, međutim, samo ako se steknu zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva od ne vlasnika.³³

Osoba koja nije stekla pravo vlasništva, iako ima valjan pravni temelj stjecanja, a ne može ga ni steći jer ga je valjano stekla druga osoba, može tražiti naknadu time prouzrokovane štete od vlasnika koji je prenio vlasništvo drugoj osobi (§ 1293. OGZ-a), što je posebno propisano OGZ-om riječima: “...ali vlasnik treba da odgovara strani oštećenoj.” (§ 430.). Iako takve odredbe nije bilo u ZOVO-u, odgovornost za štetu otuđivatelja (vlasnika) izvodila se iz pravila ZOO “Kad dužnik ne ispuni obvezu ...vjerovnik ima pravo zahtijevati naknadu štete koju je uslijed toga pretrpio” (čl. 262. st. 2.).

U načelu, stjecatelj prava vlasništva ne odgovara za štetu trećoj osobi koja je prije njega sklopila pravni posao o stjecanju prava vlasništva na istoj stvari, jer primajući pravo vlasništva na temelju valjanog pravnog posla on je samo realizirao svoje pravo, a tko se služi svojim pravom unutar pravnih granica, ne odgovara za štetu koja otuda drugome proizlazi (§ 1305. OGZ-a).³⁴ Po ZOO koji je stupio na

³⁰ G. Winiwarter, *Il diritto civile austriaco*, Venezia, 1838., str. 209.; Rušnov, op. cit.

³¹ Klang, op. cit., Rummel, op. cit., Winiwarter, Zeiller op. cit.

³² Rummel, op. cit.

³³ §§ 367. i 368. OGZ-a.

³⁴ Nippel, op. cit., str. 353. Qui suo iure utitur neminem laedit (Paulus - Sent. 4, 8, 5).

snagu 1. listopada 1978. godine, dakle, prije ZOVO-a (1. rujna 1980.), sudionici obveznih odnosa dužni su, međutim, pridržavati se načela savjesnosti i poštenja³⁵ i pri *ostvarivanju prava* i obveza iz tih odnosa (čl. 12.). Osim toga, po ZOO-u “Zabranjeno je vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono po zakonu ustanovljeno ili priznato” (čl. 13. st. 1.).

2. Dobra vjera kao pretpostavka stjecanja prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja prava vlasništva pokretne stvari

2.1. Gledišta komentatora OGZ-a (ABGB-a) o relevantnosti dobre vjere stjecatelja

Među komentatorima OGZ-a sporno je kakvo značenje ima činjenica što je stjecatelj znao da se otuđivatelj već obvezao pravnim poslom prenijeti pravo vlasništva na istu stvar drugoj osobi. Sporno je, naime, stječe li pravo vlasništva ona osoba kojoj je predan samostalni posjed stvari na temelju valjanog pravnog posla, iako je znala da se vlasnik obvezao prenijeti vlasništvo na tu stvar drugoj osobi (nepošteni stjecatelj), i da li ona osoba koja je ranije sklopila pravni posao može u tom slučaju s uspjehom tražiti da joj stjecatelj ustupi pravo vlasništva. Oni pisci koji na to pitanje odgovaraju potvrdno ističu da to proizlazi iz pravila § 425. OGZ-a, po kome se pravo vlasništva na stvar stječe “kada se po zakonu predadu i prime”, a nepošteno postupanje stjecatelja se ne može smatrati zakonitim. Oni naime smatraju da je pošteno postupanje stjecatelja opća zakonska pretpostavka za stjecanje prava vlasništva i da to proizlazi i iz ustanova §§ 367., 368., 469., 527., 1444. i 1500., a ni iz drugih pravnih ustanova ne proizlazi suprotno (§§ 443., 928., 1095. i 1120.).³⁶ Pobornici suprotnog mišljenja³⁷ smatraju da se sintagma “zakonita predaja” iz § 425. odnosi na oblik predaje koji zakon priznaje, a ne na temelj, te ističu da se ustanove iz §§ 367., 368. i 456. odnose na stjecanje prava vlasništva i založnog prava od nevlasnika, a ona iz § 824. na stjecanje prava vlasništva poštenog posjednika ostavine na plodove; zatim da je u slučaju koji uređuje ustanova iz § 430. otuđivatelj koji se obvezao prenijeti pravo vlasništva ostao vlasnik do predaje

³⁵ M. Marković ističe da je pravilan prijevod generalne klauzule “Treu und Glauben” - poštenje (ili savesnost) i uzajamno poverenje, a nikako “savesnost i poštenje, kao što je to kod nas, nažalost, uobičajeno i u zakonskim tekstovima i u literaturi.” (Zloupotreba prava, u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978., tom III, str. 1013., t. 77.). D. Stojanović kaže da kombinacija dviju imenica (“savjesnost” i “poštenje”) “dovodi do uzajamnog dejstva između ova dva pojma: dati poverenje savesnosti i savesnost poverenju. Očekuje se savesnost od onoga kome je nešto povereno i poštenje od onoga kome se poveravamo.” (Savesnost i poštenje u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, tom III, str. 106.). M. Petrović u Komentaru Zakona o obveznim odnosima, “Savremena administracija”, Beograd, 1980., tom I, uz čl. 12. upozorava da Treu znači “pouzdanost”, “savesnost”, “privrženost”, “nekolebljivu odanost”, “poštenje”, a Glauben: “ostajanje pri onom što je jednom obećano”, “poklanjanje vere”, “čestitost”.

³⁶ Schuster i Geller po Rušnovu, str. 572.

³⁷ Nippel, op. cit., Winiwarter, op. cit., M. Derenčin, Tumač k Obćem austrijskom građanskom zakoniku, Zagreb, 1883. uz § 425. i § 430.

stvari drugoj osobi pa nakon toga ne može prenijeti to pravo drugom stjecatelju. Pristalice tog shvaćanja ističu da se ustanove iz §§ 443., 1095. i 1120. odnose na učinke načela povjerenja u zemljišne knjige glede upisanih prava. Oni smatraju da iz gornjih ustanova proizlazi kako znanje da postoje obvezna prava trećih osoba glede stjecanja prava vlasništva iste stvari na temelju pravnog posla nije prepreka za stjecanje istog prava. U tom slučaju stjecatelj koji je bio nesavjestan prilikom sklapanja ugovora, međutim, odgovarat će za štetu prethodnom stjecatelju, jer je sklapanjem i realizacijom ugovora povrijedio njegovo tražbeno pravo onemogućivši njegovu realizaciju - stjecanja prava vlasništva.³⁸

Suglašavajući se s primjedbom pristalice protivnog gledišta, da stjecatelj koji zna da se vlasnik obvezao prenijeti pravo vlasništva drugoj osobi na istu stvar, ne postupa uvijek u zloj vjeri, Rušnov smatra da samo "pošteni posjednik, odnosno vlasnik pravo ima na zaštitu zakona" (str. 573). Zato pravo vlasništva ne može steći onaj koji je znao ili morao znati da je drugi prije njega zadobio na istu stvar valjani pravni naslov za stjecanje prava vlasništva, jer se mora smatrati nepoštenim posjednikom, pa će prvi stjecatelj koji ima valjani pravni naslov za stjecanje prava vlasništva moći "tražiti da mu takav nepošteni posjednik izruči stvar" (str. 573). Nije, međutim, izloženo po kojoj osnovi, s obzirom da prethodni stjecatelj ima tražbeno pravo iz obveznopravnog odnosa samo prema otuđivatelju, a ne prema potonjem stjecatelju kome je otuđivatelj predao stvar u posjed.

Prema Rušnovu osoba koja se poziva na raniji valjani pravni posao o stjecanju prava vlasništva steći će to pravo samo ako isposluje proglašenje nevaljanosti pravnog posla nepoštenog stjecatelja, ako dokaže u kaznenom postupku da su obje strane postupale prijevarno, te će moći tražiti od prijašnjeg vlasnika predaju posjeda. Prvome stjecatelju, međutim, ne pripada vlasnička tužba jer nije stekao pravo vlasništva, pa ni tužba iz pretpostavljenog vlasništva; on može tražiti samo naknadu štete od vlasnika - otuđivatelja, a u slučaju da se utvrdi nevaljanost pravnog posla s nepoštenim stjecateljem, može tražiti i predaju u posjed stvari na temelju pravnog posla koji je on ranije sklopio s otuđivateljem - vlasnikom stvari.

Pod pretpostavkom da je predmet obveze otuđivatelja prijenos prava vlasništva pokretne stvari, a stjecatelj je znao da je ta stvar već otuđena, Schuster smatra da taj stjecatelj ne stječe pravo vlasništva zbog sljedećih razloga. Zakonodavac je uz pravni naslov propisao i način stjecanja stvarnih prava radi zaštite pravne sigurnosti koja bi bila ugrožena ako bi ugovor imao translativan učinak, a ne predaja posjeda, pa je zato u interesu zaštite poštenih stjecatelja propisao predmnjevu da je vlasnik onaj koji je u posjedu stvari, iz čega proizlazi zaključak da onaj koji je znao da se otuđivatelj obvezao prenijeti vlasništvo drugoj osobi postupa nesavjesno i ne može uživati pravnu zaštitu. Prema Schusteru kupac koji je znao da je otuđivatelj sklopio pravni posao o otuđenju prava vlasništva na istoj pokretnoj stvari mora pretpostavljati da je ovome netjelesno predan posjed te stvari očitovanjem (konstitutom), tj. da je otuđivatelj "depozitar" stjecatelja. Nippel poriče da stjecatelj

³⁸ Nippel, op. cit. i Winiwarer, op. cit.

mora tako nešto pretpostaviti. Stjecatelj je, po njemu, nesavjestan samo ako pozitivno zna da je na temelju pravnog posla o prijenosu prava vlasništva predan posjed stvari očitovanjem. Obojica se slažu da u slučaju ako je stjecatelj znao da je stvar pravnim poslom otuđena trećemu - treći može tražiti i od stjecatelja predaju stvari, po isteku ugovorenog roka, odnosno nakon ispunjenja odložnog uvjeta. Nippel, međutim, smatra da materijalna predaja stvari (tjelesna predaja posjeda) poništava učinak simbolične predaje ili predaje očitovanjem. Ne stječe pravo vlasništva samo onaj koji je znao da je učinjena simbolička ili netjelesna predaja posjeda trećemu. Zeiller, naprotiv, smatra da je za stjecanje prava vlasništva odlučno vrijeme predaje a ne njen oblik. On kaže da pravo vlasništva stječe onaj kojem je pokretna stvar prvome predana u bilo kom obliku.³⁹

Suvremeni komentatori ABGB-a ističu da je onaj koji je sklopio pravni posao o stjecanju prava vlasništva i primio posjed stvari, iako je znao da se vlasnik ranije obvezao istu stvar prenijeti u vlasništvo drugoj osobi, postupao u zloj vjeri. Takav stjecatelj također odgovara za štetu jer je postupanje u zloj vjeri protupravno (§ 1294. ABGB-a), pa može biti obvezan da je naknadi uspostavom u prijašnje stanje (§ 1323. ABGB -a), tzv. prirodna restitucija.⁴⁰ Na ovu mogućnost ukazuju i neki stariji pisci, npr. Nippel. Winiwarter, međutim, ističe da se restitucija može izvršiti samo otuđivatelju koji je bio u posjedu otuđene stvari. Prvi stjecatelj, koji nije imao posjed stvari, mogao bi tražiti predaju samostalnog posjeda s učinkom prijenosa prava vlasništva samo od otuđivatelja na temelju valjanog pravnog posla kojemu je cilj prijenos vlasništva.

Stjecatelj nije postupao u zloj vjeri, međutim, samo zato što je u trenutku sklapanja pravnog posla ili u trenutku kad mu je otuđivatelj prenio samostalni posjed, znao da se otuđivatelj ranije obvezao prenijeti pravo vlasništva na istu stvar drugoj osobi, ako je bio u opravdanoj zabludi da je npr. raniji stjecatelj odustao od zahtjeva za ispunjenje ugovora zbog promijenjenih okolnosti ili drugih razloga. U takvom uvjerenju, uostalom, mogao je biti i sam otuđivatelj, pa u tom slučaju ni on nije postupio u zloj vjeri time što je istu stvar otuđio drugoj osobi.⁴¹ Takav otuđivatelj će odgovarati za štetu, međutim, koja je nastala drugoj ugovornoj strani zbog neispunjenja obveze iz ugovora.

2.2. *Primjena načela savjesnosti i poštenja (dobre vjere) u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari po važećem pravu*

U našem važećem pravu nisu jednako određene pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja na pokretnim i nepokretnim stvarima. Zakon o vlasništvu, naime, slijedi pravila OGZ-a i ZOVO-a samo glede stjecanja prava vlasništva na pokretnoj stvari, propisujući da, između više osoba koje su sklopile pravne poslove o stjecanju prava vlasništva iste pokretne

³⁹ Zeiller, op. cit., uz § 430. OGZ-a.

⁴⁰ Klang, op. cit., Rummel, op. cit.

⁴¹ Nippel, op. cit.

stvari, to pravo stječe “ona od njih kojoj je stvar prije predana”, dodajući “ako su ispunjene i sve druge pretpostavke za stjecanje prava vlasništva” (čl. 117. st. 1.). Naprotiv, pravo prvenstva glede stjecanja prava vlasništva između više osoba koje su sklopile pravne poslove o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine djelomično je uvjetovano dobrom vjerom stjecatelja (čl. 125. st. 1.).

Budući da po ZV u slučaju višestrukog otuđenja pravo vlasništva stječe osoba “kojoj je stvar prije predana” (čl. 117. st. 1.), kao da su svi ti pravni poslovi jednaki po pravnoj snazi, u toj odredbi ne nalazimo izričit odgovor na pitanje da li zakon “propisuje što drugo” u slučaju da je potonji stjecatelj kojemu je otuđivatelj prenio pravo vlasništva bio nesavjestan. Ali za stjecanje prava vlasništva po članu 117. st. 1. traži se da su “ispunjene i sve druge pretpostavke.”

Ne može se smatrati da su ispunjene “i sve druge pretpostavke za stjecanje vlasništva” ako je stjecatelj zahtijevao prijenos prava vlasništva (samostalnog posjeda), ili primio samostalni posjed od otuđivatelja koji je time dobrovoljno ispunio svoju obvezu, ako je u trenutku kad je zahtijevao prijenos prava vlasništva ili u trenutku kada je primio samostalni posjed, znao da se otuđivatelj ranije obvezao prenijeti to pravo drugoj osobi i da ta njegova obveza nije prestala. U tom slučaju, naime, stjecatelj prava vlasništva postupao je protivno načelu savjesnosti i poštenja. Zato što su se sudionici obveznih odnosa dužni pridržavati toga načela i pri “ostvarenju prava i obveza iz tih odnosa” (čl. 12.). Stjecatelj prava vlasništva koji je zahtijevao prijenos prava vlasništva ili ga stekao predajom i preuzimanjem samostalnog posjeda znajući da se otuđivatelj prije nego što je s njime sklopio pravni posao obvezao prenijeti pravo vlasništva drugoj osobi i da ta obveza nije prestala, ostvario je svoje pravo iz obveznog odnosa protivno načelu savjesnosti i poštenja.

Komparacijom odredbe iz čl. 117. st. 1. s odredbom iz čl. 125. st. 1. ZV mogao bi se izvesti zaključak da je zakonodavac prešutno isključio primjenu načela savjesnosti i poštenja (dobre vjere) u rješavanju sukoba između osoba koje su neovisno jedna od druge sklopile pravne poslove o stjecanju prava vlasništva na istoj pokretnoj stvari.⁴² Moguć je, međutim, i suprotan zaključak, da je načelo savjesnosti i poštenja ograničeno odredbama iz čl. 125. ZV koje rješavaju sukob između više stjecatelja prava vlasništva na nekretnini, u interesu pravne sigurnosti, a da takvo ograničenje ZV nije odredio za stjecanje prava vlasništva temeljem pravnog posla na pokretnoj stvari. U prilog ovog zaključka govori univerzalnost načela savjesnosti i poštenja u obveznom pravu (čl. 12. ZOO), a to znači da se ono ne može ograničiti prešutno, već samo izričitom zakonskom odredbom zbog zaštite drugog interesa koji preferira zakonodavac ili drugim zakonskim načelom koje štiti druge vrijednosti.

⁴² Udžbenik “Stvarno pravo” (N. Gavella i drugi) se ograničava samo na pravilo prior tempore, gl. 7/31.; “Zato u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari, nakon što je na jednu osobu već prešlo pravo vlasništva, ostale samo mogu stavljati obveznopravne zahtjeve otuđivatelju” (117/2).

2.2.1. Praktično značenje primjene načela savjesnosti i poštenja u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari

Istina, primjena ustanove višestrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari (čl. 117. ZV) ima manje praktično značenje, pa i užu primjenu glede stjecanja prava vlasništva, nego analogna ustanova iz čl. 125. ZV koja se odnosi na nekretnine, i to zbog generičnosti pokretnih stvari koje se lako mogu nabaviti na tržištu, ali se samo zbog toga ne može izvesti zaključak da je primjena načela savjesnosti i poštenja isključena u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari.

Pored generičnih stvari u prometu se nalaze, ne tako rijetko, i neponovljive pokretne stvari, koje se ne mogu zamijeniti za druge, niti se mogu takve kakve su, proizvesti, jer u sebi nose obilježja neponovljive individualnosti. Takve stvari su npr. umjetničke slike i skulpture, književna i muzička djela (rukopisi), rijetki primjerci inkunabula i drugih starih izdanja itd., zatim razni unikati, drugi proizvodi ljudskog rada i rijetke tvorevine prirode (npr. jedinstven primjerak dragog kamena); arheološke, povijesne, kulturne i religijske (sakralne) vrijednosti itd. Takve su stvari po svojim svojstvima nedvojbeno individualizirane, bez mogućnosti njihove zamjene za druge stvari.

S druge strane, primjenom načela savjesnosti i poštenja utvrđuje se odštetna odgovornost nesavjesnog stjecatelja, a to ima golemo značenje u slučaju kada nema izgleda da se oštećeni stjecatelj obešteti iz imovine otuđivatelja ili za ovo postoje velike teškoće. U svakom slučaju se solidarnom odgovornošću nesavjesnog stjecatelja s otuđivateljem pojačava tražbina oštećenog stjecatelja.

2.2.2. Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu

Zakon o obveznim odnosima propisuje da su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja (čl. 12.).

Načelo savjesnosti i poštenja, dakle, odnosi se na sve pravne poslove kojima se zasnivaju obveznopravni odnosi a takvi su i pravni poslovi kojima je cilj stjecanje prava vlasništva. U duhu načela savjesnosti i poštenja postavlja se pitanje da li postupa pošteno osoba koja je sklopila pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva na određenoj stvari, znajući da se njen vlasnik obvezao valjanim pravnim poslom prenijeti pravo vlasništva na tu stvar drugoj osobi. Ovdje se zastupa gledište da je postupala nepošteno osoba koja je stekla pravo vlasništva pokretne stvari znajući da se otuđivatelj obvezao prenijeti pravo vlasništva na istu stvar drugoj osobi, iako je za ovo saznala nakon sklapanja pravnog posla. Otuđivatelj je također postupao nepošteno kad je sklopio pravni posao o otuđenju prava vlasništva i zatim prenio to pravo na stvari na koju se prije toga obvezao prenijeti pravo vlasništva drugoj osobi.

2.2.3. Posljedice povrede načela savjesnosti i poštenja pri višestrukom ugovaranju otuđenja pokretne stvari

Pravni posao koji je sklopljen suprotno načelu savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO), a to znači suprotno prisilnom zakonskom propisu, u pravilu je ništav "ako

cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo” (čl. 103. st. 1. ZOO). Međutim, samim sklapanjem drugog pravnog posla o otuđenju iste stvari ne vrijeđa se pravo prethodnog stjecatelja. Njegovo se pravo vrijeđa prijenosom prava vlasništva potonjem stjecatelju.

Okolnost što je pravo vlasništva na temelju pravnog posla stekla druga osoba koja je znala da se vlasnik već obvezao drugome prenijeti pravo vlasništva na istu pokretnu stvar, ne vrijeđa neposredno opći interes, zato sud ne pazi na to po službenoj dužnosti. Time se vrijeđa samo pravo prvog stjecatelja koji ima valjan pravni temelj da mu otudivatelj prenese pravo vlasništva na stvar koju je protivno načelu savjesnosti i poštenja prenio u vlasništvo nesavjesnog stjecatelja. Dakle, osoba koja ima “pravni interes” u ovom slučaju je ona koja je sklopila pravni posao o stjecanju prava vlasništva stvari, koja je potom otuđena trećemu, nesavjesnom stjecatelju. Pravo prvog stjecatelja nije povrijeđeno time što je otudivatelj sklopio pravni posao o otuđenju iste stvari trećoj osobi, jer je time zasnovan samo autonomni obveznopravni odnos, koji se njega ne tiče; njegovo pravo je povrijeđeno isključivo prijenosom prava vlasništva trećemu.

Prema sudskoj praksi (*infra*) prvi stjecatelj, koji dokaže da je drugi stekao pravo vlasništva postupajući protivno načelu savjesnosti i poštenja, može istaknuti svoj zahtjev o jačem pravu na stjecanje prava vlasništva protiv drugog stjecatelja (“druga sankcija” iz čl. 103. st.1. ZOO). No upravo sada će naići na prepreku koja se ipak može prevladati. On, naime, nije ovlašten podnijeti tužbu predmnijevanog vlasnika (čl. 166. st. 1. i. 2. ZV) protiv nesavjesnog stjecatelja jer u njegovu korist ne djeluje predmnjeva vlasništva budući da nije bio u posjedu stvari prije nesavjesnog stjecatelja (čl. 166. st. 3.). Prvi stjecatelj ne može zahtijevati da mu otudivatelj prenese pravo vlasništva, jer on nije više vlasnik, ali može tužbom zahtijevati da sud presudom utvrdi kako nesavjesni stjecatelj nije stekao pravo vlasništva, jer je vršio svoje pravo iz obveznog odnosa protivno načelu savjesnosti i poštenja i da mu otudivatelj nakon toga utvrđenja prenese pravo vlasništva očitovanjem volje (*cessio vindicationis*). Ako otudivatelj ne ispuni tu obvezu u paricijskom roku (čl. 328. ZPP-a⁴³), idealni prijenos samostalnog posjeda bi se izvršio temeljem ovršne presude. Nakon toga savjesni stjecatelj prava vlasništva bio bi ovlašten zahtijevati vlasničkom tužbom da mu nesavjesni stjecatelj preda neposredan posjed (čl. 162. st. 1. ZV). Kada prvi (savjesni) stjecatelj zbog zastare potraživanja izgubi pravo zahtijevati prijenos prava vlasništva (čl. 360. ZOO)⁴⁴ time gubi pravni interes za utvrđenje da nesavjesni stjecatelj nije stekao pravo vlasništva, pa nakon toga nije ovlašten podnijeti tužbu za utvrđenje da ima jače pravo nego nesavjesni stjecatelj odnosno da nesavjesni stjecatelj nije stekao pravo vlasništva (čl. 187. st. 2. ZPP). Pravo tražiti ispunjenje obveze iz pravnog posla kojemu je cilj

⁴³ Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91., 91/92. i 112/99.

⁴⁴ V. Stanković, Zastarelost, u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, III tom, t. 21.

stjecanje prava vlasništva zastarijeva u općem zastarnom roku od pet godina ako zakonom za pojedini pravni posao nije određen drugi rok (čl. 371. ZOO).⁴⁵

Držimo da prvi stjecatelj nije ovlašten isticati zahtjev za predaju samostalnog posjeda, uz zahtjev za utvrđenje da nesavjesni stjecatelj nije stekao pravo vlasništva ako je ovaj prenio pravo vlasništva trećem savjesnom stjecatelju, jer bi to bilo protivno načelu pravne sigurnosti. Ovo i pod pretpostavkom da nisu ispunjene sve zakonske pretpostavke o stjecanju prava vlasništva od nevlasnika (čl. 118. ZOO), jer je otuđivatelj bio vlasnik u trenutku prijenosa prava vlasništva savjesnom stjecatelju. U tom slučaju prvi stjecatelj ima obveznopravne zahtjeve protiv otuđivatelja i nesavjesnog stjecatelja (infra D).

C. Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine

1. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva na nekretnini u slučaju višestrukog otuđenja do 1. siječnja 1997. godine

Budući da ZOVO nije propisivao pravila za rješavanje sukoba između više stjecatelja koji imaju pravni temelj za stjecanje prava vlasništva iste nekretnine, u sudskoj se praksi postavilo pitanje postoje li zakonske pretpostavke za integralnu primjenu pravnog pravila iz § 440. OGZ-a, koji glasi: "Ako je vlasnik istu nepokretnu stvar ostavio dvjema različnim osobama, stvar pripada onoj, koja je ranije zaiskala uknjižbu."

Gornje pravilo se podudara s onim iz § 430. Što je u § 430. predaja pokretne stvari, to je u § 440. zahtjev za uknjižbu prava vlasništva podnijet nadležnom sudu u slučaju da bude usvojen, tj. da se uknjiži pravo vlasništva na nekretninu (§ 431.).

Predajom posjeda neposredno se stječe pravo vlasništva na pokretnoj stvari, a na nepokretnoj uknjižbom u zemljišnu knjigu, ali nakon što uslijedi uknjižba smatra se da je pravo vlasništva stečeno u trenutku podnošenja zahtjeva za uknjižbu; ovo i u slučaju da je uknjižbi prethodila predbilježba koja je kasnije pravovremeno opravdana.

Pravilo je izričito: tko prvi zatraži uknjižbu prava vlasništva na temelju valjanog pravnog posla - taj stječe pravo vlasništva, bez obzira kada je sklopio pravni posao; prije ili poslije ostalih stjecatelja koji su kasnije također zatražili uknjižbu svaki na temelju svog valjanog pravnog posla.

U slučaju da je po prvom zahtjevu upisana predbilježba prava vlasništva, a po drugom uknjižba prava vlasništva na istoj nekretnini, poništava se pravni učinak uknjižbe, po samom zakonu, ako se pravovremeno opravda predbilježba prava

⁴⁵ VSH, Rev 446/81 od 16. lipnja 1981., kod Žuvele, op. cit., str. 209. (str. 179. trećeg izdanja), koji napominje da je "izražena sumnja u valjanost zauzetog pravnog stajališta"(?). Vrhovni sud Jugoslavije također je zastupao stanovište da potraživanje iz ugovora o kupoprodaji "nepokretnosti" zastarijeva u općem zastarnom roku, VSJ, Gz 23/67 od 10. 5. 1967., ZSO knj. XII, sv. 2, odl. 192. Vidi, V. Stanković, op. cit., t. 22-35.

vlasništva. Samim ispunjenjem odložnog uvjeta (pravovremeno opravdanje predbilježbe) - stječe pravo vlasništva prvi podnositelj zahtjeva koji je bio ishodio predbilježbu, a nakon toga uknjižbu.

Ako zahtjevi za uknjižbu prava vlasništva stignu istodobno u sud, a svi ispunjavaju pretpostavke za upis, zemljišnoknjižni sud će ih sve dopustiti i provesti te ujedno upozoriti podnositelje da u parnici riješe kome pripada pravo vlasništva (čl. 115. st. 1. ZZK). Nakon što bude utvrđeno kojemu od podnositelja prijedloga pripada pravo vlasništva, na njegov zahtjev izbrisat će se ostali upisi prava vlasništva kao i svi upisi provedeni na njima (čl. 115. st. 2. ZZK).

Naši sudovi su, međutim, i prije stupanja na snagu ZOVO-a "dopunili"⁴⁶ pravno pravilo iz § 440 OGZ-a, smatrajući da, u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, to pravo stječe, samo ako je bila u dobroj vjeri (infra B. 3.) osoba koja je na temelju valjanog pravnog posla prva zatražila uknjižbu prava vlasništva u konkurenciji s poštenim stjecateljem. Smatra se da je stjecatelj bio u dobroj vjeri ako nije znao da se vlasnik - otuđivatelj ranije obvezao pravnim poslom prenijeti pravo vlasništva na istu nekretninu drugoj osobi.

2. Znanstvena interpretacija pravila iz § 440. OGZ-a (ABGB-a)

Komentatori OGZ-a (ABGB-a) jednako su podijeljeni u pogledu pravnog učinka dobre vjere glede stjecanja prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine kao i u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pokretne stvari. Specifično je i to što se u tom slučaju može dogoditi uknjižba (greškom suda) u korist osobe koja je kasnije podnijela zahtjev za uknjižbu, ali u tom slučaju ona osoba koja je prije podnijela zahtjev za uknjižbu ne gubi pravo prvenstva.⁴⁷

Pod pretpostavkom da je stjecatelj prava vlasništva nekretnine bio nesavjestan jer je znao ili morao znati da se vlasnik obvezao pravnim poslom istu nekretninu prenijeti u vlasništvo druge osobe, komentatori OGZ-a (ABGB-a) vide drukčije pravne učinke podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva na nekretnini od onih koji nastaju predajom u samostalni posjed pokretne stvari na temelju valjanog pravnog posla o stjecanju prava vlasništva (§ 430.).

Suvremeni komentatori, kao i neki stariji, ističu da se pravilo iz § 440. OGZ-a (ABGB-a) odnosi samo na rješavanje sukoba zahtjeva za upis prava vlasništva (uknjižbu i predbilježbu) na istu nekretninu koji se zasnivaju na valjanom pravnom poslu o stjecanju prava vlasništva.⁴⁸ Ovaj sukob se rješava isključivo po pravilu vremenskog prvenstva, bez obzira na savjesnost ili nesavjesnost stjecatelja. Kao zakonsku pretpostavku (hipotezu) sukoba zahtjeva za upis prava vlasništva OGZ

⁴⁶ Pozivom na čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije.

⁴⁷ VSH, Gž 1807/76 od 27. III. 1976. (Žuvela, 1978., IXc t. 43.)

⁴⁸ Klang, op. cit. uz § 440. ABGB-a, Rummel, op. cit. uz § 440. ABGB-a, Tako i redaktor OGZ-a, Zeiller, op. cit. uz § 430 i 440. Slično mišljenje je zastupao i Winiwarter, koji je pri interpretaciji § 440. ABGB-a razmatrao samo odgovornost za štetu u slučaju da prvi "molitelj" (predlagatelj) ne održi uknjižbu ili opravda predbilježbu (op. cit., str. 231.)

(ABGB) navodi dva imatelja temelja za stjecanje prava vlasništva, ali je nedvojbeno da se pravilo odnosi i na višestruko ugovaranje otuđenja iste nekretnine, jer što vrijedi za rješavanje sukoba između dva stjecatelja - vrijedi i za više njih.

Stariji komentatori OGZ-a (ABGB-a), koji su smatrali relevantnom dobru vjeru stjecatelja prava vlasništva, nisu bili suglasni o tome kakav učinak ima upis u zemljišnu knjigu ako je stjecatelj bio nesavjestan (*mala fide*), jer je znao ili morao znati da se vlasnik nekretnine - otuđivatelj ranije obvezao prenijeti pravo vlasništva iste nekretnine drugoj osobi i da ta obveza nije prestala.

Rušnov, koji pri interpretaciji ustanove iz § 430. OGZ-a (pokretna stvar) ističe mogućnost da se u "kaznenom postupku" utvrdi ništavost prijevarno sklopljenog pravnog posla na temelju kojeg je prenijeto pravo vlasništva predajom samostalnog posjeda, interpretirajući ustanovu iz § 440. dolazi do zaključka da prvi stjecatelj pravnog temelja (onaj koji je prvi sklopio pravni posao) može tražiti brisanje upisa prava vlasništva potonjeg nesavjesnog stjecatelja odgovarajućom primjenom pravila zemljišnoknjižnog prava (§ 148. Gruntovnog reda), i to tužbom koju će podići protiv otuđivatelja i nepoštenog stjecatelja. Nakon brisanja upisa prava vlasništva nepoštenog stjecatelja, prvi stjecatelj može tražiti uknjižbu svoga prava vlasništva na temelju isprave o pravnom poslu kojim je od zemljišnoknjižnog vlasnika stekao pravo uknjižbe - "vlasništva svojeg".⁴⁹

Ako bi "kupac" koji je u zloj vjeri ishodio uknjižbu prava vlasništva tužio prvoga "kupca" koji je u posjedu kupljene nekretnine, da mu tu nekretninu preda u posjed, njegov zahtjev će biti odbijen (str. 594.). Ovo gledište je podržano i u tadašnjoj sudskoj praksi.⁵⁰

Nippel⁵¹ ne upućuje na mogućnost brisanja upisa prava vlasništva nepoštenog stjecatelja, ali smatra da takav stjecatelj odgovara za štetu, solidarno s otuđivateljem, prethodnom stjecatelju pošto se utvrdi da je prilikom sklapanja pravnog posla znao da je ista nekretnina valjano otuđena prvom stjecatelju. Ako je, međutim, potonji stjecatelj za ovo saznao nakon što je sklopio pravni posao, a prije nego što je podnio zahtjev za uknjižbu, neće odgovarati za štetu jer je svoj zahtjev za uknjižbu temeljio na valjanom pravnom poslu. To znači da se potonji stjecatelj podnošenjem zahtjeva za uknjižbu samo služio svojim pravom, a tko se služi svojim pravom u granicama pravnim ne odgovara za štetu koja otuda drugome proizlazi (§ 1305. OGZ-a).⁵²

Ovaj autor ne smatra da nesavjesnog stjecatelja može pogoditi koja druga građanskopravna sankcija osim odgovornosti za štetu u slučaju da je pravni posao sklopio *mala fide*; nema opasnosti da mu bude izbrisan upis prava vlasništva.

⁴⁹ op. cit., str. 593.

⁵⁰ Vidi sudsku praksu na koju su poziva Rušnov, op. cit., u bilješci 1. na strani 594.

⁵¹ op. cit., str. 383.

⁵² Čuveno pravilo rimskog prava glasi: Qui suo iure utitur, neminem laedit. (Sec. Paulus - D 50; 17; 155; 1.) U OGZ-u (ABGB-u) prije treće novele (1916. g.) je glasilo: "Tko se služi svojim pravom unutar granica pravnih, ne odgovara za štetu, koja drugome otuda proizlazi" (§ 1305.).

3. Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine u sudskoj praksi do 1. siječnja 1997.

Kao što je naprijed spomenuto, ZOVO, koji je bio na snazi od 1. rujna 1980. do 1. siječnja 1997., nije uređivao pravne odnose koji nastaju dvostrukim ili višestrukim ugovaranjem otuđenja iste nekretnine niti je poput OGZ-a propisivao pravilo za rješavanje sukoba upisa prava vlasništva u zemljišnu knjigu (§ 440).

Pod utjecajem načela savjesnosti i poštenja sudska praksa je, međutim, prije stupanja na snagu ZOVO-a "korigirala" ustanovu iz § 440. OGZ-a, primjenom načela savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava (čl. 12. i 13. ZOO).⁵³

Prema tadašnjoj sudskoj praksi, naime, podnositelj zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva steće pravo vlasništva samo ako je u dobroj vjeri podnio zahtjev za uknjižbu, odnosno sklopio pravni posao na temelju kojeg traži uknjižbu.⁵⁴ Ne postupa u dobroj vjeri kupac koji zna da je ista nekretnina otuđena drugome koji je već ušao u posjed, pa takav kupac neće steći pravo vlasništva uknjižbom u zemljišnu knjigu u odnosu na prvog kupca.⁵⁵ Po shvaćanju tadašnje sudske prakse nije savjestan čak ni kupac nekretnine koji se oslonio na stanje u zemljišnoj knjizi, a nije "utvrdio stanje posjeda", pa time što je ishodio uknjižbu prava vlasništva nije jači u pravu "nasuprot prijašnjem stjecatelju kojemu je nekretnina na temelju valjanog pravnog posla predana u posjed."⁵⁶ Ovo je bila kulminacija nepovjerenja u zemljišne knjige koje je bilo izazvano izvanknjižnim prijenosom nekretnina u društveno vlasništvo po raznim zakonskim osnovama i prometom prava vlasništva nekretnina, često bez promjene u zemljišnoj knjizi. U jednoj presudi novijeg datuma VS RH konstatira: "U primjeni pravila OGZ-a prije stupanja na snagu ZOVO-a, vlasništvo nekretnina temeljem pravnog posla moglo se steći i bez upisa u zemljišne knjige ako je ugovor bio izvršen."⁵⁷ Ovo ipak nije bio opći stav sudske prakse. Obrnuto, upravo u primjeni pravnih pravila OGZ sudovi su, u većini, dosljedno primjenjivali pravilo o prijenosu prava vlasništva uknjižbom u zemljišnu knjigu na temelju pravnog posla (§ 431. OGZ-a). Uknjižba se provodila na temelju tabularne isprave (§ 433. novel. OGZ-a) po postupku i pod pretpostavkama iz §§ 48.-58. Zakona o zemljišnim knjigama od 1. srpnja 1930. (čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa ...).⁵⁸ Takvo gledište je zastupao i Savezni vrhovni sud dopuštajući

⁵³ Oslonac za ovu "korekciju" nalazio se u čl. 4. st. 1. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih do 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije (Sl. 1. FNRJ, br. 84/46.)

⁵⁴ VSS, Gž 4273/70, od 23. veljače 1971., "Privrednopravni priručnik", Beograd, br. 7, 1971., str. 66.

⁵⁵ VSH, Rev 864/79, od 10. listopada 1979.; isto VSH, Rev 148/83, od 23. veljače 1983., zatim VSH, 45/83, od 18. svibnja 1983., navedeno prema: Žuvela, 1987., str. 197. Tako i VSS, GZZ 143/56 od 18. lipnja 1956., Zbirka sudskih odluka, knjiga I, sv. 2, odluka br. 344.

⁵⁶ VSJ, Rev 315/73, od 26. prosinca 1973., ZSO, 1976., (nova serija) I, sv. 2., sentenca br. 26.

⁵⁷ Rev 250/90 od 20. ožujka 1991. (I.O. VS RH, 1993/9)

⁵⁸ VSH, Gž 1213/77 od 27. 4. 1977.; VSS, Gzz 265/56 od 26. 12. 1956., ZSO, knj. I., sv. 3. odl. 707.

odstupanje od pravila stjecanja prava vlasništva upisom u zemljišne knjige.⁵⁹

Na savjetovanju građanskih i građanskoprivrednih odjela Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda i vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina održanom 28. i 29. svibnja 1986. u Beogradu, usvojen je zaključak koji glasi:

“1. Kad je više osoba zaključilo posebne pravne poslove radi stjecanja prava vlasništva na istoj nekretnini o jačem pravu sud odlučuje primjenom načela morala socijalističkog samoupravnog društva, savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava.

Kad su svi kupci savjesni, a ni jednom od njih nekretnina nije predana u posjed niti je ishodio upis prava vlasništva u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu, jaču pravnu osnovu ima raniji kupac.

Kad su svi kupci savjesni, jaču pravnu osnovu ima kupac koji je ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu, a ako ni jedan od njih nije ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu, jači je u pravu kupac kome je nekretnina predana u posjed.

Raniji savjesni kupac ima jaču pravnu osnovu u odnosu na kasnijeg nesavjesnog kupca. To je i u slučaju kada je prodavalac nekretnine predao u posjed kasnijem nesavjesnom kupcu ili je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu.

2. U sporu radi utvrđenja jače pravne osnove, pasivno su legitimirani prodavalac i ostali kupci iste nekretnine kao jedinstveni suparničari.”⁶⁰

Raniji Vrhovni sud Hrvatske, kao i sadašnji Vrhovni sud Republike Hrvatske, dosljedno su slijedili ovaj zaključak.⁶¹

Iako se u obrazloženju “Zaključka” (*supra*) sudovi pozivaju i na načelo slobode uređivanja obveznih odnosa (čl. 10. ZOO) i načelo zabrane zloupotrebe prava (čl. 13. ZOO),⁶² pored načela savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO), nesumnjivo je da je ovo posljednje načelo središnji stup na kome se zasniva “Zaključak”.⁶³ Ovo

⁵⁹ Ova odstupanja su se odnosila primarno na područja gdje nisu bile uvedene zemljišne knjige ili su bile uništene. SVS, Rev 3937/62, od 16. 3. 1963. (kod Žuvele, Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, “Narodne novine”, Zagreb, 1985., str. 177.).

⁶⁰ PSP br. 32, 1987. Isti stav zastupa i VSBiH, Bilten sudske prakse VSBiH, br. 1/1991. 4., Pž 389/90, od 15. studenog 1990.

⁶¹ VSH, Rev 970/87, od 12. lipnja 1987., PSP, 36/17.; Rev 2602/87 od 13. lipnja 1989., PSP, 46/35.; VSRH, Rev 3821/93 od 19. siječnja 1994., Izbor odluka VSRH, br. 2, 1995. i VSRH, Rev 2592/93 od 1. prosinca 1993., Izbor odluka VSRH, 1993.

⁶² O načelu zloupotrebe prava, vidi: M. Vedriš-P. Klarić, op. cit., str. 227-228; M. Pavčnik, Argumentacija v pravu (Od življenskega primera do pravne odločitve), “Cankarjeva založba”, Ljubljana, 1991., str. 193-227; R. Cvetić, Zabrana zloupotrebe subjektivnih prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XXVII-XXIX, 1-3, 1995., u starijoj literaturi, M. Vuković, Zloupotreba subjektivnih prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1953.

⁶³ O savjesnosti i poštenju u stranom pravu, vidi D. Stojanović: Savjesnost i poštenje, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, izd. NIU “Službeni list SFRJ”, Beograd, 1978., t. III. O zloupotrebi prava i načela savjesnosti i poštenja, vidi, M. Marković, Zloupotreba

potvrđuje i sudska praksa koja slijedi “Zaključak” kao i ona koja mu je prethodila. Načelo slobode uređivanja obveznih odnosa (čl. 10. ZOO), koje obuhvaća slobodu sklapanja pravnih poslova, ima opće značenje te se samo posredno tiče naše teme. Postoje, međutim, dodirne točke između načela savjesnosti i poštenja i načela zloupotrebe prava u obveznim odnosima.⁶⁴

3.1. Primjena načela savjesnosti i poštenja u slučaju da je stjecatelj naknadno doznao da je odnosna nekretnina otuđena pravnim poslom

Pod pretpostavkom da je stjecatelj u dobroj vjeri sklopio valjan pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva nekretnine, ali je prije podnošenja prijedloga za uknjižbu doznao da se vlasnik obvezao pravnim poslom drugome prenijeti pravo vlasništva iste nekretnine, po nekima se podnošenje prijedloga prosuđuje po načelu zabrane zloupotrebe prava. “Zaključak”, koji se poziva na načelo zabrane zloupotrebe prava, ne obrazlaže, međutim, ovaj argument. Pozivajući se na § 1305. davno prije njegova noveliranja Nippel je zaključio da se stjecatelj tražeći prijenos prava vlasništva temeljem valjanog pravnog posla služi svojim pravom “unutar granica pravnih”, iako je nakon sklapanja ugovora, ali prije podnošenja “molbe” za uknjižbu, saznao da se vlasnik ranije obvezao istu nekretninu prenijeti u vlasništvo drugome, pa stoga ne odgovara za štetu ranijem stjecatelju koji se također poziva na valjan pravni posao o stjecanju iste nekretnine, ali je u inferiornom položaju jer je “molbu” za uknjižbu prava vlasništva kasnije podnio.⁶⁵ “Pravne granice” iz § 1305. OGZ-a, međutim, sužene su trećom novelom (1916. g.), dopunom § 1295. OGZ-a na koji se poziva novelirani § 1305., a dopuna § 1295. st. 2. glasi:

“Također je za to odgovoran i onaj tko na način protivan dobrim običajima namjerno nanese štetu; ako se to pak dogodilo u vršenju nekoga prava, odgovoran je samo onda, ako je vršenje prava imalo očigledno za cilj drugome štetu nanositi.” Onaj koji traži prijenos prava vlasništva temeljem valjanog pravnog posla po pravilu ne vrši svoje pravo s očitim ciljem da drugome nanese štetu već to čini da ostvari svoje tražbeno pravo - stjecanje prava vlasništva. Zato je u slučaju koji se ovdje razmatra u načelu isključena primjena pravila zabrane zloupotrebe prava po kriteriju šikane (intencionalni kriterij).

prava, u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd 1978., tom III, str. 1003-1019; v. V. Vodinić u monografiji, Takozvana zloupotreba prava, “Nomos” d.o.o. Beograd, 1997., nakon opsežne znanstvene rasprave postavlja pitanje o napuštanju izraza “zloupotrebe prava” i njegove zamjene drugim izrazom (str. 223-225). O vršenju subjektivnih prava, S. Krneta, u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd 1978., tom III, Subjektivna prava, str. 199-201.

⁶⁴ M. Marković, op. cit., t. 87, S. Krneta ističe da su teorija i praksa njemačkog prava načelu savjesnosti i poštenja (Treu und Glauben) “dale smisao osnovnog pravnog načela”, op. cit. br. 88. Šire o tom načelu, S. Krneta, Povreda načela “poštenja i savjesnosti” kao razlog prestanka subjektivnih građanskih prava u “Godišnjaku” Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, godište XVI-XVII, 1968.-1969.

⁶⁵ Ovo shvaćanje se zasniva na pravilu: Mala fides superveniens non nocet. (Sec. Paulus D 41; 3; 4; 18.)

Zakon o obveznim odnosima, na koji se poziva citirani "Zaključak", međutim, prihvatio je finalistički kriterij zabrane zloupotrebe prava kada je propisao:

"Zabranjeno je vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato." (čl. 13. st. 1.).⁶⁶

Sudioniku obveznopravnog odnosa osnovanog valjanim pravnim poslom kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva, zakonom je priznato pravo tražiti ispunjenje obveze druge strane da mu prenese pravo vlasništva na nekretnini koja je predmet pravnog posla. Ovlaštenje tražiti prijenos prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla potencijalno sadrži dva zahtjeva: zahtjev za izdavanje tabularne isprave s *clausulom intabulandi* i zahtjev za predaju u samostalni posjed odnosno nekretnine.

Zakon o obveznim odnosima nalaže sudionicima obveznih odnosa da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja i pri "ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa" (čl. 12. ZOO), dakle i u slučaju traženja ispunjenja obveze prijenosa prava vlasništva, tj. u trenutku podnošenja prijedloga sudu za upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu.

Postupanje stjecatelja koji ističe zahtjev za ispunjenje valjanog pravnog posla izdavanjem tabularne isprave i uknjižbom u zemljišnu knjigu je določno, ako je u međuvremenu doznao da se vlasnik na istu nekretninu ranije obvezao prenijeti pravo vlasništva drugoj osobi temeljem valjanog pravnog posla.

Dakle, potonji stjecatelj koji je nakon sklapanja pravnog posla, ali prije podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva, doznao da se otudivatelj ranije valjano obvezao drugome prenijeti pravo vlasništva odnosno nekretnine, ne postupa u skladu s načelom savjesnosti i poštenja tražeći uknjižbu prava vlasništva. Nasuprot tome, saznanje o ranijem pravnom poslu koje je uslijedilo nakon podnošenja sudu prijedloga za uknjižbu neće imati utjecaja na stjecanje prava vlasništva niti će biti pretpostavka eventualne odgovornosti stjecatelja za štetu koju je time pretrpio prethodni stjecatelj (*Mala fides superveniens non nocet*).⁶⁷

3.2. Posljedice povrede načela savjesnosti i poštenja

Potonji stjecatelj koji je znao da se otudivatelj obvezao trećemu prenijeti pravo vlasništva, pa je sklopio pravni posao protivno načelu savjesnosti i poštenja, ima slabiju pravnu osnovu od toga trećega. Cilj povrijeđenog pravila (načela savjesnosti i poštenja) ne upućuje na neku drugu sankciju, niti zakon propisuje što drugo u slučaju povrede tog pravila.⁶⁸

⁶⁶ M. Marković, op. cit., Kriterijum zloupotrebe, str. 1008-1011. S. Krmeta, Subjektivna prava (o vršenju subjektivnih prava), op. cit., str. 199-200, v. V. Vodinić, op. cit., prikazuje osam "konstitucija" zloupotrebe prava u usporednom pravu: šikanozno, beskorisno, nerazmjerno, protivciljno, prekomjerno, proturječno, nemoralno i nepravično vršenje prava (str. 3-55), a zatim razmatra "zabranu zloupotrebe prava u važećem pravu".

⁶⁷ Sec. Paulus - D. 41,3,4,18 (C. J. 7,31,1).

⁶⁸ M. Petrović u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima, "Savremena administracija", Beograd, 1980., Tom I, str. 56-66, uz čl. 12. ZOO.; D. Stojanović: Savjesnost i poštenje u

Osoba koja ima jači pravni temelj stjecanja prava vlasništva iste nekretnine, a nema samostalni posjed, zainteresirana je da sud utvrdi njen jači pravni temelj za stjecanje prava vlasništva protiv nesavjesnog stjecatelja. Međutim, i kad bi sud utvrdio pravomoćnom presudom da prethodni stjecatelj ima jači pravni temelj, taj nije bio ovlašten po tadašnjim pravilima zemljoknjižnog prava tražiti brisanje uknjižbe, jer nije povrijeđen u svome knjižnom pravu (§§ 68-78. ZZK).⁶⁹

Ranija sudska praksa priznala je poštenom stjecatelju ("kupcu") "jači pravni osnov u odnosu na kasnijeg nesavjesnog kupca. Ovo i u slučaju kad je prodavac nepokretnost predao u državinu kasnijem nesavjesnom kupcu ili je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišnu ili drugu javnu knjigu."⁷⁰ Time je, mimo pravnih pravila, priznato pravo stjecatelju koji ima jače pravo da zahtijeva brisanje upisa prava vlasništva provedenog temeljem slabije pravne osnove. OGZ, koji je propisivao "kad je vlasnik otuđio istu nekretninu dvjema različitim osobama, pravo vlasništva stječe ona koja prva zatraži upis u zemljišnu knjigu" (§ 440.), nije davao ovlaštenje savjesnom stjecatelju protiv potonjeg nesavjesnog stjecatelja koji je isposlovao uknjižbu prava vlasništva da zahtijeva brisanje uknjižbe. S druge strane Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. g. davao je brisovnu tužbu samo osobi čije je knjižno pravo povrijeđeno (§ 68. st. 1.).

Vrhovni sud Bosne i Hercegovine svojevremeno zauzeo je stav da prvi kupac ima pravo tražiti "da se poništi ugovor i briše uknjižba i da se na njega prenese pravo vlasništva samo ako dokaže da je potonji stjecatelj bio nesavjestan."⁷¹ Pod istim pretpostavkama Vrhovni sud Hrvatske presuđuje:

a) "raniji savjesni kupac ima jaču pravnu osnovu od kasnijeg nesavjesnog kupca, pri čemu nije odlučno što je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišne knjige";⁷² odnosno:

b) "jaču osnovu ima raniji savjesni daroprimac s obzirom na kasnijeg nesavjesnog daroprimca, a to i u slučaju da je nesavjesni daroprimac stupio u posjed i ishodio upis svoga prava u zemljišne knjige."⁷³

Enciklopediji imovinskog prava..., tom III, str. 104-118; S. Krmeta: Povreda načela "poštenja i savjesnosti" kao razlog prestanka subjektivnih građanskih prava u "Godišnjaku" Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, god. XVI-XVII, 1968.-1969.

⁶⁹ Zakon o zemljišnim knjigama, "Službene novine" od 1. srpnja 1930., br. 146-L III.

⁷⁰ Zaključak br. 3. usvojen na Savjetovanju građansko i građansko-privrednih odjela Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanog dana 28. i 29. svibnja 1986. u Beogradu, op. cit., tako i VSH, Rev 970/87 od 12. 5. 1987., PSP, br. 36/17. Pri tome nije relevantno što su neki pravni poslovi naplatni, a drugi nenaplatni (VSH, Rev 2002/87 od 13. 6. 1989, PSP, 46/35.).

⁷¹ VSBiH, Rev 363/85 od 26. kolovoza 1985., "Informator", br. 3362, od 28. svibnja 1986. godine. Isti sud je izrazio, u načelu taj stav i u rješidbama Rev 189/86, od 18. lipnja 1987. "Informator", br. 3617, od 5. 9. 1988. i Rev 56/91, od 5. srpnja 1991., "Informator" br. 3949 - 3959, od 11. i 15. siječnja 1992.

⁷² Rev 970/87, od 12. svibnja 1987., "Informator", 3802.-3803. od 15. i 16. svibnja 1990. godine; Rev 148/83 od 23. 2. 1983. (Žuvela, treće izd., str. 180.-181., t. 23.)

⁷³ Rev 1563/84, od 8. listopada 1986., navedeno po M. Žuvela, Vlasničkopravni odnosi..., izd. Organizator, Zagreb, 1996., str. 662.

Dosljedno tome, po shvaćanju toga suda: "kupac iz ranije zaključenog kupoprodajnog ugovora ima pravo tražiti u posjed nekretnine od kasnijeg stjecatelja koji je u posjed nekretnine stupio na temelju ugovora o doživotnom uzdržavanju sklopljenog u zloj vjeri."⁷⁴

Gornji pravni stav, dakako, vrijedi i u slučaju da je nepošteni stjecatelj stekao pravo vlasništva polaganjem u sud tabularne isprave kakva se traži za uknjižbu prava vlasništva kada nekretnina nije upisana u zemljišne knjige (čl. 120. st. 4. ZV).⁷⁵

U jednoj odluci Vrhovni sud Republike Hrvatske ističe da u slučaju višestrukog otuđenja nekretnine "ugovorna stranka iz jednog od zaključenih ugovora nije aktivno legitimirana tražiti poništenje drugog ugovora o otuđenju nekretnine u kojemu ona nije ugovorna stranka, ali može istaknuti zahtjev za uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja prema stjeciocima iz drugog ugovora koji su izvršili upis vlasništva na svoje ime."⁷⁶ Prema obrazloženju proizlazi da su prvi kupci stana bračni drugovi, a drugi kupci roditelji jednog od njih (muža). Parnični postupak je pokrenula supruga - prvi kupac. U obrazloženju presude se ne ističe savjesnost prvih kupaca, odnosno nesavjesnost - drugih, vjerojatno zbog toga što sud tu okolnost ne smatra odlučnom, ističući da su prodavatelji drugim kupcima "prodali tada već tuđu stvar" (stan) kao poseban dio zgrade.⁷⁷ To je međutim, netočno, jer sklapanjem ugovora o prodaji s prvim kupcima prodavatelji nisu izgubili pravo vlasništva niti su ga kupci stekli, već su se prodavatelji samo obvezali da će to pravo prenijeti kupcima uknjižbom u zemljišnu knjigu (čl. 33. ZOVO-a);⁷⁸ sklapanjem ugovora kupci su stekli ovlaštenje zahtijevati prijenos prava vlasništva, a ne pravo vlasništva.⁷⁹

Prodavatelji su, dakle, svoju nekretninu - stan (a ne tuđu) prodali i drugim kupcima i njima se obvezali prenijeti pravo vlasništva kao što su se prije toga obvezali prvim kupcima na istu činidbu.

4. Pravni učinci višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine po Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ograničio je utjecaj nesavjesnosti stjecatelja na stjecanje prava vlasništva nekretnine.

⁷⁴ VSH, Rev 1315/84, od 17. listopada 1984., PSP, 27/24.

⁷⁵ Vidi: P. Simonetti, Stjecanje prava vlasništva na nekretninama na temelju pravnog posla, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21. br. 1. (2000.), II. B., 7.; VSBiH, Rev 518/88 od 16. ožujka 1989., Bilten VSBiH, br. 2. 1989. i Rev 22/89, od 9. 3. 1989., isti Bilten.

⁷⁶ Rev 92/1991. od 23. svibnja 1991., Izbor odluka VSRH, 1993., br. 53.

⁷⁷ Po tadašnjem dualističkom sustavu, pravne odvojenosti zemljišta u društvenom vlasništvu i zgrada, stan je bio posebni dio zgrade, a ne posebni dio nekretnine kao po pravnom sustavu koji je uspostavio ZV (čl. 66.-99., te. čl. 370.)

⁷⁸ Ugovor je zaključen za vrijeme važenja Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, dana 1. rujna 1984. godine.

⁷⁹ Ako taj prijenos nije bio odgođen rokom ili uvjetom, što se iz obrazloženja ne vidi.

Razmotrit ćemo pravne učinke koji nastaju višestrukim ugovaranjem otuđenja iste nekretnine različitim osobama po sadašnjem Zakonu o vlasništvu kroz prizmu ranije sudske prakse, koja je inspirirala zakonodavca da na specifičan način uredi ovu pravnu ustanovu, a i sudsku praksu od koje se ZV distancira. Na taj način se jasnije sagledava slojevitost pravila iz čl. 125. ZV.

5. Tipične hipoteze

Pod pretpostavkom da je vlasnik sukcesivno sklopio valjane pravne poslove o otuđenju iste nekretnine različitim osobama i da su sve one bile poštene, jer nisu znale niti su prema okolnostima morale znati u trenutku sklapanja pravnog posla da je nekretnina drugome valjano otuđena,⁸⁰ pravni posao proizvodi jedne pravne učinke u slučaju kada je nekretnina jednoj od njih predana u samostalni posjed, a druge kada je jedna od tih osoba zatražila upis u zemljišnu knjigu (čl. 125. ZV).⁸¹ Moguće su tri tipične hipoteze, čije ćemo pravne učinke na ovom mjestu razmotriti.⁸²

Prva hipoteza

Vlasnik je sklopio pravni posao o otuđenju iste nekretnine s osobom A, zatim s osobom B, C..., ali ni jednu nije uveo u samostalni posjed nekretnine, ni jedna od njih se ni inače ne nalazi u samostalnom posjedu, niti je bilo koja od njih zatražila upis u zemljišnu knjigu.

Druga hipoteza

Vlasnik je predao u samostalni posjed "otuđenu" nekretninu jednoj od više osoba ili nekolicini (tjelesnom predajom, simbolički, očitovanjem) kojima se tu nekretninu obvezao valjanim pravnim poslovima prenijeti u vlasništvo; ni jedna od tih osoba nije zatražila upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu.

Treća hipoteza

Vlasnik se na istu nekretninu obvezao prenijeti pravo vlasništva nekolicini različitih osoba sukcesivnim pravnim poslovima: jednu od njih je uveo u samostalni posjed realnom predajom, drugu predajom "sredstva kojim stjecatelj ima vlast na stvari" (npr. ključa kuće, stana ili druge samostalne prostorije), trećoj očitovanjem volje; druge stjecateljice koje nisu uvedene u samostalni posjed podnijele su sukcesivno zahtjev za uknjižbu, odnosno za polaganje ovjerovljene isprave jer nekretnina nije upisana u zemljišne knjige (čl. 120. st. 4. ZV).

⁸⁰ VSRH, Rev 3821/93, od 19. siječnja 1994., IO VSRH, br. 2, 1995., sentenca 5. koja kaže: "... savjesnost stjecatelja treba ocjenjivati prema momentu sklapanja pravnog posla."

⁸¹ VSRH, Rev 1810/90, od 16. siječnja 1991., IO VSRH, 1993., 52.

⁸² Potonji ugovor o otuđenju iste stvari (nekretnine) nije samo zbog toga ništav, VSRH, Rev 1810/90 od 16. siječnja 1991. i Rev 2223/90 od 20. ožujka 1991. IO, 1993., 52 i 53.

5.1. Prvi u vremenu, jači u pravu

U prvoj hipotezi postoji onoliko obveznopравnih odnosa koliko je vlasnik sklopio valjanih pravnih poslova o otuđenju iste nekretnine različitim osobama, te se njihovi odnosi uređuju po pravilima obveznog prava; u toj hipotezi isključeni su stvarnopravni učinci pravnog posla. Podsjećamo na načelo obveznog prava: što dvojica ugovore - trećega ne obvezuje.⁸³ Dakle, obveznopravni odnos između vlasnika - otudivatelja i osobe A ne tangira obveznopravni odnos koji je vlasnik uspostavio sklapanjem pravnih poslova o otuđenju nekretnine s osobom B, C,... U svakom od ovih slučajeva uspostavlja se autonomni obveznopravni odnos između vlasnika - otudivatelja i stjecatelja o obvezi prijenosa prava vlasništva na istu nekretninu.⁸⁴

Ali pod pretpostavkom da dvije ili više osoba koje se pozivaju na valjani pravni posao o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine, koji su sukcesivno sklopile s istom osobom - vlasnikom nekretnine, podnesu tužbu protiv otudivatelja radi ispunjenja obveze iz pravnog posla predajom nekretnine u samostalni posjed, ili izdavanjem tabularne isprave za uknjižbu prava vlasništva ili radi jednoga i drugoga, držimo da ima jači pravni temelj ona osoba koja je prva sklopila pravni posao (hipoteza: svi su poštenji), ako zakon ne propisuje što drugo.⁸⁵

Prema tradicionalnom pravilu *prior tempore potior iure*⁸⁶ primijenjeno na obvezna prava u slučaju sukoba između dva ili više obveznih prava glede stjecanja prava vlasništva iste nekretnine uknjižbom u zemljišnu knjigu, prednost ima obvezno pravo koje je prije stečeno, odnosno prednost ima ona osoba koja je prva sklopila pravni posao iz kojega to pravo proizlazi. Ovo razumije se pod pretpostavkom da zakon ne određuje što drugo, kao na primjer da prednost ima pravo koje je stečeno naplatno u odnosu na pravo koje je ranije stečeno, ali nenaplatno, ili da prednost

⁸³ Ili što dvojica ugovore, trećega se ne tiče. *Inter alios res gestas aliis non posse praeiudicium facere, saepe constitutum est* (C. J. 7,60,1). Vidi Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., isti, Ugovor, u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada* br. 233 (str. 491., tom III). Tako, npr., ugovor o darovanju nekretnine u suvlasništvu više osoba ne dovodi do gubitka prava suvlasništva onih suvlasnika koji nisu dali suglasnost za ugovor (VSRH, Rev 2551/90 od 10. travnja 1991. i Rev 319/91 od 06. lipnja 1991., IO VSRH, 1993, 71.)

⁸⁴ Postojanje dvaju različitih pravnih poslova između različitih osoba u odnosu na isti predmet stjecanja prava vlasništva samo po sebi ne dovodi do apsolutne ništavosti jednog od takva dva (ili više) pravna posla (VSRH, Rev 1810/90 od 16. siječnja 1991.). Kupac iz prvog ugovora nije ovlašten zahtijevati "poništenje" drugog ugovora o prodaji iste nekretnine drugoj osobi jer ne postoje zakonski uvjeti za poništenje iz čl. 111., 112. i 125. ZOO. (VSRH Rev 92/91 od 23. svibnja 1991.) Vidi: Miletić, "Informacija", op. cit.

⁸⁵ Tako i "Zaključak" usvojen na Savjetovanju sudaca građanskih i građanskoprivrednih odjela Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda održanom 28. i 29. svibnja 1986. godine u Beogradu koji glasi: "Kada su svi kupci savjesni, a nijednom od njih nepokretnost nije predata u državinu niti je ishodio upis prava svojine u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, jači pravni osnov ima raniji kupac" (Vidi obrazloženje u PSP 32/20). "Ko prije steče kakvo pravo, njemu i prvenstvo", kaže Opšti imovinski zakon za Knjaževinu Crnu Goru (čl. 1003.) iz 1888. godine.

⁸⁶ (Sec. C. J. 8,17,3).

ima ono pravo koje je prije dospjelo, bez obzira što potječe iz pravnog posla koji je kasnije sklopljen, ili da sve tražbine dospijevaju istog trenutka ili da su sve dospjele tražbine prijenosa prava vlasništva i predaje u posjed izjednačene, bez obzira što nisu nastale istovremeno, što bi imalo za posljedicu stjecanje prava suvlasništva svih stjecatelja na jednake dijelove itd.

5.2. Jači pravni temelj ima stjecatelj kojemu je prvome predan samostalni posjed, ako ni jedan nije zatražio upis u zemljišne knjige

U drugoj hipotezi jedna ili više osoba ima samostalni, istinit i zakoniti posjed, druge - imaju samo valjane pravne temelje stjecanja, tj. tražbeno pravo prema otuđivatelju nekretnine, jer su s njime u obveznopravnom odnosu koji ga obvezuje da im prenese pravo vlasništva na nekretnini koja je predmet pravnog posla i da im je preda u posjed. Svaka osoba, poštena stjecateljica, ovlaštena je zahtijevati da joj otuđivatelj preda nekretninu u samostalni posjed i prenese pravo vlasništva izdavanjem valjane tabularne isprave. Međutim, otuđivatelj koji je na osnovi valjanog pravnog temelja predao samostalni posjed jednom stjecatelju (ili dvojici, trojici...) ne može tražiti restituciju posjeda, iako predajom posjeda nekretnine nije prenio pravo vlasništva, jer mu posjednik - stjecatelj može istaknuti prigovor da mu je nekretninu predao u samostalni posjed na temelju valjanog pravnog posla (*exceptio rei vendite ac tradite*).⁸⁷ To znači da otuđivatelj ne može ispuniti svoju obvezu predaje samostalnog posjeda drugim stjecateljima ako ga je već valjano predao jednome od njih. Ako drugi stjecatelj samovlasno uđe u posjed, dakle, na neistinit, odnosno, na nepravilan (viciozan) način - imat će neistinit posjed te će po tužbi predmnijevanog vlasnika biti obavezan predati ga onom stjecatelju kome je otuđivatelj predao samostalni posjed (čl. 166. st. 1. ZV).

Prije podnošenja prijedloga sudu za uknjižbu prava vlasništva u najboljem položaju je, prema tome, stjecatelj koji ima samostalni posjed nekretnine, zakonit i istinit, jer on ima pravo na vlasničku zaštitu, tužbom predmnijevanog vlasnika protiv svakoga koji uđe u posjed odnosne nekretnine bez pravnog temelja ili na slabijem pravnom temelju (čl. 166. st. 1. ZV),⁸⁸ pa i protiv osobe koja je prije njega također u dobroj vjeri sklopila valjani pravni posao o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine. Ovo zbog toga što prvi stjecatelj ne može tražiti od drugog ni predaju posjeda koji mu ovaj nije oduzeo, već ima pravo tražiti tabularnu ispravu (prijenos prava vlasništva) od otuđivatelja ili njegova sveopćeg (univerzalnog) pravnog sljednika (sukcesora) po osnovi obveze iz pravnog posla.

U slučaju da je otuđivatelj predao samostalni posjed dvojici, trojici... stjecatelja, jaču pravnu osnovu imat će onaj između njih kojemu je takav posjed prvome predan. No ako je posjed predan očitovanjem volje, ta predaja će imati

⁸⁷ "Kupac kojemu je na temelju valjanog pravnog posla nekretnina predana, iako nije stekao vlasništvo jer nije izvršen upis u zemljišne knjige, može se s uspjehom protiviti zahtjevu vlasnika za povrat prodane stvari" (VSRH Rev, 1060/91 od 26. rujna 1991., IO VSRH, 1993, 10)

⁸⁸ U zaključku Savjetovanja sudaca... iz prethodne bilješke stoji: "... jači je u pravu kupac kome je nepokretnost predana u državinu."

učinak prema potonjim stjecateljima samostalnog posjeda samo ako su “o tome obavješteni, ili im je to inače poznato” (čl. 15. st. 3. ZV).

5.3. Pravo vlasništva stječe osoba koja u dobroj vjeri prva zatraži upis u zemljišnu knjigu

U trećoj hipotezi jedna osoba ima samostalni posjed, a druga je zatražila upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu (čl. 125.), pa je time stekla prvenstvo pred ostalima koji iza nje budu zatražili upis istoga prava (čl. 45. st. 1. ZZK).⁸⁹ Pošto sud dopusti uknjižbu prava vlasništva u korist podnositelja prijedloga, smatrat će se da je on pravo vlasništva stekao u trenutku podnošenja prijedloga za upis (čl. 125. st. 1., čl. 120. st. 3. ZV).⁹⁰ Isti pravni učinak imat će i pravomoćno rješenje kojim zemljišnoknjižni sud utvrđuje da su ispunjene sve zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva na temelju ovjerovljene isprave položene kod suda kada nekretnina nije upisana u zemljišne knjige (čl. 120. st. 4. ZV).

Pored ostalih pretpostavki koje zakon propisuje za stjecanje prava vlasništva uknjižbom u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja pod određenim okolnostima - u određenim granicama - jest i dobra vjera stjecatelja. Dobra se vjera stjecatelja prava vlasništva predmnijeva, ali je ovlaštena osoba može osporiti (oboriva predmnjeva).

Propisujući pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja iste nekretnine različitim osobama, ZV određuje da će pravo vlasništva steći ona osoba “koja je u dobroj vjeri prva zatražila upis u zemljišnu knjigu”, dodajući isto kao i u čl. 117. (pokretnina) “ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke za stjecanje vlasništva” (čl. 125. st. 1.). Među “sve ostale pretpostavke” u ovoj pravnoj ustanovi ne spada i dobra vjera (savjesnost i poštenje) stjecatelja. Ovo zbog toga što je ta pretpostavka u čl. 125. ZV posebno izdvojena od ostalih pretpostavki stjecanja prava vlasništva, za razliku od ustanove iz čl. 117. koji ne izdvaja dobru vjeru kao posebnu pretpostavku za stjecanje prava vlasništva na pokretnoj stvari.

6. Ograničenje načela savjesnosti i poštenja i pretpostavke zahtjeva za brisanje i uknjižbu prava vlasništva

Prema tome, dobra vjera kao pretpostavka za stjecanje prava vlasništva u ustanovi višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine djeluje samo u onim

⁸⁹ Ovo prvenstvo se ne gubi ni u slučaju da sud na temelju kasnijeg zahtjeva (prijedloga) dopusti i provede uknjižbu (VSH, Gž 4514/73 i Gž 1807/76, Žuvela, PIX, str. 600.). U tom slučaju upis je neistinit. Ovo čak i da je prethodno predbilježeno pravo vlasništva ako se predbilježba naknadno opravda (čl. 60. ZZK).

⁹⁰ Prema zaključku Savjetovanja sudaca “Kada su svi kupci savjesni, jači pravni osnov ima kupac koji je ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu...”. Nasuprot tome, u jednoj ranijoj rješidbi VSH navodi se: “samo s pouzdanjem u zemljišne knjige i upisom prava vlasništva u te knjige, kupac nije jači u pravu nasuprot prijašnjem stjecatelju kojemu je nekretnina na temelju valjanog pravnog posla predana u posjed, a pravo vlasništva nije uknjiženo u zemljišnu knjigu” (Rev 315/73, Žuvela, P IX, str. 599).

granicama koje su određene zakonom, a ne u širokim granicama načela savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO). U čl. 125. st. 2. ZV propisano je da brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi može zahtijevati samo osoba kojoj je otudivatelj otuđio nekretninu i predao u samostalni posjed “ako dokaže da stjecateljica nije bila u dobroj vjeri jer je u trenutku kad je sklopila pravni posao s otudivateljem znala da je nekretnina drugom već valjana otuđena i predana u samostalni posjed.”

Osim gornjih ograničenja zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva, postoji još jedno ograničenje, a to je prekluzija zahtjeva za brisanje upisa protekom zakonskog roka.

U nastavku se detaljnije izlažu ograničenja koja determiniraju ovlaštenu osobu i pretpostavke njenog zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi, naročito s obzirom na trenutak saznanja za prethodno otuđenje nekretnine i predaju u samostalni posjed stjecatelju tj. materijalnopravne pretpostavke za pasivnu legitimaciju stjecatelja.

6.1. Ovlaštenik zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva i uknjižbu toga prava u svoju korist

Pravo zahtijevati brisanje upisa prava vlasništva ne pripada svakoj zainteresiranoj osobi, pa ni svakom stjecatelju koji je ranije sklopio valjan pravni posao o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine. Ovo pravo pripada isključivo onoj osobi kojoj je ista nekretnina predana u samostalni posjed na temelju valjanog pravnog posla o stjecanju prava vlasništva. Ovlaštenik zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva, ako dokaže pretpostavke za brisanje toga upisa, ovlašten je zahtijevati i uknjižbu svoga prava vlasništva na istu nekretninu (čl. 125. st. 2.).

S obzirom da Zakon o vlasništvu poznaje više oblika predaje posjeda koji se međusobno ne isključuju: tjelesnom predajom samog objekta posjeda, predajom odgovarajućeg sredstva, čl. 14. st. 1. i predajom očitovanjem, čl. 15., moguća je predaja samostalnog posjeda istovremeno nekolicini stjecatelja, svima na temelju valjanog pravnog posla. Tako se može zamisliti tjelesna predaja posjeda osobi A; predaja posjeda uručenjem sredstva kojim stjecatelj dobiva posjed na stvari, npr. uručenjem ključa kuće, stana ili druge samostalne prostorije osobi B, bez tjelesne predaje nekretnine; predaja posjeda očitovanjem bez predaje nekretnine ili “sredstva” osobi C (npr. *constitutum possessorium* ili *cessio vindicationis*, čl. 15. st. 2. ZV ili *traditio brevi manu*, čl. 15. st. 1.). Sve su te osobe ovlaštene podnijeti zahtjev za brisanje upisa prava vlasništva. Iako se predajom samostalnog posjeda nekretnine ne stječe pravo vlasništva, s obzirom da je ta činjenica pretpostavka za stjecanje zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva, držimo da u sukobu između više ovlaštenika jače pravo ima onaj kojemu je posjed najprije predan na jedan od načina propisanih zakonom. No, ovlaštenik kome je predan posjed očitovanjem, imat će jače pravo prema potonjim stjecateljima kojima je predat posjed nekretnine ili sredstava samo ako su oni bili o tome obaviješteni, ili im je to inače bilo poznato (čl. 15. st. 3. ZV), što se u slučaju osporavanja mora dokazati pred sudom.

6.2. Zahtjev za brisanje upisa prava vlasništva

Zahtjev za brisanje upisa u zemljišnu knjigu (čl. 119. st. 1., 120. i 121. ZV) odnosi se na uknjižbu i predbilježbu (čl. 120. i 121. ZV; čl. 30. i 31. ZZK).

Prema tome, ovlaštena osoba može pod određenim pretpostavkama tražiti kako brisanje uknjižbe, tako i predbilježbe prava vlasništva.

6.3. Zahtjev za uknjižbu prava vlasništva

Pravo tražiti uknjižbu svojega prava vlasništva na prvi pogled još više sužava krug ovlaštenika brisovne tužbe jer sugerira da to ovlaštenje pripada samo onoj osobi koja je stekla sve pretpostavke za uknjižbu prava vlasništva. Taj zahtjev, dakle, pripada onoj osobi koja se može pozvati ne samo na valjan pravni posao o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine, već mora imati i valjanu tabularnu ispravu za uknjižbu svoga prava. Tabularna isprava s clausulom intabulandi, pak, sadrži bezuvjetno očitovanje otudivatelja kojim dopušta brisanje svoga prava vlasništva i upis prava vlasništva ovlaštenika zahtjeva za brisanje (čl. 125. st. 2. ZV, te čl. 30. st. 2., 52.-55. ZZK). Držimo, međutim, da pravo na brisovnu tužbu, pa prema tome i za upis (ne samo uknjižbu već i za predbilježbu) prava vlasništva u svoju korist, ima i osoba koja se pozove na valjan pravni posao o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine, iako nema valjanu ili potpunu tabularnu ispravu. Ovo proizlazi iz pretpostavke zahtjeva za brisanje prava vlasništva one osobe koja nije bila u dobroj vjeri jer je znala, prilikom sklapanja pravnog posla, da je otudivatelj nekretninu "otuđio". Otuđiti u ovom kontekstu ima značenje obveze prijenosa prava vlasništva, a ona proizlazi iz valjanog pravnog posla. Otudivateljeva obveza prijenosa prava vlasništva obuhvaća, pak, obvezu izdavanja tabularne isprave. Otudivatelj, koji je dao potpunu tabularnu ispravu nepoštenom stjecatelju koji je prvi zatražio uknjižbu, najčešće nije dao takvu ispravu osobi s kojom je već sklopio valjan pravni posao, ali to se ne smije isključiti, jer takva mogućnost postoji.

U slučaju da otudivatelj nije izdao valjanu tabularnu ispravu ovlašteniku brisovne tužbe, ovaj će moći kumulirati zahtjev za izdavanje tabularne isprave s tužbenim zahtjevom za brisanje prava vlasništva. Ova pravna mogućnost nesumnjivo proizlazi iz teksta ZV koji glasi: "Brisanje upisa prava vlasništva osobe iz stavka 1. ovog članka i uknjižbu u svoju korist može zahtijevati osoba kojoj je otudivatelj otuđio nekretninu i predao u samostalni posjed." (čl. 125. st. 2.). Oba zahtjeva osnivaju se na pravnom poslu o stjecanju prava vlasništva na nekretninama. Udovoljavanje prvom zahtjevu je pretpostavka za udovoljavanje drugom.

6.4. Pojam zla vjera i trenutak po kome se prosuđuje

Dvije bitne pretpostavke zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva jesu zla vjera stjecatelja i trenutak prema kome se ona prosuđuje.

a) Pojam zla vjera

Stjecatelj je u zloj vjeri (nepošten) ako zna da je "nekretnina drugomu već valjano otuđena i predana u samostalni posjed." (čl. 125. st. 2. ZV). Za zlu vjeru iz

ove ustanove traži se, dakle, da postoje istovremeno (kumulativno) dvije pretpostavke, a to su znanje stjecatelja:

- da je nekretnina drugomu već valjana otuđena i
- da mu je predana u samostalni posjed.

Nije u dobroj vjeri samo onaj stjecatelj kojemu su poznate te dvije činjenice, a ne onaj kojemu su morale biti poznate, traži se pozitivno znanje o tim dvjema činjenicama. Samo takvo znanje je pretpostavka za zlu vjeru, *mala fide*.

Zla vjera se ne može pripisivati stjecatelju koji ne zna da je nekretnina već drugome valjana otuđena i predana u samostalni posjed, iako je to mogao znati da je uložio onu pažnju koja se u takvim okolnostima očekuje od prosječnog čovjeka (gospodarstvenika), jer je zakonska pretpostavka (*conditio iuris*) pozitivno znanje o jednoj i drugoj činjenici. Nije bio u zloj vjeri ni onaj stjecatelj koji je znao za prvu činjenicu (otuđenje), ali nije znao za drugu (predaja u samostalni posjed), iako je mogao znati ili obrnuto - onaj koji je znao za drugu činjenicu, a nije znao za prvu, iako je za nju mogao znati.

b) Trenutak prema kome se prosuđuje dobra vjera

Prema odredbi iz čl. 125. st. 1. ZV, ako se jezički interpretira, izolirano samo za sebe, proizlazio bi zaključak da se dobra vjera stjecatelja traži i u trenutku podnošenja prijedloga sudu za upis prava vlasništva (čl. 95.-105. ZZK), kao i za stjecanje prava vlasništva na temelju povjerenja u zemljišne knjige (čl. 122. st. 1. ZV). Na ovaj zaključak nedvojbeno navodi formulacija “u dobroj vjeri prva zatražila upis...”. Ne može se naime smatrati da je ta osoba bila u dobroj vjeri ako je u trenutku kad je zatražila upis prava vlasništva, znala da je odnosna nekretnina već drugome valjana otuđena i predana u samostalni posjed, iako to nije znala u trenutku sklapanja pravnog posla.

Međutim, u st. 2. čl. 125. je odsutnost dobre vjere ograničena samo na trenutak sklapanja pravnog posla. Ovlaštenik može zahtijevati brisanje upisa prava vlasništva i uknjižbu u svoju korist “ako dokaže da stjecateljica nije postupila u dobroj vjeri jer je u trenutku kad je sklopila pravni posao s otuđivateljem znala da je nekretnina drugomu već valjana otuđena i predana u samostalni posjed.” (čl. 125. ZV).

Zakonske pretpostavke zahtjeva za brisanje i uknjižbu prava vlasništva, dakle, ne postoje ni onda ako je stjecatelj prava vlasništva u trenutku podnošenja prijedloga za uknjižbu toga prava vlasništva znao i da je nekretnina valjana otuđena drugome i da mu je predana u samostalni posjed, ako je makar za jedno doznao tek nakon sklapanja pravnog posla. Ove pretpostavke ne postoje iako je stjecatelj prava vlasništva i u trenutku sklapanja pravnog posla mogao znati, ali nije dokazano da je znao za navedene dvije činjenice, kao ni u slučaju kad je pozitivno znao za samo jednu od njih, a za drugu saznao nakon sklapanja pravnog posla. Zakon izričito propisuje da se mora dokazati dvoje, a to je: da je stjecatelj znao, a ne mogao znati i za jednu i za drugu činjenicu u trenutku sklapanja pravnog posla. U praksi će biti teško dokazati da je stjecatelj, u trenutku sklapanja pravnog posla, znao kako se vlasnik obvezao da će istu nekretninu drugome prenijeti u vlasništvo. U konkretnim okolnostima može biti vrlo teško dokazati znanje stjecatelja u trenutku sklapanja

pravnog posla, tj. da je znao kako je nekretnina predana u samostalni posjed ovlaštenika zahtjeva za brisanje upisa provedenog na temelju valjanog pravnog posla, jer stjecatelj može osporavati jedno i drugo: i da nije znao da je predaja posjeda izvršena i da nije znao za pravni posao.

Ukoliko ovlaštenik brisovne tužbe dokaže da je stjecatelj u trenutku sklapanja pravnog posla znao da se otuđivatelj obvezao njemu prenijeti pravo vlasništva na istu nekretninu, stjecatelj može prigovoriti kako je bio u opravdanom uvjerenju npr. da je prethodni stjecatelj odustao od zahtjeva za ispunjenje svojega prava. Čak i tjelesna predaja samostalnog posjeda nekretnine često je nevidljiva, osobito ako je riječ o nekretnini na kojoj se ne manifestira kontinuirani vidljivi posjed, kao npr. na šumi i šumskom zemljištu, na pašnjaku koji se ne koristi za ispašu, na neizgrađenom građevinskom zemljištu, na poljoprivrednom zemljištu koje se ne obrađuje, na napuštenoj zgradi ili ruševnoj građevini itd.

Ukoliko ovlaštena osoba ne dokaže da je stjecatelj doista znao u vrijeme sklapanja pravnog posla da mu je nekretnina predana u samostalni posjed, na temelju valjanog pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva, tužbeni zahtjev biti će odbijen.

6.5. Teret dokazivanja pravno relevantnih činjenica

Na ovlašteniku zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva i uknjižbu toga prava u svoju korist teret je dokazivanja da je stjecatelj prava vlasništva znao da je ista nekretnina njemu otuđena i predana u samostalni posjed. Zakon je izričit: "... ako dokaže..."

Obrnuto, teret dokazivanja pada na stjecatelja ako tvrdi da je u trenutku sklapanja pravnog posla bio u opravdanoj zabludi da je pravni posao temeljem kojega je izvršena predaja samostalnog posjeda bio nevaljan: ništav ili poništen zbog poboynosti, ili raskinut, ili da je iz konkretnih okolnosti osnovano zaključio da je prethodni stjecatelj odustao od svog zahtjeva za prijenos prava vlasništva ili da je njegovo potraživanje prijenosa prava vlasništva zastarjelo itd.

6.6. Prekluzija zahtjeva za brisanje upisa i uknjižbu prava vlasništva

Zahtjev za brisanje upisa prava vlasništva "može se postaviti u roku od tri godine od upisa čije se brisanje zahtijeva" (čl. 125. st. 2. ZV). Vrijeme od tri godine u kome se može postaviti zahtjev za brisanje prava vlasništva, dakle, ne teče od trenutka kad je bio zatražen upis prava vlasništva, kako je propisano za isticanje zahtjeva za brisanje protiv poštenog stjecatelja koji stječe pravo vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige (čl. 123. st. 2. ZV). Kako između podnošenja prijedloga za upis prava vlasništva (čl. 95.-105. ZZK) do upisa, tj. do predbilježbe ili uknjižbe može proteći i nekoliko godina, vrijeme u kome se može zahtijevati brisanje upisa u slučaju višestrukog otuđenja nekretnine može biti i znatno duže nego vrijeme u kome se može tražiti brisanje upisa po odredbi iz čl. 123. st. 2. ZV protiv osobe koja je s povjerenjem u zemljišne knjige stekla pravo vlasništva.

6.7. Priroda zahtjeva za brisanje i uknjižbu prava vlasništva

Pravo na tužbu za brisanje prava vlasništva koja pripada osobi "kojoj je otuđivatelj otuđio nekretninu i predao (joj) u samostalni posjed", protiv osobe koja

je u trenutku sklapanja pravnog posla s istim "otuđivateljem znala da je nekretnina već drugomu valjana otuđena i predana u samostalan posjed" (čl. 125. st. 2. ZV), proizlazi iz stvarnopravnog odnosa između dvije osobe koje su sukcesivno sklopile pravne poslove o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine: prva ima samostalni, zakonit i istinit posjed - druga je stekla pravo vlasništva upisom u zemljišnu knjigu pod uvjetom da ga ne izgubi kao nepošteni stjecatelj brisanjem toga upisa. Prva je, dakle, samostalni, zakonit i istinit posjednik, to jest predmnijevani vlasnik, pa ima pravo na vlasničku zaštitu protiv svakoga koji "nema pravni temelj posjedovanja" ili ima slabiji temelj "time što mu je posjed nepošten ili nezakonit" (čl. 166. st. 1. ZV). U slučaju da je druga osoba (tužena), koja je uknjižena kao vlasnik, znala da je prvom nekretnina otuđena i predana u samostalni posjed, ona ima slabiji pravni temelj prema stjecateljici samostalnog posjeda jer je ishodila upis u zloj vjeri. Prema tome, tužba za brisanje prava vlasništva iz čl. 125. st. 2. ZV samo je naličje tužbe predmnijevanog vlasnika.

Pretpostavke brisovne tužbe iz ustanove višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine (čl. 125. ZV), dakle, bitno se razlikuju od klasične brisovne tužbe koja pripada nositelju knjižnog prava povrijeđenog neistinitim upisom (čl. 123. st. 2. ZV i čl. 129. ZZK).

7. Odnos ustanove višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine prema načelu savjesnosti i poštenja

Podsjećamo, ZV propisuje da će između više osoba koje su sklopile "pravne poslove radi stjecanja vlasništva iste nekretnine, vlasništvo steći ona koja je u dobroj vjeri prva zatražila upis u zemljišnu knjigu, ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke za stjecanje vlasništva" (čl. 125. st. 1.). Po ZV brisanje i uknjižbu prava vlasništva protiv osobe koja je u zloj vjeri (*mala fide*), dakle, nesavjesno ishodila uknjižbu prava vlasništva u zemljišnoj knjizi, "može zahtijevati" samo onaj stjecatelj kome je otuđivatelj predao nekretninu "u samostalni posjed". S druge strane, zahtjev za brisanje prava vlasništva, i uknjižbu u svoju korist, može ovlaštena osoba podnijeti samo protiv one osobe koja "nije postupila u dobroj vjeri jer je u trenutku kad je sklopila pravni posao s otuđivateljem znala da je nekretnina drugome već valjana otuđena i predana u samostalni posjed." (čl. 125. st. 2. ZV). Dakle, dobra vjera traži se samo u trenutku sklapanja pravnog posla, a ne i u trenutku podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva.

Prema tome, zahtjev za brisanje prava vlasništva i uknjižbu u svoju korist pripada samo stjecatelju kome je otuđivatelj na temelju valjanog pravnog posla predao samostalni posjed iste nekretnine, i to samo protiv osobe koja je u trenutku sklapanja pravnog posla znala (ne mogla znati) da je ista nekretnina "drugome već valjana otuđena i predana u samostalni posjed."

Budući da zakon ne traži da je takav stjecatelj (samostalni posjednik) sklopio pravni posao i ušao u samostalni posjed u dobroj vjeri, proizlazi da zahtjev za brisanje i uknjižbu prava vlasništva ima i nepošteni stjecatelj: onaj koji je u trenutku sklapanja pravnog posla ili preuzimanja samostalnog posjeda znao da je ista nekretnina ranije otuđena nekoj trećoj osobi; dovoljno je da ima zakonit, istinit i samostalni posjed. Nasuprot tome, zahtjev za brisanje i uknjižbu prava vlasništva ne

pripada ni savjesnom stjecatelju koji nema samostalni posjed ili mu je posjed nezakonit ili neistinit, tj. pribavljen na viciozan način (*vi, clam, precario modo*).

S druge strane brisanje i uknjižba prava vlasništva ne može se uspješno tražiti protiv osobe koja je u trenutku kad je sklopila pravni posao s otudivateljem, znala da je nekretnina valjano otuđena, ako nije znala da je predana u samostalni posjed upravo osobi koja traži brisanje upisa prava vlasništva.

Primjena dobre vjere u ustanovi iz čl. 125. ZV mnogo je uža od načela savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO). Otudivatelj i osoba B nisu postupali u skladu s načelom savjesnosti i poštenja sklapajući pravni posao o stjecanju prava vlasništva nekretnine koju je otudivatelj već otuđio osobi A, a to je osoba B znala u trenutku sklapanja pravnog posla. Pretpostavimo, dakle, da je otudivatelj sklopio pravni posao o otuđenju određene nekretnine najprije s osobom A, a zatim s osobom B, kojoj je istu nekretninu predao u samostalni posjed, a poslije toga i s osobom C koja je prva zatražila upis prava vlasništva u zemljišne knjige. Osoba B je znala u trenutku sklapanja pravnog posla da je ta nekretnina već otuđena osobi A, a osoba C je znala da je ista nekretnina najprije otuđena osobi A, pa zatim i osobi B i da je toj osobi predana u samostalni posjed. Sklopljena su, dakle, sukcesivno tri pravna posla iz kojih, inače, proizlazi obveza prijenosa prava vlasništva i prava tražiti ispunjenje te obveze, ali su dva u sukobu s načelom savjesnosti i poštenja (prisilni propis i moralno pravilo), pa bi ta dva pravna posla trebala biti ništava "ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo" (čl. 103. st. 1. ZOO).

Međutim, po ZV osoba A, iako savjesna, ne može tražiti ni da sud utvrdi ništavost pravnog posla koji je s otudivateljem zaključila osoba koja je uvedena u samostalni posjed nekretnine, niti brisanje upisa prava vlasništva koji je isposlovala osoba C i uknjižbu toga prava u svoju korist. Potestativno pravo tražiti brisanje prava vlasništva i uknjižbu toga prava u svoju korist pripada samo osobi B ako dokaže da je osoba C znala u trenutku sklapanja pravnog posla da je ista nekretnina otuđena i predana u posjed upravo njoj (osobi B). Na taj način ZV bitno ograničava primjenu načela savjesnosti i poštenja. Bez toga ograničenja bio bi ništav i pravni posao osobe B, koji je sklopljen protivno načelu savjesnosti i poštenja (gornja hipoteza), jer je suprotan ne samo prisilnom propisu, nego i moralnom pravilu (čl. 103. st. 1. ZOO), uz ograničenje da povreda toga načela "ne upućuje na neku drugu sankciju". Prema tom načelu svaka zainteresirana osoba može se pozvati na ništavost pravnog posla (čl. 109. st. 1. ZOO), a u krug zainteresiranih osoba svakako spada osoba kojoj je prethodno otuđena nekretnina valjanim pravnim poslom. Prema tome, osoba A u gornjoj hipotezi mogla bi se pozvati na načelo savjesnosti i poštenja (čl. 12.) i sankciju ništavosti ugovora (čl. 103. st. 1), odnosno pravnog posla (čl. 25. st. 3. ZOO), zahtijevajući utvrđenje ništavosti ugovora, odnosno pravnog posla sklopljenog između otudivatelja i osobe B, odnosno tražiti da nadležni sud donese presudu o utvrđenju ništavosti toga pravnog posla (čl. 1. i 187. Zakona o parničnom postupku). Takav zahtjev osoba A, u prednjoj hipotezi, imala bi i protiv osobe C, međutim ZV isključuje sankciju ništavosti pravnog posla. Sankcija protiv nesavjesnog stjecatelja je brisanje upisa prava vlasništva po zahtjevu koji pripada samo osobi B, kojoj je otudivatelj predao samostalni posjed odnosno nekretnine (čl. 125. st. 2. ZV). Ova sankcija brisanja upisa

prava vlasništva pogodit će osobu C ako osoba B dokaže da je osoba C prilikom sklapanja pravnog posla znala da se otuđivatelj upravo njoj (osobi B) obvezao prenijeti pravo vlasništva i da joj je po tom osnovu prenio samostalni posjed.

Osoba B koju je otuđivatelj uveo u samostalni posjed ne može uspješno tražiti brisanje i uknjižbu prava vlasništva, iako dokaže da je osoba C znala prilikom sklapanja pravnog posla da je ista nekretnina valjanim pravnim poslom njoj otuđena, ako ne dokaže da je znala da upravo njoj je predana u samostalni posjed.

Napokon, zahtjev za brisanje i uknjižbu prava vlasništva savjesnog stjecatelja koji ima istinit, zakonit i samostalni posjed nekretnine prekludiran je objektivnim rokom od tri godine od upisa prava vlasništva nesavjesnog stjecatelja (čl. 125. st. 2. rečenica zadnja), nasuprot zahtjevu za utvrđenje ništavosti pravnog posla koji nije vremenski ograničen (čl. 110. ZOO).

Dakle, ni takav savjesni stjecatelj koji ima samostalni posjed, zakonit i istinit, ne može zahtijevati brisanje prava vlasništva i uknjižbu u svoju korist ni protiv osobe koja je u trenutku sklapanja pravnog posla o stjecanju prava vlasništva znala da je ista nekretnina otuđena i njoj predana u samostalni posjed, ako ne podnese brisovnu tužbu u roku od tri godine od upisa prava vlasništva nesavjesnog stjecatelja.

Načelo savjesnosti i poštenja u suglasnosti je s pravičnošću, ali pravičnost nije jedina vrijednost koju štiti pravo; druga je - pravna sigurnost. Primjena načela savjesnosti i poštenja kao pretpostavke za stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja, bez ograničenja, ugrozila bi pravnu sigurnost u pravnom prometu. Brinući upravo o pravnoj sigurnosti, ZV je bitno suzio pretpostavke zahtjeva za brisanje upisa nesavjesno stečenog prava vlasništva i vremenski ograničio podnošenje brisovne tužbe. Bez ovih ograničenja bilo bi u praksi značajno suženo djelovanje načela povjerenja u istinitost zemljišne knjige koje jamči sigurnost svakom daljnjem poštenom stjecatelju prava vlasništva (i drugih stvarnih prava) da je nositelj prava vlasništva koje stječe pravnim poslom ona osoba na koju ukazuje zemljišna knjiga. Da li je zakon našao pravo rješenje u sukobu između načela savjesnosti i poštenja i načela povjerenja u istinitost upisa u zemljišnu knjigu, gledano šire, između načela pravičnosti i pravne sigurnosti, pokazat će sudska praksa i pravna znanost na temelju duže primjene zakona.

D. Primjena pravila obveznog prava

Pod pretpostavkom da osobe koje su sklopile valjane pravne poslove o stjecanju prava vlasništva, a nisu ga stekle zato što je to pravo otuđivatelj prenio trećem, nastupaju različite pravne posljedice, ovisno od toga jesu li te osobe ispunile svoje obveze u cijelosti ili djelomično, i jesu li zbog neispunjenja obveze otuđivatelja time pretrpjele štetu te je li stjecatelj prava vlasništva bio savjestan ili nesavjestan.

1. Obveznopravni odnos između otuđivatelja i stjecatelja iz pravnog posla

ZV propisuje da odnose otuđivatelja s osobama s kojima je sklopio pravni posao o otuđenju, ali one nisu stekle vlasništvo bilo pokretne ili nekretnine,

“uređuju obveznopravna pravila” (čl. 117. st. 1. i čl. 125. st. 3. ZV). Po pravilima obveznog prava te su osobe ovlaštene tražiti raskid ugovora zbog neispunjenja ugovorne obveze (čl. 124. ZOO) i prije isteka roka za ispunjenje jer je izvjesno da otuđivatelj, koji je valjano prenio pravo vlasništva na nekretninu ili pokretnu nezamjenjivu stvar stjecatelju, ne može to pravo prenijeti ostalim ugovarateljima (čl. 128. ZOO).

Raskidom ugovora obje se strane oslobađaju svojih obveza, a ona strana koja je nešto dala ili platila ispunjavajući svoju obvezu iz ugovora ima pravo tražiti da joj otuđivatelj vrati ono što mu je dala ili platila na temelju raskinutog ugovora i da joj vrati ili naknadi koristi koje je od toga imao (čl. 132. st. 1., 2. i 4. ZOO). Otuđivatelj koji povodom raskida ugovora duguje drugoj strani novac dužan je uz glavnicu platiti zatezne kamate od dana kada je isplatu primio (čl. 132. st. 5. ZOO), odnosno od dana dospelosti obveze naknade za koristi i obveze novčane naknade umjesto vraćanja primljenog (čl. 277. ZOO).⁹¹

U hipotezi koju razmatramo držimo da osoba koja traži raskid ugovora zbog neispunjenja ima pravo tražiti i naknadu štete koju je pretrpjela neispunjenjem obveze iz ugovora ako dokaže da šteta postoji (čl. 262. st. 2. ZOO).⁹²

2. Deliktna odgovornost stjecatelja

Osoba koja je pretrpjela štetu time što nije stekla pravo vlasništva nekretnine ili nezamjenjive pokretne stvari (izmaklu korist, čl. 155. ZOO), pod određenim pretpostavkama može tražiti naknadu štete i od nesavjesnog stjecatelja, koju je prouzrokovao svojim skrivljenim postupanjem (čl. 154. st. 1. ZOO).

Stjecatelj je postupao nesavjesno ako je u trenutku sklapanja pravnog posla ili u trenutku prijenosa prava vlasništva, ostvarivanjem prava iz valjanog pravnog posla, znao da se otuđivatelj prije drugome obvezao prenijeti pravo vlasništva na istu stvar i da njegova obveza nije prestala. Time je stjecatelj povrijedio načelo savjesnosti i poštenja kojega se sudionici obveznih odnosa moraju pridržavati, kako pri zasnivanju tih odnosa tako i pri ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa (čl. 12. ZOO) te odgovara za štetu (čl. 154. st. 1. ZOO).

⁹¹ M. Vedriš - P. Klarić, op. cit., str. 462-463; Perović, Obligaciono pravo, str. 492-519; Lj. Milošević, u B. T. Blagojević - V. Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, “Savremena administracija”, Beograd, 1980., uz čl. 124., 128., 132., ZOO (tom I); M. Mijačić-Cvetanović, Raskidanje ugovora zbog neispunjenja, Zbornik PF Niš, XXIII/83., str. 131.-142.; VSBiH, Rev 190/85 od 16. 5. 1983., Bilten VSBiH, 3/85, str. 25; VSBiH, Rev 52/83 od 23. 6. 1983., Bilten VSBiH, 2/83, str. 13.; VSBiH, Rev 165/80 od 24. 4. 1980., Bilten VSBiH, 2/80., str. 15.

⁹² Ž. Đorđević, u S. Perović - D. Stojanović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Kragujevac - Gornji Milanovac, str. 754-760 (tom I); S. Cigoj, Pogodbena odškodovinska obveznost, Zbornik PF Ljubljana, XLIII/83, str. 58-69; M. Draškić: Granice odgovornosti dužnika za štetu pričinjenu povredom ugovornih obveza, Anali PF Beograd, 3-4/85. Vidi: Pregled sudske prakse in literature, Obligacijska razmerja Vrhovnega sodišča SR Slovenije, CGP Delo, TODZ Gospodarski vestnik Ljubljana, 1987., str. 226-229; J. Crnić, Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom, “Organizator”, Zagreb, 1997., uz čl. 124., 128., 132. i 262.

Zaključak

Kada dvije ili više osoba istovremeno traže prijenos prava vlasništva na istu pokretnu stvar, svaka na temelju svog valjanog pravnog posla, u skladu s općim načelom građanskog prava, jače pravo ima ona koja je prva sklopila pravni posao (*prior tempore, potior iure*).

Pravilo prema kome u slučaju višestrukog ugovaranja otuđenja iste pokretne stvari pravo vlasništva stječe ona osoba kojoj je stvar prije predana "ako su ispunjene i sve druge pretpostavke za stjecanje vlasništva" (čl. 117. st. 1. ZV), u skladu s načelom savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO) i s dosadašnjom sudskom praksom, treba shvatiti tako da osoba koja je sklopila valjan pravni posao o stjecanju prava vlasništva na nezamjenjivoj pokretnoj stvari ima jače pravo u odnosu na stjecatelja prava vlasništva ako dokaže da je ovaj prilikom stjecanja samostalnog posjeda te stvari znao da je ona otuđena osobi koja ističe svoje jače pravo.

Prethodni stjecatelj ne može isticati svoje jače pravo protiv nesavjesnog stjecatelja ako je njegovo pravo iz pravnog posla zastarjelo; ovaj zahtjev ne može isticati ni protiv potonjeg savjesnog stjecatelja prava vlasništva.

Između više osoba koje se pozivaju na valjane pravne poslove o stjecanju prava vlasništva iste nekretnine - to pravo stječe ona koja u dobroj vjeri prva zatraži upis u zemljišnu knjigu "ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke za stjecanje vlasništva" (čl. 125. st. 1.).

Samo ona kojoj je otuđivatelj predao samostalni posjed može zahtijevati, u roku od tri godine od upisa prava vlasništva, da se taj upis briše, i to ako "dokaže da stjecateljica nije postupila u dobroj vjeri jer je u trenutku kad je sklopila pravni posao s otuđivateljem znala da je nekretnina drugomu već valjano otuđena i predana u samostalni posjed" (čl. 125. st. 2.).

U svim drugim hipotezama i nesavjesni stjecatelj stječe pravo prvenstva podnošenjem prijedloga za upis prava vlasništva uknjižbom u zemljišnu knjigu.

Praksa će pokazati da li je ZV na adekvatan način ograničio načelo savjesnosti i poštenja, koje se široko primjenjivalo u dosadašnjoj sudskoj praksi, u korist načela istinitosti upisa u zemljišnoj knjizi, odnosno pravne sigurnosti, u okolnostima stalnog povećanja prometa nekretnina i njihove široke uporabe za osiguranje potraživanja (hipoteka, fiducijarno vlasništvo).

Osobe koje su sklopile valjane pravne poslove, a nisu stekle pravo vlasništva, ovlaštene su tražiti raskid pravnog posla i prije isteka roka, restituciju i naknadu štete. Zahtjev za naknadu štete mogu isticati i prema nesavjesnom stjecatelju prava vlasništva.

Summary

MULTICONTRACTING OF PURCHASE

Under Croatian law, the ownership is acquired by cumulative presence of legal transaction (*iustus titulus*) and required form of acquisition (*modus acquirendi*) - transfer of possession (personal property) or entry into real estate registry as a

constituting act (real estate). Therefore, it is possible for the owner to bind himself to transfer ownership of the same thing to more than one person.

According to the AGBG, in these cases the ownership is acquired by the first person to whom personal property has been transferred (§430), or that has first sought legal registration of real estate (§440). The first rule was accepted by the former Law on Ownership (art. 35) from 1980., as well as by the new Law on Ownership (art. 217). The second rule was not included in the "old" Law, but it is modified in the "new" Law allowing the possessor of the real estate to request removal from the register the entry of ownership made by the person who, at the time of purchase, knew that the same real estate has already been purchased and transferred to another person.

Commentators of the AGBG expressed different opinions on the influence of *bona fidae*: according to some, good faith is the requirement for acquiring of ownership, while others claim that lack of good faith presents the ground for damages (similarly the contemporary commentators: Klang and Rummel). Case-law held the purchasers without possession but who were in good faith stronger in rights than those who were in possession but also in bad faith.

In author's view, the right of *bona fidae* purchaser of personal property is stronger than the right of *mala fidae* purchaser who received the possession of the object. However, the request for determining this fact is precluded in case the opposite side invokes objection of statutory limitation or if, in the meantime, the ownership is acquired by third person in good faith.

The extreme legislative limitation to the principle of good faith and trustworthiness creates serious dilemmas. Case-law and legal scholars will in time judge whether the relationship between the principle of good faith and trustworthiness, and the principle of trust in the real estate registry; between fairness and legal certainty has been adequately solved.

The relationship among vendor and purchasers with whom vendor has contracted but did not transfer ownership is regulated by the Law on Obligations; the damages can also be claimed from the purchaser in bad faith.

Key words: *multicontracting of purchase, purchaser, good faith, stronger right, removal from the registry of real estate, obligation.*

Zusammenfassung

MEHRSEITIGE VEREINBARUNG DER VERÄUSSERUNG

Im kroatischen Recht wird das Recht auf Eigentum auf Grund eines Rechtsgeschäfts erworben, dessen Ziel der Erwerb des Eigentums ist (*iustus titulus*), wenn eine zweite, durch das Gesetz vorgeschriebene Voraussetzung erfüllt wird (*modus acquirendi*): die Übergabe des Besitzes von unbeweglichen Sachen wie sie durch das Gesetz vorgeschrieben ist bzw. die Eintragung des Eigentumsrechts ins

Grundbuch mit konstitutiver Wirkung.

Deshalb ist es möglich, dass sich der Besitzer sukzessiv verpflichtet erst der einen, dann der zweiten und dritten Person usw. das Eigentumrecht für dieselbe Sache zu übertragen.

Nach OGZ(AGBG) erhält im Falle mehrseitiger Vereinbarung der Veräußerung diejenige Person das Recht auf Eigentum von beweglichen Sachen, der diese Sache in ihren Besitz übergeben wurde (§430) und von unbeweglichen - diejenige, die zuerst eine Grundbucheintragung verlangt hat (§440). Die erste Regelung hat das ZOVO (Art. 35) 1980 angenommen und das heutige ZV (Art. 217); die zweite Regelung hat das ZOVO ausgelassen und das ZV modifiziert, indem dem Erwerber, der einen selbständigen Besitz von unbeweglichen Sachen hat, die Befugnis erteilt wird, die Löschung der Eintragung des Eigentumrechts des Erwerbers zu beantragen, der im Augenblick der Abschließung des Rechtsgeschäfts wusste, dass dieselbe bewegliche Sache veräußert und einer anderen Person zum Besitz übergeben wurde.

Die Kommentatoren des OGZ (AGBG) haben der Abwesenheit des guten Willens (*bona fide*) unterschiedliche Bedeutung zugemessen: nach Meinung der einen ist der gute Wille die Voraussetzung zum Erwerb des Eigentumrechts, die anderen meinen, der schlechte Glaube ist die Voraussetzung für Haftung für Schaden (so die zeitgenössischen Kommentatoren Klang und Rummel).

Die Gerichtspraxis hat die Auffassung vertreten, der gewissenhafte (bewußte) Erwerber, dem der Besitz nicht übergeben wurde, ist mehr im Recht als der nicht gewissenhafte (unbewußte) Erwerber, dem der Besitz übergeben wurde und der die Eintragung seines Eigentumrechts erwirkt hat.

Nach Meinung des Autors ist der gewissenhafte Erwerber beweglicher Sachen mehr im Recht als der unbewußte, dem der Veräußerer den eigenständigen Besitz übergeben hat, doch ist der Antrag auf Bestätigung dieser Tatsache ausgeschlossen, wenn sich die Gegenseite auf den Ablauf der Frist beruft, in der er die Übertragung seines Eigentumrechts beantragen konnte, oder wenn zuvor das Recht auf Eigentum der Sache von einer anderen bewußten Person erworben wurde.

Die drastische gesetzmäßige Begrenzung des Prinzips der Bewußtheit und Ehrlichkeit ruft ernsthafte Zweifel hervor. Judikatur und Rechtswissenschaft werden im Laufe der Zeit darüber urteilen, ob dadurch ein adäquates Verhältnis zwischen den Prinzipien der Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit und den Prinzipien des Vertrauens in die Wahrhaftigkeit der Grundbucheintragung hergestellt wurde d.h. zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Die Beziehungen des Veräußerers zu den Personen mit denen er Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, die aber kein Eigentum erworben haben, regulieren die Regeln des Schuldrechts; auch der nicht gewissenhafte Erwerber ist verpflichtet den Schaden zu ersetzen.

Schlüsselwörter: *mehrfache Vereinbarung der Veräußerung, Erwerber, guter Wille, stärkeres Recht, Löschung der Eintragung, Obligation.*

Sommaro

CONTRATTAZIONE MULTIPLA DELL'ALIENAZIONE

Nel diritto croato il diritto di proprietà si acquisisce con la presenza cumulativa dell'accordo legale (*iustus titulus*) e della forma richiesta dell'acquisizione (*modus acquirendi*): il trasferimento del possesso (bene mobile) o l'iscrizione nel registro immobiliare come atto costitutivo (bene immobile). Quindi è possibile per il proprietario obbligarsi a trasferire il diritto di proprietà della stessa cosa a più di una persona.

Secondo il Codice civile generale del 1812 in questi casi il diritto di proprietà è acquisito dalla prima persona alla quale la proprietà personale è stata trasferita (§ 430) o che per prima ha richiesto la registrazione legale del bene immobile (§ 440). La prima regola è stata accolta dalla precedente Legge sui rapporti legali della proprietà di base del 1980 (art. 35), così come dalla nuova Legge sulla proprietà e gli altri diritti reali (art. 217); la seconda regola non è stata inclusa nella precedente Legge, ma è stata modificata nella nuova Legge permettendo al possessore di bene immobile di chiedere la cancellazione dal registro dell'iscrizione di proprietà fatta da persona che, al tempo dell'acquisizione, conosceva che lo stesso bene immobile era già stato venduto e trasferito ad altra persona.

I commentatori del Codice civile generale hanno espresso opinioni differenti sull'influenza della buona fede (*bona fidae*): secondo alcuni la buona fede è il requisito per acquisire il diritto di proprietà, mentre altri rivendicano che la mancanza di buona fede rappresenta motivo per il risarcimento dei danni.

La giurisprudenza ha giudicato gli acquirenti senza possesso ma in buona fede prevalenti in diritto su coloro che erano nel possesso ma anche in mala fede (*mala fidae*).

Dal punto di vista dell'Autore il diritto dell'acquirente in buona fede di proprietà mobiliare è prevalente sul diritto dell'acquirente in mala fede che riceva il possesso dell'oggetto. Tuttavia la domanda per determinare questo fatto è preclusa nel caso l'altra parte sollevi l'obiezione della prescrizione legale o se, nello stesso tempo, il diritto di proprietà è acquisito da terza persona in buona fede.

L'estrema limitazione legislativa al principio di buona fede e attendibilità crea seri problemi. La giurisprudenza e la dottrina valuteranno nel tempo se la relazione tra il principio di buona fede e attendibilità e il principio di fiducia nel registro immobiliare, tra equità e certezza legale sia stata adeguatamente risolta.

La relazione tra alienante e acquirenti con i quali l'alienante ha contrattato ma non trasferito il diritto di proprietà è regolata dalla Legge sulle obbligazioni; il risarcimento dei danni può essere richiesto anche all'acquirente in mala fede del diritto di proprietà.

Parole chiave: proprietà, acquirente, buona fede, diritto prevalente, registrazione, cancellazione dell'iscrizione, obbligazione.

STVARI U VLASNIŠTVU DRŽAVE I DRUGIH OSOBA JAVNOG PRAVA (JAVNO VLASNIŠTVO)

Dr. sc. Tatjana Josipović, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.23
Ur.: 6. veljače 2001.
Pr.: 8. ožujka 2001.
Izvorni znanstveni članak

Na stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava primjenjuju se ista pravila kao i za stvari u vlasništvu fizičkih osoba i pravnih osoba privatnog prava, osim ako posebnim zakonom nije što drugo određeno. Republika Hrvatska i druge osobe javnog prava imaju kao vlasnici jednak položaj kao i privatni vlasnici. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV) određeno je tko raspolaže, upravlja, koristi se i određuje namjenu stvarima u javnom vlasništvu (čl. 35.). S obzirom na svoju namjenu stvari u javnom vlasništvu dijele se na javna dobra u općoj uporabi, javna dobra u javnoj uporabi i stvari koje nisu namijenjene ni za opću ni za javnu uporabu. Njihovu namjenu određuje zakon ili državno tijelo koje je za to nadležno na temelju zakona. Odredbe ZV o stvarima u javnom vlasništvu, kao i sve druge odredbe ZV o stvarima, stjecanju, zaštiti i prestanku vlasništva primjenjuju se samo ako posebnim propisom nije što drugo određeno. U hrvatskom pozitivnom pravnom poretku postoji, međutim, niz propisa koji uređuju posebne pravne režime za pojedine stvari u javnom vlasništvu kao što su poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište, rudno blago, državna lovišta i dr. Posebni propisi vrlo detaljno uređuju tko je ovlašten koristiti, upravljati i raspolagati pojedinim stvarima u javnom vlasništvu, pa je primjena pravila općeg stvarnopravnog režima za stvari u javnom vlasništvu gotovo svedena na iznimku.

Ključne riječi: javno vlasništvo, javna dobra u općoj uporabi, javna dobra u javnoj uporabi, financijska imovina.

1. Uvod

Nositelj prava vlasništva može biti svaka fizička i pravna osoba (čl. 1./1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, ZV¹). Svaka fizička osoba kao i svaki drugi entitet kojem pravni poredak priznaje pravnu osobnost (pravna osoba)

¹ NN, 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00.

moгу biti nositelji vlasništva na bilo kojoj stvari na kojoj može postojati pravo vlasništva.² Nositelji prava vlasništva mogu biti i javnopravne osobe, tj. pravne osobe javnog prava - država (Republika Hrvatska) i druge pravne osobe javnog prava (jedinice lokalne samouprave, jedinice lokalne uprave i samouprave³ i dr.). One su kao nositelji prava vlasništva izjednačene s ostalim vlasnicima i u pravnim odnosima imaju jednak položaj kao i svi drugi vlasnici, osim ako zakonom nije što drugo određeno (čl. 35./1. ZV). Vlasništvo pravnih osoba javnog prava naziva se često i javno vlasništvo. Javno vlasništvo nije, međutim, neki drugi oblik vlasništva različit od vlasništva koje imaju fizičke osobe i pravne osobe privatnog prava (dionička društva, društva s ograničenom odgovornošću, zaklade i sl). Javno se vlasništvo po svom predmetu i sadržaju ne razlikuje od vlasništva privatnopravnih subjekata. Sve stvari koje mogu biti objektom vlasništva mogu biti i u vlasništvu pravnih osoba javnog prava. Javnopravne osobe kao vlasnici imaju ista prava na stvari u svom vlasništvu kao i ostali vlasnici (čl. 30. ZV). Za njih vrijede pravila o općim i posebnim ograničenjima vlasništva (čl. 31.-33. ZV), pravila o socijalnoj vezanosti vlasništva i dr. Za hrvatski pravni poredak vrijedi pravilo da su i stvari koje pripadaju javnopravnim subjektima podvrgnute jednakom stvarnopravnom uređenju kao i sve druge stvari. Pravni se položaj javnopravnih vlasnika od privatnih razlikuje samo ako je to posebnim zakonom izričito određeno.⁴ Razlike u njihovom pravnom položaju glede stvari čiji su vlasnici, determinirane su, ponajprije, funkcijama javnopravnih osoba u ostvarivanju javnih ovlasti. U ostvarivanju svojih javnih ovlasti javnopravne osobe služe se i stvarima koje imaju u svom vlasništvu. Zbog toga je često zakonom ili posebnim aktom, donijetim na temelju zakona, određena i namjena pojedinih stvari u vlasništvu javnopravnih osoba, a ostvarivanje njihovih vlasničkih ovlaštenja na tim stvarima podvrgnuto je nekada posebnim pravilima javnopravne naravi. Ta pravila određuju često i način izvršavanja vlasništva, oblike raspolaganja stvarju, uvjete i način stjecanja i prestanka vlasništva, ograničenja u drugim pravnim raspolaganjima stvarju, a nekada, čak, i nemogućnost prestanka javnog vlasništva na određenoj stvari. Stoga, da bi se mogla u cijelosti sagledati slika pravnog režima pojedinih stvari u

² V. Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z. (u daljnjem tekstu: Gavella, N. i suradnici), *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998., str. 97.

³ Promjenom Ustava RH (NN, 113/00.) promijenjen je naziv lokalnih jedinica samouprave i lokalnih jedinica uprave i samouprave tako da se općine i gradovi smatraju jedinicama lokalne samouprave, a županije jedinicama područne (regionalne) samouprave (izmijenjeni čl. 129. Ustava RH). U daljnjem se tekstu koriste nazivi javnopravnih osoba iz Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi.

⁴ U tom smislu je u hrvatskom pravnom poretku preuzeto rješenje iz srednjoeuropskih (germanskih) pravnih poredaka, posebno njemačkog. U njima također ne postoji posebno stvarnopravno uređenje za stvari u javnom vlasništvu već se nastoji u što je moguće većoj mjeri stvari u javnom vlasništvu podvrgnuti općem stvarnopravnom režimu. V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 57.; Pappermann, E., Löhr, R., Andriske, W.: *Recht der öffentlichen Sachen*, München 1987., str. 2,3.; Adamovich, L. K., Funk, B. Ch.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York, 1987., str. 225.; Koziol, H., Welser, R.: *Grundriss der bürgerlichen Rechts*, Band II, Wien, 1996., str. 7.

javnopravnom vlasništvu, treba uzeti u obzir kako pravila općeg stvarnopravnog režima tako i pravila posebnog pravnog režima za pojedine stvari u javnom vlasništvu.

2. Općenito o stvarima u javnom vlasništvu

2.1. Pravni izvori pravila o stvarima u javnom vlasništvu

Na stvari u javnom vlasništvu primjenjuju se pravila iz temeljnog pravnog izvora hrvatskog stvarnopravnog uređenja - Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Odredbe tog Zakona primjenjuju se i na stvari u vlasništvu države i drugih javnopravnih osoba, ako posebnim zakonom nije što drugo određeno. U ZV postoje i izričite odredbe o vlasništvu Republike Hrvatske i drugih osoba javnog prava (čl. 35. ZV). Njima je, s obzirom da radi o vlasnicima koje su pravne osobe, određeno tko je u njihovo ime i za njih ovlašten raspolagati, upravljati, koristiti se njihovim stvarima i određivati im namjenu. Odredbe o ostvarivanju vlasničkih ovlaštenja na stvarima u javnom vlasništvu sadržane su u propisima koji uređuju ustrojstvo i ovlasti pojedinih javnopravnih osoba i njihovih tijela, kao što su npr. Zakon o Vladi Republike Hrvatske,⁵ Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi,⁶ Zakon o Gradu Zagrebu.⁷ Za pojedine stvari u javnom vlasništvu postoje i različiti posebni propisi koji uređuju posebne pravne režime za te stvari kao što su npr. Zakon o poljoprivrednom zemljištu,⁸ Zakon o šumama,⁹ Zakon o vodama,¹⁰ Zakon o lovu¹¹ i mnogi drugi. Ti propisi za pojedine stvari u javnom vlasništvu posebno propisuju uvjete i načine raspolaganja tim stvarima, tako da u tom segmentu gotovo u cijelosti potiskuju primjenu pravila općeg vlasničkopravnog režima. Pravila općeg vlasničkopravnog režima primjenjuju se tada podredno ako, i ukoliko, posebnim propisom nije što drugo određeno.

2.2. Predmet javnog vlasništva

Predmet javnog vlasništva mogu biti sve stvari na kojima i inače može postojati vlasništvo - pokretnine i nekretnine kako ih određuje ZV (čl. 2. ZV). Stvari u javnom vlasništvu izjednačene su sa svim ostalim stvarima i na njih se primjenjuju pravila općeg stvarnopravnog uređenja. Po svojim prirodnim svojstvima stvari u javnom vlasništvu ne razlikuju se od ostalih stvari u vlasništvu privatnopravnih subjekata. Za njih vrijede sva pravila ZV o stvarima i njezinim

⁵ NN, 101/98., 15/00.

⁶ NN, 09/92., 94/93., 117/93., 128/99.

⁷ NN, 90/92., 76/93., 69/95., 14/97., 36/98.

⁸ NN 54/94. (pročišćeni tekst), 48/95., 19/98., 105/99.

⁹ NN, 52/90. (pročišćeni tekst), 5/91., 9/91., 61/91., 8/00.

¹⁰ NN 107/95.

¹¹ NN 10/94., 29/99.

pripadnostima, tj. dijelovima stvari, pripacima, koristima, pravila o pravnom jedinstvu nekretnine (čl. 2., 5.-9. ZV) i dr.

Stvari u javnom vlasništvu treba razlikovati od općih dobara i dobara od interesa za RH. **Opća dobra** su stvari koje nisu sposobne biti objektom vlasništva i drugih stvarnih prava (čl. 3./2. ZV). Neke su stvari opća dobra zbog svojih prirodnih svojstava, a za neke je to određeno zakonom. Općim dobrima smatraju se stvari koje zbog svojih prirodnih osobina ne mogu biti u vlasti niti jedne pojedinačno određene fizičke ili pravne osobe, iako mogu služiti za opće potrebe tj. za uporabu svima.¹² Zbog toga na njima ne mogu postojati vlasništvo i druga stvarna prava (čl. 3./2. ZV). To su npr. atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, morska obala i sl. Nekim je, pak, stvarima zakonom oduzeta mogućnost da na njima postoje vlasništvo i druga stvarna prava, te je određeno da su opća dobra i da služe svima za uporabu iako su to stvari koje po svojom prirodnim svojstvima mogu biti u vlasništvu.¹³ Opća dobra se od stvari u javnom vlasništvu razlikuju ponajprije po tome što su opća dobra izvan pravnog prometa, a stvari u javnom vlasništvu predmet su vlasništva i za njih vrijede opća pravila o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, ako posebnim propisom za njih nije što drugo određeno. Za pojedine vrste općih dobara vrijede različiti posebni pravni režimi koji uređuju način na koji se ta dobra mogu koristiti i iskorištavati, kako se štite, tko njima upravlja i sl.¹⁴ Pritom vrijedi osnovno pravilo da se općim dobrom mogu koristiti svi, da je na uporabi svima, tj. da sve osobe imaju subjektivno pravo služiti se općim dobrom u okviru njegove namjene i ne narušavajući njegova prirodna svojstva, a na način i pod uvjetima kako je to odredilo tijelo koje o njemu vodi brigu i njime upravlja. Ako nije posebnim zakonom drukčije određeno, o općim dobrima vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara RH (čl. 3./3. ZV).¹⁵ S obzirom da opća dobra ne mogu biti u vlasničkompravnom režimu, jedini način na koji se njima gospodarski raspolaze jest osnivanje koncesija kojim se za koncesionara osniva pravo gospodarskog korištenja općeg dobra na način i u okvirima određenim koncesijom.¹⁶

Stvari od interesa za Republiku Hrvatsku jesu stvari koje su na temelju Ustava RH posebnim zakonom određene kao dobra od interesa za RH pa zbog toga uživaju njezinu posebnu zaštitu. Po čl. 52./1. Ustava RH to su mora, morska obala i otoci,

¹² Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 54.

¹³ Usp. npr. čl. 2./2. Zakona o javnim cestama (NN, 100/96., 76/98.) koji određuje da se na javnim cestama ne mogu stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi, iz čega proizlazi da imaju status općeg dobra.

¹⁴ Usp. npr. odredbe čl. 48.-80. Pomorskog zakonika (NN, 17/94., 74/94., 43/96.) o pomorskom dobru, odredbe čl. 5.-52. Zakona o vodama o vodama koje su po čl. 3./1. Zakona o vodama opće dobro.

¹⁵ Posebnim je zakonom npr. određeno da javnim cestama kao općim dobrom upravlja "Hrvatska uprava za ceste" (čl. 44. i dr. Zakona o javnim cestama), da vodama upravlja pravna osoba "Hrvatske vode" (čl. 1./2., i dr. Zakona o vodama) itd.

¹⁶ Tada je moguće da dođe i do odstupanja od primjene pravila o pravnom jedinstvu nekretnine, jer pravno nisu dijelovi općeg dobra one zgrade i druge građevine koje su na njemu izgrađene na temelju koncesije, već one čine zasebnu nekretninu dok koncesija traje (čl. 3./4., 9./4. ZV).

vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja. Stvari posebnim zakonom određene kao dobra od interesa za RH mogu biti opća dobra,¹⁷ kao i stvari na kojima mogu postojati vlasništvo i druga stvarna prava (čl. 4./1. ZV). Pritom je moguće da stvari od interesa za RH budu u vlasništvu privatnih osoba i u vlasništvu javnopравnih osoba.¹⁸ Nije, dakle, nužno da stvari od interesa za Republiku Hrvatsku budu ujedno i u njezinom vlasništvu, tj. da budu u javnom vlasništvu. Činjenica da je stvar proglašena stvarju od interesa za RH ne mijenja niti utječe na njezin vlasničkopравni status, već samo tu stvar stavlja pod poseban režim radi njezine pojačane zaštite. Taj je poseban režim, u pravilu, javnopravnog naravi. U pravilu se tada posebnim propisima određuje kako se te stvari moraju iskorištavati i upotrebljavati na poseban način (čl. 32./2. ZV). Moguće je, također, da se njihovim vlasnicima nametnu i određene obveze glede njihova održavanja ili im se zabranjuje neko ponašanje kako se ne bi narušila određena svojstva stvari radi kojih su i proglašene stvarima od interesa za RH.¹⁹ Nepoduzimanje onoga što je vlasnik temeljem posebnog zakona dužan poduzeti glede vlastite stvari proglašene dobrom od interesa za RH može dovesti i do toga da poglavarstvo jedinice lokalne samouprave i jedinice lokalne uprave i samouprave uspostavi privremeno upravljanje tom stvarju (čl. 32./3.-7. ZV). Zbog svega toga proglašenje neke stvari dobrom od interesa za RH za vlasnika i druge ovlaštenike prava na toj stvari može predstavljati ograničenje za koje im pripada pravo na naknadu određenu zakonom (čl. 52./2. Ustava RH, čl. 4./2., 32./2. ZV).

2.3. Namjena stvari u javnom vlasništvu

2.3.1. Općenito

Stvari u javnom vlasništvu na određeni se način razlikuju od ostalih stvari u vlasništvu privatnih vlasnika po tome što je u najvećem broju slučajeva njihova namjena određena posebnim propisom ili aktom nadležnog tijela donijetim na temelju zakona. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i izričito je određeno da namjenu stvari u vlasništvu RH određuju zakon ili državno tijelo koje

¹⁷ Npr. opća dobra koja su proglašena stvarima od interesa za Republiku Hrvatsku su vode (čl. 3./2. Zakona o vodama), pomorsko dobro (čl. 48. Pomorskog zakonika), javne ceste (čl. 2./1. Zakona o javnim cestama) itd.

¹⁸ Neke su stvari proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku neovisno o tome jesu li u privatnom ili javnom vlasništvu, kao npr. poljoprivredno zemljište (čl. 1./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu), šume i šumska zemljišta (čl. 1./1. Zakona o šumama), zaštićeni dijelovi prirode (čl. 3/1. Zakona o zaštiti prirode), divljač (čl. 4. Zakona o lovu), kulturna dobra (čl. 2./1. Zakona o zaštiti kulturnih dobara, NN 69/99.), zračne luke (čl. 1./2. Zakona o zračnim lukama, NN 19/98.). S druge strane neke stvari koje mogu biti samo u državnom vlasništvu također mogu biti proglašene dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku kao npr. rudno blago (čl. 1. Zakona o rudarstvu, NN 35/95.)

¹⁹ O tome više v. naprijed u poglavlju o pojedinim stvarima u javnom vlasništvu.

je za to nadležno na temelju zakona (čl. 35./3. ZV).²⁰ Po Zakonu o Vladi RH namjenu stvari u vlasništvu RH određuje Vlada RH (u daljnjem tekstu Vlada) ako namjena nije određena zakonom. Vlada može povjeriti drugom tijelu, ustanovi ili osobi da odredi namjenu stvari u vlasništvu RH, osim ako ona nije namijenjena za opću ili javnu uporabu (čl. 10./2. Zakona o Vladi RH). Vlada može povjeriti određivanje namjene stvarima u državnom vlasništvu i Povjerenstvu Vlade RH za upravljanje imovinom RH (čl. 10./4. Zakona o Vladi RH). Pravilo o određivanju namjene iz čl. 35./3. ZV vrijedilo bi i za stvari u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave, jer se na njihovo pravo vlasništva na odgovarajući način primjenjuju pravila o vlasništvu RH, osim ako nije što drugo određeno zakonom niti proizlazi iz naravi tih osoba (čl. 35./8. ZV). Namjenu stvari u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave određuje zakon ili tijelo koje je za to nadležno na temelju zakona, tj. poglavarstvo koje i upravlja stvarima u njihovom vlasništvu (čl. 41./2. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi). No, zakonodavac odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene nekad će prilikom određivanja namjene biti, u izvjesnom smislu, ograničeno, prirodnim svojstvima stvari u javnom vlasništvu, njihovim položajem u prostoru, mogućnostima njihove uporabe, ciljevima koji se žele postići njihovom uporabom, naravi koristi koje se od njih mogu dobiti, načinom njihova dugogodišnjeg korištenja, sadržajem i karakterom javnih ovlasti koje ima njihov vlasnik i sl.

S obzirom na namjenu stvari u javnom vlasništvu mogu se podijeliti na javna dobra u općoj uporabi i na javna dobra u javnoj uporabi. Usto postoje i stvari u javnom vlasništvu koje nisu ni u općoj ni u javnoj uporabi (tzv. financijska imovina države).²¹

2.3.2. Javna dobra u općoj uporabi

Javna dobra u općoj uporabi (Sachen in Gemeingebrauch) jesu stvari u vlasništvu Republike Hrvatske ili drugih javnopravnih osoba namijenjene za uporabu svih (čl. 35./4. ZV). Njima se ima pravo svatko služiti u skladu s njihovom namjenom i u opsegu određenom njihovom namjenom. S obzirom na takvu namjenu javna dobra u općoj uporabi mogle bi biti samo one stvari koje po svojim prirodnim svojstvima, položaju u prostoru, osobinama, dostupnosti i sl. mogu biti na uporabi svima.

Javna dobra u općoj uporabi jesu stvari koje su u vlasničkopravnom režimu, tj. u vlasništvu RH ili u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i uprave odnosno

²⁰ Pravilo da se namjena stvari u javnom vlasništvu određuje zakonom ili odlukom nadležnog državnog tijela donijetom na temelju zakona ne bi bilo suprotno s općim pravilom da namjenu stvari određuje njezin vlasnik. Naime, propise koje uređuju namjenu stvari upravo je i donio njihov vlasnik - država, a takav način određivanja namjene stvari omogućuje njihovu veću zaštitu i isključuje mogućnost njihova korištenja suprotno namjeni. To posebno zbog toga što se dio stvari u javnom vlasništvu smatra i stvarima od interesa za RH koje uživaju njezinu osobitu zaštitu koja je utemeljena na Ustavu i zakonima RH.

²¹ V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 57.

jedinica lokalne samouprave. Njihova namjena kao javno dobro u općoj uporabi određena je, u pravilu, zakonom, iako bi bilo moguće da se zakonom samo odredi tijelo koje bi bilo nadležno za određivanje namjene. Tada bi se namjena javnog dobra u javnoj uporabi odredila upravnim aktom kojim bi se uredio i način privođenja stvari toj namjeni. Način uporabe javnog dobra u općoj uporabi radi ostvarivanja njegove namjene određuje tijelo ili ustanova kojoj su te stvari dane na upravljanje odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene koja njime neposredno upravlja (čl. 35./4. ZV). Zakonom je određeno i tko upravlja i brine se o javnom dobru u općoj uporabi. Ako zakonom nije određeno tko se brine i upravlja javnim dobrom u općoj uporabi, njime upravlja tijelo koje određuje njegovu namjenu. Tipičan je primjer javnog dobra u općoj uporabi u hrvatskom pravnom poretku javno vodno dobro.²²

Za javna dobra u općoj uporabi vrijedi pravilo da ih svatko može koristiti na način određen za ostvarivanje njihove namjene. U tom smislu postoji sličnost javnog dobra u općoj uporabi i općeg dobra. I jedno i drugo dobro namijenjeni su uporabi svih, iako se značajno razlikuju po tome što su javna dobra u općoj uporabi u vlasništvu javnopravnih osoba, a opća dobra ne mogu biti objekt vlasništva. Zbog toga je i izričito propisano da se na javna dobra u općoj uporabi na odgovarajući način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra, ako nije što drugo propisano zakonom (čl. 35./4. ZV). S obzirom da je javno dobro u općoj uporabi namijenjeno za uporabu svima, za svakoga nastaje određeno subjektivno pravo koristiti se javnim dobrom u općoj uporabi na način koji je radi ostvarenja te namjene odredilo nadležno tijelo.²³ Ostvarivanje tog prava, u pravilu, nije vezano za plaćanje neke naknade.²⁴ Na strani svih ostalih postoji univerzalna pasivna obveza da se suzdržavaju od postupaka kojima bi se drugima onemogućavalo ili smetalo u uporabi javnog dobra u općoj uporabi na način koji je određen za ostvarivanje njegove namjene, odnosno da se njime služe na način koji omogućuje i svima drugima njegovu uporabu. Ako se nekome onemogućava ili ga smeta u uporabi javnog dobra u općoj uporabi u skladu s njegovom namjenom, pred nadležnim bi se tijelom mogla zahtijevati zaštita zbog povrede prava na uporabu javnog dobra u općoj uporabi. Moguće je, međutim, da se zakonom odredi da javno dobro u općoj uporabi može koristiti samo određeni krug osoba, i to na neki posebni način, ali uz plaćanje posebne naknade za to.²⁵ To bi bilo moguće samo na temelju posebnog akta (dozvole, odobrenja) kojeg je na temelju zakona izdalo za to nadležno tijelo.²⁶ Tada bi sve druge osobe bile ili isključene ili ograničene u ostvarivanju svog prava na uporabu javnog dobra u općoj uporabi. S druge strane, treba upozoriti da, iako postoji zahtjev da se omogućí korištenje javnog dobra u općoj uporabi na način

²² Opširnije o javnom vodnom dobru v. naprijed u poglavlju 3.1.

²³ V. Kromer, M.: *Sachenrecht des Öffentlichen Rechts*, Berlin, 1985., str. 43. i dr.

²⁴ V. npr. čl. 63. Zakona o vodama za javno vodno dobro.

²⁵ V. npr. čl. 64. Zakona o vodama za javno vodno dobro.

²⁶ V. Adamovich, L. K., Funk, B. Ch.: o.c., str. 227.

kako je to određeno za ostvarivanje njegove namjene, ako dođe do povrede tog prava, ne postoji zahtjev da se neka stvari trajno zadrži u statusu javnog dobra u općoj uporabi.²⁷ Moguće je, naime, da se zakonom ili aktom nadležnog tijela donijetim na temelju zakona nekoj stvari i oduzme status javnog dobra u općoj uporabi.²⁸ Protiv takvog akta javne vlasti ne bi postojao zahtjev da se određenoj stvari vrati status javnog dobra u općoj uporabi. Isto tako moguće je da se zakonom ili aktom nadležnog tijela donijetim na temelju zakona promijeni namjena ili način ostvarivanja namjene javnog dobra u općoj uporabi. Moguće je da se u zakonom određenim slučajevima aktom nadležnog tijela privremeno i ograniči ili obustavi korištenje javnim dobrom u općoj uporabi. Pravo svakoga da se koristi javnim dobrom u općoj uporabi povlači za svakoga i određene obveze. Svatko može upotrebljavati javno dobro u općoj uporabi, ali samo na način određen za ostvarivanje njegove namjene i u opsegu opće uporabe. Korištenje na neki drugi način ne bi bilo dopušteno, pa bi tijelo ovlašteno za upravljanje javnim dobrom u općoj uporabi moglo poduzeti sve mjere određene zakonom za sprečavanje i sankcioniranje nedopuštene uporabe javnog dobra u općoj uporabi. Usto, tko koristi javno dobro u općoj uporabi, može ga upotrebljavati samo na način koji ne onemogućuje druge na istu takvu uporabu. Ako bi netko uporabom javnog dobra u općoj uporabi učinio neku štetu na tom dobru, morao bi je nadoknaditi po općim pravilima o naknadi štete, ako posebnim propisom nije što drugo određeno za naknadu štete na određenom javnom dobru u općoj uporabi.

2.3.3. Javna dobra u javnoj uporabi

Javna dobra u javnoj uporabi jesu stvari namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti pravnih osoba javnog prava, tj. Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (čl. 35./5. ZV, tzv. upravna imovina, *Verwaltungsvermögen*, *Sachen in Verwaltungsgebrauch*). To su npr. poslovne zgrade, kancelarijski namještaj, uredski materijal, vozila i druge stvari koje su nužne RH, njezinim tijelima i ustanovama za ostvarivanje njihove javnopravne funkcije. Namjenu tih stvari određuje tijelo koje je zakonom ili odlukom donijetom na temelju zakona nadležno za određivanje njihove namjene kao javnog dobra u javnoj uporabi (čl. 35./5. ZV). Stvari koje su javna dobra u javnoj uporabi koriste, u skladu s tom namjenom, tijela i ustanove kojima su dane na upravljanje, ako ih tijelo nadležno za određivanje namjene nije zadržalo u svojoj neposrednoj uporabi.

Javna dobra u javnoj uporabi razlikuju se od javnih dobara u općoj uporabi po tome što nisu namijenjena na uporabu svima već samo javnopravnim tijelima koja ih koriste radi ostvarivanja svojih funkcija. Njihova je namjena određena, dakle, na način da se pomoću njih ostvaruju prava i dužnosti javnopravnih tijela, pa se i nalaze u njihovom posjedu.²⁹ U skladu s tim sve su druge osobe isključene iz

²⁷ V. Adamovich, L. K., Funk, B. Ch.: o.c., str. 227.

²⁸ V. npr. čl. 65. Zakona o vodama za javno vodno dobro.

²⁹ V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 295., 621.; Kromer, M.: o.c., str. 54.; Adamovich, L. K., Funk, B. Ch.: o.c., str. 225.; Papermann, E., Löhr, R. P., Andriske, W.: o.c., str. 10., 11.

njihove uporabe, jer se te stvari nalaze u posjedu tijela kojemu služe za ostvarivanje javnopravnih funkcija. Tijelo koje upotrebljava određenu stvar u ostvarivanju svoje javne vlasti ovlašteno je sve druge osobe isključiti iz uporabe te stvari.³⁰

2.3.4. Financijska imovina države

Stvari koje su u javnom vlasništvu, a nisu namijenjene ni za opću ni za javnu uporabu smatraju se tzv. financijskom imovinom države (*Finanzvermögen*, *patrimonium civitatis*). Te su stvari također u vlasništvu RH ili drugih pravnih osoba javnog prava, a koriste se u skladu s namjenom koju je odredilo tijelo nadležno za određivanje namjene (čl. 35./6. ZV). Pravo vlasništva na tim stvarima izvršava tijelo nadležno za određivanje namjene, ako to nije povjerilo nekom drugom tijelu, ustanovi ili osobi (čl. 35./6. ZV). Te se stvari nazivaju financijskom imovinom države jer im je cilj da javnopravnom tijelu donesu financijsku korist.³¹ Stoga čisti prihod od tih stvari ulazi u državni proračun (čl. 35./6. ZV) ako zakonom nije drukčije određeno.

Iako bi za te stvari u najvećem opsegu moglo djelovati opće stvarnopravno uređenje, nije isključeno da se i za te stvari posebnim zakonima urede posebni pravni režimi.³² Tako su npr. u hrvatskom pravnom poretku posebnim propisima uspostavljeni posebni pravni režimi za brojne nekretnine u državnom vlasništvu koje nisu ni u općoj ni u javnoj uporabi. Ti posebni propisi sadrže i izričita pravila o raspoređivanju prihoda ostvarenih od tih nekretnina.³³

2.4. Subjekti javnog vlasništva

Subjekti javnog vlasništva su pravne osobe javnog prava, tj. pravne osobe koje ostvaruju javne ovlasti određene zakonom ili aktom donijetim na temelju zakona. Vlasnici stvari u javnom vlasništvu mogu npr. biti Republika Hrvatska, jedinice

³⁰ Unatoč tome što je određena stvar kao javno dobro u javnoj uporabi dana u posjed i na korištenje određenom tijelu javne vlasti, vlasnik stvari i dalje je ostala država ili jedinica lokalne samouprave odnosno jedinica lokalne uprave i samouprave. V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 621.

Takav zaključak proizlazi i iz brojnih odluka Vlade RH kojima je nekretnine u vlasništvu RH dala u posjed i na korištenje određenim ministarstvima, općinama i sl. V. npr. Odluku o davanju na korištenje i upravljanje stambenog objekta, Gregorjačeva 13, Uredu za opće poslove i protokol Republike Hrvatske od 15.2.1993. (NN, 14/93.), Odluku o davanju nekretnina u vlasništvu RH u Orebiću u posjed Ministarstvu unutarnjih poslova od 1.5.1995. (NN, 15/95.), Odluku o davanju nekretnine u vlasništvu RH u Poreču u posjed Ministarstvu unutarnjih poslova od 1.3.1995. (NN, 15/95.), Odluku o davanju poslovne zgrade Republike Hrvatske u Milni na uporabu općini Milna od 27.10.1995. (NN, 90/1995.), Odluku o davanju nekretnine u vlasništvu RH u Supetru u posjed Ministarstvu financija od 27.10.1995. (NN, 90/1995.), Odluku o davanju poslovne zgrade RH u Pučišćima na uporabu općini Pučišća od 27.10.1995. (NN, 90/1995.), Odluku o davanju dijela poslovnih zgrada i prostorija RH u posjed županijama od 1.9.1993. (NN, 81/93.) i dr.

³¹ V. Adamovich, L. K., Funk, B. Ch.: o.c., str. 225; Pappermann, E., Löhr, R. P., Andriske, W.: o.c., str. 3.

³² V. Gavella i suradnici: o.c., str. 622.

³³ V. npr. naprijed o posebnom pravnom režimu za poljoprivredno zemljište, za šume i šumsko zemljište i sl.

lokalne samouprave i jedinice lokalne uprave i samouprave. Te pravne osobe kao vlasnici imaju u pravnom prometu isti položaj kao i svi drugi vlasnici, kako glede svojih prava tako i glede obveza, osim ako posebnim zakonom nije što drugo određeno.³⁴ Njihova ovlaštenja na pojedinim stvarima u njihovom vlasništvu ovise o namjeni tih stvari, odnosno o tome jesu li te stvari javno dobro u općoj ili javnoj uporabi ili su njihova financijska imovina. U odlučivanju o stvarima u vlasništvu javnopravnih osoba te u njihovom upravljanju te su pravne osobe dužne postupati kao dobar domaćin i za to odgovaraju (čl. 35./7., čl 67./2. Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi).

U velikom je broju slučajeva posebnim zakonima, koji uređuju posebne pravne režime za pojedine stvari, izričito određeno koji je javnopravni subjekt vlasnik određene stvari.³⁵ To pravilo u pozitivnom hrvatskom pravnom uređenju posebno dolazi do izražaja u brojnim propisima kojima je provedena pretvorba društvenog vlasništva upravo na način da je vlasnik postala država ili neki drugi javnopravni subjekt. S druge strane, neki propisi sadrže posebna pravila po kojima se za neke stvari predmnijeva da su u vlasništvu države. Ta je predmnijeva oboriva, jer postoji mogućnost dokazivanja suprotnog. Tako se npr. po čl. 362./3. ZV smatra da su vlasništvo RH sve stvari iz društvenog vlasništva na području RH glede kojih nije utvrđeno u čijem su vlasništvu niti djeluju predmnijeve po kojima se vlasnikom nekretnine u društvenom vlasništvu smatra onaj tko je na nekretnini imao pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja odnosno pravo korištenja ili prvenstvenog prava korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu (čl. 362./1., 2. ZV). Po čl. 60./2. Zakona o vodama smatra se da su javno vodno dobro, a time i vlasništvo RH, čestice vodnog dobra koje do dana stupanja na snagu Zakona o vodama nisu upisane u zemljišnu knjigu odnosno koje su upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naveden kao njihov vlasnik. Po čl. 19./1. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara³⁶ dobro za koje se predmnijeva da ima svojstvo kulturnog dobra, a nalazi se ili se nađe u zemlji, moru ili vodi, vlasništvo je RH, a onaj tko smatra da je njegov vlasnik može kod nadležnog suda podići tužbu radi utvrđenja vlasništva (čl. 19./2.).

³⁴ To je ustvrdio i Ustavni sud RH odlučujući o ustavnosti određenih odredbi Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (NN, 58/95.). Upravo je konstatacija da se državu kao vlasnika ne bi trebalo prilikom raspolaganja stavljati u drukčiji položaj od vlasnika drugih stvari bila razlog za ukidanje odredbi tog Zakona, kojima je država glede prodaje državnih stanova stavljena u različit položaj od drugih prodavatelja, tj. uz primjenu dodatnih kriterija. Ustavni sud RH svoju je odluku obrazložio time da nema ustavnog temelja za to da zakonodavac državu kao osobu javnog prava, koja prodaje jednaku stvar koju prodaju i drugi prodavatelji, tj. stanove opterećene stanarskim pravom, stavlja u položaj bitno različit od položaja drugih prodavatelja stanova ovisno o tome temeljem čega su ti stanovi stečeni, te da nema ustavnog temelja za stavljanje kupaca stanova u bitno različit položaj ovisno od toga tko im prodaje stan. V. obrazloženje Odluke Ustavnog suda RH od 29.1.1997. br. U-I-697/1995, NN 11/1997.

³⁵ O tome v. više naprijed u poglavlju o posebnim pravnim režimima za pojedine stvari u javnom vlasništvu.

³⁶ NN, 69/99.

Svoja vlasničkopravna ovlaštenja javnopravne osobe ostvaruju preko svojih izvršnih tijela. Stvarima u vlasništvu RH upravlja i koristi se Vlada ili od nje ovlašteno tijelo ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 35./2. ZV, čl. 10./1. Zakona o Vladi RH).³⁷ O raspolaganju, upravljanju i korištenju stvarima u vlasništvu RH Vlada RH odlučuje posebnim odlukama (čl. 30./1.,2. Zakona o Vladi RH) koje donosi u skladu s Poslovníkom Vlade RH.^{38,39} Vlada može te poslove povjeriti nekom drugom tijelu (npr. ministarstvu, određenom tijelu Vlade i sl.⁴⁰). Može ih povjeriti i Povjerenstvu Vlade za upravljanje imovinom RH, kojeg čine predsjednik Vlade kao predsjedavajući Povjerenstva i članovi Vlade koje posebnom odlukom odredi Vlada (čl. 10./3. Zakona o Vladi RH). Povjerenstvo može odlučivati o upravljanju, raspolaganju i određivanju namjene imovine RH i u tom smislu davati određene naputke, odnosno smjernice posebnom tijelu odnosno službi Vlade ustrojenoj za obavljanje poslova evidencije i održavanja imovine RH (čl. 10./4. Zakona o Vladi RH). Sukladno tome je Vlada 23.11.2000. godine donijela odluku o povjeravanju poslova upravljanja i raspolaganja imovinom RH Povjerenstvu Vlade za upravljanje imovinom RH.⁴¹ Iz ovlasti, koje je na Povjerenstvo prenijela Vlada, proizlazi da se njemu povjeravaju poslovi upravljanja i raspolaganja imovinom RH, koja nije namijenjena za opću i javnu uporabu (t. I. Odluke). Povjerenstvo odlučuje o upravljanju i raspolaganju imovinom RH i obavlja ostale vlasničke ovlasti na imovini RH, osim imovine koja je namijenjena za opću i javnu uporabu (t. II.

³⁷ Bivši Zakon o Vladi RH sadržavao je također odredbu po kojoj je Vlada ili od nje ovlašteno ministarstvo bilo ovlašteno upravljati imovinom u vlasništvu RH, ako zakonom nije bilo drukčije određeno (čl. 3./2. Zakona o Vladi RH). Vlada RH donijela je na temelju Zakona o Vladi RH Uredbu o Uredu za upravljanje imovinom RH (NN, 70/92.), temeljem koje je Ured upravljao imovinom RH koja se koristi za potrebe tijela državne vlasti ako za neku imovinu zakonom, ili drugim propisom ili aktom Vlade, nije bilo drukčije uređeno. Uredbom o izmjenama i dopunama Uredbe o Uredu za upravljanje imovinom Republike Hrvatske (NN, 104/95.) određeno je da Ured neposredno upravlja imovinom u vlasništvu RH samo kad mu je to posebnom odlukom Vlade izričito povjereno, te da u odnosu na tu imovinu Ured nema vlasnička ovlaštenja (čl. 1./2. Uredbe). Poslove u vezi s nekretninama koje je obavljao Ured preuzela je, temeljem Uredbe (čl. 6), Komisija za stambeni i poslovni prostor Vlade RH. Nakon toga je temeljem čl. 10. novog Zakona o Vladi RH Vlada donijela novu Odluku o povjerenstvu Vlade za upravljanje imovinom RH od 18.12.1998. (odluka nije objavljena u NN). Njome je osnovano Povjerenstvo kojem su povjereni poslovi upravljanja i raspolaganja imovinom RH, kojom neposredno upravlja i raspolaže Vlada, a ne neko od nje ovlašteno tijelo. O tome v. više Peček, R., *Raspolaganje imovinom jedinica lokalne uprave i samouprave, te Republike Hrvatske, Računovodstvo i financije, 5/00.*, str. 55., 56.

³⁸ NN, 107/00. (pročišćeni tekst)

³⁹ U Poslovníku Vlade RH određeno je u čl. 4.t.3. da Vlada donosi akte u vršenju vlasničkih ovlasti koje ima Republika Hrvatska. Pitanja koja se odnose na vlasnička i druga stvarna prava, zaštitu imovine RH, imovinskopravne poslove razmatra koordinacija za unutarnju i vanjsku politiku kao radno tijelo Vlade (čl. 14. Poslovníka).

⁴⁰ V. npr. Odluku o upravljanju državnom imovinom na graničnim prijelazima, od 1.3.1995. (NN, 15/1995.), kojom je Vlada Ministarstvu financija povjerila poslove upravljanja državnom imovinom na graničnim prijelazima čiji je vlasnik RH, V. naprijed odluke Vlade o povjeravanju poslova upravljanja i raspolaganja državnim stanovima pojedinim ministarstvima i sl.

⁴¹ NN, 126/00.

Odluke).⁴² Stručne poslove za Povjerenstvo priprema i provodi Ured za državnu imovinu (t. III. Odluke).⁴³ Ured za državnu imovinu ustrojen je temeljem čl. 10./5. Zakona o Vladi RH za obavljanje poslova evidencije i održavanja imovine RH kojom neposredno upravlja i raspolaze Vlada, kao i za provedbu odluka Povjerenstva Vlade za upravljanje imovinom RH.^{44,45} Stvarima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave upravlja njezino poglavarstvo (čl. 35./2. ZV, 41./2. Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi).^{46,47}

⁴² Iako iz Odluke o povjerenstvu poslova Povjerenstvu Vlade za upravljanje imovinom Republike Hrvatske proizlazi da ono obavlja poslove upravljanja i raspolaganja imovinom RH, Povjerenstvo donosi i odluke kojim daje suglasnost na raspolaganje nekretninama u vlasništvu ustanova nad kojima osnivačka prava ima država. Tako je npr. donijelo Odluku o davanju suglasnosti Kliničkom bolničkom centru Rijeka za ustup bez naknade zemljišta (NN, 4/2001.). Njome se daje suglasnost KBC Rijeka da zemljište u svom vlasništvu ustupi bez naknade u vlasništvo Nadbiskupije Riječko-senjske.

⁴³ Iz Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i državnih upravnih organizacija (NN, 48/99., 15/00., 20/00.) proizlazi da i Ministarstvo za javne radove, obnovu i graditeljstvo obavlja upravne i druge poslove koji se odnose na poslove evidencije i održavanja imovine RH, kojom neposredno raspolaze Vlada, ako citiranim Zakonom ili drugim zakonom obavljanje tih poslova nije povjereno drugom tijelu državne uprave, kao i da, također, provodi odluke Povjerenstva Vlade za upravljanje imovinom RH (čl. 21.b/5.). Ministarstvo za javne radove, obnovu i graditeljstvo te je poslove preuzelo od Ministarstva prostornog uređenja, graditeljstva i stanovanja (čl. 16./1.t.2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i državnih upravnih organizacija, NN 15/00.).

⁴⁴ Unutarnje ustrojstvo Ureda za državnu imovinu uređeno je Uredbom o uredu za državnu imovinu (NN, 46/00.) kojom je Ured organiziran kao stručna služba Vlade. Tom je Uredbom određeno da se u Uredu za obavljanje poslova iz djelokruga Ureda ustrojavaju dvije unutarnje ustrojstvene jedinice - Odjel za evidenciju imovine i pravne poslove i Odjel za održavanje imovine i investicije (čl. 5. Uredbe). Odjel za evidenciju imovine i pravne poslove uspostavlja i vodi evidenciju o cjelokupnoj imovini u vlasništvu RH (čl. 6./1. Uredbe). Odjel za održavanje imovine i investicije obavlja poslove održavanja imovine u vlasništvu RH ako je aktom o davanju na uporabu, korištenje, upravljanje ili održavanje te imovine povjereno Uredu (čl. 8./1. Uredbe). Dakle, Ured je ovlašten na poslove održavanja samo ako je na to posebnim aktom Vlade ili Povjerenstva za upravljanjem imovinom RH izričito ovlašten.

⁴⁵ Pod imovinom u vlasništvu RH podrazumijevaju se u smislu Uredbe o uredu za državnu imovinu sve nekretnine, pokretne te prava i obveze vezani za nekretnine i pokretne u vlasništvu RH. Pod pokretninama u vlasništvu RH razumijevaju se prijevozna sredstva (automobili, zrakoplovi, brodovi i druga prijevozna sredstva), umjetnička djela i druge umjetnine, uredski i neuredski namještaj i oprema (stolovi, stolice, ormari, kompjutori, pisaci stolovi i dr.), te ostale pokretne u vlasništvu RH, osim sitnog inventara i potrošnog materijala.

⁴⁶ Prema izričitoj odredbi čl. 41./3. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi članovi poglavarstva nemaju pravo odlučivanja o pitanjima upravljanja stvarima u vlasništvu jedinice lokalne samouprave, njezinim prihodima i rashodima kad su osobno ili preko članova uže obitelji zainteresirana strana.

⁴⁷ Za obavljanje poslova iz samoupravnog djelokruga jedinica lokalne samouprave osnivaju se upravni odjeli i službe čije se ustrojstvo uređuje općim aktom jedinice lokalne samouprave, u skladu sa statutom i zakonom (čl. 56.a/1., 4. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi). S obzirom da u poslove iz samoupravnog djelokruga jedinica lokalne samouprave spada i upravljanje njezinom imovinom (čl. 13./1.t.5., čl. 14/1. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi, čl.7./t.3. Zakona o Gradu Zagrebu) stručni poslovi u vezi s upravljanjem imovine jedinice lokalne uprave i samouprave mogli bi se povjeriti i nekom njezinom upravnom odjelu odnosno službi.

No, sve navedene odredbe o upravljanju stvarima u javnom vlasništvu od strane Vlade RH ili od nje ovlaštenog tijela, odnosno od strane poglavarstva jedinice lokalne samouprave primjenjuju se samo ako i ukoliko posebnim propisom za pojedine stvari u javnom vlasništvu nije određeno tko u ime države odnosno jedinice lokalne samouprave upravlja i raspolaze određenom stvari u njezinom vlasništvu.

2.5. *Stjecanje javnog vlasništva*

Za stjecanje vlasništva u korist javnopravnog subjekta vrijede ista pravila ZV o pravnim temeljima stjecanja i pretpostavkama stjecanja kao i za stjecanje vlasništva u korist privatnih vlasnika. Javno se vlasništvo može steći na temelju pravnog posla, odukom suda ili drugog nadležnog tijela, nasljeđivanjem i na temelju zakona (čl. 114. ZV). Kad na određenoj stvari vlasništvo stekne određeni javnopravni subjekt, a radi se o stvari za koju kad je u javnom vlasništvu, vrijedi poseban pravni režim, na tu se stvar počinju primjenjivati pravila tog posebnog pravnog režima.

Kad javnopravni subjekt stječe vlasništvo na temelju pravnog posla sklopljenog s nekim drugim javnopravnim subjektom ili privatnim vlasnikom, vlasništvo se stječe uz ispunjenje svih pretpostavki koje se zahtijevaju za stjecanje vlasništva na temelju pravnog posla (čl. 115. i dr. ZV). Pritom je vrlo važno da u ime javnopravne osobe pravni posao sklopi osoba ovlaštena za njezino zastupanje te da se prethodno, ako je to propisano zakonom ili statutom javnopravne osobe, provede propisani postupak odlučivanja o sklapanju određenog pravnog posla. Osoba ovlaštena za zastupanje određene javnopravne osobe može biti određena zakonom, a moglo bi je odrediti i tijelo nadležno za raspolaganje posebnim aktom donijetim na temelju zakona.⁴⁸ Ako posebnim propisom nije drukčije određeno javnopravna osoba mogla bi steći vlasništvo temeljem svakog pravnog posla kojem je cilj stjecanje vlasništva. U nekim slučajevima postoji čak i **zakonsko pravo prvokupa u korist javnopravnih osoba** kad se otuđuje određena stvar iz vlasništva privatne osobe. Tako npr. vlasnik kulturnog dobra kad ga namjerava prodati, dužan ga je prvo ponuditi Republici Hrvatskoj, županiji, Gradu Zagrebu, gradu ili općini na čijem se području to kulturno dobro nalazi (čl. 37./1. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara). Prvenstvo u ostvarenju prava prvokupa ima grad ili općina u odnosu na županiju i Grad Zagreb, pa Republika Hrvatska (čl. 37./2. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara). Navedene javnopravne osobe imaju pravo prvokupa i kad se provodi ovršna prodaja kulturnog dobra, i to prema uvjetima ponude u postupku ovrhe koja je najpovoljnija za vlasnika kulturnog dobra (čl. 38./1. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara). Po Zakonu o vodama u slučaju da vlasnik namjerava prodati zemljište izvan sustava javnog vodnog dobra, pravo prvokupa ima Republika Hrvatska, a prelaskom u vlasništvo RH takva zemljišna čestica postaje dijelom javnog vodnog dobra. (čl. 67./1. Zakona o vodama). Po Zakonu o zaštiti

⁴⁸ Tako npr. Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi određuje da općinu zastupa općinski načelnik (čl. 47./1.), grad gradonačelnik (čl. 51./1.), a županiju županijski načelnik (čl. 55./1.).

prirode⁴⁹ država ima pravo prvokupa kad vlasnik nekretnine unutar nacionalnog parka i parka prirode prodaje tu nekretninu, a županija odnosno Grad Zagreb imaju pravo prvokupa kad vlasnik nekretnine u ostalim zaštićenim dijelovima prirode namjerava prodati tu nekretninu (čl. 42.).

Javno vlasništvo se može steći i na temelju odluke suda ili drugog nadležnog tijela (čl. 126., 127. ZV). Moguće je npr. da u postupku izvlaštenja korisnik izvlaštenja bude neka javnopravna osoba. Tada će na temelju konačnog rješenja o izvlaštenju nekretnina postati vlasništvo te javnopravne osobe. Država postaje vlasnik stvari oduzetih na temelju pravomoćne sudske odluke donijete u kaznenom postupku kojom je oduzimanje stvari određeno kao sigurnosna mjera oduzimanja predmeta (čl. 80. KZ) kao i stvari oduzetih na temelju pravomoćne sudske odluke kojom je utvrđeno da je kazneno djelo počinjeno, i kojom je oduzeta imovinska korist ostvarena kaznenim djelom (čl. 82. KZ, čl. 463.-472. ZKP).⁵⁰

Javno vlasništvo moguće je steći i nasljeđivanjem (čl. 128. ZV). Javnopravna osoba može na temelju oporuke naslijediti oporučitelja koji je u oporuci očitovao svoju volju da ga naslijedi određena javnopravna osoba. Tada ta javnopravna osoba stječe pravo vlasništva pojedine ostaviteljeve stvari već samim time što je naslijedila ostavitelja. Posebna, pak, pravila vrijede kad je ostavina bez nasljednika, tj. kad nitko nije stekao nasljedno pravo (tzv. ošasna ostavina, čl. 8. Zakona o nasljeđivanju). Nakon što se provede postupak koji Zakon o nasljeđivanju uređuje za postupanje s ostavinom bez nasljednika (čl. 133.), u pravni položaj univerzalnog sukcesora ostavitelja bez nasljednika stupa određeni javnopravni subjekt (općina ili grad). Njemu se predaje ostavina i on tada ima pravni položaj kakav bi inače imao nasljednik.⁵¹ Taj javnopravni subjekt postaje vlasnik stvari koje su bile vlasništvo ostavitelja koji nema nasljednika. Do takvog stjecanja neće, međutim, doći ako se naknadno pojavi nasljednik koji uspije sa svojim nasljedničkim zahtjevom na predaju ostavine.

Kad javnopravna osoba stječe vlasništvo na temelju zakona, za stjecanje se vlasništva moraju ispuniti sve zakonom određene pretpostavke. Osim što javnopravni subjekt može steći vlasništvo temeljem zakona po općim pravilima ZV o stjecanju na temelju zakona (čl. 129.-160. ZV), ZV izričito propisuje i poseban slučaj stjecanja vlasništva napuštenih nekretnina u korist Republike Hrvatske (čl. 133. ZV). Napuštena nekretnina⁵² prelazi na temelju zakona u vlasništvo Republike Hrvatske, ako zakonom nije što drugo određeno (čl. 133/2. ZV). Usto postoji i čitav niz posebnih propisa koji su uređujući pretvorbu društvenog vlasništva na pojedinim

⁴⁹ NN, 30/94.

⁵⁰ V. Bačić, F.: *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb, 1998., str. 464., 471.; Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 356., 356.

⁵¹ Gavella, N.: *Nasljedno pravo*, Zagreb, 1986., str. 207.

⁵² Nekretnina se smatra napuštenom, tj. ničijom tek kad na temelju očitovanja o odreknuću od vlasništva danog u obliku isprave prikladne za zemljišnoknjižni upis bude to pravo izbrisano u zemljišnoj knjizi (čl. 133/1. ZV).

stvarima odredili da se ono temeljem zakona pretvara upravo u javno vlasništvo, tj. u vlasništvo države ili jedinice lokalne samouprave odnosno jedinice lokalne uprave i samouprave. Tako je npr. Republika Hrvatska postala *ex lege* stupanjem na snagu zakona vlasnik poljoprivrednog zemljišta koje je bilo u društvenom vlasništvu (čl. 3./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu), šuma i šumskog zemljišta u društvenom vlasništvu (čl. 16./1. Zakona o šumama), zemljišta unutar granica nacionalnih parkova i parkova prirode koji su bili u društvenom vlasništvu (čl. 40./1. Zakona o zaštiti prirode), stvari za koje po Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine nije zatražena naknada (povrat) ili je zahtjev pravomoćno odbijen (čl. 77.), muzejske građe i muzejske dokumentacije koja je bila u društvenom vlasništvu (čl. 57. Zakona o muzejima⁵³). Jedinice lokalne samouprave i jedinice lokalne uprave i samouprave postale su *ex lege* vlasnici stvari (građevinskog zemljišta, poslovnih prostora, stanova i dr.) na kojima su pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja imale bivše općine i mjesne zajednice (čl. 87. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi, čl. 12. i 13. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi⁵⁴), športskih objekata i drugih nekretnina na kojima su pravo korištenja imale športske organizacije i udruge (čl. 88. Zakona o športu⁵⁵), zemljišta unutar granica zaštićenih dijelova prirode, osim u nacionalnim parkovima i parkovima prirode na kojima je postojalo društveno vlasništvo (čl. 40./2. Zakona o zaštiti prirode), groblja (čl. 2. Zakona o grobljima) i dr.⁵⁶

2.6. Raspolaganje javnim vlasništvom

Ako posebnim zakonom nije drukčije određeno, stvarima u vlasništvu RH raspolaze Vlada RH ili od nje ovlašteno tijelo,⁵⁷ a stvarima u vlasništvu jedinica

⁵³ NN, 142/98.

⁵⁴ NN, 117/93.

⁵⁵ NN, 60/92., 25/93., 11/94. i 77/95.

⁵⁶ O pretvorbi društvenog vlasništva v. opširnije Simonetti, P.: Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 2/98., str. 369.-382., Josipović, T.: Pretvorba prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva i uspostava pravnog jedinstva nekretnine, Zbornik radova - Nekretnine u pravnom prometu, Zagreb, 1999., str. 19.-57.

⁵⁷ Na temelju čl. 3./2. biv. Zakona o vladi RH (NN, 41/90., 8/91., 14/91., 53A/91., 9/92., 55/92., 29/94.) odnosno čl. 10./1. Zakona o Vladi RH Vlada je posebnim odlukama dala ovlaštenja brojnim ministarstvima na raspolaganje nekretninama u vlasništvu RH, ovlastivši ujedno i resornog ministra na sklapanje ugovora o raspolaganju nekretninama. V. Odluku o ovlaštenju ministra pravosuđa RH da u ime Vlade RH izdaje brisovna očitovanja radi uknjižbe brisanja založnog prava, od 23.3.1995. (NN, 20/95.), Odluku o davanju ovlaštenja ministru pravosuđa i ministru poljoprivrede i šumarstva za davanje suglasnosti za osnivanje služnosti i sklapanje ugovora o osnivanju služnosti, od 1.3.1995. (NN, 15/95.), Odluku o davanju ovlaštenja ministru pravosuđa i uprave na davanje suglasnosti za rekonstrukciju u objektima u vlasništvu ili suvlasništvu RH, od 15.2.1993 (NN, 14/93.), Odluku o davanju ovlaštenja Ministarstvu obrane Republike Hrvatske za prodaju nekretnina u vlasništvu RH, od 21.3.1996. (NN, 24/96.), Odluku o davanju ovlasti Ministarstvu zdravstva za prijenos u vlasništvu nekretnina izgrađenih sredstvima državnog proračuna RH, od 20.7.2000. (NN, 74/00.). V. naprijed odluke o davanju ovlasti određenim ministarstvima na davanje u najam i prodaju stanova u državnom vlasništvu.

lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave raspolaže njezino poglavarstvo (čl. 35./2. ZV, čl. 10./1. Zakona o Vladi RH, čl. 41./2. Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi). O raspolaganju stvarima u državnom vlasništvu Vlada odlučuje u skladu s Poslovníkom Vlade posebnim odlukama.⁵⁸ Vlada je, temeljem čl. 10./3. Zakona o Vladi RH, Odlukom o povjeravanju poslova upravljanja i raspolaganja imovinom RH, Povjerenstvu Vlade za upravljanje imovinom RH od 23.11.2000.⁵⁹ poslove raspolaganja imovinom povjerila tom Povjerenstvu (čl. 10./3.). Povjerenstvo odlučuje o raspolaganju imovinom RH, tj. stjecanju, otuđenju, davanju u zakup, davanju u najam, davanju na korištenje odnosno privremenu uporabu, opterećenje založnim pravom, služnošću i drugim teretom (t. II. Odluke).

Iz odredbi zakona koje uređuju raspolaganje stvarima u javnom vlasništvu, ako posebnim zakonom nije što drugo određeno, proizlazi da se njima raspolaže na isti način kao i stvarima u privatnom vlasništvu, da se vlasništvo može prenositi na druge osobe temeljem svih pravnih poslova kojima je cilj prijenos vlasništva, da se na njima mogu osnivati ograničena stvarna prava i obvezna prava.

Jedino ograničenje koje predviđa ZV jest način na koji jedinice lokalne uprave i samouprave, odnosno jedinice lokalne samouprave mogu otuđiti i na drugi način raspolagati svojim nekretninama. Po čl. 391./1. jedinice lokalne samouprave i jedinice lokalne uprave i samouprave mogu otuđiti svoje nekretnine i na drugi način njima raspolagati jedino na temelju javnog natječaja i po tržišnoj cijeni, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Pravni poslovi sklopljeni bez provedbe javnog natječaja ništavi su (čl. 391./3. ZV).⁶⁰ Jedina iznimka određena u čl. 391./2. ZV odnosi se na pravne poslove koje međusobno sklapaju Republika Hrvatska i jedinica lokalne samouprave odnosno jedinica lokalne uprave i samouprave, ako je to u interesu i cilju općeg gospodarskog i socijalnog napretka njezinih građana. Za sklapanje takvih pravnih poslova nije potrebno provoditi javni natječaj. Iznimka je predviđena i u Zakonu o poticanju ulaganja, koji određuje da se određena raspolaganja nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica

⁵⁸ Na temelju čl. 3./2. biv. Zakona o Vladi RH i čl. 10./1., 2. Zakona o Vladi RH i sama je Vlada donijela niz odluka kojima je raspolagala nekretninama u vlasništvu RH. V. npr. Odluku o prijenosu prava vlasništva nekretnine u k.o. Split, od 15.2.1993. (NN, 14/93.), Odluku o prijenosu nekretnina u vlasništvu RH Hrvatskom savezu slijepih, od 23.3.1995. (NN, 20/95.), Odluku o prijenosu nekretnina u vlasništvu RH u vlasništvo Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, od 27.3.1997. (NN, 33/97.), Odluku o zabrani dodjele stanarskih prava od 14.12.1995. (NN, 104/95.). V. naprijed i odluke koje se odnose na raspolaganje poljoprivrednim zemljištem, stanovima i poslovnim prostorima, državnim lovištima i sl.

Iako se najvećim dijelom odluke Vlade odnose na raspolaganje nekretninama, mogu se naći odluke kojima je Vlada RH odlučivala i o određenim pokretninama u svom vlasništvu. V. npr. odluku Vlade o korištenju zrakoplova u vlasništvu RH tipa Challenger CL-604, reg. oznake 9A-CRO od 29.5.2000. (NN, 55/00.), Odluku o prodaji zrakoplova u vlasništvu RH, tipa Challenger CL-7601, reg. oznake 9A-CRT od 29.5.2000. (NN, 55/00.).

⁵⁹ NN, 126/2000.

⁶⁰ Npr. "Ništav je pravni posao kojim je nekretnina općine otuđena bez javnog natječaja." (Odl. VSRH, Gzz-37/99 od 16.9.1999., Informator br. 4868-4869 od 1. i 4.11.2000.).

lokalne uprave i samouprave, koja predstavljaju poticajne mjere, mogu ostvariti i bez javnog natječaja (čl. 3.).⁶¹

Sklapanje pravnih poslova o prometu nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske podvrgnuto je, pak, kontroli državnog pravobraniteljstva. To je općenito određeno u čl. 23. Zakona o državnom pravobraniteljstvu,⁶² a i brojni posebni propisi koji uređuju raspolaganje pojedinim stvarima u državnom vlasništvu o tome sadrže odgovarajuće odredbe. Po čl. 23. Zakona o državnom pravobraniteljstvu, prije sklapanja ugovora o prometu nekretninama u vlasništvu RH, državna tijela dužna su pribaviti mišljenje o pravnoj valjanosti ugovora od nadležnog javnog pravobranitelja. Po čl. 24./1. Zakona o državnom pravobraniteljstvu nadležno državno pravobraniteljstvo dat će mišljenje o pravnoj valjanosti ugovora najkasnije u roku od 30 dana od dana dostave zahtjeva za davanje pravnog mišljenja, a u protivnom smatrat će se da ne postoje pravne zapreke za sklapanje pravnog posla. No, neovisno o tome je li pravno mišljenje dano ili nije, državno pravobraniteljstvo može zbog razloga predviđenih zakonom tražiti poništenje sklopljenog pravnog posla, odnosno utvrđenje ništavosti, ako je on protivan prisilnim propisima (čl. 24./2.). S obzirom da je najnovijim ustavnim promjenama⁶³ poduzimanje pravnih radnji radi zaštite imovine Republike Hrvatske stavljeno u nadležnost državnog odvjetništva (čl. 121./a Ustava RH), očekivati je da će se u novom propisu o državnom odvjetništvu naći i odgovarajuće odredbe o davanju mišljenja o pravnoj valjanosti ugovora kojima RH raspolaže svojim nekretninama.⁶⁴

2.7. Zaštita javnog vlasništva

Na zaštitu javnog vlasništva primjenjuju se sva pravila ZV koja vrijede i za zaštitu vlasništva privatnopravnih subjekata (čl. 161.-168. ZV) osim ako posebnim propisom nije što drugo određeno. U postupcima koji se vode radi zaštite državnog vlasništva, Republiku Hrvatsku zastupa državno pravobraniteljstvo RH (čl. 14. Zakona o državnom pravobraniteljstvu). U postupcima koji se vode radi zaštite vlasništva županije odnosno Grada Zagreba županiju odnosno Grad Zagreb zastupa državno pravobraniteljstvo županije odnosno Grada Zagreba (čl. 14. Zakona o državnom pravobraniteljstvu).⁶⁵ S obzirom da je po najnovijim ustavnim promje-

⁶¹ Zakon o poticanju ulaganja (NN, 73/2000.) određuje u čl. 3./t.1. da su, između ostalog, poticajne mjere radi ulaganja određena raspolaganja nekretnina u vlasništvu RH, jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave, kao što su davanje u zakup, davanje prava građenja, prodaja ili davanje na korištenje pod komercijalnim ili pogodovanim uvjetima, uključivo i bez naknade, iznimno od odredbe čl. 391. ZV i čl. 6. Zakona o zakupu poslovnog prostora.

⁶² NN, 75/95.

⁶³ V. čl. 121.a. Ustava RH (NN, 124/00. - pročišćeni tekst)

⁶⁴ U prednacrtu prijedloga Zakona o državnom odvjetništvu, od 18.1.2001., u čl. 16./2. određena je kao i u čl. 23. Zakona o državnom pravobraniteljstvu obveza državnih tijela o pribavljanju mišljenja o pravnoj valjanosti pravnog posla kojime se stavljaju u promet nekretnine u vlasništvu RH.

⁶⁵ S obzirom na te ovlasti državnog pravobraniteljstva javili su se u praksi problemi u slučajevima kad su se vodili postupci glede nekretnina u državnom vlasništvu, u kojem državno

nama poduzimanje pravnih radnji radi zaštite imovine Republike Hrvatske u nadležnosti državnog odvjetništva, očekivati je da će nakon donošenja novog Zakona o državnom odvjetništvu nadležno državno odvjetništvo zastupati državu odnosno jedinice lokalne samouprave i jedinice lokalne uprave i samouprave u postupcima koji se vode pred sudovima i drugim nadležnim tijelima radi zaštite njihovog vlasništva.⁶⁶

Vlada RH može i temeljem čl. 30./2. Zakona o vladi RH donositi i odluke o posebnim mjerama za zaštitu stvari u vlasništvu RH od strane za to ovlaštenih tijela. Tako je npr. Vlada RH Odlukom o mjerama za sređivanje imovinskopravnoga, geodetsko-katastarskoga i gospodarskoga stanja u dolini rijeke Neretve, od 7.12.2000. (NN, 126/2000.) odredila niz mjera kojima je cilj zaštita javnog vodnog dobra i poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu RH od protuzakonitog i samovoljnog prisvajanja, iskorištavanja i devastiranja, protuzakonitog davanja u zakup i sl.

2.8. *Prestanak javnog vlasništva*

Na prestanak vlasništva javnopravnih subjekata također se primjenjuju opća pravila o prestanku vlasništva (čl. 169.-173. ZV), osim ako posebnim propisom nije što drugo određeno. Javno vlasništvo prestat će propašću stvari koja je bila predmetom vlasništva (čl. 169./1. ZV), stavljanjem stvari izvan prometa, tj. zakonskom odredbom kojom se stvari u javnom vlasništvu oduzima svojstvo prometnosti, kao što je npr. proglašenje stvari općim dobrom (čl. 170. ZV), tuđim stjecanjem vlasništva na stvari u javnom vlasništvu (čl. 171. ZV). Javno vlasništvo prestat će kad neki privatnopravni subjekt stekne vlasništvo te stvari na temelju pravnog posla, odlukom suda ili druge vlasti⁶⁷, na temelju zakona. U svim će navedenim slučajevima stvar prelaskom u vlasništvo privatnopravnog subjekta izaći iz posebnog pravnog režima ako je takav postojao za takve stvari u javnom

pravobraniteljstvo nije sudjelovalo kao stranka. Taj se problem npr. javlja u postupcima brisanja društvenog vlasništva i upisa vlasništva nastalog pretvorbom u zemljišne knjige kojeg je zatražila privatnopravna osoba, a radi se o nekretnini za koju državno pravobraniteljstvo smatra da je pretvorbom postala državno vlasništvo. Tako je Ustavni sud odlučujući o ustavnoj tužbi državnog pravobraniteljstva protiv odluka donijetih u postupku upisa vlasništva na poljoprivrednom zemljištu, kojima je Republici Hrvatskoj bio osporen položaj stranke u zemljišnoknjižnom postupku, donio odluku iz koje proizlazi da bi Republici Hrvatskoj trebalo priznati status stranke u svakom onom postupku gdje je riječ o pretvorbi poljoprivrednog zemljišta u društvenom vlasništvu. V. odluku Ustavnog suda br. U-III-1031/1997 od 17.11.1999, NN 135/99.

⁶⁶ U prednacrtnu prijedloga Zakona o državnom odvjetništvu, od 18.1.2001., u čl. 15./3. zadržano je pravilo o zastupanju RH u zaštiti imovinskih i drugih prava u građanskom i upravnom postupku, dok se u čl. 15./4.-6. određuje koje je državno odvjetništvo nadležno za zastupanje ovisno o tome zastupa li se RH ili jedinica lokalne uprave i samouprave, te ovisno o tome pred kojim se sudom vodi postupak.

⁶⁷ Tako bi npr. javno vlasništvo moglo prestati temeljem konačnog rješenja o izvlaštenju provedenog u korist korisnika izvlaštenja koji je privatnopravni subjekt, konačnog rješenja donijetog po Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme komunističke vladavine, kojim se prijašnjem vlasniku vraća u vlasništvo neka nekretnina koja je do denacionalizacije pretvorbom društvenog vlasništva postala vlasništvo države ili jedinice lokalne samouprave i sl.

vlasništvu. Ako je, međutim, stvar u javnom vlasništvu bila dobro od interesa za RH, ona će to ostati dalje neovisno o tome što je njezin vlasnik privatnopravna osoba. On će se tada svojim vlasničkom pravima moći služiti u skladu sa zakonom određenim načinom uporabe i iskorištavanja te stvari (čl. 4./2. ZV).

Osnovno je pravilo da se vlasništvo na stvari javnopravnog subjekta stječe pod istim pretpostavkama kao i na stvarima u privatnom vlasništvu, osim ako nije što drugo posebnim zakonom određeno. Opća pravila o stjecanju vlasništva razlikuju, međutim, rokove dosjelošti kad se dosjelošću stječe vlasništvo stvari u javnom vlasništvu. Po čl. 159./4. ZV samostalni posjednik stvari u vlasništvu RH, jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave i s njima izjednačenih pravnih osoba vlasništvo će steći dosjelošću nakon što je njegov kvalificiran odnosno poštenu posjed trajao dvostruko vrijeme od onoga koje je propisano za stjecanje vlasništva dosjelošću na stvarima u vlasništvu privatnopravnih subjekata u čl. 159./2., 3. ZV.⁶⁸ Odredbe ZV o stjecanju vlasništva dosjelošću na stvarima u javnom vlasništvu primjenjivale bi se kad posebnim propisom za određene stvari nije što drugo određeno. Tako npr. Zakon o otocima određuje da osobe kojima su dani u najam zgrade ili stanovi u državnom vlasništvu na otocima nakon 10 godina korištenja zgrade, odnosno stana stječu vlasništvo (čl. 31./3. Zakona o otocima). Zakon o područjima posebne državne skrbi određuje da naseljenik, kojem je u skladu s odredbama tog Zakona dodijeljen stan ili obiteljska kuća u vlasništvu države na području posebne državne skrbi, stječe nakon 10 godina neprekidnog prebivanja tu nekretninu u vlasništvu (čl. 8.).

Od prestanka javnog vlasništva treba, međutim, razlikovati prestanak ili ukidanje statusa javnog dobra za opću ili za javnu uporabu. Promjenom te namjene ne prestaje vlasništvo države odnosno jedinice lokalne samouprave ili jedinice lokalne uprave i samouprave. Stvar i dalje ostaje u njihovom vlasništvu, ali s nekom drugom namjenom određenom u skladu s pravilima o određivanju namjene stvari u javnom vlasništvu. Ako namjena te stvari nije opća ili javna uporaba, na tu se stvar

⁶⁸ Ustavnom sudu RH bio je podniet prijedlog za ocjenu ustavnosti odredbe čl. 159./4. ZV u kojem se ustavnost te odredbe osporavala zbog toga što je samostalni posjednik stvari u vlasništvu osoba navedenih u čl. 159./4. zbog dvostrukog roka dosjedanja stavljen u nepovoljniji položaj u odnosu na samostalne posjednike stvari u vlasništvu osoba za koje je predviđen kraći rok dosjedanja. Tvrdilo se, također, da je time nositeljima vlasništva iz čl. 159./4. ZV omogućena dvostruko veća zaštita od stjecanja dosjelošću u korist samostalnog posjednika nego ostalim vlasnicima. Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka ocjene ustavnosti te odredbe. V. Rješenje Ustavnog suda RH br. U-I-41/1999. od 8.7.1999. (NN, 80/99.). Svoju je odluku Ustavni sud obrazložio time da se odredbom čl. 159./4. ne uspostavlja neravnopravnost među pravnim subjektima, već se upravo osobama koje, kao što pokazuje iskustvo, nisu u stanju dovoljno brzo zaštititi svoje vlasništvo, ostavlja duži rok u kojem mogu zatražiti zaštitu protiv posjednika svojih stvari. Ustavni sud smatra da bi upravo kad taj rok ne bi bio duži, osobe iz čl. 159./4. bile u neravnopravnom položaju u odnosu na sve ostale vlasnike koji su od njih različiti po tome što su okrenuti stjecanju dobiti, pa su i organizirani tako da se mogu dovoljno brzo i efikasno brinuti za svoju imovinu. Tako je zapravo ono što izgleda kao neravnopravnost, nastojanje da se uspostavi ravnopravnost koja postoji već zbog nejednakosti samih pravnih subjekata glede mogućnosti zaštite svojega vlasništva. V. obrazloženje citiranog rješenja Ustavnog suda RH.

primjenjuju pravila o tzv. financijskoj imovini države.⁶⁹

2.9. *Upis javnog vlasništva u zemljišnu knjigu*

S obzirom da zemljišta u javnom vlasništvu mogu biti u pravnom prometu, za njihovo je pravno stanje mjerodavno ono što je upisano u zemljišnoj knjizi (čl. 1./1. ZZK). Kao i svaki drugi upis vlasništva, upis javnog vlasništva u zemljišnu knjigu ima sve publicitetne i akvizitivne pravne učinke. Upisom u zemljišnu knjigu publicira se da je nekretnina u vlasništvu države, odnosno jedinice lokalne samouprave ili jedinice lokalne uprave i samouprave, te koje tijelo ili ustanova njome upravlja. Kad je javno vlasništvo stečeno na temelju pravnog posla, upis je jedna od materijalnopравnih pretpostavki za stjecanje vlasništva.⁷⁰

Upis javnih dobara u općoj uporabi i javnih dobara u javnoj uporabi provodi se po čl. 23./5. ZZK. U vlastovnicu zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano javno dobro u općoj ili javno dobro u javnoj uporabi upisuje se njegov vlasnik - jedinica lokalne samouprave ili jedinica lokalne uprave i samouprave odnosno Republika Hrvatska ako vlasnik nije neka lokalna samoupravna jedinica. Uz taj se upis naznačuje i tijelo ili ustanova kojoj je javno dobro dano na upravljanje odnosno tijelo koje javnim dobrom neposredno upravlja. Na upis javnog vlasništva primjenjuju se sva pravila ZZK o zemljišnoknjižnim upisima, pretpostavkama upisa, prijedlogu za upis i dr. Po izričitoj odredbi ZZK iz čl. 224./3. državno pravobraniteljstvo dužno je u roku od 5 godina od stupanja na snagu ZZK pokrenuti postupke za upis stvarnih prava na nekretninama kojih je nositelj Republika Hrvatska, javnih dobara i općih dobara.^{71,72} To se pravilo odnosi i na upis vlasništva kojeg je Republika Hrvatska temeljem zakona stekla pretvorbom društvenog vlasništva po različitim posebnim propisima.⁷³

⁶⁹ V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 619.

⁷⁰ O tome v. više Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 238.-249.

⁷¹ O tome v. opširnije Jug, J.: Uknjižba stvarnih prava na Republiku Hrvatsku, općeg dobra, s posebnim osvrtom na pomorsko i javno vodno dobro, Zbornik radova - Uloga i ovlasti državnog pravobraniteljstva glede određenih nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske i općih dobara uz osvrt na neke obveznopravne odnose, Zagreb, 2000., str. 55.-77.

⁷² I nekim je posebnim propisima određena obveza nadležnog državnog pravobraniteljstva da zahtijeva upis vlasništva u korist RH. V. npr. čl. 207./1. Zakona o vodama o upisu javnog vodnog dobra u vlasništvu RH u zemljišne knjige. S druge strane, ovlast državnog pravobraniteljstva da u ime države odnosno jedinica lokalne uprave i jedinica lokalne uprave i samouprave podnosi prijedloge za upis vlasništva i drugih stvarnih prava u njihovu korist proizlazi i iz općih pravila o državnom pravobraniteljstvu, po kojima državno pravobraniteljstvo zastupa navedene javnopravne subjekte u zaštiti njihovih imovinskih prava i interesa pred sudovima, upravnim i drugim javnim tijelima (čl. 14./1. Zakona o državnom pravobraniteljstvu). Prednacrt prijedloga Zakona o državnom odvjetništvu od 18.1.2001. u čl. 15./3.-6. predviđa iste ovlasti za nadležno državno odvjetništvo.

⁷³ Brisanje društvenog vlasništva i upis vlasništva u korist RH odnosno jedinice lokalne samouprave i jedinice lokalne uprave i samouprave, stečeno pretvorbom na temelju zakona, provodi se isključivo na prijedlog ovlaštene osobe, a ne po službenoj dužnosti.

2.10. Evidencija stvari u javnom vlasništvu

Evidenciju stvari u javnom vlasništvu vode različita tijela i ustanove kojima je to zakonom ili odlukom donijetom na temelju zakona stavljeno u nadležnost. Te evidencije nemaju značenje za dokazivanje vlasništva države ili drugog javno-pravnog subjekta u pravnom prometu kao što to imaju zemljišne knjige kad se radi o nekretninama u javnom vlasništvu. Vođenjem evidencija omogućuje se lakše i djelotvornije upravljanje stvarima u javnom vlasništvu, prikupljanje podataka nužnih za ostvarivanje bolje zaštite pojedinih stvari koje su od interesa za RH i sl.

O imovini Republike Hrvatske evidenciju vodi Ured za državnu imovinu, tj. njegov odjel za evidenciju imovine i pravne poslove (čl. 6./1. Uredbe o Uredu za državnu imovinu). U Odjelu se uspostavlja i vode očevidnici nekretnina, pokretnina, te prava i obveza vezanih uz nekretnine i pokretnine u vlasništvu RH (čl. 6./2. Uredbe). Radi uspostave očevidnika sva tijela državne vlasti te pravne i druge osobe koje posjeduju, upotrebljavaju, koriste i upravljaju ili raspolažu imovinom RH bili su dužni u roku od 3 mjeseca od stupanja na snagu Uredbe dostaviti Uredu sve podatke o toj imovini (čl. 13. Uredbe). Radi održavanja evidencije ažurnom sva su tijela državne vlasti te pravne i druge osobe koje posjeduju, upotrebljavaju, koriste, upravljaju ili raspolažu imovinom u vlasništvu RH i ubuduće dužne žurno, a najkasnije u roku od 15 dana, dostavljati Uredu podatke o stjecanju i raspolaganju tom imovinom, kao i svim drugim bitnim promjenama vezanim uz nju (čl. 4./1. Uredbe).

Evidenciju o pojedinim stvarima u javnom vlasništvu i pravima koja na njima postoje vode temeljem posebnih zakona i druga tijela odnosno ustanove koje upravljaju tim stvarima. Tako se npr. po Zakonu o vodama vode vodni katastri (katastar voda, vodnog dobra i vodnih građevina, katastar korištenja voda i katastar zaštite voda), te očevidnik koncesija na vodama i vodnom dobru (čl. 113.-118.), po Zakonu o lovu u županiji vodi se katastar lovišta (čl. 12.), po Zakonu o zaštiti prirode vodi se upisnik zaštićenih dijelova prirode (čl. 14./3.), po Zakonu o rudarstvu vode se katastar istraženih prostora i katastar eksploatacijskih polja (čl. 18./2., 31./6.), po čl. 20. Zakona o poljoprivrednom zemljištu vodi se evidencija o poljoprivrednom zemljištu (čl. 20.),⁷⁴ po Zakonu o koncesijama Ministarstvo

Npr. "Brisanje društvenog vlasništva na poljoprivrednom zemljištu i građevinskom zemljištu i upis prava vlasništva ne vrši se po službenoj dužnosti, već na zahtjev osobe koja za to ima pravni interes, a to je Republika Hrvatska kad je u pitanju poljoprivredno zemljište i neizgrađeno građevinsko zemljište na kojem ne postoji pravo upravljanja odnosno korištenja i raspolaganja, a kad to pravo postoji, onda je za brisanje društvenog vlasništva i upis prava vlasništva ovlašten nositelj tih prava." (Odl. Županijskog suda u Bjelovaru, Gž.-1671/97 od 19.2.1998., Ing pregled sudske prakse, 1998., odl. 1/1998., nomenklatura 091.2)

⁷⁴ Način vođenja evidencije o poljoprivrednom zemljištu posebno je uređen Pravilnikom o načinu vođenja evidencija o poljoprivrednom zemljištu, od 13.3.1998. (NN, 37/98.). Prijedlog Zakona o poljoprivrednom zemljištu, od 21.12.2000. također predviđa da je županijski ured odnosno Gradski ured Grada Zagreba nadležan za poslove poljoprivrede dužan voditi evidenciju o poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države.

financija vodi jedinstveni registar ugovora o koncesiji (čl. 8./1.), po Zakonu o zaštiti kulturnih dobara vodi se Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske (čl. 14.-16.) itd.

3. Posebno o pojedinim stvarima u javnom vlasništvu

3.1. Javno vodno dobro

Pravni režim voda i vodnog dobra, način upravljanja i vodama i vodnim dobrom uređeni su Zakonom o vodama.⁷⁵ Vode su opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne može biti ni u čijem vlasništvu, a imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske (čl. 3./1., 2. Zakona o vodama). Vodama upravlja pravna osoba osnovana Zakonom o vodama - "Hrvatske vode" - pravna osoba za obavljanje poslova upravljanja vodama (čl. 1./2. Zakona o vodama).

Vodno dobro su zemljišne čestice koje obuhvaćaju vodonosna i napuštena korita površinskih kopnenih voda, uređeni inundacijski (poplavni) pojas, neuređeni inundacijski pojas, otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njezinom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem (čl. 57./1. Zakona o vodama). Vodno dobro je dobro od interesa za RH koje ima njezinu osobitu zaštitu i koristi se na način i pod uvjetima propisanim Zakonom o vodama (čl. 57./2. Zakona o vodama). Pripadnost nekog zemljišta vodnom dobru utvrđuje rješenjem nadležno tijelo⁷⁶ po prethodno pribavljenom mišljenju Hrvatskih vođa (čl. 58./1. Zakona o vodama). Zakonom je određena i namjena vodnog dobra - ono služi održavanju i poboljšanju vodnog režima, a osobito je namijenjeno za građenje vodnih građevina i postavljanje uređaja za uređenje vodotoka i drugih voda, tehničko i gospodarsko održavanje vodotoka, obala, unutrašnjih plovnih puteva i dr. (čl. 59. Zakona o vodama).

Sva zemljišta koja se po čl. 57. Zakona o vodama smatraju vodnim dobrom objekt su vlasništva.⁷⁷ Ona mogu biti u privatnom i u javnom vlasništvu, tj. u vlasništvu Republike Hrvatske.⁷⁸ Vodno dobro u vlasništvu Republike Hrvatske

⁷⁵ NN, 107/95.

⁷⁶ O pripadnosti zemljišta vodnom dobru na državnim vodama odlučuje Državna uprava za vode, a o pripadnosti zemljišta vodnom dobru na lokalnim vodama županijski ured odnosno ured Grada Zagreba nadležni za upravljanje vodama (čl. 58./2., 3. Zakona o vodama).

⁷⁷ Po tome se pravni režim javnog vodnog dobra i vodnog dobra razlikuju od pravnog režima voda. Vode su opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne mogu biti ni u čijem vlasništvu (čl. 3./1. Zakona o vodama). Njima, kao i javnim vodnim dobrom, upravlja pravna osoba Hrvatske vode (čl. 1./2. Zakona o vodama).

⁷⁸ Pravni režim javnog vodnog dobra i vodnog dobra razlikuje se i od pravnog režima vodnih građevina (čl. 8., 9. Zakona o vodama). Vodne građevine su u javnom vlasništvu, a smatraju se i dobrima od interesa za RH (čl. 10., 11. Zakona o vodama). Nositelj vlasništva na vodnim građevinama je različito određen ovisno o vrsti vodne građevine. Republika Hrvatska je vlasnik regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina (čl. 10./1. Zakona o vodama). Županija, na čijem se području nalaze, vlasnik je vodnih građevina za melioracijsku odvodnju i vodnih građevina za melioracijsko navodnjavanje, čije je građenje financirano sredstvima proračuna ili sredstvima posebnih naknada

naziva se javno vodno dobro (čl. 61./1. Zakona o vodama). Javno vodno dobro čine zemljišne čestice koje se po čl. 57./1. Zakona o vodama smatraju vodnim dobrom, a koje su do dana stupanja na snagu Zakona o vodama bile upisane u zemljišnim knjigama kao javno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo ili vlasništvo jedinica lokalne samouprave odnosno koje su na temelju zakona postale vlasništvo RH (čl. 60./1. Zakona o vodama).⁷⁹ Javnim vodnim dobrom se smatraju, dok se ne dokaže suprotno, i zemljišne čestice koje su po čl. 57./1. Zakona o vodama vodno dobro koje do stupanja na snagu nisu bile upisane u zemljišnu knjigu odnosno koje su upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naveden kao njihov vlasnik (čl. 60./2. Zakona o vodama). Ta je predmnjeva oboriva pa je svatko ovlašten dokazivati da je vlasnik zemljišne čestice koja ima svojstvo vodnog dobra. Ostala zemljišta koja se po čl. 57. smatraju vodnim dobrom, a ne spadaju u zemljišta iz čl. 60. Zakona o vodama, u vlasništvu su privatnih subjekata.

Između pravnog režima vodnog dobra u privatnom vlasništvu i javnog vodnog dobra postoje određene razlike. Činjenica da je zemljište u privatnom vlasništvu vodno dobro, a time i dobro od interesa za RH, nameće njegovom vlasniku određene obveze. Vlasnik je dužan dopustiti korištenje te čestice za sve namjene određene čl. 59. Zakona o vodama, a u interesu održavanja jedinstvenog vodnog režima (čl. 66. Zakona o vodama). Osim te opće odredbe, Zakon o vodama sadrži i izričite odredbe o pojedinim posebnim ograničenjima vlasništva vodnog dobra, kojima se vlasnicima zabranjuju određene radnje radi očuvanja i održavanja regulacijskih i zaštitnih te drugih vodnih građevina i sprečavanja pogoršanja vodnog režima, ili im se nalaže trpljenje određenih radnji na svojoj nekretnini (npr. čl. 106.,

koje plaćaju korisnici na slivnom području, kao i vodnih građevina te namjene izgrađenih do stupanja na snagu Zakona o vodama (čl. 11./1., 2. Zakona o vodama). Neovisno o tome tko je vlasnik vodne građevine, i koja je njezina namjena, vodnom građevinom u javnom vlasništvu upravljaju "Hrvatske vode" (čl. 10./2., 11./3. Zakona o vodama). Pravilo da su navedene vodne građevine vlasništvo RH odnosno županije vrijedilo bi i kad su izgrađene na zemljištu u vlasništvu fizičke ili pravne osobe privatnog prava. Tada bi se prethodno u svrhu građenja morao provesti postupak izvlaštenja prema Zakonu o izvlaštenju (čl. 9./4. Zakona o vodama) po kojem bi se provelo potpuno izvlaštenje (čl. 3./2. Zakona o izvlaštenju) ili nepotpuno izvlaštenje osnivanjem služnosti (čl. 4./2. Zakona o izvlaštenju). Na tu bi se služnost primjenjivale odredbe ZV o pravu služnosti imati dio zgrade i naprave na poslužnoj nekretnini (čl. 196. ZV), temeljem koje bi se pravno odvojilo vlasništvo zemljišta od vlasništva vodne građevine. Vlasništvo zemljišta i dalje bi postojalo u korist fizičke ili pravne osobe privatnog prava, a vlasništvo vodne građevine u skladu sa Zakonom o vodama pripadalo bi državi ili županiji. Moguće je također da vodna građevina bude i u vlasništvu fizičke osobe ili pravne osobe privatnog prava koja je vlasnik zemljišta na kojem je izgrađena. Vlasnik zemljišta bit će vlasnik vodne građevine izgrađene na njegovom zemljištu ako ona služi isključivo za potrebe poljoprivredne ili druge dopuštene djelatnosti, odnosno radi zaštite njegove imovine odnosno ako je izgrađena sredstvima vlasnika zemljišta i za potrebe tog zemljišta (čl. 19./3, 11./4. Zakona o vodama).

⁷⁹ Za čestice koje se do stupanja na snagu Zakona o vodama nisu smatrale javnim dobrom vrijedi, dakle, pravilo da su stupanjem na snagu Zakona o vodama postale javno vodno dobro ako su za to ispunjene pretpostavke određene iz čl. 60./1. Zakona o vodama. Čestice iz čl. 60./1. Zakona o vodama koje su i do stupanja na snagu tog Zakona već bile u državnom vlasništvu stupanjem na snagu zakona samo su promijenile pravni režim, jer su potpale pod posebni pravni režim koji vrijedi za javno dobro u općoj uporabi.

109., 110., 111. Zakona o vodama).⁸⁰ Usto iz Zakona o vodama proizlazi intencija zakonodavca da u što je moguće većoj mjeri vodno dobro, kao dobro od interesa za RH, postane javno vodno dobro. Time bi se osigurala bolja zaštita vodnog dobra, te bi se lakše osiguralo održavanje jedinstvenog vodnog režima. Tako je izričito propisano da RH ima pravo prvokupa kad vlasnik namjerava prodati česticu koja se po čl. 57. Zakona o vodama smatra vodnim dobrom. Prelaskom u vlasništvo RH takva čestica postaje dijelom javnog vodnog dobra i prelazi u pravni režim koji vrijedi za javno vodno dobro (čl. 67./1. Zakona o vodama). Moguće je, također, da čestica u privatnom vlasništvu što se smatra vodnim dobrom, koja je osobito značajna za održavanje vodnog sustava, prijeđe u vlasništvo RH, a time i u pravni režim javnog vodnog dobra i izvlaštenjem u korist RH prema odredbama Zakona o izvlaštenju i uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 67./2. Zakona o vodama).

Javno vodno dobro je u vlasništvu RH. Ono je javno dobro u općoj uporabi (čl. 61./1. Zakona o vodama). Javnim vodom dobrom upravljaju "Hrvatske vode" (čl. 61./3., 158./7. Zakona o vodama).^{81,82} Javnim vodnim dobrom smatraju se samo one čestice koje obuhvaćaju zemljišne površine opisane u čl. 57./1. Zakona o vodama. Najvećim su dijelom ta zemljišta status javnog vodnog dobra stekla temeljem zakona, tj. stupanjem na snagu Zakona o vodama, ako su za to bile ispunjene pretpostavke iz čl. 60./1. Zakona o vodama. Moguće je, međutim, da i nakon stupanja na snagu Zakona o vodama određeno zemljište koje ispunjava pretpostavke iz čl. 57./1. i za koje je u skladu s čl. 58. Zakona o vodama određeno da je vodno dobro iz privatnovlasničkog režima, prijeđe u javnopravno vlasnički režim, a time i postane javno vodno dobro (npr. pravnim poslom s vlasnikom zemljišta, izvlaštenjem). Status javnog vodnog dobra prestaje, pak, kad se rješenjem Državne uprave za vode utvrdi da je zemljišna čestica postala trajno nepotrebna za namjene određene vodnom dobru i da je zbog toga prestala biti javnim dobrom, te kad se u zemljišnoj knjizi izbriše njezino svojstvo javnog vodnog dobra (čl. 65. Zakona o vodama). Dakle, sve dok se ne izbriše iz zemljišnih knjiga svojstvo javnog vodnog dobra, zemljište se smatra javnim vodnim dobrom i potpada pod posebni pravni režim predviđen za javna vodna dobra. Brisanjem statusa javnog vodnog dobra ne mijenja se, međutim, vlasnik - to je i dalje RH, ali se više ne primjenjuju

⁸⁰ Na prava tih vlasnika zbog posebnih ograničenja njihovog vlasništva primjenjivale bi se odredbe iz čl. 4./2., 32./2. ZV.

⁸¹ Organizacija upravljanja vodama i vodnim dobrom koju ostvaruju "Hrvatske vode" uređena je u čl. 156.-172. i dr. Zakona o vodama. Na Hrvatske vode, ako Zakonom o vodama nije drukčije određeno, primjenjuju se pravila koja vrijede za ustanove (čl. 156./4. Zakona o vodama). "Hrvatske vode" su pravni sljednik Javnog vodoprivrednog poduzeća "Hrvatska vodoprivreda" (čl. 200./1. Zakona o vodama).

⁸² U čl. 61./3. Zakona o vodama izričito je propisano na koje su radnje glede upravljanja, korištenja i raspolaganja javnim vodnim dobrom ovlaštene "Hrvatske vode". One su ovlaštene na sklapanje ugovora i poduzimanje drugih radnji u vezi s ulaganjem, tehničkim i gospodarskim održavanjem, korištenjem i davanjem u zakup javnog vodnog dobra. Glede ugovora o koncesiji Hrvatske vode obavljaju stručne poslove u vezi s davanjem koncesija na javnom vodnom dobru, te obavljaju stručni nadzor nad provođenjem ugovora o koncesiji (čl. 158. t. 9., 10. Zakona o vodama).

posebna pravila o pravnom statusu javnog vodnog dobra kao javnog dobra u općoj uporabi.⁸³

Za javno vodno dobro vrijedi pravilo da je neotuđivo (tzv. **načelo neotuđivosti iz državnog vlasništva**). Ono ne može prijeći iz vlasništva RH u vlasništvo neke fizičke ili pravne osobe (čl. 61./2. Zakona o vodama). To bi bilo moguće tek ako se određenoj čestici u skladu s čl. 65. ukine status javnog vodnog dobra. Iz pravila o neotuđivosti javnog vodnog dobra iz javnog vlasništva RH proizlazilo bi pravilo da ni po kojem pravnom temelju ne bi vlasništvo javnog vodnog dobra moglo prijeći na neku drugu osobu. U čl. 62./1. izričito je određeno da se javno vodno dobro ne može steći dosjelošću, ali bi iz načela neotuđivosti proizlazilo da prijelaz vlasništva na drugu osobu, odnosno prestanak javnog vlasništva na javnom vodnom dobru ne bi bio moguć ni po nekom drugom pravnom temelju po kojem se stječe vlasništvo. Na javnom vodnom dobru ne bi se moglo steći ni neko ograničeno stvarno pravo (čl. 62./1. Zakona o vodama). Ovo strogo pravilo determinirano je, ponajprije, namjenom javnog vodnog dobra, tj. njegovom općom uporabom, ali su od njega određene i iznimke. Osnivanje nekog drugog prava bilo bi moguće samo ako su "Hrvatske vode" posebnim aktom prethodno utvrdile da to pravo neće utjecati na ostvarivanje namjene javnog vodnog dobra odnosno da neće potpuno isključiti dopuštenu opću uporabu na tom dijelu javnog vodnog dobra. Bilo bi, dakle, moguće osnivati na javnom vodnom dobru i neka ograničena stvarna prava, ali nikako ne ona koja, da bi se realizirala, dovode do promjene vlasnika nekretnine, kao što su npr. založno pravo, fiducijarno vlasništvo ili neko drugo stvarnopravno osiguranje tražbina koje se ostvaruje prodajom nekretnine. Slijedom toga na javnom vodnom dobru ne bi bilo moguće provesti ni ovrhu radi prisilne naplate neke novčane tražbine. Radi osiguranja ostvarivanja njihove namjene kao javnog dobra u općoj uporabi izričitom zakonskom odredbom isključeno je i pružanje posjedovne zaštite onome tko neovlašteno koristi javno vodno dobro (čl. 64./4. Zakona o vodama).⁸⁴

Pravni režim uporabe javnog vodnog dobra uređen je u skladu s općim pravilima o namjeni i uporabi javnog dobra u općoj uporabi (čl. 35./4. ZV). Zakon o vodama određuje da se svatko pod jednakim uvjetima može služiti, koristiti javnim vodnim dobrom za odmor i rekreaciju, i to na način i u opsegu koji određuje gradsko odnosno općinsko vijeće uz suglasnost Hrvatskih voda (čl. 63./1. Zakona o vodama). Pritom postoji obveza osiguranja korištenja javnog vodnog dobra za namjene koje su zakonom određene za vodno dobro (čl. 59. Zakona o vodama) i ostalih korištenja u javnom interesu, a osobite zaštite obala i vodnih građevina (čl. 63./1. Zakona o vodama).⁸⁵ Moguće je, međutim, da se pravo svih da upotrebljavaju

⁸³ V. Jug, J.: o.c., str. 71.

⁸⁴ To bi značilo da bi se u posjedovnim parnicama što se vode radi smetanja nekretnine koja je javno vodno dobro, prije odlučivanja o dopuštenosti pružanja posjedovne zaštite morale utvrđivati i činjenice koje se, u pravilu, ne utvrđuju u posjedovnoj parnici. Utvrđivalo bi se ima li nekretnina svojstvo javnog vodnog dobra te da li osoba koja zahtijeva posjedovnu zaštitu tu nekretninu koristi neovlašteno, tj. bez pravnog temelja.

⁸⁵ Za radnje za koje je na temelju odluka donijetih u skladu s čl. 63./1. Zakona o vodama

javno vodno dobro ograniči osnivanjem prava gospodarskog korištenja dijela javnog vodnog dobra na određenu pravnu ili fizičku osobu (čl. 64./1. i 3. Zakona o vodama). Tada će pravo upotrebljavati i koristiti javno vodno dobro imati samo osoba u čiju je korist osnovano pravo gospodarskog korištenja javnog vodnog dobra. Ta će osoba imati pravo posebno se koristiti javnim vodnim dobrom, a u skladu s ovlastima koje proizlaze iz njezinog prava gospodarskog korištenja javnim vodnim dobrom. U skladu s općim pravilom da je takvo posebno korištenje javnog dobra u općoj uporabi moguće jedino na temelju posebnog odobrenja, i uz plaćanje određene naknade, Zakon o vodama i određuje da se pravo gospodarskog korištenja dijelom javnog vodnog dobra osniva koncesijom ili zakupom pod uvjetima određenim zakonom (čl. 64./2. Zakona o vodama).

Koncesija omogućuje gospodarsko korištenje dijela javnog dobra, osim za namjene određene u čl. 59. Zakona o vodama, uz plaćanje naknade određene ugovorom o koncesiji.⁸⁶ Davanje koncesija na vodnom dobru uređuju čl. 142.-155. Zakona o vodama. Koncesijom se stječe pravo korištenja voda i javnog vodnog dobra, odnosno pravo obavljanja gospodarskih i drugih djelatnosti na vodama i javnom vodnom dobru (čl. 142. Zakona o vodama). Iz čl. 143./1./t. 9., 10. Zakona o vodama proizlazilo bi da se na javnom vodnom dobru koncesija dodjeljuje radi gospodarskog i drugog korištenja javnog vodnog dobra s podizanjem trajnih građevina odnosno ugradnjom uređaja, te za korištenje javnog vodnog dobra za športske i rekreacijske namjene s podizanjem trajnih građevina i sl. (čl. 143./1./t. 10., 11. Zakona o vodama). Koncesija na javnom vodnom dobru radi gospodarskog korištenja opisanog u čl. 143./1./t. 10., 11. Zakona o vodama) dodjeljuje se prikupljanjem ponuda ili neposrednim zahtjevom, osim ako tijelo koje donosi odluku o koncesiji ne odluči da se i u tim slučajevima za dodjelu koncesije provede javni natječaj (čl. 144./2. Zakona o vodama). Odluku o koncesiji za gospodarsko i drugo korištenje javnog dobra s podizanjem trajnih građevina odnosno ugradnjom uređaja te za korištenje javnog vodnog dobra za športske i rekreacijske namjene podizanjem trajnih građevina donosi županijsko poglavarstvo (čl. 145./2./t. 4. Zakona o vodama), a nakon prethodno pribavljenog stručnog mišljenja "Hrvatskih voda" (čl. 145./3. Zakona o vodama). "Hrvatske vode" obavljaju stručne poslove u vezi s davanjem koncesija na javnom vodnom dobru (čl. 158./t. 9. Zakona o vodama). Ugovor o koncesiji na javnom vodnom dobru na navedene namjene zaključuju "Hrvatske vode" i korisnik koncesije (čl. 146./3. Zakona o vodama). Naknada za koncesije na javnom vodnom dobru plaća se u proračun županije odnosno Grada Zagreba (čl. 153. Zakona o vodama). Poblize propise o vremenu trajanja koncesija te osnovama za određivanje visine naknade za koncesiju, načinu provedbe natječaja i prikupljanju ponuda donosi Vlada RH (čl. 155. Zakona o

određeno da svatko može činiti na javnom vodnom dobru, tj. da pripadaju općoj uporabi vrijedi predmnjeva da nisu štetne za javno vodno dobro. Ta je predmnjeva oboriva tako da postoji mogućnost dokazivanja suprotnog (čl. 63/2. Zakona o vodama).

⁸⁶ Visina naknade određuje se po kriterijima određenim u čl. 147. Zakona o vodama.

vodama).⁸⁷

U slučajevima kad bi se javno vodno dobro koristilo u manjem opsegu, bez podizanja trajnih građevina odnosno ugradnje uređaja, nije potrebno dodjeljivati koncesiju. Za takvo je korištenje javnog vodnog dobra dovoljno da "Hrvatske vode" i korisnik zaključe ugovor u skladu s propisima o obveznopravnim odnosima npr. **ugovor o zakupu** (čl. 143./2. Zakona o vodama). Vlada RH određuje što se smatra manjim opsegom korištenja voda i vodnog dobra za koje koncesija nije potrebna posebnim propisom.⁸⁸

Javno vodno dobro upisuje se u zemljišnu knjigu po pravilima koja vrijede za upis javnog dobra u općoj uporabi (čl. 23./5. ZZK). Državni pravobranitelj bio je dužan u roku od 1 godine od stupanja na snagu Zakona o vodama zatražiti upis u zemljišne knjige javnog vodnog dobra u vlasništvu RH za zemljišta koja se po čl. 60. smatraju javnim vodnim dobrom (čl. 207./1. Zakona o vodama).^{89,90}

3.2. Šume i šumska zemljišta

Pravni režim šuma i šumskog zemljišta uređuje Zakon o šumama.⁹¹ Šumom se u smislu Zakona o šumama smatra zemljište obraslo šumskim drvećem u obliku sastojine na površini većoj od 10 ari (čl. 4./1. Zakona o šumama),⁹² a šumskim

⁸⁷ Na temelju čl. 155. Zakona o vodama Vlada RH donijela je Uredbu o uvjetima i postupku za dodjelu koncesija na vodama i javnom vodnom dobru (NN, 99/96., 11/98.). Trajanje koncesije određeno je u Uredbi ovisno o sadržaju prava na gospodarsko korištenje (čl. 6.-8. Uredbe). Tako je određeno da je 30 godina najdulje vrijeme za koncesiju za gospodarsko i drugo korištenje javnog vodnog dobra podizanjem trajnih građevina (čl. 7. t. 9. Uredbe), a da je 40 godina najdulje vrijeme trajanja koncesije za korištenje javnog vodnog dobra za športske i rekreacijske namjene, s podizanjem trajnih građevina kao što su bazeni, tribine, poslovne i druge građevine (čl. 6. t. 10. Uredbe). Osnove za određivanje visine naknade koncesije određene su u čl. 9.-16. Uredbe.

⁸⁸ Vlada RH to je odredila Uredbom o uvjetima i postupku za dodjelu koncesija na vodama i javnom vodnom dobru (čl. 2-5. Uredbe). Tako npr. po čl. 5. Uredbe nije potrebna koncesija za radove polaganja električnih i telekomunikacijskih vodova i kabela koji se polažu u vodama i na javnom vodnom dobru.

⁸⁹ Po izričitoj odredbi Zakona o vodama (čl. 207./2.) ovo pravilo ne vrijedi za one čestice za koje je utvrđeno da su vodno dobro, koje su aktom o nacionalizaciji, konfiskaciji, ili drugoj osnovi, osim na temelju raspolaganja prijašnjih vlasnika, prešle u društveno vlasništvo, dok se u skladu s posebnim propisom ne riješi njihov pravni položaj. No, dok se ne riješi njihov status one se smatraju javnim vodnim dobrom u smislu čl. 60./1. Zakona o vodama.

⁹⁰ Državni pravobranitelj RH bio bi ovlašten zahtijevati i upis vlasništva RH na vodnim građevinama koje su u vlasništvu RH (čl. 10./1. Zakona o vodama), a državni pravobranitelj županije upis vlasništva vodnih građevina u korist županije (11./1.). Uz vlasništvo tih javnopravnih subjekata trebalo bi upisati i tko je ovlašten upravljati tim građevinama. O upisu javnog vodnog dobra u zemljišne knjige v. opširnije Jug, J.: o.c., str. 67.-72.

⁹¹ NN, 52/90. (pročišćeni tekst), 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93., 8/00.

⁹² Šume se dijele prema svojoj namjeni na gospodarske, zaštitne i šume s posebnom namjenom (čl. 5. Zakona o šumama). Namjenu zaštitnih šuma proglašava županijska skupština odnosno Gradska skupština Grada Zagreba (čl. 6./1. Zakona o šumama). Šume s posebnom namjenom za znanstvena istraživanja, za nastavu i za potrebe utvrđene posebnim propisima proglašava Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva (čl. 6./4. Zakona o šumama), a za potrebe obrane RH Vlada RH na prijedlog Ministarstva obrane, a po pribavljenom mišljenju Ministarstva poljoprivrede i šumarstva (čl. 6./5. Zakona o šumama).

zemljištem smatra se zemljište na kojem se uzgaja šuma ili koje je zbog svojih prirodnih osobina i uvjeta gospodarenja predviđeno kao najpovoljnije za uzgajanje šuma (čl. 4./3. Zakona o šumama).⁹³ Šumsko zemljište i šume kao specifično prirodno bogatstvo s općekorisnim funkcijama su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku i imaju njezinu osobitu zaštitu (čl. 1./1. Zakona o šumama). Slijedom toga se šume i šumska zemljišta zaštićuju i iskorištavaju na način određen Zakonom o šumama (čl. 1./2. Zakona o šumama).

Šume i šumska zemljišta na teritoriju RH objekt su vlasništva. One mogu biti u vlasništvu privatnopravnih subjekata ili u vlasništvu države. Za izvršavanje vlasništva privatnopravnih subjekata na šumama i šumskom zemljištu postoje u Zakonu o šumama posebna pravila koja značajno ograničavaju mogućnosti izvršavanja njihovih vlasničkih ovlasti s obzirom da su šume i šumska zemljišta proglašeni dobrima od interesa za RH. Za ta bi im ograničenja pripadala naknada (čl. 52./2. Ustava RH, čl. 32., 33. ZV).⁹⁴ Ta ograničenja proizlaze ponajprije iz odredbi Zakona o šumama, kojima se predviđa jedinstveno i trajno gospodarenje šumama i šumskim zemljištem na teritoriju RH neovisno o tome u čijem su vlasništvu.⁹⁵ Gospodarenje se provodi na temelju šumskogospodarske osnove za pojedino šumskogospodarsko područje (čl. 29. Zakona o šumama).⁹⁶ Šumskogospodarsku osnovu donosi javno poduzeće "Hrvatske šume", a odobrava Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva na temelju mišljenja stručne komisije (čl. 30./1. Zakona o šumama). Ta šumskogospodarska osnova temelj je i za gospodarenje šumama i šumskim zemljištem u privatnom vlasništvu. Naime, po čl. 34./1. Zakona o šumama šumom i šumskim zemljištem njihov vlasnik gospodari na način i pod uvjetima određenim Zakonom o šumama, pri čemu je dužan osigurati jedinstvenu biološku reprodukciju šuma na način propisan tim zakonom (čl. 34./2. Zakona o šumama). Vlasnik je dužan gospodariti i koristiti se svojom šumom i šumskim zemljištem u skladu s programom za gospodarenje šumama kojeg donosi poduzeće "Hrvatske šume" na temelju šumskogospodarske osnove uz suglasnost Ministarstva poljoprivrede i šumarstva (čl. 35., 36. Zakona o šumama). Tim se programom određuje koje mjere i radnje moraju vlasnici poduzeti u svojoj šumi ili na svom šumskom zemljištu. Ako vlasnici šuma u određenim rokovima ne provedu mjere ili ne izvrše

⁹³ Je li neko zemljište obraslo šumom, odnosno je li neko zemljište šumsko zemljište, odlučuje Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva odnosno Vlada RH (čl. 4./4. Zakona o šumama).

⁹⁴ Za ograničenja vlasničkih prava na šumama i šumskom zemljištu koje su proglašene zaštitnom šumom, odnosno šumom s posebnom namjenom vlasnici imaju pravo na naknadu i po čl. 60. Zakona o šumama. Tada im pripada naknada u iznosu za koji su im umanjeni prihodi iz te šume odnosno povećani troškovi njezinog održavanja.

⁹⁵ Pritom je izričito određeno što obuhvaća gospodarenje šumama (čl. 8.-10. i dr. Zakona o šumama), te kojim se mjerama ostvaruje interes RH u djelatnosti gospodarenja šumama i šumskim zemljištem (čl. 17. i dr. Zakona o šumama). Gospodarenje se ostvaruje u šumskogospodarskim područjima, tj. njegovim jedinicima podijeljenim na odjele i odsjeke (čl. 13., 14. Zakona o šumama), a na temelju šumskogospodarske osnove područja (čl. 29. i dr. Zakona o šumama).

⁹⁶ Šumskogospodarsko područje određuje se prema pravilima iz čl. 13. Zakona o šumama, dijeli se na gospodarske jedinice, koje se dijele na odjele i odsjeke (čl. 14. Zakona o šumama).

radnje predviđene tim programom, za obavljanje tih mjera i radnji ovlašteno je poduzeće "Hrvatske šume" (čl. 36./2. Zakona o šumama). Korištenje šumom i šumskim zemljištem, sječa drveća, uzgoj divljači u šumi i dr. također su određeni programom te godišnjim planom gospodarenja.⁹⁷ U pravilu je svako gospodarsko korištenje šumom i šumskim zemljištem od strane njihovog vlasnika vezano davanjem prethodne dozvole ili nekog drugog akta (doznaka, popratnica i sl.), kojeg izdaje poduzeće "Hrvatske šume".⁹⁸ Usto postoje i brojna posebna ograničenja kojima se vlasnicima šuma radi održavanja šuma i njihove namjene nameće poduzimanje određenih mjera ili ustezanje od određenih radnji na koje bi bio ovlašten kao vlasnik.⁹⁹

U vlasništvu Republike Hrvatske su šume i šumska zemljišta koje nisu u vlasništvu privatnopravnih subjekata (čl. 16./1. Zakona o šumama). Iz Zakona o šumama ne proizlazi da bi šume i šumsko zemljište u državnom vlasništvu bile javna dobra u općoj ili u javnoj uporabi. Ipak za njih ne vrijede pravila općeg vlasničkog režima, koja inače vrijede za stvari u vlasništvu države (npr. čl. 35./6. ZV i dr.). Zakon o šumama posebno uređuje i pravni režim državnih šuma i šumskog zemljišta. Za državne šume i šumsko zemljište vrijedi **načelo neotuđivosti iz državnog vlasništva**. Te se šume i ne mogu otuđiti iz državnog vlasništva osim u slučajevima predviđenim Zakonom o šumama (čl. 55./1. Zakona o šumama). Po Zakonu o šumama to bi bilo moguće u postupcima komasacije (čl. 55./1, 64.-66. Zakona o šumama),¹⁰⁰ te u slučajevima kad je Sabor RH odnosno tijelo kojeg je on ovlastio izdvojilo pojedine državne šume i šumska zemljišta iz šumskogospodarskog područja i prenijelo ih u vlasništvo neke pravne osobe (čl. 15. Zakona o

⁹⁷ Tako npr. vlasnik šume može u svojoj šumi napasati stoku te skupljati i odvoziti šušanj, mahovinu i druge sporedne šumske proizvode samo pod uvjetima i na način određen programom za gospodarenje šuma (čl. 46. Zakona o šumama). Divljač se u šumi može uzgajati samo u skladu sa šumskogospodarskom osnovom (čl. 40. Zakona o šumama).

⁹⁸ Odabiranje i obilježavanje stabala za sječu (doznaka stabala) te njihova sječa dopuštena je samo na temelju doznake stabala u skladu s godišnjim planom gospodarenja, kojeg provodi poduzeće "Hrvatske šume", te dozvole za sječu koju izdaje poduzeće Hrvatske šume na zahtjev vlasnika (čl. 41. Zakona o šumama). Drvo i grane posječene u šumi mogu se izvesti, prevoziti, primiti na otpremu ili pohranu te prodavati samo ako je za drvo izdana popratnica koju izdaje poduzeće Hrvatske šume (čl. 54. Zakona o šumama). Postupanje protivno navedenim pravilima smatra se prekršajem za koji se plaća novčana kazna (čl. 86. i dr. Zakona o šumama).

⁹⁹ Vlasnicima šuma nalaže se poduzimanje određenih mjera radi održavanja šuma (npr. čl. 11., 44., 49., 52. Zakona o šumama). Ako vlasnik ne poduzme neku mjeru radi održavanja šuma naloženu Zakonom o šumama ili aktom donijetim na temelju tog Zakona, njih će poduzeti nadležno tijelo koje ih je odredilo na trošak vlasnika (čl. 12. Zakona o šumama). Nadalje, vlasnik može krčiti odnosno sjeći šumu samo u slučajevima određenim Zakonom o šumama, ali i tada mora to zemljište ponovno privesti namjeni u roku od tri godine (čl. 47.). Vlasnik je ograničen i glede gradnje objekata u šumi, jer može graditi samo one objekte koji su potrebni za gospodarenje šumom, te objekte predviđene prostornim planom (čl. 48. Zakon o šumama). O izvršavanju prava vlasništva na šumama v. opširnije Gavella, N. i suradnici: o.c, str. 918.-923.

¹⁰⁰ Tada je moguće zamijeniti šumu i šumsko zemljište za poljoprivredno zemljište, te šumu i šumsko zemljište u državnom vlasništvu za šumu i šumsko zemljište u vlasništvu privatnopravnog subjekta (čl. 66. Zakona o šumama).

šumama).¹⁰¹ Načelo neotuđivosti državnih šuma i šumskog zemljišta ima velike implikacije na mogućnost raspolaganja tim nekretninama i na njihov položaj u pravnom prometu. S obzirom da su neotuđive iz državnog vlasništva na njima se ne mogu osnivati stvarna prava koja se ostvaruju namirivanjem iz vrijednosti stvari ostvarene njezinom prodajom (hipoteka, stvarni tereti, fiducijarno vlasništvo), niti bi se na šumama i šumskom zemljištu mogla provesti prisilna ovrha.¹⁰² Pravilo o neotuđivosti šuma i šumskog zemljišta iz državnog vlasništva dovodi, stoga, do toga da su mogućnosti raspolaganja tim nekretninama vrlo ograničene. One su sužene na one oblike stvarnopravnog i obveznopravnog raspolaganja kojima se osnivaju prava koja se ostvaruju samo korištenjem i posjedovanjem nekretnina (npr. služnosti¹⁰³ i sl.). Pitanje je, međutim, koliko je takvo ograničeno raspolaganje državnim šumama i šumskim zemljištem, te isključena mogućnost njihova otuđenja iz državnog vlasništva primjerena novim gospodarskim odnosima i tržišnom poslovanju.¹⁰⁴ To posebno kad se uzme u obzir činjenica da šume predstavljaju veliki gospodarski potencijal koji bi tek trebalo iskoristiti. Liberalizacija raspolaganja državnim šumama i šumskim zemljištem ne bi nužno morala dovesti do devastacije šuma i šumskog zemljišta i njihova propadanja. Šume i šumsko zemljište već su po Ustavu, a i temeljem Zakona o šumama, proglašene dobrom od interesa za RH. One uživaju posebnu zaštitu, pa se upravo radi održavanja šuma i šumskog zemljišta njihovim vlasnicima nameću različita ograničenja i obveze prilikom održavanja i korištenja šuma. Čini se da bi se odgovarajućim uređenjem tih ograničenja i obveza vlasnika neovisno o tome tko je vlasnik, a bez ograničavanja njihova raspolaganja, mogla postići dostatna zaštita šuma i šumskog zemljišta.

Intencija zakonodavca da isključi mogućnost prelaska državnih šuma i šumskog zemljišta u vlasništvo privatnopravnih subjekata bila je izražena i u odredbi koja je isključivala mogućnost stjecanja vlasništva državnih šuma i šumskog zemljišta dosjelošću (čl. 55./2. Zakona o šumama). Izričito je određeno i da je zabranjeno i kažnjivo samovlasno zauzimanje šuma i šumskog zemljišta u državnom vlasništvu (čl. 56. Zakona o šumama).¹⁰⁵ Odredbu koja je isključivala

¹⁰¹ To će biti moguće samo ako za to postoji opći interes, koji postoji samo u slučajevima taksativno određenim u čl. 15./1. Zakona o šumama i uz plaćanje naknade (čl. 58., 59. Zakona o šumama). V. npr. Odluku Vlade RH o utvrđivanju interesa Republike Hrvatske za eksploataciju i sanaciju kamenoloma arhitektonskog građevnog kamena, od 7.12.2000. kojom je utvrđeno da postoji interes RH da se šumsko zemljište opisano u Odluci izdvoji iz šumskogospodarskog područja i privede drugoj namjeni, tj. eksploataciji i i sanaciji kamenoloma (NN, 126/00.).

¹⁰² V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 924.

¹⁰³ Iz čl. 61./1. Zakona o šumama proizlazilo bi da bi bilo moguće ustanoviti služnost u šumi ili na šumskom zemljištu (izgradnja vodova, kanalizacija, plinovoda, električnih vodova i sl.) u postupku propisanom zakonom, a uz plaćanje naknade u iznosu za koji je zbog ustanovljene služnosti smanjena vrijednost šume ili šumskog zemljišta i umanjena proizvodnja drvene mase. Na ustanovljenje takvih služnosti primjenjivala bi se pravila o nepotpunom izvlaštenju.

¹⁰⁴ V. u tom smislu i Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 924.

¹⁰⁵ Zemljište u državnom vlasništvu moguće je samo privremeno zauzeti za prijevoz i smještaj šumskih proizvoda ako to nije moguće obaviti na drugi način ili bi drugi način bio nerazmjerno skuplji (čl. 62. Zakona o šumama).

mogućnost stjecanja vlasništva državnog šumskog zemljišta dosjelošću ukinuo je Ustavni sud RH odlukom od 12.1.2000. godine br. U-I-374/1998.¹⁰⁶ Nakon ukidanja te odredbe moguće je, dakle, stjecanje vlasništva šume i šumskog zemljišta dosjelošću time da bi se na rok dosjelošti primjenjivala pravila iz čl. 159./4. o dvostrukom vremenu trajanja roka dosjedanja s obzirom da se radi o stvari u vlasništvu RH.

Šumama i šumskim zemljištem u državnom vlasništvu gospodari javno poduzeće u djelatnosti šumarstva "Hrvatske šume" (čl. 16./2., 18. Zakona o šumama).^{107,108} Samo iznimno pojedinim šumama i šumskim zemljištem u državnom vlasništvu, kojima ne gospodari javno poduzeće "Hrvatske šume", mogu gospodariti tijela državne uprave i pravne osobe u državnom vlasništvu, ako ispunjavaju uvjete propisane Zakonom o šumama (čl. 16./3. Zakona o šumama). Uz djelatnost gospodarenja državnim šumama i šumskim zemljištem poduzeće "Hrvatske šume" osigurava jednostavnu i dio proširene reprodukcije šuma (čl. 19. Zakona o šumama).¹⁰⁹ U gospodarenju državnim šumama i šumskim zemljištem poduzeće "Hrvatske šume" uz suglasnosti Ministarstva poljoprivrede i šumarstva donosi šumskogospodarsku osnovu područja, osnove gospodarenja gospodarskim jedinicama, programe za gospodarenje, programe za proširenu biološku reprodukciju šuma (čl. 22./c/t.1., 2., 30./1., 32., Zakona o šumama), godišnje planove gospodarenja šumama (čl. 22./c/3., 33 Zakona o šumama) i dr.¹¹⁰ U gospodarenju šumama i šumskim zemljištem u državnom vlasništvu poduzeće "Hrvatske šume", osim ovlaštenja na donošenje akata nužnih za gospodarenje šumama, ima i određene dužnosti radi zaštite šuma od protupravnog prisvajanja, korištenja i drugih protupravnih radnji (čl. 49. Zakona o šumama), te je sukladno tome dužno osigurati neposredno čuvanje šuma (čl. 50. Zakona o šumama). Poduzeće "Hrvatske šume" ovlašteno je, nadalje,

¹⁰⁶ NN 8/00.

¹⁰⁷ Nadzor nad zakonitošću rada poduzeća "Hrvatske šume" obavlja Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva (čl. 26. Zakona o šumama), a nad njim se ne može voditi stečajni postupak (čl. 20. Zakona o šumama)

¹⁰⁸ Po čl. 22. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama (NN, 76/93.) šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu kojima su iznimno gospodarile pravne osobe nastale pretvorbom društvenih poduzeća, općine koje te šume i šumsko zemljište do stupanja na snagu ovog Zakona nisu predale na gospodarenje Poduzeću za šume "Hrvatske šume", i druge pravne osobe, preuzima to poduzeće u roku od 60 dana od stupanja na snagu tog Zakona odnosno od dana pretvorbe pravne osobe, sa stanjem na dan 30. lipnja tekuće godine odnosno 31. prosinca protekle godine.

¹⁰⁹ Poduzeće "Hrvatske šume", kao što je već rečeno, ima i vrlo velike ovlasti i glede gospodarenja i korištenja šuma i šumskog zemljišta u vlasništvu privatnopravnih subjekata.

¹¹⁰ Za gospodarenje šumama oslobođenim akcijama "Bljesak i "Oluja" i šumama "Područja hrvatskog Podunavlja ranije pod upravom UN" Vlada RH donosila je posebne Uredbe o gospodarenju šumama oslobođenim akcijama "Bljesak i "Oluja" i šumama "Područja hrvatskog Podunavlja ranije pod upravom UN", kojima je određivala da se tim šumama gospodari na osnovi godišnjeg plana gospodarenja. Izričito je bilo propisano da se pod izvršenjem godišnjeg plana gospodarenja smatra godina izvršenja revidirane odnosno obnovljene osnove gospodarenja gospodarskom jedinicom ili programa za gospodarenje šumama (čl. 2./2. Uredbe). V. Uredbe Vlade RH objavljene u NN 33/96., 33/97., 44/98., 30/99.

općim aktom predvidjeti i mogućnost i da se druge osobe na određeni način koriste šumom u državnom vlasništvu (čl. 45. Zakona o šumama). Poduzeće "Hrvatske šume" može općim aktom odrediti za svoje potrebe, kao i za potrebe građana, uz naknadu skupljanje šumskih plodova i drugih sporednih šumskih proizvoda, iskorištavanje humusa, pijeska, šljunka, kamena i smolarenja, te pod određenim uvjetima pašarenje i žirenje u šumama i na šumskom zemljištu (čl. 45./1. Zakona o šumama). Vrste plodova i sporednih šumskih proizvoda te uvjete pod kojima ih građani mogu skupljati u šumi, kao i način korištenja šume za odmor i rekreaciju, određuju "Hrvatske šume" općim aktom (čl. 45./2. Zakona o šumama). U Zakonu o šumama nema izričitih odredbi iz kojih bi proizlazilo ovlaštenje poduzeća "Hrvatske šume" da u ime države pravno raspoláže državnim šumama i šumskim zemljištem, što je odraz pravila o načelnoj neutuđivosti državnih šuma i šumskog zemljišta. Na pravno raspolaganje izdvajanjem državne šume i šumskog zemljišta iz šumarskogospodarskog područja, a time i izuzimanje iz zabrane neutuđivosti, ovlašten je samo Sabor RH odnosno tijelo koje on na to ovlasti posebnim aktom (čl. 15./1. Zakona o šumama), i to samo uz ispunjenje pretpostavki određenim čl. 15. Zakona o šumama.

3.3. Poljoprivredno zemljište

Pravni režim poljoprivrednog zemljišta uređuje Zakon o poljoprivrednom zemljištu.^{111,112} Poljoprivrednim zemljištem smatraju se poljoprivredne površine: oranice, povrtnjaci, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare kao i drugo zemljište koje se može privesti poljoprivrednoj proizvodnji (čl. 2./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).^{113,114} Poljoprivredno zemljište je Zakonom o poljoprivrednom zemljištu proglašeno dobrom od interesa za RH i ima njezinu osobitu zaštitu (čl. 1./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Poljoprivredno

¹¹¹ NN, 54/94. - pročišćeni tekst, 48/95., 19/98., 105/99.

¹¹² Vlada RH je 21.12.2000. uputila u saborsku proceduru Prijedlog Zakona o poljoprivrednom zemljištu (u daljnjem tekstu: Prijedlog). U nastavku se izlažu odredbe Zakona koje vrijede u trenutku predaje ovog teksta na objavu, s time da se promjene koje se predlažu Prijedlogom Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz prosinca 2000. izlažu u posebnim bilješkama.

¹¹³ Vrsta korištenja poljoprivrednog zemljišta utvrđuje se prema podacima iz katastra nekretnina, dok se ne dokaže suprotno (čl. 2./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

¹¹⁴ Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN, 105/99.) izbrisana je odredba biv. čl. 2./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu po kojoj se poljoprivrednim zemljištem smatralo i neizgrađeno građevinsko zemljište osim uređenog građevinskog zemljišta užih dijelova starih gradskih jezgri. Ta je odredba zamijenjena novom iz koje proizlazi da se neizgrađeno građevinsko zemljište ne smatra poljoprivrednim zemljištem već se samo do privođenja nepoljoprivrednoj namjeni koristi kao poljoprivredno zemljište i mora se održavati sposobnim za poljoprivrednu proizvodnju (novi čl. 2./4. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Time su otklonjene brojne dvojbe glede razgraničenja poljoprivrednog i građevinskog zemljišta, posebno u gradovima, koje su imale značajne implikacije na uređenje pravnih odnosa između države kao vlasnika poljoprivrednog zemljišta i jedinica lokalne uprave i samouprave koje su dijelom postale vlasnici neizgrađenog građevinskog zemljišta. Gotovo identičnu odredbu sadrži i Prijedlog u čl. 2./3.

zemljište se koristi, zaštićuje i njime se raspolaze na način određen zakonom (čl. 1./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹¹⁵

Poljoprivredno zemljište na teritoriju RH objekt je vlasništva. Ono može biti u privatnom vlasništvu i u javnom vlasništvu, tj. u vlasništvu države. Vlasnik poljoprivrednog zemljišta može biti samo domaća fizička ili pravna osoba. Po izričitoj odredbi Zakona o poljoprivrednom zemljištu vlasnici poljoprivrednog zemljišta ne mogu biti strane fizičke i pravne osobe, niti ga mogu steći ulaganjem kapitala ili kupnjom domaće pravne osobe osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 1./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹¹⁶ Privatni vlasnici u ostvarivanju vlasničkih ovlaštenja na poljoprivrednom zemljištu su, s obzirom da je to zemljište dobro od interesa za RH, na određeni način ograničeni. Za ta bi im posebna ograničenja pripadala naknada u smislu čl. 52./2. Ustava i čl. 32. i 34. ZV. Zakon o poljoprivrednom zemljištu izričito isključuje mogućnost korištenja poljoprivrednog zemljišta određenih razreda za nepoljoprivredne svrhe, osim u zakonom određenim slučajevima (čl. 9., 10. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Radi zaštite od požara vlasnici zemljišta moraju se pridržavati posebnih mjera zaštite od požara, a u nekim se područjima moraju i suzdržavati od spaljivanja korova i sl. u određenim razdobljima (čl. 11. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Vlasnici poljoprivrednog zemljišta dužni su obradivo poljoprivredno zemljište obrađivati na odgovarajući način prema vrsti korištenja određenoj u katastru nekretnina (čl. 12./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).^{117,118} Ako vlasnik nije obrađivao svoje poljoprivredno zemljište u prethodnom vegetativnom periodu, ono se može dati na temelju zakupa na iskorištavanje domaćoj fizičkoj ili pravnoj osobi uz plaćanje tržišne vrijednosti vlasniku zemljišta i to na najviše tri godine (čl. 13./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).^{119,120} Nadalje, vlasnici su dužni i poduzimati

¹¹⁵ Prijedlog i dalje određuje da je poljoprivredno zemljište dobro od interesa za RH i da ima njezinu osobitu zaštitu (čl. 1./1. Prijedloga).

¹¹⁶ U Prijedlogu je također propisano da nositeljima prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu ne mogu biti strane pravne i fizičke osobe, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 1./3. Prijedloga).

¹¹⁷ Obradivim poljoprivrednim zemljištem u smislu čl. 12. Zakona o poljoprivrednom zemljištu smatraju se oranice, povrtnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi i livade (čl. 12./2.)

¹¹⁸ Prijedlog određuje da su vlasnici poljoprivrednog zemljišta dužni obradivo poljoprivredno zemljište obrađivati ne umanjujući njegovu vrijednost sukladno agrotehničkim mjerama (čl. 12./1. Prijedloga).

¹¹⁹ Pravila o davanju neobrađenog zemljišta u zakup iz čl. 13.-14. Zakona o poljoprivrednom zemljištu predstavljaju poseban propis u odnosu na opća pravila iz čl. 32./3.-7. ZV o uspostavi privremenog upravljanja stvarju glede koje vlasnik ne poduzima ono što je na temelju zakona dužan poduzimati radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskog okoliša ili zdravlja ljudi. Zakon o poljoprivrednom zemljištu sadrži posebne odredbe i o tome tko je ovlašten donijeti odluku o davanju u zakup (čl. 13./2.) i tko je ovlašten sklopiti ugovor o zakupu (čl. 13./6.), kao i kojim pravnim lijekovima vlasnik može osporavati tu odluku (čl. 13./3.,4.). Zemljište se daje u zakup domaćoj pravnoj ili fizičkoj osobi čija je ponuda ocijenjena kao najpovoljnija pri čemu prvenstvo imaju hrvatski branitelji iz Domovinskog rada koji su hrvatski državljani (čl. 13./5.). S obzirom da o tome u Zakonu o poljoprivrednom zemljištu nema posebnih odredbi na pravne odnose

određene mjere koje određuje županijska odnosno gradska skupština, kao što su npr. agrotehničke mjere čijim bi se propuštanjem nanijelo štetu, onemogućilo ili smanjilo poljoprivrednu proizvodnju (čl. 15./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu)¹²¹ ili mjere za uređivanje i održavanje poljoprivrednih rudina (čl. 17. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹²² Vlasnik poljoprivrednog zemljišta, ako želi promijeniti namjenu zemljišta tako da se ono više ne iskorištava za poljoprivrednu proizvodnju, mora platiti jednokratnu naknadu zbog umanjenja vrijednosti i površine poljoprivrednog zemljišta kao dobra od interesa za RH (čl. 22./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).^{123,124}

Poljoprivredno zemljište u društvenom vlasništvu stupanjem na snagu Zakona o poljoprivrednom zemljištu postalo je vlasništvo Republike Hrvatske (čl. 3./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹²⁵ U državnom je vlasništvu i poljoprivredno

nastale davanjem u zakup neobrađenog poljoprivrednog zemljišta primjenjivale bi se glede prava vlasnika na vraćanje zemljišta u njegov posjed pravila iz čl. 32./7. ZV, po kojima vlasnik ima pravo na vraćanje posjeda stvari i prije isteka ugovora o zakupu ako u cijelosti isplati uložena sredstva ili ispuni drugu obvezu zbog koje je uspostavljeno privremeno upravljanje stvari.

¹²⁰ Prijedlog ne sadrži više odredbe o davanju u zakup zemljišta koje se ne obrađuje. Postoji samo odredba da su vlasnici dužni obradivo zemljište obrađivati ne umanjujući njegovu vrijednost sukladno agrotehničkim mjerama (čl. 12./1. Prijedloga). Time, međutim, nije isključena mogućnost da se u slučaju nepoštivanja te dužnosti primijene pravila iz čl. 32./3.-7. ZV o privremenom upravljanju (sekvestraciji).

¹²¹ Pod agrotehničkim mjerama smatraju se sprečavanje erozije, sprečavanja zakorovljivosti, čišćenje kanala, zabrana odnosno obveza uzgoja pojedinih vrsta bilja na određenom području, suzbijanje biljnih bolesti i štetnika, korištenje i uništavanje biljnih otpadaka i dr. (čl. 15./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Tako se npr. radi sprečavanja erozije agrotehničkim mjerama može ograničiti ili potpuno zabraniti sječa voćaka, iskorištavanja pašnjaka za određenu vrstu i broj stoke, zabrana preoravanja livada, odrediti obvezno zatravljanje strmog zemljišta, održavanje dugogodišnjih nasada i sl. (čl. 16. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

¹²² Prijedlog također sadrži odredbe o agrotehničkim mjerama koje u bitnom ne odstupaju od odgovarajućih odredbi Zakona o poljoprivrednom zemljištu (čl. 13.-15. Prijedloga).

¹²³ Postupak promjene namjene zemljišta u nepoljoprivredne svrhe, privođenja drugoj namjeni, kriteriji za određivanje visine naknade, oslobođenja od plaćanja naknade i sl. uređeni su u čl. 8., 22.-27. Zakona o poljoprivrednom zemljištu. Posebno je određeno da se sredstva naknade koriste za programe i mjere osposobljavanja neplodnog zemljišta i povećanja proizvodne sposobnosti poljoprivrednog zemljišta, pod čime se podrazumijevaju hidromelioracija, agromelioracija te komasacija poljoprivrednog zemljišta (čl. 27./2.,3.). Uvjete i načine korištenja sredstava naknade propisuje ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 27./3.). V. npr. Pravilnik o uvjetima i načinu korištenja sredstava naknade koja se plaća zbog promjene namjene poljoprivrednog zemljišta Ministarstva poljoprivrede i šumarstva RH (NN, 50/99., 14/00.). Iz navedenog Pravilnika proizlazi da se sredstvima naknade imaju pravo koristiti vlasnici poljoprivrednog zemljišta koji se bave poljoprivrednom proizvodnjom (čl. 1. Pravilnika), i to na način da se tim sredstvima kreditiraju mjere i programi određeni u čl. 27/1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu (čl. 2. Pravilnika). Pravilnikom su detaljno uređeni uvjeti tog kreditiranja, dokumentacija koja se mora priložiti zahtjevu za kreditiranje, sredstva osiguranja kredita, prestanak ugovora o kreditu i dr.

¹²⁴ Plaćanje naknade zbog promjene namjene poljoprivrednog zemljišta predviđeno je i Prijedlogom Zakona o poljoprivrednom zemljištu (čl. 19.-22. Prijedloga).

¹²⁵ Iz odredbe čl. 3./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu proizlazilo bi da ona vrijedi za sva poljoprivredna zemljišta koja su do stupanja na snagu tog Zakona bila u društvenom vlasništvu

zemljište oduzeto ranijim vlasnicima nakon 15. svibnja 1945. godine sve do okončanja postupka prema Zakonu o naknadi imovine oduzete za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (čl. 3./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹²⁶ Poljoprivredno zemljište u državnom vlasništvu po svojoj namjeni ne bi bilo ni javno dobro u općoj ni u javnoj uporabi. Ipak, Zakon o poljoprivrednom zemljištu sadrži vrlo detaljne odredbe o raspolaganju državnim poljoprivrednim zemljištem (čl. 28.- 40.c), koje značajno odstupaju od općih pravila po kojima se raspolaže stvarima u državnom vlasništvu iz čl. 35./6. ZV. Sukladno tome Zakon o poljoprivrednom zemljištu izričito određuje da se državnim poljoprivrednim zemljištem raspolaže po općim propisima o raspolaganju nekretninama, osim ako Zakonom o poljoprivrednom zemljištu nije što drugo određeno (čl. 28./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹²⁷ Od raspolaganja je izuzeto državno poljoprivredno zemljište na koje se primjenjuju odredbe Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (čl. 28./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Za sva raspolaganja vrijedi pravilo da se raspolaganjem državnog poljoprivrednog zemljišta osigurava zaštita i unapređenje gospodarskih, ekoloških i drugih interesa Republike Hrvatske i njezinih građana (čl. 28./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹²⁸ Zakon o poljoprivrednom zemljištu ne sadrži odredbe iz kojih bi proizlazilo da je poljoprivredno zemljište neotuđivo iz državnog vlasništva već, naprotiv, sadrži i izričite odredbe o prodaji, darovanju i zamjeni poljoprivrednog zemljišta. Zakon o poljoprivrednom zemljištu izričito uređuje postupak i pretpostavke za davanje koncesija na državnom poljoprivrednom zemljištu (čl. 29.-34.), za davanje državnog poljoprivrednog zemljišta u zakup (čl. 35.-38.), za osnivanje služnosti plodouživanja (čl. 39.), za darovanje i zamjenu (čl. 40.), te za prodaju državnog poljoprivrednog zemljišta (čl. 40.a-40.c).

Koncesija za korištenje državnog poljoprivrednog zemljišta¹²⁹ može se dati domaćoj i stranoj fizičkoj i pravnoj osobi radi biljne i stočarske proizvodnje, za

neovisno o tome tko je na njima imao pravo upravljanja, korištenja i raspolaganja. Društvene pravne osobe odnosno pravne osobe nastale pretvorbom društvene pravne osobe, koje su se do tada koristile tim zemljištem, daljnje korištenje poljoprivrednog zemljišta uređuju pravnim poslom s Ministarstvom poljoprivrede i šumarstva (čl. 58. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Tom su odredbom, dakle, dane posebne ovlasti Ministarstvu da raspolaže državnim zemljištem kojeg su koristile bivše društvene pravne osobe na način i u okvirima određenim čl. 58. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

¹²⁶ Naknada za oduzeto poljoprivredno zemljište uređena je čl. 20., 21. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.

¹²⁷ To znači da bi se primjenjivala opća pravila o pisanoj formi pravnog posla kojim se raspolaže vlasništvom nekretnina, pravila o stjecanju vlasništva na temelju pravnog posla upisom u zemljišnu knjigu i dr.

¹²⁸ U istom smislu i Prijedlog sadrži opće odredbe o raspolaganju državnim poljoprivrednim zemljištem (čl. 23./1., 2. Prijedloga). Novina je čl. 23./3. Prijedloga po kojem odluka o raspolaganju državnim poljoprivrednim zemljištem nije upravni akt, već odluka o raspolaganju. To bi značilo da se protiv te odluke ne bi mogao voditi upravni spor.

¹²⁹ Vlada može odrediti da pojedine kategorije državnog poljoprivrednog zemljišta ne mogu biti predmet koncesije (čl. 29./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

dugogodišnje nasade, radi lova i ribarstva (čl. 29./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Ovisno o svrsi koncesije Zakonom je određeno i njezino vremensko trajanje.¹³⁰ Koncesija se dodjeljuje na temelju provedenog javnog natječaja odnosno javnim prikupljanjem ponuda, koji se raspisuju na temelju odluke Vlade RH na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva (čl. 31./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³¹ Odluku o koncesiji donosi Vlada RH (čl. 31./5. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³² Na temelju te odluke ugovor o koncesiji u pisanom obliku s podnositeljem ponude u ime RH sklapa ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 32./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³³ Prije potpisivanja ugovora o koncesiji Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva dužno je dostaviti nacrt ugovora o koncesiji s odlukom o koncesiji na prethodno mišljenje državnog pravobraniteljstva RH u roku od 15 dana od donošenja odluke o koncesiji (čl. 33./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³⁴ Ugovorom o koncesiji korisnik koncesije (koncesionar) stječe pravo korištenja državnog poljoprivrednog zemljišta u svrhu u koju je koncesija dana za vrijeme trajanja koncesije. Koncesionar nije ovlašten davati to poljoprivredno zemljište u zakup ili potkoncesiju (čl. 29./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu), niti se prava i obveze korisnika koncesije iz ugovora o koncesiji mogu prenijeti na drugu osobu (čl. 31./6., Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Za korištenje državnog poljoprivrednog zemljišta na temelju koncesije korisnik koncesije dužan je plaćati ugovorenu naknadu. Oblik i kriterije za utvrđivanje visine naknade te početni iznos naknade putem natječaja ili javnog

¹³⁰ Prijedlog sadrži odredbu po kojoj se koncesija može odrediti na rok od 25 do 99 godina bez razlikovanja svrhe u koju se daje (čl. 24./1. Prijedloga).

¹³¹ U odluci se navode zemljišnoknjižni podaci za zemljišne čestice koje se daju u koncesiju, svrha u koju se koncesija daje, njezino trajanje, te koje će tijelo provesti postupak natječaja. Po Zakonu o poljoprivrednom zemljištu postupak natječaja provodi komisija od 5 članova i tajnik koje imenuje Vlada RH na prijedlog ministra poljoprivrede i šumarstva (čl. 31./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu), a stručne poslove u svezi s postupkom natječaja i pripremanjem odluke o koncesiji obavlja Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva (čl. 31./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). U praksi se postupak provedbe natječaja povjerava Povjerenstvu za dodjelu koncesija za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu RH. V. npr. Odluku o raspisivanju javnog natječaja za dodjelu koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske na području Istarske županije (NN, 65/00.), Odluku o raspisivanju javnog natječaja za dodjelu koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske na području Osječko-baranjske županije (NN 65/00.), Odluku o raspisivanju javnog natječaja za dodjelu koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske na području Vukovarsko-srijemske županije (NN, 115/00.), Odluku o raspisivanju javnog natječaja za dodjelu koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske na području Zagrebačke županije (NN, 8/01.).

¹³² V. npr. Odluke o dodjeli koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske na području Osječko-baranjske županije (NN, 31/00., 115/00.).

¹³³ Sadržaj ugovora o koncesiji uređen je čl. 32./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

¹³⁴ Ako državni pravobranitelj u roku od 15 dana od primitka odluke o koncesiji i nacrtu ugovora ne da negativno mišljenje ili ne da nikakvo mišljenje, smatra se da je njegovo mišljenje o pravnoj valjanosti nacrtu ugovora potvrdno (čl. 33./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

prikupljanja ponuda propisuje ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 30./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Za sredstva ostvarena naknadom za koncesiju u Zakonu o poljoprivrednom zemljištu nema izričitih posebnih odredbi, pa bi se primjenjivala odredba iz čl. 35./6. ZV, po kojoj bi ta sredstva bila prihod državnog proračuna.¹³⁵

Državno poljoprivredno zemljište može se dati u **zakup** stranoj i domaćoj fizičkoj i pravnoj osobi (čl. 35./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Ugovor o zakupu državnog poljoprivrednog zemljišta sklapa se na određeno vrijeme, a njegovo trajanje ovisi o vrsti korištenja zemljišta (čl. 35.b Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³⁶ Zemljište se daje u zakup javnim natječajem koji se provodi na temelju odluke Povjerenstva za zakup (čl. 40.a/1., 2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu) nakon što je ministar poljoprivrede i šumarstva odredio oblik i kriterije za utvrđivanje visine naknade za zakup, te početni iznos naknade putem natječaja (čl. 36./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Povjerenstvo za zakup osniva Vlada RH na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva pri županiji odnosno Gradu Zagrebu (čl. 36./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³⁷ Ugovor o zakupu u pisanom obliku u ime RH sklapa na temelju odluke o izboru najpovoljnijeg ponuditelja na natječaju za zakup predsjednik povjerenstva i podnositelj ponude (čl. 37./1., 40.a/2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³⁸ Nacrt ugovora o zakupu dostavlja se prije potpisivanja na prethodno mišljenje državnog pravobranitelju RH (čl. 37./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Ugovorom o zakupu zakupoprimac stječe na rok na koji je ugovor sklopljen pravo koristiti se zakupljenim poljoprivrednim zemljištem, obrađivati ga u skladu s odredbama ugovora o zakupu, a za to je dužan plaćati ugovorenu zakupninu. Zakupoprimac nije ovlašten zakupljeno državno zemljište dati u podzakup (čl. 35./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹³⁹ Sredstva ostvarena zakupom državnog poljoprivrednog zemljišta prihod su proračuna županije, općine ili grada na čijem se području nalazi zemljište (čl. 38./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Ta se sredstva raspodjeljuju tako da 50% pripada proračunu županije, a 50% proračunu općine ili grada na čijem se području nalazi poljoprivredno zemljište, a koriste se za provedbu

¹³⁵ Prijedlog u čl. 24.-29. sadrži, u načelu, ista pravila o koncesijama glede postupka i načina dodjele koncesija, te prava korisnika koncesije. Za razliku od Zakona o poljoprivrednom zemljištu, u Prijedlogu je izričito određeno tko ima prvenstveno pravo koncesije (čl. 25.). Po Prijedlogu je naknada za koncesije 50% prihod državnog proračuna, a 50% proračuna općine ili grada na čijem se području poljoprivredno zemljište nalazi (čl. 27./5. Prijedloga).

¹³⁶ Ugovor o zakupu može se na zahtjev zakupoprirnca produljiti i bez javnog natječaja najkasnije u roku od tri mjeseca prije isteka vremena zakupa po uvjetima određenim u čl. 37.e. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

¹³⁷ Stručne poslove za Povjerenstvo provodi županijski ured odnosno gradski ured Grada Zagreba nadležan za imovinskopravne poslove (čl. 36./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

¹³⁸ Sadržaj ugovora o zakupu uređen je u čl. 37.a. Zakona o poljoprivrednom zemljištu

¹³⁹ Razlozi za otkaz ugovora o zakupu od strane zakupodavca određeni su u čl. 37.c. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, a prava i obveze zakupoprirnca glede dijelova opreme i građevina koje je podigao, vegetacije koju je zasadio, te instalacija i zahvata za zaštitu zemljišta uređeni su u čl. 37.d.

programa u poljoprivrednoj proizvodnji (čl. 38./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Uvjete i način korištenja sredstava ostvarenih zakupninom propisuje ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 38./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Sredstva ostvarena zakupom ne pripadaju dakle vlasniku, tj. Republici Hrvatskoj već zakonom određenim jedinicama lokalne uprave i samouprave, koje njima raspoložu prema uvjetima i načinu određenim posebnim Pravilnikom kojeg donosi ministar poljoprivrede i šumarstva.^{140,141}

S obzirom da u Zakonu o poljoprivrednom zemljištu nema izričitih odredbi iz kojih bi proizlazilo da je državno poljoprivredno zemljište neotuđivo iz državnog vlasništva, to zemljište može prijeći u vlasništvo privatnopravnih subjekata. Zakon o poljoprivrednom zemljištu pritom uređuje izričito prodaju, zamjenu i darovanje državnog poljoprivrednog zemljišta, tj. prijenos vlasništva državnog poljoprivrednog zemljišta na temelju pravnog posla. U pogledu raspolaganja vlasništvom državnog poljoprivrednog zemljišta vrijedi, međutim, pravilo koje inače vrijedi za poljoprivredno zemljište po kojem stranci ne mogu biti vlasnici poljoprivrednog zemljišta (čl. 1./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Sukladno tome se u odredbama o prodaji, darovanju i zamjeni državnog poljoprivrednog zemljišta izričito i navodi da se državno poljoprivredno zemljište može darovati domaćim pravnim i fizičkim osobama, odnosno da se s njim može zamijeniti (čl. 40./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Za **darovanje** državnog poljoprivrednog zemljišta uvjete i mjerila određuje Vlada RH.¹⁴² Odluku o darovanju donosi Vlada RH na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva po prethodno pribavljenom mišljenju poglavarstva županije na čijem se području nalazi poljoprivredno zemljište koje je predmet darovanja odnosno poglavarstva Grada Zagreba (čl. 40./1., 2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Iznimno odluku o darovanju nezaposlenim hrvatskim braniteljima donosi Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva po prethodno pribavljenom mišljenju poglavarstva županije na čijem se području nalazi poljoprivredno zemljište koje je predmet darovanja odnosno poglavarstva Grada Zagreba (čl. 40./3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹⁴³ Zakon ne sadrži

¹⁴⁰ V. npr. Pravilnik o uvjetima i načinu korištenja sredstava od zakupa i prodaje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države (NN, 67/96., 140/98.), Pravilnik o izmjenama i dopunama Pravilnika o uvjetima i načinu korištenja sredstava ostvarenih od zakupa i prodaje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države (NN, 7/01.).

¹⁴¹ Prijedlog Zakona o poljoprivrednom zemljištu zakup uređuje u čl. 30.-44. Te se odredbe dijelom razlikuju od odredbi važećeg Zakona o poljoprivrednom zemljištu. Odluku o raspisivanju natječaja za zakup i odluku o izboru najpovoljnije ponude donosi općinsko vijeće odnosno gradsko vijeće, a za Grad Zagreb gradska skupština na čijem se području nalazi zemljište (čl. 33./2. Prijedloga). Posebno je određeno i koje osobe imaju prvenstveno pravo zakupa (čl. 34. Prijedloga). Ugovor o zakupu sklapa općinski načelnik odnosno gradonačelnik (čl. 36./1. Prijedloga). Po čl. 37./2. Prijedloga 50% sredstava ostvarenih zakupom prihod su državnog proračuna, a 50% proračuna općine ili grada na čijem se području nalazi poljoprivredno zemljište.

¹⁴² V. npr. Odluku o kriterijima za darovanje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske hrvatskim braniteljima (NN, 61/98.).

¹⁴³ Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz 1999. godine izbrisana je odredba po kojoj se zabranjuju sva stvaropravna raspolaganja darovanim poljoprivrednim

izričite odredbe o tome tko je ovlašten u ime RH sklopiti ugovor o darovanju državnog poljoprivrednog zemljišta. Moguće je da Vlada RH ovlaštenje na sklapanje ugovora o darovanju izda i u samoj odluci o darovanju.¹⁴⁴ Ako to nije učinila posebnom odlukom, osoba ovlaštena za sklapanje ugovora o darovanju u ime Republike Hrvatske određivala bi se po pravilima iz čl. 10. Zakona o vladi i čl. 35./2. ZV.¹⁴⁵ Zakon o poljoprivrednom zemljištu ne sadrži posebne odredbe o uvjetima **zamjene** državnog poljoprivrednog zemljišta osim što sadrži pravilo iz kojeg proizlazi da se državno poljoprivredno zemljište može zamijeniti s poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu domaćih fizičkih i pravnih osoba.¹⁴⁶ Na takvo bi se raspolaganje državnim poljoprivrednim zemljištem primjenjivala opća pravila o raspolaganju stvarima u vlasništvu RH (čl. 35./2. ZV, čl. 10. Zakona o vladi). **Prodaja** državnog zemljišta provodi se, u pravilu javnim natječajem koji se raspisuje na temelju odluke Ministarstva poljoprivrede i šumarstva (čl. 40.a/1., 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Odluku o izboru najpovoljnije ponude donosi Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva na prijedlog Povjerenstva za prodaju imenovanog od strane Vlade RH na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva (čl. 40.a/3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹⁴⁷ Ugovor o prodaji sklapa u ime države ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 40.a/7. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Iznimno je moguće državno poljoprivredno zemljište prodati i neposrednom pogodbom po propisanoj početnoj cijeni investitoru koji priloži dokaz o utvrđenom interesu Republike za izgradnju objekta ili izvođenje radova na tom poljoprivrednom zemljištu (čl. 40.b/1.,2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Odluku o prodaji neposrednom pogodbom donosi Povjerenstvo za zakup (čl. 36./2. u vezi s čl. 40.b/3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu), a ugovor o prodaji sklapa predsjednik tog povjerenstva (čl. 37./1. u vezi s čl. 40.b/4. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Ugovor o prodaji državnog zemljišta mora se prije

zemljištem na rok od 10 godina od sklapanja ugovora o darovanju (biv. čl. 40./3., 4.)

¹⁴⁴ Npr. u Odluci o kriterijima za darovanje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske hrvatskim braniteljima (NN, 61/98.) Vlada RH je ovlastila ministra poljoprivrede i šumarstva da u ime Republike Hrvatske sklapa ugovore o darovanju državnog poljoprivrednog zemljišta hrvatskim braniteljima (t. VI. Odluke).

¹⁴⁵ U Prijedlogu ne postoje više posebne odredbe o darovanju državnog poljoprivrednog zemljišta.

¹⁴⁶ Do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz 1999. godine u čl. 40./6. bilo je određeno da Vlada RH može svojom odlukom na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva iznimno u pojedinačnim slučajevima vezanim za provedbu posebnih zakona (izvlaštenje, komasacija i sl.) odobriti zamjenu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države, kad je RH korisnik izvlaštenja, komasacije i sl. Po Prijedlogu državno poljoprivredno zemljište može se zamijeniti za poljoprivredno zemljište u vlasništvu fizičkih i pravnih osoba odlukom Vlade RH na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva u slučaju okupnjavanja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države (čl. 53./2. Prijedloga).

¹⁴⁷ Najpovoljnijom ponudom smatra se ponuda koja sadrži najvišu cijenu (čl. 40.a/5. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Iznimno se zemljište može prodati po početnoj cijeni nezaposlenom hrvatskom branitelju (čl. 40.a/6. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

potpisivanja dostaviti na mišljenje državnom pravobraniteljstvu u roku od 15 dana od donošenja odluke o prodaji (čl. 33. u vezi s čl. 40.c. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Za sredstva ostvarena prodajom državnog zemljišta vrijede ista pravila kao i za sredstva ostvarena davanjem zemljišta u zakup. Sredstva ostvarena prodajom državnog zemljišta prihod su proračuna županije, općine ili grada na čijem se području zemljište nalazi, a raspodjeljuju se tako da 50% pripada proračunu županije, a 50% proračunu općine ili grada na čijem se području nalazi poljoprivredno zemljište (čl. 38./1.,2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Uvjete i način korištenja sredstava propisuje ministar poljoprivrede i šumarstva.^{148,149}

Poseban oblik raspolaganja državnim poljoprivrednim zemljištem jest i osnivanje služnosti **plodouživanja** bez naknade na rok od 30 godina (čl. 39./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Služnost se može osnovati u korist socijalno ugroženih branitelja iz Domovinskog rada koji imaju hrvatsko državljanstvo (čl. 39./2. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Odluku o osnivanju služnosti donosi Povjerenstvo za ustanovljenje služnosti plodouživanja kojeg na prijedlog Ministarstva poljoprivrede i šumarstva osniva Vlada RH pri županiji odnosno Gradu Zagrebu (čl. 39./3., 4. Zakona o poljoprivrednom zemljištu). Postupak i mjerila za osnivanje služnosti plodouživanja propisuje ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 39./6. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).¹⁵⁰ Iz odredbi Zakona o poljoprivrednom zemljištu ne proizlazi dovoljno jasno u kojem se trenutku služnost plodouživanja stječe. To ovisi o tome osniva li se služnost već na temelju odluke Povjerenstva za ustanovljenje služnosti plodouživanja, tj. u trenutku konačnosti te odluke ili na temelju te odluke ovlaštena osoba u ime RH mora sklopiti ugovor o osnivanju služnosti plodouživanja kada se služnost stječe tek upisom u zemljišnu

¹⁴⁸ V. npr. Pravilnik o uvjetima i načinu korištenja sredstava od zakupa i prodaje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države (čl. 67/96., 140/98.).

¹⁴⁹ Prijedlog Zakona o poljoprivrednom zemljištu prodaju državnog poljoprivrednog zemljišta uređuje u čl. 45-52. Ovlasti za raspisivanje javnog natječaja, donošenje odluke o prodaji i sklapanje ugovora o prodaji različito su određene ovisno o površini zemljišta koje se prodaje, što je različito određeno po pojedinim županijama. Za manje površine odluku o raspisivanju javnog natječaja i odluku o izboru najpovoljnije ponude donosi općinsko vijeće odnosno gradsko vijeće odnosno skupština Grada Zagreba na čijem se području nalazi zemljište, uz suglasnost Ministarstva poljoprivrede i šumarstva, a ugovor o prodaji sklapa općinski načelnik odnosno gradonačelnik (čl. 45., 47./2. Prijedloga). Odluku o raspisivanju natječaja za prodaju državnog poljoprivrednog zemljišta iznad površina propisanih u čl. 45. Prijedloga i odluku o izboru najpovoljnije ponude donosi Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva na prijedlog Povjerenstva za prodaju, a ugovor o prodaji sklapa ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 48. Prijedloga). Od sredstava ostvarenih prodajom 50% sredstava su sredstva državnog proračuna, a 50% proračuna općine ili grada na kojem se nalazi zemljište (čl. 51./6. Prijedloga).

¹⁵⁰ Po biv. čl. 39./4. Zakona o poljoprivrednom zemljištu koji je izmijenjen Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu, iz 1999. godine, ta je mjerila određivala Vlada RH. V. npr. Uredbu o mjerilima i postupku osnivanja služnosti plodouživanja (NN, 61/96., 6/97.). Prije stupanja na snagu te Uredbe Vlada je posebnom odlukom - Odlukom o davanju ovlaštenja ministru pravosuđa i ministru poljoprivrede i šumarstva, ovlastila ministra poljoprivrede i šumarstva da sklapa ugovore o osnivanju služnosti. V. Odluku od 1.3.1995. (NN, 15/95.).

knjigu.^{151,152}

Premda već sam Zakon o poljoprivrednom zemljištu uređuje poseban pravni režim raspolaganja državnim poljoprivrednim zemljištem, koji se značajno razlikuje od općih pravila o raspolaganju stvarima u državnom vlasništvu, postoje i neki drugi propisi koji u odnosu na Zakon o poljoprivrednom zemljištu predviđaju još posebniji pravni režim raspolaganja državnim poljoprivrednim zemljištem na pojedinim područjima RH. Zakon o područjima posebne državne skrbi¹⁵³ predviđa niz iznimki od odredbi Zakona o poljoprivrednom zemljištu glede raspolaganja državnim poljoprivrednim zemljištem na područjima posebne državne skrbi (čl. 21.-26.). Te se odredbe na odgovarajući način primjenjuju i na raspolaganje državnog poljoprivrednog zemljišta na otocima (čl. 32. Zakona o otocima).¹⁵⁴ Tako se na područjima posebne državne skrbi (čl. 4., 5., 6. Zakona o područjima posebne državne skrbi), te na otocima ne primjenjuju za raspolaganje državnim zemljištem odredbe Zakona o poljoprivrednom zemljištu, već odredbe Zakona o područjima posebne državne skrbi. Zakon o poljoprivrednom zemljištu primjenjuje se tek supsidijarno. Po čl. 24./1. Zakona o područjima posebne državne skrbi poljoprivredno zemljište prodaje se, daruje, daje u zakup ili se na njemu osniva služnost plodouživanja na temelju pisanog zahtjeva neposrednom pogodbom, a ne javnim natječajem kako to određuje Zakon o poljoprivrednom zemljištu. Odluku o osnivanju služnosti plodouživanja, prodaji, darovanju, davanju u zakup donosi Vlada RH (čl. 21./2., 22./5., 23./3. Zakona o područjima posebne državne skrbi), a ugovore sklapa ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 24./4. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Postoje i posebna pravila u čiju se korist može raspolagati državnim poljoprivrednim zemljištem. Tako se npr. državno poljoprivredno zemljište može dati u zakup, prodati, darovati domaćoj pravnoj ili fizičkoj osobi koja ima prebivalište odnosno sjedište na području posebne državne skrbi, a te osobe daju ovjerovljenu izjavu da će na tom području prebivati odnosno imati sjedište i obavljati djelatnosti najmanje 10 godina (čl. 22./1, 23./1. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Služnost plodouživanja bez plaćanja naknade

¹⁵¹ Iz Uredbe o mjerilima i postupku osnivanja služnosti plodouživanja (NN, 61/66., 6/97.) proizlazilo bi da se na temelju odluke o osnivanju služnosti sklapa ugovor o služnosti plodouživanja, te da je na sklapanje tog ugovora u ime RH bio ovlašten župan one županije na kojoj se nalazi poljoprivredno zemljište na kojem se ustanovljuje služnost plodouživanja (čl. 12./1. Uredbe).

¹⁵² U Prijedlogu ne postoje više posebne odredbe o osnivanju služnosti plodouživanja na državnom poljoprivrednom zemljištu.

¹⁵³ NN 44/96., 57/96., 124/97.

¹⁵⁴ NN 34/99. Radi obavljanja poslova nadzora svrhovitog gospodarskog korištenja otočnog poljoprivrednog zemljišta i zgrade, te kredita otočnim ulagačima uz povlaštene uvjete, obalno-otočna županija osniva Povjerenstvo za otoke. Propis o sastavu i zadaćama Povjerenstva donosi ministar poljoprivrede i šumarstva uz suglasnost ministra pravosuđa, ministra gospodarstva i ministra turizma. (čl. 47. Zakona o otocima). Sukladno tome je donijet i Pravilnik o sastavu i zadaćama Povjerenstva za otoke (NN, 125/1999.). Njime je određeno da Povjerenstvo nadzire da se raspolaganjem i korištenjem poljoprivrednog zemljišta ne smanji fond poljoprivrednog zemljišta, da se poljoprivredno zemljište koristi sukladno ugovorom te da se ne koristi kao građevno (čl. 4./2. Pravilnika).

može se osnovati u korist državljana RH s prebivalištem na području posebne državne skrbi prve skupine, a iznimno i druge skupine (čl. 21./1. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Ako te osobe napuste područje posebne državne skrbi prije isteka 10 godina, ugovori se raskidaju (21./1., 22./8., 23./5. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Zemljište se prodaje odnosno daje u zakup po nižoj cijeni, odnosno zakupnini određenoj u postotku od početne cijene odnosno zakupnine koja bi bila određena da se provodi javni natječaj. Postotak sniženja ovisi o tome koje je skupine područje posebne državne skrbi (čl. 22./2., 23./2.). Pritom je moguća i prodaja na otplatu od 20 godina uz poček od 5 godina (čl. 22./3. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Isto je tako određen i drugi rok za trajanje ugovora o zakupu - on se može sklopiti na rok od 3-20 godina (čl. 23./1. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Za razliku od čl. 28./1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu u zakup i u služnost plodouživanja može se dati i zemljište oduzeto nakon 15. svibnja 1945. godine, ali zakup odnosno služnost traju najdulje do njegova vraćanja prijašnjem vlasniku (čl. 26. Zakona o područjima posebne državne skrbi). Prihod ostvaren prodajom i davanjem u zakup državnog poljoprivrednog zemljišta prihod je RH od kojeg se 50% ustupa općini ili gradu, a 50% županiji na čijem se području nalazi poljoprivredno zemljište (čl. 25. Zakona o područjima posebne državne skrbi).¹⁵⁵

3.4. Građevinsko zemljište

Građevinsko zemljište može biti u vlasništvu privatnopravnih i javnopravnih osoba. Pretvorba prava na neizgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu provedena je u nekoliko faza, i to tako da se pravo korištenja odnosno prvenstveno pravo korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu pretvorilo u vlasništvo u korist onih osoba koje su imale navedena prava na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu. Jednim je dijelom pretvorba društvenog vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu provedena u korist pravnih osoba javnog prava. Općine, gradovi i županije postale su vlasnici neizgrađenog građevinskog zemljišta na kojem su prijašnje općine imale pravo korištenja (čl. 87./1. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi, čl. 42. Zakona o Gradu Zagrebu).¹⁵⁶

¹⁵⁵ U Prijedlogu je predviđeno da njegovim stupanjem na snagu prestaju vrijediti odredbe čl. 21.-26. Zakona o područjima posebne državne skrbi. One su u Prijedlogu zamijenjene odredbama čl. 55., koje predstavljaju djelomično modificirane odredbe Zakona o područjima posebne državne skrbi, koje bi se ukinule. Po čl. 55. Prijedloga državno poljoprivredno zemljište prodavalo bi se i davalo u zakup istom krugu osoba u čiju su korist ta raspolaganja moguća po odredbama Zakona o područjima posebne državne skrbi, a prema kriterijima kojima se određuje tko ima prvenstvo pri sklapanju ugovora o prodaji odnosno o zakupu. Osim prodaje i zakupa nisu predviđeni drugi oblici raspolaganja u korist osoba s područja posebne državne skrbi.

¹⁵⁶ Sporove koji mogu nastati u provedbi odredbe iz čl. 87./1. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi rješavaju sporazumno jedinice lokalne samouprave, a u slučaju izostanka sporazumnog rješenja odluku će donijeti arbitraža koju imenuje Vlada RH (čl. 87./2. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi). Komisija za rješavanje tih sporova osnovana je Uredbom o Komisiji Vlade RH za rješavanje sporova o pravima općina, gradova i županija (NN, 37/94.). Ona postupa po Poslovniku o

Pretvorbom je to građevinsko zemljište prešlo u javno vlasništvo jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave.¹⁵⁷ Za građevinsko zemljište u vlasništvu jedinica lokalne uprave i jedinica lokalne uprave i samouprave nisu predviđena posebnim propisom neka posebna pravila o upravljanju, raspolaganju i korištenju, već se primjenjuju opća pravila o raspolaganju, upravljanju i korištenju nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne samouprave ili jedinica lokalne uprave i samouprave, i to pravila koja vrijede za stvari koje nisu namijenjene ni za opću ni za javnu uporabu (čl. 35./2., 6. ZV). Građevinskim zemljištem u vlasništvu jedinica lokalne samouprave odnosno jedinica lokalne uprave i samouprave raspolaže, upravlja i koristi se poglavarstvo (čl. 13./1./t. 5., 14/1., 28., 35., 41./2. Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi, čl. 7./t. 3./al.10. Zakona o Gradu Zagrebu).^{158,159} U pravnim poslovima koje sklapa raspolažući svojim građevinskim zemljištem jedinicu lokalne samouprave odnosno jedinicu lokalne uprave i samouprave zastupa općinski načelnik, gradonačelnik odnosno županijski načelnik kao nositelji izvršne vlasti (čl. 47./1., 51./1., 55./1. Zakona o jedinicama lokalne uprave i samouprave). Građevinskim zemljištem u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave te pravne osobe mogu slobodno raspolagati kao i svi drugi vlasnici. Za građevinsko zemljište u javnom vlasništvu ne postoje nikakva posebna pravila koja bi određivala koja su raspolaganja tim zemljištem dopuštena, u čiju se korist može raspolagati građevinskim zemljištem, koja bi isključila mogućnost otuđenja građevinskog zemljišta iz javnog vlasništva i sl. To znači da se građevinskim zemljištem u javnom vlasništvu može raspolagati na isti način kao i građevinskim zemljištem u privatnom vlasništvu, da se ono može otuđiti, da se na njemu mogu osnivati sva ograničena stvarna prava, da može biti objekt ovrhe i dr.¹⁶⁰

radu Komisije Vlade RH za rješavanje sporova o pravima općina, gradova i županija (NN, 9/95.). U Poslovniku su određena i temeljna načela za rješavanje sporova. Tako je npr. u čl. 2. određeno da je temeljno načelo za rješavanje sporova oko nekretnina da županija preuzima zgrade i posebne dijelove zgrade na području općina i gradova, koje su nužne za obavljanje poslova iz djelokruga županije kao jedinice lokalne uprave i samouprave, a da općine i gradovi preuzimaju, u pravilu, nekretnine dosadašnjih općina koje se nalaze na njihovom području.

¹⁵⁷ U nekim je slučajevima vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta postala i Republika Hrvatska. V. npr. Uredbu o preuzimanju sredstava JNA i SSNO-a na teritoriju Republike Hrvatske u vlasništvo RH (NN 52/91.) i dr.

¹⁵⁸ Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi ne sadrži posebna pravila o upravljanju, korištenju i raspolaganju građevinskim zemljištem u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave. U čl. 67./1. određeno je da sve pokretne i nepokretne stvari koje pripadaju jedinicama lokalne samouprave čine imovinu jedinice lokalne samouprave, dok je čl. 13./1./t. 5. i čl. 14./1. određeno da općina odnosno grad u okviru samoupravnog djelokruga upravljaju svojom imovinom. Sve se te odredbe odnose i na građevinsko zemljište koje je pretvorbom postalo vlasništvo jedinica lokalne samouprave i lokalne uprave i samouprave, jer se ono također smatra njihovom imovinom.

¹⁵⁹ Članovi poglavarstva nemaju pravo odlučivanja o pitanjima upravljanja nekretninama i pokretninama u vlasništvu jedinice lokalne samouprave kad su osobno ili putem članova uže obitelji zainteresirana strana (čl. 42. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi, čl. 30./4. Zakona o Gradu Zagrebu).

¹⁶⁰ Određene dileme u praksi nastaju glede nacionaliziranog građevinskog zemljišta kojeg su preuzele jedinice lokalne samouprave. Temeljem Zakona o zabrani prijenosa prava raspolaganja i

Jedino je izričito propisano da se građevinskim zemljištem, kao i svim drugim nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne uprave i samouprave odnosno jedinica lokalne samouprave, mora raspolagati na temelju javnog natječaja i uz naknadu utvrđenu po tržišnoj cijeni (čl. 391./1. ZV). Pravni poslovi sklopljeni protivno tim odredbama ništavi su (čl. 391./3. ZV). Ovo se pravilo ne odnosi na pravne poslove koje međusobno sklapaju RH i jedinica lokalne samouprave odnosno jedinica lokalne uprave i samouprave ako je to u interesu i cilju općeg gospodarskog i socijalnog napretka njezinih građana (čl. 391./2. ZV).¹⁶¹

Jedan od gospodarski vrlo korisnih načina raspolaganja neizgrađenim građevinskim zemljištem moglo bi biti osnivanje prava građenja (čl. 280.-296. ZV).¹⁶² Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo koje svog nositelja ovlašćuje da na površini tuđeg zemljišta ili ispod njega ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik

korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike odnosno u vlasništvu fizičkih i pravnih osoba (NN, 53/90., 61/91., 25/93., 70/93.) vrijedilo je za njih pravilo o zabrani raspolaganja tim zemljištem. Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine u čl. 5. izričito određuje da se odredbe tog zakona primjenjuju i na imovinu (nekretnine i pokretne) koju su općine, gradovi i županije preuzele temeljem Zakona o lokalnoj samoupravi, a radi se o stvarima na koje se primjenjuju pravila tog Zakona o naknadi. O tome v. Bagić, S., Šeparović, M., Žuvela, M.: *Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine*, Zagreb, 1997., str. 27.-29.

¹⁶¹ U literaturi se mogu naći mišljenja da bi se i u nekim drugim slučajevima, iako to nije izričito zakonom određeno kao iznimka, moglo raspolagati građevinskim zemljištem neposrednom pogodbom ako to nije suprotno svrsi radi koje je određeno da se raspolaganja moraju provesti na temelju javnog natječaja. Naime, smatra se da je svrha javnog natječaja da se spriječi zloraba raspolaganja nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne uprave i samouprave i diskriminiranje osoba u čiju bi se korist moglo raspolagati, te da se zaštititi imovina jedinica lokalne uprave i samouprave od mogućeg umanjavanja, što bi moglo dovesti u pitanje obavljanje javnopravnih funkcija tih subjekata. (V. Peček, R.: o.c., str. 54.; Sarvan, D.: o.c., str. 40.) Stoga, neki autori smatraju da se u onim slučajevima u kojima je narav raspolaganja takva da nema mogućnosti da dođe do zlorabe moglo raspolagati i neposrednom pogodom. Kao primjer navode se oblikovanje građevinske čestice kad bi se u sastav nove građevinske čestice trebalo unijeti i dio zemljišta u vlasništvu jedinice lokalne samouprave, razvrgnuće suvlasničke zajednice isplatom kad je jedan od suvlasnika jedinica lokalne samouprave i sl. Navodi se nadalje da bi u takvim slučajevima iznimke trebalo utvrđivati na temelju pravnih stajališta nadležnih državnih pravobraniteljstava. (V. Peček, R.: o.c., str. 54.) Takvo izvođenje iznimki iz čl. 391./1. ZV samo na temelju tumačenja svrhe odredbe čl. 391./1. ZV moglo bi u praksi dovesti do različitog postupanja pojedinih poglavarstava i diskrecionog uvođenja iznimki od općeg pravila. To može negativno utjecati na pravnu sigurnost. Čini se, stoga, da bi, ako se već u praksi uvidjelo da bi inzistiranje na javnom natječaju kod svakog raspolaganja nekretninama jedinice lokalne uprave i samouprave znatno odugovlačilo realizaciju raspolaganja i da bi se i bez natječaja mogla osigurati dostatna sigurnost svih koji sudjeluju u pravnom prometu, to mogao biti putokaz zakonodavcu da zakonom utvrdi još neke iznimke od pravila o javnom natječaju osim one koju je predvidio u čl. 391./2. ZV. To bi, s druge strane, mogao biti i razlog da se uopće preispita opravdanost pravila iz čl. 391./1. ZV kao općeg pravila za raspolaganje nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne samouprave, te eventualne mogućnosti svođenja tog pravila na određene iznimke u kojima postoji potreba pojačane zaštite i kontrole raspolaganja nekretninom u vlasništvu jedinice lokalne samouprave.

¹⁶² V. Sarvan, D.: *Vlasništvo nekretnina jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave*, Pravo i porezi, 9/1998., str. 40.

zemljišta je to dužan trpjeti (čl. 280./1. ZV). Osnivanjem prava građenja zemljište ne bi bilo otuđeno iz javnog vlasništva, a omogućilo bi se njegovo privođenje namjeni izgradnjom različitih objekata. Vlasnik zemljišta (javnopravni subjekt) imao bi od toga dvostruku korist. S jedne strane, dobivao bi mjesečnu naknadu za zemljište u iznosu mjesečne zakupnine za takvo zemljište, ako nije što drugo određeno (čl. 281./2. ZV). S druge strane, nakon prestanka prava građenja izgrađeni objekt postao bi pripadnost zemljišta, pa vlasnik zemljišta postaje i vlasnik objekta, tj. objekt bi postao vlasništvo javnopravnog subjekta koji je vlasnik zemljišta (čl. 295./1. ZV).

3.5. Stanovi, zgrade i poslovni prostori

Stanovima, zgradama i poslovnim prostorima u vlasništvu Republike Hrvatske i drugih osoba javnog prava upravlja se, koristi i njima raspolaže po pravilima koja i inače vrijede za raspolaganje, upravljanje i korištenje stvarima u javnom vlasništvu (čl. 35./2. ZV, čl. 10. Zakona o vladi RH, čl. 41./2. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi i dr.), osim ako posebnim propisom nije drukčije određeno. Za njih bi, u pravilu, vrijedile odredbe o upravljanju, raspolaganju i korištenju stvarima u vlasništvu države i drugih javnopravnih subjekata koje nisu namijenjene ni za opću ni za javnu uporabu (čl. 35./6. ZV). Najveći broj stanova, zgrada i poslovnih prostora koji su sada u javnom vlasništvu postali su javno vlasništvo temeljem različitih propisa o pretvorbi ili o preuzimanju sredstava bivše SFRJ i njezinih tijela na području RH. Tako je npr. država postala vlasnik stanova temeljem Uredbe o preuzimanju sredstava JNA i SSNO-a na teritoriju RH (NN, 52./91.) i Uredbe o preuzimanju sredstva bivše SFRJ u vlasništvo RH (NN, 68./91.). Općine i gradovi postali su vlasnici stanova te poslovnih prostora na kojima su do pretvorbe imali pravo korištenja temeljem čl. 87./1. Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi i čl. 42. Zakona o Gradu Zagrebu.

Stanovima, zgradama i poslovnim prostorima u vlasništvu Republike Hrvatske upravlja, raspolaže i koristi se Vlada ili od nje ovlašteno tijelo (čl. 10/1. Zakona o vladi RH, čl. 35/2. ZV), ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Stanovima, zgradama i poslovnim prostorom u vlasništvu jedinica lokalne uprave i samouprave te jedinica lokalne samouprave upravlja, raspolaže i koristi se njezino poglavarstvo (čl. 41./2. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi, čl. 35/2. ZV) ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Iz brojnih publiciranih vladinih odluka može se zaključiti da je Vlada RH pozivom na čl. 10./1. Zakona o vladi RH ili čl. 3./2. biv. Zakona o vladi RH u velikom broju slučajeva ovlasti za upravljanje i raspolaganje stanovima, zgradama i poslovnim prostorima u državnom vlasništvu prenijela na neka druga tijela ili je poslove upravljanja i raspolaganja prenijela na Povjerenstvo Vlade RH za upravljanje imovinom RH.¹⁶³

Na prodaju stanova u javnom vlasništvu, u načelu, primjenjuju se opća pravila o raspolaganju stvarima u javnom vlasništvu (čl. 35./2., čl. 391./1. ZV), osim ako

¹⁶³ V. npr. odluke navedene u bilješkama 30, 37, 56.

posebnim propisom nije što drugo određeno. No, čini se da je prodaja stanova u javnom vlasništvu uz primjenu tih općih propisa, s obzirom na propise o otkupu stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo te brojne odluke Vlade o prodaji stanova u državnom vlasništvu, svedena gotovo na iznimku. Na stanove na kojima je postojalo stanarsko pravo, uključujući i nacionalizirane stanove koji su pretvorbom društvenog vlasništva postali javno vlasništvo primjenjuju se posebni propisi o prodaji, tj. otkupu tih stanova. Oni vrijede i za konfiscirane stanove za koje nije zatražen povrat ili je zahtjev za njihov povrat pravomoćno odbijen, čime su ti stanovi postali vlasništvo RH (čl. 77. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine - Zakon o naknadi). Za te stanove, neovisno o tome jesu li oni pretvorbom društvenog vlasništva postali vlasništvo jedinica lokalne samouprave ili Republike Hrvatske, vrijedi pravilo da ih je njihov vlasnik dužan prodati osobi koja kao bivši nositelj stanarskog prava, odnosno zaštićeni najmoprimac, ima pravo na otkup po Zakonu o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (Zakon o prodaji).¹⁶⁴ Naime, Zakon o prodaji izričito određuje da općina odnosno grad prodaju svoje stanove (čl. 5./1. Zakona o prodaji), da se po tom Zakonu prodaju i državni stanovi uključujući i stanove koji su postali državno vlasništvo temeljem određenih uredbi kojima su preuzeta sredstva biv. SFRJ (čl. 50., 50.a-c, Zakona o otkupu), osim onih državnih stanova za koje je zakonom (čl. 50./2. Zakona o prodaji) ili odlukom Vlade donijete na temelju zakona određeno da se ne mogu prodavati (čl. 50./3. Zakona o prodaji).¹⁶⁵ Zakon o naknadi određuje da se prodaju nacionalizirani stanovi, a čl. 13. Zakona o Fondu za naknadu oduzete imovine¹⁶⁶ određuje da se prodaju i konfiscirani stanovi čiji je vlasnik postala RH temeljem čl. 77. Zakona o naknadi. U takvim slučajevima postoji, dakle, obveza javnopravnog vlasnika da proda stan, i to po cijeni određenoj Zakonom o prodaji stanova i na način kako to zatraži bivši nositelj stanarskog prava (uz jednokratnu otplatu ili uz obročnu otplatu) ako su za to ispunjeni uvjeti koje zakon određuje za svaki od pojedinih stanova. Takvo se raspolaganje provodi na zahtjev osobe koja ima pravo otkupa, tj. bez javnog natječaja, a uz prethodnu kontrolu ugovora o otkupu od strane državnog pravobranitelja (čl. 21. Zakona o prodaji). Za javnopravne vlasnike stanova koji su bili u društvenom vlasništvu i na kojima zbog toga što je postojalo stanarsko pravo postoji pravo otkupa postoji tako **obveza prodaje** stanova u njihovom vlasništvu osobama ovlaštenim za kupnju, i to uz cijenu koja nije tržišno određena (čl. 4/1. Zakona o prodaji).¹⁶⁷ Ako neosnovano odbiju sklopiti ugovor o prodaji, ugovor o prodaji zamijenit će sudska odluka (čl. 9/2. Zakona o prodaji, čl. 25. Zakona o naknadi). Za prodaju stanova u javnom

¹⁶⁴ NN 43/92., 69/92., 25/93., 26/93., 48/93., 2/94., 44/94., 47/94., 58/95., 11/96., 11/97., 68/98., 120/00.

¹⁶⁵ V. npr. odluku Vlade o popisu državnih stanova koji se ne mogu prodavati (NN, 28/99.)

¹⁶⁶ NN, 69/97.

¹⁶⁷ Ista obveza, dakako, postoji i za sve privatne vlasnike stanova koji su pretvorbom društvenog vlasništva postali vlasnici stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo.

vlasništvu na kojima je postojalo stanarsko pravo važno je tko je ovlašten, u čije ime i za čiji račun sklapati ugovore o prodaji stana te kome pripadaju sredstva ostvarena prodajom. U nekim je slučajevima to određeno zakonom, a u nekim posebnim odlukama Vlade ili drugog nadležnog tijela. Osnovno bi pravilo bilo da stan na kojem je postojalo stanarsko pravo prodaje ona javnopravna osoba koja je njegov vlasnik, i to u svoje ime, pri čemu se ovlast na prodaju stana može prenijeti na neku drugu osobu. U tom smislu i Zakon o prodaji određuje da se zahtjev za kupnju podnosi vlasniku koji je vlasništvo stekao pretvorbom izvršenom po posebnim propisima (čl. 4/1. Zakona o prodaji). Zakon o naknadi određuje, međutim, da se zahtjev za kupnju podnosi Fondu za naknadu oduzete imovine koji kao prodavatelj zaključuje ugovor o prodaji stana (čl. 24./1., 2. Zakona o naknadi).¹⁶⁸ Temeljem čl. 8. i 14. Zakona o fondu za naknadu oduzete imovine taj je Fond donio odluku kojom je dao ovlasti jedinicama lokalne samouprave i Gradu Zagrebu za sklapanje ugovora o prodaji nacionaliziranih i konfisciranih stanova,¹⁶⁹ koje mogu obavljanje poslova u svezi sa sklapanjem ugovora povjeriti drugoj pravnoj osobi (čl. 3. Odluke).¹⁷⁰ Iz odredbi Zakona o naknadi i odluke Fonda o davanju ovlasti proizlazi da se ugovor sklapa u ime Fonda (čl. 2. Odluke), te da ga u ime Fonda (iako Fond nije vlasnik!) sklapaju općinski načelnici odnosno gradonačelnici ili njihovi zamjenici, a u Gradu Zagrebu gradonačelnik ili njegov zamjenik. Vlada je u nekim slučajevima odredila i posebnom uredbom ovlasti na sklapanje ugovora o prodaji državnih stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo.¹⁷¹ Posebne odredbe postoje i glede uplate sredstava ostvarenih prodajom stanova. Sredstva koja

¹⁶⁸ Do ustrojavanja Fonda za naknadu oduzete imovine temeljem posebne uredbe Vlade RH - Uredbe o davanju ovlasti fondu u stambenom gospodarstvu (NN, 111/1996.), osobe koje su temeljem Zakona o naknadi imale pravo na otkup stana zahtjev za otkup podnosile su Fondu u stambenom gospodarstvu, odnosno pravnoj osobi koja obavlja poslove iz nadležnosti Fonda. Fond je po toj odredbi imao sva prava i obveze koje glede sklapanja ugovora o prodaji stana na temelju Zakona o naknadi ima Fond za naknadu oduzete imovine (čl. 2. Uredbe). Ta je uredba prestala vrijediti stupanjem na snagu Zakona o fondu za naknadu oduzete imovine (čl. 18./1. Zakona), ali je Fond u stambenom gospodarstvu, odnosno pravna osoba koja je obavljala poslove iz nadležnosti Fonda zadržala prava i obveze iz Uredbe dok Fond nije odlučio drukčije (čl. 18./2. Zakona), tj. dok Fond nije prenio ovlasti na sklapanje ugovora o prodaji nacionaliziranih i konfisciranih stanova na jedinice lokalne samouprave i Grad Zagreb. V. narednu bilješku.

¹⁶⁹ NN, 97/1998., 119/2000.

¹⁷⁰ Za sklapanje tih ugovora jedinicama lokalne samouprave i Gradu Zagrebu odnosno pravnoj osobi kojoj je povjereno sklapanje ugovora pripada naknada po sklopljenom ugovoru (čl. 5. Odluke). Glede te naknade Upravni odbor Fonda izdao je vjerodostojno tumačenje članka 5. te Odluke (NN 119/2000.).

¹⁷¹ Npr. Vlada je donijela posebnu Uredbu o raspolaganju i upravljanju stanovima na područjima posebne državne skrbi (NN, 129/1999.). Njome je ovlasila Ministarstvo razvitka, useljeničtva i obnove na prodaju određenih stanova osobama koje su imale stanarsko pravo na tim stanovima i koje su u roku podnijele zahtjev za otkup stana (čl. 1.-3. Uredbe). Vlada može na druge osobe prenijeti samo one ovlasti koje sama ima glede raspolaganja i upravljanja stvarima u državnom vlasništvu. Stoga je za stanove na područjima posebne državne skrbi, koje su u vlasništvu ustanova čiji je osnivač RH odnosno trgovačkih društava čije dionice ili udjele drži RH, ili su u pretežitom vlasništvu RH, Vlada samo posebnim zaključkom predložila tim pravnim osobama da prenesu svoje

se ostvare prodajom stanova koje prodaju općina ili grad odnosno Grad Zagreb doznačuju se u visini 55% u državni proračun na poseban račun, a 45% sredstava zadržava prodavatelj (vlasnik) koji ih može koristiti samo za namjene određene Zakonom (čl. 27. Zakona o prodaji). Po Odluci Fonda za naknadu oduzete imovine kojom su dane ovlasti jedinicama lokalne samouprave i uprave i Gradu Zagrebu na sklapanje ugovora o prodaji nacionaliziranih i konfisciranih stanova sredstva ostvarena prodajom uplaćuju se na račun Fonda, i to tako da kupci uplaćuju cijenu na poseban račun jedinice lokalne samouprave odnosno Grada Zagreba, koji su dužni ta sredstva prenositi na račun Fonda u roku od 8 dana od njihove uplate (čl. 7).

Stanovima u javnom vlasništvu koji se ne otkupljuju po propisima o prodaji stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo njihov vlasnik raspolaže u skladu s općim pravilima o raspolaganju stvarima u vlasništvu javnopravne osobe. U tom je smislu Vlada donijela niz odluka kojima je prenijela ovlasti na prodaju i raspolaganje stanovima na pojedina ministarstva koja su upravljala tim stanovima.^{172,173}

Vrlo je čest način raspolaganja stanovima u javnom vlasništvu i davanje stanova u najam. Za sklapanje ugovora o najmu stanova u javnom vlasništvu vrijede ista pravila kao i za ugovore o najmu stanova koji su u vlasništvu privatnih vlasnika. Na sklapanje ugovora o najmu stanova u javnom vlasništvu primjenjuje se Zakon o najmu stanova,¹⁷⁴ osim ako posebnim propisom nije drukčije određeno.¹⁷⁵ Kao i za

vlasničke ovlasti na stanovima na Ministarstvo razvitka, useljeništa i obnove, koje će stanovima raspolagati sukladno citiranom uredbom. V. Zaključak Vlade RH od 25.11.1999. (NN, 129/99.).

¹⁷² Nekima od tih odluka Vlada RH je ovlastila pojedina ministarstva na prodaju stanova u vlasništvu RH na koja se nisu primjenjivala pravila o otkupu. V. npr. Odluku o prodaji stanova u vlasništvu RH kojima upravlja Ministarstvo pravosuđa od 27.12.1999. godine klasa br. 022-03/99-02/26 ur.broj 50420-99 (neobjavljena), Odluku o prodaji stanova u vlasništvu RH kojima upravlja Ministarstvo unutarnjih poslova od 2.4.1998. (NN, 49/1998.), Odluku o prodaji stanova u vlasništvu RH kojima upravlja Ministarstvo obrane od 25.10.1995. (NN, 89/1995., 15/98.). Tim su odlukama navedena ministarstva ovlaštena da određenim aktivnim i umirovljenim djelatnicima ministarstva prodaju stanove koje koriste na temelju ugovora o najmu, i to po cijenama određenim prema propisima o stanovima na kojima postoji stanarsko pravo, premda se za te stanove nisu primjenjivale odredbe o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo. Jedino je Odlukom kojom su dane ovlasti na prodaju Ministarstvu pravosuđa bilo određeno da se stanovi prodaju po tržišnoj cijeni uz mogućnost ugovaranja obročne otplate. Za sve navedene tri odluke Vlada je 24.8.2000. donijela posebnu Odluku o njihovom neprimjenjivanju do 1. 3. 2001. godine (NN, 84/2000.).

¹⁷³ Vlada je posebnim odlukama prenosila i ovlasti na prodaju garaža koje nisu mogle biti predmet prodaje prema Zakonu o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo. V. npr. Odluku o prodaji garaža u vlasništvu RH kojima upravlja Ministarstvo obrane od 25.10.1995. (NN 89/95.), Odluku o prodaji garaža kojima upravlja Vlada RH od 25.10.1995., kojom je ovlastila Komisiju za stambeni i poslovni prostor kojima upravlja Vlada RH na prodaju garaža u vlasništvu RH.

¹⁷⁴ NN, 91/96., 48/98., 66/98.

¹⁷⁵ Npr. za stanove u državnom vlasništvu na otocima osobama određenim u čl. 31./1. Zakona o otocima vrijedi posebno pravilo da se navedenim osobama, iako ne spadaju u krug osoba koje bi po

privatne vlasnike stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo, a koji nisu otkupljeni, i za javnopravne vlasnike takvih stanova postoji **obveza sklapanja ugovora o najmu sa zaštićenim najmoprimcem** (čl. 8./t.3., 31., 33./3. Zakona o najmu stanova, čl. 35. Zakona o naknadi). Kad, pak, javnopravni vlasnik sklapa ugovor o najmu sa slobodno ugovorenom najamninom, Zakon o najmu stanova izričito propisuje obvezu određivanja uvjeta i mjerila za davanje u najam svojih stanova, te im za to odredio rok (čl. 51. Zakona o najmu stanova). Iz te bi odredbe proizlazilo da se stanovi u vlasništvu države odnosno jedinice lokalne samouprave daju u najam po unaprijed određenim uvjetima i mjerilima koje su posebnom odlukom odredili Vlada odnosno poglavarstvo jedinice lokalne samouprave.¹⁷⁶ Glede ovlasti za sklapanje ugovora o najmu stanova u javnom vlasništvu primjenjuju se opća pravila o raspolaganju, upravljanju i korištenju stvari u javnom vlasništvu (čl. 35./2. ZV). U velikom broju slučajeva Vlada je upravljanje stanovima u državnom vlasništvu prenijela na određena Ministarstva, koja bi u tom slučaju bila ovlaštena i na sklapanje ugovora o najmu pod uvjetima određenim odlukom Vlade odnosno Povjerenstva Vlade za upravljanje imovinom Republike Hrvatske.¹⁷⁷

Zakonu o najmu imale pravo na zaštićenu najamninu, daju u najam stanovi u državnom vlasništvu uz zaštićenu najamninu određenu posebnim propisom, odnosno najamninu u visini upravljanja i održavanja stana (čl. 31./1. Zakona o otocima).

¹⁷⁶ Suglasno tome je npr. Povjerenstvo Vlade za upravljanje imovinom RH donijelo Odluku o utvrđivanju visine slobodno ugovorene najamnine od 21.11.2000. (NN, 120/00.). Odlukom je utvrđeno da visina slobodno ugovorene najamnine za stanove u vlasništvu RH iznosi dvostruki iznos mjesečne zajedničke pričuve koja se plaća u stambenoj zgradi u kojoj se zgrada nalazi, dok visina slobodno ugovorene najamnine za najmoprimce iz čl. 30./2. Zakona o najmu stanova koji nemaju pravo na zaštićenu najamninu iznosi 15,00 kn/m² stambene površine. U odluci nije navedeno odnosi li se ona na sve stanove u vlasništvu RH, uključujući i one koji su posebnim odlukama dani na upravljanje pojedinim ministarstvima, ili samo na stanove kojima neposredno upravlja Vlada RH odnosno Povjerenstvo Vlade za upravljanje imovinom RH. Naime u nekim odlukama kojima je upravljanje određenim stanovima u vlasništvu RH prenjeto na određeno ministarstvo određeno je da ona određuju i visinu stanarine (najamnine) i zakupnine. V. npr. odluke Vlade citirane u narednoj bilješci.

¹⁷⁷ Tako je npr. Vlada RH Odlukom o davanju na upravljanje i korištenje nadležnim ministarstvima RH stanova bivših saveznih organa, institucija i ustanova, od 13.11.1992. (NN, 77/92.), dala stanove biv. Saveznog deviznog inspektorata i biv. Savezne uprave carina na upravljanje Ministarstvu financija; stanove biv. Savezne uprave kontrole letenja, biv. Savezne uprave za obilježavanje plovnih puteva i biv. Savezne uprave za radio veze Ministarstvu pomorstva, prometa i veza; stanove biv. Saveznog sekretarijata za unutrašnje poslove Ministarstvu unutarnjih poslova; stanove biv. Saveznog sekretarijata za pravosuđe i upravu Ministarstvu pravosuđa i uprave, a stanove ostalih biv. saveznih organa, institucija i ustanova Komisiji Vlade RH za stambena pitanja. Odlukom je bilo izričito određeno što se podrazumijeva pod upravljanjem stanova, u što je bilo uključeno i davanje stanova u najam. Posebnom odlukom Vlade RH, od 17.9.1992., dana su ovlaštenja Ministarstvu obrane za upravljanje stanovima, garažama i poslovnim prostorom u vlasništvu RH, koji su postali vlasništvo RH temeljem Uredbe o preuzimanju sredstava JNA i SSNO-a na teritoriju RH (NN, 56/92.). Temeljem te Odluke Vlade Ministarstvo obrane je posebnom odlukom od 20.12.1999. godine odredilo visinu slobodno ugovorene najamnine koju plaćaju najmoprimci stanova kojima upravlja Ministarstvo obrane (NN, 149/99.).

Za raspolaganje poslovnim prostorom u javnom vlasništvu posebna su pravila predviđena za provedbu postupka davanja takvog prostora u zakup. Za ostala raspolaganja poslovnim prostorom u javnom vlasništvu (prodaja, osnivanje ograničenih stvarnih prava i sl.) ne postoje posebne odredbe već se primjenjuju opće odredbe o raspolaganju stvarima u javnom vlasništvu (čl. 35./2. ZV i dr.). Posebne odredbe o zakupu poslovnog prostora u vlasništvu RH, općina, gradova, županija i Grada Zagreba sadrže čl. 6. i 35. Zakona o zakupu poslovnog prostora.¹⁷⁸ Iako to proizlazi i iz općih pravila o raspolaganju nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave (čl. 391/1. ZV) čl. 6./1. izričito određuje da se poslovni prostor u vlasništvu pravnih osoba javnog prava daje u zakup javnim natječajem, osim ako posebnim zakonom nije što drugo određeno.¹⁷⁹ Uvjeti i postupak natječaja određuju se odlukom Vlade RH, županijske skupštine, Gradske skupštine Grada Zagreba odnosno općinskog ili gradskog vijeća. Odluku o najpovoljnijoj ponudi donosi Vlada RH odnosno poglavarstvo jedinice lokalne samouprave ili jedinice lokalne uprave i samouprave koja je vlasnik poslovnog prostora odnosno od njih ovlašteno tijelo (čl. 6./3. Zakona o zakupu poslovnog prostora). Prije sklapanja ugovora o zakupu mora se o pravnoj valjanosti ugovora pribaviti mišljenje od nadležnog državnog pravobraniteljstva (čl. 6./6. Zakona o zakupu poslovnog prostora). Moguće je, međutim, da Vlada RH odnosno poglavarstvo posebnom odlukom prenese upravljanje poslovnim prostorom na neko drugo tijelo i ovlasti ga na davanje u zakup po pravilima Zakona o zakupu poslovnog prostora.^{180,181}

¹⁷⁸ NN 91/96., 124/97.

¹⁷⁹ Npr. Zakon o poticanju ulaganja određuje da se ne primjenjuje čl. 6./1. Zakona o zakupu poslovnog prostora kad se poslovni prostor daje u zakup kao poticajna mjera (čl. 3./t.1.)

¹⁸⁰ Tako je npr. Vlada RH donijela Odluku od 15.10.1998. godine kojom je ovlastila Grad Zagreb na obavljanje poslova u vezi s upravljanjem i održavanjem poslovnog prostora u vlasništvu RH na području Grada Zagreba, kojeg je stekla temeljem čl. 77. Zakona o naknadi, a daje se u zakup pod uvjetima i na način propisan Zakonom o zakupu poslovnog prostora (NN, 139/98.). Tom je odlukom Vlada RH ovlastila zapravo Grad Zagreb da u njezino ime sklapa ugovore o zakupu poslovnog prostora u njezinom vlasništvu, a pod uvjetima i na način određen Zakonom o zakupu poslovnog prostora. Tom je odlukom određeno i kako se raspoređuju sredstva ostvarena zakupom (t. III. Odluke). Samo dio sredstava (32%) doznačuje se na državni proračun, a preostali dio je prihod proračuna Grada Zagreba iz kojeg se podmiruju troškovi u vezi s upravljanjem i održavanjem poslovnog prostora. Zanimljivo je da je u citiranoj Odluci izričito navedeno da je ona "privremenog karaktera i ostat će na snazi dok se ne steknu uvjeti za obavljanje tih poslova u Vladi RH" (t. IV. Odluke).

¹⁸¹ Vlada je upravljanje nekim svojim poslovnim prostorima povjerila i prije donošenja Zakona o zakupu poslovnog prostora određenim Ministarstvima. Npr. Odlukom od 17.9.1992. (NN, 56/92.) dana su ovlaštenja Ministarstvu obrane za upravljanje poslovnim prostorom koji je postao vlasništvo RH temeljem Uredbe o preuzimanju sredstava JNA i SSNO na teritoriju RH. Njome je ovlastila Ministarstvo obrane na davanje u zakup poslovnog prostora i određivanje visine zakupnine. Temeljem toga je Ministarstvo obrane donijelo Odluku o utvrđivanju visine zakupnine za poslovne prostore u vlasništvu RH kojima upravlja Ministarstvo obrane (NN, 115/1993., 10/1996.). S obzirom da su navedene odluke donijete prije stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora na davanje u zakup poslovnog prostora u vlasništvu RH kojim upravlja Ministarstvo obrane, od stupanja na snagu tog Zakona primjenjivale bi se i njegove odredbe.

3.6. Rudno blago (mineralne sirovine)

Pravni režim rudnog blaga (mineralnih sirovina) uređuje Zakon o rudarstvu.¹⁸² Rudnim blagom smatraju se sve organske i neorganske mineralne sirovine koje se nalaze u čvrstom, tekućem ili plinovitom stanju u prvobitnom ležištu, u nanosima, jalovištima, talioničkim troskama ili prirodnim rastopinama.¹⁸³ Rudno blago je u vlasništvu RH (čl. 1./2. Zakona o rudarstvu). Ovo pravilo vrijedi neovisno o tome tko je vlasnik zemljišta u kojem se nalaze mineralne sirovine, što bi predstavljalo iznimku od pravila o pravnom jedinstvu nekretnine.¹⁸⁴ Kao dobro od interesa za RH rudno blago ima osobitu zaštitu Republike Hrvatske i iskorištava se pod uvjetima i na način propisan Zakonom o rudarstvu (čl. 1./1. Zakona o rudarstvu). Rudno blago može se istraživati i eksploatirati samo na temelju **koncesije** (odobrenja). Njome se stječe pravo na istraživanje ili eksploataciju mineralnih sirovina na određenom području u skladu s odredbama Zakona o rudarstvu (čl. 10./1.). Za eksploataciju mineralnih sirovina plaća se naknada, koja je prihod RH, a ustupa se općini odnosno gradu na čijem se području provodi eksploatacija (čl. 11./1,4. Zakona o rudarstvu). Visinu naknade određuje Vlada RH (čl. 11./5. Zakona o rudarstvu). Koncesija se može dati samo domaćoj pravnoj osobi, tj. trgovačkom društvu sa sjedištem u RH, registriranom za obavljanje te djelatnosti ili fizičkoj osobi koja u RH ima registrirani obrt za obavljanje istraživanja ili eksploataciju mineralnih sirovina (čl. 9./1. Zakona o rudarstvu). Tijelo nadležno za davanje odobrenja određeno je različito ovisno o tome za koje se mineralne sirovine daje. Za istraživanje i eksploataciju nafte i prirodnog plina odobrenje daje Vlada RH (čl. 9./2. Zakona o rudarstvu), za mineralne sirovine određene u čl. 3./t. 1.-6., osim za naftu i plin, Ministarstvo gospodarstva, a za ostale mineralne sirovine županijski ured ili ured Grada Zagreba nadležan za poslove rudarstva (čl. 9./3., 16., 31. Zakona o rudarstvu). Iz pravila koja u Zakonu o rudarstvu uređuju davanje odobrenja za istraživanje i eksploataciju mineralnih sirovina proizlazi da se ona izdaju na temelju zahtjeva (čl. 9./3. Zakona o rudarstvu), a ne javnim natječajem.

3.7. Lovišta

Pravni režim lovišta u državnom vlasništvu uređuje Zakon o lovu.¹⁸⁵ Lovište je određena površina zemljišta koje predstavlja zaokruženu prirodnu cjelinu u kojoj postoje ekološki i drugi uvjeti za uzgoj, zaštitu, lov i korištenje divljači i njezinih dijelova (čl. 2./t. 6. Zakona o lovu). Lovišta mogu biti u vlasništvu privatnih osoba (vlastita i zajednička lovišta) i u državnom vlasništvu (državna lovišta). Da bi se na određenom zemljištu moglo steći pravo lova, tj. ovlast da se na određenoj površini zemljišta i voda provode radnje i poduzimaju mjere uzgoja, zaštite, lova i korištenja divljači i njezinih dijelova (čl. 2./t. 2. Zakona o lovu), određeno se zemljište mora

¹⁸² NN 35/95. - pročišćeni tekst.

¹⁸³ Podrobnije određenje pojma "mineralne sirovine" sadržano je u čl. 3. Zakona o rudarstvu.

¹⁸⁴ V. Gavella, N. i suradnici: o.c., str. 370., bilj. 111.

¹⁸⁵ NN, 10/94., 29/99., 14/01.

prethodno proglasiti lovištem. Vlastita lovišta ustanovljuje županij-ska skupština odnosno Gradska skupština Grada Zagreba (čl. 16./1. Zakona o lovu). Vlasnik zemljišta koji na svom zemljištu želi steći pravo lova mora podnijeti pisani zahtjev za ustanovljenje vlastitog lovišta nadležnom upravnom tijelu (čl. 16./2. Zakona o lovu). S obzirom da je divljač dobro od interesa za RH i ima njezinu osobitu zaštitu (čl. 4. Zakona o lovu), vlasnik je pravo lova na svom lovištu obvezan izvršavati u skladu s lovnogospodarskom osnovom kojom se utvrđuje gospodarenje lovištem u određenom razdoblju (čl. 40., 45./1. Zakona o lovu). Za vlastita lovišta lovnogospodarsku osnovu donosi vlasnik zemljišta uz odobrenje županijske skupštine odnosno Gradske skupštine Grada Zagreba (čl. 42/2. Zakona o lovu). Ona mora biti u skladu s osnovama gospodarenja šumama, uvjetima i načinom iskorištavanja poljoprivrednog zemljišta, vodoprivrednom osnovom, prostornim planom i potvrđenim međunarodnim ugovorima iz područja lova, zaštite prirode i prirodnih staništa divljači (čl. 45./1. Zakona o lovu).

Lovišta na površinama zemljišta u vlasništvu države ustanovljuje ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 15./1. Zakona o lovu). Zakon o lovu ne sadrži izričite odredbe iz kojih bi proizlazilo da je državno lovište neotuđivo iz državnog vlasništva, već samo određuje uvjete i načine po kojima se na državnom lovištu može steći pravo lova. Na državnim lovištima u vlasništvu države domaća i strana pravna i fizička osoba mogu steći pravo lova koncesijom ili zakupom (čl. 6. Zakona o lovu). Dok pravo lova na državnom lovištu ne stekne pravna ili fizička osoba, Vlada RH povjerit će izvršavanje prava lova pravnoj ili fizičkoj osobi koja koristi zemljište u državnom vlasništvu, znanstveno-istraživačkim i znanstveno-nastavnim ustanovama odnosno pravnim osobama koje obavljaju djelatnost od interesa za RH (čl. 15./2. Zakona o lovu).

Koncesija prava lova daje se na rok od 20-40 godina (čl. 20./1. Zakona o lovu). Odluku o koncesiji donosi Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva nakon provedenog javnog prikupljanja ponuda i javnog natječaja (čl. 21./1. Zakona o lovu).¹⁸⁶ Odluku o raspisivanju javnog natječaja donosi Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva nakon pribavljenog mišljenja predstavničkog tijela županije odnosno Grada Zagreba, na čijem se području nalazi lovište za koje se daje koncesija prava lova (čl. 21./2. Zakona o lovu). Postupak javnog natječaja provodi komisija koju imenuje Vlada na prijedlog ministra poljoprivrede i i šumarstva koja daje ministru prijedlog odluke o izboru najpovoljnije ponude za koncesiju lova (čl. 21./5. Zakona o lovu). Ugovor o koncesiji sklapa u ime RH ministar poljoprivrede (čl. 23./1. Zakona o lovu). Prije sklapanja ugovora o koncesiji, nacrt ugovora s odlukom o koncesiji prava lova dostavlja se na prethodno mišljenje državnom pravobraniteljstvu (čl. 24. Zakona o lovu). Koncesijom koncesionar stječe pravo lova na određenom lovištu uz plaćanje naknade za koncesiju. Do izmjena i dopuna

¹⁸⁶ Prije izmjena i dopuna Zakona o lovu, iz 1999. godine, odluku o koncesiji prava lova donosila je Vlada RH. V. npr. Odluke o koncesiji prava lova na lovištima u vlasništvu države, od 2.11.1995. objavljene u NN 90/1995.

Zakona o lovu, iz 1999. godine, uplaćene naknade za koncesiju prava lova bile su prihod državnog proračuna (biv. čl. 26. Zakona o lovu). Po izmijenjenom čl. 26. Zakona o lovu od uplaćene koncesijske naknade 90% sredstava se raspoređuje na ime naknade vlasnicima bez prava lova razmjerno površini koja je obuhvaćena lovištem za koje se uplaćuje naknada, a 10% sredstava je prihod RH koji se vodi na posebnom računu Ministarstva poljoprivrede za troškove provođenja Zakona o lovu (čl. 26. Zakona o lovu). Nova odredba čl. 26. čini se nejasnom s obzirom da se koncesija lova daje na državnim lovištima. Pitanje je, stoga, vlasnicima kojih zemljišta bi pripadao dio koncesijske naknade.

Pravo lova na državnom lovištu može se steći i **zakupom**. Zakup se osniva u korist domaće ili strane pravne i fizičke osobe na vrijeme od 10 godina, odnosno do isteka valjanosti lovnogospodarske osnove (čl. 36./1. Zakona o lovu)¹⁸⁷ koja ispunjava pretpostavke iz čl. 27./3. Zakona o lovu. Državno lovište daje se u zakup na temelju javnog natječaja ili javnog prikupljanja ponuda koji se provodi na temelju odluke Ministarstva poljoprivrede i šumarstva (čl. 36./2. Zakona o lovu). Odluku o davanju državnog lovišta u zakup donosi Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva (čl. 37./1. Zakona o lovu), a ugovor o zakupu u ime RH sklapa ministar poljoprivrede i šumarstva (čl. 38./1. Zakona o lovu).¹⁸⁸ Ugovorom o zakupu lovozakupnik stječe pravo lova na zakupljenom državnom lovištu uz plaćanje lovozakupnine, te preuzima obveze iz čl. 28./2.-4. i dr. Zakona o lovu. Zakupljeno državno lovište ne može se dati u podzakup (čl. 38./4. Zakona o lovu). Uplaćene lovozakupnine obračunavaju se i raspoređuju na isti način kao i naknade od koncesija (čl. 26. u vezi s 39. Zakona o lovu).

3.8. Zaštićeni dijelovi prirode

Pravni režim zaštićenih dijelova prirode uređuje Zakon o zaštiti prirode.¹⁸⁹ Zaštićeni dijelovi prirode su nacionalni park, park prirode, strogi rezervat, posebni rezervat, park-šuma, zaštićeni krajolik, spomenik prirode, spomenik parkovne arhitekture, pojedina biljna i životinjska vrsta (čl. 3./1. Zakona o zaštiti prirode).¹⁹⁰ Oni se raspoređuju u razrede međunarodnog, državnog i lokalnog značenja (čl. 3./2. Zakona o zaštiti prirode). Za proglašavanje zaštićenih dijelova prirode ovlaštena su različita javna tijela. Nacionalni park i park prirode proglašava Sabor posebnim zakonom, pojedinu biljnu i životinjsku vrstu proglašava nadležno ministarstvo,

¹⁸⁷ Lovnogospodarska osnova je planski akt kojim se detaljno uređuje gospodarenje s divljači i lovištem za određeno razdoblje u skladu s mogućnosti biotopa te brojnosti i stanjem populacije divljači koja se uzgaja (čl. 2./t. 11. Zakona o lovu).

¹⁸⁸ Prije izmjena i dopuna Zakona o lovu, iz 1999. godine, odluku o raspisivanju natječaja i odluku o davanju u zakup državnog lovišta donosila je Vlada. V. npr. Odluku o raspisivanju javnog natječaja za davanje u zakup lovišta u vlasništvu države, od 2.11.1995. (NN, 90/1995.), Odluke o davanju državnih lovišta u zakup, od 2.11.1995. (NN, 90/1995.).

¹⁸⁹ NN, 30/94., 72/94.

¹⁹⁰ Pojmovno određenje svakog od navedenih zaštićenih dijelova prirode sadržano je u čl. 4.-12. Zakona o zaštiti prirode.

strogi rezervat, posebni rezervat i spomenik parkovne arhitekture proglašavaju županijska odnosno skupština Grada Zagreba (čl. 13. Zakona o zaštiti prirode). Navedena tijela donose i akt o prestanku zaštite zaštićenog dijela prirode ako nestanu obilježja radi kojih je određen dio prirode proglašen zaštićenim (čl. 16. Zakona o zaštiti prirode).

Zaštićeni dijelovi prirode mogu biti u privatnom i u javnom vlasništvu. Neovisno u čijem su vlasništvu, zaštićeni dijelovi prirode su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku i imaju njezinu osobitu zaštitu (čl. 3./1. Zakona o zaštiti prirode). U državnom su vlasništvu zemljišta unutar granica nacionalnih parkova i parkova prirode na kojem su pravo korištenja i raspolaganja imale društvene pravne osobe, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 40./1. Zakona o zaštiti prirode). Zemljište unutar granica ostalih zaštićenih dijelova prirode na kojima su pravo korištenja i raspolaganja imale društvene pravne osobe, vlasništvo je županije ili Grada Zagreba, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 40./2. Zakona o zaštiti prirode). Zaštićenim dijelovima prirode, neovisno o tome u čijem su vlasništvu upravljaju javne ustanove. Javne ustanove za upravljanje nacionalnim parkovima i parkovima prirode osniva Vlada RH, a za upravljanje ostalim zaštićenim dijelovima prirode županijske skupštine ili skupština Grada Zagreba (čl. 17. Zakona o zaštiti prirode). Proglašenje zemljišta zaštićenim dijelom prirode za njegovog vlasnika znači određena ograničenja glede upravljanja, korištenja i raspolaganja. Vlasnik može koristiti zaštićeni dio prirode u skladu s mjerama zaštite, uređenja, unapređenja i korištenja. One se za nacionalni park i park prirode određuju prostornim planom, a mjere zaštite zaštićenih biljnih i životinjskih vrsta propisuje nadležni ministar (čl. 28., 29. Zakona o zaštiti prirode). U zaštićenim dijelovima prirode nisu dopuštene radnje koje mogu prouzročiti promjene i oštećenja na zaštićenom dijelu prirode (čl. 32./1. Zakona o zaštiti prirode). Dopusnene su samo one radnje i djelatnosti koje ne oštećuju zaštićeni dio prirode i ne mijenjaju svojstva zbog kojih je proglašen zaštićenim (čl. 32./2. Zakona o zaštiti prirode).¹⁹¹ Zaštićene biljke i životinje ne smiju se izvoziti ni iznositi u inozemstvo, a niti uvoziti iz inozemstva (čl. 34./1. Zakona o zaštiti prirode). Vlasnik zaštićenog dijela prirode dužan je dopustiti pristup na svoje zemljište ako je to potrebno radi zadovoljavanja znanstvenih, obrazovnih, estetskih i kulturnih potreba društva, a na način i pod uvjetima utvrđenim rješenjem nadležnog ministra (čl. 39./1. Zakona o zaštiti prirode). Vlasnik zaštićenog dijela prirode ima pravo na naknadu ako mu je korištenje ili iskorištavanje zaštićenog dijela prirode na određen način ili u određene svrhe ograničeno ili zabranjeno (čl. 38./1, 39./2. Zakona o zaštiti prirode). Iznos naknade mora biti razmjernan umanjenom prihodu. On se utvrđuje sporazumno, a u slučaju spora o visini naknade odlučuje sud. Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna ili proračuna županije ili Grada Zagreba (čl. 38./2, 3. Zakona

¹⁹¹ Radnje iz članka 32./2. Zakona o zaštiti prirode dopuštene su samo uz ishođenje uvjeta zaštite prirode koji se izdaju u posebnom postupku, ovisno o tome radi li se o radnjama za koje se zahtijevaju lokacijska odnosno građevna dozvola (čl. 32./3.-5., čl. 37. Zakona o zaštiti prirode).

o zaštiti prirode). Za raspolaganje nekretninama koje se smatraju zaštićenim dijelovima prirode, također, postoje određena ograničenja. Neovisno o tome je li zaštićeni dio prirode u privatnom ili u javnom vlasništvu, vlasništvo na tim nekretninama mogu stjecati samo domaće pravne i fizičke osobe (čl. 40./3. Zakona o zaštiti prirode). Kad vlasnik nekretnine unutar nacionalnog parka ili parka prirode namjerava prodati nekretninu, država ima pravo prvokupa (čl. 42./1. Zakona o zaštiti prirode). Za ostale zaštićene dijelove prirode pravo prvokupa imaju županija odnosno Grad Zagreb (čl. 42./1. Zakona o zaštiti prirode).¹⁹²

4. Zaključak

Iz općih pravila hrvatskog stvarnopravnog uređenja proizlazi da su Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnog prava kao vlasnici izjednačeni s privatnim vlasnicima. Na vlasništvo javnopravnih osoba primjenjivala bi se sva pravila općeg stvarnopravnog uređenja, ako i ukoliko posebnim propisom nije što drugo određeno. Opće stvarnopravno uređenje trebalo bi po ZV vrijediti za javno vlasništvo kao pravilo, dok bi posebni propisi bili iznimka.

Prikaz pozitivnog pravnog uređenja stvari u javnom vlasništvu pokazuje da u Republici Hrvatskoj za većinu takvih stvari, a posebno za nekretnine u državnom vlasništvu, postoje posebni propisi. Oni za njih vrlo detaljno uređuju posebne pravne režime koji značajno odstupaju od općih pravila o vlasništvu iz ZV. Postoje čak i propisi koji su u odnosu na te, ionako već posebne propise, još posebniji. Za neke stvari u državnom vlasništvu postoji tako čitava hijerarhija propisa čija primjena ovisi na kojem se području nalaze nekretnine, u čiju se i koristi i na koji način njima raspolaže, koji je cilj tog raspolaganja i sl. Opći stvarnopravni režim nalazi se na dnu te hijerarhijske ljestvice, jer je gotovo u cijelosti potisnut različitim posebnim pravilima. Primjena pravila iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima o stjecanju, zaštiti i prestanku vlasništva samo je supsidijarna. Ona se primjenjuju samo ako i ukoliko niti jednim posebnim propisom nije što drugo određeno glede stjecanja, zaštite i prestanka javnog vlasništva. Stoga, danas, za pravno uređenje stvari u javnom vlasništvu vrijedi upravo suprotno načelo od onog koje bi po ZV trebalo vrijediti - pravila općeg stvarnopravnog uređenja za brojne se stvari u javnom vlasništvu primjenjuju kao iznimka, a raznoliki posebni propisi su pravilo. Takvo je segmentiranje pravnog uređenja stvari u javnom vlasništvu dovelo do njihove međusobne neusklađenosti, kao i do značajnih otklona od općeg stvarnopravnog uređenja. Snalaženje u svim brojnim propisima koji uređuju stvari u javnom vlasništvu te njihovo povezivanje u cjelinu često je vrlo otežano. Pravni režimi za pojedine stvari u javnom vlasništvu mozaik su različitih propisa različitog ranga, uredbi i različitih akata nadležnih tijela, donijetih na temelju tih propisa. Za mnoge od tih akata nekad je vrlo teško i utvrditi vrijede li još ili su zamijenjeni

¹⁹² To se pravo prvokupa, premda je zakonsko pravo prvokupa, upisuje i u zemljišne knjige (čl. 42./7. Zakona o zaštiti prirode).

nekim drugim aktom koji, moguće, i nije publiciran u Narodnim novinama. Tek poneki su kamenčić u tom mozaiku pravila općeg stvarnopravnog uređenja. Takva šarolikost u uređenju javnog vlasništva svakako ne doprinosi djelotvornom gospodarenju, upravljanju i korištenju stvarima u javnom vlasništvu.

Posebni pravni režimi za pojedine stvari u javnom vlasništvu često se opravdavaju time da su to stvari od interesa za RH i da uživaju njezinu posebnu zaštitu koja se ostvaruje upravo posebnim propisima. Posebni propisi o pojedinim stvarima u javnom vlasništvu zaista i određuju da su te stvari dobra od interesa za RH te izričito uređuju način njihova korištenja i uporabe. No, pritom treba upozoriti da brojna od tih pravila predstavljaju i ograničenja vlasništva za privatne vlasnike čije su istovrsne stvari također proglašene dobrima od interesa. Za ta im ograničenja pripada pravo na naknadu koja bi se isplaćivala iz proračuna. U mnogim posebnim propisima, međutim, uz pravila koja uređuju posebnu zaštitu određenih stvari kao dobra od interesa za RH, postoje i brojna pravila koja ograničavaju ili isključuju promet određenih stvari u javnom vlasništvu, posebno nekretnina u državnom vlasništvu. I ta se pravila često objašnjavaju potrebom za većom zaštitom tih stvari, iako je pitanje doprinose li ona zaista njihovom boljem iskorištavanju i efikasnoj zaštiti. S druge strane, opravdanost takvih ograničenja, gledano s gospodarskog stajališta, izaziva niz dilema. Isključivanje mogućnosti da neke stvari iz javnog prijeđu u vlasništvo privatnopravnih osoba, a time i mogućnosti da se na njima osnivaju različita realna osiguranja, ne može doprinijeti razvoju i intenziviranju gospodarstva, posebno zbog toga što se ona odnose na nekretnine u državnom vlasništvu, koje su veliki financijski potencijal (npr. za šume i šumsko zemljište). U tom su smislu upitna i pravila koja apsolutno isključuju mogućnost da neke nekretnine, čak i neovisno o tome jesu li u javnom ili privatnom vlasništvu, steknu stranci (npr. poljoprivredno zemljište, zaštićeni dijelovi prirode). To tim više što ionako već postoje opća ograničenja u ZV uz koja stranci mogu stjecati vlasništvo nekretnina u RH. Pitanje je odgovaraju li tako stroga ograničenja u prometu nekim nekretninama u državnom vlasništvu potrebama modernog pravnog prometa i gospodarstva. Jedan od najvažnijih čimbenika razvoja gospodarstva upravo je intenzivan i pravno siguran promet nekretninama, a posebno iskorištavanje njihove vrlo velike vrijednosti za osiguranje različitih kreditnih transakcija i ulaganje kapitala. Tome bi svakako doprinijela i liberalizacija pravnog prometa nekretnina u državnom vlasništvu. To tim prije što ublažavanje ograničenja u prometu državnim nekretninama ne bi nužno moralo utjecati na smanjenje njihove zaštite i njihovu devastaciju. Sve su te nekretnine već Ustavom RH proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku i za njihovo korištenje i uporabu propisana su ograničenja kojima se ostvaruje njihova posebna zaštita i to neovisno o tome tko je njihov vlasnik.

Posebni pravni režimi za pojedine stvari u javnom vlasništvu različito uređuju i ovlasti za korištenje, uporabu i raspolaganje tim stvarima. To posebno dolazi do izražaja u posebnim pravilima o državnim nekretninama. Pravila o raspolaganju državnim nekretninama vrlo su različita. U nekim su propisima za svako raspolaganje istom nekretninom (prodaju, davanje u zakup, koncesiju i sl.) ovlaštena

druga tijela i propisani različiti postupci. Pritom se u novijim izmjenama i dopunama posebnih propisa uočava i trend prepuštanja upravljanja i raspolaganja nekretninama u državnom vlasništvu na lokalne samoupravne jedinice, u čije proračune ulazi i najveći dio naknade koji se ostvaruje raspolaganjem državnim nekretninama. To se najvećim dijelom opravdava time da su tijela lokalnih samoupravnih jedinica operativnija, da bolje poznaju stanje na terenu i da mogu djelotvornije upravljati. Decentralizacija upravljanja, korištenja i raspolaganja stvarima u državnom vlasništvu zahtijeva, međutim, dobru koordinaciju između svih tijela ovlaštenih na pojedina raspolaganja, te djelotvornu međusobnu suradnju i informiranje. Za to je potrebna i ažurna, efikasna, dobro organizirana i jedinstveno vođena evidencija pravnog stanja državnih nekretnina. S obzirom da se radi o nekretninama u pravnom prometu, tu funkciju mogu imati samo zemljišne knjige. Danas je jedan od najvećih problema i kočnica djelotvornom upravljanju i raspolaganju državnim nekretninama upravo nesređenost zemljišnoknjižne evidencije. Ne može se uvijek sa sigurnošću saznati koje su sve nekretnine u javnom vlasništvu, koja je javnopravna osoba njihov vlasnik, te kakvo je pravno i faktično stanje tih nekretnina (izgrađenost i sl.), pa se njima ne može dobro ni upravljati ni raspolagati. Pred javnopravnim vlasnicima stoji vrlo veliki posao sređivanja i utvrđivanja njihova vlasništva, koji je nužno vezan i za sređivanje zemljišnoknjižne evidencije kao vanjske slike pravnog stanja nekretnina u pravnom prometu. Kad javnopravni vlasnici budu zaista znali što je sve njihovo, moći će djelotvorno zaštititi svoje vlasništvo i gospodarski ga odgovarajuće iskoristiti, pa i stvoriti konzistentni i cjeloviti pravni okvir za upravljanje, raspolaganje i korištenje svojim stvarima. Tek kad se u potpunosti utvrdi čime sve raspolažu pojedine javnopravne osobe i koji su gospodarski rezultati primjene ovako segmentiranih pravnih uređenja za pojedine stvari u njihovu vlasništvu, zakonodavac će moći zauzeti stav koji je optimalni način za pravno uređenje javnog vlasništva. Moguće je zadržati postojeću segmentaciju različitih pravnih režima za pojedine stvari. Moguće je i krenuti putem kojeg je po ugledu na moderne srednjoeuropske pravne poretke zacrtao Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. To bi značilo i stvari u javnom vlasništvu podvrgnuti u što je moguće većoj mjeri općem stvarnopravnom režimu, a iznimke propisati samo kad je to nužno s obzirom na namjenu tih stvari ili njihovo svojstvo dobra od interesa za RH. Priklanjanje toj drugoj mogućnosti nesumnjivo bi doprinijelo konzistentnosti hrvatskog pravnog sustava i njegovoj bržoj prilagodbi modernim europskim pravnim i gospodarskim sustavima.

Summary

STATE OWNERSHIP AND OWNERSHIP OF OTHER PUBLIC LEGAL PERSONS (PUBLIC PROPERTY)

State and other public legal persons' ownership is regulated by the same provisions as the ownership of physical or private legal persons, unless a special law provides differently. Republic of Croatia and other public legal persons have the same status of owners as any other private owner. The Law on ownership and other property rights (LO) regulates who disposes of, manages, uses and decides on the use of public property (art. 35). With regard to its use, public property is divided into public property in general use, public property in public use and property exempted from both general and public use. Their use is determined either by the law or by the state body empowered by the law in that respect. LO provisions on public property, as well as other LO provision on property, acquiring, protection and cease of ownership apply unless a special law regulates differently. Croatian positive legal order incorporates, however, a number of laws creating special legal regimes for certain forms of public property such as agricultural land, woods and wood soil, raw underground material, state hunting territory, etc. Special laws regulate in details the issue of use, management and disposal of certain public property form, and, in fact, the application of general ownership regime on the public property presents more an exception than a rule.

Key words: *public property, public property in general use, public property in public use, financial property.*

Zusammenfassung

SACHEN ALS EIGENTUM DES STAATES UND ANDERER PERSONEN DES ÖFFENTLICHEN RECHTS (ÖFFENTLICHES EIGENTUM)

Auf Sachen als Eigentum des Staates und anderer Personen des öffentlichen Rechts werden dieselben Regeln angewandt wie auf Sachen als Eigentum natürlicher Personen und Rechtspersonen des Privatrechts außer wenn dies durch ein besonderes Gesetz anders geregelt wird. Die Republik Kroatien und andere Personen des öffentlichen Rechts haben als Eigentümer dieselbe Stellung wie Privateigentümer. Durch das Gesetz über Eigentum und andere Sachenrechte (ZV) wird geregelt wer über Sachen als öffentliches Eigentum verfügt, bestimmt, wer sie nutzt und ihre Verwendung bestimmt (Art. 35). Hinsichtlich ihrer Verwendung werden Sachen als öffentliches Eigentum in öffentliches Gut zur öffentlichen Nutzung, öffentliches Gut zur allgemeinen Nutzung und in Sachen, die weder zur allgemeinen noch zur öffentlichen Nutzung bestimmt sind, aufgeteilt. Ihre Nutzung wird durch Gesetz oder einen dafür gesetzlich befugten Staatskörper geregelt. Die

Bestimmungen des ZV über Sachen als öffentliches Eigentum sowie alle andere Bestimmungen des ZV über Sachen, Erwerb, Schutz und Aufhebung des Eigentums werden nur angewandt, wenn dies nicht durch andere Vorschriften anders reguliert wird. Im kroatischen positiven Rechtssystem bestehen jedoch eine Reihe von Vorschriften, die besondere Rechte für einzelne Sachen als öffentliches Eigentum regeln wie Agrarland, Wälder und Waldland, Bodenschätze, staatliche Jagdgründe u.a. Durch besondere Vorschriften wird sehr detailliert geregelt wer befugt ist über die einzelnen Sachen als öffentliches Eigentum zu bestimmen und zu verfügen und wer sie benutzen darf, so dass die Anwendung der Regeln des allgemeinen Sachenrechts für Sachen als öffentliches Eigentum nur auf Ausnahmen beschränkt ist.

Schlüsselwörter: *öffentliches Eigentum, öffentliches Gut zur allgemeinen Nutzung, öffentliches Gut zur öffentlichen Nutzung, Finanzvermögen.*

Sommario

PROPRIETÀ DELLO STATO E DELLE ALTRE PERSONE GIURIDICHE PUBBLICHE (PROPRIETÀ PUBBLICA)

La proprietà dello Stato e delle altre persone giuridiche pubbliche è disciplinata dalla stesse norme sulla proprietà delle persone fisiche e giuridiche private, salvo che una legge speciale non provveda diversamente. La Repubblica di Croazia e le altre persone giuridiche pubbliche hanno il medesimo status di proprietari come qualsiasi altro proprietario privato. La Legge sulla proprietà e gli altri diritti reali (LP) regolamenta chi dispone, amministra, impiega e decide sull'uso della proprietà pubblica (art. 35). Rispetto al suo uso, la proprietà pubblica si divide in beni pubblici di uso generale, beni pubblici di uso pubblico e le cose che non sono destinate né all'uso generale né a quello pubblico. Il loro uso è determinato dalla legge e dall'organo statale a ciò autorizzato dalla legge. Le disposizioni della LP sulla proprietà pubblica, così come le altre norme della LP sulla proprietà, l'acquisto, la tutela e la cessazione della proprietà sono applicate salvo che una legge speciale disponga diversamente. Tuttavia l'ordinamento giuridico positivo croato comprende un numero di leggi che creano regimi legali speciali per determinate forme di proprietà pubblica come i terreni agricoli, boschi e suoli boschivi, materiali minerali, territori statali di caccia, etc. Leggi speciali disciplinano dettagliatamente la questione dell'uso, dell'amministrazione e della disposizione di determinate forme di proprietà pubblica, e nei fatti l'applicazione del regime di proprietà generale sulla proprietà pubblica rappresenta più un'eccezione che la regola.

Parole chiave: *proprietà pubblica, beni pubblici di uso generale, beni pubblici di uso pubblico, patrimonio finanziario.*

PRAVO UMJETNIKA IZVOĐAČA U HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU

Dr. sc. Igor Gliha, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.78(497.5)
Ur.: 8. siječnja 2001.
Pr.: 26. siječnja 2001.
Izvorni znanstveni članak

Pravo umjetnika izvođača jedno je od srodnih prava koja u autorskopravnom sustavu zauzimaju mjesto pokraj autorskog prava. Važan pravni izvor za srodna prava jesu višestrane međunarodne konvencije kojima se u pravilu određuje minimalni sadržaj prava i pitanje pružanja nacionalnog tretmana strancima. Pravo umjetnika izvođača u hrvatskom pravnom poretku sastoji se od imovinskopравnih i osobnopravnih ovlaštenja. Sadržaj prava umjetnika izvođača omogućava da izvođač ima pravnu vlast na svojoj izvedbi na koju ne utječe činjenica da razvoj tehnologije omogućava korištenja nepoznata u trenutku nastajanja izvedbe, pa prema tome izvođač ima pravnu vlast na izvedbi i u digitalnom okružju.

Ključne riječi: audiovizualna izvedba, izvođači, pravo umjetnika izvođača, srodna prava.

1. Srodna prava

1.1. Uopće o srodnim pravima

Pravo umjetnika izvođača, ili kako se uobičajeno kraće naziva izvođačko pravo, jedno je od srodnih prava. Pojmom srodna (susjedna, koneksna) prava obuhvaćaju se subjektivna prava različita od autorskog prava, a pripadaju grani autorskog prava. Nazivi srodna ili susjedna prava mogu se u hrvatskom pravnom nazivlju rabiti ravnopravno. Naziv srodna prava dolazi prema engleskom *related rights* odnosno njemačkom *verwandte Schutzrechte*, dok naziv susjedna prava ima odgovarajuće nazive u francuskom *droit voisins*, ali i engleskoj istoznačnici *neighbouring rights*. Naziv koneksna prava rabi se u hrvatskom autorskopravnom nazivlju vrlo rijetko, a dolazi od talijanskog *diritti connessi*. Opređeljenost za naziv srodna prava proizlazi iz činjenice da on u novije vrijeme prevladava u međunarodnom i nacionalnim zakonodavstvima.¹

¹ Npr. u Sporazumu o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS) iz 1994. Svjetske trgovinske organizacije (WTO), smjernicama Europske unije kao i u gotovo svim zakonima kojima se uređuje autorsko pravo donesenim u proteklih 5 godina (v. *infra*).

Funkcija pojma srodna prava je u prvom redu njime označiti da u autorskopravnom poretku uz autorsko pravo postoje i neka druga subjektivna prava. Zajedničke su karakteristike tih prava da se radi o privatnim pravima (privatno-pravnost), čiji su objekti neposredno u pravnoj vlasti njihovih nositelja (neposrednost), vremenski su ograničena trajanja (vremenska ograničenost), te djelovanje prema svima barem nekih ovlaštenja iz njihova sadržaja (apsolutnost). Međutim, razlike koje postoje u objektima tih prava kao i u njihovu sadržaju ne dopuštaju da bi se pojmu srodnih prava dao neki posebni sadržaj ili da bi se njime označavalo bilo što više od skupnog naziva za prava priznata u pojedinom autorskopravnom poretku, a različita su od autorskog prava.

U hrvatskom autorskopravnom poretku to su pravo umjetnika izvođača, pravo proizvođača fonograma i pravo organizacija za radiodifuziju. U novije vrijeme, uz navedena, u velikom broju pravnih poredaka postoje i neka druga srodna prava - pravo proizvođača videograma, pravo proizvođača zbirka podataka, nakladnika određenih izdanja.² Širenje kruga srodnih prava u skladu je s trendom jačanja zaštite prava intelektualnog vlasništva uopće kao i širenjem zaštite na nove objekte.

S iznimkom prava umjetnika izvođača, čiji je objekt izvedba - proizvod (rezultat) određenog intelektualnog rada i vještine³ i koje je po svom sadržaju od svih drugih srodnih prava najbližije autorskom pravu, osnovni je cilj postojanja ostalih srodnih prava zaštita investicije. Naime, objekt zaštite tih srodnih prava je određeni organizacijsko tehnički rad, ali je stvarni cilj zaštita investicije kojom se autorskom djelu, ali i izvedbi, omogućava da dođu do javnosti.⁴ Bez takvih investicija mnoga bi autorska djela ostala nepoznata javnosti. Srodna prava uz autorsko predstavljaju sve važniji element u međunarodnoj trgovini, pa time je i njihova zaštita postala predmetom uređenja ne samo višestranih međunarodnih ugovora koji uređuju pravo intelektualnog vlasništva sklopljenih pod okriljem Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (WIPO), specijalizirane ustanove UN koja skrbi o zaštiti i unapređivanju intelektualnog vlasništva u svijetu, nego i onih sklopljenih pod okriljem trgovinskih organizacija. Tako se u pregovorima Urugvajске runde GATT našlo mjesto za Sporazum o trgovinskim aspektima prava

² Ta su srodna prava priznata u zemljama Europske unije, v. smjernice EU: Smjernica 92/100/EEC o pravu najma i pravu posudbe i o određenim pravima srodnim autorskom u polju intelektualnog vlasništva od 19.11.1992., OJ L 346, 27.11.1992., Smjernica 96/9 o pravnoj zaštiti baza podataka od 11.3.1996., OJ L 77, 27.3.1996., Smjernica 93/98/EEC o harmonizaciji trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava od 29.10.1993., OJ L 290, 24.11.93. Također su priznata u novijim zakonima kojima se uređuje autorsko pravo u drugim europskim zemljama, npr. slovenski Zakon o autorskom i srodnim pravima od 30.3.1995., češki Zakon br. 121/2000 o autorskom pravu, srodnim pravima i izmjenama i dopunama određenih zakona od 7.4.2000.

³ Potrebno je međutim naglasiti, izvedba se razlikuje od autorskog djela i ne smije se s njim izjednačavati. Intelektualni rad umjetnika izvođača sastoji se u izražavanju odnosno interpretiranju autorskog djela. Izvedba nečeg što nema karakter autorskog djela nije zaštićena pravom umjetnika izvođača.

⁴ Za sva je srodna prava karakteristično da njihovi nositelji s jedne strane iskorištavaju autorska djela, a s druge strane omogućavaju da autorska djela postanu pristupačna javnosti.

intelektualnog vlasništva (TRIPS).⁵ Njime su, između ostalog, propisana minimalna prava koja članice Svjetske trgovinske organizacije (WTO) moraju priznati izvođačima, proizvođačima fonograma i organizacijama za radiodifuziju.

1.2. Izvori srodnih prava

Osnovni je izvor kojim su uređena srodna prava u Hrvatskoj Zakon o autorskom pravu (ZAP).⁶ Tim je zakonom prvo bilo priznato pravo umjetnika izvođača, i to relativno kasno, 1990. g.^{7,8} Pravo proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju priznata su još kasnije, tek izmjenama i dopunama ZAP iz 1999.⁹ Kaznenim zakonom (KZ)¹⁰ propisana su kaznena djela glede povrede prava umjetnika izvođača, proizvođača zvučne snimke (proizvođača fonograma), prava u svezi s radiodifuzijskim emisijama (pravo organizacija za radiodifuziju), ali i prava proizvođača slikovne snimke (pravo proizvođača videograma).¹¹ Odredbe o korištenju objekata srodnih prava nastalih u braku ima i Obiteljski zakon,¹² a

⁵ To je ujedno dovelo do određene konkurencije dvaju međunarodnih organizacija na području intelektualnog vlasništva u dualizmu u određivanju minimalne zaštite intelektualnog vlasništva na svjetskoj razini. S tim se u svezi javila i prijetnja različitog viđenja budućnosti razvoja autorskog prava na svjetskoj razini i time prijetnja harmonizaciji minimalne zaštite na svjetskoj razini, pa i eventualne inflacije međunarodnih konvencija kojima se ono uređuje. Određena jamstva da se tako nešto ipak neće dogoditi su klauzule, uobičajene u međunarodnim konvencijama, čiji je predmet autorsko pravo, kojima se određuje da ništa u tim konvencijama ne utječe na već postojeće obveze iz drugih međunarodnih ugovora, kao i Ugovor između WIPO i WTO potpisan 22.12.1995. g. kojim se uređuju neka pitanja u odnosu tih dviju organizacija. Otvorena pitanja o budućnosti autorskog prava na međunarodnoj razini ipak su ostala, v. *von Lewinski, S.: Das Urheberrecht zwischen GATT/WTO und WIPO, UFITA, 136/98, str. 111 et seq., 121-126.*

⁶ NN 9/99. (pročišćeni tekst), 76/99. i 127/99. (ispravak).

⁷ Novelu ZAP kojom je priznato pravo umjetnika izvođača donijela je još bivša SFRJ Sl.I. SFRJ 21/90.

⁸ Umjetnicima izvođačima je i prije navedene novele iz 1990. bilo priznato određeno pravo kroz sudsku praksu, a temeljem odredaba Općeg uputstva o honorarima izvođača muzičkih i književnih djela za reprodukciju njihovih snimljenih izvođenja (Sl.I. FNRJ, 19/53.) i kasnijim takvim Općim uputstvima, v. *Urem, Z.: Pravo izvođača književnih i umjetničkih djela, Zagreb, 1969., str. 12, 48 et seq. O tom razdoblju v. i Henneberg, I.: Autorsko pravo, Zagreb, 1996., str. 153, 159, 160; Krneta, S.: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in den Ländern des ehemaligen Jugoslawiens, GRUR Int., 10/93, str. 727; Straus, J.: Napomene uz sudsku odluku u GRUR Int., 8-9/74, str. 330. Prije izmjene, ZAP 1990 g., "pravo izvođača" se zapravo sastojalo samo u pravu izvođača na naknadu za iskorištavanje njihovih izvedaba, a na temelju podzakonskog akta. U obrazloženjima sudskih odluka moglo se pronaći mišljenje da su sudovi priznavali izvođačima zaštitu prema načelima autorskog prava, ali se sama odluka odnosila upravo na pravo na naknadu v. odluku Višeg privrednog suda Hrvatske, Pž-601/86 od 24.6.1986., *Gliha, I.: Autorsko pravo, Sudska praksa br. 24, Informator Zagreb, 1996., odl. 146.**

⁹ NN 76/99. i 127/99. (ispravak).

¹⁰ NN 110/97., 27/98. i 129/2000.

¹¹ O neusklađenosti nazivlja u KZ i ZAP kao i o dvojbama glede prava proizvođača fonograma v. *infra.*

¹² NN 162/98.

odredbe o nadležnosti sudova i drugih državnih tijela nalaze se u Zakonu o sudovima,¹³ Zakonu o područjima i sjedištima sudova,¹⁴ Zakonu o kaznenom postupku,¹⁵ Zakonu o državnom inspektoratu.¹⁶ Pojedina pitanja u svezi s autorskim pravom određena su i podzakonskim općim aktima. Tako su Pravilnikom o stručnim mjerilima za obavljanje djelatnosti ostvarivanja autorskih prava i srodnih prava¹⁷ propisane pretpostavke pod kojim se može baviti kolektivnim ostvarivanjem odnosno upravljanjem srodnim pravima.

Međunarodni ugovori u hrvatskom pravnom poretku čine dio unutarnjeg pravnog poretka i po hijerarhiji su iznad zakona (čl. 141. Ustava Republike Hrvatske).¹⁸ Hrvatska je stranka većeg broja višestranih međunarodnih ugovora kojima su predmet srodna prava. Prva međunarodna konvencija kojom su uređena srodna prava bila je Međunarodna konvencija za zaštitu umjetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju (Rimska konvencija), iz 1961. g. Toj je konvenciji Hrvatska pristupila 1999. g.,¹⁹ a njome su određena minimalna prava umjetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju, kao i pitanja primjene nacionalnog tretmana na pripadnike stranih država. Hrvatska je stranka i Konvencije o zaštiti proizvođača fonograma od neodobrenog umnožavanja njihovih fonograma (Fonogramska konvencija), iz 1971. g. Toj je konvenciji predmet samo pravo proizvođača fonograma, a Hrvatska joj je pristupila kada i Rimskoj konvenciji.²⁰ Konvencijom o distribuciji signala za prijenos programa satelitom (Satelitska konvencija), iz 1974. g., htjelo se pojačati zaštitu organizacija za radiodifuziju, odnosno spriječiti neovlašteno reemitiranje njihovih emitiranja putem satelita. Hrvatska je stranka navedene konvencije na temelju notifikacije o sukcesiji.²¹ Pristupanje Hrvatske WTO²² utjecalo je i na

¹³ NN 3/94., 100/96., 131/97. i 129/2000.

¹⁴ NN 3/94. i 100/97.

¹⁵ NN 110/97., 27/98., 18/99. i 112/99.

¹⁶ NN 76/99.

¹⁷ NN 37/2000.

¹⁸ NN 124/2000. (pročišćeni tekst). To se odnosi na međunarodne dvostrane i višestrane ugovore koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom ako su objavljeni i stupili na snagu.

¹⁹ NN MU 12/99. U odnosu na Hrvatsku Rimska konvencija je stupila na snagu 20.4.2000. (NN MU 4/2000., objava 44). Hrvatska je stavila rezervu na članke 5. i 12. te konvencije. Bivša Jugoslavija bila je potpisnica Rimske konvencije, ali je nikad nije ratificirala jer nije imala odgovarajuće propise kojima se uređuju srodna prava.

²⁰ NN MU 12/99. U odnosu na Hrvatsku Fonogramska konvencija je stupila na snagu 20.4.2000. (NN MU 5/2000., objava 56).

²¹ Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, čl. I. t. 19. (NN MU 4/94.). Službeni tekst je još uvijek, do objavljivanja u Narodnim novinama MU, onaj objavljen u Službenom listu SFRJ - Međunarodni ugovori 13/77.

²² Hrvatska je pristupila u WTO na temelju Zakona o potvrđivanju Protokola o pristupanju Republike Hrvatske Marakeškom ugovoru o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije, NN MU 13/2000.

priznavanje prava proizvođača fonograma i prava organizacija za radiodifuziju. Naime, TRIPS zahtijeva i priznavanje tih prava u određenoj mjeri tako da je izmjena i dopuna ZAP iz 1999. g. u prvom redu bila namijenjena za usklađivanje s TRIPS-om. Kako je Hrvatska članica WTO od 30.11.2000.,²³ tako bi otada trebala biti vezana i odredbama TRIPS-a jer su njime vezane sve članice WTO-a.²⁴

Hrvatska je ratificirala i WIPO ugovor o izvedbama i fonogramima (WPPT),²⁵ međutim, on još nije na snazi, a na snagu će stupiti kad ga ratificira 30 država.²⁶ WPPT ne uređuje prava audiovizualnih izvođača (u prvom redu glumaca), stoga što na diplomatskoj konferenciji održanoj u Geneve 1996. g.²⁷ nije postignut dogovor o minimalnoj razini prava koja bi trebalo priznati tim izvođačima. S jedne strane su europske zemlje predvođene zemljama Europske unije, kao i afričke zemlje i većim dijelom zemlje Latinske Amerike, smatrale da svim izvođačima treba biti priznata jednaka zaštita, a s druge su strane bile zemlje predvođene SAD i Indijom koje su smatrale da su audiovizualne izvedbe specifične u odnosu na druge izvedbe te da trebaju biti posebno uređene. Rezultat je bio donošenje odluke o održavanju nove diplomatske konferencije kojoj bi predmet bila samo zaštita audiovizualnih izvođača. Ta je konferencija održana od 7. do 20.12.2000. u Geneve pod nazivom *Diplomatic conference on the protection of audiovisual performances*, ali nije završila uspjehom, tj. na njoj nije usvojen instrument kojim bi se na međunarodnoj razini uredila prava audiovizualnih umjetnika izvođača. Razlike u koncepcijama bile su prevelike da bi se riješile u dva tjedna, koliko je trajala konferencija, kao i za četiri godine koje su joj prethodile. Temeljne su razlike bile u pitanju oko raspolaganja pravom audiovizualnih umjetnika izvođača, tj. u kojoj mjeri i na koji način audiovizualni izvođač prepušta proizvođaču audiovizualnog fiksiranja (snimke) svoje pravo, kao i u pitanju sadržaja osobnopravne komponente (moralnih prava) tog prava te primjene nacionalnog tretmana.

²³ NN MU 14/2000. objava 128.

²⁴ Međutim, potrebno je napomenuti da tekst TRIPS još nije objavljen u Narodnim novinama, što bi svakako trebalo učiniti s obzirom na odredbe čl. 141. Ustava RH.

²⁵ NN MU 6/2000.

²⁶ Prema stanju na dan 6.12.2000. WPPT je ratificiralo odnosno pristupilo 18 država v. www.wipo.int/treaties/docs/english, 23.12.2000.

²⁷ Na Diplomatskoj konferenciji o nekim pitanjima autorskog prava i susjednih prava usvojene su dvije međunarodne konvencije, uz već navedeni WPPT usvojen je i WIPO ugovor o autorskom pravu (WCT), koji će također stupiti na snagu kad ga ratificira 30 država. Hrvatska je ratificirala i WCT. V. Henneberg, I., Gliha, I., Stilin, V.: Diplomatska konferencija o nekim pitanjima autorskog prava i susjednih prava, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, 1/97., str. 221-227; Gliha, I.: Odbor stručnjaka o Protokolu glede audiovizualnih izvedaba i informacijski sastanak o intelektualnom vlasništvu na bazama podataka, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, 6/97., str. 2128-2129.

2. Pravo umjetnika izvođača

2.1. Uopće

Pravo umjetnika izvođača (izvođačko pravo) u Hrvatskoj jedno je od prava zajamčenih Ustavom, čl. 68./4, kojim se jamči “zaštita moralnih i materijalnih prava²⁸ koja proistječu iz znanstvenog, kulturnog, umjetničkog, intelektualnog i drugog stvaralaštva” kao jedno od temeljnih prava čovjeka i građanina.

Izvođačko pravo pripada u skupinu privatnih prava. Ono svojem nositelju daje neposrednu pravnu vlast glede izvedbe, samostalno je pravo koje ne zavisi od postojanja bilo kojeg drugog prava, sadrži ovlaštenja imovinskopravne i osobno-pravne naravi, djeluje apsolutno (tzv. isključivo pravo) te je njegova imovinsko-pravna komponenta vremenski ograničena.

2.2. Objekt

Izvođačko pravo daje svojem nositelju pravnu vlast glede izvedbe “književnih, glazbenih i drugih umjetničkih djela” (ZAP, čl. 100). Objekt izvođačkog prava mogu biti samo izvedbe djela koja mogu biti zaštićena autorskim pravom, a pri tom nije bitno je li autorskopravna zaštita djela koje se izvodi protekla i je li djelo uopće ikad i bilo zaštićeno, bitno je jedino da bi izvedeno djelo moglo kao takvo biti zaštićeno autorskim pravom.²⁹ Sve druge izvedbe, kojima nije predmet autorsko djelo, kao što su primjerice sportske ili tehničke izvedbe, ne mogu biti zaštićene izvođačkim pravom. S druge strane, štite se sve izvedbe djela koja bi mogla biti zaštićena autorskim pravom bez obzira na način izvođenja. Tako ZAP štiti izvođače djela folkloru, a što se tiče izvođača u varijeteima, cirkusima i sl. oni su zaštićeni samo ako izvode ona djela koja bi mogla biti zaštićena autorskim pravom.³⁰ Da bi izvedbe mogle biti objektom izvođačkog prava, ne moraju biti fiksirane na materijalnu podlogu, odnosno posve je nebitno jesu ili one fiksirane ili ne.

U hrvatskom autorskopravnom poretku ne postoji razlika u režimu zaštite audio izvedaba (zamjetljivih samo sluhom) i vizualnih odnosno audiovizualnih izvedaba (zamjetljivih sluhom i/ili vidom). Jednako je u većini autorskopравnih poredaka kontinentalnoeuropskog pravnog kruga. Međutim, u autorskom pravu SAD-a postoji razlika u sadržaju prava umjetnika izvođača ovisno o tome jesu li njihove izvedbe audiovizualne ili samo auditivne. Upravo je zbog tih razlika koje

²⁸ Pod pojmom moralna i materijalna prava se u ovoj ustavnoj odredbi označavaju prava osobnopravne i imovinskopravne naravi.

²⁹ Autorskim djelima se prema čl. 3. ZAP-a smatraju “tvorevine s područja književnosti, znanosti, umjetnosti i drugih područja stvaralaštva, bez obzira na vrstu, način i oblik izražavanja”. Dodatak “i drugih područja stvaralaštva” ne bi se smio tumačiti tako da se autorskim pravom mogu štiti i tvorevine s područja tehnike, koje su zaštićene posebnim pravilima o industrijskom vlasništvu v. *Henneberg, o.c.*, str. 58.

³⁰ U ZAP-u nije protegnuta zaštita na izvođače koji ne izvode književna i umjetnička djela, što je kao mogućnost predviđeno čl. 9. Rimske konvencije, pa ni cirkuski i varijete umjetnici nisu posebno zaštićeni.

postoje u autorskopравnim porecima u međunarodnim konvencijama kojima je predmet izvođačko pravo pitanje zaštite audiovizualnih izvedaba kamen spoticanja, pa je u tim konvencijama ostavljena mogućnost za različiti režim zaštite izvedaba. U hrvatskom je pravu tako širi krug objekata izvođačkog prava od onog prema odredbama Rimske konvencije, TRIPS-a i WPPT-a. Prema odredbama Rimske konvencije nema načelne razlike između audio i audiovizualnih izvođača, ali izvođači audiovizualnih izvedaba nemaju sva prava kao ostali izvođači,³¹ prema TRIPS-u zaštićeni su u prvom redu izvođači glede fiksiranja njihovih izvedaba na fonogram,³² a prema WPPT-u tzv. audiovizualne izvedbe gotovo uopće ne uživaju zaštitu.³³

2.3. Subjekti

Originarni nositelj izvođačkog prava je umjetnik izvođač (izvođač), bilo kao pojedinac ili kao ansambl (umjetnička skupina). Umjetnik izvođač je određen kao osoba ili umjetnički ansambl koji na "umjetnički način" izvode (u zakonu su primjerice navedeni oblici izvedbe: prikazuju, recitiraju, deklamiraju, pjevaju, sviraju, plešu ili na drugi način izvode) književna, glazbena i druga umjetnička djela. U toj definiciji postoji jedno ograničenje, koje nije izričito navedeno ni u čl. 3. t. a) Rimske konvencije ni u čl. 2. t. a) WPPT, a to je da izvođač mora izvoditi na umjetnički način. Međutim, to se ograničenje u praksi ne primjećuje, kao i da ne postoji. Naime, opće je poznato da je određivanje nečega umjetnošću ili neke izvedbe umjetničkom gotovo nemoguće. Kako, primjerice, odrediti je li svojedobni trend koji se pretvorio čak u neku vrst pokreta u umjetnosti, tzv. minimalizam, uopće umjetnost, jesu li "minimalističke" izvedbe umjetničke. Poseban problem pri tom je vezan i uz djelo - jesu li izvedbe minimalističkih djela zaštićene s obzirom na to postoji li uopće djelo, a naročito kad se dovodi do apsurd.³⁴ Tako u hrvatskoj

³¹ Različito je određivanja izvođača koji imaju pravo na nacionalni tretman prema Rimskoj konvenciji (čl. 4. RK), te za sekundarno korištenje fiksiranih audiovizualnih izvedaba nije predviđeno pravo na naknadu (v. čl. 12. RK).

³² Osim glede fiksiranja izvedaba na fonogramu, u što pripada i pravo odobriti odnosno zabraniti iznajmljivanje fonograma (čl. 14./1. vezano uz čl. 11. TRIPS), svi su izvođači izvedaba ovlašteni spriječiti bežično radiodifuzijsko emitiranje i priopćavanje javnosti njihove izvedbe uživo (čl. 14./1, TRIPS).

³³ Jedina zaštita koja je omogućena izvođačima audiovizualnih izvedaba prema odredbama WPPT-a predviđena je u čl. 6. te konvencije, a sastoji se u ovlaštenju odobriti odnosno zabraniti emitiranje i priopćavanje javnosti njihovih nefiksiranih izvedaba, i to samo ako nije sama po sebi radiodifuzijska izvedba, kao i odobriti odnosno zabraniti fiksiranje nefiksiranih izvedaba.

³⁴ Kao tipičan primjer bi se moglo navesti sad već slavno djelo skladatelja John Cage pod naslovom "4' 33", koje se sastoji od upravo toliko minuta i sekundi tišine, a predviđeno je za "izvođenje" raznim instrumentima. Ima li netko tko može odrediti kada se tišina izvodi na umjetnički način, a kada ne, a ipak se priredba koja bi u svom programu sadržavala upravo "djelo" pod tim nazivom (a ne bilo koju tišinu), prvo, ne bi mogla održati bez dopuštenja autora, te, nadalje, "djelo" i njegova "izvedba" ne bi se mogli bez dopuštenja autora i izvođača koristiti, primjerice: fiksirati, umnožavati, stavljati u promet, priopćavati javnosti...

praksi nije poznat slučaj da se nekom izvođaču ne prizna izvođačko pravo samo zato jer njegova/njezina izvedba autorskog djela nije bila izvedena na "umjetnički način".

Uz izvođača nositelji izvođačkog prava mogu biti i druge osobe koje su derivativno stekle to pravo - nasljeđivanjem, ili na temelju zaživotnog pravnog posla usmjerenog upravo na stjecanje prava odgovarajućeg sadržaja. Ovlaštene na zaštitu tako će biti osobe nositelji prava koje se sastoji od ovlaštenja na iskorištavanje izvedbe, dakle one osobe kojima je izvođač dopustio/preпустиo iskorištavanje izvedbe bilo u cijelosti ili u određenom obujmu u okviru svojeg prava.

U Hrvatskoj se štite izvođači koji su hrvatski državljani, a u istom su statusu kao hrvatski državljani i strani državljani koji imaju redovito boravište u Hrvatskoj bez obzira na mjesto izvedbe ili gdje se ona koristi. Premda to u zakonu nije izričito navedeno, u tu bi kategoriju trebale pripadati i osobe bez državljanstva koje imaju redovito boravište u Hrvatskoj. Svi ostali strani državljani i osobe bez državljanstva zaštićeni su prema čl. 102. ZAP-a na temelju obveza RH iz međunarodnih ugovora ili faktičkog reciprociteta, a glede izvedaba u Hrvatskoj ili njihova korištenja u Hrvatskoj. Obveze priznavanja izvođačkog prava stranim izvođačima za Hrvatsku proizlaze iz Rimske konvencije i TRIPS-a, a kad WPPT stupi na snagu i iz tog ugovora s obzirom da ga je već ratificirala. Uz višestrane, te obveze proizlaze i iz dvostranih ugovora.³⁵ Prema Rimskoj konvenciji strani izvođači bit će u istom položaju kao i domaći (priznaje im se nacionalni tretman) i kad je mjesto izvedbe druga država ugovornica Rimske konvencije,³⁶ a strani izvođači auditivnih izvedaba (dakle ne i audiovizualnih izvedaba) ako je njihova izvedba fiksirana na fonogramu koji je zaštićen prema toj konvenciji ili ako nije snimljena na fonogramu, ali se prenosi emitiranjem zaštićenim prema toj konvenciji (čl. 4. RK). Pravo stranih izvođača glede njihovih izvedaba fiksiranih na fonogramu izdanom u komercijalne svrhe bit će u Hrvatskoj ograničeno ako je proizvođač tog fonograma pripadnik države koja nije članica Rimske konvencije, te neće imati pravo na naknadu za emitiranje ili priopćavanje javnosti takvih fonograma. Također, glede izvedaba na takvim fonogramima nacionalni tretman stranih izvođača bit će zamijenjen materijalnim reciprocitetom glede opsega i trajanja zaštite druge države čiji je pripadnik proizvođač fonograma na kojem se nalazi izvedba.³⁷ Prema odredbama TRIPS-a umjetnicima izvođačima pripadnicima država članica WTO-a (a koje nisu ujedno i članice Rimske konvencije ili kakvog drugog međunarodnog ugovora na

³⁵ Strani izvođači u Hrvatskoj su zaštićeni i temeljem odredaba bilateralnih ugovora kojima se strancima daje nacionalni tretman glede zaštite intelektualnog vlasništva, a to su, uz specijalne ugovore o zaštiti intelektualnog vlasništva, redovito ugovori o poticanju i zaštiti investicija, ugovori o trgovinskoj i gospodarskoj suradnji kao i ugovori o slobodnoj trgovini. Hrvatska je ugovornica većeg broja takvih bilateralnih ugovora.

³⁶ To se odnosi na sve izvedbe uključujući i audiovizualne.

³⁷ Ta ograničenja zaštite stranih izvođača proizlaze iz rezervi koje je Hrvatska stavila na čl. 12. Rimske konvencije, a sukladno čl. 16. te konvencije.

temelju kojeg postoji obveza zaštite umjetnika izvođača) Hrvatska je dužna priznati samo prava određena odredbama TRIPS.³⁸ Prema odredbama WPPT-a onim stranim izvođačima koji su pripadnici drugih država ugovornica, a koji udovoljavaju kriterijima iz čl. 4. Rimske konvencije, morat će se priznati prava predviđena tim ugovorom.³⁹

Na temelju faktičkog reciprociteta bit će zaštićeni izvođači pripadnici država koje nisu članice navedenih višestranih konvencija niti Hrvatska ima s njima dvostrani ugovor, na temelju kojeg bi proizlazila obveza zaštite izvođača pripadnika te države ako organizacije za kolektivno upravljanje odnosno ostvarivanje izvođačkog prava iz Hrvatske i te države ostvaruju prava za pripadnike one druge države.

2.4. Sadržaj i obujam

Izvođačko pravo se prema odredbama čl. 103. ZAP-a sastoji u ovlaštenjima dvojake pravne naravi - od ovlaštenja imovinskopravne naravi (tzv. izvođačka imovinska prava), koja čine imovinskopravnu komponentu, i od ovlaštenja osobnopravne naravi (tzv. izvođačka moralna prava) koja čine osobnopravnu komponentu.

Osobnopravna komponenta izvođačkog prava ima ograničen i točno određen sadržaj koji je u hrvatskom pravu određen u čl. 103. st. 3. ZAP-a. Ona se sastoji od sljedećih ovlaštenja: 1) zahtijevati da ime odnosno pseudonim umjetnika izvođača bude navedeno pri javnom priopćavanju njegove/njezine izvedbe, a i na svakom snimku ili omotu snimka te izvedbe (pravo paterniteta),⁴⁰ 2) usprotiviti se deformiranju, skraćanju ili drugom mijenjanju njegove/njezine izvedbe (pravo integriteta) i 3) usprotiviti se korištenju ili raspacavanju snimljene izvedbe koja sadrži tehničke ili druge nedostatke te nedostojnom korištenju snimaka kojima se

³⁸ Sadržaj izvođačkog prava određen je čl. 14. st. 1. i 4., a sastoji se u ovlaštenjima izvođača dopustiti odnosno spriječiti fiksiranje njihovih nefiksiranih izvedaba na fonogram te njegovo umnožavanje, kao i bežično radiodifuzijsko emitiranje i priopćavanje javnosti njihovih izvedaba uživo. Također, imaju pravo odobriti odnosno zabraniti najam fonograma, ali to pravo zajednički pripada proizvođaču fonograma i "svim drugim nositeljima prava u fonogramu", dakle i izvođačima.

³⁹ V. čl. 4. WPPT. Prema WPPT izvođačima mora biti priznato pravo sa sljedećim minimalnim sadržajem: ovlaštenje zahtijevati da izvođač bude označen na izvedbi, osim ako je izostavljanje njegova imena diktirano načinom uporabe izvedbe, protiviti se bilo kakvim promjenama na izvedbi koje bi štetile izvođačevom ugledu (moralna prava, čl. 5. WPPT), odobriti odnosno zabraniti emitiranje i priopćavanje javnosti nefiksiranih izvedaba kao i fiksiranje nefiksiranih izvedaba (čl. 6. WPPT), odobriti odnosno zabraniti umnožavanje, stavljanje u promet, iznajmljivanje i stavljanje javnosti na raspolaganje izvedaba koje su fiksirane na fonogramu (čl. 7.-10. WPPT) te pravo na naknadu za emitiranje i priopćavanje javnosti izvedaba fiksiranih na fonogramu (čl. 15. WPPT, tzv. sekundarno korištenje).

⁴⁰ Pravo paterniteta ima pozitivnu i negativnu stranu. Jednako kao što izvođač ima pravo zahtijevati naznačivanje svojeg imena pri korištenju izvedbe tako ima pravo i zahtijevati da izvedba bude anonimna tj. zabraniti da se njegovo/njezino ime naznači pri bilo kojem (ili samo nekom) priopćavanju javnosti ili na snimcima i omotima snimaka izvedbe. Naznačavanje imena izvođača protivno njegovoj/njezinoj zabrani također predstavlja povredu prava paterniteta.

vrijeđa čast i ugled umjetnika izvođača (pravo na čast i ugled). Osobnopravna komponenta izvođačkog prava po svom sadržaju uglavnom, uz neka odstupanja, odgovara osobnopravnoj komponenti autorskog prava (usp. čl. 27. ZAP).

Zaštita osobnopravnih interesa izvođača glede njegove/njezine izvedbe, a koja proizlazi iz osobnopravne komponente izvođačkog prava u hrvatskom je autorsko-pravnom poretku u skladu s odredbama i tradicijom poredaka koji pripadaju kontinentalnoeuropskom pravnom krugu. Izvođači u tim pravnim porecima uživaju bolju zaštitu osobnopravnih interesa glede svoje izvedbe nego prema međunarodnim konvencijama. Rimska konvencija ne predviđa u katalogu minimalnih prava i ona osobnopravne naravi, TRIPS također. U WPPT-u postignut je napredak u zaštiti izvođačevih osobnopravnih interesa, te su priznata određena moralna prava, ali samo u pogledu zvučnih izvedaba. Moralna prava izvođača glede njegove/njezine izvedbe prema čl. 5. WPPT-a sastoje se u ovlaštenju na zahtjev da bude označen kao izvođač (pravo paterniteta) te ovlaštenju protiviti se iskrivljanju, sakaćenju ili drugim promjenama njegove/njezine izvedbe (pravo integriteta) pod pretpostavkom da bi to štetilo njegovom/njezinom ugledu. Pravo paterniteta je ograničeno načinom uporabe izvedbe tako da ime izvođača može biti izostavljeno ako to diktira način uporabe izvedbe. Međutim, ta ovlaštenja ne pripadaju prema toj konvenciji i tzv. audiovizualnim umjetnicima.

Sadržaj imovinskopravne komponente izvođačkog prava sastoji se u ovlaštenjima na iskorištavanje izvedbe (čl. 103. st. 2. ZAP). Uz tu opću odredbu o sadržaju imovinskopravne komponente izvođačkog prava u čl. 104. ZAP-a izričito se navode i sljedeća izvođačeva ovlaštenja apsolutnog djelovanja: svakome odobriti ili zabraniti emitiranje izvedbe preko radija ili televizije, priopćavanje izvedbe javnosti preko zvučnika ili drugih tehničkih naprava izvan prostorije ili mjesta izvedbe, fiksiranje (snimanje) zvučno ili vizualno i zvučno i vizualno, umnožavanje fiksirane izvedbe, stavljanje u promet originala ili umnoženih primjeraka fiksirane izvedbe uključujući njihov uvoz i iznajmljivanje. U svim tim slučajevima izvođač je ovlašten zahtijevati naknadu.

Ovako određen sadržaj izvođačkog prava omogućava prilično dobru zaštitu izvođača, osobito zato što se radi o isključivom pravu (pravu apsolutnog djelovanja), na većoj razini od one minimalne propisane Rimskom konvencijom, TRIPS-om, i većim dijelom WPPT. Sva navedena ovlaštenja dovoljno su široka da se njima omogućava zaštita i u digitalnom okružju. To se posebno napominje jer je motiv za izradu novih međunarodnih konvencija o autorskom i srodnim mu pravima, WCT i WPPT, bio zaštita autora, izvođača i proizvođača fonograma u digitalnom okružju pa se te konvencije nazivaju i Internet konvencije. ZAP određuje sadržaj izvođačkog prava tako da se izvođačeva pravna vlast glede izvedbe proteže i na nove oblike korištenja kao i na korištenja izvedaba omogućena novim tehnologijama, što nije slučaj u svim pravnim porecima. Sadržaj izvođačkog prava određen u međunarodnim konvencijama, uključivši WPPT, priznat je u hrvatskom pravu. Tako po ZAP-u ovlaštenje odobriti ili zabraniti emitiranje obuhvaća svako

emitiranje bilo putem bežične difuzije ili putem žica,⁴¹ i djeluje apsolutno.⁴² Ovlaštenja odobriti ili zabraniti fiksiranje (snimanje) izvedbe i umnožavanje obuhvaća sve izvedbe bez obzira jesu li primjetljive samo sluhom ili vidom ili i sluhom i vidom te se odnose i na audio ili na vizualno i audiovizualno snimanje, i bez obzira na medij na koji se fiksira odnosno umnožava, time da davanjem odobrenja na fiksiranje nije dano odobrenje i za umnožavanje nego je za akt umnožavanja također potrebno tražiti pristanak izvođača.⁴³ Ovlaštenje odobriti ili zabraniti stavljanje originala ili umnoženih primjeraka fiksirane izvedbe nije ograničeno samo na stavljanje u promet radi stjecanja vlasništva na tim primjercima, nego na bilo koje stavljanje u promet uključivši i najam i posudbu, dakle i bez obzira na to radi li se o naplatnom ili besplatnom raspolaganju.⁴⁴ Za svaki od oblika stavljanja u promet potrebno je posebno dopuštenje izvođača. To dopuštenje je teritorijalno vezano uz Republiku Hrvatsku, a za uvoz primjeraka izvedbe u drugu državu potrebno je posebno dopuštenje izvođača (čl. 30. st. 3. ZAP). Uz ovlaštenje odobriti odnosno zabraniti stavljanje u promet primjeraka izvedbe vezano je pitanje do kada to ovlaštenje djeluje, odnosno u kojem se ono trenutku iscrpljuje. Kad bi ono trajalo i nakon što je izvođač jednom dao dopuštenje za stavljanje u promet, tada bi i za svako daljnje stvarnopravno raspolaganje umnoženim primjerkom izvedbe⁴⁵ trebalo njegovo dopuštenje. To bi pak predstavljalo veliko ograničenje prava vlasništva na stvari koja sadrži izvedbu, pa je i u ZAP-u određeno da se ovlaštenje odobriti odnosno zabraniti stavljanje u promet primjeraka izvedbe (čl.

⁴¹ V. *Henneberg*, o.c., str. 100.

⁴² Prema Rimskoj konvenciji (čl. 7.) ako se radi o fiksiranim izvedbama ili već emitiranim izvedbama izvođačevo pravo nije isključivo, po odredbi čl. 14./1., TRIPS, izvođači imaju jedino "mogućnost spriječiti" bežično radiodifuzijsko emitiranje i priopćavanje javnosti njihove izvedbe uživo. Prema WPPT-u (čl. 6.) ovlaštenje odobriti ili zabraniti emitiranje odnosi se na nefiksirane izvedbe, i to one koje nisu same po sebi radiodifuzijske izvedbe, a odobriti ili zabraniti emitiranje fiksiranih izvedbi obuhvaćeno je ovlaštenjem koje se naziva pravo stavljanja na raspolaganje fiksiranih izvedbi (čl. 10.). Audiovizualne izvedbe nisu zaštićene u WPPT-u.

⁴³ Odgovarajuća odredba glede fiksiranja postoji u čl. 7./1. Rimske konvencije i čl. 6. WPPT-a, a u čl. 14./1. TRIPS-a izvođači imaju takvo ovlaštenje samo glede fiksiranja na fonogram. Prema Rimskoj konvenciji smatra se da je izvođač davanjem pristanka na fiksiranje ujedno dao i pristanak na umnožavanje, te će umnožavanje moći spriječiti samo ako je izvorno fiksiranje učinjeno bez njegova pristanka ili je pak umnožavanje učinjeno za namjene različite od onih za koje je izvođač dao pristanak, dok se prema čl. 14. TRIPS-a i čl. 7. WPPT-a to ovlaštenje odnosi samo na fiksiranje na fonogram. U WPPT-u u tzv. usuglašenoj izjavi, uz čl. 7. izričito je navedeno da je digitaliziranje samo jedan od oblika umnožavanja.

⁴⁴ Rimskom konvencijom stavljanje u promet nije određeno kao minimalno pravo, a prema TRIPS (čl. 14./4.) izvođač je ovlašten davati samo dopuštenje za najam fonograma i to pravo ima zajedno s proizvođačem fonograma. Prema WPPT-u (čl. 8. i 9.) izvođaču pripada ovlaštenje na stavljanje primjeraka izvedbe u promet, time da je ovlaštenje odobriti odnosno zabraniti najam primjeraka izvedbe posebno ovlaštenje za koje je potrebno tražiti posebno dopuštenje.

⁴⁵ Prvenstveno stvarnopravno raspolaganje radi stjecanja vlasništva nosača zvuka i/ili slike, ali i bilo koje drugo raspolaganje kojim treća osoba stječe kakvo pravo na stvari na kojoj je fiksirana izvedba.

104. st. 2. i čl. 30. st. 2.) iscrpljuje prvim stavljanjem u promet koje je izvođač dopustio. Ipak, ovlaštenje odobriti odnosno zabraniti najam primjeraka izvedbe ne iscrpljuje se nakon što je primjerak izvedbe prvi puta stavljen u promet, tako da će izvođač biti ovlašten za vrijeme cijelog trajanja izvođačkog prava odobriti odnosno zabraniti najam primjeraka svoje izvedbe.

Ovlaštenje odobriti ili zabraniti priopćavanje izvedbe javnosti, odnosno po nazivlju ZAP-a “neposredno priopćavati javnosti preko zvučnika ili drugih tehničkih naprava izvan prostorije ili mjesta izvedbe”, također je dovoljno široko da obuhvaća bilo koju javnu izvedbu, bez obzira radi li se o fiksiranoj ili nefiksiranoj izvedbi i bez obzira na “tehničku napravu” putem koje se to čini. Dakle, ako bi se radilo o javnom priopćavanju putem kompjutera, u tom je ovlaštenju obuhvaćeno i stavljanje na raspolaganje javnosti (*right of making available*) fiksirane izvedbe tako da im je omogućen pristup s mjesta i u vrijeme koje bilo tko može sam odabrati (*on demand*) predviđeno čl. 10. WPPT-a time da se prema toj odredbi minimalno pravo izvođača izvedbama fiksidiranih na fonogramima sastoji u pravu na naknadu. Pojam javnosti je određen čl. 2. st. 5. i 6. ZAP-a. Javnost predstavlja veći broj osoba izvan uobičajenog kruga osoba usko povezanih prijateljskim ili rodbinskim vezama. Izvedba se javno koristi ako postoji mogućnost da svatko pristupi mjestu gdje se ona koristi odnosno ako postoji mogućnost da izvedbi može svatko pristupiti,⁴⁶ pa i s mjesta i u vrijeme koje sam odabere.⁴⁷ Zakonsko određenje pojma javnosti i javnog korištenja u smislu autorskog prava kod nas postoji od novele ZAP-a iz 1999. g. i u skladu je s pojmom javnosti određenim u dotadašnjoj sudskoj praksi.⁴⁸

2.5. Ograničenja

Izvođačko pravo podložno je, kao uostalom i sva druga privatna prava, ograničenjima određenim zakonom. Za razliku od većine privatnih prava, ali poput autorskog prava, ono je ograničeno vremenski. Vremensko ograničenje se ipak ne odnosi na cijelo izvođačko pravo nego samo na njegovu imovinskopravnu komponentu. U hrvatskom pravu imovinskopravna komponenta izvođačkog prava traje 50 godina, time da se taj rok počinje računati od početka godine (1. siječnja) koja slijedi onu u kojoj je izvedba fiksirana (snimljena), a ako izvedba nije fiksirana, od one u kojoj je nastala.⁴⁹ Prema Rimskoj konvenciji taj je rok 20 godina (čl. 14), a prema TRIPS-u (čl. 14. st. 5.) i prema WPPT-u (čl. 17.) izvođačko pravo traje 50 godina, time da je prema WPPT jedina činjenica od koje se računa fiksiranje na fonogram. Trajanje imovinskopravne komponente izvođačkog prava nije vezano uz

⁴⁶ Slično i *Henneberg*, o.c., s. 98.

⁴⁷ To se odnosi na iskorištavanje putem računala i Interneta.

⁴⁸ O toj sudskoj praksi v. *Gliha, I.*: Autorsko pravo zbirka propisa, Zagreb, 2000., str. 9.

⁴⁹ Ako je, primjerice, izvedba fiksirana na materijalnu podlogu bilo kada tijekom 2000. godine, pedesetogodišnji rok počet će se računati od 1.1.2001. Isto vrijedi i za izvedbe koje nisu fiksirane time da činjenica od koje počinje teći taj rok je izvedba. Međutim, činjenica izvedbe i fiksiranja se u pravilu preklapaju. Naime, da bi izvedba bila fiksirana (snimljena) tehnički je to moguće upravo za vrijeme samog izvođenja.

život izvođača, što se napominje jer je trajanje te komponente autorskog prava u pravilu vezano uz život autora, tj. rok se počinje računati nakon njegove smrti. Tako je sasvim sigurno da će autorovi imovinskopravni interesi glede njegova autorskog djela biti zaštićeni za njegova cijela života, dok to za izvođačeve imovinskopravne interese glede njegove izvedbe ne mora biti tako. Osobnopravna komponenta izvođačkog prava u hrvatskom pravnom poretku nije vremenski ograničena, pa i nakon što imovinskopravna komponenta prestane, ima samostalnu pravnu sudbinu (čl. 114. ZAP). Ne postoji obveza prema WPPT da osobnopravna komponenta mora trajati nakon prestanka imovinskopravne komponente (čl. 5. i 17 WPPT), nego je prepušteno državama članicama da u svojim sustavima odrede prestaje li osobnopravna komponenta istodobno s imovinskopravnom komponentom ili pak nastavlja postojati. Prema Rimskoj konvenciji i TRIPS-u ne postoji obveza priznavanja izvođačima posebnih prava osobnopravne naravi.

Sadržaj osobnopravne komponente izvođačkog prava određen je zakonom tako što je ograničen na točno određena ovlaštenja. Što se tiče imovinskopravne komponente izvođačkog prava iz odredaba ZAP-a nije sasvim razvidno je li njezin sadržaj ograničen ili je ono pojmovno neograničeno pravo kao što je to imovinskopravna komponenta autorskog prava. Prema odredbama ZAP-a izvođačko se pravo može promatrati kao skup ovlaštenja koja imaju točno određen sadržaj (dakle postoje unutarnja ograničenja) ili kao pravo koje svojem nositelju daje pravnu vlast u pogledu izvedbe koja je podložna posebnim (vanjskim) ograničenjima. Naime, prema odredbi čl. 103. st. 2. ZAP, imovinskim pravom umjetnika izvođača razumijevaju se prava izvođača na iskorištavanje izvedbe, što bi upućivalo da je imovinskopravna komponenta podložna vanjskim ograničenjima, tj. da izvođač može svoju izvedbu koristiti kako god želi, kao i druge spriječiti da je koriste sve dok ne postoje neka posebna ograničenja. S druge strane, u čl. 104. ZAP-a nabrajaju se pojedina ovlaštenja koja ima izvođač glede svoje izvedbe, što bi upućivalo na izvođačko pravo kao pravo točno određena sadržaja te je izvođač ovlašten samo na ono što je propisano. S obzirom da ta nabrojena pojedina ovlaštenja nisu posebno definirana ni određena, što bi bilo za očekivati ako im se htjelo dati ograničen sadržaj, prihvatljivijim se čini tumačenje da je barem sadržaj pojedinih ovlaštenja, ako već ne cijela imovinskopravna komponenta, podložan samo vanjskim ograničenjima.

Izvršavanje sadržaja izvođačkog prava može biti ograničeno postojanjem autorskog prava na djelu koje se izvodi. Izvršavanje autorskog prava ne smije ni na koji način utjecati na autorsko pravo, ta tzv. zaštitna klauzula određena je čl. 100./2. ZAP-a. Takva je zaštitna klauzula sadržana i u čl. 1. Rimske konvencije kao i u čl. 1. st. 2. WPPT-a, te je uobičajena kao ograničenje u izvršavanju svih srodnih prava. Ovlaštenje izvođača davati dopuštenje za korištenje njegove/njezine izvedbe, kao i zahtijevati naknadu za njeno korištenje, ograničeno je za neke oblike korištenja izvedbe. Bez dopuštenja izvođača i bez plaćanja naknade izvedba se može koristiti radi nastave i znanstvenoistraživačkog rada, mogu se koristiti kratki odlomci izvedbe pri izvještavanju o tekućim događajima te organizacije za radiodifuziju mogu vlastitim sredstvima snimanja snimiti izvedbe, ali samo za vlastitu emisiju

(efemerni snimci), pod pretpostavkom da imaju odobrenje za emitiranje (čl. 106. ZAP).

2.6. *Stjecanje i raspolaganje*

Izvođačko pravo osniva se samom izvedbom, i to neposredno po samom zakonu. Ono može nastati samo izvorno i pripada izvođaču. Za nastanak izvođačkog prava ne traže se bilo kakve formalnosti ili pak fiksiranje na materijalnu podlogu. Nakon što izvođačko pravo nastane, mogućnost derivativnog stjecanja ovisi o mogućnosti raspolaganja njime.

Raspolaganje izvođačkim pravom određeno je jednim dijelom i pravnom naravi izvođačkog prava kao prava koje se sastoji od osobnopravne i imovinsko-pravne komponente. Izvođačko pravo sadrži ovlaštenje na raspolaganje. Glede osobnopravne komponente (moralno pravo) ono je ograničeno te je izvođačko moralno pravo neprenosivo zaživotnim pravnim poslovima. Glede raspolaganja moralnim pravom umjetnika izvođača za slučaj smrti ZAP nema posebnih odredaba, pa bi trebalo analogno primijeniti odredbu čl. 80. ZAP-a kojom se uređuje nasljedivost moralnog prava autora. Tom je odredbom izričito određeno da su autorska moralna prava nasljediva, te bi analognom primjenom te odredbe na izvođačko pravo i moralno pravo izvođača trebalo biti nasljedivo.

Imovinskopravnom komponentom izvođačkog prava može se raspolagati kako zaživotnim pravnim poslovima tako i za slučaj smrti. Međutim, iz odredba ZAP-a nije sasvim jasno je li izvođačko pravo prenosivo bez ograničenja ili je ovlaštenje na raspolaganje izvođačkim pravom ograničeno.⁵⁰ Naime, problem predstavlja pravni termin "prijenos".⁵¹ On se u ZAP-u rabi kao pojam kojim se označava svako derivativno stjecanje bez obzira je li translativno (v. npr. čl. 79. ZAP) ili konstitutivno (v. npr. čl. 73. ZAP). Zato, kad se uređuje prijenos autorskog ili izvođačkog prava, nije jasno radi li se o translativnom prijenosu ili konstitutivnom stjecanju koje se uobičajeno u hrvatskom privatnopravnom nazivlju označava pojmom "osnivanje".

Radi se naime o sljedećem - prenese li izvođač zaista svoje pravo u cijelosti ili djelomično na drugoga, tada ga ovaj drugi stječe, a izvođač gubi u cijelosti ili djelomično, u dijelu u kojem ga je bio prenio. S pozicije izvođača radilo bi se ili o gubitku cijelog prava ili o promjeni (smanjenju) sadržaja njegovog/njezinog izvođačkog prava. S tim se u vezi pojavljuje pitanje rekadentnosti, tj. što se događa s izvođačkim pravom kad pravo tog drugog prestane. Ako izvođačko pravo nema svojstvo rekadentnosti, značilo bi da to pravo propada u onom trenutku kad za drugog prestane.⁵² Odnosno, ne bi propalo jedino ako ga taj drugi, prije nego što pravo prestane, ponovno posebnim pravnim aktom "vrati" izvođaču. Ako izvođačko

⁵⁰ Jednak problem postoji i glede raspolaganja autorskim pravom.

⁵¹ Više v. *Gliha, I.*: *Pravna narav nakladnikovih prava*, dis., Zagreb, 1996., str. 271 et. seq.

⁵² Primjerice, ako bi se onaj na kojeg je izvođač prenio svoje pravo odrekao tog prava, došlo bi do apsolutnog prestanka izvođačkog prava, što bi značilo da izvedba postaje slobodna za korištenje.

pravo ima svojstvo rekadentnosti, tada bi se prestankom prava drugoga automatski izvođačko pravo vratilo u stanje prije prenošenja. Međutim, da bi pravo imalo svojstvo rekadentnosti, potrebna je za to neka osnova, a u ZAP-u slobodno se može utvrditi, takve osnove nema.

Ako bi se pak radilo o konstitutivnom stjecanju, izvođač ne bi izgubio svoje pravo, niti bi se promijenio sadržaj njegovog/njezinog prava, nego bi ono bilo opterećeno tuđim pravom koje se sastoji u ovlaštenju na iskorištavanje njegove/njezine izvedbe. Prestankom tuđeg prava koje je predstavljalo teret izvođačkom pravu prestaje i taj teret, a sadržaj prava se tako i onako nije mijenjao.

Točnijim se čini tumačenje da je ovlaštenje na raspolaganje izvođačkim pravom u hrvatskom pravnom poretku ograničeno, te da je izvođačko pravo neprenosivo zaživotnim pravnim poslovima. Protiv tog tumačenja je svakako činjenica što se u ZAP-u rabi upravo naziv prijenos, a posebice što naslov Poglavlja III. Dijela drugog, u kojem se uređuje raspolaganje izvođačkim pravom, glasi "Prijenos prava umjetnika izvođača".⁵³ No već se upozorilo na činjenicu da taj pravni termin ZAP nedosljedno rabi. S druge strane, sadržaj pojedinih odredaba potvrđuje mišljenje da je izvođačko pravo neprenosivo, odnosno da izvođač raspolaže svojom izvedbom na način da za druge osniva pravo koje ima sadržaj na određeno iskorištavanje izvedbe. Osoba na koju je pravo na iskorištavanje izvedbe "preneseno" ne može, prema čl. 110./2., bez suglasnosti izvođača to pravo prenositi na treću osobu. Teško je zamislivo da bi izvođačevo pravo zabraniti raspolaganje prenesenim pravom osobi na koju je svoje pravo "prenesao" moglo biti samostalno pravo, nezavisno od samog izvođačkog prava. Čini se da izvođaču ipak mora ostati barem nešto od njegovog/njezinog prava.⁵⁴ Formulacija iz čl. 110./1., kojim se uređuje prijenos prava na iskorištavanje izvedbe, a ne prijenos izvođačkog imovinskog prava, također ide u prilog tom mišljenju, ali i tu može biti samo nedosljednost u nazivlju. Ugovorna praksa pokazuje da se naziv prijenos rabi u vrlo širokom smislu za označavanje "prijenosa" prava na ograničeno vrijeme, kao i "prijenosa" "istog" prava većem broju osoba istodobno.

Slijedom, očito je da se pravni termin prijenos rabi u hrvatskom autorskom pravu u širem smislu kao naziv za bilo koje derivativno stjecanje prava bez obzira radi li se o konstitutivnom ili translativnom stjecanju. Zaključak je stoga da u hrvatskom pravu samo izvođačko pravo nije prenosivo, ali je izvođač ovlašten svojom izvedbom raspolagati tako da za drugog osnuje pravo koje se sastoji u ovlaštenju na iskorištavanje izvedbe bilo ograničeno sadržajno ili na drugi način ili neograničeno, za cijelog trajanja izvođačkog prava, ili vremenski ograničeno, uz naknadu ili bez naknade.

⁵³ Poglavlje IV. Dijela prvog također nosi odgovarajući naslov "Prenošenje autorskog prava".

⁵⁴ Slično je i s pravom autora da povuče iz prometa odnosno otkupi primjerke svojeg djela ako korištenje tog djela može štetiti njegovom/njezinom znanstvenom ili umjetničkom ugledu (pravo pokajanja, čl. 29.), pravom slijedenja (čl. 39.), pravom da zabrani prenošenje prava na iskorištavanje njegova/njezina djela (čl. 51./2.), pravom na pravičniji dio (čl. 57.), pravom na otkup neprodanih primjeraka djela (čl. 71.).

Glede nasljeđivanja imovinskopravne komponente izvođačkog prava valja analogno primjenjivati odredbe o nasljeđivanju autorskog prava zbog istih razloga navedenih za nasljeđivanje osobnopravne komponente.

Od ovlaštenja raspolaganja pravom treba razlikovati ovlaštenje raspolaganja objektom prava. Izvođačko pravo sadrži i ovlaštenje raspolaganja izvedbom ako je ona fiksirana na materijalnu podlogu. Takvom izvedbom može izvođač raspolagati i faktično i pravno, a to će moći i njegov pravni sljednik nakon što izvođač svoju materijaliziranu izvedbu otuđi.

Izvođač dopušta drugim osobama korištenje svoje izvedbe na temelju pravnog posla koji ZAP naziva izvođački ugovor (čl. 110). Pravni poslovi kojima izvođač raspolaze svojim izvođačkim pravom moraju biti sklopljeni u pisanom obliku, inače su ništavi. Sadržaj prava što ga stječe druga osoba određen je ugovornim odredbama. Stjecateljevo se pravo sastoji samo u onim ovlaštenjima koja mu je izvođač izričito dopustio, a ni u kojem slučaju više od toga. S tim se u vezi pojavljuje i pitanje vremenske i prostorne ograničenosti stjecateljeva prava u slučaju kad u ugovoru nema odredaba koje uređuju ta pitanja. U tom bi slučaju trebalo smatrati da je stjecatelj stekao pravo na iskorištavanje izvedbe u ugovorenom sadržaju bez vremenskog i prostornog ograničenja. Želi li izvođač drugome prepustiti iskorištavanje izvedbe na određeno vrijeme ili za određeni teritorij, to mora u ugovoru navesti. S druge strane, praksa pokazuje da ima slučajeva gdje u ugovoru nije izričito navedeno je li stjecateljevo pravo isključivo, tj. je li apsolutne naravi ili ne. S obzirom da je uobičajeno da kad se osniva isključivo pravo, to bude i izričito navedeno, čini se razumnim tumačiti da u tom slučaju stečeno pravo nije isključivo.

Osim izvođačkim ugovorom izvođač može prepustiti iskorištavanje svoje izvedbe i ugovorom o radu. U tom slučaju ugovorom o radu moraju biti određena prava i obveze u radnom odnosu, pa prema tome i vezane uz iskorištavanje izvedbe. Naime, ne čini se sasvim prikladnom formulacija odredbe čl. 108. st. 2. ZAP-a kojim se određuje da "organizacija s kojom je izvođač u radnom odnosu", dakle poslodavac, može izvedbu koristiti i bez odobrenja izvođača ako je izvedba nastala u okviru izvođačeve radne obveze. Čini se da je pravna osnova korištenja izvedbe ugovor o radu kojim se izvođač obvezao prepustiti iskorištavanje svojih izvedaba poslodavcu, pa prema tome poslodavac će imati ona prava koja mu je izvođač prepustio.

2.7. Ostvarivanje

Pod ostvarivanjem izvođačkog prava prema ZAP smatra se davanje odobrenja za korištenje izvedbe, utvrđivanje i prikupljanje naknade za korištenje izvedbe kao i svako djelovanje kojim se pravna vlast glede izvedbe uozbiljuje u faktičnu vlast. Izvođačko pravo se može ostvarivati osobno ili putem zastupnika kao i individualno ili kolektivno. Kolektivno ostvarivanje je karakterističan oblik ostvarivanja za autorsko i srodna mu prava. Nastao je kao posljedica ostvarivanja prava na objektu koji se po svojoj naravi može istodobno koristiti od strane neograničenog broja

osoba na prostorno udaljenim mjestima. U stvarnosti je gotovo nemoguće da korisnik stupi u kontakt s izvođačem da bi pribavio odobrenje za korištenje izvedbe, a ni izvođač ne bi mogao kontrolirati tko sve koristi njegovu izvedbu i za to naplaćivati naknadu. Izvođačko se pravo, kao i autorsko, kolektivno ostvaruje putem organizacija za kolektivno ostvarivanje izvođačkog prava,⁵⁵ koje zastupajući izvođače ostvaruje njihovo pravo na određenom području te za njih daje odobrenje korisnicima da mogu koristiti izvedbe koje žele, prikupljaju naknade od korisnika i raspodjeljuju ih izvođačima čije su izvedbe bile korištene. Kolektivnim upravljanjem i ostvarivanjem mogu se baviti organizacije koje imaju posebno odobrenje za tu djelatnost od strane nadležnog državnog tijela, a to je sada Državni zavod za intelektualno vlasništvo.⁵⁶

Bez obzira na način ostvarivanja, naknada za korištenje djela određuje se autonomno, prvenstveno ugovorom između izvođača odnosno druge ovlaštene osobe i onog tko izvedbu iskorištava. Podredno, ako organizacija za kolektivno ostvarivanje i korisnik ne odrede naknadu ugovorom za emitiranje i sekundarno korištenje visina naknade se određuje primjenom tarifa organizacija za kolektivno ostvarivanje koje one samostalno donose u ostvarivanju privatnog prava umjetnika izvođača (čl. 107. st. 2. ZAP). U našoj praksi korisnici nerijetko izražavaju mišljenje da bi javna vlast trebala imati utjecaj na visinu tarifa koje donose organizacije za kolektivno ostvarivanje bilo izvođačkog ili autorskog prava. Izvođačko pravo je privatno pravo (kao i autorsko pravo), i određivanje naknade od strane javne vlasti ili kakvo drugo utjecanje predstavljalo bi ograničenje privatnog prava koje bi bilo izjednačeno s djelomičnim izvlaštenjem.

Jedna od pretpostavaka za kolektivno ostvarivanje jest mogućnost dolaženja do podataka o korištenju izvedbe. Ti su podaci nužni za raspodjelu naknade i bez njih je kolektivno ostvarivanje neostvarivo. ZAP (čl. 117.) je u cilju omogućavanja obavljanja djelatnosti organizacija za kolektivno ostvarivanje odredio obvezu za sve korisnike izvedaba da dostavljaju potpune podatke o iskorištavanju izvedbe kao i primjerke ugovora o iskorištavanju izvedaba (izvođačke ugovore). Bez te obveze kolektivno ostvarivanje bi došlo u pitanje, a time i cijeli sustav ostvarivanja izvođačkog prava. Za povredu te obveze zapriječena je i prekršajna odgovornost (čl. 129. ZAP, v. infra).

2.8. Prestanak

Izvođačko pravo prestaje po samom zakonu ili voljom izvođača. Na temelju zakona u hrvatskom pravnom poretku imovinskoppravna komponenta izvođačkog prava prestaje protekom 50 godina od činjenice od koje se počinje računati njegovo

⁵⁵ Takve se organizacije često nazivaju i organizacije za kolektivno upravljanje izvođačkim odnosno autorskim pravom.

⁵⁶ Pravilnikom o stručnim mjerilima za obavljanje djelatnosti ostvarivanja autorskih prava i srodnih prava (NN 37/2000.) utvrđene su pretpostavke za obavljanje djelatnosti ostvarivanja autorskog i izvođačkog prava te temeljem odredaba tog pravilnika DZIV daje odobrenje za obavljanje te djelatnosti.

trajanje.⁵⁷ Prestankom imovinskopravne komponente izvođačkog prava u hrvatskom pravu ne prestaje ipak izvođačko pravo u cijelosti jer osobnopravna komponenta nije vremenski ograničena, te se ne gasi s imovinskopravnom komponentom (čl. 114. ZAP), nego traje i dalje. Nakon što imovinskopravna komponenta prestane, izvedba se može slobodno iskorištavati, postaje *domaine public*, ali se i dalje moraju poštovati moralna prava. Umjetnik izvođač ovlašten je, i nakon što izvedba postane slobodna, zahtijevati zaštitu protiv svakog tko u iskorištavanju vrijeđa njegova/njezina moralna prava. Praktična je strana tog ovlaštenja mogućnost sprječavanja korištenja ili stavljanja u promet snimaka izvedbe s tehničkim nedostacima, ili korištenja na način kojim se vrijeđa čast ili ugled izvođača i sl. i nakon što je prestala imovinskopravna komponenta izvođačkog prava. S obzirom da su moralna prava "vječna", nakon izvođačeve smrti to ovlaštenje prelazi na njegove/njezine nasljednike.

Do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu iz 1999.⁵⁸ izvođačko pravo je trajalo 20 godina, pa se produžavanjem tog roka na 50 godina javilo pitanje utjecaja tog produženja na već postojeća izvođačka prava. Produženje trajanja imovinskopravne komponente izvođačkog prava odnosi se na već postojeće izvedbe, ali samo na one izvedbe glede kojih ta komponenta izvođačkog prava nije prestala u trenutku stupanja na snagu novele ZAP-a iz 1999. g. Dakle, izvođačko pravo čija je imovinskopravna komponenta prestala⁵⁹, ne može "oživjeti" bez obzira što još nije protekao rok od 50 godina predviđen Novelom ZAP '99. Međutim, ako se radi o izvedbama koje su fiksirane na fonograme, čl. 30. Novele ZAP '99, a radi usklađivanja s odredbama čl. 14. st. 6. TRIPS-a, određena je iznimka od tog navedenog pravila. Naime, glede postojećih izvedaba fiksiranih na fonogram, izvođačko pravo traje 50 godina od fiksiranja, ako od prvog fiksiranja nije proteklo 50 godina računajući od početka kalendarske godine stupanja na snagu Novele ZAP '99.⁶⁰

Drugi oblici prestanka na temelju zakona nisu određeni odredbama ZAP-a. Po samoj naravi stvari izvođačko pravo prestaje, kao i bilo koje drugo subjektivno pravo, propašću objekta tj. izvedbe. Voljom izvođača izvođačko pravo prestaje odreknućem. O odreknuću nema odredaba u ZAP-u, ali odreknuti se nekog prava ovlaštenje je koje pripada nositelju prava. No, da bi izvođačko pravo prestalo, izvođač ga se treba odreći na način koji ne izaziva sumnju. Sama činjenica neizvršavanja sadržaja izvođačkog prava ne znači da ga se izvođač odrekao, niti će ono prestati zastarom jer je kao i autorsko nezastarivo pravo.

⁵⁷ V. supra Ograničenja.

⁵⁸ NN 76/99. i 127/99. (ispravak).

⁵⁹ Ako je činjenica od koje se računa trajanje izvođačkog prava nastala prije 1.1.1979. godine, izvođačko pravo je prestalo prije stupanja Novele ZAP '99 na snagu.

⁶⁰ To bi značilo da se primjenjuju odredbe o izvođačkom pravu glede izvedaba prvi puta fiksiranih na fonogram 1950. g. i kasnije za razdoblje koje je preostalo do isteka 50 godina.

2.9. Zaštita

2.9.1. Građanskopravni zahtjevi

Za povredu izvođačkog prava u hrvatskom je autorskopravnom poretku predviđena kaznenopravna, prekršajnopravna, građanskopravna i upravnopravna zaštita.

Građanskopravnom zaštitom izvođačkog prava omogućuje se privatnopravnim zahtjevom otkloniti povredu tog prava do koje je došlo bilo izvanugovorno, ili povredom ugovora, kao i uklanjanje posljedica takvih povreda. Izvođač čije je pravo povrijeđeno ovlašten je na sljedeće građanskopravne zahtjeve: za prestankom povrede prava i zabranom daljnje povrede (kvazinegatorni zahtjev), na uništenje ili preinačavanje predmeta kojima je nanesena povreda njegovog/njezinog prava, na objavljivanje presude na trošak tuženika, kao i na naknadu štete prouzročene povredom prava.⁶¹ Na važnost građanskopravne zaštite željelo se ukazati i u TRIPS-u u kojem je težište upravo na trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva, i premda nije uobičajeno da se u međunarodnim konvencijama nalaze odredbe o građanskopravnoj zaštiti, u TRIPS-u se nalazi cijeli razdio o tom obliku zaštite.⁶²

Dođe li do povrede osobnopravne komponente, i to prava paterniteta izvođača, tj. kad se pri iskorištavanju njegove/njezine izvedbe ne navede njegovo/njezino ime odnosno pseudonim, izvođač može zahtijevati zabranu ponavljanja takve povrede, naknadnu objavu njegovog/njezinog imena (pseudonima) i naknadu štete (čl. 120. ZAP). Na iste zahtjeve izvođač ima pravo i kad se protivno njegovoj zabrani na izvedbi navede njegovo ime s obzirom da pravo paterniteta uz pozitivnu ima i negativnu stranu, tj. izvođač je ovlašten zahtijevati da njegovo ime ne bude naznačeno na izvedbi. Ovu se odredbu ne bi smjelo tumačiti ekstenzivno kad se radi o pojedinim oblicima iskorištavanja u kojima bi bilo neprikladno navoditi imena svih izvođača ili, kao primjerice kod radio emitiranja, navođenje imena izvođača uopće.⁶³

Privremene mjere smatraju se posebno interesantnim sredstvom u zaštiti prava intelektualnog vlasništva, pa tako i izvođačkog prava. TRIPS je prvi višestrani međunarodni ugovor u kojem se pažnja posvetila upravo privremenim mjerama u slučaju povrede prava intelektualnog vlasništva, te je obvezao članice WTO-a da u svojim zakonodavstvima imaju odredbe o privremenim mjerama za te slučajeve. U našem pravnom poretku uz opće odredbe o privremenim mjerama koje su sadržane u Ovršnom zakonu postoje i posebne za slučaj povrede prava umjetnika izvođača u

⁶¹ V. čl. 119. ZAP.

⁶² V. čl. 42. et seq. TRIPS.

⁶³ Takvo tumačenje je u skladu s odredbom čl. 5. WPPT-a, u kojem je izričito navedeno da izvođač nema pravo zahtijevati da bude označen kao izvođač ako je izostavljanje njegovog imena diktirano načinom uporabe njegove izvedbe.

čl. 119. ZAP. Privremene mjere mogu se zahtijevati prije donošenja presude, pa i prije podizanja tužbe.⁶⁴ Smisao donošenja privremenih mjera je sprječavanje daljnje povrede izvođačkog prava ili preventiva s ciljem prekidanja radnji čije bi nastavljanje dovelo do povrede izvođačkog prava. Prema čl. 119. st. 3. ZAP-a kad je do povrede već došlo, odnosno točnije ako izvođač (odnosno druga ovlaštena osoba npr. organizacija za ostvarivanje izvođačkog prava) učini vjerojatnim na temelju izloženih činjenica i predloženih dokaza da je njegovo/njezino pravo povrijeđeno, može se zahtijevati privremeno oduzimanje i isključivanje iz prometa stvari kojima se nanosi povreda izvođačkog prava, i to onih stvari kojima je počinjena povreda izvođačkog prava (npr. neovlašteno umnoženi primjerci snimaka izvedbe), zatim onih koji služe za povredu izvođačkog prava (npr. izvor s kojega se dalje neovlašteno umnožavaju snimke izvedbe ili aparat koji služi za proizvodnju neovlašteno umnoženih snimaka izvedbe), kao i onih stvari koje mogu služiti kao dokazi o učinjenoj povredi prava. Ako do povrede još nije došlo, ali izvođač učini vjerojatnim na temelju izloženih činjenica i predloženih dokaza da bi nastavljanje radnji dovelo do povrede prava umjetnika izvođača, može se tražiti zabrana nastavljanja započetih radnji. U rješenju kojim se određuje privremena mjera sud mora odrediti i njeno trajanje, a ako je privremena mjera određena prije podizanja tužbe, tada mora biti određen i rok u kojem onaj koji je zahtijevao privremenu mjeru mora podići tužbu (čl. 303. Ovršnog zakona). Privremene mjere sud će moći donijeti i bez prethodnog obavještanja druge strane protiv koje bi one trebale djelovati. Pretpostavka za takvo određivanje privremenih mjera (čl. 119. st. 4. ZAP) jest opasnost da bi obavještanjem došlo do kasnijeg izvođenja dokaza zbog čega bi ono moglo biti otežano ili onemogućeno, ili opasnost da mjere ne bi bile učinkovite, ili opasnost od teško nadoknadive štete.

2.9.2. Kaznenopravna zaštita

Kazne za povredu izvođačkog prava zapriječene su čl. 229. i 230. KZ⁶⁵ u Glavi sedamnaestoj, koja nosi naslov Kaznena djela protiv imovine, što nije potpuno adekvatan smještaj s obzirom da se u tim odredbama nalaze kazne i zbog povrede moralnog prava. Odredbe o kaznenim djelima zbog povrede moralnih prava grupirane su u čl. 229., kako zbog povrede tih prava autora tako i zbog povrede tih prava izvođača. Na isti su način grupiranje i odredbe o kaznenim djelima zbog povrede imovinskih prava autora i izvođača u čl. 230.

⁶⁴ V. čl. 293. Ovršnog zakona (NN 57/96.)

⁶⁵ U jednom razdoblju, od stupanja KZ na snagu (1.1.1998.) pa do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu iz 1999. (27.7.1999.) odredbe o kaznenoj odgovornosti za povredu izvođačkog prava (kao i autorskog prava) nalazile su se u Kaznenom zakonu i u ZAP-u. Naime, u prijelaznim odredbama KZ nema odredaba o ukidanju kaznenih odredaba iz ZAP pa je nastao dualizam kaznenih odredaba o povredi izvođačkog (i autorskog) prava. To je otvorilo pitanje temeljem kojih odredaba treba ocjenjivati kaznenu odgovornost. Za kaznena djela nastala u tom razdoblju treba primijeniti propis u skladu s pravilima kaznenog prava o primjeni povoljnijeg propisa, specijalnim i općim propisima te vremenskoj primjeni propisa.

Kaznenim djelima određene su sljedeće povrede moralnih prava umjetnika izvođača: priopćavanje javnosti izvedbe umjetnika izvođača bez navođenja njegova/njezina imena ili pseudonima (KZ, čl. 229./5.), dakle povreda prava paterniteta;⁶⁶ uništavanje, izobličavanje, nagrđivanje, sakaćenje ili drugo mijenjanje snimljene izvedbe bez dopuštenja izvođača (KZ, čl. 229./6.), dakle povreda prava integriteta. Za ta je kaznena djela zapriječena novčana kazna ili kazna zatvora do 3 godine. Za kvalificirani oblik tih kaznenih djela, ako je počinjenjem navedenih kaznenih djela pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, a počinitelj je postupao upravo s tim ciljem, zapriječena je zatvorska kazna od 6 mjeseci do 5 godina.

Kaznenim su djelima određena ona kojima se na bilo koji način neovlašteno rabi izvedba (dakle zbog povrede imovinskopravne komponente izvođačkog prava), a kao primjeri takve uporabe navedeni su neovlašteno snimanje, reproduciranje odnosno umnožavanje, stavljanje u promet, iznajmljivanje, uvoz, prenošenje preko granične crte, prikazivanje, izvođenje, odašiljanje, prenošenje, činjenje izvedbe dostupnom javnosti ili neovlaštena uporaba izvedbe na koji drugi način (KZ, čl. 230./2.). Za ta je kaznena djela zapriječena jednaka kazna kao i za povredu moralnih prava umjetnika izvođača, dakle novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a za kvalificirani oblik tih djela kazna zatvora od 6 mjeseci do pet godina.

Kao novo kazneno djelo u hrvatskom pravu uvedeno je djelo proizvodnje, uvoza, prijenosa preko granične crte, stavljanja u promet, najma, omogućavanja uporabe ili korištenja takve opreme ili sredstava kojoj je osnovna ili pretežna namjena otklanjanje ili osujećivanje tehničkog sredstva ili računalnog programa namijenjenog zaštiti prava, a ako je ono učinjeno s namjerom da se omogući neovlaštena uporaba izvedbe umjetnika izvođača kao i autorskog djela (KZ, čl. 230./3.). Za to je djelo također zapriječena ista kazna kao i za povredu neovlaštene uporabe izvedbe.

Posjedovanje stvari koje su bile namijenjene počinjenju kaznenog djela, povrede prava umjetnika izvođača ili su za to bile rabljene ili nastale počinjenjem tih kaznenih djela, također je kazneno djelo pod pretpostavkom da je posjednik znao, mogao ili bio dužan znati o stvarima koje su na navedeni način vezane uz počinjenje kaznenog djela protiv izvođačkog (i autorskog) prava. Tako će prema dikciji čl. 230./4. KZ osoba kod koje se nalaze predmeti namijenjeni počinjenju povrede izvođačkog prava ili su već uporabljeni za to ili su nastali počinjenjem tih kaznenih djela, a ta je osoba znala, mogla ili morala znati čemu su namijenjeni, biti kažnjena novčana kaznom do 100 dnevnih dohodaka ili zatvorskom kaznom do 6 mjeseci.

Kao sigurnosna mjera predviđeno je oduzimanje predmeta namijenjenih i rabljenih za počinjenje kaznenog djela te oduzimanje i uništavanje (obvezno)

⁶⁶ Kao kazneno nije međutim navedeno djelo priopćavanja javnosti tuđe fiksirane izvedbe pod svojim imenom ili imenom drugog. Tu se odredbu ipak čini razumnim tumačiti da je i to kazneno djelo - ako je kazneno djelo nenavođenje imena izvođača tada je kazneno djelo i lažno navođenje imena izvođača.

predmeta nastalih počinjenjem kaznenog djela nedopuštene uporabe izvedbe umjetnika izvođača (KZ, čl. 230./5.).⁶⁷

2.9.3. Prekršajnoppravna zaštita

Prekršajnoppravna zaštita postoji u slučaju neovlaštenog iskorištavanja izvedbe. Prema prijedlogu novele odredba čl. 126. ZAP-a, sadržajno bi odgovarala kaznenopravnoj odredbi iz čl. 230./2. KZ. Kad će netko odgovarati prekršajno, a kad kazneno, ovisi o društvenoj opasnosti počinjenog djela. Pravne osobe mogu odgovarati samo prekršajno. Kazna predviđena za prekršaj zbog povrede izvođačkog prava je novčana, u iznosu od 30.000 do 50.000 kn, a ako je prekršaj učinila pravna osoba, tada će biti kažnjena i odgovorna osoba u toj pravnoj osobi novčanom kaznom u iznosu od 20.000 do 30.000 kn.

Prekršajnu odgovornost izazivaju oni koji iskorištavaju izvedbu, a ne dostavljaju organizaciji za kolektivno ostvarivanje potpune podatke o korištenju izvedbe odnosno izvođački ugovor (čl. 129. ZAP), što je obveza iz čl. 117. ZAP-a. Za taj prekršaj predviđena je novčana kazna u iznosu od 10.000 do 20.000 kn, a kad se radi o pravnoj osobi, i kazna za odgovornu osobu u pravnoj osobi u iznosu od 4.000 do 6.000 kn. Ova se obveza posebno odnosi na organizacije za radiodifuziju, koje su dužne dostavljati tzv. programske plahtice na temelju kojih se obavlja raspodjela prikupljenih sredstava od sekundarnog iskorištavanja izvedaba umjetnicima izvođačima.

2.9.4. Upravnoppravna zaštita

Upravnoppravna zaštita često je iznimno učinkovit oblik zaštite prava koji nisu ovlašteni neposredno ostvarivati nositelji prava nego nadležna državna tijela koja mogu odluku donositi vrlo brzo. Određivanje učinkovitih mjera za zaštitu prava intelektualnog vlasništva je na neki način i jedna od obveza članica WTO-a prema odredbama TRIPS-a (čl. 41./1.) jer su one dužne osigurati u svom zakonodavstvu učinkovite mjere i postupke, preventivne i represivne, u slučaju povrede prava intelektualnog vlasništva zaštićenog tim sporazumom, pa prema tome i izvođačkog prava.

Upravnoppravnu zaštitu, prema odredbama ZAP-a, provode Državni inspektorat i Carinska uprava. Inspekcijski nadzor nad neovlaštenim prometom i umnožavanjem snimaka kojima bi se vrijeđala prava autora, izvođača, proizvođača fonograma u

⁶⁷ Do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (NN 129/2000.) bilo je predviđeno obvezno oduzimanje i uništavanje kako predmeta namijenjenih i rabljenih za počinjenje kaznenog djela tako i onih nastalih počinjenjem kaznenog djela nedozvoljene uporabe autorskog djela ili izvedbe umjetnika izvođača. U praksi se pojavilo pitanje moraju li se uistinu uništavati primjerice kompjuteri na kojima je neovlašteno umnožavan neki kompjuterski program ili pak glazbalo na kojem je neovlašteno izvedeno autorsko djelo, umjesto da se oduzeti predmeti uporabe u društveno korisne svrhe. Izmjenom čl. 230./5. KZ sigurnosna mjera je promijenjena tako da je predviđeno obvezno uništavanje samo predmeta koji su nastali počinjenjem kaznenog djela nedopuštene uporabe autorskih djela i izvedaba.

svezi s tim snimkama trebao bi provoditi Državni inspektorat.^{68,69} Bez obzira što to državno tijelo treba inspekcijski nadzor obavljati po službenoj dužnosti, za efikasno djelovanje Državnog inspektorata na tom području nužna je suradnja samih nositelja prava odnosno organizacija koje ih zastupaju, posebice u obavještanju o povredama njihovih prava.

Posebna je uloga, a u skladu s obvezama iz TRIPS-a, namijenjena carinskoj službi (v. čl. 120.d. ZAP). Carinska bi služba trebala imati, moglo bi se kazati, odlučujuću ulogu u sprječavanju trgovine neovlašteno izrađenim snimkama kojima se povređuju prava umjetnika. Ona je dužna pri svakom uvozu ili bilo kojem prijenosu preko granične crte takvih primjeraka provjeriti postoji li dopuštenje nositelja izvođačkog prava za uvoz ili prijenos preko granične crte te po potrebi podnijeti kaznenu prijavu zbog kaznenog djela iz čl. 230. st. 2. KZ odnosno pokrenuti prekršajni postupak prema čl. 126. st. 4. ZAP-a.

Na zahtjev izvođača carinska služba dužna je obustaviti stavljanje u promet neovlašteno umnoženih primjeraka snimaka koji sadrže njegovu izvedbu, a čije bi stavljanje u promet u obliku uvoza odnosno prijenosa preko granične crte predstavljalo povredu njihovih prava u svezi s tim snimkama. Za efikasan rad carinske službe nužno je i aktivno sudjelovanje samih nositelja prava odnosno organizacija koje ih zastupaju te su one dužne svakodobno pružati informacije koje mogu biti korisne carinskoj službi. Kao što je već navedeno, u TRIPS je posvećena velika pažnja upravo mjerama na granici,⁷⁰ dok u hrvatskom pravnom poretku postoji podnormiranost oko tog pitanja. Osim u odredbama ZAP-a nema drugih odredaba kojima bi se uređivala ta pitanja, pa ni u Carinskom zakonu.⁷¹ TRIPS, naime, uz obvezu članica da imaju postupke koji će omogućiti nositeljima prava intelektualnog vlasništva zahtijevanje zaustavljanja robe kojima se vrijeđaju njihova prava, propisuje i temeljne naznake tog postupka.⁷² S obzirom da TRIPS nije

⁶⁸ V. čl. 3. st.1. al. 10. Zakona o državnom inspektoratu, NN 76/99.

⁶⁹ Odredba čl. 3. st. 1. al. 10. Zakona o državnom inspektoratu prilično je nespretno formulirana. Ona glasi: "Državni inspektorat (...) nadzire primjenu zakona i drugih propisa kojima se uređuje: (...) promet, umnožavanje i reproduciranje glazbenih i kinematografskih djela snimljenih na nosačima zvuka i video-kasetama, te računalnih programa,..." jer uz navedena djela Zakonom o autorskom pravu zaštićena su i druga djela, a izdvajanje videokazete kao medija za fiksiranje audiovizualnih djela dok postoje i drugi mediji (npr. DVD) čini se naročito nespretnim. S obzirom da Državni inspektorat nadzire primjenu cijelog zakona, a ne samo djelomice, navedenu odredbu treba tumačiti u smislu Zakona o autorskom pravu na gore navedeni način.

⁷⁰ Tim je mjerama u TRIPS posvećen jedan cijeli razdio pod naslovom Posebni zahtjevi u svezi s mjerama na granici (čl. 51.-60.).

⁷¹ Carinski zakon NN 78/99., 94/99., 144/99., 117/99. ispr. i 73/2000.; Uredba za provedbu Carinskog zakona NN 144/99. i 48/2000.

⁷² Tako je određeno da nositelj prava mora carinskim vlastima dostaviti dokaz o povredi prava i detaljan opis robe, a carinska vlast dužna je obavijestiti predlagatelja o tome je li zahtjev prihvaćen i u kojem će se roku provoditi (čl. 52., TRIPS). Propisana je i mogućnost određivanja kaucije koju mora platiti nositelj prava a u cilju sprječavanja zlorabe prava, rokovi u kojima se roba kojom se vrijeđa pravo intelektualnog vlasništva može zaustavljati, naknada štete zbog neopravdanog

objavljen u Narodnim novinama kao službenom glasilu Republike Hrvatske, njegove se odredbe ne bi mogle neposredno primjenjivati.⁷³

Summary

PERFORMER'S RIGHT IN THE CROATIAN LEGAL SYSTEM

Related rights recognized in the Croatian system of copyright law are: performer's right, right of phonogram producers and right of broadcasting organizations. The object of performer's right may be only the performance of work that is suitable for copyright protection, regardless of whether its copyright protection already expired and whether it was protected in the first place; the only important factor is that the work as such might have been protected by the copyright law.

The Croatian copyright system does not differentiate audio performances from visual performances or audio visual performances in terms of their protection. Apart for the national performers, Croatian law offers protection to the foreign performers as well in accordance with undertaken duties deriving from the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations, and Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Moreover, Croatia has ratified WIPO (World Intellectual Property Organization) Performances and Phonograms Treaty (WPPT) that has not yet entered into force. The performer's right in Croatia consists of property rights and moral rights. The content of these rights enables the performer to retain legal authority over his performance regardless of developing technology that in turn creates possibilities for different uses of performances, unknown in the moment of its creation. Thus, the performer has the legal power over its performance in digital surrounding.

Performer's right is inheritable, while it can be disposed of by the *inter vivos* transactions only to the limited extent. The object of performer's right may be freely disposed of. Performer's right is time limited right. The issue of exhaustion of performer's right in the Croatian legal system is regulated in a way that the right of distribution is consumed with the first distribution of performance, except for the right of allowing or prohibiting rental of performance copies. Performer's right may be protected in the Croatian legal order through civil, criminal, misdemeanor and administrative legal remedies.

Key words: *audio-visual performance, performers, performer's right, related rights.*

zaustavljanja, obveza postupanja po službenoj dužnosti, pravnim sredstvima za ostvarivanja prava vezanih uz zaustavljanje robe i o uvozu manjih količina takve robe.

⁷³ V. čl. 141. Ustava Republike Hrvatske.

Zusammenfassung

RECHT DES AUSÜBENDEN KÜNSTLERS IN DER KROATISCHEN GESETZGEBUNG

Im kroatischen urheberrechtlichen System werden an Urheberrechten anerkannt: Recht des ausübenden Künstlers, Recht des Herstellers von Tonträgern und Recht des Sendeunternehmens. Objekt des Rechts für ausübenden Künstler können nur Aufführungen von Werken sein, die dem Urheberrecht unterliegen und dabei ist unwesentlich ob der urheberrechtliche Schutz des aufgeführten Werkes abgelaufen ist oder das Werk überhaupt jemals geschützt worden ist, wesentlich ist nur, dass das aufgeführte Werk als solches urheberrechtlich geschützt sein könnte.

Im kroatischen System des Urheberrechts besteht kein Unterschied zwischen dem Schutz von Audioaufführungen und visuellen bzw. audiovisuellen Aufführungen. In Kroatien sind neben den einheimischen auch die ausländischen Künstler geschützt und das im Einklang mit den Pflichten, die Kroatien als Mitglied der Römischen Konvention über den Schutz von ausübenden Künstlern, Herstellern von Tonträgern und der Sendeunternehmen sowie des Vertrages über Handelsaspekte des Rechts über intellektuelles Eigentum (TRIPS) hat. Außerdem hat Kroatien den WIPO Vertrag über die Aufführung von Fonogrammen (WPPT) ratifiziert, der noch nicht in Kraft getreten ist.

Das Recht des ausübenden Künstlers besteht im kroatischen Rechtssystem aus vermögensrechtlichen und persönlichkeithlichen Befugnissen. Der Rechtsinhalt des ausübenden Künstlers ermöglicht es dem Künstler die Rechtsgewalt über seine Darbietung zu haben, auf die nicht die Tatsache einwirkt, dass die Entwicklung der Technik eine Nutzung ermöglicht, die im Augenblick des Entstehens der Darbietung unbekannt ist, so dass der Darsteller die Rechtsgewalt auf die Darbietung auch im digitalen Bereich hat.

Das Aufführungsrecht ist erblich und durch lebenslängliche Rechtsgeschäfte kann darüber beschränkt verfügt werden. Über das Objekt des Aufführungsrechts kann frei verfügt werden. Das Aufführungsrecht ist zeitlich begrenztes Recht. Die Frage der Erschöpfung der Ermächtigung des Darstellers ist im kroatischen Recht auf die Weise gelöst, dass das Recht der in Umlaufsetzung erschöpft ist sobald die erste Aufführung in Umlauf gesetzt wurde außer der Ermächtigung die Übernahme einer Aufführung zu gestatten oder zu verbieten. Im kroatischen Rechtssystem kann das Aufführungsrecht durch zivilrechtliche Anträge strafrechtlich, übertretungsrechtlich und verwaltungsrechtlich geschützt werden.

Schlüsselwörter: audiovisuelle Darbietung, Darbietung, Recht des ausübenden Künstlers, verwandte Schutzrechte.

Sommaro

**DIRITTO DEGLI ARTISTI ESECUTORI NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO CROATO**

I diritti strettamente legati al diritto d'autore riconosciuto nel sistema croato del diritto d'autore sono: il diritto degli artisti esecutori, il diritto dei produttori fonografici e il diritto delle organizzazioni di radiodiffusione e teletrasmissione. L'oggetto del diritto dell'artista può essere solo l'esecuzione di un pezzo che è passibile di tutela del diritto d'autore, nonostante la sua tutela del diritto d'autore sia già terminata ed essa fosse in primo luogo protetta; il solo fattore importante è che il pezzo in quanto tale potesse essere stato tutelato dal diritto d'autore.

Il sistema croato del diritto d'autore non differenzia le esecuzioni audio da quelle video o audiovideo nei termini della loro tutela. Separatamente dagli artisti nazionali, la legge croata offre tutela anche agli artisti stranieri in accordo con i doveri assunti in forza della Convenzione di Roma per la tutela degli artisti, dei produttori fonografici e delle organizzazioni di radiodiffusione e teletrasmissione, e dell'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale. Inoltre la Croazia ha ratificato il Trattato sull'organizzazione della proprietà intellettuale mondiale delle esecuzioni e diffusioni che non è ancora entrato in vigore. Il diritto degli artisti esecutori in Croazia consiste nei diritti di proprietà e diritti personali e morali. Il contenuto di questi diritti pone in condizione l'artista di mantenere l'autorità legale sulla sua esecuzione nonostante lo sviluppo tecnologico che progressivamente crea possibilità di usi differenti del lavoro dell'artista, sconosciute nel momento della sua creazione. Così l'artista ha il potere legale sulla sua esecuzione in ambiente digitale.

Il diritto degli artisti è ereditabile, mentre esso può essere regolato da transazioni *inter vivos* solo in misura limitata. L'oggetto del diritto dell'artista può essere liberamente stabilito. Il diritto dell'artista è limitato nel tempo. La questione dell'esaurimento del diritto dell'artista nel sistema giuridico croato è disciplinato in modo che il diritto della distribuzione si consuma con la prima distribuzione dell'esecuzione, ad eccezione del diritto di permettere o proibire il noleggio di copie dell'esecuzione. Il diritto degli artisti può essere tutelato nell'ordinamento giuridico croato attraverso azioni legali civili, penali, contravvenzionali e amministrative.

Parole chiave: *esecuzione audiovisive, esecutori, diritto degli artisti esecutori, diritti connessi.*

NEVALJANOST POJEDINIH ODREDBI OPĆIH UVJETA UGOVORA¹ S POSEBNIM OSVRTOM NA POTROŠAČKE UGOVORE

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, docent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.451.031

347.741

366

Ur.: 2. studenog 2000.

Pr.: 8. siječnja 2001.

Izvorni znanstveni članak

Rad je pisan s obzirom na vrlo čestu uporabu općih uvjeta ugovora, bilo u formi općih uvjeta poslovanja ili adhezionih ili sličnih standardnih ugovora, sukladno kojima niz subjekata sklapa ugovore i s obzirom na čestu faktičnu neravnopravnost ugovornih strana. Imajući u vidu ova dva obilježja čitavog niza životnih situacija i šturo uređenje nevaljanih odredbi općih uvjeta poslovanja u hrvatskom pravu, u prvom dijelu rada prikazani su uvjeti valjanosti odnosno nevaljanosti odredbi općih uvjeta u austrijskom, njemačkom i talijanskom pravu i u pravu SAD, a ukazano je i na rješenja odgovarajuće Direktive Vijeća EU. U onoj mjeri u kojoj su bili dostupni izvori, prikazana su zakonska rješenja i sudska praksa, a nevaljane odredbe općih uvjeta uvrštene su u sljedeće skupine: odredbe kojima se proširuju prava imatelja općih uvjeta, odredbe kojima se isključuje ili ograničuje odgovornost imatelja općih uvjeta, odredbe kojima se ograničuju prava suugovaratelja, odredbe u svezi s trajanjem i produženjem ugovora, odredbe u svezi sa subjektivnim promjenama i ostale odredbe. U nastavku rada izložene su pozicije hrvatskog prava. Najprvo su naznačeni uvjeti primjene općih uvjeta prema ZOO-u, a zatim potanko raščlanjeni razlozi i posljedice nevaljanosti pojedinih odredbi općih uvjeta. Posebna pozornost pružena je nepostojanju utjecaja eventualnog odobrenja općih uvjeta od strane nadležnog (upravnog) organa na valjanost pojedinih odredbi, a prikazane su i odredbe posebnih propisa u kojima se spominju opći uvjeti ugovora. Na koncu su izloženi zaključci i izneseni prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: opći uvjeti poslovanja, adhezijski ugovori, opći uvjeti ugovora, nevaljanost, potrošački ugovori, poredbeno pravo, ugovorno pravo.

¹ Pod pojmom općih uvjeta ugovora za potrebe ovog rada podrazumijevat će se opći uvjeti poslovanja, ali i sve ono što je jedna ugovorna strana unaprijed pripremila kao odredbe ugovora koje će sklapati s unaprijed neodređenim krugom osoba i od kojih u pojedinačnim slučajevima neće

1. Uvod

1. Ogromna većina pučanstva svakog mjeseca ispunjava obvezu plaćanja prema pravnim osobama s kojima je sklopila ugovore o isporuci vode, plina, električne energije i o pružanju telekomunikacijskih usluga u nepokretnoj mreži (nepokretni telefon). Isti taj dio pučanstva prethodno je s istim suugovarateljima bio sklopio ugovore o priključenju na odgovarajuću mrežu.

Značajan dio pučanstva također ima sklopljene raznovrsne ugovore - npr. - s bankama i osiguravajućim društvima.

Također, postoji relativno malo snažnih trgovačkih društava koja se bave veletrgovinom, a mnogo malih trgovačkih društava koja se bave prodajom na malo i koja redovito kupuju robu od velikih i snažnih veletrgovaca.

2. Postoji više obilježja koja su zajednička svim spomenutim ugovorima, a upravo su ta istovjetna obilježja razlog zbog kojih se autor upustio u temu istaknutu u naslovu. Ta obilježja su:

- Velika razlika u gospodarskoj snazi ugovornih strana;
- Subjektivno stajalište jedne ugovorne strane (potrošača) o postojanju ozbiljne nužde, odnosno imperativa sklapanja ugovora, a katkad i postojanje njegove pravne obveze sklapanja ugovora²;
- Nepostojanje stajališta o imperativnosti sklapanja pojedinog ugovora sa strane isporučitelja;
- Često postojanje monopolističkog ili vladajućeg položaja isporučitelja³, što su sve razlozi zbog kojih
- Isporučitelj sklapanju pojedinog ugovora pristupa bez odstupanja od svojih uvjeta sklapanja ugovora, tj. iste nudi suugovarateljima kao cjelinu koju oni mogu čitavu prihvatiti ili odbiti, odnosno sa stajalištem: *take it or leave it*;
- Nepostojanje značajnijih razlika između pojedinih ugovora, odnosno nepostojanje razloga za individualizaciju pojedinog ugovora, tj. istovrsnost sklopljenih ugovora i njima uređenih prava i obveza stranaka⁴, što je razlog posljednjem obilježju, a to je
- Sklapanje ugovora prema uvjetima koje su unaprijed pripremili isporučitelji za sve pojedine slučajeve sklapanja ugovora, a ti uvjeti su sadržani bilo u formularnom standardnom ugovoru, obrascu ili u općim uvjetima poslovanja na koje se obrazac ugovora poziva.

3. Sloboda uređivanja obveznih odnosa⁵ i ravnopravnost sudionika u obvez-

odstupati. Obuhvaćeni su, dakle, opći uvjeti poslovanja *stricto sensu*, formularni ugovori, pojedine klauzule, koji svi istodobno udovoljavaju obilježjima adhezijskih ugovora.

² V. 3.4. Posebni propisi.

³ Za monopolistički i vladajući položaj v. čl. 13. - 20. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 48/95).

⁴ Katkad je identitet suugovaratelja (potrošača) jedino što razlikuje dva ugovora.

⁵ Čl. 10. ZOO.

nom odnosu⁶ dva su od temeljnih načela Zakona o obveznim odnosima i ugovornog prava u cjelini. Iako nam nije nakana upuštati se u teoriju prava, usudili bismo se zauzeti stajalište kako je ravnopravnost suugovaratelja ishodište slobode uređivanja ugovornih odnosa. Sloboda uređivanja ugovornih odnosa, odnosno izostanak intervencije pravnog poretka prisilnim propisima u sadržaj ugovora, dopustivi su pod pretpostavkom ravnopravnosti ugovornih strana i - dapače - polaze upravo od stajališta o postojanju te ravnopravnosti.

4. S druge strane, naprijed navedene okolnosti sklapanja spomenutih potrošačkih - ali ponekad i trgovačkih - ugovora upravo nameću pitanje postoji li ravnopravnost ugovornih strana pri sklapanju takvih ugovora. Iako se može očekivati i postojanje stajališta o tome kako ravnopravnost postoji čim ni za jednog suugovaratelja ne postoji pravna obveza sklapanja ugovora, autor bi se založio za pristup koji uključuje ne samo pravni nego i faktični, životni, položaj suugovaratelja. Iako autoru nije poznato da bi takvo istraživanje bilo provedeno, on duboko vjeruje kako bi ogromna većina potrošača na pitanje, primjerice, "jeste li ravnopravni pri sklapanju ugovora s Hrvatskim telekomunikacijama", odgovorila kako nisu. Na isti način odgovorili bi i trgovci na malo - imatelji npr. jedne prodavaonice - glede odnosa s nekim od veletrgovaca. Dakle, ako je *vox populi vox Dei*, onda bi trebalo stati na stajališta (1) kako je ravnopravnost potrebno promatrati sa životnog, faktičnog stajališta, te (2) kako u vrlo značajnom broju slučajeva ne postoji (faktična) ravnopravnost ugovornih strana.

5. Upravo su ovakve okolnosti već odavno potakle sudsku praksu, pravnu doktrinu i na koncu zakonodavatelje da se pozabave pitanjima valjanosti ugovornih odredbi koje je unaprijed pripremila jedna ugovorna strana, bez obzira jesu li one inkorporirane u tekst ugovora - ako se sklapa pisani ugovor - ili se ugovor na njih poziva.

6. U ovom radu prikazat će se prvo rješenja u poredbenom pravu⁷, a zatim u hrvatskom, a na koncu iznijeti zaključci i prijedlozi *de lege ferenda* za hrvatsko pravo. Potrebno je također napomenuti kako se ovaj rad odnosi na sve slučajeve ugovora koji se sklapaju uz primjenu općih uvjeta, što uključuje i ugovore građanskog prava - uključujući potrošačke - i ugovore trgovačkog prava. Posebno je sa stajališta zaštite potrošača potrebno uočiti kako se opća pravila o valjanosti općih uvjeta odnose i na potrošačke ugovore, nezavisno od pitanja je li zaštita potrošača uređena posebnim propisima.

⁶ Čl. 11. ZOO.

⁷ Bit će korišteni propisi i sudska praksa Austrije, Italije, Njemačke i SAD. Također će se ukazivati na rješenja Direktive Vijeća EU 93/13/EEC od 5. travnja 1993. o nepravdnim odredbama u potrošačkim ugovorima, čiji Anex sadrži vrlo iscrpan popis nevaljanih odredbi općih uvjeta (dalje: Direktiva).

2. Nevaljanost općih uvjeta u poredbenom pravu

2.1. Odredbe o nevaljanosti sadržane u općim propisima

Italija je prva zemlja čiji Građanski zakonik sadrži relativno razrađene odredbe o općim uvjetima. Još pri donošenju Codice civile, 1942. godine, u nj su unesene odredbe čl. 1341. i 1342. koje uređuju pravni položaj odredbi unaprijed pripremljenih od strane jednog sugovaratelja i nevaljanost nekih vrsta takvih odredbi. Ovaj propis ne sadrži opću odredbu (klauzulu) o nevaljanim odredbama, nego nabraja one odredbe općih uvjeta koje ne vrijede osim ako nisu posebno potvrđene u pisanom obliku⁸. Te odredbe izvršene su u prikaz pojedinih nevaljanih odredbi.

Uniform Commercial Code SAD - još od 1962. godine - ne govori izrijeckom o općim uvjetima, nego je problematici valjanosti pojedinih ugovornih odredbi pristupio kroz pojam savjesnosti, te govori o nesavjesnim ugovorima ili ugovornim odredbama⁹. UCC, dakle, ne sadrži odredbu čije bi polje primjene bilo ograničeno na opće uvjete, nego par. 2-302 omogućuje sudu ispitivanje svakog ugovora u pravcu jesu li ugovor ili bilo koja odredba ugovora, nesavjesne, a to obuhvaća i ispitivanje odredbi općih uvjeta¹⁰.

Ova odredba unesena je u UCC kako bi se sudovima olakšalo pravno kvalificiranje odgovarajućih odredbi u onim situacijama u kojima su ranije bili prisiljeni pribjegavati odbijanju primjene takvih odredbi uz navođenje kako su iste protivne javnom poretku¹¹, glavnoj svrsi ugovora i još nekim ustanovama. "Temeljni test" kojem se prema ovoj odredbi UCC podvrgava ugovor i njegove odredbe "sastoji se u ispitivanju je li, u svjetlu opće trgovačke pozadine i trgovačkih potreba određene trgovine ili slučaja, ispitivana klauzula toliko jednostrana da se može smatrati nesavjesnom u okolnostima koje su postojale u vrijeme sklapanja ugovora"¹².

Uz opću klauzulu o nevaljanosti nesavjesnih ugovora i odredbi, UCC ne sadrži ni zatvoreni ni otvoreni popis takvih klauzula odnosno ugovora.

Austrijski BGB sadrži samo generalnu klauzulu, kao i hrvatski ZOO. Ta klauzula nevaljanim oglašava odredbe "neuobičajenog sadržaja" koje "drugu stranu stavljaju u nepovoljniji položaj", ali pod uvjetom da ta druga strana "s takvim

⁸ O tome v. i Čizmić, Jozo: Zakonska i sudska kontrola ugovaranja klauzula o isključenju i ograničenju odgovornosti u formularnim ugovorima s posebnim osvrtom na zaštitu potrošača, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 1/93, s. 246. i Vilus, Jelena: Opći uvjeti formularnih ugovora, 1976., s. 188.

⁹ Par. 2-302 Uniform Commercial Code (dalje: UCC), prema Selected Commercial Statutes, West Publishing Co., 1995., s. 72.

¹⁰ Neprijepornost primjene ove odredbe na opće uvjete proizlazi i iz prve redakcije teksta odredbe, koja je bila ograničena upravo na standardne ugovore. Prema: Vilus, Jelena: Opći uvjeti formularnih ugovora, 1976., s. 189.

¹¹ "Public policy".

¹² Službeni komentar par. 2-302 UCC, Selected Commercial Statutes, West, 1995., s. 72.

odredbama prema okolnostima - a prije svega prema vanjskom izgledu isprave - nije trebala računati¹³.

Opća klauzula koju sadrži Direktiva EU također je sažeta: "ugovorna odredba - o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo - smatrat će se unfair ako - suprotno zahtjevu dobre vjere - prouzročuje značajnu neravnotežu u ugovornim pravima i obvezama stranaka i to na štetu potrošača"¹⁴.

2.2. Odredbe o nevaljanosti sadržane u posebnim propisima

Posebne propise koji se odnose na valjanost odredbi općih uvjeta donijeli su Izrael¹⁵, Engleska¹⁶, Švedska¹⁷, Australija¹⁸, Irska¹⁹, Njemačka²⁰.

Naročito je zanimljiv njemački AGBG, koji vrlo potanko razrađuje problematiku općih uvjeta, a sa stajališta pitanja valjanosti općih uvjeta najznačajnije su odredbe par. 3. o iznenađujućim odredbama, par. 9. koji sadrži opću klauzulu o nevaljanim odredbama i par. 10. i 11. koji nabrajaju pojedine nevaljane odredbe. Bitna razlika između posljednje dvije odredbe sastoji se u tome što prva nabraja relativno, a druga apsolutno nevaljane odredbe.

Odredba o iznenađujućim odredbama iz par. 3. vrlo je slična austrijskoj, dok je opća (generalna) klauzula o nevaljanosti potanko razrađena u odredbi par. 9. i stoga će se citirati u cijelosti. Ona glasi:

"Odredbe u općim uvjetima poslovanja ne proizvode učinke ako suugovaratelja osobe koja primjenjuje opće uvjete - protivno zahtjevu savjesnosti i poštenja - neprimjereno stavljaju u nepovoljniji položaj.

U sumnji se smatra kako neprimjereno stavljanje u nepovoljniji položaj postoji ako odredba

1. nije spojiva s bitnom temeljnom idejom ili zakonskim uređenjem...

2. bitna prava ili obveze, koji proizlaze iz prirode ugovora, tako ograničuje da je postizanje svrhe ugovora ugroženo".

Uz generalnu klauzulu AGBG u odredbama par. 10. i 11. sadrži dugačke popise odredbi općih uvjeta koje neće biti valjane, s time što u prvom nabraja

¹³ Ta odredba Par. 864a austrijskog AGBG izvorno glasi: "Bestimmungen ungewoentlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschaeftsbedingungen oder Vertragsformblaettern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wen sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umstaenden, vor allem nach dem aeusseren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

¹⁴ Čl. 3. st. 1. Direktive.

¹⁵ Zakon o standardnim ugovorima iz 1964.

¹⁶ Restrictive Trade Practices Act iz 1956 i Unfair Contract Terms Act iz 1977.

¹⁷ Zakon o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula iz 1971.

¹⁸ Savezni zakon o trgovačkoj praksi (The Federal Trade Practices Act) iz 1974.

¹⁹ Zakon o prodaji robe i dobavi usluga iz 1980.

²⁰ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen (Zakon o uređenju prava općih uvjeta poslovanja) od 9. prosinca 1976., BGBl. I S. 3317.

relativno nevaljane odredbe, tj. odredbe čiju valjanost sud procjenjuje u konkretnom slučaju, a u drugom apsolutno nevaljane odredbe, tj. odredbe koje su *ex lege* nevaljane. Te odredbe neće biti prikazane ovdje nego inkorporirane u prikaz pojedinačnih primjera nevaljanih odredbi.

2.3. *Pojedine vrste nevaljanih odredbi*

Pojedine nevaljane odredbe i pojedine vrste nevaljanih odredbi općih uvjeta u poredbenim propisima i sudskoj praksi bit će prikazane uz primjenu sistematizacije koju je izradio autor. Vlastito sistematiziranje bilo je nužno stoga što su odredbe Direktive, AGBG-a²¹ i CC-a²² različitog stupnja općenitosti odnosno konkretnosti, pa nije moguće slijediti sistematiku jednoga od tih propisa i uspoređivati je s ostalima. Također, višestupnjevana sistematizacija preglednija je od pukog nabiranja čitavog niza odredbi.

U korištenoj literaturi - kao česti primjeri nevaljanih odredbi - spominju se one kojima se ograničuje odgovornost, ustanovljava pravo otkaza ugovora ili određuju uvjeti koje druga strana teško može ispuniti ili na drugi način nisu "fair"²³.

2.3.1. *Odredbe kojima se proširuju prava imatelja općih uvjeta*²⁴

Imatelj općih uvjeta redovito će biti isporučitelj, tj. prodavatelj robe ili davatelj usluge, tj. izvoditelj kakvog materijalnog ili nematerijalnog djela²⁵. Odgovarajući propisi sadrže dispozitivne odredbe o pravima i obvezama stranaka, a jedno od obilježja tih propisa je i kvantitativna i kvalitativna uravnoteženost prava i obveza obje ugovorne strane. Takav pristup - dakako - postoji i u općem dijelu, odnosno i pri obradi općih ustanova ugovornog prava i pri obradi pojedinih imenovanih ugovora.

²¹ Par. 10. i 11.

²² Odredba čl. 1341. st. 2. CC u izvorniku glasi: "In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero saniscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

²³ Šarčević, Petar: *Standard Forms and General Conditions u Hague-Zagreb Essays* 4, s. 138. i 146.

²⁴ Kriterij za razlikovanje odredbi kojima se proširuju prava imatelja općih uvjeta od odredbi kojima se ograničuju prava suugovaratelja sastojao se u usporedbi sa zakonom predviđenim pravima ugovornih strana. Iako bi se moglo reći kako proširenje prava na jednoj strani, uvijek podrazumijeva ograničavanje na drugoj, naglasak je ovdje bio na proširenju odnosno ograničenju u odnosu na ona prava koja su predviđena zakonom. Upravo zbog toga je moguće govoriti o proširenju odnosno ograničenju.

²⁵ Tzv. usluge mogu se podvesti pod pojam djela, a odgovarajući ugovor pod pojam ugovora o djelu kojim se izvođač obvezuje obaviti "određeni posao, kao što je izrada ili popravak neke stvari ili izvršenje kakva fizičkog ili intelektualnog rada" (čl. 600. ZOO).

Dosljedno postojanju velikog broja takvih odredbi, postoji i veliki broj i oblici mogućih ugovornih odstupanja od zakonskih rješenja. Odstupanjima se proširuju prava imatelja općih uvjeta. Moguća su i takva odstupanja kojima se zadire u neka temeljna načela ugovornog prava, kao što su jednakost ugovornih strana i *pacta sunt servanda*. Budući da bi **mogućnost jednostranog mijenjanja sadržaja ugovora** - što uključuje i **mogućnost jednostranog odustanka odnosno raskida** izvan zakonom predviđenih okolnosti - mogla ugroziti upravo spomenuta načela odredbe (j) Anexa Direktive²⁶ izrijeком zabranjuje mogućnost jednostranog mijenjanja sadržaja ugovora bez ikakvog objektivnog ili bez opravdanog razloga. Slična ovoj zabrani, ali preciznije određena, jest zabrana jednostranog mijenjanja osobina predmeta kojim imatelj općih uvjeta ispunjava svoju obvezu, odnosno zabrana zamjene ispunjenja ili odstupanja od obveze ispunjenja. Ovu zabranu sadrže točka (k) Anexa Direktive²⁷ i odredba par. 10. t. 4. AGBG²⁸.

Možda najdrastičniji pokazatelj preuzetnosti onih koji sačinjavaju opće uvjete poslovanja jesu odredbe općih uvjeta koje ovlašćuju te osobe na odustanak od ugovora bez opravdanog razloga ili bez ikakvog razloga. Na postojanje takvih odredbi općih uvjeta ukazuju odredbe koje zabranjuju uvrštenje klauzula o pravu na (bezrazložni) odustanak od ugovora, odnosno koje uvrštenje takvih klauzula sankcioniraju njihovom nevaljanošću. S obzirom na posebnu težinu takvih klauzula, nevaljanošću ih sankcioniraju točka (g) Anexa Direktive²⁹, par. 10 t. 3. AGBG³⁰ i čl. 1341. st. 2. CC³¹.

Rok ispunjenja obveze može, ali nužno ne mora, biti posebno važan za ugovorne strane. Zbog toga u pravilu dužniku pripada pravo na primjereni **naknadni rok za ispunjenje** njegove obveze. Ipak, naknadni rok treba biti primjeren, a jači gospodarski položaj imatelja općih uvjeta ne smije mu priskrbiti pravo na jednostranu odluku o odgodi ispunjenja izvan okvira primjerenog naknadnog roka za ispunjenje. Na ovom stajalištu - čini se - stoje odredbe koje odriču valjanosti uglavama općih uvjeta, koje bi omogućile imatelju općih uvjeta neprimjereni dugački ili nedovoljno određeni prvobitni ili naknadni rok za ispunjenje odnosno

²⁶ Ova odredba glasi: "(j) enabling the seller or supplier to alter the terms of the contract unilaterally without a valid reason which is specified in the contract;

²⁷ Ova odredba glasi: "(k) enabling the seller or supplier to alter unilaterally without a valid reason any characteristics of the product or service to be provided;"

²⁸ Ova odredba glasi: "die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu aendern oder von ihr abzuweichen..."

²⁹ "(g) enabling the seller or supplier to terminate a contract of indeterminate duration without reasonable notice except where there are serious grounds for doing so;"

³⁰ "die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu loesen; dies gilt nicht fuer Dauerschuldverhaeltnisse"

³¹ "facoltà di recedere dal contratto"

pravo na odgodu ispunjenja. To su odredbe par. 10 t. 2. AGBG³² i čl. 1341. st. 2. CC³³.

Cijena je ne samo jedan od bitnih sastojaka ugovora o prodaji građanskog prava nego i jedan od glavnih motiva za sklapanje svakog, a osobito potrošačkog ugovora. I glede drugih elemenata, ali naročito glede cijene, očekuju se izvjesnost, određenost i - barem kratkoročna - nepromjenjivost. S druge strane, isporučitelj - poglavito ako je trgovac koji od trećeg dobavlja robu koju dalje prodaje - ponekad želi "ostaviti prostor" za naknadno određivanje ili promjenu cijene kako bi ostvario očekivanu zaradu ili je povećao.

Takve pokušaje trgovaca sankcionira više propisa, oglašavajući nevaljanim odredbe općih uvjeta koje bi dopuštale isporučitelju da u trenutku sklapanja ugovora cijenu ostavi nedovoljno određenom ili da pridrži pravo kasnijeg utvrđivanja ili promjene cijene. To su odredbe par. 11. t. 1. AGBG³⁴ i točke (l) Anexa Direktive.³⁵

Među pokušaje imatelja općih uvjeta da - na uštrb suugovaratelja - prošire svoja prava, treba uvrstiti i odredbe općih uvjeta koje za slučaj suugovarateljeva odustanka od ugovora, neispunjenja ili neurednog ispunjenja, predviđaju nastanak suugovarateljeve obveze koja je - u odnosu prema ugovoru - nerazmjerno velika ili teška. Zabranu unošenja takvih odredbi u opće uvjete sadrže AGBG u par. 10. t. 7. i Direktiva u t. (e) Anexa. Ova zabrana stilizirana je na različite načine, a upravo odredba Direktive - zbog svoje jednostavnosti - dobro ilustrira sadržaj zabrane. Prema njoj zabranjene su odredbe koje "od potrošača koji ne ispune svoju obvezu plaćanja zahtijevaju nerazmjerno visoku svotu naknade"³⁶.

Istu sudbinu u talijanskom pravu dijeli i odredba o pravu prodavatelja da odustane od ugovora u slučaju kupčeva propuštanja da plati cjelokupnu cijenu jedne od više ugovorenih isporuka, tj. i u slučaju da kupac samo djelomično ne ispuni obvezu plaćanja jedne od više isporuka³⁷.

Slično tome, sudska praksa u SAD razmotrila je odredbu općih uvjeta koja dopušta prodavatelju da - u slučaju kupčeva propusta da dostavi upute u svezi s otpremom robe - otkáže ugovor, isporuči robu ili na neodređeno vrijeme odgodi isporuku, te na neodređeno vrijeme odgodi obračunavanje štete. Prema stajalištu suda takva odredba ne ovlašćuje prodavatelja da neodređeno odgodi izračunavanje i

³² "eine Bestimmung, durch die sich der Verwender fuer die von ihm zu bewirkende Leistung ... eine unagemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehaelt"

³³ "facoltà di ... sospenderne l'esecuzione"

³⁴ "koja predviđa povećanje naknade za robu ili činidbe koje se moraju obaviti u roku od četiri mjeseca od sklapanja ugovora"

³⁵ "(l) providing for the price of goods to be determined at the time of delivery or allowing a seller of goods or supplier of services to increase their price without in both cases giving the consumer the corresponding right to cancel the contract if the final price is too high in relation to the price agreed when the contract was concluded;"

³⁶ Ova odredba izvorno glasi: "(e) requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation"

³⁷ Cass. Civ., sez. II, 13. srpnja 1991., n. 7805, prema Codice civile, s. 1371.

obračunavanje naknade štete koju je pretrpio³⁸.

2.3.2. *Odredbe kojima se isključuje ili ograničuje odgovornost imatelja općih uvjeta*

Odredbe propisa o ugovorima - i u općem dijelu i pri pojedinim imenovanim ugovorima - sadrže i naznake vrste i opsega odgovornosti ugovornih strana za slučajeve zakašnjenja i neispunjenja ugovornih obveza, te za materijalne i pravne nedostatke, ali uz naznaku kako se zakonom utvrđena odgovornost ugovorom može i drukčije urediti. Posve je razumljivo kako će ekonomski snažnije osobe - čiji su suugovaratelji ekonomski slabiji, pravno neuki i pod psihološkim i/ili gospodarskim pritiskom da sklope ugovor - biti sklone nastojati isključiti ili ograničiti svoju odgovornost.

Imajući u vidu takvu sklonost, ali i praksu, snažnih trgovačkih društava, svi proučeni propisi koji nabrajaju pojedine nevaljane odredbe općih uvjeta zabranjuju ograničenje odgovornosti imatelja općih uvjeta. Anex Direktive sadrži čak dvije odredbe, od kojih jedna oglašava nevaljanim ograničenja odgovornosti u slučaju smrti ili tjelesne povrede³⁹, a druga ograničenje odgovornosti za postupke zastupnika imatelja općih uvjeta⁴⁰. Još šire i općenitije od toga, CC jednostavno zabranjuje odredbe koje predviđaju ograničenja odgovornosti⁴¹, a suprotno tome AGBG zabranu ograničenja odgovornosti potanko razrađuje i strukturira u čak šest alineja čl. 11. t. 10.

U svezi sa (zabranjenim) odredbama o ograničenju odgovornosti postoji značajna sudska praksa austrijskih i talijanskih sudova, koja još detaljnije ukazuje na pojavne oblike zabranjenih ograničenja odgovornosti.

Iako AGBG - što je već spomenuto - sadrži samo opću klauzulu o zabranjenim odredbama, austrijska sudska praksa pokazala je kako su i u toj zemlji nevaljana ograničenja odgovornosti. U sudskoj praksi te zemlje istaknuto je kako su nevaljani ograničenje odgovornosti na svotu peterostruke cijene čišćenja pri ugovoru o čišćenju⁴² i isključenje odgovornosti za sadržaj vozila pri ugovoru o popravku motornog vozila⁴³.

U talijanskoj praksi nedopušteno je ograničenje odgovornosti prodavatelja automobila koje ograničava obvezu prodavatelja na zamjenu pokvarenih dijelova zbog potvrđenih nedostataka u materijalu, uz isključenje kupčeva prava na raskid

³⁸ *New Prague Fouring Mill Co. v. G. A. Spears*, 194 Iowa 417, 189 N.W. 815 (1922) i *Kansas Flour Mills Co. v. Dirks*, 100 Kan. 376, 164 P. 273 (1917), prema UCC, s. 73.

³⁹ "(a) excluding or limiting the legal liability of a seller or supplier in the event of the death of a consumer or personal injury to the latter resulting from an act or omission of that seller or supplier;"

⁴⁰ "(n) limiting the seller's or supplier's obligation to respect commitments undertaken by his agents or making his commitments subject to compliance with a particular formality;"

⁴¹ Čl. 1341. st. 2. CC "In ogni caso non hanno effetto... le condizioni che stabiliscono ... limitazioni di responsabilità..."

⁴² SZ 38/171, prema *ibid.*

⁴³ *Juristische Blaetter* 1974, 624, prema *ibid.*

ugovora⁴⁴, a zanimljiv je i općeniti stav kasacionog suda o nedopuštenosti ograničenja odgovornosti u odnosu na odgovornost predviđenu odredbom čl. 1490. Codice civile⁴⁵, dakle u odnosu na cjelokupni zakonom predviđeni opseg odgovornosti.

2.3.3. *Odredbe kojima se ograničuju prava suugovaratelja*

Već iz dosadašnjeg prikaza moglo se uočiti kako odredbe o nevaljanosti pojedinih uglavaka općih uvjeta imaju u vidu prvenstveno onaj ugovor koji se u stvarnom životu pojavljuje najčešće, tj. kupoprodajni ugovor. Ova okolnost posebno je uočljiva pri prikazu (nevaljanih) odredbi kojima se ograničuju prava suugovaratelja imatelja općih uvjeta u odnosu na njihove vrste i opseg predviđen zakonom.

Prava se mogu ograničiti u više pravaca i modaliteta, a u proučenim propisima stavljeni su naglasci na različite aspekte ograničenja odgovornosti. Najiscrpnija je Direktiva, koja se bavi s tri različita ograničenja. Ona prvo zabranjuje neprimjereno isključenje ili ograničenje prava potrošača u slučaju prodavateljeva potpunog ili djelomičnog neispunjenja, uključujući i ugovaranje zabrane prijeboja⁴⁶. Zatim zabranjuje isključivanje ili sprečavanje prava potrošača na poduzimanje pravnih radnji odnosno zahtijevanje naknade⁴⁷, te na koncu i obvezivanje potrošača da ispuni sve svoje obveze iako prodavatelj nije ispunio svoje⁴⁸.

Možda preciznije i jednostavnije od Direktive, odredba par. 11. t. 8. njemačkog AGBG zabranjuje odredbe kojima bi se u slučaju zakašnjenja ili neispunjenja od strane imatelja općih uvjeta ograničavalo ili isključivalo pravo njegova suugovaratelja na raskid ugovora i naknadu štete. Slično tome u austrijskoj je sudskoj praksi proglašena zabranjenom odredba kojom se suugovaratelj odriče od prava na zamjenu i smanjenje cijene⁴⁹.

Prava suugovaratelja mogu se ograničiti i na druge načine, a kao ilustracija toga može se uzeti jedan slučaj iz talijanske sudske prakse. U tom slučaju opći uvjeti sadržavali su obvezu imatelja prodavaonice da se suzdrži od držanja u

⁴⁴ Cass. Civ., sez. II, od 23. ožujka 1993., n. 3418., prema Codice civile, s. 1370.

⁴⁵ Cass. Civ., sez. II, od 23. prosinca 1993., n. 843, prema Codice civile, s. 1370.

⁴⁶ (b) inappropriately excluding or limiting the legal rights of the consumer vis-à-vis the seller or supplier or another party in the event of total or partial non-performance or inadequate performance by the seller or supplier of any of the contractual obligations, including the option of offsetting a debt owed to the seller or supplier against any claim which the consumer may have against him;

⁴⁷ (q) excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions, unduly restricting the evidence available to him or imposing on him a burden of proof which, according to the applicable law, should lie with another party to the contract.

⁴⁸ (o) obliging the consumer to fulfil all his obligations where the seller or supplier does not perform his;

⁴⁹ Odluka u Juristische Blätter 1961, 635, prema Rummel, ABGB-Kommentar, s. 1056.

prodavaonici sladoleda svih drugih osoba osim njegova suugovaratelja koji ga opskrbljuje sladoledom i koji mu je - uz to - stavio na raspolaganje rashladni ormar za držanje sladoleda⁵⁰. Drugi primjer istog ograničenja je odredba o najnižoj cijeni po kojoj će sadašnji kupac dalje prodati robu koju sad kupuje⁵¹. I jedna i druga odredba su zabranjene.

Ograničenje prava suugovaratelja svakako bi predstavljalo i određivanje neprimjereno kratkih rokova za obavještanje prodavatelja o nedostacima robe. Odredba o takvom određivanju roka za obavijest o skrivenim nedostacima u sudskoj praksi SAD uzeta je kao neprimjenjiva, s obzirom na okolnost što su se nedostaci mogli uočiti samo mikroskopskom analizom⁵².

2.3.4. Odredbe u svezi s trajanjem i produženjem ugovora

Trgovcima je često u interesu što duže trajanje zasnovanih ugovornih odnosa, jer tako kontinuiranije i lakše ostvaruju dobitak, pa opći uvjeti katkad sadrže odredbe upravljene na maksimalno moguće produženje postojanja ugovornih prava i obveza. Takvim odredbama suprotstavljaju se Codice civile, AGBG i Direktiva.

Codice civile jednostavno i jasno oglašava nevaljanom odredbu o prešutnom produženju ili obnovi ugovora⁵³, što je potvrdila i talijanska sudska praksa riječima: "Ni odredba o prešutnom produženju odnosno obnovi ugovora, u slučaju propuštanja da se izjavi otkaz tog ugovora, nema pravni učinak ako nije posebno odobrena u pisanom obliku"⁵⁴. Slično tome Direktiva zabranjuje odredbe o automatskom produženju ugovora koji ima fiksno trajanje⁵⁵, dok AGBG ponovno sadrži potanko razrađenu odredbu koja ovo pitanje uređuje znatno preciznije⁵⁶.

2.3.5. Odredbe u svezi sa subjektivnim promjenama

Subjektivne promjene su promjene ugovornih strana. Iako na prvi pogled može izgledati nevažnim pitanje osobnosti ugovornih strana, često se jedan suugovaratelj odlučuje za sklapanje ugovora upravo s obzirom na osobna svojstva drugog suugovaratelja, odnosno ne želi sklopiti ugovor s drugim s obzirom na njegova svojstva, bilo objektivna ili subjektivna. U tom kontekstu ugovaranje mogućnosti promjene ugovorne strane ili dopustivosti cesije ne odgovara očekivanju jedne

⁵⁰ Odluka Cass. Civ., sez. I, od 29. ožujka 1977., n. 1214 u Rep. 1978, 379, prema Codice civile s. 1371.

⁵¹ Odluka Cass. Civ., sez. II, od 23. ožujka 1994., n. 5024., prema Codice civile, s. 1371.

⁵² Kansas City Wholesale Grocery Co. v. Weber Packing Corporation, 93 Utah 414, 73 P.2d 1272 (1937), prema UCC, s. 72.

⁵³ Čl. 1341. st. 2. "tacita proroga o rinnovazione del contratto.."

⁵⁴ Odluka Cass. Civ., sez. I, od 16. lipnja 1976., n. 1166, u Rep. 1977, 1815, prema Codice civile, s. 1371.

⁵⁵ (h) automatically extending a contract of fixed duration where the consumer does not indicate otherwise, when the deadline fixed for the consumer to express this desire not to extend the contract is unreasonably early;

⁵⁶ AGBG čl. 11. t. 12.

ugovorne strane. Imajući upravo to u vidu svi promatrani propisi uredili su pitanje valjanosti odredbi općih uvjeta u svezi sa subjektivnim promjenama u sklopljenom ugovoru.

Odredba točke (p) Anexa Direktive zabranjuje samo trgovcu cediranje potraživanja i prijenos obveza trećoj osobi⁵⁷, a AGBG u odredbi par. 11. t. 13. - pod tamo određenim uvjetima i uz tamo određene iznimke - zabranjuje odredbu o pravu imatelja općih uvjeta da trećemu ustupi ugovor, dakle i prava i obveze.

2.3.6. Ostale odredbe

Analizirani propisi sadrže naznake i daljnjih zabranjenih odredbi općih uvjeta, no te su odredbe toliko raznovrsne da bi ih bilo teško uvrstiti u jednu koherentnu skupinu.

Među ove zabranjene odredbe treba uvrstiti odredbe koje se tiču derogiranja nadležnosti (domaćeg) suda⁵⁸ i odredbe o mjerodavnom pravu za ugovor čiji dio čine i opći uvjeti. Je li nemoguće očekivati da, primjerice, multinacionalna kompanija u svoje opće uvjete ugovora - koje primjenjuju njene podružnice i društva kćeri, ma u kojoj se državi nalazile - uvrsti odredbu o mjerodavnosti prava koje vrijedi u izvornom sjedištu te multinacionalne kompanije, pa da se na ugovor sklopljen u Hrvatskoj i koji se ima ispuniti u Hrvatskoj primjenjuje pravo, primjerice, države Delaware?

Na zaključak o takvoj mogućnosti posredno upućuje odredba par. 10. t. 8. AGBG koja podvrgavanje ugovora primjeni stranog prava oglašava nevaljanim u svim slučajevima kad za to ne postoji vrijedan interes koji se može priznati⁵⁹.

2.4. Posljedice nevaljanosti

Posljedice ugovaranja zabranjene klauzule u austrijskom pravu proizlaze iz koncepta odredbe par. 864a. ABGB, prema kojoj se takve klauzule neće smatrati sastavnim dijelom ugovora ako su na štetu suugovaratelja koji - s obzirom na okolnosti, a poglavito pojavni oblik ugovora - s njima nije trebao računati. Iz toga proistječe stajalište kako se takve odredbe uzimaju kao da nisu ugovorene jer o njima ne postoji suglasnost stranaka⁶⁰. Dosljedno stajalištu kako zabranjene klauzule nisu ugovorene, jest i stajalište kako je ugovor u cijelosti, tj. bez ove klauzule ili ovih klauzula koje nisu ugovorene, valjan⁶¹.

Sličan zaključak o pravnom položaju ugovorenih zabranjenih klauzula mogao bi se izvesti i za stajalište talijanskog prava jer - prema odredbi čl. 1341. st. 2.

⁵⁷ (p) giving the seller or supplier the possibility of transferring his rights and obligations under the contract, where this may serve to reduce the guarantees for the consumer, without the latter's agreement;

⁵⁸ CC, čl. 1341., zadnje dvije alineje.

⁵⁹ "die Vereinbarung der Geltung auslaendischen Rechts ... in denen hierfuer kein anerkennenswertes Interesse besteht"

⁶⁰ Rummel, Peter: Kommentar zum ABGB, 1990., 1. dio, s. 1057.

⁶¹ Odluka austrijskog Vrhovnog suda u SZ 56/62 prema ibid.

Codice Civile - zabranjene klauzule nemaju učinak, osim ako su posebno potvrđene u pisanom obliku⁶². To bi također moglo značiti kako se one niti oglašavaju ništavim ni pobjojnim, nego se jednostavno uzimaju kao da ne predstavljaju sastavni dio sklopljenog ugovora. Također dosljedno tome, izostanak učinka zabranjenih klauzula ne bi dirao valjanost ugovora u cjelini.

S obzirom na još iscrpnije uređenje no što ga pruža talijanski Codice civile, odredbama njemačkog AGBG⁶³ potrebno je posvetiti posebnu pozornost. Prema tom Zakonu u određenim slučajevima odredbe općih uvjeta poslovanja mogu ne predstavljati sastavni dio ugovora⁶⁴ ili mogu ne proizvoditi učinke⁶⁵.

Iako opći uvjeti poslovanja u pravilu čine sastavni dio ugovora, one odredbe općih uvjeta koje su prema okolnostima - a posebno u odnosu na ugovor u cjelini - tako neobične, da suogovaratelj nije trebao računati na njihovo postojanje, neće se smatrati sastavnim dijelom ugovora⁶⁶. Konceptija - ali i tekst - ove odredbe gotovo su istovjetni konceptiji i tekstu par. 864a. austrijskog ABGB, tako da se ovdje na njemačko pravo može, *mutatis mutandis*, primijeniti ono što je već rečeno za austrijsko.

Odredbe općih uvjeta koje neće proizvoditi učinak uređene su par. 9. - 11. AGBG. Prvo su u par. 9. generalnom klauzulom definirane sve takve odredbe, zatim su u par. 10. primjerice pobrojane one odredbe koje se naročito smatraju takvima, uz napomenu kako o tome hoće li one proizvoditi učinke ili ne, odlučuje sud. Na koncu su u par. 11. taksativno pobrojane apsolutno nedjelotvorne odredbe, o čijoj valjanosti ni sud ne treba odlučivati, nego koje nikad ne proizvode učinak.

UCC - već i s obzirom na jednostavnu stilizaciju odredbe par. 2-302 - ne upušta se u diversifikaciju posljedica unošenja nesavjesnih odredbi u ugovor ni u pitanje jesu li one ništave ili pobjojne, nego jednostavno kaže kako sud može odbiti primjenu takvih ugovora ili samo ugovornih odredbi uz zadržavanje ostatka ugovora na snazi ili ograničiti primjenu nesavjesnih odredbi tako da se izbjegne nesavjesni rezultat⁶⁷.

Direktiva - s obzirom na svoj pravni karakter - ne navodi točnu naznaku posljedica unošenja zabranjene klauzule u opće uvjete, nego određivanje točnih

⁶² Relevantni dio odredbe izvorno glasi: "In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto..."

⁶³ V. bilješku 20.

⁶⁴ Par. 3.

⁶⁵ Par. 9. - 11.

⁶⁶ Par. 3. AGBG izvorno glasi: "Bestimmungen in Allgemeinen Geschaeftsbedingungen, die nach den Umastaenden, insbesondere nach dem aeusseren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewoenlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nich zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil."

⁶⁷ S obzirom na složenost prevođenja engleske pravne terminologije, odgovarajući dio odredbe navodimo u izvorniku: "... the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result."

posljedica ostavlja nacionalnim pravima. To stajalište ona izriče formulacijom kako te klauzule neće obvezivati potrošača, "sukladno odgovarajućim odredbama nacionalnog prava".⁶⁸

3. Opći uvjeti u hrvatskom pravu

3.1. Uvod (Položaj i pretpostavke primjene)

Kao uvod u pitanja valjanosti općih uvjeta u hrvatskom pravu prikazat će se njihov položaj i pretpostavke primjene.

Opći uvjeti ugovora u hrvatskom pravu izrijekom su uređeni odredbama čl. 142. - 144. ZOO, koje uređuju njihov položaj u odnosu na sadržaj ugovora, njihovu primjenu i njihovu nevaljanost. Uz to, umjesno je primijetiti kako se na opće uvjete poslovanja može odnositi i primijeniti također i odredba čl. 100. ZOO o tumačenju ugovora koji je unaprijed pripremila jedna ugovorna strana. Onda kad ugovorna strana ugovora o prodaji ima monopolistički položaj, na njene ugovore - pa tako i opće uvjete poslovanja koji čine njihov sastavni dio - primijenit će se i odredba čl. 486. st. 2. ZOO o ništavosti ugovorne odredbe o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke, nametnute posebnim monopolističkim položajem prodavatelja.

Polje primjene odredbi čl. 142. - 144. ZOO određeno je dovoljno i široko da obuhvati sve one slučajeve u kojima je jedna ugovorna strana unaprijed pripremila odgovarajući dio ugovornih odredbi koje koristi u svim istovrsnim slučajevima. Te odredbe odnose se na opće uvjete "koje odredi jedan ugovaratelj, bilo da su sadržani u formalnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva"⁶⁹, što znači da je obuhvaćeno sve ono što se u doktrini uvršćuje u pojam formularnog prava, tj. opći uvjeti poslovanja, tipski ugovori i adhezijski ugovori⁷⁰. Istodobno, obuhvaćeni su i ugovori trgovačkog i građanskog prava, uključujući i potrošačke ugovore.

Položaj općih uvjeta uređuju dvije odredbe. Prvo, odredba čl. 142. st. 1. izriče stajalište kako opći uvjeti "dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovarateljima u istom ugovoru i u pravilu obvezuju kao i ove" (posebne pogodbe), a zatim u st. 4. istog članka naglašava prvenstvo onoga što su strane posebno ugovorile govoreći kako "u slučaju neslaganja općih uvjeta i posebnih pogodbi, važe ove posljednje". Iako ni temeljno pravilo o tome da su opći uvjeti sastavni dio ugovora, ni dopunsko o prvenstvu posebno ugovorenog⁷¹, nisu prijeporni, život je doveo do potrebe potvrđivanja tih pravila u sudskoj praksi. Prvo pravilo potvrđeno je u odlukama PSH br. Pž-1844/91 od 10. ožujka 1992.⁷² i br. Pž. 2222/92 od 27.

⁶⁸ "as provided for under national law"

⁶⁹ Čl. 142. st. 1. ZOO.

⁷⁰ Za pojam formularnog prava usp. Gorenc, Vilim: *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., str. 192. i dalje.

⁷¹ Istovjetno pravilo sadrži i odredba par. 4. Njem. AGBG.

⁷² *Praxis Iuridica Mercatoria* br. 1, odluka br. 22. Čini se da je u tom slučaju tuženik osporio

travnja 1993⁷³.

No, temeljna pretpostavka da bi opći uvjeti uopće činili sastavni dio ugovora, određena je u st. 3. čl. 142. ZOO. Prema toj odredbi, "oni obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u času sklapanja ugovora".

Možda bi izostavljanje riječi "ugovornu stranu" bilo sretnije rješenje jer bi onda bilo posve neprijeporno kako opći uvjeti čine sastavni dio ugovora - tj. obvezuju obje ugovorne strane - samo onda ako je suugovaratelj osobe, koja sklapa ugovore prema svojim općim uvjetima, znao ili morao znati sadržaj općih uvjeta u trenutku sklapanja ugovora. Naime, postojeći tekst i njegovo doslovno jezično tumačenje mogli bi navesti na zaključak kako opći uvjeti za koje suugovaratelj nije znao niti je morao znati ne obvezuju njega, ali obvezuju njegova suugovaratelja, tj. osobu koja sklapa ugovore prema svojim općim uvjetima. To bi značilo da - i bez znanja suugovaratelja - vrijede i čine sastavni dio ugovora samo one - eventualno postojeće - odredbe općih uvjeta kojima se - u odnosu na zakonski opis ugovornih obveza - na teret osobe koja posluje prema općim uvjetima unose nove obveze ili postojeće obveze čine strožim, odnosno smanjuju njena prava. Takvom tumačenju ne bismo se mogli prikloniti zato što bi ono u praksi izazvalo značajne poteškoće pri utvrđivanju sadržaja ugovora te zato što ni propisi usporedno prikazanih pravnih poredaka ne upućuju na takvo tumačenje. Naime, st. 3. čl. 142. ZOO sadržajno istovjetne ili vrlo slične odredbe sadrže talijanski CC i njemački AGBG, ali dikcija ni jedne niti druge ne otvara ovdje istaknutu dvojbu, nego obje govore o tome kako je stvarno ili predmnijevano znanje suugovaratelja potrebno da bi opći uvjeti - kao cjelina, *en general* - predstavljali sastavni dio ugovora⁷⁴.

Za inkorporiranje općih uvjeta u ugovor nije nužno znanje suugovaratelja, nego je dostatno da je on za sadržaj općih uvjeta morao znati s obzirom na pozornost koja se od njega zahtijeva. To znači da suugovarateljevo propuštanje dužne pozornosti pri sklapanju ugovora dovodi do primjene općih uvjeta. Ako se radi o suugovaratelju na kojeg se primjenjuju pravila građanskog prava, onda će primjenu općih uvjeta izazvati njegovo propuštanje da postupa s pozornošću dobrog domaćina, a ako se radi o suugovaratelju na kojeg se primjenjuju pravila trgovačkog

primjenu tužiteljevih općih poslovanja jer objavljeni dio odluke ističe kako "opći uvjeti obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u času sklapanja ugovora" te kako "nije sporno da su opći uvjeti prodaje tuženiku bili poznati". Iz toga proizlazi primjena općih uvjeta kao sastavnog dijela ugovora.

⁷³ Praxis Iuridica Mercatoria br. 1, odluka br. 23.: "opći uvjeti poslovanja predstavljaju sadržaj ugovora, te kako su tuženiku ugovornoj strani bili poznati u času sklapanja ugovora to čine dio ugovora o prodaji i obvezuju ugovorne stranke kao i odredbe samog ugovora o prodaji"... "nije u pravu tuženik kada smatra da njega tužitelji opći uvjeti ugovora, koji su mu bili dostavljeni prije potpisivanja ugovora, ne obvezuju".

⁷⁴ Odredba čl. 1341 CC izvorno glasi: "Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza", a bitni dio uvodne rečenice par. 2 AGBG glasi: "Allgemeine Geschaefstbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrages..."

prava, isti učinak će izazvati njegovo propuštanje da postupa s pozornošću dobrog privrednika odnosno dobrog stručnjaka. Mišljenja smo kako pozornost dobrog privrednika, primjerice, obuhvaća dužnost trgovca da ispita ima li njegov suugovaratelj opće uvjete uvijek onda kad sklapa ugovore s osobama koje često ili redovito sklapaju ugovore prema svojim općim uvjetima, kao što su špediteri, banke, osiguravajuća društva.

U vezi je s pitanjem znanja odnosno predmnijevanog znanja za postojanje i sadržaj općih uvjeta, i pitanje njihove objave.

Odredba st. 2. čl. 142 ZOO nalaže objavu općih uvjeta na uobičajeni način⁷⁵. Pri njenom tumačenju ne mogu se koristiti iskustva prikazanih pravnih poredaka, jer njihovi propisi ne sadrže takvu odredbu. Temeljna pitanja ovdje su pitanje značenja izraza “na uobičajeni način” i pitanje je li objava uvjet valjanosti općih uvjeta.

Prvo što, glede objave “na uobičajeni način”, moramo uočiti jest životna činjenica kako opće uvjete nitko ne objavljuje, pa uobičajeni način objave uopće ne postoji. Nadalje, opći uvjeti često su otisnuti u slogu ili na poledini formularnog ugovora, a tada njihova objava ne bi imala nikakvu svrhu. Zbog toga, a također i zbog unikatnosti ove odredbe u komparativno pravnom kontekstu, smatramo kako se valjanost primjene općih uvjeta kao sastavnog dijela ugovora nikako ne bi smjela vezati uz objavu općih uvjeta. U prilog tom stajalištu treba iznijeti i to što je zahtjev za stvarnim ili predmnijevanim znanjem za postojanje i sadržaj općih uvjeta uvjet njihove primjene. Bilo bi, naime, neprihvatljivo zauzeti stajalište kako opći uvjeti nisu valjani zato što nisu objavljeni onda kad je suugovaratelj za njih znao ili morao znati, a pogotovu onda kad - primjerice - tekst ugovora izrijeком upućuje na opće uvjete ili su oni na poledini obrasca ugovora koji na njih upućuje. Ne vidimo razloga zašto bi i u takvim slučajevima valjanost općih uvjeta zavisila o njihovoj objavi.

3.2. Razlozi i posljedice nevaljanosti općih uvjeta prema Zakonu o obveznim odnosima

Nevaljanost odredbi općih uvjeta u ZOO određena je općom klauzulom i šturim primjeričnim nabranjem uz istodobno stupnjevanje nevaljanosti odnosno težine nevaljanosti.

Opća klauzula o nevaljanosti u hrvatskom je pravu sadržana u odredbi čl. 143. st. 1. i 2. ZOO, prema kojoj će nevaljane biti “odredbe općih uvjeta koje su protivne samoj svrsi ugovora ili dobrim poslovnim običajima”, a također i one “koje su inače nepravične ili pretjerano stroge prema njoj (drugoј strani - op. a.)”. Uz drugocitiranu opću klauzulu nabrojani su i neki modaliteti nepravičnosti ili pretjerane strogosti, tj. primjerični popis takvih odredbi. To su one koje “lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ... na temelju kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove ...”

⁷⁵ Ova odredba glasi: “Opći uvjeti ugovora moraju se objaviti na uobičajeni način”.

No značajka ove dvije odredbe je i ta što razlozi nevaljanosti navedeni u općoj klauzuli st. 1. s jedne strane, i oni navedeni u st. 2. s druge strane, nisu jednake "težine". U prvom slučaju, kad se radi o odredbi protivnoj svrsi ugovora ili dobrim poslovnim običajima, nevaljanost će značiti ništavost, a u drugom slučaju odredbe neće biti ništave nego će sud biti ovlašten odbiti njihovu primjenu.

Ništavost odredbi općih uvjeta zbog protivnosti dobrim poslovnim običajima, može se uzeti kao sankcija neispunjenja obveze postupanja u skladu s tim običajima, koja je utvrđena odredbom čl. 21. st. 1. ZOO. S tim u svezi treba napomenuti kako se ovdje ne radi o nekodificiranim ili kodificiranim poslovnim običajima (uzancama) nego o poslovnom moralu⁷⁶. Ali, ako se pojam dobrih poslovnih običaja poistovjeti s moralom, time se ne doprinosi razjašnjenju ovog razloga ništavosti odredbi općih uvjeta zbog toga što je protivnost moralu i općeniti razlog ništavosti svakog ugovora odnosno ugovorne odredbe⁷⁷. Drugim riječima, dakle, uvrštenjem protivnosti dobrim poslovnim običajima u razloge ništavosti općih uvjeta zakonodavatelj je samo nepotrebno ponovio kako je protivnost moralu razlog ništavosti ne samo svakog ugovora nego i općih uvjeta.

Ništa lakše nije ni tumačenje drugog razloga ništavosti općih uvjeta, a to je protivnost svrsi ugovora. U pogledu ovog razloga u literaturi se navodi kako "se svrha mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju"⁷⁸ i posredno se upućuje na pravila o tumačenju ugovora prema kojima sporne odredbe ugovora treba razumjeti onako kako to odgovara zajedničkoj namjeri ugovaratelja i načelima obveznog prava, a ne doslovno⁷⁹.

Iako je ovo stajalište prihvatljivo, za praktični život ne možemo uzeti dostatnim ovako široko definirani razlog ništavosti odredbi općih uvjeta zbog toga što istraživanje zajedničke namjere suugovaratelja i tumačenje ugovora sukladno načelima obveznog prava (1) predstavlja iznimno složen, težak i dugotrajan postupak, a ujedno (2) tim postupkom nije uvijek moguće postići potrebnu ravnotežu prava i obveza ugovornih strana.

U svezi s odredbom čl. 143. st. 1. ZOO zanimljivo i dragocjeno je promotriti odluku VSRH Rev 585/1992 od 23. rujna 1992.⁸⁰ Iz objavljenog dijela odluke može se zaključiti kako je u spornom slučaju tužitelj bio uplatitelj dobitnog listića lutrije, te kako taj listić nije prispio u trezor drugotuženog priređivača zbog postupka prvotuženog HPT. Nadalje se daje zaključiti kako je drugotuženi priređivač odbio tužitelju isplatiti dobitak pozivom na svoje opće uvjete poslovanja, prema kojima bi igrač gubio pravo na ostvarenje dobitka ako njegov listić pravodobno ne stigne u trezor priređivača. Vrhovni sud Hrvatske - pozivom na odredbu čl. 143. ZOO - zauzeo je stajalište kako su "takve odredbe pravila - općih uvjeta - ništave... i ne

⁷⁶ Usp. Gorenc, Vilim: ZOO s komentarom, Zagreb, 1998., s. 25.

⁷⁷ Čl. 103. st. 1. ZOO.

⁷⁸ Gorenc, o.c., s. 196.

⁷⁹ Čl. 99. st. 2. ZOO.

⁸⁰ Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske 4/94, odluka br. 25.

primjenjuju se u ovom slučaju budući da bi njihovom primjenom tužitelj izgubio svoje pravo iz ugovora...” Dosljedno tome “tužitelj... ima pravo tražiti... ispunjenje obveze - isplatu dobitka, s tim da takva obveza postoji bez obzira na to propustom koje je osobe, u nizu osoba zaduženih za primanje, transport i dostavljanje listića, došlo do nepredaje ili zakašnjenja u pravovremenom prikupljanju listića u trezor...”

Ovu odluku VSH autor bi u cijelosti podržao jer smatra kako bi prihvaćanje valjanosti odredbe općih uvjeta, kojim jedna ugovorna strana od sebe otklanja odgovornost za postupke svojih zaposlenika ili drugih osoba kojima je ona samostalno povjerila neki posao, bilo bitno protivno načelu savjesnosti i poštenja, a također i moralu.

Ništavost odredbi protivnih svrsi ugovora ili dobrim poslovnim običajima znači kako te odredbe nikad nisu proizvodile pravni učinak, odnosno prava i obveze. Ta ništavost u ovom je slučaju djelomična utoliko što će ništave biti samo ove odredbe, a ne i ugovor u cijelosti, ali pod uvjetom da ugovor može opstati bez tih odredbi^{81,82}. Razumije se kako od sudova valja očekivati da na takve odredbe paze po službenoj dužnosti, kao što su po službenoj dužnosti i općenito dužni paziti na ništavost ugovora iz općih razloga ništavosti.

U prilog tezi kako se ništavost nikako ne može protezati na ugovor u cjelini, može se istaknuti više argumenata. Prvi je svakako okolnost što specijalna odredba čl. 143. st. 1. govori o ništavosti odredbi, a ne i ugovora u cjelini. Drugi proizlazi iz pravila o tumačenju nejasnih odredbi ugovora *in favorem* suugovaratelja osobe koja je unaprijed pripremila tekst ugovora⁸³, a održavanje ugovora na snazi je upravo *in favorem* suugovaratelja. Treći proizlazi iz već citirane odredbe čl. 105. st. 2. ZOO, prema kojoj ugovor neće u cijelosti biti ništav - iako je ništava odredba bila bitan uvjet ili odlučujuća pobuda - ako je svrha odredbe o ništavosti upravo oslobođenje ugovora od ništave odredbe. Prema mišljenju autora nikako se ne bi moglo tvrditi kako je svrha odredbe o ništavosti pojedinih odredbi općih uvjeta oglašavanje čitavog ugovora ništavim, nego bi se radilo upravo o tome da se ugovor oslobodi ništave odredbe.

⁸¹ Čl. 105. ZOO glasi: “Ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen. Ali će ugovor ostati na snazi čak i ako je ništava odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje”.

⁸² Ovo načelo *in favorem* valjanosti ugovora u cjelini, tj. ograničavanje ništavosti samo na odgovarajuću odredbu ili odredbe ugovora, pod uvjetom da ugovor može opstati i bez ništave odredbe, sadrži i Direktiva u čl. 6. st. 1. (Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms.) i njemački AGBG u par. 6. st. 1 “Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im uebrigen wirksam”.

⁸³ Čl. 100. ZOO.

Dok je odredba o ništavosti u ovome dijelu jasna, odredba o odbijanju primjene nepravičnih ili pretjerano strogih odredbi ostavlja najmanje jedno otvoreno pitanje.

To je pitanje pravnog karaktera i posrednog pravnog temelja odbijanja primjene⁸⁴. Nije jasno izviru li razlozi zbog kojih sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi općih uvjeta iz povrede načela ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu⁸⁵, povrede načela savjesnosti i poštenja⁸⁶, povrede zabrane zlouporabe prava⁸⁷ ili iz kojega drugog načela ili prisilnog propisa ZOO. Smatrali bismo poželjnim pobliže naznačivanje sukladno postojećim pravnim ustanovama hrvatskog prava - npr. određivanjem kako su relativno zabranjene odredbe pobojne - ili sukladno rješenjima poredbenog prava - npr. određivanjem kako se relativno zabranjene odredbe ne smatraju ugovorenim, kao što je to u austrijskom, talijanskom pravu i - djelomično - njemačkom pravu.

Ipak, dobro je što su uz opću klauzulu o nepravičnosti ili pretjeranoj strogosti navedeni i primjeri koji mogu uputiti na pravac u kojem je zakonodavatelj želio uputiti onoga tko primjenjuje ovu normu. Spominjanje odredbi koje oduzimaju suugovaratelju pravo stavljanja prigovora, na temelju kojih on gubi prava iz ugovora i onih prema kojima on gubi rokove, upućuje upravo na situacije u kojima je ugrožena ravnoteža stranaka u njihovim pravima i obvezama, kao na situacije u kojima sud treba odbiti primjenu odgovarajućih odredbi općih uvjeta.

3.3. Značenje odobrenja nadležnog organa

Prema posljednjem dijelu st. 1. čl. 143. odredbe općih uvjeta koje su protivne svrsi samog ugovora ili dobrim poslovnim običajima bit će ništave čak i u onom slučaju kad su opći uvjeti odobreni od strane nadležnog organa. Uporabljeni izraz "nadležni organ" upućuje na organ uprave, a odobrenjem općih uvjeta od strane takvog organa oni ne mogu steći svojstvo propisa⁸⁸ nego i dalje podliježu sudskoj kontroli koja treba samostalno utvrditi jesu li odredbe općih uvjeta valjane ili ništave. Prema tome, jasno je kako će o valjanosti općih uvjeta sud odlučivati i onda kad je te opće uvjete odobrio nadležni organ.

No, posebno je zanimljivo pitanje pravnog karaktera i primjene Općih uvjeta za isporuku električne energije⁸⁹, koje je donijela Vlada Republike Hrvatske i Pravilnika o općim uvjetima za obavljanje telekomunikacijskih usluga⁹⁰, koji je donio Ministar prometa i veza. Zajedničko obim aktima jest to što se ne radi o odobrenju općih uvjeta nego o njihovu donošenju na temelju izričitih zakonskih

⁸⁴ Neposredni pravni temelj je odredba čl. 143. st. 2., ZOO.

⁸⁵ Čl. 11. ZOO.

⁸⁶ Čl. 12. ZOO.

⁸⁷ Čl. 13. ZOO.

⁸⁸ Gorenc, Vilim: ZOO s komentarom, Zagreb, 1998., s. 196.

⁸⁹ NN 8/91.

⁹⁰ NN 84/95.

ovlasti⁹¹ i o interveniranju u sadržaj ugovornog odnosa.

S obzirom na donositelja i donošenje na temelju izričitog zakonskog ovlaštenja, radi se o aktima koji imaju karakter propisa odnosno podzakonskog akta. No s obzirom na sadržaj, riječ je o općim uvjetima ugovora. Nezavisno od pitanja radi li se ovdje o *de iure imperii* intervenciji u stranačku autonomiju ili o općim uvjetima koje je potrebno ugovoriti kao i svake druge opće uvjete, ne smije se zaboraviti ne samo već spomenuti dio odredbe čl. 143. st. 1. ZOO koji ima karakter *legis specialii*, predviđen upravo za ovakve slučajeve, nego i izričite odredbe Ustava RH⁹² i Zakona o sudovima⁹³. Prema tim odredbama sudovi sude na temelju Ustava i zakona. Iako, prema odredbi čl. 5. st. 2. Zakona o sudovima "sudovi primjenjuju i druge propise koji su donijeti sukladno Ustavu, međunarodnom ugovoru ili zakonu Republike Hrvatske". Ipak - u slučaju kad smatraju da bi ti propisi bili protivni zakonu - sudovi te propise nisu dužni primijeniti. To proizlazi iz vrlo jasne odredbe čl. 24., posljednja rečenica, Zakona o sudovima, koja glasi: "Ako sud u postupku nađe da drugi propis, koji bi trebalo primijeniti u postupku, nije suglasan Ustavu ili zakonu taj propis neće primijeniti, i o tomu će izvijestiti Vrhovni sud Republike Hrvatske." Iz toga jasno proizlazi kako sudovi ne bi bili dužni primijeniti spomenute Opće uvjete koje je donijela Vlada ni Pravilnik Ministra prometa i veza, ali samo u onom slučaju ako bi bili protivni zakonu. Drugim riječima, sud bi - u hipotetičnom sporu potrošača s Hrvatskim telekomunikacijama ili Hrvatskom elektroprivredom - bio ovlašten ocjenjivati jesu li ti akti u skladu sa zakonom i - ako nisu - ne primijeniti ih i odlučivati samo na temelju zakona⁹⁴.

Svojstvo nadležnog organa, ali u vrlo širokom smislu te riječi, moglo bi se pridati i nekom gospodarskom organu⁹⁵, a u obzir bi mogla doći Hrvatska gospodarska komora ili kakve druge gospodarske udruge ili paraupravna tijela. Jedno takvo tijelo ima nadležnosti u svezi s općim uvjetima prema Zakonu o osiguranju. To je Direkcija za nadzor društava za osiguranje. Dosljedno prednjem stajalištu razumije se kako bi i u ovom slučaju sud bio ovlašten ispitivati i utvrđivati ništavost općih uvjeta.

Odredba o pravu suda da utvrđuje ništavost i onih općih uvjeta koji su odobreni nalazi se u st. 1. čl. 143., a odredba o ovlasti odbijanja primjene u st. 2. istog članka i u njoj se ne napominje kako ta ovlast postoji i onda kad su opći uvjeti

⁹¹ Članak 23. Zakona o elektroprivredi, odnosno čl. 16. st. 3. Zakona o telekomunikacijama.

⁹² Čl. 115. st. 3. Ustava RH.

⁹³ Čl. 5. st. 1. i 2. i čl. 24. Zakona o sudovima (NN 3/94, 100/96, 131/97, 129/2000).

⁹⁴ Iako bi se ovom stajalištu moglo prigovoriti pozivom na čl. 27. st. 2. ZOO - prema kojem "odredbe propisa kojima se, djelomično ili u cijelosti, određuje sadržaj ugovora sastavni su dijelovi tih ugovora te ih upotpunjuju ili stupaju na mjesto ugovornih odredbi koje nisu u skladu s njima" - takav prigovor ne bismo mogli uvažiti zato što je izraz "propisi" generički pojam koji obuhvaća i zakone i podzakonske akte, te zato što je odredba čl. 24. Zakona o sudovima *lex specialis* za pitanje primjene pojedinih vrsta propisa od strane sudova, u kojoj su točno i diferencirano s obzirom na vrstu propisa, opisani postupci suda, odnosno istaknuta ovlast suda da ne primijeni podzakonski akt koji smatra suprotnim zakonu.

⁹⁵ Njega spominje i Gorenc, ZOO, s. 196.

odobreni. Stoga je potrebno naglasiti kako ovlast suda da odbije primjenu pojedinih odredbi treba postojati i onda kad su opći uvjeti odobreni, jednako kao što je ovlašten utvrđivati ništavost odobrenih općih uvjeta. Ovo stajalište zauzimamo zato što postojanje ovlasti da se izrekne teža sankcija (utvrdi ništavost) treba podrazumijevati i postojanje ovlasti da se pod istim uvjetima izrekne i lakša sankcija (odbije primjena). Ako je zakon ovlastio sud da utvrdi ništavost tako odobrenih uvjeta, onda bi bilo logički proturječno i nedosljedno ovdje zauzeti suprotno stajalište. Ako je sud ovlašten utvrđivati nešto što je teže (ništavost), onda je ovlašten učiniti i ono što je blaže (odbiti primjenu).

Odobrenje, ili čak donošenje, općih uvjeta od strane upravnog tijela - dakle - ne može utjecati na odlučivanje suda o valjanosti ili nevaljanosti pojedinih odredbi općih uvjeta.

3.4. Posebni propisi

Među hrvatskim propisima identificirali smo dva propisa koja - pod određenim uvjetima - predviđaju pravnu obvezu sklapanja ugovora, s time što u jednome od ta dva slučaja postoji obveza sklapanja ugovora s osobom koja će redovito imati - barem faktični - monopolistički položaj, dok u drugom neće.

U prvom slučaju radi se o Zakonu o komunalnom gospodarstvu⁹⁶ i o pravnoj obvezi sklapanja ugovora o priključenju na komunalnu infrastrukturu. Obveza sklapanja tih ugovora odnosi se na sve vlasnike građevina i izrijekom je predviđena odredbom čl. 26. spomenutog Zakona⁹⁷. Radi se o obvezi sklapanja ugovora o priključenju na vodovodnu, kanalizacijsku, plinsku i toplinsku mrežu, predmnijevajući dakako da se one prostiru na odgovarajućem području⁹⁸. Na obvezu sklapanja ugovora o priključenju, *via facti* slijedi obveza sklapanja ugovora kojim vlasnik građevine stječe pravo iskorištavanja pojedinih objekata infrastrukture i obvezu plaćanja naknade za to. Stoga i ovdje postoji pravna obveza sklapanja ugovora za potrošača.

Obvezatno sklapanje ugovora, ali ne s osobom koja ima monopolistički položaj, predviđeno je Zakonom o osiguranju⁹⁹, a radi se o obvezatnom sklapanju ugovora o osiguranju vlasnika motornih vozila, zrakoplova i brodica na motorni pogon od odgovornosti za štete počinjene trećim osobama¹⁰⁰.

⁹⁶ NN 36/95.

⁹⁷ Članak 26. u cijelosti glasi: "(1) Vlasnik građevine dužan je priključiti svoju građevinu na komunalnu infrastrukturu pod uvjetima propisanim odlukom predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave. (2) Vlasnik građevinskog zemljišta plaća troškove priključivanja građevinskog zemljišta na objekte i uređaje komunalne infrastrukture neposredno nositelju izvedbe priključka."

⁹⁸ Zaključak o tome što se uvršćuje u pojam komunalne infrastrukture proizlazi iz odredbe čl. 22. Zakona o komunalnom gospodarstvu, koja započinje riječima: "(1) Građenje objekta i uređaja komunalne infrastrukture za: 1. opskrbu pitkom vodom, 2. odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, 3. opskrbu plinom, 4. opskrbu toplinskom energijom,..."

⁹⁹ NN 46/97.

¹⁰⁰ Članak 75. Zakona o osiguranju: "...obvezno se osiguravaju: 1. putnici u javnom prometu od

Ostali hrvatski propisi u kojima se spominju opći uvjeti ne predviđaju pravnu obvezu sklapanja ugovora.

Prema **Zakonu o elektroprivredi**¹⁰¹ za obavljanje elektroprivredne djelatnosti postoji posebni društveni interes, a taj interes se ostvaruje - između ostalog - kroz donošenje Tarifnog sistema i Općih uvjeta za isporuku električne energije¹⁰², koje donosi Vlada Republike Hrvatske¹⁰³. Odredba čl. 22. tog Zakona potanko određuje sadržaj općih uvjeta za isporuku električne energije, uvodno naznačujući kako se "općim uvjetima za isporuku električne energije definiraju ...odnosi između isporučioaca električne energije i korisnika (potrošača) električne energije, kao i svih koji su podnijeli zahtjev da postanu potrošači...". U daljnjem tekstu te odredbe posebno se nabrajaju elementi sadržaja općih uvjeta, čije bi nabranje premašivalo opseg ovog rada.

Sklapanje ugovora između pretplatnika i operatora nepokretne (telekomunikacijske odnosno telefonske) mreže prema **Zakonu o telekomunikacijama**¹⁰⁴ za pretplatnika ne predstavlja pravnu obvezu. Ali nije potrebno posebno dokazivati kako su - u kontekstu nepokretne mreže - Hrvatske telekomunikacije u monopolnom položaju¹⁰⁵, te kako na uniforman način sklapaju ugovore s pretplatnicima. Ugovor o priključenju na mrežu mora biti sklopljen u pisanom obliku¹⁰⁶ a javne govorne usluge moraju se obavljati sukladno odredbama tog i drugih zakona, ali i Pravilnika o općim uvjetima za obavljanje javnih govornih usluga¹⁰⁷ koji donosi odgovarajući ministar¹⁰⁸. Taj Pravilnik u odredbama čl. 26. - 37. uređuje niz prava i obveza ugovornih strana, tj. pretplatnika i HT-a, pa se te odredbe mogu uzeti i kako sastavni dio ugovora, tj. kao opći uvjeti koji čine sastavni dio ugovora. No, to ne čini samo Pravilnik, nego i sam Zakon - npr. - u odredbama čl. 18. i 19.

Zakonom o osiguranju nisu uređena samo obvezatna osiguranja nego i sva druga, a moglo bi se reći kako opći uvjeti poslovanja osiguravatelje prate već od

posljedica nesretnog slučaja, 2. vlasnici, odnosno korisnici motornih vozila od odgovornosti za štete počinjene trećim osobama, 3. vlasnici, odnosno korisnici zrakoplova od odgovornosti za štete počinjene trećim osobama, 4. vlasnici, odnosno korisnici brodice na motorni pogon od odgovornosti za štete počinjene trećim osobama." Članak 76. istog zakona: "Vlasnici prijevoznih sredstava na koje se primjenjuju odredbe ovoga Zakona o obveznim osiguranjima dužni su sklopiti ugovor o obveznom osiguranju s ovlaštenim društvom za osiguranje."

¹⁰¹ NN 31/90.

¹⁰² Čl. 10. t. 3. Zakona o elektroprivredi.

¹⁰³ Čl. 23. Zakona o elektroprivredi.

¹⁰⁴ NN 76/99.

¹⁰⁵ S obzirom na odredbe čl. 1. st. 2. t. 1. i naslov iznad čl. 4. Pravilnika o općim uvjetima za obavljanje telekomunikacijskih usluga, NN 84/95, HT ima ne samo faktični nego i zakonski monopol na davanje telefonskih usluga u nepokretnoj mreži.

¹⁰⁶ Čl. 12. st. 2. t. 2. Zakona o telekomunikacijama.

¹⁰⁷ Čl. 14. st. 1. Zakona o telekomunikacijama.

¹⁰⁸ Čl. 14. st. 3. Zakona o telekomunikacijama.

njihova nastanka. Obveza određivanja općih uvjeta osiguranja nastaje već pri sklapanju ugovora o osnivanju osiguravajućeg društva, jer taj ugovor mora sadržavati odgovarajuće naznake glede općih uvjeta osiguranja¹⁰⁹. Uz to, Direkcija za nadzor društava za osiguranje daje mišljenje o uvjetima osiguranja¹¹⁰, a pri donošenju tih akata i pri njihovoj izmjeni društvo za osiguranje dužno je zatražiti to mišljenje¹¹¹. Direkcija za nadzor društava za osiguranje također je ovlaštena zahtijevati od društva za osiguranje promjenu postojećih uvjeta osiguranja, a također i obustaviti izvršenje odluka i drugih akata društva za koje ocijeni da su u suprotnosti s propisima i statutom društva¹¹².

U bankarskom poslovanju uobičajena je uporaba općih uvjeta poslovanja. No, ona nije samo uobičajena, nego su banke i pravno obvezane donijeti opće uvjete poslovanja te donesene uvjete učiniti dostupnim zainteresiranima. To proizlazi iz odredbe čl. 102. **Zakona o bankama**^{113,114}. Kako ta imperativna odredba ne bi ostala nepotpuna, njeno nepoštivanje sankcionirano je odgovarajućom kaznenom odredbom¹¹⁵.

Budući da Zakon o bankama ne sadrži drugih odredbi glede općih uvjeta poslovanja - npr. o valjanosti, o nedopuštenom sadržaju, o kontroli - moguće je konstatirati kako će se na opće uvjete poslovanja banaka u cijelosti primjenjivati odredbe ZOO o općim uvjetima ugovora.

3.5. Položaj odredbi ZOO u odnosu na posebne propise

Kad bi posebni propisi sadržavali odredbe o valjanosti odnosno nevaljanosti općih uvjeta ugovora, onda bi činjenica što se oni općenito mogu uzeti kao *legi specialii* u odnosu na ZOO došla do punog izražaja. No, s druge strane stoje dvije činjenice. Prva je što se ZOO može uzeti kao *lex specialis* glede pitanja ugovora i njihove valjanosti, a druga što posebni propisi ta pitanja nisu uredili. Dvojba oko prvenstva u primjeni, dakle, pojavila bi se tek u slučaju da su pitanja valjanosti pojedinih vrsta ugovora - spomenutih u posebnim propisima - uređena posebnim propisima. Kako to nije slučaj, ova dvojba otpada, pa će se na pitanja valjanosti odnosno nevaljanosti pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora u svakom slučaju primjenjivati odredbe ZOO.

¹⁰⁹ Čl. 21. Zakona o osiguranju. S obzirom na nepreciznost odredbe, položaj općih uvjeta osiguranja u ugovoru o osnivanju društva nismo mogli točnije odrediti i opisati.

¹¹⁰ Čl. 61. Zakona o osiguranju.

¹¹¹ Čl. 62. Zakona o osiguranju.

¹¹² Čl. 65. Zakona o osiguranju.

¹¹³ NN 161/98.

¹¹⁴ Čl. 102. Zakona o bankama glasi: "Banka koja obavlja poslove prikupljanja štednih uloga mora u svojim poslovnicama na jasno vidljivom mjestu izvjesiti važeće kamatne stope, visinu naknada za usluge koje obavlja, kao i svoje opće uvjete poslovanja".

¹¹⁵ Prema čl. 105. Zakona o bankama "Prekršaj čini banka: ... 29. ako ne objavi kamatne stope i opće uvjete poslovanja" (članak 102.).

Iznimku od ovog pravila predstavlja Nacrt prijedloga Zakona o zaštiti potrošača¹¹⁶. Kad taj Zakon stupi na snagu, za potrošačke ugovore on će imati karakter *legi speciali* i dosljedno prvenstvo u primjeni. Istodobno, budući da će odredbe ZOO o općim uvjetima ugovora ostati *lex specialis* za opće uvjete ugovora, otvorit će se pitanje prvenstvene primjene propisa u svim slučajevima kad dio potrošačkog ugovora čine opći uvjeti ugovora.

4. Zaključci i prijedlozi de lege ferenda

1. Opće uvjete ugovora nikad ne pripremaju subjekti građanskog prava, nego samo subjekti trgovačkog prava. Oni se mogu primijeniti u tri životno različite situacije: (1) pri sklapanju ugovora građanskog prava između subjekta trgovačkog prava s jedne strane i subjekta građanskog prava s druge strane, (2) pri sklapanju ugovora građanskog prava između subjekata trgovačkog prava i (3) pri sklapanju ugovora trgovačkog prava između subjekata trgovačkog prava.

2. Imatelj općih uvjeta, dakle, kao svog suugovaratelja može imati dvije različite osobe: osobu koja mu je po gospodarskoj snazi, pravnom znanju i zainteresiranosti za sklapanje konkretnog ugovora u bitnom faktički ravnopravna odnosno jednaka, ili osobu koja mu nije faktički ravnopravna odnosno jednaka ni po jednom od tih elemenata. Onda kad postoji faktična neravnopravnost i nejednakost suugovaratelja imatelja općih uvjeta, inferiornog suugovaratelja potrebno je zaštititi ograničavanjem slobode ugovaranja. Ovo je potrebno posebno onda kad se radi o pravno obvezatnom sklapanju ugovora za suugovaratelja - prema Zakonu o komunalnom gospodarstvu i prema odredbama o obveznom osiguranju - ali također i onda kad se radi o sklapanju ugovora kojima se stječe ono što - prema općem mišljenju - predstavlja posebno važno i nužno civilizacijsko dobro (npr. nepokretna telefonska linija).

3. S druge strane, onda kad su oba suugovaratelja podjednake gospodarske snage, pravnog znanja i zainteresiranosti za sklapanje konkretnog ugovora, suugovaratelju imatelja općih uvjeta nije potrebno pružati posebnu zaštitu putem značajnijeg ograničavanja slobode ugovaranja.

4. Tome dosljedno, nije primjereno uređivanje zabranjenih odredbi općih uvjeta na jedinstven način za sve tri naprijed spomenute situacije, nego je to potrebno učiniti odvojeno i različito. Razložno je u Zakon o zaštiti potrošača uvrstiti odredbe o nevaljanim odnosno zabranjenim odredbama potrošačkih ugovora, ali to treba učiniti na način konzistentan hrvatskom pravnom poretku u cjelini, a posebice propisima i ustanovama ugovornog prava.

5. Iako bi se zabranjene odredbe općih uvjeta mogle izvesti i iz načela ravnopravnosti sudionika obveznih odnosa, načela savjesnosti i poštenja, zabrane zlorabe prava i obveze postupanja u skladu s dobrim poslovnim običajima, tj. iako bi se primjenom tih načela mogla odbiti primjena niza odredbi općih uvjeta,

¹¹⁶ Ministarstvo gospodarstva, veljača 2000.

pouzdanje u to nije dostatno. Ovu nedostatnost pokazuju propisi poredbenog prava prikazani u ovom radu, čija razrađenost pokazuje kako ni u tim pravnim poretcima primjena načela nije bila dostatna.

6. Preširoki su i nedovoljno određeni pojmovi kojima su opisani razlozi za ništavost pojedinih odredbi općih uvjeta (čl. 143. st. 1. ZOO). Oni istodobno smanjuju potrebnu pravnu sigurnost, odnosno izvjesnost i ugrožavaju mogućnost djelotvornog postizanja pravne zaštite u nekom konkretnom slučaju. Ti pojmovi - protivnost svrsi ugovora i dobrim poslovnim običajima - s obzirom na svoju širinu skoro su identični upravo spominjanim načelima obveznog prava i zbog toga ih je teško primijeniti. Njihova širina (1) ostavlja sudu preveliki prostor i time smanjuje pravnu sigurnost, a istodobno (2) od suda zahtijeva iznimno veliki napor potreban da bi se neka životna situacija podvela pod te pojmove, što ugrožava djelotvornost postizanja pravne zaštite.

7. Zbog toga smatramo da bi zabranjene odredbe općih uvjeta trebalo opisati ne samo širokom generalnom klauzulom, nego da bi uz nju bilo nužno pobrojiti i više uže definiranih primjera zabranjenih odredbi, opisanih užitim pojmovima koji ostavljaju manje dvojbi u konkretnim slučajevima. Uzor tim odredbama mogu biti njemački AGBG i odredbe talijanskog CC.

8. Konceptija koja podrazumijeva stupnjevanje zabranjenih odredbi s obzirom na njihovu težinu i - dosljedno tome - predviđa različite posljedice povrede zabrane, prihvatljiva je i ne treba je mijenjati jer je moguće identificirati dvije skupine zabranjenih odredbi značajno različite "težine". Istu posljedicu ne treba proizvesti - npr. - s jedne strane odredba o pravu na jednostrani odustanak od ugovora bez opravdanog razloga, kojom se vrijeđa temeljno načelo *pacta sunt servanda* i, s druge strane odredba o neprimjereno dugom roku za ispunjenje. Prva treba biti ništava, dok druga ne treba biti uvijek i bezuvjetno tako rigorozno sankcionirana.

9. Odredbe ZOO o pravnom položaju i primjeni općih uvjeta iz čl. 142. st. 1., 3. i 4. dovoljno su jasne i sukladne općim stajalištima o općim uvjetima, tako da ne vidimo razloga njihovoj promjeni.

10. Odobrenje nadležnog organa treba uzeti ekstenzivno tako da obuhvati ne samo odobrenje nego i donošenje od strane državnog (izvršnog) tijela jer u oba slučaja postoji suglasnost državnog organa i jer ni izvršni odnosno upravni organi - bez obzira na položaj u upravnoj hijerarhiji - ne smiju moći ograničavati ugovornu slobodu i odredbe zakona na pravno obvezujući način. U oba slučaja opći uvjeti moraju podlijevati sudskoj kontroli, jer se izvršni organ - bez obzira na rang - ne smije nadrediti sudu u pitanjima valjanosti ugovora.

Literatura

1. Chesire - Fifoot - Furmstone's Law of Contract, 11. izdanje.
2. Chitty on Contracts, 27. izdanje.
3. Il Codice civile commentato con la giurisprudenza, Casa editrice la tribuna - Piacenza, 1997.
4. Čizmić, Jozo: Zakonska i sudska kontrola ugovaranja klauzula o isključenju i ograničenju odgovornosti u formularnim ugovorima s posebnim osvrtom na zaštitu potrošača, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu 1/93.

5. Goldštajn, Aleksandar: Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini, Informator, Zagreb, 1970.
6. Goldštajn, Aleksandar: Privredno ugovorno pravo, Zagreb, 1980.
7. Goldštajn, Aleksandar: Trgovačko ugovorno pravo, Zagreb, 1991.
8. Gorenc, Vilim: Trgovačko pravo - ugovori, Zagreb, 1995.
9. Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Zagreb, 1998.
10. Ledić, Dragutin: Arbitražna klauzula o općim uvjetima poslovanja u svjetlu nacrtu hrvatskog zakona o arbitraži, Pravo u gospodarstvu 1/98.
11. Muenchener Kommentar BGB Bd 1, 1978.
12. Palandt: Buergerliches Gesetzbuch, 38. izdanje.
13. Rummel, Peter (ur.): Kommentar zum Allgemeinen buergerlichen Gesetzbuch, Wien, 1990. 1. Bd.
14. Selected Commercial Statutes, West, 1995.
15. Šarčević, Petar: Standard Forms and General Conditions u: Hague-Zagreb Essays 4.
16. Treitel, G. H.: The Law of Contract, 9. izdanje, 1995.
17. Vilus, Jelena: Opći uvjeti formularnih ugovora, 1976.
18. Vizner, Boris - Bukljaš, Ivan: Komentar Zakona o obveznim (obligacijskim) odnosima, Zagreb, 1980.

Summary

INVALIDITY OF CERTAIN PROVISIONS OF STANDARD FORM CONTRACTS WITH THE SPECIAL ACCOUNT ON CONSUMER CONTRACTS

This paper is written in the view of largely spread usage of standard form contracts - whether in form of general conditions or adhesion or similar standard contracts - used by various subjects when contracting, and having in mind often visible factual inequality of contracting parties. In regard to these two characteristics that are immanent to a large number of situations and the insufficient regulation of invalidity of standard form contracts' clauses in Croatian law, the first part of this article presents the conditions of validity and invalidity of standard form contracts' clauses in Austrian, Italian, German and US laws. The relevant EU Directive has also been examined. To the extent they were available, the statute law provisions and case-law decision are presented as well. Invalid clauses are grouped in the following groups: those which broaden rights of the party using standard form contracts, those which exclude or limit its liability, those which limit rights of contracting party, clauses related to the duration and prolongation of contract, clauses related to subjective changes in contracts and other clauses. The subsequent part present provisions of Croatian law. First, the conditions of standard form contracts application under the Law on Obligation are discussed, followed by the thorough analyses of conditions and consequences of invalidity of their clauses. Special attention is paid to non-existing influence of - possible - approval of standard form contracts by competent (administrative) body on the validity of their

clauses. Furthermore, provisions of other laws touching upon the standard form contracts are presented. The paper ends with conclusions and *de lege ferenda* proposals.

Key words: *general conditions, adhesion contracts, standard form contracts, invalidity, consumer contracts, comparative law, law on contracts.*

Zusammenfassung

UNGÜLTIGKEIT EINZELNER VERORDNUNGEN ALLGEMEINER VERTRAGSBEDINGUNGEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER VERBRAUCHERVERTRÄGE

Die Arbeit wurde verfasst in Hinblick auf den sehr häufigen Gebrauch von allgemeinen Vertragsbedingungen - sei es in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen oder adhäsiver und ähnlicher Standardverträge - nach denen eine Reihe Subjekte Verträge schließen kann, sowie in Hinblick auf die häufige faktische Ungleichheit der Vertragspartner. Indem beide Merkmale berücksichtigt werden sowie ein Reihe von Alltagssituationen und die sture Regulative nichtiger Verordnungen allgemeiner Geschäftsbedingungen im kroatischen Recht, werden im ersten Teil der Arbeit Bedingungen der Gültigkeit bzw. Ungültigkeit von Verordnungen allgemeiner Bedingungen im österreichischen, deutschen und italienischen Recht sowie im Recht der USA dargelegt; außerdem wird auf die Entscheidung der entsprechenden Direktive des Europarates hingewiesen. Entsprechend der Zugänglichkeit von Quellen werden Gesetzesentscheidungen und Gerichtspraxis gezeigt; ungültige Verordnungen allgemeiner Bedingungen werden in folgende Gruppen eingeteilt: Verordnungen, durch die die Rechte desjenigen, der allgemeine Bedingungen hat, erweitert werden; Verordnungen, durch die die Verantwortung des Besitzers allgemeiner Bedingungen ausgeschlossen oder begrenzt wird; Bedingungen, durch die die Rechte des Vertragspartners beschränkt werden; Verordnungen, die mit der Dauer und der Verlängerung des Vertrages verbunden sind; Bedingungen, verbunden mit subjektiven Veränderungen und andere Verordnungen. Anschließend werden die Positionen des kroatischen Rechts dargelegt. Zuerst werden die Bedingungen zur Anwendung allgemeiner Bedingungen nach dem ZOO angeführt, dann ausführlich die Gründe und Folgen der Ungültigkeit einzelner Verordnungen allgemeiner Bedingungen analysiert. Besondere Aufmerksamkeit wird dem fehlenden Einfluss eventueller Genehmigung allgemeiner Bedingungen seitens der Aufsichts- (Verwaltungs)Organe auf die Gültigkeit einzelner Verordnungen gewidmet, außerdem werden Verordnungen besonderer Vorschriften dargelegt, in denen allgemeine Vertragsbedingungen erwähnt werden. Am Ende stehen Schlussfolgerungen und es werden Vorschläge *de lege ferenda* vorgebracht.

Schlüsselwörter: *allgemeine Geschäftsbedingungen, adhäsive Verträge, allgemeine Vertragsbedingungen, Ungültigkeit, Verbraucher- verträge, vergleichendes Recht, Vertragsrecht.*

Sommario

INVALIDITÀ DI CLAUSOLE PARTICOLARI DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO CON SPECIALE RIGUARDO AI CONTRATTI DI CONSUMO

Questo articolo è scritto in considerazione del largamente diffuso utilizzo di condizioni generali di contratto - nella forma della predisposizione di condizioni generali o di adesione o di simili contratti standard -, adoperati da soggetti diversi quando contrattano, e riflettenti frequentemente visibili ineguaglianze fattuali delle parti contrattuali. In relazione a queste due caratteristiche immanenti in un notevole numero di situazioni e all'insufficiente regolazione dell'invalidità delle clausole nelle condizioni generali di contratto nel diritto croato, la prima parte di questo articolo tratta delle condizioni di validità e invalidità delle clausole delle condizioni generali di contratto nel diritto austriaco, tedesco, italiano e nordamericano, e ove rilevanti nelle direttive dell'Unione Europea. Nella misura in cui esse erano disponibili, sono esposte altresì le disposizioni legislative e le decisioni giurisprudenziali. Le clausole d'invalidità sono riunite nei seguenti gruppi: le clausole che ampliano i diritti della parte che utilizza condizioni generali di contratto; le clausole che escludono o limitano la sua responsabilità; le clausole che limitano i diritti della parte contraente; le clausole connesse con la durata e la proroga del contratto; le clausole legate alle modificazioni soggettive nel contratto; e altre. La parte successiva disquisisce delle previsioni del diritto croato. Innanzitutto sono discusse le questioni applicative delle condizioni generali di contratto secondo la Legge sulle obbligazioni, seguite dall'analisi approfondita delle condizioni e delle conseguenze dell'invalidità delle loro clausole particolari. Speciale attenzione è dedicata all'influenza inesistente della possibile approvazione di condizioni generali di contratto da parte di organi competenti (amministrativi) sulla validità delle loro clausole, e sono presentate anche le disposizioni di altre specifiche normative relative alle condizioni generali di contratto. Il saggio si chiude con le conclusioni e le proposte *de lege ferenda*.

Parole chiave: *predisposizione di condizioni generali, contratti di adesione, condizioni generali di contratto, invalidità, contratti di consumo, diritto comparato, diritto contrattuale.*

LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NELLA COMUNITÀ EUROPEA CON PARTICOLARE RIGUARDO AI CONTRATTI

Dr. sc. Gian Antonio Benacchio, professore ordinario
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Trento

UDK: 347.451.031
366::061.1EU
Ur.: 2. siječnja 2001.
Pr.: 25. siječnja 2001.
Prethodno priopćenje

Zaštita potrošača u Europskoj zajednici s posebnim osvrtom na ugovore

Ovaj rad raščlanjuje skup propisa Zajednice koji uređuju zaštitu potrošača. S obzirom da se ovim pojmom uobičajeno mogu označavati zaštita zdravlja, naknada pretrpljene štete, ali i zaštita ekonomskih interesa, autor pojašnjava da se analiza usredotočuje na ovo potonje značenje te da se, još preciznije, usredotočuje na režim Zajednice koji se odnosi na ugovore između trgovačkog društva i potrošača, a čije najvažnije i znakovite karakteristike razlaže. Autor ukazuje kako je ovaj skup propisa uveo značajne materijalne izmjene u odnosu na tradicionalna polazišta većine europskih građanskih zakonika, i to u mjeri da čini jedan potpuni i samostalni sustav ugovornog prava za posebne slučajeve čije se odredbe značajno razlikuju od uređenja općeg ugovornog prava. Potrebe jedinstvenog europskog tržišta nametnule su svim državama Zajednice nova, uniformna pravila koja, s jedne strane, osiguravaju materijalno jednako postupanje sa svim gospodarskim subjektima u izravnom doticaju s građanima-potrošačima, a s druge strane, pružaju zaštitu potonjima u novim, sve modernijim formama i načinima sklapanja ugovora. Pravo raskida bez navođenja razloga ili opravdanja te pravo na izrazito detaljne i precizne informacije dva su najvažnija aspekta novog europskog ugovornog prava, zahvaljujući kojemu se danas u svim državama Zajednice potrošačima priznaju prava koja su još prije nekoliko godina bila nezamisliva.

Ključne riječi: zaštita potrošača, ugovori s potrošačima, pravo raskida, privatno pravo Europske zajednice.

1. Premessa

Nell'ultimo decennio il diritto comunitario è entrato prepotentemente nel settore del diritto *privato* (civile e commerciale) nazionale, modificando regole e prassi radicate, introducendo nuovi diritti, nuovi istituti, nuove nozioni, sconsigliando principi apparentemente intoccabili, sconvolgendo, più di una volta, l'assetto dei codici civili europei. Basti pensare che il solo codice civile italiano è stato modificato in oltre 250 articoli a seguito dell'attuazione di direttive comunitarie.

Il diritto dei contratti, delle società, della proprietà industriale, delle assicurazioni, delle banche, del credito, della concorrenza, sono i settori che maggiormente hanno risentito dell'influenza comunitaria, al punto che si parla oggi, sempre più insistentemente, di una vera e propria europeizzazione o comunitarizzazione del diritto. Nell'ambito dei contratti, questo forte, intenso e massiccio intervento comunitario, accompagnato alla specificità delle sue soluzioni e al substrato comune ad ogni singola fattispecie considerata, ha portato alla formazione di un vero e proprio *nuovo diritto dei contratti*.

La frenetica attività del legislatore comunitario nell'area del diritto civile e commerciale, e in particolare del diritto dei contratti, si è espansa negli ultimi tempi sia in senso *quantitativo* che *qualitativo*.

Infatti, il legislatore di Bruxelles, non solo tende ad ampliare sempre di più il numero dei contratti oggetto di armonizzazione comunitaria ma, allo stesso tempo, si addentra sempre più spesso nei particolari di un contratto. Il legislatore comunitario non si limita a dettare principi generali oppure obiettivi minimali che i legislatori nazionali dovranno seguire nel dare attuazione ad una determinata direttiva, ma descrive in modo così preciso e minuzioso i diritti e gli obblighi delle parti al punto che lo strumento adoperato, la direttiva, talvolta perde il proprio connotato originario di semplice strumento di armonizzazione per diventare uno strumento di uniformazione o addirittura di unificazione del diritto. Sempre più spesso la direttiva si avvicina, sia per quanto riguarda il contenuto, sia per quanto riguarda gli effetti, ad un regolamento comunitario, con tutte le conseguenze che questo comporta sul piano dell'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico interno.

Se non c'è dubbio che il ruolo più importante nella costruzione del nuovo diritto europeo sia stato svolto (e continua ad essere svolto) dal formante legislativo (direttive, regolamenti, norme nazionali di recepimento), va sottolineato che anche la Corte di giustizia della Comunità europea ha contribuito in modo notevole a sviluppare tale settore. Infatti attraverso l'attività di interpretazione delle norme giuridiche comunitarie la Corte di giustizia è arrivata spesso a formulare principi e regole operative, non scritte, che hanno permesso di contribuire alla diffusione tra tutti i Paesi membri della comunità di regole uniformi a scapito delle specificità nazionali e delle resistenze con le quali spesso gli Stati si sono opposti al recepimento delle direttive nei termini prefissati.

Mi riferisco all'importantissimo problema, non ancora risolto, della efficacia diretta delle direttive non attuate nei termini prestabiliti e alla loro applicabilità diretta. Si tratta del fenomeno in base al quale una direttiva, non attuata entro i termini stabiliti oppure attuata in modo non corretto, può ricevere applicazione diretta ad opera dei giudici nazionali come se si trattasse di una norma interna direttamente applicabile. Per la verità l'applicazione di questo principio dell'efficacia diretta delle direttive non attuate è stato limitato dalla Corte di giustizia nel solo senso verticale, vale a dire nel rapporto tra cittadino e Stato o tra cittadino ed ente pubblico (Regioni, Comuni, Provincie, Imprese pubbliche ecc.) ma non in senso orizzontale, nei rapporti tra privati; in altre parole, il diritto contenuto in una direttiva non attuata dallo Stato non potrebbe essere fatto valere da un cittadino nei confronti di un altro cittadino. Tuttavia, se questa è la limitazione formalmente dichiarata da parte della Corte di giustizia, in realtà sono sempre più numerosi i casi in cui gli stessi giudici del Lussemburgo hanno affermato la diretta applicabilità di una direttiva, non attuata entro i termini stabiliti, anche nei rapporti tra privati.

Ed è proprio grazie a questo fenomeno, non formalmente riconosciuto ma, di fatto, ormai operante in modo diffuso nell'ambito del diritto comunitario, che il diritto privato dei paesi membri ha potuto uniformarsi in modo più rapido e completo, aggirando le lentezze o le remore, principali ostacoli all'armonizzazione del diritto, degli Stati membri nel recepire la norma comunitaria.

2. La tutela del consumatore e le singole fattispecie armonizzate

Se l'Europa comunitaria può vantare un certo grado di armonizzazione nel diritto dei contratti, questa è peraltro limitata al tema della tutela del consumatore, sul cui terreno il legislatore comunitario, misurandosi con le specificità nazionali, ha saputo costruire in quest'ultimo decennio un modello uniforme, efficace e tendenzialmente completo, in gran parte fondato sulla creazione di regole giuridiche specifiche ed originali nell'ambito dei rapporti contrattuali tra venditore-imprenditore ed acquirente-consumatore.

L'argomento relativo alla tutela del consumatore è molto vasto e si presta ad essere affrontato nei modi più diversi. In effetti l'argomento è un grosso contenitore nel quale è inserita una serie di sotto-argomenti all'interno dei quali si sviluppano ulteriori temi dotati di caratteristiche proprie ma, anche, tra loro strettamente collegati.

La prima classificazione che deve essere effettuata nell'ambito della tutela del consumatore riguarda l'oggetto della tutela che può riguardare:

- a) il diritto alla salute e alla sicurezza;
- b) il diritto al risarcimento dei danni;
- c) il diritto all'informazione.
- d) il diritto alla tutela degli interessi economici;

Quando si parla di *diritto alla salute e alla sicurezza* ci si riferisce a tutte quelle direttive che dettano una serie di misure a salvaguardia della sicurezza fisica del

cittadino nonché della sua salute. Pensiamo, ad esempio, alle direttive sulla sicurezza dei prodotti, a quelle sull'etichettatura, sul contenuto dei prodotti alimentari, sull'utilizzo degli organismi geneticamente modificati, sui prodotti biologici, sui prodotti farmaceutici, e così via.

Quando si parla di *diritto al risarcimento dei danni* si deve pensare, innanzitutto, alla famosissima direttiva sulla responsabilità del produttore, prima industriale (Direttiva 85/374) e, recentemente, anche agricolo (Direttiva 99/34) con la quale sono stati armonizzati i modelli, peraltro molto diversi, di responsabilità nei diversi Paesi; ma si deve pensare anche alle disposizioni in materia di accesso dei consumatori alla giustizia, alla risoluzione extragiudiziarie delle controversie in materia di consumo (in particolare alle c.d. tecniche alternative di risoluzione delle controversie, come la conciliazione, la mediazione e l'arbitrato), così come si deve pensare alle norme sui provvedimenti inibitori, nonché a quelle sulla responsabilità del prestatore di servizi.

Parlare del *diritto all'informazione* significa invece parlare di tutte quelle direttive che obbligano gli stati membri non solo a prevedere una serie di iniziative dirette a formare e a informare il cittadino in ordine a tutti quegli elementi che riguardano la tutela dei propri interessi economici e della propria salute e, quindi, sulle qualità e sulle caratteristiche dei prodotti e dei servizi offerti (problema della pubblicità ingannevole e della pubblicità comparativa), ma anche a quelle informazioni che qualunque imprenditore deve fornire obbligatoriamente alla controparte nel momento della stipulazione del contratto; si tratta di informazioni che influiscono sulla validità o che comunque condizionano altri importanti elementi del contratto.

Infine, quando si parla di tutela degli *interessi economici* ci si riferisce a quell'insieme di direttive ormai molto numerose, dettate in materia contrattuale e che costituiscono, per un giurista, uno degli aspetti più interessanti del diritto comunitario in materia di tutela del consumatore.

E' su questo argomento che vorrei concentrare l'attenzione.

Numerose sono le direttive in materia e ancora più numerosi sono gli elementi importanti e di novità che le direttive stesse introducono all'interno dei diritto nazionali. Dai contratti di acquisto di beni e servizi al commercio elettronico, dai trasporti ai servizi finanziari, dai contratti assicurativi ai contratti bancari, grazie a questa nuova normativa, tutta elaborata nell'ultimo decennio, il diritto civile italiano, ma non solo italiano, ha assunto una fisionomia diversa, ed ha permesso una familiarizzazione imprevedibile e in tempi rapidissimi con nuove regole, spesso provenienti da altri Paesi comunitari.

Senza addentrarci, per ovvi motivi di spazio, in un esame delle diverse direttive emanate nella materia dei contratti del consumatore, non possiamo non ricordare quali sono i principali settori e i più importanti istituti che sono stati oggetto di intervento comunitario.

I *contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, le cui regole sono rivolte a risolvere tutti quei casi in cui il consumatore è preso alla sprovvista, per strada o nella propria abitazione, ed è indotto a stipulare un contratto senza avere il tempo di ponderare con tranquillità e serenità l'opportunità dell'operazione, sono stati i primi

ad essere armonizzati dalla Comunità Europea (Direttiva 85/577), ed hanno indotto il legislatore europeo ad introdurre per la prima volta il principio del diritto di recesso unilaterale, a favore del consumatore, e il principio dell'informazione come elemento essenziale del contratto. Da allora, entrambi questi principi ritorneranno in tutte le direttive in materia, e ne costituiranno il filo conduttore che le caratterizza.

Se le regole sui *contratti di credito al consumo* (Direttiva 90/88) hanno permesso di tutelare meglio il consumatore che, contestualmente alla stipula di un contratto di acquisto a rate di un bene, stipulava anche un contratto di finanziamento del quale però non sempre conosceva tutti i termini (obblighi, costi, spese accessorie, durata, conseguenze del mancato pagamento di una rata ecc.), le nuove regole sui *contratti di viaggio tutto compreso* (Direttiva 90/314) si sono limitate a regolare non ogni contratto di viaggio, ma solo il contratto di viaggio che abbia per oggetto contestualmente prestazioni diverse (viaggio, pernottamento, ristorazione, ecc.).

Anche la direttiva sul *contratto di multiproprietà* (Direttiva 94/47), molto attesa dagli operatori, si è però limitata a disciplinare solo alcuni aspetti del contratto, e in particolare solo quelli che riguardano il diritto di recesso, il diritto all'informazione e il diritto alla garanzia dell'ultimazione dei lavori nel caso di vendita di immobile in corso di costruzione, e non ha affrontato, a causa del contrasto troppo evidente tra i diversi modelli previsti nei singoli Paesi, temi altrettanto rilevanti come la natura del diritto che si acquisisce o l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti nell'esecuzione del contratto.

La direttiva sui *contratti negoziati a distanza* (Direttiva 97/7) è andata a coprire una serie di fattispecie contrattuali sempre più diffuse nella società attuale, come la vendita mediante stampati, catalogo, telefono, posta elettronica, fax, radio, televisione ecc., fattispecie che sfuggivano alle regole della direttiva sulle vendite fuori dei locali commerciali ma per molti versi ancora più pericolose per un consumatore sprovvisto.

La direttiva sulle *clausole vessatorie* (Direttiva 93/13) e quella *sull'azione inibitoria* a tutela degli interessi dei consumatori (Direttiva 98/27), hanno operato a livello generale, non nei riguardi di un singolo contratto. La prima ha il grande merito di avere dato vita ad un nuovo sistema di tutela del consumatore contro le clausole abusive predisposte dal venditore o dal fornitore del servizio, un sistema aperto nel quale le clausole abusive non sono predeterminate a priori ma nel quale il giudice è chiamato a valutare, di volta in volta, se nel caso specifico si sia in presenza di una clausola abusiva o meno, secondo determinati parametri prestabiliti. La seconda ha il merito di avere esteso anche alle associazioni rappresentative dei consumatori il diritto di agire a tutela degli interessi dei consumatori contro illecite prassi contrattuali poste in essere dagli imprenditori, determinando una svolta storica in tutti quegli ordinamenti giuridici che concedevano il diritto di agire in giudizio soltanto alla persona lesa nel suo diritto.

La direttiva sulle *garanzie nel contratto di vendita di beni di consumo* (Direttiva 99/44), oltre alle rilevanti novità tecnico-giuridiche che essa impone agli

Stati membri, ha il vantaggio di attribuire ai consumatori comunitari una identica tutela giuridica contro i possibili difetti dei prodotti acquistati, indipendentemente dal luogo o Paese in cui la vendita è avvenuta. Così qualunque consumatore che acquisti in qualunque luogo della Comunità un bene da una impresa situata in qualunque Stato della Comunità, saprà sempre quale sarà il diritto che potrà esercitare in caso di cattivo funzionamento del prodotto acquistato.

La direttiva sui *contratti di investimento in valori mobiliari* (Direttiva 97/9) e la proposta di direttiva sul *contratto di vendita a distanza di servizi finanziari*, si occupano, invece, di quel particolare consumatore (c.d. risparmiatore) che investe il proprio denaro affidandolo a soggetti gestori autorizzati oppure che stipula, via computer, telefono o fax, servizi finanziari in genere. Quest'ultima direttiva andrà a colmare il notevole vuoto che è stato consapevolmente lasciato dalla direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza (v. sopra) la quale aveva escluso dalla sua applicazione tutti i contratti che hanno per oggetto servizi finanziari (bancari, assicurativi e di investimento).

Le recenti direttive sul *commercio elettronico* (Direttiva 2000/31) e sulla *moneta elettronica* (2000/46) si preoccupano, invece, di armonizzare fin d'ora, ancora prima che vengano elaborate dagli Stati membri, le nuove legislazioni in materia di commercio elettronico, che sta avendo una diffusione esponenziale in Europa. In particolare, la direttiva sul commercio elettronico si prefigge in primo luogo di far sì che tutti gli Stati membri riconoscano la validità e l'efficacia dei contratti conclusi per via elettronica e non introducano nessuna limitazione all'accesso all'attività, confermando in questo modo la scelta Europea di un considerare *internet* come un mondo sostanzialmente libero da ogni vincolo amministrativo e autoritativo, dove tutto sia permesso salvo che non costituisca un reato. In secondo luogo si preoccupa di dettare una serie di norme, peraltro poco efficaci, dirette a tutelare il cittadino-consumatore che utilizza tale strumento di contrattazione.

3. I caratteri del nuovo diritto dei contratti

Se questi che abbiamo sommariamente descritto sono i principali interventi comunitari nell'ambito dei contratti del consumatore, vediamo ora quali sono i contenuti più rilevanti e quali gli strumenti giuridici utilizzati.

L'elemento principale che caratterizza ciascuna delle direttive che si occupano dei contratti è rappresentato dal c.d. "*diritto al ripensamento*". Il consumatore, soltanto lui e non anche l'imprenditore, ha diritto entro un certo termine dalla stipulazione di porre nel nulla gli effetti del contratto. In termini giuridici tale diritto si traduce, a seconda dei casi, in un *diritto di recesso*, che si ha quando il contratto concluso produce immediatamente i suoi effetti nel momento dell'accordo e poi questi effetti vengono rimossi, oppure in una *sospensione temporanea degli effetti* del contratto, che si ha quando gli effetti del contratto concluso sono differiti fino alla scadenza del termine per il "ripensamento".

Storicamente il diritto di recesso era stato elaborato dalle prime direttive comunitarie in materia per rimediare a quella situazione di "effetto sorpresa" che si verifica in un particolare tipo di contratto, quello concluso al domicilio del consumatore oppure per strada, nelle piazze, quando il consumatore viene fatto oggetto di una serie di offerte contrattuali.

Quasi sempre, nell'ambito di questa tipologia di contratti, il consumatore si trova in uno stato di sorpresa di fronte alle offerte del venditore e si trova di conseguenza impreparato alle trattative che ne scaturiscono in quanto l'effetto sorpresa non permette ai consumatori di effettuare una scelta ponderata né di provvedere ad un confronto tra la qualità ed il prezzo del bene oggetto della trattativa. E' proprio per rimediare a queste situazioni, spesso causa di imprevedibili quanto onerose conseguenze per il consumatore, che la Comunità europea ha previsto la possibilità per il consumatore, una volta terminata la situazione di sorpresa, di godere di un periodo entro il quale possa liberamente recedere dal contratto. Il recesso è libero, *ad nutum*, non risultando necessaria la comunicazione da parte del consumatore dei motivi che lo hanno indotto a recedere dal contratto.

Se questa è stata l'origine e la giustificazione del diritto di recesso, successivamente, nelle direttive che si sono avvicinate nel tempo, il diritto di recesso è stato esteso anche ad altre situazioni, ad altre tipologie contrattuali, nelle quali l'effetto sorpresa non è per nulla presente.

Pensiamo ad esempio al contratto stipulato a distanza, per telefono, per posta, per fax o attraverso *internet*, nel quale è addirittura il consumatore a prendere l'iniziativa della transazione ed a contattare il venditore. Eppure anche in questo caso, come del resto anche nel contratto di multiproprietà, di assicurazione, di viaggio, di credito al consumo ecc., il diritto di recesso costituisce oggi l'elemento essenziale ed inderogabile del contratto.

Le modalità concrete di esercizio del diritto in questione variano da Stato a Stato, a seconda delle modalità nazionali di recepimento. In ogni caso il consumatore è tenuto ad indirizzare una comunicazione al venditore riguardante la scelta di avvalersi del recesso, comunicazione che abbia valore di prova dell'esercizio del diritto stesso.

Il termine entro cui dev'essere data al venditore la comunicazione della volontà di recedere dal contratto varia a seconda della fattispecie negoziale, ma solitamente è abbastanza breve: dai sette giorni nel caso di contratti stipulati fuori dei locali commerciali ai dieci giorni nel caso del contratto di multiproprietà. Tuttavia tale termine viene notevolmente ampliato anche fino a trenta giorni nel caso in cui il venditore non abbia rispettato una serie di obblighi che riguardano le informazioni che devono essere date al consumatore al momento della conclusione del contratto.

Per rendere effettivo il diritto di recesso ed evitare che rimanga solo un diritto riconosciuto in via del tutto formale, le direttive prevedono che i costi che il consumatore dovrà sopportare in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso dovranno essere limitati alle sole spese di spedizione della merce al mittente o nel

caso disciplinato dalla direttiva sul contratto di multiproprietà, alle spese di stipulazione del contratto, ma in quest'ultimo caso solo qualora espressamente previsto dal contratto stesso. Se invece il venditore non ha provveduto a fornire le informazioni alle quali è tenuto (e che sono puntualmente elencate dalle direttive stesse), il consumatore non sarà tenuto a rimborsare nessuna spesa.

Per una maggior tutela degli interessi economici del consumatore, poi, la direttiva sulla multiproprietà prescrive il divieto assoluto per il venditore di richiedere il pagamento di acconti di qualsiasi entità al compratore, prima della scadenza del periodo di ripensamento.

Conseguenza principale dell'esercizio del diritto di recesso è la liberazione totale del consumatore da tutte le obbligazioni che derivavano dal contratto.

La successiva evoluzione della tutela degli interessi economici del settore dei contratti ha portato poi ad elaborare alcune novità rilevanti rispetto le soluzioni presenti negli ordinamenti degli Stati membri. Infatti, sia la direttiva sulla *multiproprietà*, sia la direttiva sulle *vendite a distanza*, sia la proposta di direttiva sulla *vendita di servizi finanziari* prevedono espressamente la risoluzione di un eventuale contratto di credito accessorio a quello d'acquisto. Molto spesso infatti accade che l'acquirente, al momento in cui acquista un bene specie se di entità non modesta, stipula contestualmente un contratto di credito (acquisto rateale) che copra in tutto o in parte il valore del bene. Ora le direttive prevedono che, sia quando il credito viene concesso dal fornitore del bene, sia quando venga fornito da un terzo in base ad un accordo diretto con il venditore, il recesso dal contratto principale determina la risoluzione anche del contratto di finanziamento o di credito, nonostante quest'ultimo sia stato stipulato con un soggetto terzo.

Il secondo importante elemento che caratterizza la nuova disciplina dei contratti con i consumatori è costituito dal c.d. "*diritto di informazione*". Il fornitore dei beni o servizi oggetto del contratto è tenuto ad informare il consumatore-acquirente di taluni aspetti particolarmente importanti o significativi del negozio in via di stipulazione. Gli elementi da comunicare al consumatore variano a seconda dell'ambito disciplinato, poiché legati indissolubilmente all'oggetto specifico del contratto.

Il diritto di informazione in materia contrattuale è costituito da due aspetti:

a) *informazione sui diritti* che vengono riconosciuti dalla normativa specifica al contraente nonché i termini entro cui esercitarli.

b) *informazione su una serie di elementi*, meticolosamente e puntualmente elencati da ciascuna direttiva, che riguardano il contratto, l'oggetto e il contenuto delle obbligazioni reciproche; sono informazioni obbligatorie nel senso che la loro mancanza si ripercuote su alcuni elementi del contratto.

L'obbligo primario di informazione, contenuto nelle diverse norme comunitarie, riguarda l'esistenza del diritto di recesso a favore del consumatore. Il fornitore del bene o servizio è obbligato ad informare il consumatore della possibilità che la legge gli riserva di osservare un breve periodo di riflessione, successivo alla stipulazione del negozio giuridico, nel corso del quale possa meglio valutare la qualità dell'offerta commerciale ed eventualmente recedere dal contratto.

Alle informazioni relative alla sussistenza del diritto di ripensamento vanno aggiunte quelle relative al suo esercizio, ovvero le concrete modalità e la procedura corretta per esercitare a tutti gli effetti il diritto di recesso. Così, ad esempio, la maggior parte delle direttive prevedono che il commerciante debba informare per iscritto il consumatore del suo diritto di recedere dal contratto entro il termine stabilito nonché il nome e l'indirizzo della persona nel cui confronti può essere esercitato tale diritto.

In secondo luogo l'obbligo di informazione riguarda gli elementi essenziali del contratto.

Una descrizione minuziosa del contenuto di tale obbligo viene effettuata, ad esempio, nella direttiva sul *credito al consumo* dove è stabilito che una copia del contratto, che deve essere fatto per iscritto a pena di nullità, deve essere consegnata al consumatore e contenere l'indicazione, sia del *tasso annuo effettivo globale* (TAEG) sia delle condizioni secondo cui il TAEG può essere modificato. Oltre a dette informazioni il documento deve fare riferimento ad ogni altro elemento essenziale del contratto come, ad esempio, la descrizione dei beni dei servizi oggetto del contratto, l'importo dell'eventuale acconto, numero, importo e scadenza delle rate, menzione del diritto alla riduzione in caso di rimborso anticipato ecc.

Particolarmente precisa risulta la descrizione contenuta nella direttiva 90/314 sui *viaggi organizzati*, degli elementi del contratto e del servizio "tutto compreso" che l'organizzatore o il venditore deve comunicare al consumatore nel contratto o attraverso l'opuscolo informativo. Qualora sia stato messo a disposizione dell'acquirente un opuscolo informativo esso deve contenere una serie di informazioni riguardanti il servizio "tutto compreso", tra cui ad esempio la destinazione, i mezzi di trasporto utilizzati, la sistemazione in albergo o altro alloggio (ubicazione, categoria, caratteristiche principali ecc.), l'itinerario ecc.

Un dovere di informazione altrettanto dettagliato è previsto nel caso in cui il consumatore intenda acquistare un diritto di *godimento a tempo parziale su un bene immobile (multiproprietà)*. La direttiva 94/47 sulla multiproprietà prevede l'obbligo di fornire all'acquirente una serie di informazioni e notizie finalizzate a sopperire al fatto che nella maggior parte dei casi il consumatore sarà impossibilitato a prendere visione del bene immobile, soprattutto se situato in un altro Stato. Le informazioni devono riguardare l'identità del venditore, il prezzo ed altri oneri monetari, la possibilità di recedere, nonché le modalità attraverso le quali consumatore può ottenere ulteriori informazioni. Oltre ad essere contenute nel documento informativo, tutte queste informazioni devono anche essere inserite, come parte integrante, nel contratto definitivo.

Le informazioni devono avere carattere preliminare alla conclusione del contratto anche nel caso dei *contratti distanza*. La direttiva 97/7 prevede l'obbligo per il venditore di fornire "in tempo utile" alcune informazioni relative alla identità del fornitore e al suo indirizzo, ai caratteri essenziale del bene o servizio, al prezzo, ad eventuali spese di consegna, alle modalità di pagamento, consegna o esecuzione, all'esistenza del diritto di recesso, al costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, alla durata della validità dell'offerta. Tutte queste

informazioni preliminari devono poi essere confermate con apposita comunicazione scritta al momento dell'esecuzione del contratto.

Anche la recente direttiva 2000/31 sul *commercio elettronico* prevede la necessità di fornire, in aggiunta agli obblighi di informazione previsti da altre norme comunitarie generali, informazioni sulle generalità del prestatore, sul luogo di ubicazione della sede dell'attività, sul fatto che il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi, sui mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine, sulle lingue a disposizione per concludere il contratto.

4. *Gli strumenti di protezione*

Gli strumenti approntati dalla Comunità europea per fare in modo che i diritti sopra elencati non siano vanificati, sono essenzialmente quattro:

- a) l'inderogabilità delle disposizioni a tutela del consumatore;
- b) il carattere di norme di applicazione necessaria;
- c) la tutela contro clausole abusive;
- d) l'accesso delle associazioni dei consumatori alla giustizia.

Attraverso il *principio della inderogabilità*, la disciplina della tutela del consumatore viene sottratta alla disponibilità contrattuale delle parti e viene in questo modo scongiurato il rischio che il venditore possa predisporre clausole contrattuali di deroga della normativa comunitaria.

Le disposizioni comunitarie che stabiliscono il carattere inderogabile delle norme a tutela del consumatore possono riferirsi alla direttiva del suo insieme oppure ad una o più norme singolarmente prese. Si pensi, ad esempio, alla inderogabilità sancita dall'articolo 6 della direttiva 85/577 sui contratti *negoziati fuori dai locali di commercio* secondo il quale "*il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli a norma della presente direttiva*". In altri casi la disposizione attributiva del carattere di inderogabilità si rivolge direttamente agli Stati membri e in particolare alle loro norme di recepimento. Per esempio nelle direttive 87/102 sul *credito al consumo*, 94/47 sulla *multiproprietà*, 99/44 sulla *garanzia dei beni di consumo* si possono leggere frasi del tipo: "*gli Stati membri provvedono affinché i contratti non deroghino, a detrimento del consumatore, alle disposizioni del diritto nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva*".

A partire dalla famosa direttiva n. 13 del 1993 in materia di *clausole abusive* la Comunità europea ha iniziato ad inserire all'interno dei provvedimenti di armonizzazione contrattuale alcune disposizioni, relative all'applicazione necessaria e rilevanti nell'ambito del diritto internazionale privato, allo scopo di impedire che il consumatore possa rinunciare ai propri diritti attraverso la sottoscrizione di una clausola contrattuale che indichi, come legge applicabile al contratto, la legge di un Paese terzo, estraneo alla Comunità, Paese quindi non tenuto al rispetto delle normative comunitarie. Infatti è abbastanza diffusa la pratica di alcuni operatori economici consistente nell'imporre alla controparte la legge di un Paese

extracomunitario il cui livello di tutela del consumatore sia più basso rispetto a quello comunitario. Le disposizioni utilizzate delle direttive comunitarie possono essere formulate attraverso un riferimento diretto alla legge di un paese terzo estraneo all'unione europea, come nel caso delle direttive 93/13 sulle clausole abusive, 97/7 sulle vendite a distanza, e 99/44 sulla garanzia nella vendita di beni di consumo, che utilizzano disposizioni di questo tipo *“gli Stati prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro”*, oppure in modo indiretto come nella direttiva 94/47 sulla multiproprietà la quale prevede che *“gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché, indipendentemente dalla legislazione applicabile, l'acquirente non sia privato della tutela accordata dalla presente direttiva, se il bene immobile è situato nel territorio di uno Stato membro”*.

Infine, attraverso lo strumento contenuto nella normativa comunitaria sulle *clausole abusive* si è voluto evitare che, nella stipulazione di un qualunque contratto tra un imprenditore e un consumatore, il primo, normalmente dotato di maggior forza contrattuale, riesca ad imporre alla parte più debole l'accettazione di clausole contrattuali vessatorie, vale a dire che determinano *“a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”* (Direttiva 93/13, art. 3). Lo strumento giuridico utilizzato per salvaguardare il consumatore consiste nel far sì che tali eventuali clausole non producano alcun effetto vincolante nei confronti del consumatore, il quale, pur avendo stipulato un contratto per l'acquisto di beni, diritti o per la fornitura di servizi, non sarà tenuto a rispettare quelle clausole contrattuali che, secondo l'interpretazione del giudice, risultino vessatorie, fermo restando che egli rimane vincolato alle rimanenti disposizioni contrattuali.

Per agevolare l'interprete (giudici, avvocati, operatori del diritto) come anche gli stessi consumatori, nell'individuazione delle clausole vessatorie, la direttiva propone in allegato un elenco di tipologie considerate tali. L'elenco ha carattere solo indicativo e non esaurisce altre ipotesi vessatorie.

La direttiva 93/13 pur riferendosi a qualunque tipo di contratto stipulato con un consumatore, si rivolge in particolare a quella tipologie di contratti dove l'uso di clausole vessatorie è certamente più accentuato, vale a dire i contratti predisposti unilateralmente da parte dell'imprenditore e contenuti in moduli o formulari in calce ai quali la controparte deve solo apporre la propria firma, senza possibilità, in genere, di discuterne il contenuto.

Vale qui la pena di ricordare, comunque, che la direttiva esclude dal suo campo d'applicazione le clausole contrattuali negoziate individualmente, vale a dire quelle che sono state oggetto di contrattazione tra le parti. Ora, questa limitazione di operatività ha sollevato in dottrina parecchie perplessità, in quanto è proprio in occasione di una negoziazione diretta, a tu per tu, tra le parti che può emergere quella sproporzione tra la forza contrattuale dell'imprenditore da un lato e del consumatore dall'altro. Quindi se una clausola abusiva viene inserita in un contratto

predisposto unilateralmente dall'imprenditore, questa si avrà come non apposta; mentre se una clausola abusiva viene inserita in un qualunque contratto non predisposto, la clausola sarà pienamente valida, alla sola condizione che l'imprenditore riesca dimostrare che quella clausola è effettivamente frutto di una contrattazione tra le parti.

Un ultimo rilevante strumento in materia di tutela del consumatore è quello che riguarda il sistema di *tutela inibitoria collettiva* che si affianca a quello, tradizionale, di tutela giudiziaria individuale.

In effetti, nel momento in cui si vuole rendere effettiva la tutela del consumatore, non si può non tenere conto dell'esistenza di una serie di ostacoli, di carattere sia pratico che economico, che potrebbero far desistere il cittadino dall'attivare il sistema giudiziario a tutela del suo diritto leso.

Da una parte, infatti, il costo necessario per potere accedere alla giustizia è elevato; basti pensare che il consumatore dovrà necessariamente rivolgersi ad un avvocato e chiedergli assistenza in un procedimento giudiziario che può durare molti mesi se non addirittura anni; dall'altra parte il cittadino-consumatore spesso non conosce esattamente i diritti che l'ordinamento gli attribuisce e i modi per tutelarli.

Per ovviare a queste carenze, la Comunità europea ha ritenuto di dover accordare ad alcuni enti pubblici e privati, e in particolare alle associazioni dei consumatori numericamente più rappresentative, la possibilità di agire in giudizio non solo per tutelare il diritto del singolo cittadino danneggiato, ma soprattutto per ottenere dal giudice un provvedimento che impedisca all'imprenditore di continuare ad utilizzare forme e strumenti contrattuali non corretti. Sono questi i principi ispiratori della direttiva n. 98/27 che ha per oggetto i *provvedimenti inibitori* in materia di tutela degli interessi dei consumatori, con la quale si sono armonizzate le norme nazionali in materia di esercizio di azioni inibitorie contro pratiche e comportamenti contrattuali in contrasto con il diritto comunitario.

In particolare, le associazioni dei consumatori possono chiedere al giudice di: a) ordinare, nel più breve tempo possibile ed eventualmente con procedimento d'urgenza, la cessazione di qualsiasi atto contrario alle direttive in materia di tutela del consumatore; b) adottare le misure necessarie per eliminare gli effetti del comportamento illecito anche mediante pubblicazione sui giornali della decisione.

Soggetti legittimati possono essere organi pubblici indipendenti, preposti alla tutela degli interessi dei consumatori, oppure le organizzazioni avente interesse a proteggere i consumatori, nonché le associazioni di categoria degli imprenditori, secondo criteri fissati dalle singole legislazioni nazionali.

A tale scopo gli Stati membri dovranno redigere un elenco degli enti legittimati ad esercitare l'azione inibitoria e ai quali dovrà essere rilasciato un attestato da esibire al giudice o all'autorità competente al momento di esercitare l'azione. Tale elenco sarà notificato alla Commissione e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea.

È questo uno dei punti più interessanti della direttiva e quello dal quale emerge con grande evidenza quali possano essere i vantaggi della integrazione europea e

della armonizzazione comunitaria.

Si prenda in considerazione l'ipotesi in cui un imprenditore situato nello Stato A offra i propri beni o servizi a cittadini dello Stato B mediante la stipulazione di contratti contenenti clausole abusive. Se l'imprenditore è convenuto nello Stato A, le associazioni dei consumatori dello Stato B potrebbero incontrare notevoli difficoltà nel costituirsi nello Stato A, sia per la possibilità che quello Stato non riconosca alle associazioni il diritto di accesso alla giustizia, sia perché anche laddove tale accesso è consentito spesso è limitato ad alcuni requisiti (rappresentatività, oggetto dello statuto, attività pregressa, ecc.) tali da rendere più difficoltoso agire in un altro Paese.

La direttiva invece formula due principi che nel diritto comunitario sono sempre più frequentemente utilizzati: quello del *controllo dello Stato d'origine* e quello del *reciproco riconoscimento*.

Il primo principio stabilisce che il riconoscimento e il controllo sulla legittimazione ad agire debba essere compiuto dalle autorità del paese in cui l'organizzazione dei consumatori opera, riconoscimento e controllo che devono essere effettuati secondo i principi e le regole stabiliti nella direttiva stessa.

Il secondo principio esprime invece la regola secondo la quale ogni Stato membro deve far sì che ogni associazione legittimata in uno Stato membro, ed inserita nell'elenco di cui sopra, abbia diritto ad accedere alla giustizia in qualunque altro Paese della Comunità, senza la necessità di provare ulteriormente la presenza di tutti i requisiti richiesti dalla Stato ove si è instaurato il procedimento.

5. *Gli effetti sugli ordinamenti nazionali*

L'introduzione di tutte queste nuove regole e questi nuovi strumenti giuridici, ha comportato una serie di importanti conseguenze per gli ordinamenti nazionali ed ha sollecitato l'interprete a svolgere alcune riflessioni.

Innanzitutto, oltre ad avere avuto l'effetto immediato ed evidente di introdurre soluzioni innovative agli stessi codici civili, l'intervento comunitario ha dato luogo, più in generale, all'introduzione di una nuova distinzione, sconosciuta fino ad ora in alcuni ordinamenti europei, come quello italiano ma non invece quello francese, tra *contratti civili e commerciali* da una parte e *contratti con i consumatori* dall'altra.

La creazione di tale nuova categoria sta conducendo gli ordinamenti nazionali verso una duplicità di regimi, a seconda che una delle parti sia o meno un consumatore. E' una differenza di regimi che ci ricorda quanto avviene in alcuni Paesi dove si distingue tra regole applicabili ai rapporti tra imprenditori o commercianti, da una parte, e regole applicabili ai rapporti tra cittadini, e che ci riporta alla mente la situazione italiana prima del codice civile del 1942, quando erano in vigore i due codici, uno di *diritto civile* e uno di *diritto commerciale*, quest'ultimo rivolto ad una classe di persone che si distinguevano per il loro *status* personale, quello di commerciante. Solo che, mentre nella distinzione tra codice civile e codice commerciale è l'appartenenza alla categoria di commerciante ad

attirare l'applicazione della normativa speciale, ora è il fatto di essere un consumatore a determinarne l'applicabilità.

Detto questo, non si può non rilevare che il problema della tutela del consumatore non è un problema affrontato soltanto dalla Comunità europea e soltanto negli ultimi anni.

In realtà gli Stati europei avevano sempre avuto a disposizione strumenti giuridici per correggere eventuali squilibri che si fossero verificati all'interno di un contratto. Il fatto è che i modelli nazionali erano diversi da quello comunitario; potevano essere più o meno efficaci, potevano essere più o meno garantisti, ma tutti gli ordinamenti possedevano una regolamentazione atta a risolvere situazioni di abuso a danno non solo del consumatore ma di qualunque altro soggetto, sia esso consumatore od imprenditore.

E' certo che l'intervento autoritativo, statale, allo scopo di correggere presunti squilibri contrattuali tra le parti è sempre stato visto come un fattore di disturbo e di ingerenza nei rapporti interprivatistici, ragione per cui negli ordinamenti giuridici continentali si è sempre cercato di limitare l'intervento statale ai soli casi più gravi.

Tanto è vero che per giustificare ed ammettere un eventuale intervento correttivo dello Stato non era sufficiente lo squilibrio nel potere contrattuale delle parti; occorreva che, nel caso concreto, vi fosse stata una *particolare debolezza* della parte, valutata individualmente, caso per caso, e a nulla rilevava il solo fatto di appartenere ad una categoria generalmente più debole. In questo senso il legislatore interveniva solo là dove si fosse verificata una situazione di *abuso*, di *sfruttamento* da parte di uno dei contraenti: *rescissione del contratto concluso in stato di bisogno* o in *stato di pericolo*, annullamento del contratto per *errore*, *violenza* o *dolo*, erano gli strumenti utilizzati per correggere gli abusi.

Non è corretto, dunque, ritenere che solo grazie all'intervento comunitario il legislatore nazionale abbia preso coscienza del fatto che il rispetto della libertà contrattuale possa nascondere degli abusi e che solo grazie all'intervento comunitario si sia dato vita, nell'Europa occidentale, ad un sistema di difesa del contraente debole.

Il fatto è che si tratta di modelli giuridici di tutela molto diversi. Il modello comunitario si applica a tutti i casi in cui vi sia un rapporto contrattuale tra un professionista da una parte, e un consumatore dall'altra; in altre parole, tra una persona che stipula un contratto per motivi professionali, da una parte, e una persona che stipula il contratto per motivi individuali, familiari e, comunque, non professionali, dall'altra. Il diritto di recesso può essere esercitato senza che si debba accertare il fatto che il consumatore si sia trovato effettivamente in una situazione di inferiorità rispetto al professionista.

Il contratto tra un consumatore e un professionista è sempre soggetto alle nuove regole speciali, e a nulla conta la verifica della effettiva diversa forza contrattuale delle parti. In sostanza, in questo settore opera la presunzione, si badi bene, assoluta e non relativa, che il consumatore sia un contraente debole.

La soluzione prospettata dal modello comunitario può essere più o meno condivisibile dal momento che essa costituisce pur sempre un modo per tutelare un

soggetto normalmente debole. E' tuttavia necessario sottolineare che, talvolta, anche un imprenditore può essere un contraente debole e che, del resto, un consumatore può non essere un contraente debole. Nel primo caso si pensi ad un rapporto tra due imprenditori, uno dei quali trovandosi in una situazione di difficoltà economica, si rivolge all'altro per ottenere un finanziamento. Anche questo soggetto, "inesperto" e "necessitato", potrebbe essere una potenziale vittima di abusi. Nel secondo caso si pensi ad un cittadino particolarmente esperto, magari un avvocato o un notaio, che deve stipulare un mutuo per acquistare un bene personale. Eppure nel primo caso non si potranno applicare le regole speciali a tutela del consumatore, mentre si potranno applicare nel secondo.

Sulla base di queste considerazioni, parte della dottrina italiana e straniera si è dimostrata molto critica nei confronti delle nuove regole contrattuali.

Più in particolare la critica riguarda il fatto che le direttive comunitarie in materia prendono in considerazione il motivo del contratto di acquisto (che deve essere *estraneo all'attività professionale*) e non l'effettiva debolezza del soggetto nella singola trattativa contrattuale. L'insieme delle regole previste dalle direttive comunitarie in materia di contratto non ha per oggetto la tutela *sempre e solo* del contraente debole. Essa ha per oggetto la tutela del consumatore *tout court* al di là del fatto che il consumatore sia, nel caso concreto, un contraente debole. Il contraente debole, sia esso imprenditore, commerciante, esercente un'attività professionale, o persona fisica che stipula un contratto con un'altra persona fisica non imprenditore, potrà eventualmente fare ricorso agli altri strumenti previsti nei modelli tradizionali, come l'*azione di rescissione* o l'*annullamento del contratto per errore*, violenza o *dolo*, purché sussistano tutti i presupposti previsti per esercitare la specifica azione.

6. Norme a tutela del consumatore o norme a tutela del commercio?

A volte viene da chiedersi se le nuove regole introdotte dalla Comunità europea siano più favorevoli al consumatore rispetto alle regole nazionali precedenti. Il dubbio nasce dalla considerazione che non è raro riscontrare situazioni in cui le nuove regole, se confrontate con quelle precedentemente in vigore in alcuni Paesi o se applicate a determinate fattispecie particolari, hanno abbassato la soglia di tutela del contraente debole o vittima di un abuso.

Si pensi al caso della responsabilità del produttore, che istituisce un regime di tutela del danneggiato non certo a lui più favorevole di quanto già stabilivano alcuni ordinamenti giuridici europei. Ad esempio, per quanto riguarda l'Italia, il nostro modello di responsabilità del produttore, così come era stato elaborato negli anni dalla giurisprudenza nazionale che aveva saputo superare le ristrettezze di una normativa codicistica troppo poco garantista, offriva una tutela per molti aspetti più ampia di quella che risulta dal modello comunitario previsto nella direttiva 85/374.

Tant'è vero che da un semplice riscontro delle sentenze nazionali in materia, emanate dopo l'attuazione della direttiva, risulta senza alcun dubbio che il

danneggiato preferisce, ancora oggi, fare ricorso al modello tradizionale, giurisprudenziale, piuttosto che alla legge di recepimento della direttiva.

Si pensi, inoltre, alla direttiva sulla vendita fuori dei locali di commercio o vendita a domicilio. Essa ha stabilito che l'acquirente-consumatore può recedere dal contratto entro otto giorni dalla stipulazione dello stesso. Il che significa che, di fronte ad una norma così chiara e precisa, qualunque giudice non potrà accordare nessuna tutela nei confronti di chi eserciti il recesso oltre il termine stabilito. Con il precedente sistema, in vigore nel nostro ordinamento, nel quale mancava una normativa specifica sul punto e non esisteva alcuna norma che ammettesse il diritto di recesso, i giudici, di fronte a situazioni di vendite tipicamente "aggressive" e che inducevano il consumatore inesperto a stipulare un contratto senza la precisa consapevolezza, avevano apprestato un sistema di tutela che faceva uso di alcuni strumenti già previsti nel nostro codice quali l'annullamento per errore, per violenza o per dolo, a seconda dei casi, e che permettevano di agire ben oltre il termine di otto giorni.

Non voglio assolutamente mettere in discussione l'importanza che le direttive a tutela del consumatore hanno avuto nella evoluzione del grado di protezione di un soggetto del rapporto contrattuale spesso effettivamente debole e talvolta vittima di soprusi da parte del commerciante.

Voglio semplicemente analizzare in modo obiettivo le soluzioni che la Comunità europea predispone allo scopo di attribuire all'intervento comunitario la sua giusta dimensione, valutando gli effetti positivi ma anche negativi che un intervento normativo, come spesso accade, può comportare. Solo una analisi obiettiva e che non si limiti a far risaltare esclusivamente gli aspetti positivi delle direttive permette di effettuare una valutazione corretta.

Questo fenomeno che ho sommariamente descritto e che si traduce in una inversione di tendenza rispetto ad alcuni modelli nazionali, si verifica molto spesso nel diritto comunitario, ed è la conseguenza del sistema istituzionale comunitario e dei meccanismi che stanno alla base dell'elaborazione e della successiva approvazione di una direttiva comunitaria. Le direttive sono, quasi sempre, frutto di un compromesso tra modelli giuridici diversi, tra Stati che cercano di imporre soluzioni a loro più gradite o più favorevoli. E, come tutti i compromessi, si realizzano solo nel momento in cui si raggiunge una posizione mediana, equidistante e non troppo sbilanciata a favore dell'uno o dell'altro dei modelli che si contrappongono.

E' evidente che, in questa situazione, il modello adottato da una direttiva sarà un modello che rispetto ad alcuni ordinamenti giuridici si pone ad un livello superiore di tutela, mentre rispetto ad altri si pone ad un livello inferiore; rispetto ad altri, invece, non comporterà mutamenti particolari né in un senso né nell'altro.

E' così che una stessa direttiva che si occupi, ad esempio, di tutela del consumatore, può essere considerata più o meno favorevole per il consumatore a seconda dell'ordinamento giuridico con cui viene messa a confronto, e non è possibile formulare un giudizio generalizzato, valevole per tutti gli Stati membri.

In realtà il vero grande vantaggio del consumatore europeo non va ricercato nelle singole soluzioni o nelle singole regole operative. Il vantaggio va ricercato pensando alla dimensione attuale del commercio. In un mercato sempre più globalizzato, ove circolano senza alcun limite, visto il principio comunitario della libera circolazione delle merci e dei servizi, prodotti provenienti da qualunque Paese della Comunità, ove si stipulano contratti per via elettronica o per telefono (si pensi in particolare alla diffusione che sta avendo l'*e-commerce* oppure anche gli stessi contratti di assicurazione via telefono) senza sapere a quale ordinamento giuridico appartiene la controparte e quali saranno le regole applicabili al contratto nel caso di controversie, è evidente che la prima esigenza del cittadino è la conoscenza e la certezza delle regole.

Sapere che qualunque sia il luogo in cui si stipula il contratto, qualunque sia il luogo di residenza della controparte, qualunque sia la legge applicabile, il consumatore ha sempre, in ogni caso, almeno quei diritti attribuitigli dalla direttiva, costituisce il vero vantaggio del consumatore comunitario.

Ma non va sottovalutato il fatto, espressamente previsto anche dagli stessi *considerando* che precedono le norme di ciascuna direttiva, che l'armonizzazione comunitaria delle regole sui contratti è indispensabile per il mercato e i suoi principali attori, gli imprenditori. In effetti, se si vuole realizzare il mercato unico europeo, un mercato nel quale le merci e i prodotti possano circolare ed essere vendute senza alcuna limitazione, così come se si trattasse di un mercato nazionale, è indispensabile dotare il mercato di regole il più possibile uniformi in modo che tutti gli operatori, in quanto sottoposti alle medesime regole giuridiche, siano posti sullo stesso piano e possano esercitare una effettiva concorrenza basata sui meriti organizzativi della propria azienda.

Un mercato è unico solo quando sono uniche le regole che lo governano. Così come sarebbe impensabile che, all'interno di uno stesso Stato, vi possano essere regole diverse, ad esempio in tema di responsabilità del produttore o di garanzie per vizi della cosa venduta, a seconda delle diverse regioni o aree, altrettanto è impensabile che vi possa essere un vero mercato unico europeo se non ci sono regole uniche europee.

Forse il consumatore non è la principale preoccupazione del legislatore comunitario, ma di sicuro trae tutti i vantaggi e i benefici che discendono dall'armonizzazione dei diritti nazionali in funzione del mercato unico e della concorrenza.

Summary

**CONSUMER PROTECTION IN EUROPEAN COMMUNITY WITH
SPECIAL EMPHASIS ON CONTRACTS**

This article analyses a number of Community norms that regulate consumer protection. Since this notion is customarily used in respect to health protection, redress for damages, but also protection of economic interests, the author is clarifying that his discussion is focused on the latter and, more precisely, it is directed toward Community's treatment of contracts among commercial companies and consumers, whose most important and indicative characteristics are being examined. The author points out that this legal regime has introduced significant substantive changes in respect to traditional presumptions in the majority of European civil codes: it has created a complete and independent system of contract law with special field of application whose solutions differ in a large extent from general contract law. The needs of common European market have dictated to all member-states new, uniform rules that, on the one hand, ensure substantive equal treatment of all commercial subjects that contact directly with citizens-consumers and, on the other hand, offer protection to the latter in the new and ever more modernized forms and manners of contracting. Avoiding the contract without stating the reason or justification, and the right to particularly detailed and precise information are the two most important aspects of the new European contract law, under which consumers in all member-states of the Community have been granted rights that were unimaginable only few years ago.

Key words: *consumer protection, contracts with consumers, right to avoid the contract, private law of the European Community.*

Zusammenfassung

**VERBRAUCHERSCHUTZ IN DER EU UNTER BESONDERER
BERÜCKSICHTIGUNG VON VERTRÄGEN**

Diese Arbeit analysiert eine Gruppe von Verträgen der EU, die den Verbraucherschutz reguliert. Da mit diesem Begriff üblicherweise der Schutz der Gesundheit und vor Schäden aber auch der Schutz von ökonomischen Interessen gekennzeichnet werden können, erklärt der Autor, dass sich die Analyse auf die letztere Bedeutung konzentriert, d.h. noch genauer, auf die Gesetze der Union, die sich auf Verträge zwischen Handelsgesellschaften und Verbraucher beziehen, deren wesentlichste Charakteristiken dargelegt werden. Der Autor zeigt, dass diese Gruppe von Vorschriften bedeutende materielle Veränderungen in Beziehung auf den traditionellen Ausgangspunkt der meisten europäischen bürgerlichen Gesetzbücher eingeführt hat, und dies in solchem Maße, dass es sich um ein völlig selbständiges

System des Vertragsrechts für Sonderfälle handelt, dessen Verordnungen sich von denen des allgemeinen Vertragsrechts wesentlich unterscheiden. Die Bedürfnisse eines einheitlichen europäischen Marktes haben allen Staaten der Union neue, uniforme Regeln auferlegt, die einerseits materiell einheitliches Umgehen mit allen wirtschaftlichen Subjekten, die in direkter Berührung mit den Verbrauchern sind, sichert und andererseits den letzteren in neuen modernen Vertragsformen und Arten der ihrer Schließung Schutz bieten. Das Recht auf Rücktritt ohne Angabe des Grundes oder Rechtfertigung sowie das Recht auf ausgesprochen detaillierte und genaue Informationen sind die beiden wichtigsten Aspekte des neuen europäischen Vertragsrechts, dank deren heute in allen Staaten der Union den Verbrauchern Rechte zuerkannt werden, die noch vor einigen Jahren unvorstellbar waren.

Schlüsselwörter: *Verbraucherschutz, Verträge mit Verbrauchern, Recht auf Rücktritt, Privatrecht, Europäische Gemeinschaft.*

Sommario

LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NELLA COMUNITÀ EUROPEA CON PARTICOLARE RIGUARDO AI CONTRATTI

Nel presente lavoro l'Autore analizza, nel suo insieme, il complesso di norme comunitarie che disciplinano la tutela del consumatore. Dopo aver premesso che con tale espressione normalmente ci si può riferire sia alla tutela della salute, sia al risarcimento dei danni subiti, sia infine alla tutela degli interessi economici, Egli precisa che l'analisi verterà su quest'ultimo aspetto e, più in particolare, sulla normativa relativa alla disciplina comunitaria dei contratti stipulati tra una impresa e un consumatore, disciplina della quale vengono posti in rilievo gli aspetti più significativi ed emblematici. L'Autore sottolinea come tale complesso di norme abbia introdotto sostanziali modifiche all'impostazione tradizionale della maggioranza dei Codici civili europei, al punto tale da condurre alla formazione di un vero e proprio diritto dei contratti dotato di regole speciali che si differenziano, notevolmente, rispetto a quelle regole che contraddistinguono il contratto in generale. Le esigenze del mercato unico europeo hanno imposto nuove regole uniformi in tutti i Paesi della Comunità allo scopo di assicurare una sostanziale parità di trattamento degli operatori economici che operano a contatto diretto con il cittadino-consumatore e, allo stesso tempo, hanno imposto di proteggere quest'ultimo da modi e forme di stipulazione contrattuale nuove e sempre più spregiudicate. Diritto di recesso senza alcun motivo o giustificazione, diritto ad ottenere una serie di informazioni estremamente precise e dettagliate, sono i due più rilevanti aspetti che caratterizzano il nuovo diritto europeo dei contratti, grazie al quale vengono oggi riconosciuti al consumatore, in tutti gli Stati della Comunità, diritti che solo fino a pochi anni fa non erano nemmeno ipotizzabili.

Parole chiave: *tutela del consumatore, contratti del consumatore, diritto di recesso, diritto privato della Comunità Europea.*

SUODLUČIVANJE ZAPOSLENIKA U TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

Dr. sc. Dragutin Ledić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.107
Ur.: 15. siječnja 2001.
Pr.: 31. siječnja 2001.
Prethodno priopćenje

Slobodno tržišno gospodarstvo postindustrijskog doba razvija se nezamislivo brzo i nezaustavljivo. Utjecaj novih tehnologija, informatizacije i sve širih tržišta, čemu osobito pridonosi nekritično širenje "globaliziranih tržišta" pretvarajući cijelu zemaljsku kuglu u "otvoreno i slobodno" jedinstveno tržište, čimbenici su na koje valja računati. Oni gospodarstvenici i pojedine zemlje koje sve to zanemaruju, teško će, nije pretjerano reći, u takvome natjecanju doći do ciljne vrpce. Najveći broj, međutim, već dugo vremena, s većim ili manjim koracima, ubrzanjem i afirmacijom ili pak trenutnim zastojima, usporavanjem ili stagnacijom razvija u okviru takvih gospodarstava i pravnih sustava suodlučivanje zaposlenika. To je neizbježni pratitelj ili još bolje rečeno, čimbenik svekolikog razvitka. Kakvo je stanje u Republici Hrvatskoj, poglavito kada je riječ o suodlučivanju zaposlenika u trgovačkim društvima i s točke motrišta trgovačkog prava, ispravnije prava društava, tema je ovoga rada.

Ključne riječi: zaposlenici, suodlučivanje, trgovačka društva, usuglašenost s usporednim pravom, zakonodavna rješenja.

Uvod

Suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima (njem. Mitbestimmung ili Drittelparität, engl. participation ili codetermination) predstavlja "civilizacijsku vrijednost koja u više od 150 godina stalnog i ustrajnog narastanja danas čini fenomen nazočan u svakodnevnoj praksi, institut međunarodnog i nacionalnog prava, a kada je riječ o ovome posljednjem, uređuju ga, svako na svoj način, ustavno, radno, socijalno, upravno, trgovačko i pravo društava, pa i kazneno pravo."¹

Upravo zbog mnogoznačnosti pojma suodlučivanja zaposlenika u praksi, zakonodavstvu, pa i pravnoj teoriji i književnosti, ovdje će se ukazati i na problem

¹ Kastner - Doralt - Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Wien 1990. s. 6., spominju još i pravo medija (Medienrechte) koje za predmet ima, pored ostalog, i suodlučivanje.

definiranja pojma "suodlučivanje", što i nije ništa neobično u pravnoj znanosti ima li se na umu ona stara latinska izreka "Omnes definitiones in iura periculosa sunt"!

Tako se npr. u njemačkoj pravnoj znanosti znade reći kako je suodlučivanje (Mitbestimmung) "određeno sudjelovanje zaposlenika odnosno namještenika preko njihovih predstavnika u odlukama njihovih poslodavaca odnosno gazda".² Govori se, također, u njemačkom pravu i o tomu kako je suodlučivanje nazočno na svim razinama hijerarhijskog odlučivanja u njemačkim poduzećima i uz minimum informiranosti, nazočnosti i suglasnosti zaposleničkih predstavnika.³

U domaćem pravu, mora se istaknuti, to najvećim dijelom, ako ne isključivo, "zanima" radno i socijalno pravo i ulazi u njegovo "područje". Suodlučivanje se označava "oblicima sudjelovanja i odlučivanja zaposlenih ne vlasnika u kojima se oni pojavljuju kao partner jednoj ili više privatnih ili pravnih osoba (pojedinaac, dioničar, država i sl.) koje su vlasnici sredstava za proizvodnju ili ih u tom svojstvu zastupaju."⁴ Govori se i o etapnom, faznom ostvarivanju suodlučivanja (participacije), pri čemu se razlikuju "ekonomska", "financijska" i "tehnološka", ali i druge vrste participacije, što je sve "u funkciji veće produktivnosti rada, više razine radnih i životnih uvjeta zaposlenika... i više razine životnog standarda uopće."⁵

Pojavu suodlučivanja u hrvatskom radnom pravu, koje inače može biti prema pozitivnim propisima "izravno i neizravno", pratilo je izvjesno nepovjerenje zbog instituta "samoupravljanja" koji je bio jedan od temelja socijalističkog sustava bivše Jugoslavije.⁶ Uzme li se u obzir i etička, a ne samo radno-pravna ili neka druga pravna strana rada, suodlučivanje zaposlenika čini dio "slobodnog subjektiviteta" tog zaposlenika glede izvršavanja radnih zadataka i odlučivanja o samome sebi.⁷

U mađarskom se pravu suodlučivanje načelno dijeli na izravno i neizravno, time da je od prvobitnih savjetodavnih ovlasti danas i u funkciji djelotvornog donošenja odluka zaposlenik postao aktivan subjekt, zajedno s poslodavcem.⁸

Stanje u susjednoj Sloveniji dovodi do zaključka kako se sudjelovanje zaposlenika uz vrlo aktivnu ulogu sindikata uglavnom ostvaruje na razini poduzeća,

² Münchener Rechts - Lexikon, Red. Horst Tilch, Band 2, Verlag C. H. Beck München, 1987., s. 962.

³ M. Lutter, Die unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland, Zbornik PFRI (1991.) v. 18 br. 2/1997., str. 483.

⁴ S. Juriša, Suodlučivanje zaposlenih u privredi SR Njemačke, Zagreb, 1991., str. 2.

⁵ M. Učur, Suodlučivanje (participacija u odlučivanju) radnika, Zbornik PFRI, (1991.) v. 19 br. 1/1998., str. 227.

⁶ Ž. Potočnjak, Workers' participation at the enterprise level in Croatia, Subregionalni skup "Različiti oblici sudjelovanja zaposlenika u odlučivanju na razini poduzeća u zemljama središnje i istočne Europe - izazovi i perspektive", Zagreb, 17.-18. 10. 1997., p. 2.

⁷ A. Lončarić, Sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju, u Zborniku radova "Zaposlenička vijeća - ustroj - prava - obveze", Zagreb, 1996., str. 12.

⁸ L. Nagy, Workers' participation in Hungary, Subregionalni skup "Različiti oblici sudjelovanja zaposlenika u odlučivanju na razini poduzeća u zemljama središnje i istočne Europe - izazovi i perspektive", Zagreb 17.-18. 10. 1997., p. 2.-5.

iako se, jednako kao i u Hrvatskoj, može govoriti o jednoj vrsti suodlučivanja u oblasti zdravstva i zdravstvenog osiguranja.⁹

U nizozemskom se pravu, zahvaljujući praksi koja se uspješno razvija od 1971. godine uvođenjem "radničkih vijeća", suodlučivanje zaposlenika ističe ne samo u njihovome, vlastitom, interesu, dapače tvrdi se kako oblici sudjelovanja zaposlenika u trgovačkim društvima izravno brinu i o "javnom interesu" (public interest) i tako imaju višestruko značenje.¹⁰

Konačno, ako je riječ o suodlučivanju zaposlenika prema propisima Europske Unije, onda se o istome govori u smjernici o Europskom vijeću rada (eng. EWC Directive, njem. EAR Richtlinie). U čl. 1. ističe se "pravo zaposlenika na obaviještenost i savjetovanje s obzirom na transnacionalno odlučivanje."¹¹ To je i posve očekivano, s obzirom da se odredbe smjernice neće izravno primjenjivati u zemljama članicama EU, već na način kako to i priliči pravu Europske unije.¹²

U pravnoj se teoriji, jednako kao i u praksi, ističu i drugi pojmovi odnosno termini uz ovdje već spominjane suodlučivanje i participaciju, kao što su: suodređivanje, suutjecanje, industrijska demokracija, zajedničko konzultiranje, radnička demokracija, pogonska ili poduzetna demokracija i sl.¹³ Čini se da će za ovaj rad, nadati se i za sve one koji će crpiti spoznaje i zaključke ovoga rada, biti posvema dovoljno, praktično i pojednostavljeno ako se ostane kod izričaja "suodlučivanje", kako je to u naslovu i naglašeno. To ne znači da se neće uporabiti i neki od spomenutih i u praksi nazočnih izričaja, ako i kada to bude izgledalo primjerenije i potrebnije. U svakom slučaju to može samo pridonijeti svestranijem proučavanju tog pravnog instituta.

Uvodno, još jedna napomena: problem i pravni institut suodlučivanja u ovome radu uglavnom će se promatrati s motrišta trgovačkog prava odnosno prava društava. Nažalost, u domaćem se i trgovačkome i pravu društava o tome vrlo malo pisalo, pa će se oslonac tražiti u odgovarajućoj pravnoj književnosti usporednog prava. Glede određenja ovog i dodirnih instituta u radnome pravu autor ovog rada slobodan je stoga uputiti čitatelje na dio te pravne literature i domaćeg i inozemnog podrijetla od koje se u ovome radu jedan njen dio neizbježno i vrlo opravdano ističe i spominje.¹⁴

⁹ P. Končar, *Forms of workers' participation at the enterprise level in Slovenia*, Subregionalni skup "Različiti oblici sudjelovanja zaposlenika u odlučivanju na razini poduzeća u zemljama središnje i istočne Europe - izazovi i perspektive", Zagreb 17.-18. 10. 1997., p. 1.-2.

¹⁰ J.M.M. Maeijer, *A Modern Company Law System - Commentary on the 1976 Dutch Legislation*, Rotterdam 1978 p. 213.-216.

¹¹ C. Engels - L. Salas, *Workers' participation at european level: European works council*, Subregionalni skup "Različiti oblici sudjelovanja zaposlenika u odlučivanju na razini poduzeća u zemljama središnje i istočne Europe - izazovi i perspektive", Zagreb 17.-18. 10. 1997., p. 1.-2.

¹² D. Ledić - N. Bodiroga-Vukobrat, *Europsko pravo*, Pravni fakultet u Rijeci, 1998., str. 66.-68.

¹³ S. Juriša, *ibid.*, str. 1., spominje još i izričaje: "heteroodlučivanje, sudjelovanje, radnička kontrola, gospodarska demokracija, radničko samoupravljanje, tripartitno odlučivanje i sl."

¹⁴ Tako npr. Ž. Potočnjak, M. Učur, S. Juriša, A. Lončarić, D. Marinković-Drača, I. Marjanović, V. Mlinarić, H. Kohl, G. Leminsky, L. Nagy, P. Končar, B. Žaja i drugi.

1. Postavljanje problema

Zakon o trgovačkim društvima svojim sadržajem i rješenjima znači u svakom pogledu temeljni propis za gospodarske djelatnosti u Republici Hrvatskoj i očekivano ima ulogu "podloge drugim propisima kojima se uređuje gospodarski sustav zemlje."¹⁵ S obzirom na materiju, "zadivljujući" opseg (izvorno čak 647 članaka!) te uz činjenicu da mu ipak nedostaju odredbe o trgovačkim poslovima (ugovorima), vrlo je blizu označavanja "trgovačkim zakonikom" ili na neki sličan način.¹⁶

Međutim, u tome pogledu, pa i inače, hvaljeni i rješenjima iz usporednoga prava primjereni ZTD nije niti jednom jedinom odredbom, niti jednom riječju spomenuo suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima! Iznevjerio je i svoje, inače prilično dobro slijeđene, inozemne uzore, poglavito iz njemačkog i austrijskog prava.

Iz jedne krajnosti, a to su ona rješenja što ih je nekoć propisivao i u praksi oživotvorio Zakon o udruženom radu, kao i neki drugi propisi bivšeg sustava, prema čijim su rješenjima "udruženi radnici" bili sve i svašta, ili je barem trebalo takvo što postojati, i gdje je svrha bila "udružiti rad i sredstva" bez propisivanja (niti u primislama, op. D.L.) dobiti ili neke druge imovinske koristi u poslovanju gospodarskih subjekata, sada se otišlo u drugu krajnost.¹⁷ I dok sav suvremeni tržišno orijentirani svijet ne može ni zamisliti nadzorni odbor, ili kako se već u konkretnome pravnome sustavu naziva tijelo koje obnaša funkciju glavnog kontrolora u trgovačkome društvu, bez suodlučivanja zaposlenika (njem. Mitbestimmung),¹⁸ o tome u našem ZTD-u ni traga, ni glasa!

Ukoliko se u vrijeme donošenja ovog zakonskog propisa i moglo sve to razumjeti, s obzirom na posljedice i uspomene što ih je ostavilo sveukupno "socijalističko samoupravno društvo", a prije svega i najviše u gospodarstvu, očekivati je sada određene promjene u propisima kako bi se u nadzornim odborima našlo mjesta i za predstavnike zaposlenika.¹⁹

Ozbiljan pomak u otklanjanju stanja, doduše s motrišta radnog prava, a manje prava društava, značilo je i donošenje, stupanje na snagu i primjena Zakona o radu.²⁰

¹⁵ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, Zagreb, 1999., str. 99.

¹⁶ Tako npr. D. Ledić, *Neka razmišljanja o trgovačkim društvima i obrtu u svjetlu ponuđenih zakonskih rješenja*, *Privreda i pravo* 5.-6./1993., str. 405., V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, 1995., str. 7. ističe da su ZTD i ZOO "temelji za naše trgovačko pravo."

¹⁷ D. Ledić, *Ustroj dioničkog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, *Zbornik radova EFRI* 1/1996., str. 85.

¹⁸ Hoffmann - Becking, u *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4, *Aktiengesellschaft*, Verlag C.H. Beck, München 1988. s. 237.-241.

¹⁹ Kastner - Doralt - Nowotny, *Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts*, 5. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung Wien 1990. s. 247., objašnjavaju razloge "trojnog pariteta" u nadzornom odboru i propisanog neparnog broja članova, koji mora biti djeljiv sa znamenkom 2! To isto i naš ZTD (ZTD, čl. 254., pa i čl. 435.).

²⁰ Zakon o radu objavljen je u "Narodnim novinama" broj 38/95., i stupio je na snagu osmoga

Naime, promatra li se isključivo institut suodlučivanja zaposlenika (zakonski termin: sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju, op. D.L.) u Zakonu o radu (čl. 132.-158., ZOR), to je pravo "zajamčeno" putem zaposleničkog vijeća.²¹ Iako se u ovlastima zaposleničkog vijeća često ističu dijelom obavještajne, a dijelom savjetodavne funkcije tog tijela u zaštiti i promicanju interesa (ali i prava, op. D.L.) zaposlenika, vrlo su indikativne odredbe kojima se odluka poslodavca "uvjetuje" pribavljanjem prethodne suglasnosti zaposleničkog vijeća.²² Upitno je, međutim, kako se u praksi sve to primjenjuje i je li položaj zaposlenika, poglavito u društvima kapitala prema hrvatskom pravu društava, time započeo uzlazni put k recentnome stanju u razvijenim zemljama Zapadne Europe i šire.²³

Sve naprijed rečeno treba imati u vidu kada se u središte proučavanja stavi problem suodlučivanja zaposlenika u hrvatskim trgovačkim društvima *de lege lata*, a još više *de lege ferenda*. Naime, postupak prilagodbe hrvatskog pravnog sustava zahtjevima, propisima i standardima Europske Unije, a dijelu tog postupka neosporno pripadaju Zakon o trgovačkim društvima i Zakon o radu jer su i rađeni kako bi od svog početka bili što je više moguće sukladni europskome pravu,²⁴ jest prigoda poboljšati oba spomenuta zakonska teksta, ali i mnoge druge postojeće zakonske i podzakonske akte u Hrvatskoj, te donijeti veći broj novih, sustavnijih i nedostajućih propisa.²⁵ Na djelu će biti osobita reforma hrvatskog pravnog sustava i na području prava društava, a s tim u svezi i suodlučivanja zaposlenika u trgovačkim društvima.²⁶ Znakovite primjedbe dolaze upravo na adresu ozbiljnog zaostajanja unatoč nastojanjima, pozitivnim propisima "izmisliti" nazočnost zaposleničkih predstavnika u nadzornim odborima društava kapitala u nas.²⁷ (Neka bude dopušteno ublažiti sve to izričajem *praeter*, a ne *contra legem*, op. D.L.)

dana po objavi, a u primjeni je od 1.1. 1996. godine (ispravci u NN 54/95. i 65/95.).

²¹ A. Lončarić, *ibid.*, str. 14., očituje se kako iz prava "sudjelovati u odlučivanju" ne proizlazi i obveza "zaposlenika za utemeljenjem zaposleničkih vijeća", dok se M. Učur, *ibid.*, str. 241. "boji" kolidiranja rada između sindikata i zaposleničkih vijeća.

²² A. Lončarić, *ibid.*, str. 22.-26.

²³ S. Juriša, *ibid.*, str. 162.-164.

²⁴ J. Barbić, Zakon o trgovačkim društvima, Privreda i pravo 3-4/1993., str. 154.-156., a za Zakon o radu vidjeti M. Učur, *ibid.*, str. 237.-240., kao i Ž. Potočnjak, *ibid.*, str. 29.-32.

²⁵ D. Ledić, Preoblikovanje društava, Zbornik PFRI, vol. 21.,1/2000., str. 168.-169., ističe primjer njemačkog Zakona o pretvorbi - preoblikovanju (njem. Umwandlungsgesetz - UWG), koji je stupio na snagu 1.1.1995. i obuhvaća 3 vrste pretvorbi (preobrazbi, preoblikovanja), o kojima tek djelomice govori naš ZTD.

²⁶ D. Joost, Mitbestimmung in der kapitalistischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, ZGR 2/1998. s. 339.-240., nalazi temelje za suodlučivanje zaposlenika u komanditnom društvu na dionice u par. 1/1 MitbestG (Zakona o suodlučivanju), jednako kao i u d.d.

²⁷ "Poslovni svijet" br. 572. od 21.6.2000., tjedni prilog "Večernjeg lista" u članku "Od jeseni predstavnici radnika u svim nadzornim odborima" najavljuje promjene ZTD-a, ali i posebno za 700 NO u "poduzećima u kojima država ima više od 25% dionica." U istome prilogu br. 587. od 4.10.2000. u tekstu "Propao projekt "Radnika u svaki nadzorni odbor", što se, pored ostaloga, opravdava pitanjem odgovornosti radnika za nezakonitosti u radu te odbijanjem sindikata kako nije definirano (nema propisa!, op. D.L.) koliko vrijedi glas radnika i na što oni mogu utjecati!

2. Stanje u usporednome pravu

Iako se mnogi povjesničari, skloni proučavati povijest radničkog suodlučivanja, industrijske demokracije i kako već sve ne označavaju pojavu sudjelovanja zaposlenika u upravljanju i odlučivanju u poduzećima, rudnicima i drugim gospodarskim subjektima²⁸, rado prisjećaju turbulentnih 1847.-1849. godina u Europi kao vremena kada se javljaju prvi pojavni oblici najjednostavnijih i najprimitivnijih utjecaja zaposlenika, gotovo se jednoglasno i sustavno promatranje tog društvenog, političkog i pravnog fenomena vezuje za posljednje godine trajanja Prvog svjetskog rata, vrijeme sovjetske oktobarske revolucije i velike svjetske gospodarske i općedruštvene krize. Ako je riječ o Njemačkoj, onda će tu, prije svega, zaslužiti pozornost početak primjene propisa o tarifnim ugovorima od 23. prosinca 1918. godine (njem. Tarifvertragsordnung), kojima se uvode odbori radnika odnosno namještenika u određenim poduzećima, poglavito vezanim za opskrbu vojske i potrošnju u gradovima. Zakonom o vijećima pogona iz 1920. godine (njem. Betriebsrätegesetz) u poduzećima s više od 20 zaposlenika propisuje se nazočnost dvojice zaposleničkih predstavnika u članstvu nadzornog odbora dotičnog poduzeća.²⁹

Isključujući prekid koji je trajao za vrijeme tzv. Trećeg Reicha (1933.-1945.), pravni pisci suglasni su u ocjeni kako se proces suodlučivanja zaposlenika u njemačkome gospodarstvu, i zakonodavno, ali što je još važnije, praktično i djelotvorno nalazi u konstantno uzlaznoj liniji.³⁰

Najkraću potvrdu može se dati isticanjem kronologije propisa koji nakon uspostavljanja SR Njemačke uređuju problematiku suodlučivanja:

1. 1951. godine donesen je Zakon o suodlučivanju zaposlenika u nadzornim odborima i upravama poduzeća rudarstva i industrije za proizvodnju željeza i čelika, poznat u njemačkoj terminologiji pod kraticom "MontanmitbestG" a sustav suodlučivanja se uobičajeno označuje kao "Montan-suodlučivanje".

Zanimljivost odredbi ovoga zakonskog propisa ogleda se u obvezatnosti zaposleničkih predstavnika u nadzornom odboru dioničkog društva, društva s ograničenom odgovornošću i tzv. rudarskim zajednicama s više od 1000 zaposlenika.³¹ Broj zaposleničkih predstavnika u tim nadzornim odborima iznosi do jedne polovice, time da se u slučaju tzv. "pat-pozicije", kada je neriješen rezultat, odluka donosi uz pomoć "neutralnog člana", a to je osoba koja ne može zastupati odnosno predstavljati ni zaposlenike, ali ni dioničare odnosno članove društva.³²

²⁸ S. Juriša, *ibid.*, str. 1.

²⁹ M. Lutter, *ibid.*, str. 486.

³⁰ H. Kohl, *Prava zaposlenika - zaposleničko vijeće - Sindikat Friedrich Ebert Stiftung*, Ured u Zagrebu, 1998. str. 13.-14., isto i S. Juriša, *ibid.*, str. 11.-17., B. Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1994., s. 238.-239.

³¹ Nadzorni odbor mogu sačinjavati 11, 15 ili 21 član, time da "sastav" zaposlenika čine i "neposredni" djelatnici, ali i predstavnici sindikata koji postoje u tom poduzeću (par. 4.).

³² M. Lutter, *ibid.*, str. 486.

2. 1952. godine ustrojava se suodlučivanje na razini pogona kao temeljne poduzetničkoproizvodne ustrojbene jedinice, zahvaljujući Zakonu o uređenju pogona (njem Betriebsverfassungsgesetz - krat. BetrVG '52), i to tako da unutar pogona postoje vijeća, dok na razini poduzeća koje zapošljava više od 500 zaposlenika do 1/3 članova nadzornog odbora čine predstavnici zaposlenika.³³

3. Zakon o suodlučivanju iz 1976. godine (njem. Mitbestimmungsgesetz - krat. MitbestG '76),³⁴ regulira institut suodlučivanja u velikim poduzećima (s više od 2000 zaposlenika), gdje jednu polovicu nadzornog odbora čine predstavnici zaposlenika. U slučaju tzv. "pat-pozicije", tj. jednakog broja glasova, predsjedniku tog odbora daje se "pravo dvostrukog glasa" (njem. Doppelstimmrecht), a ne nekoj trećoj osobi od čije bi odluke ovisila i konačna odluka tog tijela.³⁵

Uz ove propise valja neizostavno spomenuti i to da Akt-Gesetz u par. 95., kada regulira broj članova i sastav nadzornog odbora u dioničkom društvu, izrijeckom zahtijeva uključenje u njegov sastav predstavnika zaposlenika, sukladno odredbama MitbestGesetzta i MontanmitbestGesetzta.³⁶ Posve identično rješenje nalazi se u par. 52 GmbH-Gesetzta, što sve potkrepljuje izrečenu tvrdnju kako naš ZTD u tome dijelu nije slijedio svoje uzore iz njemačkog ni austrijskog prava.³⁷

Austrijsko zakonodavstvo uređuje tzv. opće i posebno sudjelovanje zaposlenika, time da se tzv. opći sustav pojavljuje u gospodarstvu i trgovačkim društvima, dok se o posebnom sustavu govori glede javnih djelatnosti i službi.³⁸ To, međutim, ne znači da se, zahvaljujući primjeni Zakona o pogonskim vijećima, od 1919. godine (njem. Betriebsrätegesetz), u nadzornom odboru dioničkog društva (par. 110./4. Akt-Gesetzta) odnosno društva s ograničenom odgovornošću (par. 30.g/4. GmbH-Gesetzta) sukladno Zakonu o radnom ustroju (ArbVG), neće pojaviti i odgovarajući broj zaposleničkih predstavnika u ulozi punopravnog člana tog tijela. Dapače, to se u pravnoj teoriji i inače označava osobitom ulogom, jer predstavnici zaposlenika "svojim mjestom i glasom" u nadzornom odboru utječu na postojanje i poslovanje dotičnog trgovačkog društva.³⁹

U susjednoj Sloveniji, ostavljajući po strani razdoblje do 1991. godine kada je i ondje kao i u Republici Hrvatskoj bilo istovjetno stanje, danas je u zakonodavnoj

³³ Pogonska vijeća broje od 3 do 33 člana, ukoliko je ukupno zaposleno od 20 pa naviješe zaposlenika. Gdje je manji broj zaposlenika, ne osniva se ovo tijelo, već se bira opunomoćitelj koji sudjeluje u radu određenih tijela poduzeća.

³⁴ S. Juriša, *ibid.*, str. 118., ukazuje na "prepoznavanje" ovog zakona kao "općeg" u odnosu na ranije spomenuta dva zakona.

³⁵ G.H. Roth, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Verlag Vahlen München 1994. s. 37.-38., isto i B. Grunewald, *ibid.* s. 239., kao i Hoffmann - Becking, *ibid.*, s. 259.-262.

³⁶ Baumbach/Hueck, *GmbH-Gesetz*, 15. völlig neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München 1988. s. 977.-978. te 986.-987.

³⁷ D. Ledić, *Ustroj dioničkog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, str. 85.

³⁸ A. Ravnić, *Radničko sudjelovanje u upravljanju organizacijom*, Zbornik PFZ, 44, br. 5-6/1994., str. 558.-559.

³⁹ Kastner - Doralt - Nowotny, *ibid.*, s. 254.-256.

regulativi kao i u praktičnome životu suodlučivanje zaposlenika kategorija o kojoj tamošnji Ustav iz 1991. godine (čl. 75.-77.) tek načelno govori.⁴⁰ Zapravo, te se ustavne odredbe i načela, osobito ona iz čl. 75., razrađuju u Zakonu o sudjelovanju zaposlenika u upravljanju (Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju), iz 1993. godine. Time se vrlo znakovito omogućava kolektivna i posredna, ali i individualna i izravna participacija.⁴¹ Uz to, kako vele neki pravni pisci kada analiziraju ovaj slovenski zakon,⁴² treba spomenuti da tamo (trgovačko odn. "gospodarsko" društvo i zadruga) gdje je zaposleno više od 500 radnika postoji i tzv. radnički direktor ("delavski direktor"), dok se u nadzornom odboru gdje je zaposleno do 1000 radnika javlja 1/3 članova koji su predstavnici zaposlenika, a tamo gdje ih je više od 100 zaposlenih, članovi nadzornog odbora su najmanje polovica iz reda zaposleničkih predstavnika.

Također u susjednoj Mađarskoj suvremeni oblici sudjelovanja zaposlenika u odlučivanju prate tendencije ostalih razvijenih zemalja Europe, pa se karakterističnim ističe postojanje izravnog suodlučivanja kroz više razina "zaposleničkih vijeća" i "vijeća poduzeća",⁴³ čije su ovlasti "ne samo široke, nego i sadržajne i djelotvorno ostvarive."⁴⁴ S točke motrišta prava društava vrijedi istaknuti propis Zakona br. VI., iz 1986. godine,⁴⁵ koji određuje da u poduzeću (društvu) s više od 200 zaposlenika jednu trećinu članova nadzornog odbora biraju sami zaposlenici.

Stanje u nizozemskome pravu, gdje se, kako je to uvodno istaknuto, od 1971. pojavljuju "radnička vijeća", dobiva na značenju i zbog nekih drugih pojavnih oblika koje se ne može sresti često ili gotovo nikako i u drugim pravnim sustavima. Misli se, prije svega, na institut zaposleničkih kontrolnih direktora (eng. Employers' Supervisory Directors), kojima nije zadaća štiti interese zaposlenika već javni interes (public interest factor) u poduzećima. Time se odstupa od prakse drugih zemalja članica EU.⁴⁶ Isto tako misli se i na mogućnost da sam nadzorni odbor po isteku četverogodišnjeg mandata može smijeniti svoje članove, a radničkome vijeću i poslodavcu ostaje pravo veta na takvu odluku.⁴⁷

Nastojanja da se u Francuskoj ostvari suodlučivanje zaposlenika sukladno suvremenim kretanjima u drugim europskim zemljama mnogi vezuju za 1936. godinu, kada su u nacionaliziranim poduzećima osnivane delegacije zaposlenika u

⁴⁰ P. Končar, *ibid.*, str. 1.-2.

⁴¹ P. Končar, *ibid.*, str. 5.

⁴² A. Ravnić, *ibid.*, str. 561.

⁴³ L. Nagy, *ibid.*, str. 3.-4.

⁴⁴ A. Ravnić, *ibid.* str. 562.

⁴⁵ Mađarsko zakonodavstvo zadržalo je ovakvu tradiciju označavanja zakonskih propisa. Za podsjetiti je da je zajednički ugarsko-hrvatski sabor 1875. godine donio zakonski članak br. XXXVII., a to je u našoj "nomenklaturi" Hrvatski trgovački zakon iz 1875. godine.

⁴⁶ J.M.M. Maeijer, *ibid.*, p. 227.-228.

⁴⁷ S. Juriša, *ibid.*, str. 160.

svrhu ispunjavanja i kontrole kolektivnih ugovora.⁴⁸ Nakon završetka Drugog svjetskog rata zakonodavnim se aktima (npr. Auroux Code o participaciji zaposlenika te Ordonnance de participation des... od 17.8.1967. godine), kao i razvijenom djelatnošću sindikata i zaposlenika s jedne strane, te poslodavaca s druge strane, pojavljuju, najprije, pogonska povjerenstva (comités d'entreprise), a potom i sudjelovanje zaposleničkih predstavnika u poduzećima s više od 50 zaposlenika. Njihov broj nije mogao biti manji od dva člana u nadzornom tijelu (odboru) i često se sve svodilo na pravo informiranosti i savjetodavnog predlaganja.⁴⁹ Daljnji razvitak doveo je, osobito u povezanim društvima, do osnivanja odbora (povjerenstva) povezanog društva, u komu sudjeluju uz poslodavce predstavnici zaposlenika i sindikata u čijoj je nadležnosti, prije svega, poslovna i financijska politika i poslovni uspjesi uopće. Od 1986. godine i u privatnim poduzećima s više od 1000 zaposlenika predstavnici zaposlenika imaju položaj članova gospodarskog povjerenstva čije su nadležnosti istovjetne s onima u naprijed spomenutome odboru (povjerenstvu) u povezanome društvu - koncernu.⁵⁰

Engleska iskustva u suodlučivanju zaposlenika nastala također u poraću Drugog svjetskog rata bila su izvaninstitucionalna, plod suradnje laburističke vlasti i sindikata i jednostavno su na taj isti način i ugašena povjerenstva koja su isključivo na savjetodavnoj osnovi skrabila o "sigurnosti, zdravlju i dobrobiti zaposlenika."⁵¹ Međutim, rasprave koje su uslijedile, zahvaljujući prije svega snazi i utjecaju sindikata (trade union), dovele su i do zakonodavnih rješenja: Najprije Zakon o zapošljavanju (Employment Act), iz 1982. godine, a onda i Zakon o poduzećima - društvima (Companies Act), iz 1989. godine, pravno uređuju suodlučivanje (participation) zaposlenika, kako pretežito s radnopravnog, tako i s gospodarsko-poduzetničkog motrišta.⁵²

Zanimljivost prilika u engleskome pravu jest i to da se uporno "lome koplja" oko zajedničkoga i/ili odvojenog pojavljivanja zaposlenika i sindikata u postojećim oblicima participacije. Ako to neće riješiti nacionalno zakonodavstvo, a očekivanja su da znatnijeg jačanja suodlučivanja neće biti,⁵³ oči zagovaratelja znatnijeg utjecaja i boljeg položaja zaposlenika u Velikoj Britaniji uprte su rješenjima koja se očekuju

⁴⁸ S. Juriša, *ibid.*, str. 157.

⁴⁹ H.J. Sonnenberg, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Auflage, Heidelberg 1991. s. 78.

⁵⁰ Y. Guyon, *Das Recht der Gesellschaftsgruppe in Frankreich*, u knjizi *Konzernrecht im Ausland* (M. Lutter, Hrsg.) Walter de Gruyter, Berlin-New York 1994. s. 89.-90., ističe da je izmjenom zakona "Auroux" od 28.10.1982. kroz vijeće pogonske grupe (comités d'entreprise de groupes) ostvareno "bolje razumijevanje zaposlenika i poslodavaca."

⁵¹ S. Juriša, *ibid.*, str. 160.

⁵² D.D. Prentice, *Das Recht der Gesellschaftsgruppe in Großbritannien*, u knjizi *Konzernrecht im Ausland* (M. Lutter, Hrsg.) Walter de Gruyter, Berlin-New York 1994. s. 101.-102., govori o zaštiti interesa zaposlenika i u društvu-majka i u društvu-kćerka, sudjelovanjem zaposleničkih predstavnika u upravi odnosno kroz obvezu "direktno skrbiti o interesima zaposlenika."

⁵³ D.D. Prentice, *ibid.*, s. 102.

u okviru Europske Unije.⁵⁴

Kakvo je suodlučivanje zaposlenika u europskom pravu, pod kojim se pojmom uobičajeno misli na pravo Europske Unije, nadnacionalne gospodarske i političke općedruštvene integracijske cjeline?⁵⁵

Svakako treba istaknuti da i ovdje, istovjetno kao i u pravu društava, ne postoji jedinstveno europsko pravo već da se radi o zbroju nacionalnih prava koja se uzajamno približavaju, usuglašavaju i "europski standardiziraju."⁵⁶ To, nadalje, ima značiti da će se i pravo zaposlenika na suodlučivanje, također, na području Unije i svih zemalja članica usuglašavati (harmonizirati) i ujednačavati donošenjem smjernica (naputaka!).⁵⁷ Dapače, ima autora koji takvu obvezu tijela Europske Unije (nekada EEZ, op. D.L.!) nalaze u čl. 54./3. izvornih Rimskih ugovora iz 1957. godine.⁵⁸

Na toj razini u okviru Europske Unije valja spomenuti dvije inicijative koje izravno imaju i mogu imati utjecaja na cjelokupni institut suodlučivanja, a osobito u onome dijelu koji regulira djelovanje zaposleničkih vijeća.⁵⁹ To je smjernica o Europskom zaposleničkom vijeću (njem. Europäische Betriebsrat Richtlinie, engl. European Work Council Directive), iz 1994. g., čije su temeljne odredbe o pravu zaposlenika na informiranost (obaviještenost) i savjetovanje u okviru pogona i poduzeća. Zanimljivosti ove smjernice mogu se ovdje opisati u dva pravca: prvo, smjernica ne pravi nikakvu razliku između privatnih i nacionaliziranih poduzeća kada su ispunjeni u njoj propisani uvjeti za postojanje zaposleničkog vijeća, i, drugo, Velika Britanija za sada ne pokazuje "zanimanje" za provedbu onoga što je u ovoj smjernici predviđeno.⁶⁰

Ostali, u usporednome pravu, a osobito zemljama članicama EU kao što su Austrija i Njemačka, poznati oblici suodlučivanja zaposlenika u trgovačkim društvima nisu obuhvaćeni ovom smjernicom. S obzirom da se oko nacrtu smjernice o europskom dioničkom društvu, iako je u raspravi od 1989. godine, nisu usuglasile sve zemlje članice, ostaje u svakoj od njih posebno, vlastito uređenje suodlučivanja zaposlenika u nadzornim odborima i drugim tijelima.⁶¹

⁵⁴ S. Juriša, *ibid.*, str. 160.-161.

⁵⁵ T.C. Hartley, *ibid.*, str. 9.-10.

⁵⁶ M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, Zbornik PFRI, vol. 17, br. 2/1996., str. 244.-245.

⁵⁷ M. Lutter, *ibid.*, str. 243.

⁵⁸ U tom smislu i M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1996., s. 10.-11.

⁵⁹ G. Leminsky, *Povijest i budućnost zastupanja zaposleničkih interesa u Europi - teze o suodlučivanju*, u knjizi *Djelatnost i praksa zaposleničkih vijeća u Mađarskoj, Sloveniji, Hrvatskoj i SR Njemačkoj*, Hans Bucker Stiftung - Friedrich Ebert Stiftung (Budimpešta 2.-6.6.1998), str. 107.-108.

⁶⁰ C. Engels - L. Salas, *ibid.*, p. 4.-5.

⁶¹ M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, Zbornik PFRI str. 257.-258., isto i D. Joost, *ibid.*, s. 350.-351.

3. Hrvatska regulativa i praksa o suodlučivanju

Poštujući položaj i značenje ustavnih propisa u hijerarhiji svakog pravnog sustava, pa tome dosljedno i hrvatskog pravnog sustava, neizbježno je na prvome mjestu spomenuti odredbu čl. 55./4. Ustava RH, koja doslovce glasi: "Zaposleni mogu imati, u skladu sa zakonom, udjela pri odlučivanju u poduzeću." Citirana ustavna odredba predstavlja izvorni propis Ustava RH od 22.12.1990. godine, tako da promjene do kojih je došlo u ovome najvišem pravnome aktu u studenome 2000. godine nisu ni najmanje utjecale na nju, niti je, što se moglo očekivati s obzirom na promjene do kojih je došlo početkom 2000. godine, unijeta niti jedna daljnja odredba koja bi se ticala suodlučivanja zaposlenika u trgovačkim društvima (poduzećima).⁶²

Zakonsko određenje suodlučivanja zaposlenika, u užem smislu zakona kao općeg pravnog propisa, najviše i najdetaljnije, može se slobodno reći nažalost i jedino, nalazi se u propisima Zakona o radu (NN, 38/95., 54/95. i 65/95.), mada ima autora koji i u odredbama Zakona o zaštiti na radu (NN, 59/96.) i Zakona o zdravstvenom osiguranju (NN, 1/97.) vide dio odredaba koje uređuju ovu materiju.⁶³

Kako je već naprijed istaknuto u ovome radu, težište je na proučavanju sudjelovanja zaposlenika u trgovačkim društvima (poduzećima, pogonima i sl.) s motrišta trgovačkog ili, još ispravnije, prava društava, pa se o rješenjima što ih sadrži Zakon o radu neće iscrpno autor ovoga rada ni baviti i sve čitatelje upućuje na ovdje citirane radove i autore, inače vrsne znanstvenike i stručnjake radnoga prava, ali i na ostale.

Dopustit će se samo nekoliko misli o povijesti i genezi suodlučivanja zaposlenika na prostoru Republike Hrvatske i uopće bivše zajedničke države. To će, nadamo se, potpunije objasniti i određenu suzdržanost zakonodavca te relativno siromaštvo i sporost, kao i ne baš osobito uspješan razvitak suvremenih oblika suodlučivanja zaposlenika u nas.

Dakle, socijalistička Jugoslavija (i SR Hrvatska kao njen integralni dio), iznimno ideološki ustrojena u svakome segmentu društvenog, gospodarskog i pravnog života, pa tako i na području radnih i socijalnih prava, uvela je 1950. godine tzv. "radničko samoupravljanje" temeljeći to na idejama marksističke teorije "tvornice radnicima". Valja se podsjetiti da su sredstva za proizvodnju i najvećim dijelom sredstva rada bila najprije u državnom, a potom u društvenom vlasništvu, što je imalo, a i danas postoje pogubne posljedice, nesagledive negativne učinke na cjelokupno društveno-ekonomsko stanje i odnose u društvu.

Prije svega, od prvih radničkih savjeta pa do tzv. organizacija udruženog rada, koje je najvećim dijelom propisivao Ustav SFRJ iz 1974. godine, ali i "famosni" Zakon o udruženom radu, nije se skrbilo o uspješnosti u poslovanju,

⁶² Promjene Ustava RH objavljene su u "Narodnim novinama" br. 113/2000. i stupile su na snagu danom proglašavanja, tj. 9.11.2000. godine.

⁶³ Ž. Potočnjak, *ibid.*, str. 25.-26., A. Lončarić, *ibid.*, str. 6.-9., dok A. Ravnić, *ibid.*, str. 566.-567., na prilično neuvjerljiv način govori o "radničkom sudjelovanju" u d.d. i d.o.o.!

ostvarivanju dobiti i mogućnosti učinkovitog natjecanja na tržištu. Ideja "radničkog samoupravljanja", koja sama po sebi niti je loša, niti je valja odbaciti, pretvorila se u praksi u svoju suprotnost. Načelo da se u organizacijama udruženog rada (kako u gospodarstvu, tako i u svim drugim djelatnostima, op. D.L.!) isključivo "udružuju rad i sredstva u društvenom vlasništvu" nije stvaralo poticaja ni potrebu uspješnog djelovanja.⁶⁴ To je u zakonodavstvu dovelo do "inflacije" propisa, a u praktičnome životu bilo bez ikakve sličnosti i upućenosti na tržišno gospodarstvo.

Sve to, stajalište je različitih i brojnih autora i suvremenika tog razdoblja, a ne samo ovoga autora, posve moguće stvara određenu opreznost, bojazan, da se ne kaže i odbojnost, prema tom razdoblju i provođenju radničkog i uopće "samoupravnog socijalizma". Stoga se u pozitivnopravnoj terminologiji i životu uopće izbjegava nazivlje "radničko samoupravljanje" i prihvaćaju nazivi "suodlučivanje", "participacija" i slični, o kojima je uvodno bilo više govora.⁶⁵

Zakon o radu suodlučivanje zaposlenika (zakonski termin: sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju - Glava XVIII., čl. 132.-158.) svodi isključivo i jedino na "pravo sudjelovati u odlučivanju o pitanjima u svezi s njihovim gospodarskim i socijalnim pravima i interesima na način i pod uvjetima propisanim ovim zakonom" (čl. 132., ZOR), a to je - zaposleničko vijeće.⁶⁶ Drugih načina i oblika ZOR ne poznaje, a i ovo zaposleničko vijeće može se osnovati pod ovim pretpostavkama:

1. da je kod jednoga poslodavca zaposleno najmanje 20 zaposlenika i
2. da zaposlenici nisu zaposleni u tijelima državne uprave.

Riječ je o pravu, a ne i o obvezi osnovati (izabrati) zaposleničko vijeće,⁶⁷ i to putem slobodnih i neposrednih izbora na kojima aktivno i pasivno biračko pravo (izborno) pravo imaju svi zaposlenici dotičnog poslodavca.⁶⁸

Što su zadaci odnosno obveze i ovlasti zaposleničkog vijeća? ZOR o tome propisuje u čl. 143., gdje u naslovu precizira "temeljne ovlasti (ovlaštenja, op. D.L.) zaposleničkog vijeća", u čl. 144. uređuje "obveze (poslodavca, op. D.L.) obavješćivanja", u čl. 145. o "obvezi (poslodavca, op. D.L.) savjetovanja prije donošenja odluka", te u čl. 146. o "suodlučivanju."⁶⁹

Neki pravni pisci vrše podjelu ovih ovlasti (prava), obveza i zadataka promatrajući njihovu "realizaciju" pa govore o savjetovanju i pregovorima sa

⁶⁴ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, str. 67.

⁶⁵ Simptomatično je npr. da se u njemačkoj pravnoj terminologiji institut jugoslavenskog samoupravljanja i nekog sličnog u bivšem DDR-u označavao kao "Selbsverwaltung", što se nikada nije dovodilo u svezu s pojmom "Mitbestimmung", što se obično u hrvatski jezik prevodi izričajem "suodlučivanje". Tako isto i S. Juriša, *ibid.*, str. 1.-2.

⁶⁶ Ž. Potočnjak, *ibid.*, p. 5, kaže da je zaposleničko vijeće oblik posredne zaposleničke participacije, i to najvažniji za njihov gospodarski i socijalni položaj prema poslodavcima, drugim tijelima i organizacijama.

⁶⁷ A. Lončarić, *ibid.*, str. 14.-15.

⁶⁸ M. Učur, *ibid.*, str. 241.

⁶⁹ A. Lončarić, *ibid.*, str. 24., "gramatički" tumači ovu odredbu tako da poslodavac u određenim slučajevima ne može svoju odluku donijeti bez suglasnosti zaposleničkog vijeća.

poslodavcem te suodlučivanju zaposleničkog vijeća i poslodavca.⁷⁰ Drugi ističu “pravo na obaviještenost (obavješćivanje), pravo na predlaganje, nadzor i slično”, koje označavaju “pravima nižeg ranga”, za razliku od “prava na suodlučivanje (u užem smislu) ili prava na zadržavanje odluke poslodavca.”⁷¹ Konačno, susreće se podjela prava na obavješćivanje, pravo na savjetovanje, uz koje se veže obveza na takvo što prije donošenja odluke, i pravo na suodlučivanje koje odgovara njemačkom pojmu “Mitbestimmung” odnosno francuskome izrazu “co-gestion.”⁷²

Na ovome mjestu pozornost treba zadržati na čl. 146. ZOR-a, koji glasi “suodlučivanje” i gdje je propisana obveza poslodavca da samo uz prethodnu suglasnost zaposleničkog vijeća može donijeti svoju odluku o sljedećem:

- otkazu članu zaposleničkog vijeća,
- otkazu pristupnika (kandidata) za člana zaposleničkog vijeća koji nije izabran te članu izbornog odbora za razdoblje od tri mjeseca nakon ustanovljenja izbornih rezultata,
- otkazu zaposleniku kod kojega postoji smanjena radna sposobnost ili neposredna opasnost od invalidnosti,
- otkazu zaposleniku starijem od šezdeset godina (muškarac), odnosno pedesetpet godina života (žena),
- prikupljanju, obrađivanju, korištenju i dostavljanju trećim osobama podataka o zaposleniku,
- imenovanju osobe koja je ovlaštena nadzirati da li se osobni podaci zaposlenika prikupljaju, obrađuju, koriste i dostavljaju trećim osobama u skladu s odredbama ovog zakona.

Temeljna značajka prethodne suglasnosti, koju propisuje čl. 146. ZOR-a i gdje se ona javlja “obvezom” poslodavca, valja dovesti u svezu s istim ili barem sličnim institutom koji se javlja kod tzv. prethodne upravne kontrole. To znači da, konkretno, ako se radi o takvoj kontroli općih uvjeta poslovanja, “neće stići u promet oni opći uvjeti poslovanja za koje nadležno tijelo koje provodi ovu kontrolu nađe da su u suprotnosti s normama konkretnog društva.”⁷³ Ublažavanje strogosti prethodne upravne kontrole⁷⁴ na odgovarajući način propisuje stavak 2. članka 146.

⁷⁰ Tako npr. M. Ućur, *ibid.*, str. 242. dok A. Lončarić, *ibid.*, str. 22.-27. razlikuje savjetovanje, suodlučivanje i sporazume zaposleničkog vijeća s poslodavcem.

⁷¹ A. Ravnić, *ibid.*, str. 570., kao očiti primjer prava višeg ranga navodi kod rasporeda malodobnog zaposlenika, ili u slučaju otkaza.

⁷² Ž. Potočnjak, *ibid.*, p. 13.-20., dok I. Marjanović, *Zadaće zaposleničkog vijeća u području poslovanja*, u knjizi *Zaposlenička vijeća* (grupa autora) Zagreb, 1996., str. 95.-109., razlikuje: 1) gospodarsko okruženje i uvjete razvoja proizvodnje, 2) gospodarsko stanje u poduzeću i 3) razvojni plan društva.

⁷³ D. Ledić, *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, Banjaluka, 1987., str. 35.

⁷⁴ D. Ledić, *loc. cit.*, ističe da su neke od mjera kojima se ublažava često “skupi i dugotrajni postupak” i samokontrola te utjecaj javnoga mnijenja, kojima se mogu “postići zadovoljavajući rezultati.”

ZOR-a i opredjeljujući se za pozitivnu suglasnost u tzv. "šutnji zaposleničkog vijeća", jer "smatra da je (zaposleničko vijeće) suglasno s odlukom poslodavca". Naime, ova će "praesumptio iuris" doći do izražaja ako isto vijeće propusti očitovati se u roku od osam dana "o davanju ili uskrati suglasnosti."⁷⁵

Konačno, ostaje kao mogućnost, prije svega ovisno o konkretnim prilikama, provedba stavka 3. istog članka, na temelju koga "sporazumom poslodavca sa zaposleničkim vijećem mogu se utvrditi i druga pitanja u kojima poslodavac može donijeti odluku samo uz prethodnu suglasnost zaposleničkog vijeća."⁷⁶

Prema podacima iz 1998. godine u Republici Hrvatskoj bilo je oko 1500 zaposleničkih vijeća, "a ta bi brojka bila i veća da su svi sindikati na vrijeme poduzeli neophodne akcije."⁷⁷ Neke druge činjenice i podaci mogli bi se slikovito označiti u smislu one "crno-bijele" ili slične usporedbe, jer još veliki broj poduzeća, trgovačkih društava i slično ne samo da nemaju zaposlenička vijeća, već preživljavaju između "ozbiljnosti" uloge koju preuzimaju članovi vijeća i "minimaliziranja" mjesta i uloge tih istih vijeća od strane poslodavaca. Govori se, primjerice, o, s jedne strane, lošim uvjetima rada zaposleničkih vijeća ili nesnalaženju ili defetizmu ("vijeće je beskorisno, jer ionako ne može ništa učiniti"), ali, s druge strane, i o uspješnosti rada zaposleničkih vijeća tamo gdje je dobra suradnja sa sindikatima, sudovima i naravno poslodavcima, od kojih neki pomažu "osposobljenosti i institucionaliziranju" zaposleničkih vijeća i njihovih članova. Taj oblik "industrijske demokracije" u Hrvatskoj prolazi "porodiljske" trenutke i očito da zahtijeva i širu zakonodavnu regulativu, ali i veću sveobuhvatnost i zainteresiranost svih zaposlenika neposredno, kao i sindikata kojih trenutno ima možda i previše (razjedinjenih)!

4. Suodlučivanje zaposlenika - *conditio sine qua non* uspješnih gospodarskih subjekata

Izbor određenog oblika suodlučivanja zaposlenika u konkretnom pravnom sustavu, pa tako i u hrvatskome sustavu prava, ovisi od velikog broja čimbenika. Činjenica je, međutim, da to suodlučivanje, industrijska demokracija, participacija radnika, i kako se to već znade označavati, u cijelosti kao i u pojedinim oblicima, predstavlja realnost u mnogim razvijenim zemljama suvremenog svijeta. Kao

⁷⁵ A. Lončarić, *ibid.*, str. 24., zagovara "da bi poslodavac morao zahtijevati od suda... donošenje odluke koja će zamijeniti uskraćenu suglasnost na predloženi otkaz." Ovome se pridružuje i Ž. Potočnjak, *ibid.*, p. 20.-21., dok M. Učur, *ibid.*, str. 242. samo zaključuje: "zaposleničko vijeće suodlučuje s poslodavcem o prestanku rada odnosno otkazu člana vijeća!"

⁷⁶ A. Ravnić, *ibid.*, str. 570.-571., dvoji glede suglasnosti koja bi ograničavala pravo vlasništva, upravljačka prava "ili se inače protivi interesima poslodavca", isto i M. Učur, *ibid.*, str. 243., kada suodlučivanje prosuđuje kao "konceptijsko i političko pitanje", što ima za cilj "uspostavljanje dobrih i stabilnih odnosa između poslodavaca i radnika."

⁷⁷ B. Žaja, Zakonska regulativa i praksa zaposleničkih vijeća u Hrvatskoj, u knjizi *Djelatnost i praksa zaposleničkih vijeća u Mađarskoj, Sloveniji, Hrvatskoj i SR Njemačkoj* - stručni razgovori, Budimpešta 2.-6.6.1998., naklada Hans Böcker Stiftung/Friedrich Ebert Stiftung, str. 123.

nezaustavljiva tendencija “zapljuskuje” zemlje u razvoju i tzv. tranzicijske države,⁷⁸ zemlje koje su doskora robovale tzv. realnome socijalizmu i s više ili manje uspjeha priključuju se zemljama slobodnog tržišnog gospodarstva.

U svemu tomu valja sagledavati položaj naše zemlje i opsega, sadržaja i načina sudjelovanja zaposlenika u našim trgovačkim društvima i ostalim gospodarskim subjektima.

Ostavimo povjesničarima raspravljati o socijalističkome samoupravljanju, njegovoj “sveobuhvatnosti”, uspjesima, a poglavito neuspjesima koji su, neka bude dopušteno i ovom prigodom istaknuti, nadvisili i svojim negativnim posljedicama anulirali pozitivne strane, tako da se i danas te posljedice u društvu općenito, a gospodarstvu i više, naglašeno osjećaju. Neće biti govora ni o mogućem suodlučivanju zaposlenika i korisnika usluga u nekim javnim službama i drugim društvenim djelatnostima, ma koliko to ima svoje značenje. Jednostavno, pozornost ostaje u gospodarstvu i sudjelovanju tamo zaposlenih u odlučivanju recentnih gospodarskih subjekata.

Naslov pod kojim se pojavljuje ovaj dio sadržaja može se učiniti malo pretencioznim, neprimjerenim ili prenaglašenim, osobito kada se ima u vidu hrvatska pozicija, stanje propisa i prakse o suodlučivanju zaposlenika i ne zaboravlja prošlost i povijest “radničkog” i “socijalističkog” samoupravljanja. Činjenica je, međutim, da se i u vrijeme tog “socijalističkog samoupravljanja”, ali na posve drugi način, o čemu je naprijed bilo govora, povezivala uloga i položaj zaposlenika i poslodavaca u tržišnome gospodarstvu, i to na način da je to isto gospodarstvo i većina gospodarskih subjekata išla naprijed, jačalo, razvijalo i poboljšavalo životni i radni standard zaposlenika. Ne čude onda, pa i od pravnih pisaca trgovačkog prava i prava društava, pohvale i prosudbe o “suodlučivanju zaposlenika kao pretpostavki uspješnosti i razvoja poduzeća”⁷⁹ ili “iznimnoj ulozi tog suodlučivanja prilikom izbora i djelovanja poduzeća”,⁸⁰ odnosno “kako se pravno-politički ciljevi poduzetništva neizostavno vezuju uz sudjelovanje zaposleničkih predstavnika u odlučivanju.”⁸¹

“Poduzetničko suodlučivanje” kao način i oblik, po nekima jedini, ili gotovo jedini,⁸² djelotvornog sudjelovanja zaposlenika u trgovačkim društvima (poduzećima) ostvaruje se preko zaposleničkih predstavnika u nadzornom odboru određenog poduzeća (trgovačkog društva).

U tome i leži dio uspješnosti gospodarstava u kojima godinama zaposlenički predstavnici ravnopravno s predstavnicima poslodavaca sudjeluju u radu nadzornog odbora, odnosno nekog drugog tijela, moguće drukčijeg imena, ali u položaju

⁷⁸ A. Ravnić, *ibid.*, str. 571.

⁷⁹ D. Joost, *ibid.*, s. 346.-348.

⁸⁰ Reinhardt/Schultz, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1987. s.7.

⁸¹ J. Semler, *Stimmverbote im Zusammenhang mit § 32 MitbestG*, u knjizi *Aktien- und Bilanzrecht*, IDW-Verlag GmbH Düsseldorf 1997. s. 304.

⁸² M. Lutter, *Die unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland*, Zbornik PFRI, str. 488.

glavnog kontrolnog, nadzornog tijela u konkretnome gospodarskome subjektu.⁸³

Iznimka od pravila da se u određenim trgovačkim društvima među članovima nadzornog odbora "moraju" pojaviti i predstavnici zaposlenika susreće se u tzv. prvome nadzornom odboru kod simultanog osnivanja dioničkog društva.⁸⁴ Mandat tog tijela traje do održavanja prve glavne skupštine društva. Ona odlučuje o radu nadzornog odbora i svakog njegovog člana u prvoj poslovnoj godini, odnosno u dijelu poslovne godine za koji su bili imenovani od strane osnivača i kada "zbog relativno kratkog vremena i brzine" te imenovanja dok društvo nije započelo s radom, nije bilo moguće imenovati i predstavnike zaposlenika u nadzorni odbor.⁸⁵

Drugih razloga, osim u slučaju imenovanja prvog nadzornog odbora, za isključenje predstavnika zaposlenika iz članstva nadzornog odbora u jednome d.d. odnosno d.o.o. kada za to postoje zakonski uvjeti,⁸⁶ nema. Oni su u svim ovlastima, pravima i pogodnostima, jednako kao i u obvezama i odgovornosti, potpuno izjednačeni s drugim članovima tog istog nadzornog odbora.⁸⁷

Polazeći od takvog položaja i uloge zaposleničkih predstavnika u nadzornom odboru, gdje u okviru nadležnosti tog tijela, a te nisu ni male po opsegu, a još manje značajne po učinkovitosti, djelokrugu i utjecaju "glavnog i temeljnog kontrolnog tijela",⁸⁸ može se s puno razloga i utemeljenosti suglasiti s onim pravnim piscima, vrsnim poznavateljima prava društava u svojim zemljama i šire, koji ističu da "poduzetničko suodlučivanje homogenizira (učvršćuje) kulturne i socijalnopolitičke osnove svakog gospodarstva pa i u okviru Europske Unije te da se ne smije podcjenjivati niti kompromitirati."⁸⁹

5. Položaj zaposleničkih predstavnika u nadzornim odborima trgovačkih društava

Prema Zakonu o trgovačkim društvima u hrvatskom pravu društava propisana su tijela pa prema tomu i ustroj društva isključivo u društvima kapitala.⁹⁰ A contrario, društva osoba nemaju zakonom propisani ustroj, tako da članovi u tim

⁸³ D. Ledić, *Ustroj dioničkog društva*, str. 86.-88.

⁸⁴ Par. 30 njemačkog Akt-Gesetza, odn. par. 23 austrijskog Akt-Gesetza.

⁸⁵ A. Kraft, u *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, zweite Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1988. s. 376.-377.

⁸⁶ Misli se ne samo na zakonske propise koji uređuju određena trgovačka društva, već i na propise kojima se uređuje suodlučivanje (njem. Mitbestimmung).

⁸⁷ Kastner-Doralt-Nowotny, *ibid.*, s. 249.-250., isto i Reinhardt/Schultz, *ibid.*, s. 207.-214.

⁸⁸ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga druga, *Društva kapitala*, Zagreb 2000., str. 337., to isto za naše pravo V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, Zagreb 1995., str. 279., a Kastner-Doralt-Nowotny, *ibid.*, s. 217. za austrijsko, te za njemačko pravo A. Kraft, *ibid.*, s. 377.-378., G.H. Roth, *ibid.*, s. 208.-212., ili B. Grunewald, *ibid.*, s. 242.-243.

⁸⁹ M. Lutter, *ibid.*, str. 503., Kastner-Doralt-Nowotny, *ibid.*, s. 252.-253., J. Semler, *ibid.*, s. 313.-314.

⁹⁰ J. Barbić, *ibid.*, str. 333.-339.

društvima svojim društvenim ugovorima uređuju pitanja posloводства (njem. Geschäftsführung) odnosno zastupanja društva prema trećima (njem. Vertretung).⁹¹

Dakle, u društvu s ograničenom odgovornošću javljaju se kao obvezatna tijela uprava i skupština, a temeljem propisa čl. 434. ZTD-a, poglavito stavka 2. istog članka, i nadzorni odbor. U dioničkom društvu obvezatna su tijela: uprava, nadzorni odbor i glavna skupština.⁹²

Od članova nadzornog odbora, jednako kao i od članova uprave, o kojima se kao i članovima (glavne) skupštine ovdje neće više govoriti, zahtijeva se postupanje pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvanje poslovne tajne (čl. 252., 272., ZTD).⁹³

Načelo koje govori o nespojivosti obnašanja dužnosti člana nadzornog odbora i člana uprave istog društva kapitala odnosi se na sve pa tako i na članove tog tijela koji predstavljaju zaposlenike i predstavlja *conditio sine qua non* samostalnosti i podjele nadležnosti ta dva tijela na koja upućuju zakonska rješenja u domaćem, ali i u usporednome pravu.⁹⁴

Prvenstvena ovlast, pravo i dužnost članova nadzornog odbora društva kapitala jest biti nositeljima glavne nadzorne (kontrolne) funkcije svih poslovnih događanja u društvu, čime nadilaze i ovlasti uprave u rukovođenju poslovima toga gospodarskog subjekta.

Primjera radi, uloga i značajke nadzornog odbora i *vice versa* svakog njegovog člana mogu biti i ove:

1. sazvati (glavnu) skupštinu, posebice (ZTD koristi izričaj: moraju), kada radi o dobrobiti društva;
2. davati (ili odbiti dati!) suglasnost upravi kada to propisuje statut ili odluka nadzornog odbora;
3. prethodni (tzv. preventivni) nadzor;
4. podnošenje pisanih izvješća (glavnoj) skupštini;
5. imenovanje i opoziv članova uprave;
6. dopusnica (suglasnost) da članovi uprave obavljaju poslove koji su inače dio predmeta poslovanja tog društva (zabrana natjecanja) itd.⁹⁵

⁹¹ D. Ledić, *Društva osoba u novom hrvatskom pravu trgovačkih društava*, Zbornik PFRI, vol. 14/1993., str. 126.-131.

⁹² D. Ledić, *Ustroj dioničkog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, str. 79.-80.

⁹³ Isto i par. 93/1 njemačkog AktG, kao i par. 84/1 austrijskog AktG.

⁹⁴ J. Barbić, *Vođenje poslova i upravljanje u dioničkom društvu*, Informator 4502-4503/1997., str. 21., V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, Zagreb 1995., str. 276.-277., D. Ledić, *Die Gründung von Tochtergesellschaften in Kroatien*, u knjizi *Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland* (M. Lutter, Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin-New York 1995., s. 443.-447.

⁹⁵ V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 305., ističu kako su to "zabrane" odnosno "razlozi nespojivosti (inkompatibilnosti)" biti članom nadzornog odbora.

5.1. Izbor i imenovanje članova nadzornog odbora

ZTD poznaje, barem za sada, dva načina stjecanja svojstva člana tog tijela društva kapitala:

1. izbor, koji je u nadležnosti (glavne) skupštine i
2. imenovanje od strane određenih dioničara (odnosno članova društva).⁹⁶

Član nadzornog odbora može biti svaka potpuno poslovno sposobna fizička osoba, time da se, jednako kao i u slučaju imenovanja člana uprave, statutom odnosno društvenim ugovorom mogu propisati i dodatni uvjeti. U čl. 255./2. ZTD-a naznačene su smetnje, "negativne pretpostavke" koje, međutim, isključuju određenu osobu od izbora odnosno imenovanja za člana nadzornog odbora.⁹⁷

Izbor je u nadležnosti (glavne) skupštine, pa s obzirom da ZTD ne spominje donošenje ove odluke za koju bi bila potrebna posebna, tzv. "kvalificirana" većina, ispravno je zaključiti da se ona donosi običnom većinom, tj. većinom danih glasova (glavne) skupštine.⁹⁸

Glede imenovanja članova nadzornog odbora, kao drugog načina stjecanja tog svojstva, ZTD je preuzeo od svojih uzora iz usporednog prava rješenja na sljedeći način:

1. statut dioničkog društva mora predvidjeti pod kojim uvjetima i uz ispunjenje kojih pretpostavki postoji mogućnost imenovati članove nadzornog odbora od strane određenog broja dioničara. Broj tako imenovanih članova ne može biti veći od jedne trećine svih članova tog tijela. To mogu biti dioničari koji su poimence naznačeni, u statutu, ili imatelji dionica na ime i čiji je prijenos pravovaljan samo uz suglasnost nadležnog tijela društva (tzv. vinkuliranje).⁹⁹ Radi se, u pravilu, o dioničarima koji su poznati društvu, ili su pak poimence naznačeni u statutu, što ne znači da to pravo nije moguće, izmjenom statuta primjerice, priznati drugim dioničarima.¹⁰⁰

2. imenovanje članova nadzornog odbora u d.o.o. pripasti će onim članovima društva kojima to priznaje izrijekom društveni ugovor.¹⁰¹ I ovdje se imenovati može najviše trećina članova nadzornog odbora i to uz uvjet da se radi o članovima društva koji svojim poslovnim udjelima mogu raspolagati jedino uz suglasnost društva.

5.2. Ovlasti, prava i pogodnosti članova nadzornog odbora

U obnašanju svojih zakonom, statutom ili društvenim ugovorom propisanih funkcija i djelatnosti nadzorni odbor društva kapitala to postiže sudjelovanjem

⁹⁶ U pitanju je čl. 256. ZTD-a o kome će kasnije biti više riječi.

⁹⁷ V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, loc. cit.

⁹⁸ J. Barbić, *Dioničko društvo*, u knjizi *Zakon o trgovačkim društvima*, Zagreb 1994., str. 83. i V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 307.

⁹⁹ Reinhardt/Schultz, *ibid.*, s. 210.-211., te Kastner-Doralt-Nowotny, *ibid.*, s. 246.-247.

¹⁰⁰ V. Gorenc, *ibid.*, str. 284., V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 308.

¹⁰¹ Baumbach-Hueck, *ibid.*, s. 935.-937.

svojih članova. S tim u svezi nastoji se na razne načine objasniti i proučavati ulogu pojedinog člana nadzornog odbora te se govori o pravima i ovlastima, odnosno samo pravima i obvezama, ili jednostavno o pravnom položaju koga ostvaruje član nadzornog odbora.

Ovome se autoru, međutim, čini posve opravdanim razlikovati na "aktivnoj" strani ovlasti, prava i pogodnosti člana nadzornog odbora, na "pasivnoj" strani tog istoga člana njegove obveze i odgovornosti. Očekivati je, po mišljenju ovog autora, da će to u određenoj mjeri pridonijeti potpunijoj osmišljenosti položaja i uloge članova nadzornog odbora u vrijeme "privikavanja" na trgovačka društva u hrvatskome pravnome sustavu, kao i svih drugih pravnih instituta koji čine naše pravo društava.

5.2.1. Ovlasti članova nadzornog odbora

Dok uprava društva kapitala svoje ovlasti može ostvarivati skupno i preko pojedinih članova te iste uprave, nadzorni odbor je kolegijalno tijelo i svoju glavnu kontrolnu, nadzornu funkciju u jednome društvu ovlašten je upravo tako i obnašati - kolegijalno.¹⁰²

Ta će osobina biti odsudna i u proučavanju ovlasti članova nadzornog odbora, s obzirom da se njihovo djelovanje zajedno s donošenjem odgovarajućih odluka ostvaruje zajednički, skupno i na način kako to predviđa statut odnosno društveni ugovor.

ZTD kao temeljnu ovlast nadzornog odbora, a to znači i svakog njegovog člana, stipulira u čl. 263., odnosno čl. 439., "nadziranje vođenja poslova društva". Ova se ovlast, bilo da se postiže prethodno, promatranjem i prosuđivanjem već donijetih i izvršenih odluka i poslova uprave društva, obavlja pregledima i ispitivanjima poslovnih knjiga i dokumentacije društva, blagajne, vrijednosnih papira i drugih stvari. Provedba ovlasti nadzora u poslovima društva očito je, gotovo bez iznimke, usmjerena prema upravi društva. Nadzorni odbor može u okviru ove ovlasti zahtijevati i posebna izvješća, zahtijevati upoznavanje s poslovima u tijeku, a tek po njihovu okončanju, isto tako i s namjeravanim poslovima, sve kako bi na značenju dobili dobrobit i interesi društva.¹⁰³

Daljnju fazu ove ovlasti čini (pisano) izvješćivanje (glavne) skupštine o obavljenome nadzoru. Tu se mora izrijekom naglasiti u kojoj su mjeri poslovi što ih se nadzire sukladni zakonu, statutu odnosno društvenom ugovoru, pa u krajnjoj liniji i odlukama skupštine. Ako se izvješće tiče godišnjih financijskih izvješća društva, onda je tu potrebna i prosudba o njihovoj usklađenosti s poslovnim knjigama društva, kakvo je imovinsko i poslovno stanje društva. Nužna je i vlastita prosudba nadzornog odbora glede prijedloga uprave o dobiti ili pak načinu pokrića gubitka u društvu.

¹⁰² A. Kraft, *ibid.*, s. 374., V. Gorenc, *ibid.*, str. 279. ističe da "zakonodavstva kao jedini tip nadzornog organa prihvaćaju" nadzorni odbor u društvu.

¹⁰³ V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 315.-317., ističu da je riječ o "stalnom nadziranju".

U smislu čl. 263./3. (treća rečenica) ZTD-a, pojedinim se članovima nadzornog odbora priznaje ovlast, dapače i obveza je to, staviti u pisanome obliku svoje primjedbe skupštini na dio, čak na izvješće u cjelini, s kojim nisu suglasni.

Rad nadzornog odbora, pa tako i njegove ovlasti nadziranja vođenja poslova društva, odvija se na sjednicama. Sazivanje sjednica i njihovo vođenje u nadležnosti je predsjednika, koga zajedno s njegovim zamjenikom biraju između sebe članovi nadzornog odbora.

Ukoliko statut odnosno društveni ugovor ne propisuje drugačije, nadzorni odbor donosi odluke većinom glasova. Glasovati se može osobno, sudjelujući na sjednici tog tijela, ali i odsutni članovi mogu sudjelovati u odlučivanju koristeći se svim suvremenim mogućnostima i sredstvima za takvo glasovanje (čl. 267./3., ZTD).¹⁰⁴

Sazivanje (glavne) skupštine od strane nadzornog odbora kao njegova ovlast vezuje se za pozitivne okolnosti koje nalažu da skupština temeljem zakonskih, statutarnih odnosno društvenim ugovorom propisanih nadležnosti donese pravovaljanu odluku, a drugi put će nadzorni odbor "morati" sazvati skupštinu (čl. 263./4., ZTD), no to će se podrobnije navesti kao obveza (dužnost) članova nadzornog odbora.

Ovlast imenovati i opozvati članove uprave nije jedinstveno riješena u hrvatskome i usporednome pravu za društva kapitala u cjelini. Naime, ova je ovlast u d.d. isključivo "rezervirana" za nadzorni odbor, uz iznimku imenovanja (ne i opoziva, op. D.L.) od strane suda (čl. 245., ZTD), u d.o.o. ista se ovlast kombinira između članova društva i društvenog ugovora izravno (čl. 423./2., ZTD) i skupštine društva (čl. 441./1. T. 3., ZTD). Za ovu ovlast nadzornog odbora u d.d. ne postoji mogućnost "izigrati" to tijelo, bilo statutom, bilo odlukom samog nadzornog odbora kojom bi on sa sebe "skinuo" tu ovlast i prenio na nekoga trećega.¹⁰⁵

Od ostalih ovlasti nadzornog odbora, valja ukazati i na ove:

1. ovlast davati suglasnost članovima uprave da unatoč prijetećoj "zabrani natjecanja" obavljaju poslove koji spadaju u predmet poslovanja društva, odnosno da mogu biti članovi uprave, nadzornog odbora ili u poslovnim prostorijama društva obavljati poslove za svoj ili tuđi račun,

2. ovlast imenovati svoje članove za zamjenike članova uprave (čl. 261./2., ZTD),

3. ovlast primjereno sniziti primanja članovima uprave kada za takvo što postoje zakonski uvjeti (čl. 247./2., ZTD),

4. ovlast davati kredite članovima uprave, članovima istog nadzornog odbora, prokuristi i članovima njihovih užih obitelji (čl. 249./1. i čl. 271./1., ZTD).

5.2.2. Prava članova nadzornog odbora

Neovisno o tomu kako su i na koji način postali članovima nadzornog odbora,

¹⁰⁴ Hoffmann-Becking, *ibid.*, s. 256.-259., V. Gorenc, *ibid.*, str. 296., V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 321.

¹⁰⁵ B. Grunewald, *ibid.* s. 235.-236., A. Kraft, *ibid.* s. 380., J. Barbić, *Dioničko društvo*, str. 79.

svi članovi tog tijela obnašaju ovu funkciju u okviru zakonom, statutom odnosno društvenim ugovorom propisanih ovlasti. S tim u svezi postoje, bilo na strani svakog pojedinog člana nadzornog odbora, bilo kao cjeline, i određena prava. Ostvarivanjem i ovlasti i prava oni mogu postići svrhu postojanja nadzornog odbora - biti središnje, najvažnije kontrolno, nadzorno tijelo društva kapitala.

Po mišljenju ovog autora, propis iz čl. 261. ZTD-a koji ima naslov "Nadležnost nadzornog odbora", govori o dvije vrste nadležnosti: jedno su ovlasti na koje se odnose stavak 1.-3., i o kojima je već bilo riječi, dok odredbe stavka 4. istog članka imaju obilježja i obveza i prava.

Naime, prva rečenica ovog stavka predviđa kako nadzorni odbor "može sazvati glavnu skupštinu društva", a to znači da će običnom većinom glasova odlučiti hoće li, i kada će, neovisno od uprave društva koja je inače nadležna i ovlaštena to činiti, iskoristiti to svoje pravo i sazvati skupštinu.¹⁰⁶ Druga rečenica istog stavka, koja govori o obvezi, kasnije se u ovome radu spominje.

Svaki član nadzornog odbora ima pravo, navodeći razlog i svrhu, zatražiti od predsjednika sazivanje sjednice nadzornog odbora, bez obzira što je to inače ovlast tog istog predsjednika ili njegova zamjenika. Takva sjednica ima se održati u roku 15 dana od kada je sazvana. Ukoliko ovakav zahtjev podnesu barem dvojica članova nadzornog odbora ili uprave,¹⁰⁷ a tome se ne udovolji, podnositelji zahtjeva imaju pravo, uz priopćenje dnevnog reda, i sami sazvati sjednicu nadzornog odbora.

Pravo članova nadzornog odbora na nagradu za rad propisano je odredbom čl. 269. ZTD-a, time da njenu visinu ima odrediti statut odnosno društveni ugovor, ili pak svojom odlukom odobriti (glavna) skupština.

Njemačka i austrijska praksa upućuje na određivanje ove nagrade najčešće prema broju, trajanju i problematici sjednica, kao i za osobno sudjelovanje svakog pojedinog člana nadzornog odbora. To, prema nekim postupcima u hrvatskim društvima kapitala, nije nimalo "stimulirajuće" djelovalo, zbog čega ima već i kojekakvih posljedica, o kojima pri kraju ovoga rada autor iznosi zaključna razmišljanja.

Među prava članova nadzornog odbora valja svrstati i:

1. pravo na nagradu sudjelovanjem u dobiti društva (njem. Gewinnbeteiligung);
2. pravo na naknadu izdataka zbog obnašanja ili u svezi s obnašanjem funkcije člana nadzornog odbora;
3. pravo podnijeti tužbu protiv društva za poništaj odluke (glavne) skupštine (čl. 357. i čl. 447./3., ZTD);¹⁰⁸
4. pravo podnijeti tužbu protiv društva kojom se pobija odluka (glavne) skupštine, ako je ista odluka donesena suprotno zakonu, statutu odnosno društve-

¹⁰⁶ D. Ledić, *Ustroj dioničkog društva*, str. 87.

¹⁰⁷ Zakonski je izričaj u prvome slučaju "zatražiti", a ovdje pak "zahtjev", što i nije odraz zakonodavne dosljednosti i perfekcije!

¹⁰⁸ D. Ledić - E. Čulinović-Herc, Ništavost i pobožnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću, *Zbornik PFRI*, vol. 20, br. 2/1999. str. 751.-752.

nom ugovoru (čl. 360./1., ZTD), ili bi provođenjem takve odluke član nadzornog odbora učinio radnju koja je kažnjiva, nezakonita ili za koju bi mogao odgovarati za štetu (čl. 362. t. 5., ZTD);¹⁰⁹

5. pravo na obaviještenost - informiranost (njem. Informationsrecht).¹¹⁰

5.2.3. Pogodnosti članova nadzornog odbora

Kako tumačiti i objasniti odredbu čl. 271. ZTD-a o davanju kredita članovima nadzornog odbora i članovima njihove uže obitelji, osim da je to pogodnost, privilegija ili, kako to neki vole reći, "beneficija".¹¹¹ Zapravo, radi se o pravnom institutu za koji se može tvrditi da predstavlja novost u hrvatskom pravu društava, jer se izričitom zakonskom odredbom, kao i u slučaju članova uprave, članova njihove obitelji i prokuriste (čl. 249., ZTD) uređuje mogućnost davanja kredita.¹¹² Pored toga, način na koji se uređuje davanje kredita članovima nadzornog odbora (isto vrijedi i za članove uprave, op. D.L.) u svemu odstupa od propisa ZTD-a kojima se normiraju njihova prava, što nije ostalo nezapaženo i u pravnoj književnosti usporednog prava.¹¹³

Ovo je najznačajnija, zapravo u ZTD-u jedino izriječkom spomenuta, pogodnost članova nadzornog odbora. Jednako kao i kod članova uprave d.o.o., naš je zakonodavac odstupio od njemačkog i austrijskog prava utoliko što je i članovima nadzornog odbora d.o.o. (ukoliko to tijelo postoji u istome društvu) omogućio koristiti se ovom pogodnošću.

Čl. 271. ZTD a to je slučaj i s čl. 249. istog zakona, ne propisuje detaljnije što je sadržaj ugovora o kreditu koji se odobrava članu nadzornog odbora i ne uređuje institut jamčevine (njem. Gewährleistung, Hinterlegung). Bilo bi za naše prilike uputno slijediti praksu usporednog prava te osigurati urednu i redovitu otplatu kredita.¹¹⁴

Hrvatski ZTD, suprotno rješenjima u njemačkom i austrijskom pravu, predviđa mogućnost (pogodnost!) davanja kredita članovima nadzornog odbora d.o.o., kao i u slučaju članova uprave istovrsnog društva kapitala. Tamo se, naime, što izriječkom, što upućivanjem na druge propise, ne dopušta davanje kredita članovima nadzornog

¹⁰⁹ D. Ledić - E. Čulinović-Herc, *ibid.*, str. 762.-763.

¹¹⁰ U.H. Schneider, *Informationsrecht des Aufsichtsratsmitglieds einer Holding AG*, u knjizi *Aktien- und Bilanzrecht*, IDW - Verlag GmbH Düsseldorf 1997., s. 271.-283., govori o ovome pravu iako ga izriječkom propisi ne uređuju (pa tako ni ZTD, op. D.L.).

¹¹¹ Z. Parać, *Ugovor o obavljanju poslova članova uprave i pravni položaj nadzornog odbora*, Informator 4447/1996., str. 10.

¹¹² V. Gorenc, *ibid.*, str. 271.-272., kao i V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 294.-295. ugovor o "zajmu" što je vrlo upitno, obzirom da ZOO zasebno govori o "zajmu" (čl. 557.-566.), odnosno o ugovoru o kreditu (čl. 1065.-1068. ZOO).

¹¹³ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldsrecht*, Band I., Allgemeiner Teil, 11. Auflage, C.H. Beck München 1976., s. 170., Kastner-Doralt-Nowotny, *ibid.*, s. 224., 257., 259., 388., 406., Baumbach-Hueck, *ibid.*, s. 780.-782., Reinhardt/Schultz, *ibid.*, s. 206., 208., 263.

¹¹⁴ V. Gorenc, *ibid.*, str. 297. upozorava na mogućnost zlorabe ovlasti nadzornog odbora i položaja pojedinog člana, jer nijedno drugo tijelo u društvu ne može davati ove kredite.

odbora, tako da i ne mogu ostvariti ovu pogodnost.¹¹⁵

Članovi nadzornog odbora društva kapitala nisu u obvezi, kao primjerice članovi uprave, obnašati tu svoju funkciju kontinuirano, s punim radnim vremenom ili na neki sličan više-manje stalan angažman. Pa ipak, uz ovu pogodnost, sukladno statutu, društvenom ugovoru i naravno odgovarajućim odlukama nadležnog društvenog tijela,¹¹⁶ članovima nadzornog odbora mogu se priznati još neke pogodnosti, kao što su:

1. pogodnost koristiti se osobnim automobilom društva (s ili bez vozača!);
2. pogodnost koristiti se prijenosnim telefonom (mobitelom);
3. pogodnost životnog osiguranja;
4. pogodnost dopunskog zdravstvenog i/ili mirovinskog osiguranja;
5. pogodnost koristiti se kreditnim karticama.

Prema stajalištima pravne književnosti u usporednome pravu, kojima je sukladna i domaća pravna književnost, uređenje pravnih odnosa između društva kapitala i članova nadzornog odbora nije dovoljno samo kroz odluke društvenih tijela o pogodnostima, pa i pravima i obvezama. Nužno je sačiniti ugovore te pozivom na načelo "Pacta sunt servanda" postići znatno veći stupanj pravne sigurnosti.¹¹⁷

5.3. Obveze i odgovornost članova nadzornog odbora

Pravni položaj članova nadzornog odbora društava kapitala, da bi dobio što cjelovitiji i potpuniji, objektivan i pregledan smisao, nemoguće je zamisliti bez isticanja i one druge strane, pasivne uloge "dužnika" prema tome društvu, od koga, sukladno naprijed iznesenom "potražuje", kroz prava i pogodnosti, ili kroz ovlasti u obnašanju konkretnih funkcija. Za razliku od pravne književnosti u usporednome pravu,¹¹⁸ ni ZTD, a ni domaća pravna književnost ne spominju pojam "obveze" već se radije služe izričajem "dužnost", najčešće kad se radi o nekim članovima trgovačkih društava i o obvezama.¹¹⁹

Ovo je razlikovanje s isključivom nakanom i željom što bolje objasniti u opsegu ovoga rada koje sve, ili barem najznačajnije, obveze (dužnosti) mogu postojati za sve članove nadzornog odbora, pa i one koji će se u toj ulozi pojaviti

¹¹⁵ Peltzer-Brooks-Hopcroft, GmbH-Gesetz, Verlag Dr Otto Schmidt Köln 1996., s. 28.-29., W. Zöllner, u GmbH-Gesetz (Baumbach-Hueck), s. 938.-963., Kastner-Doralt-Nowotny, ibid., s. 404.-405.

¹¹⁶ J. Semler, Geschäftsführung, Mitwirkung und Überwachung im Unternehmen, u knjizi Rechtsgrundlagen freier Unternehmerwirtschaft (Lutter-Semler, Hrsg.) Verlag Dr. Otto Schmidt Köln 1991. s. 102.-103., A. Kraft, ibid. s. 377., Reinhardt/Schultz, ibid., s. 207.-208.

¹¹⁷ B. Grunewald, ibid., s. 242.-244., G.H. Roth, ibid., s. 210.-212., Hoffmann-Becking, ibid., s. 319., zagovara ugovor kao najbolje sredstvo zaštite kod pojedinih pogodnosti, dok Z. Parać, ibid., str. 10., "vjeruje" ugovornom stipuliranju.

¹¹⁸ Hoffmann-Becking, ibid., s. 314.-316., W. Zöllner, ibid., s. 443.-444., Kastner-Doralt-Nowotny, ibid., s. 291.-292., te 427.-431.

¹¹⁹ Čl. 243., 251., 252., 272., 274./2., 452./3. ZTD.

kao predstavnici zaposlenika. Prirodan i logičan slijed izlaganja dovodi do isticanja njihove odgovornosti, točnije i ispravnije, do većeg broja slučajeva njihove odgovornosti i postupcima u kojima se to može utvrđivati.¹²⁰

5.3.1. Obveze članova nadzornog odbora

Nadzorni odbor imaće u funkciji provođenja nadzora poslovnih djelatnosti društva kapitala relativno brojne kontakte s upravom društva, a kada je u pitanju (glavna) skupština, obraćat će joj se svojim pisanim izvješćima. Dajući u određenim situacijama ovlast nadzornom odboru sazvati (glavnu) skupštinu (vidjeti naprijed pod t. 5.2.1.), ZTD u čl. 263. st. 4., rečenica druga, nalaže obvezu nadzornom odboru sazvati (glavnu) skupštinu ukoliko se radi o okolnostima koje zakonodavac vezuje za "dobrobit društva".¹²¹

Nije prijeporno da se ova obveza nadzornog odbora odnosi i na prethodno, preventivno, a ne samo naknadno, posteriorno djelovanje tog tijela, kao i na što je moguće šire razumijevanje pojma "dobrobit društva", što mnogi dovode u vezu s tzv. kaučuk-normama u usporednom ugovornom pravu.

To će se pojaviti u situacijama koje mogu pozitivno, ali što je također važno za određeno društvo, i svojim negativnim djelovanjem utjecati na daljnju sudbinu tog društva.¹²²

Pored ove, ili gotovo uz ovu obvezu, postoji obveza nadzornog odbora pisanim izvješćem upoznati (glavnu) skupštinu o poslovnom stanju društva i uopće o uvjetima poslovanja te, eventualno, predložiti poduzimanje odgovarajućih mjera i donošenje odluka za "dobrobit" društva. Odluku o pisanom izvješću, kao i o sazivanju skupštine, nadzorni odbor donosi većinom glasova. Oni članovi koji nisu suglasni s nekim dijelom izvješća ili s izvješćem u cjelini imaju obvezu (zakonski: dužni su!) u pisanom obliku dostaviti sve primjedbe (glavnoj) skupštini.

ZTD dodjeljuje obvezu zastupati društvo kapitala upravi društva (čl. 241. i čl. 426., ZTD). Jedinu iznimku, a to onda znači obvezu nadzornog odbora zastupati društvo, ZTD propisuje u čl. 268. i to "prema članovima uprave." Možda bi se radilo i o ovlasti, ali kako je zastupanje društva "ovlast" uprave, to će onda za nadzorni odbor u toj iznimnoj situaciji značiti njegovu obvezu.¹²³

Članovi nadzornog odbora obvezni su u obavljanju poslova tog tijela postupati s dužnom pozornošću (čl. 272., ZTD), pa će se glede iste obveze kao i odgovornosti na odgovarajući način primijeniti odredbe čl. 252. ZTD-a, koje govore o članovima uprave.

¹²⁰ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga druga, str. 438.-441., V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 298.-301.

¹²¹ Istovjetno predviđa par. 95/4 austrijskog Akt-G, kao i par. 111/3 njemačkog Akt-G.

¹²² V. Filipović-V. Gorenc-Z. Slakoper, *ibid.*, str. 315., razlikuju tekući i preventivni nadzor, dok Hoffmann-Becking, *ibid.*, s. 252.-253., odnos nadzornog odbora i glavne skupštine vide u predstavljanju dioničara na dvije razine.

¹²³ Konkretizacija ove odredbe dolazi u slučajevima koje predviđa ZTD u čl. 357., 362., 363. te 447./3. i 449.

Uz obveze članova nadzornog odbora, koje, u pravilu, oni ostvaruju u okviru rada i nadležnosti tog kolegijalnog tijela, ali neki put i zasebno, vrijedno je spomenuti još i:

1. obvezu sudjelovati u radu skupštine (čl. 274./2., ZTD);
2. obvezu provjeriti provedeno osnivanje društva (čl. 182./1., ZTD);
3. obvezu podnošenja prijave za upis društva u sudski registar (zajedno s ostalima, naznačenim u čl. 186., ZTD);
4. obvezu dati objašnjenja i dokaze posebnim revizorima koji su potrebni za njihov rad (čl. 299./2., ZTD);
5. obvezu podnijeti izvješće revizora narednoj skupštini društva i zatražiti da ona o njemu odluči (čl. 452./3., ZTD);
6. obvezu ispitati izvješće o odnosima u povezanim društvima i o tomu izvijestiti skupštinu (čl. 499./2., ZTD).

Brojnost i opseg obveza članova nadzornog odbora u svakome konkretnom društvu kapitala u izravnoj je ovisnosti od sposobnosti tog tijela kao cjeline da utječe na vlastiti položaj i ulogu, ali i na odnose prema drugim društvenim tijelima. Ima li nadzorni odbor naglašeniju ulogu u društvu, to će, uz njegove ovlasti, biti isto tako važno i za obveze koje mu pripadaju, o čemu se ZTD nije detaljnije "izjašnjavao." To ostaje, prema svemu sudeći, u zadaći statuta, društvenog ugovora i drugih općih akata, detaljno, precizno i jasno propisati.¹²⁴

5.3.2. Odgovornost članova nadzornog odbora

Nadzorni odbor društva kapitala ima svoje, zakonom, statutom odnosno društvenim ugovorom, propisane nadležnosti, kao skup svih ovlasti, prava i obveza članova tog društvenog tijela.¹²⁵ Očekivati je da će svaki član nadzornog odbora, a onda i on sam kao kolegijalno tijelo, u obnašanju funkcija iskazati dužnu pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika. ZTD na više mjesta (čl. 75., 191./3., 192., 251./3., 252./2., 397./4. i 430./1.) ističe pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika, očito podrazumijevajući pod tim pojmom pozornost stručnog, profesionalnog, objektivnog poslovnog čovjeka, menadžera koji se ponaša onako kako to suvremeni poslovni svijet zahtijeva i očekuje.

Izostane li, dakle, ova dužna pozornost člana nadzornog odbora, ne pridržavaju li se te osobe preuzetih obveza ili ne ispunjavaju li uredno ovlasti i prava koja im pripadaju, dolazi do njihove odgovornosti jednako kao i u slučaju zlorabe pogodnosti koje ima i ostvaruje.

Postoji više vrsta odgovornosti o kojima sadrži ZTD propise, kao što su stegovna, kaznena i prekršajna. Ovdje će se sva razmatranja isključivo odnositi na građanskopravnu odgovornost za štetu.

¹²⁴ Hoffmann-Becking, *ibid.*, s. 322.-323., ističu ravnopravnost svih članova nadzornog odbora i u pitanju njihovih obveza, te da samo oni od članova koji su i dioničari odnosno imatelji udjela (njem. Anteilseigner) mogu imati i strože obveze.

¹²⁵ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga druga, str. 440.-441., M. Vuković, *ibid.*, str. 211.-223.

Temelj odgovornosti za štetu članova nadzornog odbora u društvu kapitala čine propisi čl. 272. u svezi s čl. 252. ZTD-a, time da se isti propisi, u smislu čl. 438. ZTD-a imaju primijeniti i na članove nadzornog odbora u d.o.o. (naravno, ako ga to društvo ima, op. D.L.).

Nadzorni odbor karakterističan je, prije svega, po svojoj kolektivnoj, skupnoj funkciji i djelovanju. Zbog toga odredbe o solidarnoj odgovornosti za štetu njegovih članova i ne bi trebale biti nešto neobično, a iznimku od te solidarnosti zasigurno će tražiti svaki za sebe, onaj član ili oni članovi koji tvrdi, odnosno tvrde (ali, to svakako treba i dokazati, op. D.L.) da nema osnove za odgovornost za štetu.¹²⁶

Solidarnost u naknadi štete znači da društvo, ali i onda kada tu naknadu zahtijevaju i vjerovnici društva (čl. 252. st. 2. i 5. te čl. 273./4. ZTD), posve praktično i djelotvorno brine o interesima osobe oštećenika, najčešće i u pravilu društva kapitala u komu djeluje konkretni nadzorni odbor i čiji članovi odgovaraju za štetu.

Odgovornost za štetu članova nadzornog odbora određuje se po kriteriju pretpostavljene (presumirane) krivnje i uz ispunjenje svih onih pretpostavki koje se inače zahtijevaju radi utvrđivanja takve odgovornosti.¹²⁷

Od slučajeva u kojima ZTD ustanovljuje odgovornost za štetu članova nadzornog odbora posebno se ističu:

1. povreda obveza članova nadzornog odbora u vrijeme osnivanja društva (čl. 193., ZTD);
2. djelovanje članova nadzornog odbora u ovisnome društvu (čl. 495., ZTD);
3. postupanje članova nadzornog odbora pripojenog društva (čl. 526. i 534./4., ZTD);
4. odgovornost za štetu članova nadzornog odbora pripojenog društva (čl. 544. i 545., ZTD).

Izrijeком naznačujući i članove nadzornog odbora, čl. 273. ZTD-a s naslovom "Odgovornost za štetu" dovodi ove u poziciju da su odgovorni za štetu kao solidarni dužnici, bilo sami, bilo zajedno s tamo spomenutim osobama. Zajedničko je svima njima da su povredama obveza (zakonski izričaj: dužnost!) sudjelovali u nastanku štete društvu, njegovim dioničarima, odnosno članovima.¹²⁸

Do ove odgovornosti neće doći ako članovi nadzornog odbora dokažu da su u obavljanju svojih obveza postupali pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, jednako kao i uz primjenu stavka 6. istog članka, gdje se taksativno navode razlozi koji isključuju postojanje odgovornosti unatoč tomu da su oni istim razlozima "navedeni na štetne radnje."

¹²⁶ M. Vedriš-P. Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb 1996., str. 448.-450., M. Vuković, *ibid.*, str. 165.-166.

¹²⁷ M. Vedriš-P. Klarić, *ibid.*, str. 449.

¹²⁸ V. Gorenc, *ibid.* str. 298.-299., Kastner-Doralt-Nowotny, *ibid.* s. 240.-241., Hoffmann-Becking, *ibid.* s. 323.-326.

6. Rješenja de lege ferenda kao zaključna razmatranja

1. Stanje u hrvatskom pozitivnome pravu glede sudjelovanja zaposlenika u tijelima trgovačkih društava i mogućnosti njihova utjecaja na donošenje odluka i poslovanje uopće ne može dobiti prolaznu ocjenu. Daleko je od onoga što se već godinama događa, provodi i danomice razvija u suvremenome svijetu, poglavito razvijenim zemljama slobodnog tržišnog gospodarstva.¹²⁹

Praktično, u najužem smislu i označavanju zakonskih propisa, tu se može istaknuti samo Zakon o radu i Zakon o trgovačkim društvima, kao propise koji uređuju ili bi trenutno morali uređivati i suodlučivanje zaposlenika u Hrvatskoj. Malo, ili gotovo pa ništa, ako se ima u vidu da ovaj posljednji Zakon o trgovačkim društvima, u propisima koji bi imali omogućiti i sudjelovanje zaposlenika u tijelima trgovačkih društava, poglavito nadzornim odborima, o tome nema ni slova. A tako je blizu, pa ipak i jako daleko od svojih uzora iz usporednog prava! To se dade potkrijepiti primjerima koji su, uz malo "šminke", prikladni brzo i efikasno popuniti postojeće praznine:

Čl. 254. ZTD-a govori o broju članova nadzornog odbora, pa ovisno o visini temeljnog kapitala propisuje da nadzorni odbor može imati najmanje 3, pa onda 9, 15 i 21 člana. Time je prihvatio "križaljku" iz usporednog prava, jer je svaki ovaj broj djeljiv s 3, a to odgovara postojanju tri načina stjecanja svojstva člana nadzornog odbora: izborom od strane (glavne) skupštine, imenovanjem od strane nekih dioničara odnosno članova društva i, konačno, izborom od strane zaposlenika.¹³⁰ U istome propisu nedostaje ono što se u usporednome pravu, prije svega tamo gdje se i našlo uzore za naš ZTD, austrijskom i njemačkom pravu nalazi, a to je naznaka da u nadzorni odbor sukladno odgovarajućim propisima ulaze i predstavnici zaposlenika.

Činjenica da takve norme u čl. 254. ZTD-a ili negdje drugdje uopće nema, rezultat je stanja koje je bilo u vrijeme donošenja, a radi se o "nedostatku" zakonskog propisa koji bi uređivao način izbora i ostale uvjete za članove tog tijela - predstavnike zaposlenika.

2. Nažalost, iako je od donošenja Zakona o trgovačkim društvima proteklo više od sedam godina, kao da još uvijek strah od prošlosti i posljedica "radničkog samoupravljanja" prevladava u svijesti i ponašanju onih koji bi mogli i morali takvo stanje mijenjati. Vrijeme ne ide na ruku takvih, moguće u doba priprema i donošenja ZTD i opravdanih i utemeljenih razloga, jer danas oni ne postoje.

3. Prvi, relativno kvalitetni, pomak došao je stupanjem na snagu Zakona o radu i djelovanjem zaposleničkih vijeća s onim nadležnostima, pravima i ovlastima kakve su u istome propisu normirane.¹³¹

¹²⁹ A. Ravnić, *ibid.*, str. 571., to stanje vezuje za "neusklađenost i suprotstavljanje" koje potiču nositelji zakonskih projekata.

¹³⁰ Posve identično rješenje u austrijskom pravu (par. 86 AktG) odnosno u njemačkom AktG (par. 105).

¹³¹ A. Lončarić, *ibid.*, str. 22. ističe da su temeljne ovlasti zaposleničkog vijeća paziti "na poštovanje zakona, kolektivnog ugovora i drugih propisa."

S obzirom da se u ovome radu pretežito izučava suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima s motrišta prava društava, bilo je osobito značajno ukazati na ovlasti zaposleničkog vijeća o kojima govori čl. 146. ZOR-a, a to je suodlučivanje, kada poslodavac mora dobiti prethodnu suglasnost zaposleničkog vijeća prije nego odluči o stvarima i situacijama tamo nabrojanim.

4. Kako dalje ili, sukladno ovim zaključnim razmatranjima, što se *de lege ferenda* u hrvatskome pravu ima činiti u nastojanjima slijediti suvremene tijekove, usuglasiti (harmonizirati) naše pravo i pravni sustav s pravom Europske Unije? To nije stvar za neka daleka vremena i neke tek dolazeće generacije hrvatskih zaposlenika.

Ako jest, a sigurno jest, obveza je usklađivati na navedeni način hrvatski pravni sustav. Ovdje je naglasak na dijelu prava društava i radnog prava i najmanje u tome poslu može opstati uskogrudnost, samozadovoljstvo i strah od novoga! Postoje rješenja u usporednome pravu, praksa svakodnevno ta rješenja provjerava, a uz sve to ide bogata i razvijena pravna književnost i znanost koja raščlanjuje, vrednuje i kritički osmišlja objektivno i dalekovidno.

5. Hrvatski pravni sustav, barem do danas, pripada tzv. europskom kontinentalnom pravu, što u ostvarivanju postavljenih zadataka može imati znakovitu prednost. Kada se, primjerice, govori o suodlučivanju zaposlenika u trgovačkim društvima, tu je već prisutna smjernica o tzv. Europskom zaposleničkom vijeću, ili pak razvijena praksa Njemačke, Nizozemske, Austrije ili Francuske, Belgije i Švedske o zaposleničkim predstavnicima u nadzornim odborima društava kapitala.¹³² Poštujući takva rješenja, onda smo na putu urediti suodlučivanje kroz vlastite nacionalne zakone i propisati ovisno o snazi poduzeća, ili kako se to obično čini u odnosu na broj zaposlenika i broj njihovih predstavnika u nadzornim odborima. To ima značiti i potpuno ravnopravni položaj svih članova nadzornog odbora i glede ovlasti, prava i pogodnosti, kao i obveza i odgovornosti.¹³³

Neposredni izbor zaposleničkih predstavnika, konkretan omjer između predstavnika poslodavaca, sindikata i zaposlenika,¹³⁴ priznavanje razine tog suodlučivanja u gospodarski razvijenim zemljama kao orijentir našim uvjetima i mogućnostima pridonosit će djelotvornijem približavanju tim gospodarstvima, ali i usklađivanju pravnog sustava.¹³⁵

¹³² D. Joost, *ibid.*, s. 339.-340., zalaže se i za suodlučivanje zaposlenika u tzv. društvima osoba, jasno uz vrlo stroge zakonske uvjete zaštite privatnog poslodavca.

¹³³ Neozbiljnim se čine, uglavnom neslužbeni i tek sporadično u medijima isticani prijedlozi o "samo jednome" predstavniku zaposlenika u tim tijelima, ili pak njihovoj besplatnoj angažiranosti i drugim "osobitostima" u odnosu na ostale članove.

¹³⁴ M. Lutter, *Die unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland*, Zbornik PFRI, str. 489., daje primjer "sastava" zaposleničkog "tima" u nadzornom odboru: od 10 predstavnika tu se nalazi najmanje 1 radnik, najmanje 1 namještenik, najmanje 1 vodeći namještenik i najmanje 2 predstavnika sindikata koji djeluju u poduzeću. Ostatak se popunjava prema prilikama!

¹³⁵ M. Lutter, *ibid.*, str. 258.

6. Postojeća “neusklađenost i suprotstavljanja” karakteristična za ponašanje pojedinih nositelja političke i zakonodavne inicijative u “poboljšanjima” takvog stanja nisu nimalo primjerena, no po mnogima “nedopušteno” se odražava u svakodnevnome životu i radu, poglavito zakonodavcu, pa i upravnim tijelima.¹³⁶

Nema dvojbe, u hrvatskoj zakonodavnoj aktivnosti žurno valja osmisliti rješenja koja će biti sukladna sličnima u usporednome pravu. Veličina, snaga i razgranatost gospodarstva i broj gospodarskih subjekata u Republici Hrvatskoj izravno moraju utjecati i na nazočnost zaposleničkih predstavnika u dioničkim društvima i u društvima s ograničenom odgovornošću. Kao što je Zakon o radu “prilagodio” donju granicu zaposlenika kod jednog poslodavca da bi se moglo izabrati zaposleničko vijeće,¹³⁷ nešto slično je nužno i u slučajevima izbora zaposleničkih predstavnika u nadzorne odbore društava kapitala. Brojke kojima te uvjete propisuju njemački zakoni, primjerice,¹³⁸ za naše su uvjete “nedostižne” i kada se prilagode hrvatskim gospodarskim, socijalnim i općedruštvenim okolnostima vrlo stimulativno mogu utjecati na razvijanje suodlučivanja zaposlenika.¹³⁹

Glede položaja samih zaposleničkih predstavnika nema nikakve osnove uskraćivati ih u pravima, ovlastima (naravno i pogodnostima) u odnosu na ostale članove nadzornog odbora. U istoj toj mjeri vrijedi i za njihove obveze i odgovornost, jer bi prihvaćanje nekih ideja, koje dolaze s raznih strana,¹⁴⁰ to značilo ozakonjenje apsolutne neravnopravnosti i diskriminacije. A ne kaže se bez razloga da i jedno i drugo vode u anarhiju i bezvlađe, da nemaju ništa zajedničko s vladavinom prava. Bilo bi zaista teško i opasno kada bi na takvome poslu u stilu “jahača apokalipse” djelovali samo hrvatski zakonodavac, sindikati i ostali pozvani stručnjaci. Slične probleme i odgovarajuća rješenja traže i mnogi drugi.¹⁴¹

7. Prisjećajući se stare latinske izreke “*Nihil perpetuum, patica diuturna sunt.*” (Ništa nije vječito, a malo što je trajno.) čovjek i čovječanstvo uporno traže bolje. Ako si takav “luksuz” mogu priuštiti oni koji nam i danas služe za uzore,¹⁴² onda mi

¹³⁶ A. Ravnić, *ibid.*, str. 571.

¹³⁷ Čl. 132. ZOR govori o “najmanje 20 zaposlenika.”

¹³⁸ Prema BetrVG '52 najmanji broj zaposlenika je 500, Montan MitbestG ne ide “ispod” 1000, dok MitbestG '76 pravo na zaposleničke predstavnike u nadzornom odboru uvjetuje s više od 2000 zaposlenika u jednom društvu kapitala.

¹³⁹ Ž. Potočnjak, *ibid.*, str. 31., spominje uz zaposleničke predstavnike u nadzornim odborima i radničke direktore koji mogu ukloniti ozbiljne propuste u hrvatskom sustavu zaposleničkog suodlučivanja.

¹⁴⁰ Brojni su, različiti i ne baš osobito utemeljeni prijedlozi “u svako poduzeće (trgovačko društvo) zaposleničko suodlučivanje”, pri čemu nema suglasja ni kod brojnih sindikalnih udruga, poslodavaca pa ni upravnih i zakonodavnih tijela državne vlasti.

¹⁴¹ C. Engels-L. Salas, *ibid.*, p. 10.12., ističu kako uz zemlje-članice EU, ponukani rješenjima Smjernice “Europsko zaposleničko vijeće” (engl. European Works Council - EWC) i u SAD-u i Japanu traže nove oblike suodlučivanja zaposlenika.

¹⁴² J. Pipkorn, *Europäische Aspekte der Informations- und Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer*, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht Bonn 1995., s. 32.-33. naglašava “solidarnost” zaposlenika Europe u ostvarenju zahtjeva na suodlučivanje.

u Hrvatskoj to moramo činiti i više i upornije.

Pravna norma uvijek ima temeljnu i nepromijenjenu ulogu: služiti njenim adresatima u ostvarivanju zakonitih i opravdanih interesa, stvarati pretpostavke za odvijanje života, a ne biti njegova kočnica. Toga se pridržavati znači stvarati bolji i sretniji život za sve, jer to ima svoje opravdanje i puni smisao - *Viribus unitis!*

Summary

WORKERS' PARTICIPATION IN DECISION MAKING PROCESS IN COMMERCIAL COMPANIES

Free market economy of the postindustrial era has been developing inevitably and incredibly fast. Influences that have to be taken into account are those of new technologies, informatization and ever wider markets, especially due to the uncritical widening of "global markets" turning the whole planet into "an open and free" common market. Commercial players as well as the countries themselves that neglect these facts will have severe problems (it is not exaggerated to say they will be prevented altogether) in attaining the desired goal. The workers' participation has been developing in the majority of countries already for a significant period of time - with big or small steps, with acceleration and affirmation, or temporary suspension, slowing and stagnation. It is the inevitable result or, even more, a factor of development as a whole. This article discusses the state of affairs in the Republic of Croatia, especially in regard to workers' participation in decision making process in commercial companies from the commercial law, law on companies point of view.

Key words: *workers, codecision, commercial companies, consistency with comparative law, legislative solutions.*

Zusammenfassung

MITBESTIMMUNG IN HANDELSGESELLSCHAFTEN

Die freie Marktwirtschaft des postindustriellen Zeitalters entwickelt sich undenkbar schnell und unaufhaltsam. Der Einfluss neuer Technologien, Informationen und eines immer breiteren Marktes, zu dem besonders die unkritische Verbreitung „globalisierender Märkte“ beiträgt und die ganze Welt in einen „offenen und freien“ einzigen Markt verwandelt, sind Faktoren mit denen zu rechnen ist. Die Wirtschaftler und einzelnen Länder, die das alles ignorieren, werden schwer in einem solchem Wettbewerb ihr Ziel erreichen. Die größte Zahl jedoch entwickelt sich schon längere Zeit mit größeren oder kleineren Schritten, Beschleunigung und Affirmation oder auch momentweisen Stauungen, Verlangsamungen oder Stagnationen im Rahmen solcher Wirtschaften und Rechtssysteme der Mitbestimmung als

unausweichlicher Begleitumstand oder besser gesagt Faktor aller Entwicklung. Wie die Situation in der Republik Kroatien ist, besonders wenn von der Mitbestimmung in Handelsgesellschaften die Rede ist und vom Standpunkt des Handelsrecht gesehen, genauer des Gesellschaftsrechts, ist Thema dieser Arbeit.

Schlüsselwörter: *Arbeitnehmer, Mitbestimmung, Handelsgesellschaft, Übereinstimmung mit dem vergleichenden Recht, gesetzgebende Entscheidung.*

Sommario

PARTECIPAZIONE DECISIONALE DEI LAVORATORI NELLE SOCIETÀ COMMERCIALI

L'economia di libero mercato dell'era postindustriale si è sviluppata in modo inevitabilmente e incredibilmente veloce. Le influenze che devono essere tenute in conto sono quelle delle nuove tecnologie, dell'informatizzazione e dei mercati sempre più estesi, specialmente a causa dell'acritico allargamento dei "mercati globali" che trasformano l'intero pianeta in un "aperto e libero" mercato comune. Gli attori commerciali così come i paesi stessi che trascurano questi fatti avranno gravi problemi nel (non è esagerato affermare che essi saranno completamente esclusi dal) perseguimento dello scopo desiderato. La partecipazione dei lavoratori si è sviluppata nella maggioranza dei paesi già per un periodo di tempo significativo - con grandi o piccoli passi, con accelerazioni e affermazioni o temporanee sospensioni, rallentamenti e stagnazioni. È l'inevitabile risultato o forse meglio un fattore dello sviluppo come complesso. Questo articolo tratta dello stato delle cose nella Repubblica di Croazia, specialmente con riguardo alla partecipazione dei lavoratori al processo decisionale nelle società commerciali dal punto di vista del diritto commerciale, del diritto delle società.

Parole chiave: *lavoratori, codecisione, società commerciali, coerenza con il diritto comparato, soluzioni legislative.*

OPOZICIJSKI POSTUPAK U NOVOM HRVATSKOM ŽIGOVNOM PRAVU*

Dragan Zlatović, dipl. iur.
ravnatelj Šibenskog kazališta, Šibenik

UDK: 347.772(497.5)
Ur.: 4. listopada 2000.
Pr.: 13. prosinca 2000.
Prethodno priopćenje

Zaštita industrijskog vlasništva u funkciji ekonomskog razvitka nije još u Republici Hrvatskoj u potpunosti prisutna, pa tako ni na području upravno-pravne zaštite žiga. Kako je u Hrvatskoj izmijenjeno žigovno zakonodavstvo, autor u ovom radu, polazeći od modernih međunarodnopravnih rješenja, iskustava inozemnih nacionalnih sustava i pravne prakse, razmatra karakteristike instituta prigovora na objavljenu prijavu žiga, novog instituta po novom Zakonu o žigu iz 1999. godine. Relativni uvjeti zaštite se ne raspravljaju po službenoj dužnosti, nego isključivo na traženje nositelja ranijeg prava ili drugog zakonskog ovlaštenika koji se odluče podnijeti prigovor u roku tri mjeseca po objavi prijave žiga. Autor predlaže određene zakonodavne poboljšice koje bi se mogle uključiti u neku predstojeću novelu hrvatskog žigovnog prava.

Ključne riječi: opozicijski postupak, žig, pravo industrijskog vlasništva.

I. Uvod

Intelektualno vlasništvo na cijeni je kao nikad do sada. Na području biotehnologije, informatike, telekomunikacija, umjetničkog djelovanja, naklade zvuka i slike i drugim srodnim područjima pojava brojnih novih, individualiziranih produkata zahtijeva brzu i učinkovitu zaštitu od svih oblika oponašanja i povreda.

U vrijeme uspostavljanja na tržištu kontinuiranih interakcija u prometu konkurentnih roba i usluga uspostavljanje kvalitetnog i svrhovitog sustava zaštite žiga je *condicio sine qua non* poštenog tržišnog natjecanja i jačanja intelektualnog kapitala poduzetnika kao ključnog preduvjeta uspješnog poslovanja.

Republika Hrvatska neizostavno je zainteresirana postati članicom svjetskih i europskih integracija, a posebice Svjetske trgovinske organizacije (World Trade Organization - WTO)¹, za što je bilo potrebno da, između ostalog, i svoje

* Rad je pisan prema stanju na dan 30.11.1999. g.

¹ Svjetska trgovinska organizacija (WTO) rezultanta je Urugvajске runde pregovora u okviru Općeg sporazuma o carinama i trgovini (GATT), uz proširenje svoje aktivnosti i na dva druga nova područja - trgovinu uslugama i intelektualno vlasništvo (TRIPS).

zakonodavstvo na ovom području harmonizira sukladno međunarodnopravnim rješenjima, odnosno na području intelektualnog vlasništva Sporazumu o trgovinskim aspektima intelektualnog vlasništva (TRIPS).²

Područje žigova zajedno s ostalim pravima industrijskog vlasništva (patenti, modeli, uzorci, oznake podrijetla proizvoda) bilo je donedavno uređeno preuzetim Zakonom o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički Zakon ("Narodne novine", broj 53/91), u međuvremenu u više navrata revidiran je ("Narodne novine", broj 19/92, 61/92 i 26/93), te promijenio naziv u Zakon o industrijskom vlasništvu (dalje: ZIV). S obzirom da je preuzeti ZIV bio kodifikacija različitih prava industrijskog vlasništva i tako nedostatan jasan i primjenjiv, odnosno da datira u svojim temeljnim rješenjima iz bivšeg sustava, te stoga nije primjeren stanju hrvatskog gospodarstva i postignućima hrvatskog inventivnog rada, bilo je potrebno izvršiti zakonodavnu reviziju na ovom području i novim propisima uskladiti domaće pozitivno pravo s pravilima europskih i međunarodnih sustava, uz uzimanje u obzir posebnosti i sadašnjeg gospodarskog trenutka Hrvatske.

Tako je na zasjedanju Sabora Republike Hrvatske 30. lipnja 1999. godine donesen i Zakon o žigu (dalje: ZOŽ) uz ostale posebne zakone za pojedine oblike industrijskog vlasništva. Ovim zakonima Republika Hrvatska posebno je zakonski uredila pojedina prava industrijskog vlasništva i stvorila nov jedinstven sustav industrijskog vlasništva, na način kako je ova problematika uređena u drugim zemljama tržišnog gospodarstva. Time su ispunjeni zahtjevi u odnosu na određene međunarodne sporazume i ugovore, što u konačnici znači približavanje europskim i svjetskim integracijama te stvaranje boljih preduvjeta gospodarskog razvitka i uključenja u procese globalizacije.

U sklopu novina na području upravnopravne zaštite žiga naša pažnja će se zadržati ovaj put na jednom novom institutu u hrvatskom pravu industrijskog vlasništva - prigovoru na objavljenu prijavu žiga, prihvaćenom kao suvremeno rješenje u gotovo svim europskim zakonima, a kojim se stvaraju pretpostavke za brzu i učinkovitu zaštitu titulara i njihovih ugroženih odnosno povrijeđenih prava već u tijeku postupka registracije žiga.

² "Cilj ugovora TRIPS-a jeste međunarodna zaštita tvorevina ljudskog uma, koje uključuje prava umnožavanja, patente, industrijski dizajn, robne i trgovačke znakove. 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, obujma i održavanja prava na zaštitu autorskog vlasništva (primjena načela najpovoljnije nacije i nacionalnog tretmana). Ugovorom se također traži od nacionalnih zakonodavstava uspostava odgovarajućeg nadzora nad primjenom mjera za zaštitu intelektualnog vlasništva." Cit. i šire Mimica: Republika Hrvatska i Svjetska trgovinska organizacija (WTO), Informator br. 4728, od 30. 6. 1999., str. 1. i dalje.

II. O prijavi žiga

Postupak za priznanje žiga po novom hrvatskom pravu pokreće se prijavom upravljenom Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo. Prijava mora ispunjavati minimalne uvjete glede svog sadržaja, odnosno mora sadržavati podatke koji su od bitnog utjecaja na priznanje žiga³, tj. zahtjev za priznanje žiga, podatke o podnositelju prijave (ime, tvrtku ili naziv, poslovnu djelatnost, poštansku adresu), izgled znaka koji se želi zaštititi žigom te popis proizvoda ili usluga koji se žele zaštititi žigom.⁴

Za svaki znak koji se želi zaštititi žigom podnosi se posebna prijava⁵, što znači da je prihvaćeno načelo odvojenih prijava temeljem kojega podnositelj prijave žiga ne može jednom prijavom zahtijevati zaštitu za više znakova za koje se traži žigovna zaštita.

Državni zavod prvo ispituje zadovoljava li prijava formalno-pravne zahtjeve, odnosno je li sastavljena na način predviđen ZOŽ-u i posebnim pravilnikom, sadrži li sve elemente potrebne za ocjenjivanje prava za koje se traži zaštita⁶, je li uplaćena propisana pristojba za prijavu žiga i naknada troškova postupka te priložen dokaz o izvršenoj uplati te je li priložena uredna punomoć za zastupanje ako je prijava podnijeta putem zastupnika.⁷

Ako prijava zadovoljava u pogledu zahtjeva urednosti, Državni zavod će prijeći na postupak tzv. supstancijalnog (potpunog) ispitivanja prijave žiga, odnosno ispitivanja apsolutnih uvjeta zaštite. Ukoliko je prijava žiga uredna te ako znak za koji se zaštita traži nije isključen u smislu odredbi o apsolutnim razlozima za isključenje i kad je plaćena propisana naknada troškova objave, podaci iz prijave objavljuju se u službenom glasniku Državnog zavoda.⁸

Objavljivanje prijave ima za cilj izvijestiti zainteresirane osobe o prijavljenom žigu odnosno pružiti im mogućnost podnijeti prigovor radi zaštite svojih tzv. "ranijih prava", čime se Državni zavod obvezuje ispitati uvjete zaštite u granicama relativnih uvjeta zaštite.

³ Za starija rješenja konzultirati Verona: Zaštita robnih i uslužnih žigova, Naša zakonitost, br. 9-12/62., str. 478. i Matešić: Zaštita žiga u Republici Hrvatskoj, Hrvatski patentni glasnik, br. 2-3/94.

⁴ Vidi čl. 9. ZOŽ-u.

⁵ Vidi čl. 8. ZOŽ-u.

⁶ Usp. Besarović: Pravo industrijske svojine i autorsko pravo, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 95.

⁷ Vidi čl. 14. ZOŽ-a.

⁸ U smislu odredbe čl. 46. ZOŽ-u Državni zavod izdaje službeno glasilo u kojem se objavljuju prijava žiga, priznata prava i produženje vrijednosti žiga, prijenosi prava, brisanje žiga iz registra i drugi podaci o žigu predviđeni zakonom. Sadržaj podataka koji se objavljuju u službenom glasilu Državnog zavoda propisuje se posebnim pravilnikom. Ova obveza proizlazi iz prihvaćanja Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva, po kojoj je i Republika Hrvatska kao članica dužna izdavati službeno periodično glasilo (čl. 16. Pariške konvencije). Naš Državni zavod izdaje Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva (dalje: Glasnik) koji pokriva cjelokupno područje intelektualnog vlasništva - patente, žigove, industrijsko obličje, oznake podrijetla proizvoda, integrirane sklopove, te autorska i srodna prava.

III. Prigovor na objavljenu prijavu žiga - opozicijski postupak

1. Međunarodna i usporednopravna rješenja

1.1. Uvodne napomene

Brojne zemlje u svojim pozitivnim pravnim sustavima poznaju postupak ispitivanja prijave žiga u javnom interesu i u interesu zainteresiranih tržišnih natjecatelja. Pri tome vrši se jasna distinkcija između dvaju tipova razloga za isključenje od zaštite žiga.

Žigovi mogu biti ispitivani radi apsolutnih, objektivnih razloga isključenja, po kojima se znacima koji se ne mogu štiti žigom smatraju, primjerice, znaci koji nemaju distinktivni karakter, deskriptivni znaci, protuzakoniti i amoralni znakovi i drugi.⁹ Ovo ispitivanje je osobito poželjno u interesu zaštite potrošača, ali također i tržišnih natjecatelja, i trgovine u cjelini, te stoga doprinosi da se ne mogu monopolizirati deskriptivni i generički znakovi koristeći pri tome jednostavnost upravne procedure stjecanja žiga.

Mnoge države provode postupak ispitivanja još i radi tzv. relativnih razloga isključenja, odnosno zaštite ranijih prava. Tako zemlje poput Francuske, Njemačke i Švicarske, kao i sustav Europskog žiga, još odavno priznaju vlasnicima ranijih prava interes za obranu svojih prava, bilo osporavanjem prijave žiga u upravnom postupku ili pokretanjem postupka opoziva registriranog žiga kojim se mogu povrijediti njegova stečena prava.¹⁰ Do posljednjih harmonizacijskih napora na međunarodnom i europskom planu¹¹ mogla su se komparativnom analizom en general zapaziti tri pristupa pri uređenju ovog pitanja u nacionalnim zakonodavstvima:

a) britanski sustav, koji je predviđao ispitivanje *ex officio* radi apsolutnih i relativnih razloga, kao i postupak osporavanja, a koji je osim u Velikoj Britaniji bio primijenjen i u Portugalu, Španjolskoj i zemljama sjeverne Europe;

b) tradicionalni francuski sustav, kojeg je uz francusko poznavalo primjerice i švicarsko pravo, po kojem su se samo apsolutni razlozi raspravljali u oficijalnom postupku, dok nije bio propisan postupak osporavanja, pa je vlasnicima ranijih prava bila na raspolaganju samo mogućnost pokretanja postupka opoziva registriranog žiga ili utuženja radi povrede žiga u sklopu građanskopravne zaštite žiga;

c) njemački sustav, kao dobar kompromis dva navedena krajnje suprotstavljena rješenja, koji je predviđao ispitivanje po službenom ovlaštenju za apsolutne razloge, te posebni jednostavni i ekonomični postupak upravnog

⁹ Detaljnije o apsolutnim zabranama u žigovnom pravu kod Popović: *Zaštita robnih i uslužnih žigova*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1969., str. 55 - 64.

¹⁰ WIPO, *Introduction to trademark law and practice*, The basic concepts, second edition, Geneva, 1993., str. 39.

¹¹ Misli se na TRIPS i Uredbu (EZ) br. 40/94 o žigu Zajednice - op. aut.

osporavanja u kojem je vlasnik ranijeg prava mogao osporiti prijavu žiga.¹²

1.2. Nove tendencije u svezi s opozicijskim postupkom

U sklopu ugovora sklopljenih tijekom Urugvajске runde, odnosno deseto-godišnjih multilateralnih trgovinskih pregovora u okviru Općeg sporazuma o carinama i trgovini (GATT), okončanih osnivanjem Svjetske trgovinske organizacije (WTO), za područje prava žiga od iznimne je važnosti Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS), od 15. travnja 1994. godine, koji je stupio na snagu 1. 1. 1995.¹³ Ovim ugovorom traži se od nacionalnih zakonodavstava uspostava odgovarajućeg nadzora nad primjenom mjera za zaštitu industrijskog vlasništva u sklopu potrebe da se na svjetskoj razini urede pravni standardi za trgovinu koja ne bi ugrožavala tvorevine ljudskog uma.¹⁴ Tako je u čl. 15. st. 5. TRIPS-a predviđena obveza za zemlje članice glede objave žiga, bilo prije registracije ili odmah nakon registracije, uz dužnost davanja razložne mogućnosti da se zahtijeva poništenje registracije žiga. Uz to, zemlje članice mogu predvidjeti mogućnost protivljenja registraciji nekog žiga.

Na ovaj način otvorena je mogućnost propisivanja mogućeg prigovora na prijavu žiga, čime se stvaraju mogućnosti da se u kratkom roku i uz male troškove izbjegnu povrede ranijih prava koje bi nastale registracijom istog ili sličnog znaka za istu ili sličnu robu odnosno njegovim korištenjem u trgovini i pravnom prometu.¹⁵

Za sve to vrijeme trajao je kontinuirani napor organa i članica Europske unije u svezi s harmonizacijom nacionalnih propisa članica o pravu žiga, odnosno još dalje, s ciljem stvaranja žiga Zajednice kao izvornog europskog prava na žig.¹⁶ U tom smislu od iznimne su važnosti dva akta, i to Smjernica (Direktiva) o ujednačenju pravnih propisa zemalja - članica o pravnoj zaštiti žiga¹⁷ te naročito, Uredba (EZ) br. 40/94 Savjeta o žigu Zajednice.¹⁸ Uredba o žigu Zajednice rezultat je postignute suglasnosti zemalja članica, čija su zakonodavstva tradicionalno utemeljena na različitim, katkada i krajnje suprotstavljenim tendencijama, o ključnim pitanjima stjecanja i zaštite nadnacionalnog europskog prava žiga.¹⁹ Uredba razlikuje, po uzoru na njemačka rješenja, apsolutne i relativne razloge

¹² WIPO, Intellectual Property Reading Material, Geneva, 1995., Chapter 9., str. 207.

¹³ Vidi Čizmić: Ogleđi iz prava industrijskog vlasništva, Split, 1998., str. 146 i dr., te Blakeney: Trade Related Aspects of Intellectual Property, Sweet & Maxwell, London, 1996.

¹⁴ Tako i Čizmić: Međunarodni izvori prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj, "Hrvatska gospodarska revija", broj 9/99., str. 88.

¹⁵ WIPO, Intellectual Property Reading Material, Geneva, 1995., Chapter 28., str. 501.

¹⁶ Detaljnije kod Krmeta: Europsko pravo žiga, "Hrvatski patentni glasnik", br. 2-3., 1994., str. 231 - 241.

¹⁷ Smjernica je usvojena od savjeta EZ-a, od 21. prosinca 1988. godine, a objavljena je u Sl. listu EZ-e br. L 40 i GRUR Int, 4/89.

¹⁸ Uredba je donesena 20. prosinca 1993. godine, a objavljena je u Sl. listu EZ-e br. L 11/1-35 od 14. siječnja 1994. godine i "Industrial Property and Copyright", 1995. 11.

¹⁹ Cit. po Krmeta: op. cit., str. 238.

isključenja kao smetnje za priznavanje prava i upis u registar. Ukoliko ne ustanovi apsolutne razloge na koje pazi po službenoj dužnosti, Zavod objavljuje urednu prijavu.²⁰

Analogijom iz čl. 42. u svezi s čl. 41. Uredbe, na relativne razloge isključenja od žigovne zaštite, odnosno tzv. ranija ili starija (stečena) prava Zavod ne pazi *ex officio*, već se na njih ukazuje u prigovoru koji se na objavljenu prijavu žiga može podnijeti Zavodu u roku od tri mjeseca od objavljivanja prijave.²¹ Prigovor se prema čl. 42. u svezi čl. 8. st. 1. Uredbe može podnijeti ako su prijavljeni žig Zajednice i raniji žig (earlier trade mark) identični, a radi se o istovrsnim robama ili uslugama, odnosno ako se radi o istim ili sličnim žigovima za istu ili sličnu robu ili usluge ukoliko postoji opasnost od zabune kod konzumenata na teritoriju na kojem raniji žig uživa zaštitu. Opasnost od zabune uključuje i slučaj asocijativne sličnosti sa ranijim žigom. Prigovor se može uložiti i kada se ne radi o sličnoj već o različitoj vrsti robe ili usluga ako je stariji žig tzv. poznati žig²², jer se u tom slučaju radi o neloyalnom ugrožavanju i slabljenju izgrađenog "imagea" odnosno ugleda i dobrog glasa tuđe robe obilježene poznatim žigom.²³

Ovo je moguće samo ukoliko bi prijavljeni žig Zajednice mogao neutemeljeno i neloyalno iskoristiti ili ugroziti razlikovnu snagu ili vrijednost ranijeg poznatog žiga²⁴, neovisno radi li se o starijem poznatom žigu Zajednice ili starijem poznatom nacionalnom žigu.²⁵

Nadalje, u ranija prava prvenstveno spadaju upisani ili prije prijavljeni žigovi Zajednice, upisani ili prije prijavljeni nacionalni žigovi kao i notorno poznati žigovi prema čl. 6bis Pariške konvencije.²⁶ Kao relativni razlog isključenja za ulaganje prigovora može se smatrati i slučaj ranijeg neupisanog žiga kao i druge robne oznake korištene na tržištu, čije značenje prelazi mjesnu razinu, ako se i ukoliko prema nacionalnom zakonodavstvu nositelju ovakvog znaka daje pravo zabrane kasnijeg (mlađeg) žiga.²⁷ Dakle, ako nositelj ranijeg žiga uloži prigovor, Zavod ispituje prijavu žiga, uz mogućnost da na traženje podnositelja prijave žiga zatraži od podnositelja prigovora dokazivanje ozbiljnog korištenja žiga u razdoblju od posljednjih pet godina koje prethode podnošenju prijave žiga Zajednice. Također,

²⁰ Vidi čl. 40. Uredbe.

²¹ Usp. Dodatak "Die europäische Gemeinschaftsmarke" u: Giefers: Markenschutz, 4. Aufl., Haufe Verlag, Freiburg, 1995., str. 9.

²² O zaštiti poznatih žigova Topić: Zaštita poznatih i čuvenih žigova, "Hrvatski patentni glasnik", br. 1/96., str. 249-255.

²³ Za njemačku sudsku praksu vidi slučaj žiga "Dimple" poznatog za whisky, a koji se neovlašteno koristio za mušku kozmetiku, u BGS GRUR 1985, 550.

²⁴ Vidi čl. 9. st. 1. toč. c Uredbe.

²⁵ Vidi čl. 8. st. 5. Uredbe.

²⁶ O notornim žigovima opširnije Čizmić: Značenje i zaštita žiga u hrvatskom gospodarstvu, Zbornik radova "Novosti i otvorena pitanja pravne i gospodarske prakse", Zagreb, 1999.

²⁷ Vidi čl. 9. st. 4. u svezi čl. 107. Uredbe.

moguće je da Zavod uputi stranke na sklapanje poštene nagodbe, kao i da prigovor bude samo djelomično prihvaćen, odnosno prijava žiga odbijena u pogledu samo određene robe ili usluga. Ako se prigovor ne podnese, odnosno ako bude odbijen, Zavod će upisati prijavljeni žig s tim da budu zadovoljeni i ostali uvjeti, osobito plaćanje propisane takse.

1.3. Inozemna nacionalna rješenja

Donošenjem ovih za pravo žiga bitnih akata stvoreni su temelji za uvođenje modernog sustava zaštite žiga i u posebnim nacionalnim pravima, što se ne odnosi samo na zemlje članice EU i WTO, nego i za druge zemlje izvan ovih sporazuma i asocijacija. U sklopu procesa ujednačavanja nacionalnih zakonodavstava s ovim međunarodnim izvorima mnoge su države inkorporirale ova moderna rješenja u svoje propise o pravu žiga. Međutim i sada se može uočiti neujednačenost rješenja, tako da se usporednopravnom analizom može doći do tri različita pristupa glede zastupljenosti instituta prigovora (engl. opposition, njem. Widerspruch) u nacionalnim pravima, i to:

- a) ediktalni opozicijski sustav
- b) postupisni opozicijski sustav
- c) američki mješoviti opozicijski sustav te
- d) neopozicijski sustav.

a) Ediktalni opozicijski postupak

Prema općim načelima ediktalnog (prethodnog) opozicijskog sustava, koji proizlazi iz Uredbe o žigu Zajednice, treba najprije objaviti prijavu žiga ako nadležni upravni organ smatra da nema apsolutnih razloga za uskratu žiga. Tek nakon proteka roka za prigovor odnosno nakon odlučivanja o prigovoru kojim se u stvari odlučuje o ranijim pravima, trebalo bi donijeti rješenje o priznanju žiga.²⁸ Ovaj pristup primijenjen je, primjerice, u Francuskoj, Velikoj Britaniji, Švedskoj i Japanu.

Prema francuskom Zakonu o robnim i uslužnim žigovima²⁹, odnosno kasnijem Kodeksu intelektualnog vlasništva³⁰, postupno je napušten tradicionalni francuski sustav, tako da je inauguriran upravni opozicijski postupak pored oficijalnog ispitivanja apsolutnih razloga isključenja. Isti sustav primijenjen je i u novom švicarskom pravu koje je stupilo na snagu u 1993. godini.³¹ Sukladno paragrafu

²⁸ Tako za patentnu zaštitu Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str. 114.

²⁹ Loi No 91-7 du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service, Journal officiel de la Republique française, 6. 1. 1991., pp. 316.

³⁰ Loi No 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriete intellectuelle (partie legislative), objavljen s posljednjom novelom Loi No 94-102 du 8. 2. 1994. u "Industrial Property", 1994. 10.

³¹ WIPO, Introduction trademark law and practice, The basic concepts, Geneva, second edition, 1993., str. 39.

L.712-2. francuskog Kodeksa propisana je obveza objave prijave žiga, u svezi s kojom kroz razdoblje od dva mjeseca nakon objave svaka zainteresirana osoba može uložiti primjedbe Direktor Nacionalnog instituta za industrijsko vlasništvo,³² a u istom roku prigovor na objavljenu prijavu za registraciju može se podnijeti Direktor od vlasnika ranije registriranog ili prijavljenog ili ranije prvenstvenog žiga ili od vlasnika poznatog žiga. Ovlaštenik ekskluzivnog prava korištenja također uživa isto pravo prigovora, osim ako nije drugačije ugovorom određeno. Prigovor će se smatrati odbijenim ako se odluka ne donese u roku od šest mjeseci od isteka roka za ulaganje prigovora, s tim da do prekida tog roka dolazi kada je prigovor temeljen na prijavi za registraciju žiga, kada je pokrenut postupak poništenja, osporavanja ili utvrđivanja vlasništva, odnosno na sporazumni zahtjev stranaka kada prekid ne može prekoračivati razdoblje od šest mjeseci. Prijava za registraciju odbija se u slučaju prihvaćanja prigovora.

Žigovno pravo Velike Britanije je u cijelosti izmijenjeno Zakonom o žigu (The Trade Marks Act 1994, dalje: TMA 1994.) iz 1994. godine.³³ Registrar vrši potpuno ispitivanje (full examination) prijave da bi se vidjelo ispunjava li ona sve pretpostavke glede sadržaja prema TMA 1994 i Trade Marks Rules 1994., te pretragu ranijeg žiga.

Ukoliko je prijava uredna i prihvatljiva, publicira se u tjednom glasniku Trade Marks Journal. Svaka osoba može u roku od tri mjeseca uložiti pisani prigovor³⁴ ili podredno podnijeti neslužbene primjedbe.³⁵ Za razliku od francuskog prava, britansko pravo šire regulira prigovor u pogledu razloga zbog kojih se može podnositi, pa se tako isti može podnijeti ne samo zbog relativnih razloga isključenja već i zbog apsolutnih razloga.³⁶

Slična rješenja sadrži i japanski Trademark Law³⁷, po kojem u roku od dva mjeseca po objavi prijave žiga bilo koja zainteresirana osoba može uložiti prigovor direktoru Patentnog ureda. Usprkos tome prigovor se ne može temeljiti na tome da prijava ne udovoljava načelu tzv. odvojenih prijava, odnosno ako ne navodi vrste roba i usluga za koje se zaštita traži.³⁸ Podnositelj podnosi prigovor u pisanoj formi, a razloge na koje se poziva zajedno s podržavajućim dokazima može podnijeti u samom prigovoru ili najkasnije u roku od trideset dana po isteku roka za ulaganje

³² Vidi paragraf L.712-3 francuskog Kodeksa. Prema paragrafu 7. francuskog Zakona bio je predviđen rok za prigovor od tri mjeseca.

³³ O britanskom common law i ranijim zakonima detaljnije kod Cornish: Intellectual Property, Third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 515. i dr., te Kerly: Law of Trade Marks and Trade Names, 12th edition, Sweet & Maxwell, London, 1986. with supplement 1994.

³⁴ Vidi čl. 38.2. TMA 1994. Prijavitelj će primiti obavijest o prigovoru i može odgovoriti protuprijedlogom. Za detalje vidi TMA 1994 Rules, rr.13,14.

³⁵ Vidi čl. 38.3 TMA 1994.

³⁶ Kada se prijava prihvati i po prigovoru, ako ga ima, bude odlučeno, Registrar mora registrirati žig, osim ako uvidi da je žig pogreškom prihvaćen.

³⁷ Law no. 127 of April 13, 1959, as last amended by Law No. 116 of 1994.

³⁸ Vidi čl. 16quater st. 1. japanskog TML.

prigovora. Kada zaprimi prigovor na prijavu žiga, nadležni ispitivač će uputiti presliku pisanog prigovora prijavitelju žiga, dajući mu mogućnost podnošenja pisanog odgovora određujući mu odgovarajući rok. Nakon isteka roka za podnošenje prigovora, odnosno određenog roka za odgovor na prigovor, ispitivač će izdati pisanu i obrazloženu odluku o prigovoru, koja se dostavlja podnositelju prigovora i protiv koje nije dopušten priziv.³⁹ Za slučaj kada u zakonskom roku nije podniet ni jedan prigovor na prijavu za registraciju žiga, ispitivač će donijeti odluku o udovoljenju uvjeta za registraciju žiga, osim ako ne donese odluku o odbijanju prijave.

I švedski Zakon o žigovima (The Trademarks Act, dalje: TMA)⁴⁰ propisuje u čl. 20. st. 2. rok od dva mjeseca po objavi prijave žiga za podnošenje prigovora. Ovdje spominjemo i slovensko pravo⁴¹, odnosno Zakon o industrijski lastnini (dalje: ZIL) po kojem u roku od tri mjeseca od dana objave svatko može kod nadležnog ureda uložiti pisani prigovor protiv izdavanja odluke o priznanju žiga, koji mora sadržavati dokaze da objavljeni žig ne ispunjava uvjete za priznavanje prava po tom zakonu. Na osnovi prigovora ured provodi preispitivanje i može izdati uskratnu odluku glede registracije žiga.⁴²

b) Postupisni opozicijski postupak

Postupisni (registracijski) opozicijski pristup podrazumijeva pravo na podnošenje prigovora tek protiv rješenja o priznanju žiga odnosno po njegovoj registraciji, s obrazloženjem da ne postoje uvjeti za priznanje žiga. Ovakav sustav primijenjen je u Njemačkoj.

Po novom njemačkom pravu⁴³ apsolutni razlozi za isključenje od zaštite ispituju se *ex officio* u javnom interesu, dok se relativni razlozi isključenja u postupku priznanja nacionalnog žiga, koji su u službi zaštite privatnih interesa, posebice zaštite ranijih prava trećih osoba ne uzimaju u razmatranje po službenoj dužnosti nego, za razliku od žiga Zajednice⁴⁴, samo ako vlasnik ranijeg prava

³⁹ To znači da je odluka o prigovoru konačna, a eventualno nezadovoljna stranka može svoje pravo ostvarivati u postupku poništenja rješenja o žigu nakon registracije. Također, u slučaju kada je protiv jedne prijave žiga podneseno više prigovora od različitih podnositelja, prihvaćanje jednog od njih oslobađa ispitivača obveze postupati po ostalim prigovorima. Vidi čl. 16decies japanskog TML.

⁴⁰ Law no. 644 of December 2, 1960, as last amended by Law no. 234 of May 7, 1986, objavljen u "Industrial Property", 1986.10.

⁴¹ Čl. 58. Zakona o industrijski lastnini, Uradni list republike Slovenije, št. 13-676/92 od 20. 3. 1992. i 27-1222/93 od 29. 5. 1993.

⁴² Usp. Puharič/Krisper-Kramberger/Ude/Zabel: Zakon o industrijski lastnini s komentarjem, ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994., str. 153., te Kocbek: Pravo intelektualne lastnine, Maribor, 1992.

⁴³ Markenrechtsreformgesetz (dalje: MarkenG), od 25. listopada 1994. godine, stupio na snagu 1. 1. 1995. godine, objavljen u "Industrial Property and Copyright", 1995.12.

⁴⁴ Razlikovanje novog njemačkog žigovnog prava u odnosu na europsko pravo žiga kod Merz: The German Trademark System and its Relations to the European Community Trademark System and the System of the Madrid Agreement (predavanje), Zagreb, 7. 6. 1999.; u Dodatku "Die europäische

pozivom na te razloge podnese prigovor u roku tri mjeseca poslije registracije žiga.⁴⁵ Ranija rješenja postupka prigovora koji prethodi registraciji napuštena su u korist postupnog opozicijskog postupka kojim se opoziva pogrešno registrirani žig. Registracija žiga može biti ukinuta odnosno opozvana na temelju ranijeg prava na žig ili ranije prijave žiga, poznatog (well-known trademark) žiga, registracije žiga u ime agenta bez odobrenja vlasnika žiga, ranijeg žiga stečenog uporabom i svake vrste trgovačkog imena i drugih ranijih prava sukladno čl. 13. st. 2. MarkenG.

c) Američki mješoviti opozicijski sustav

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.⁴⁶

U prvom slučaju prijava za registraciju žiga će se temeljiti na *bona fide* namjeri za upotrebom žiga. Ovo je poznato u literaturi kao "ITU application".⁴⁷ U drugom slučaju prijava se podnosi na bazi upotrebe, a ne namjere za upotrebom žiga. Potrebno je naglasiti da obje vrste prijave moraju sadržavati navod da se žig upotrebljava ili ima namjeru upotrebljavati u trgovini odnosno u pravnom i gospodarskom prometu. Kada je ITU application podnesena, ispitivač pretražuje prijavu u svezi sa svim pitanjima zbog kojih se žig ne bi mogao upotrebljavati. Ako ispitivač prihvati prijavu po ovoj pretrazi, žig se objavljuje radi opoziva. Ako se nijedan prigovor ne zaprimi, dostavlja se obavijest prijavitelju odnosno njegovom zastupniku da je potrebno očitovanje o upotrebi. Izjava o upotrebi mora biti podnijeta u roku od šest mjeseci. Rok nije strogo određen i može biti produljen. Kada se ova izjava podnese, ispituju se svi razlozi za odobrenje upotrebe, uključujući da se traženi žig upotrebljavao kao obličje prije nego kao žig. Ukoliko se prihvate prijava i upotreba žiga, smatra se da je registracija izvršena, te nema mogućnosti protiv takve odluke uložiti drugi prigovor.⁴⁸ Kada se podnese prijava

Gemeinschaftsmarke" u Giefers: Markenschutz, 4. Aufl., Haufe Verlag, Freiburg, 1995., str. 1-16., te kod Marx: Deutsches und europäisches Markenrecht - Handbuch für die Praxis, 1996.

⁴⁵ O specifičnostima instituta prigovora (Widerspruch) u njemačkom reformiranom žigovnom pravu detaljnije kod Berlitz: Das neue Markenrechts, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1999., str. 169-172; Giefers op. cit., str. 127. i dr.; Sambuc: The New German Trademark Law, "Trademark World", June 1994., str. 18.; Dreiss: Das neue Markengesetz - Entstehung und Erlöschen, Verfahren, Kollision und gerichtliche Durchsetzung, Bonn, 1995.; Haager: Firmenname und Warenzeichen - Neuregelungen durch das Markengesetz, Stuttgart, 1995.; Becher: Neues deutsches Markenrecht - Schutzrechte erwerben, pflegen, verteidigen, Berlin, 1996. Za ranija rješenja konzultirati Hubmann: Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl., München, 1988.

⁴⁶ Usp. Rockman: A Head Start For Intellectual Property Attorneys, The John Marshall Law School, ed. Welsh & Katz, Ltd., str. 209.

⁴⁷ Usp. Collman: The Law of Unfair Competition and Trade Marks, 2nd edition, Volume III, Chicago, 1950.

⁴⁸ Ovo stoga što se u cilju efikasnosti postupka registracije želi što više skratiti postupak registracije, ostavljajući mogućnost povrijeđenoj strani da potom u daljnjim rokovima koristi druge oblike zaštite, prije svega ukidanja i poništenja žiga. Usp. Rockman: op. cit., str. 211.

temeljena na upotrebi, ispituje se istodobno radi svih razloga za uskratu ili dozvolu upotrebe, te ako se prihvati, pristupa se njenoj objavi radi potencijalnog opozicijskog postupka. Prema čl. 13 (15 U.S.C. par. 1063) The Lanham Act-a⁴⁹ svaka osoba koja pretpostavlja da će biti oštećena registracijom, može uz plaćanje propisane tarife pokrenuti opozicijski postupak, unutar roka od trideset dana poslije objave⁵⁰ koji se pod određenim uvjetima može produžiti. Ako se prigovor ne zaprimi unutar određenih rokova, žig se propušta na registraciju.

d) Neopozicijski sustav

Nacionalna prava općenito priznaju prijavu radi registracije žiga samo ako su formalne pretpostavke u cijelosti ispunjene. Neke zemlje, kao primjerice zemlje Beneluxa (Belgija, Nizozemska, Luksemburg)⁵¹, ne propisuju daljnja ispitivanja.

U odnosu na zemlje koje, sukladno rješenjima iz TRIPS-a i Uredbe o žigu Zajednice, propisuju opozicijski postupak u različitim modalitetima, možemo naći i pravne sustave koji ne poznaju mogućnost ulaganja prigovora u svezi s registracijom žiga, primjerice u Rusiji⁵², Austriji⁵³, Italiji⁵⁴ i Jugoslaviji⁵⁵.

Iz ovoga je razvidno da se ne radi samo o zemljama izvan EU, već su zastupljene i zemlje članice. Iako zakoni ovih zemalja ne poznaju opozicijski postupak, to ne znači da zainteresirane stranke ostaju bez odgovarajuće zaštite. Ipak, po registraciji žiga moguće je provesti postupak po zahtjevu za poništenje žiga koji ne zadovoljava u cijelosti sve uvjete za zaštitu. U načelu nema vremenskog ograničenja za traženje ove zaštite. Ipak neke zemlje postavljaju određena ograničenja, primjerice da se sposobnost ovlaštenika ranijeg prava glede pokretanja

⁴⁹ The Lanham Act, of July 5, 1946, as amended, in Matthew Bender & Co., Inc, Rel. 37-4/97, pub. 726., App. 1-11.

⁵⁰ Objave se obavljaju u The Official Gazette of the United States Patent Office, koji se izdaje svakog utorka. Opozicijski postupak provodi se pred the PTO Trademark Trial and Appeal Board (TTAB) po pravilima the Federal Rules of Civil Procedure, izuzev što se ne radi o neposrednom postupku (tzv. "live trial"). Odluka o glavnoj stvari donosi se preko podnesenih iskaza i moguće usmenih argumenata.

⁵¹ Uniform Benelux Law on Marks, on March 19, 1962, as amended on November 10, 1982, objavljen u "Industrial Property", 1987.06., Executive Rules under the Uniform Benelux Law on Marks, koja su stupila na snagu 1. 6. 1989., objavljena u "Industrial Property", 1990.02., te Benelux Convention Concerning Trademarks, of March 19, 1962, objavljenu u "Industrial Property", 1987.06.

⁵² Za novo rusko žigovno pravo vidi Keri - Istomina: Trademarks in Russia, "Trademark World", June 1994, str. 24.

⁵³ Austrijski Trademark protection Law, Federal law of 1970, as last amended by the Law of March 4, 1984, amending the Patent Law and the Trademark protection Law, objavljen u "Industrial Property", May, 1986.

⁵⁴ Vidi kod Sena: Il Nuovo Diritto dei Marchi, Marchio Nazionale e Marchio Comunitario, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1998., str. 128. te Vanzetti - Di Cataldo: Manuale di Diritto Industriale, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996., str. 183. Usp. čl. 21-35. talijanskog Trademark Law, Royal Decree No. 929 of June 21, 1942, as last amended by Legislative Decree No. 198 of March 19, 1996.

⁵⁵ Pavlović: The New Trademark Law in FR Yugoslavia, IP World, 1995, str. 9.

postupka protiv kasnijeg žiga isključuje ako ovlaštenik nije pobijao upotrebu kasnijeg žiga u roku od pet godina odnosno kada nije bilo zle namjere na strani vlasnika kasnijeg žiga.⁵⁶

2. Opozicijski postupak u hrvatskom pravu

2.1. Osnovne karakteristike instituta prigovora

Prigovor je pravno sredstvo zaštite koje se podnosi protiv žiga naznačenog u objavljenoj prijavi. Pravo na prigovor na objavljenu prijavu žiga zajamčeno je u ZOŽ-u (čl. 20).

Prigovor na objavljenu prijavu žiga je remonstrativno pravno sredstvo zaštite - jer o njemu meritorno odlučuje isti organ koji je i objavio prijavu žiga, odnosno kod nas Državni zavod za intelektualno vlasništvo (čl. 22. ZOŽ); suspenzivno - jer odlaže priznanje i registraciju žiga (čl. 20. ZOŽ); dvostrano - jer se mora dostaviti podnositelju prijave žiga radi odgovora (čl. 21. ZOŽ) te samostalno - jer se o njemu odlučuje neovisno o drugim sredstvima zaštite žiga.

2.2. Prigovor kao remonstrativno pravno sredstvo

S obzirom na to kojem se tijelu stavlja odlučivanje o ovom prigovoru, možemo govoriti o prigovoru na objavljenu prijavu žiga kao remonstrativnom (nedevo-lutivnom) pravnom sredstvu u žigovnom pravu.

Naime o prigovoru rješava onaj isti organ koji je objavio prijavu žiga protiv koje se prigovor podnosi (*judex a quo*), a to je sukladno članku 22. ZOŽ-a upravo Državni zavod za intelektualno vlasništvo.

Ne bi bilo oportuno ni ekonomično odluku o prigovoru prepustiti nekom drugom organu, ne samo što bi u konkretnom slučaju analogno odredbi čl. 7. st. 2. ZOŽ-a to bio Upravni sud, nego što se omogućava zainteresiranim strankama da pred Državni zavod iznesu nove elemente za koje ovaj ranije do objave prijave nije znao.

2.3. Forma i rok

Sukladno odredbi čl. 20. st. 1. ZOŽ-a, prigovor na objavljenu prijavu žiga može se podnijeti Državnom zavodu u roku od tri mjeseca računajući od datuma objave prijave žiga.

Sukladno odredbi čl. 43. ZOŽ-a, po kojoj se za pojedina postupovna pitanja koja nisu istim zakonom uređena primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91. i 103/96., dalje: ZUP), kad je rok određen po mjesecima, isti završava istekom onog dana u mjesecu koji po svom broju odgovara danu kad je objavljivanje izvršeno.⁵⁷ Ako nema tog dana u posljednjem mjesecu, rok se završava posljednjeg dana tog mjeseca. Prema čl. 101. st. 2. ZUP-a, ako posljednji dan roka pada u nedjelju ili na dan državnog blagdana ili u neki drugi dan

⁵⁶ Pavlović: op. cit., str. 10.

⁵⁷ Vidi čl. 100. st. 2. ZUP-a.

kad Državni zavod ne radi, rok istječe istjekom prvog narednog radnog dana. Prema čl. 102. ZUP-a, podnositelj prigovora prigovorio je u roku ako je njegov podnesak zaprimljen u Državnom zavodu prije istjeka roka, osim u slučaju kad je prigovor podnesen preporučenom poštanskom pošiljkom ili telegrafskim putem, kada se dan predaje prigovora pošti smatra kao dan predaje prigovora Državnom zavodu.

Nastupanje pretpostavki za priznanje žiga i upis u odgovarajući registar sprječava ne samo pravodobno podneseni prigovor već i samo trajanje navedenog roka za njegovo podnošenje (arg. iz čl. 21. i 22. ZOŽ-a). Dok ovaj rok traje, ne može se donijeti odluka o stjecanju prava na žig. Rok je prekluzivan, a računa se od dana kada je prijava žiga objavljena prema odredbi čl. 19. ZOŽ-a.

Rok za prigovor iznosi dakle tri mjeseca i dok teče, podnositelj prigovora bi mogao podnijeti novi prigovor šireg ili drukčijeg sadržaja, odnosno i treće osobe mogu podnositi svoje prigovore iz sasvim drukčijih razloga. Držimo da ovdje ima mjesta primjeni općih procesnih pravila po kojima nakon isteka roka za prigovor ne bi trebalo uzimati u obzir naknadne podneske kojima se uloženi prigovor pojašnjava ili dopunjuje, zbog pravne sigurnosti i sprječavanja odugovlačenja postupaka priznanja žiga.

Prema odredbi čl. 20. st. 2. ZOŽ-a rok za podnošenje prigovora protiv objavljene prijave žiga ne može se produživati, te se tako radi o strogom roku s prekluzivnim posljedicama.

Prigovor na objavljenu prijavu žiga podnosi se u formi pisanog podneska i to na način kako je određeno posebnim podzakonskim propisom.

2.4. Sadržaj prigovora

Prigovor mora sadržavati minimum elemenata propisanih posebnim pravilnikom kao podzakonskim aktom kojeg sukladno odredbi čl. 58. ZOŽ-a donosi ravnatelj Državnog zavoda. S obzirom na aktualnost ulaska Republike Hrvatske u WTO i datum nastupa primjene ZOŽ-a, za očekivati je da isti pravilnik bude donijet do kraja 1999. godine, te službeno objavljen.

Sukladno komparativnopravnim primjerima⁵⁸ može se očekivati da istim pravilnikom bude uglavljeno da prigovor mora biti u pisanom obliku u najmanje dva ravnoglasna primjerka te da mora sadržavati sljedeće:

a) tvrtku ili naziv odnosno prezime i ime i sjedište, odnosno adresu prebivališta podnositelja prigovora;

b) tvrtku ili naziv odnosno prezime i ime i sjedište, odnosno adresu podnositelja prijave prijepornog žiga;

c) naznaku da se izvrši ispitivanje prijave žiga glede relativnih razloga isključenja;

d) obrazloženje pravnog interesa za podnošenje prigovora sukladno čl. 20. st. 1. toč. 1.-5. ZOŽ-a;

e) razloge zbog kojih se traži ispitivanje prijave žiga sukladno odredbama čl. 20. u svezi s čl. 6. ZOŽ-a;

⁵⁸ Usp. Giefers: op. cit., str. 129. i 130.

- f) urednu punomoć ako se prigovor podnosi putem punomoćnika⁵⁹;
- g) izgled ranijeg žiga ili drugog ranijeg prava, u dovoljnom broju primjeraka;
- h) dokaz o uplati pristojbe za prigovor.

Pri uređenju ovih pitanja bilo bi poželjno akceptirati rješenja iz pravila 15. Commission Regulation (EC) No. 2868/95 of 13 December 1995 Implementing Council Regulation (EC) No. 40/94 on the Community Trade Mark⁶⁰. Prema st. 2. istog pravila prigovor sadržava podatke u svezi s prijavom protiv koje se podnosi prigovor, zatim glede ranijeg žiga ili ranijeg prava na čemu je prigovor temeljen, te u svezi s opozicijskim strankama.

U svezi s prijavom protiv koje se prigovor ulaže, prigovor mora sadržavati a) redni broj prijave protiv koje se podnosi prigovor; b) naznaku proizvoda i usluga koje pokriva prijava žiga Zajednice protiv koje se podnosi prigovor, c) ime odnosno tvrtku podnositelja prijave za žig Zajednice. Glede ranijeg žiga, odnosno ranijeg prava na kojima se temelji prigovor, prigovor mora sadržavati a) rješenje o registraciji žiga Zajednice ili međunarodno registriranog žiga; b) prijavni broj ili registracijski broj i nadnevak prijave, uključujući nadnevak prvenstva ranijeg žiga; c) dokaz poznatosti i potvrdu zemlje članice ili članica u kojima je raniji žig poznat kada je prigovor temeljen na poznatom žigu; d) potvrdu zemlje članice ili članica gdje egzistira ranije pravo, kada je prigovor baziran na ranijem pravu, e) izgled i, gdje je uputno, opis ranijeg žiga ili ranijeg prava; f) robe i usluge u odnosu na koje je raniji žig poznat te naznaku u odnosu na koje se robe i usluge podnosi prigovor. U odnosu na opozicijske stranke prigovor treba sadržavati: a) ime i prezime odnosno tvrtku te adresu ili sjedište vlasnika ranijeg žiga ili ranijeg prava, dokaz o vlasništvu, kada se prigovor podnosi od strane vlasnika ranijeg žiga ili ranijeg prava; b) kada je prigovor podnesen po stjecatelju licence, ime i prezime ili tvrtku, te adresu ili sjedište stjecatelja licence, dokaz da je isti ovlašten podnositi prigovor; c) kada je prigovor podnesen od sljednika registriranog nositelja žiga koji još nije upisan kao novi nositelj, dokaz takvog statusa, ime i prezime ili tvrtku, te adresu ili

⁵⁹ Inozemne fizičke i pravne osobe u postupku pred domaćim upravnim tijelima ostvarivale su prema čl. 16. ZIV-a svoja prava u svezi sa žigovima samo putem ovlaštenog punomoćnika koji se bavi zastupanjem u obliku zanimanja i koji je domaća pravna osoba ili državljanin Republike Hrvatske. Postavlja se pitanje da li se ova odredba primjenjuje i nakon početka primjene ZOŽ-a do donošenja posebnih propisa sukladno odredbi čl. 59. ZOŽ-a. Naime donošenjem materijalno-pravnih propisa o pojedinim pravima industrijskog vlasništva, zakonodavac je propustio istodobno donijeti i posebne propise o zastupanju na ovom području ostavljajući ovo otvoreno pitanje za daljnju raspravu pravne i druge zainteresirane javnosti uz reviziju ZPP-a. U odredbi čl. 59. ZOŽ-a navodi se samo odredba čl. 172a. ZIV-a kao odredba koja ostaje tako i dalje na snazi, pa držimo da se to ne odnosi i na citiranu odredbu čl. 16. ZIV-a iako je u samom čl. 59. ZOŽ-a propisano da se odredbe (a ne odredba) o zastupanju primjenjuju do donošenja posebnih propisa o ovoj materiji. To stoga što čl. 48. ZOŽ-a izričito propisuje da će se ovo pitanje ipak urediti posebnim propisima, pa nam treba pričekati kako će to biti detaljno regulirano. Do tada je na ovo pitanje moguće odgovoriti supsidijarnom primjenom općih postupovnih propisa (ZUP, ZPP). O složenosti problematike zastupanja na ovom području i mogućim novim rješenjima detaljnije kod Čizmić: Pravnici u gospodarstvu i poslovi stjecanja, prometa i zaštite industrijskog vlasništva, "Pravo u gospodarstvu", broj 5/99., str. 747-779.

⁶⁰ Izvor: Official Journal of the European Communities, No.L 303, of December 15, 1995.

sjedište podnositelja prigovora i dokaz o datumu kada je prijava za upis novog nositelja zaprimljena kod nadležnog ureda ili kada je poslana uredu; d) kada je prigovor baziran na ranijem pravu od osobe koja nije vlasnik tog prava podatke o toj osobi i dokaz da je ista ovlaštena po relevantnom nacionalnom zakonodavstvu da koristi odnosno upotrebljava to pravo; e) kada je podnositelj prigovora imenovao zastupnika, podatke o zastupniku i njegovoj djelatnosti. Konačno, prigovor obvezno mora sadržavati popis razloga na kojima se prigovor temelji, te sve činjenice, argumente i dokaze koji podržavaju prigovor.⁶¹

Slična rješenja sadrži i njemačko pravo⁶² kada propisuje da prigovor mora sadržavati registracijski broj napadanog žiga, registracijski broj žiga podnositelja prigovora, ime i adresu vlasnika ranijeg žiga, ime vlasnika napadanog žiga, reprodukciju ranijeg žiga i opis, popis roba i usluga za koje je raniji žig poznat, te popis roba i usluga protiv kojih je prigovor upravljen.⁶³

2.5. Razlozi za prigovor

2.5.1. Podnositelji prigovora

Prigovor na objavljenu prijavu žiga može u skladu s čl. 20. st. 1. ZOŽ-a podnijeti:

a) *nositelj ranijeg žiga u smislu čl. 6. st. 1.-5. ZOŽ-a;*

b) *osoba koja je u vrijeme podnošenja prijave za priznanje žiga imala tvrtku⁶⁴, pod uvjetom da je ta tvrtka ili bitni dio tvrtke istovjetan s objavljenim znakom ili sličan objavljenom znaku i pod uvjetom da proizvodi istovjetne ili slične proizvode ili pruža istovjetne ili slične usluge onima na koje se objavljeni znak odnosi ili kad su ti proizvodi ili usluge predmet djelatnosti tvrtke⁶⁵.*

Kada se dakle radi o savjesnom stjecanju i ponašanju gospodarskih subjekata, ZOŽ u situaciji kolizije iste tvrtke i žiga daje prednost tvrtki pod uvjetom da se radi o prometu istih ili sličnih roba. Ukoliko se radi o različitim robama ili uslugama koje proizvode odnosno stavljaju u promet vlasnici istih ili sličnih žiga i tvrtke, nema u tom slučaju kolizije, osim ako bi se za tvrtku uzeo poznati ili renomirani žig drugog vlasnika.⁶⁶ U odnosu na citiranu odredbu ZOŽ-a i sukladno gore naznačenim pretpostavkama i sudskoj praksi, *a fortiori* nositelj žiga koji nema obilježja

⁶¹ Berlit: op. cit., str. 189; Sena: op. cit., str. 132.

⁶² Vidi čl. 27. st. 1. i 2. Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes (MarkenV) od 10. 11. 1994.

⁶³ Giefers: op. cit., str. 129-130.

⁶⁴ O zaštiti tvrtke potanje kod Barbić: Tvrtka, "Pravo u gospodarstvu", br. 5/98, str. 765. i Čizmić: Pravnici u gospodarstvu i poslovi stjecanja, prometa i zaštite industrijskog vlasništva, "Pravo u gospodarstvu", br. 5/99., str. 755.

⁶⁵ Usp. Barbić: Pravo društava, knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999., str. 303.

⁶⁶ Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Zagreb, 1978., str. 176-177. U praksi su poznati slučajevi KODAK, KOLYNOS, OMEGA, LUCKY STRIKE, LEGO i sl. kada su zaštićeni ti poznati žigovi, odnosno zabranjena uporaba tih žigova za obilježavanje drugih roba kojom bi se ugrozio njihov ugled i razvodnio ostvareni iznimni "image" na tržištu.

poznatog žiga⁶⁷ nema pravo drugoj stranci osporavati upotrebu istog ili sličnog znaka za obilježavanje iste ili slične robe ili usluga, ako je taj znak istodobno i tvrtka te druge stranke.

c) fizička osoba čije je ime i prezime ili lik istovjetan s objavljenim znakom ili sličan objavljenom znaku koji se želi zaštititi žigom.

Iako to nije eksplicitno određeno, ovu odredbu treba tumačiti da se lik ili ime i prezime⁶⁸ neke osobe može zaštititi kao žig samo po pristanku te osobe. U svakom slučaju može zaštitu uživati samo određena osoba.⁶⁹ Kada je u pitanju ime i prezime neke osobe, mora se raditi o poznatoj osobi ili osobi koja se može dovesti u svezu sa žigom. Izmišljena imena i prezimena mogu biti zaštićena žigom. Ako određena osoba nije dala suglasnost nositelju žiga za korištenjem kao žiga svoga imena ili prezimena, ista već u ovoj fazi može zaštititi svoja osobna prava.

Međutim dok je situacija kad se radi o živoj osobi jasna, ovakva zakonska stipulacija može dovesti do dvojbi kad je u pitanju korištenje kao žiga imena i prezimena umrle osobe. Kako prema citiranoj odredbi aktivnu legitimaciju za podnošenje prigovora ima samo fizička osoba čije se ime zlorabi u žigovne svrhe, proizlazilo bi da nije osigurana zaštita za upotrebu imena umrlog. Moglo bi se pogrešno shvatiti da su ta imena slobodna za uporabu kao žiga, ali ni u kom slučaju ne možemo tako tumačiti, doduše nesretno formuliranu zakonsku normu. Dosađnji Zakon o industrijskom vlasništvu ("Narodne novine", br. 53/91., 19/92. i 61/

⁶⁷ O zaštiti poznatih žigova detaljnije kod Heinzemann: *Der Schutz der berühmten Marke*, Verlag Stampfli AG, Bern, 1993.; Francheschelli: *Sui marchi d'impresa*, Milano, 1988.; Bertrand: *French Trade Mark Law: Form the well-Known Brand to the Famous Brand*, EIPR, 1993, 142. Za naše pravo kod Topić: *Zaštita poznatih i čuvenih žigova*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996, br. 1., str. 252.

⁶⁸ U našem zakonodavstvu osigurava se zaštita imena i prezimena, a ne samo imena ili prezimena, za razliku od nekih zemalja koje pod određenim kondicijama uskraćuju zaštitu kao znaka poznatim i čestim prezimenima. Tako znakovi koji se pojavljuju više puta kao česta svakidašnja prezimena (common surname) u londonskom telefonskom imeniku ne mogu biti zaštićeni kao žigovi u Velikoj Britaniji, a također i u Hong Kongu, gdje potrošači obično ne znaju čitati romansko pismo. Prema novijoj i mnogo blažoj praksi, prezimena koja se pojavljuju manje od 50 puta u bilo kojem relevantnom telefonskom imeniku i imaju drugo poznato značenje mogu biti upisana u tzv. Part A registra žigova, dok se prezimena koja se pojavljuju manje od 100 puta u bilo kojem relevantnom telefonskom imeniku mogu upisati u tzv. Part B registra. Prema tradicionalnoj britanskoj praksi žigovi su registrabilni u tzv. Part A registra ako su svojstveno razlikovni (inherently distinctive), dok je za upis u tzv. Part B dovoljno da je žig moguće razlikovati (capable of distinguishing). U novijoj praksi dovoljno je da je žig dovoljno distinktivan (sufficiently distinctive). Kad su u pitanju rijetka izvanredna prezimena (uncommon surname) bez drugog značenja, prihvatljiva su u tzv. Part A ako se ne pojavljuju više od 5 puta u londonskom telefonskom imeniku, ili više od 15 puta u drugom relevantnom stranom imeniku, dok je za Part B granica 15 i 30 pojavljivanja. Isti standardi vrijede i u Hong Kongu od 1989. godine, a relevantni imenici su oni od Hong Konga, Londona, Manhattana, Queensa, Los Angelesa, Pariza, Rima i Berlina, ponekad i Tokija. Praksa švedskih organa je još restriktivnija, jer se registracija prezimena u načelu odbija, čak i kad postoji pristanak za korištenje prezimena. Usp. WIPO, *Introduction to trademark law and practice, The basic concepts*, Geneva, 1993., str. 29-30.

⁶⁹ Manigodić: *Robni i uslužni žigovi, "Pronalazaštvo"*, Beograd, 1989., str. 61.

92., dalje: ZIV) sadržavao je precizniju normu⁷⁰ po kojoj se lik ili ime umrle osobe moglo zaštititi kao žig samo po pristanku suprurnika i djece umrlog, a ako su živi, i roditelji umrlog, tražio se i njihov pristanak⁷¹, odnosno kada se radi o liku ili imenu povijesne ili druge znamenite osobe uz dozvolu nadležnog organa. Navedena praznina u našem pravu mogla bi se eventualno popunjavati analognom primjenom čl. 80. Zakona o autorskom pravu ("Narodne novine", br. 53/91., 58/93., 9/99.-pročišćeni tekst, te 76/99., dalje: ZAP)⁷², ali bi svakako trebalo novelirati ovaj nepotpuni propis na način da se osobna imena štite od upotrebe koja bi štetila reputaciji, časti, ugledu i dignitetu umrle osobe. To posebice jer smo svjedoci da se imena odnosno likovi pojedinih osoba često rabe u gospodarskom i trgovinskom prometu, pa čak i nadimci poznatih osoba koji *de facto* postaju sastavni dijelovi njihova imena po kojima ih treći prepoznaju i asociraju⁷³.

d) *nositelj ranijeg prava industrijskog vlasništva, ako je predmet toga prava istovjetan s objavljenim znakom ili sličan objavljenom znaku,*

e) *svaka osoba koja ima autorsko pravo na djelo koje je istovjetno s objavljenim znakom ili slično objavljenom znaku.*

Držimo da je i ovdje zakonodavac napravio propust jer bi bilo svrsishodnije i preciznije da su ove dvije točke bile zamijenjene jednom koja bi određivala da svaki nositelj ranijeg prava intelektualnog vlasništva⁷⁴ ima pravo na prigovor, ako je predmet toga prava isto ili slično objavljenom znaku koji se želi štititi žigom. Naime po sadašnjoj stipulaciji radilo bi se o ranijem patentu, a posebice ranijem industrijskom obličju (industrijski dizajn odnosno modeli i uzorci) i starijoj oznaci zemljopisnog podrijetla proizvoda⁷⁵, dok ostaje nejasnim je li zaštitu (kao ranije

⁷⁰ Vidi čl. 30. st. 3. ZIV-a.

⁷¹ I ova odredba trpjela je kritike jer nije precizno određivala redosljed ovlaštenika koji su pozvani da dadu suglasnost, što može dovesti do nepotrebnih sporova kada jedan od ovlaštenika pristaje, a drugi uskraćuje suglasnost. U tom smislu i danas je vrijedna spomena odredba čl. 21. st. 1. talijanskog Zakona o žigu po kojoj se slike osoba ne mogu štititi kao žigovi bez njihove suglasnosti, a poslije njihove smrti bez suglasnosti bračnog druga i djece, a ako i njih nema, ili poslije njihove smrti, roditelja i ostalih ascendenata. Nema li njih ili poslije njihove smrti, onda srodnika do četvrtog stupnja uključivo.

⁷² Nakon smrti autora o poštovanju i zaštiti njegovih autorskih moralnih prava za vrijeme trajanja autorskih imovinskih prava njegovi nasljednici, nadležne autorske i druge organizacije te Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, ako autor nije drugačije odredio, a nakon prestanka imovinskih prava autora to pravo pripada navedenim organizacijama i HAZU. Cit. po Feldman - Vukmir: *Zakon o autorskom pravu*, Leges, Zagreb, 1994., str. 110.

⁷³ Poznat je slučaj jednog od najvećih košarkaša i sportaša svih vremena Michaela Jordana, čiji se nadimak AIR koristi kao žig u sklopu asortimana proizvoda kompanije NIKE.

⁷⁴ Držimo ovaj termin potpunijim i podesnijim za kvalitetno rješavanje mogućih kolizija jer u sadašnjoj verziji ostaje nepokriveno, primjerice, područje tzv. oplemenjivačkog prava (protection of plant varieties), čije bi ovlaštenike također trebalo uključiti u zaštitu putem instituta prigovora na prijavu žiga. O oplemenjivačkom pravu šire kod Cornish: op. cit., str. 683.-687., za naše pravo Verona: *Kako stimulirati stvaranje novog sadnog materijala i sjemena*, "Informator", broj 2252, od 8. 10. 1975.

⁷⁵ Vidi nove hrvatske zakone na ovom području: *Zakon o patentima*, *Zakon o žigu*, *Zakon o industrijskom obličju*, *Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga*, te *Zakon o*

pravo) uživa svako autorsko pravo na djelu koje je zamjenjivo s objavljenim znakom kako je to neprecizno uređeno u zakonu, ili bi to ipak trebalo tumačiti na način da zaštitu uživa samo ono autorsko pravo koje je starije od prijave žiga, što držimo jedino prihvatljivim. I ovdje su iste zamjerke jer se pravo na prigovor daje samo nositeljima odnosno ovlaštenicima autorskog prava, a ne i onim osobama koje po posebnim propisima skrbe o poštovanju i zaštiti autorskih moralnih prava nakon smrti autora. Također ostaje nejasnim da li zaštitu podnošenjem prigovora uživa nositelj svakog ranijeg od brojnih vrsta autorskih prava.⁷⁶

Prihvatljivo je da bi zaštitu trebalo osigurati za ona autorska djela koja su kompatibilna i pogodna za obilježavanje proizvoda, primjerice djela likovnih umjetnosti, primijenjenih umjetnosti i industrijskog oblikovanja, fotografska djela i djela proizvedena sličnim postupkom i sl., ali se postavlja pitanje da li bi ovakvu zaštitu uživali i naslovi umjetničkih djela, posebice onih koji su obilježili određenu umjetnost.⁷⁷ Kako određeni naslovi imaju originalan i distinktivan karakter te uživaju zaštitu kao i samo djelo, bilo kroz autorskopravnu zaštitu tijekom trajanja autorskih imovinskih prava ili prema propisima o nelojalnoj tržišnoj utakmici nakon isteka autorskih imovinskih prava, može se smatrati da pojedini naslovi mogu imati zaštitu i kao robni žigovi.⁷⁸ Međutim to se ne može odnositi na sve naslove, jer neki, poput generičkih naslova, onih koji sadrže npr. geografske nazive i sl., ne ispunjavaju kriterije originalnosti i distinktivnosti, pa prema tome ne mogu uživati zaštitu prema propisima o žigu.⁷⁹

Na kraju, uz već ukazane propuste u koncepciji ove odredbe, ne možemo ne zamjeriti zakonodavcu što se pri tome držao načela pozitivne enumeracije, odnosno strogog određivanja kruga podnositelja prigovora. Držimo da je bilo opravdanije relativne razloge isključenja od žigovne zaštite iz čl. 20. ZOŽ-a inkorporirati već u odredbu čl. 6. istog zakona, a zaštitu putem instituta prigovora omogućiti svakoj zainteresiranoj osobi, kako je to predviđeno u brojnim navedenim inozemnim rješenjima.

Konačno, treba ukazati na odredbu čl. 27. st. 1. ZOŽ-a po kojoj registrirani žig ne daje nositelju pravo zabraniti trećim osobama uporabu u gospodarskom prometu

zaštiti planova rasporeda integriranih krugova, svi objavljeni u "Narodnim novinama", broj 78/99., od 23. srpnja 1999.

⁷⁶ Henneberg: Vrste autorskih djela i njihova autorskopravna zaštita, "Informator", br. 4077, od 3. 4. 1993.

⁷⁷ Naslov djela je naziv kojim se obilježava određeno djelo radi njegova individualiziranja i razlikovanja od drugih djela. Cit. po Henneberg: Autorsko pravo, Informator, Zagreb, 1996., str. 75.

⁷⁸ Tako i Hubmann: op. cit., str. 268.

⁷⁹ Drugačije stanovište kod Manigodić: op. cit., str. 62., po kojem su nazivi umjetničkih djela, pa i poznatih djela zaštićeni samo ako su predmet prijave žiga kojem je priznata zaštita. Slično i Čizmić: Uzorak - zaštićeni znak razlikovanja u gospodarskom prometu, "Pravo u gospodarstvu", br. 9-10/95., str. 731., po kojem prava industrijskog vlasništva koja se štite kod Zavoda mogu nastati, za razliku od autorskih prava koja uživaju zaštitu samim nastankom, samo ako su predmet posebne prijave kod Zavoda.

njihova imena, prezimena, znaka ili trgovačkog imena, adrese prebivališta, podataka koji se odnose na vrstu, kakvoću, količinu, namjenu, vrijednost, zemljopisno podrijetlo, datum proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili bilo kojeg drugoga obilježja proizvoda, bez obzira na činjenicu što su ti podaci istovjetni sa žigom ili slični žigu, ili čine dijelove žiga, ali pod uvjetom da se oni koriste u skladu s ustaljenom trgovačkom praksom i poštenom tržišnom utakmicom.

2.5.2. Posebno o relativnim razlozima za isključenje

Sudionici u gospodarskom prometu samo su u načelu slobodni u izboru znakova za označavanje svojih roba ili usluga. U nastavku obradit ćemo ograničenja u izboru znakova koji se ne mogu zaštititi kao žig, posebice relativne zabrane u našem, međunarodnom i usporednom žigovnom pravu.

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajevi kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa znakova kao relativne zabrane.

U ranijim rješenjima relativno zabranjenim znakovima određivali su se oni čija će registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga. Po našem do sada važećem pravu relativno su bili isključeni od zaštite znakovi navedeni u stavku 1. točka 9., te stavcima 2.-4. ZIV-a. Ove relativne zabrane podrazumijevale su da nisu strogo određene, odnosno da su se mogle otkloniti posredovanjem posebne dozvole nadležnog organa ili ovlaštene osobe.

U čl. 6. ZOŽ-a navedeni su relativni razlozi za isključenje, koji se u koncepciji bitno razlikuju od dosadašnjih, jer se više ne radi o razlozima otklonjivim pristankom određenog ovlaštenika, nego o razlozima (tzv. raniji žig odnosno ranija prava) zbog kojih može (ali i ne mora) doći do uskrate zaštite takvog znaka.

Tako se žigom ne može zaštititi ni znak:

- a) koji je istovjetan s ranijim žigom za istovjetnu vrstu proizvoda ili usluga;
- b) koji je istovjetan s ranijim žigom ili je sličan ranijem žigu za istovjetnu ili sličnu vrstu proizvoda ili usluga te postoji opasnost od izazivanja zabune u gospodarskom prometu, uključujući mogućnost da javnost misaono dovede u svezu predloženi znak s ranijim žigom.⁸⁰

Relativni razlozi isključenja koji se odnose na "ranije žigove" (earlier trade marks) dijele se na tri vrste⁸¹:

⁸⁰ Za praksu zemalja Beneluxa iz 1975. fonetski identični raniji žig KLAREIN (za tekućine za čišćenje) i kasniji žig CLARYN (za džin) su zamjenjivi.

⁸¹ U britanskom pravu (TMA 1994., s. 5) također nalazimo tri vrste ranijih žigova i to:

a) kada su predmetni žigovi identični kao i usluge i proizvodi koje pokrivaju, mogućnost konfuzije se ne traži jer se radi o automatskom isključenju od registracije;

b) kada robe ili usluge nisu identične nego samo slične, ili kada su žigovi samo slični za identične ili slične proizvode ili usluge, mora biti ukazivo da postoji mogućnost izazivanja zabune u javnosti, koja uključuje opasnost od asocijacije sa ranijim žigom;

a) žigove koji uživaju pravo prvenstva (prvenstvo podnošenja prijave, unijsko pravo prvenstva i izložbeno pravo prvenstva)⁸²;

b) ranije međunarodno registrirane žigove s učinkom u Republici Hrvatskoj⁸³;

c) žigove koji su, u vrijeme podnošenja prijave žiga za znak dobro poznati⁸⁴ u Republici Hrvatskoj u granicama značenja čl. 6.bis Pariške konvencije, a koji se primjenjuje na odgovarajući način na usluge. Takova poznatost žiga uključuje i poznatost žiga u bitnom dijelu javnosti, koja je stečena kao rezultat promidžbe žiga.

Pariška konvencija sadrži odredbu članka 6.bis kojom se predviđa da se zemlje Unije obvezuju da *ex offio*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili ponište registraciju i zabrane uporabu tvorničkog ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom, a što bi nadležna vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i upotrebljuje se za istovjetne ili slične proizvode. Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom. Nadalje, određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registriranih ili upotrebljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe.

Žigom se sukladno čl. 6. st. 4. ZOŽ-a ne može zaštititi znak kojim se povređuju ranije stečena prava (earlier right) nositelja navedenih u čl. 20. st. 1. toč. 2.-5. ZOŽ-a.⁸⁵

Prema čl. 37. st. 1. toč. 1. u svezi s čl. 35. st. 2. ZOŽ-a žig prestaje vrijediti u odnosu na sve ili u odnosu na neke robe ili usluge ako istekne rok vrijednosti žiga, a nositelj žiga tijekom posljednje godine trajanja desetogodišnjega razdoblja zaštite ili najkasnije šest mjeseci nakon isteka toga razdoblja ne podnese zahtjev za produženje vrijednosti žiga i ne plati propisanu naknadu. Međutim, i u tom slučaju osigurava se zaštita tom nositelju žiga tako da se propisuje da se žigom ne može

c) ranijeg "well-known" žiga sukladno odredbi čl. 6.bis Pariške konvencije.

Detaljnije kod Cornish: op. cit., str. 597-598.

⁸² Usp. Zlatović: Pravo međunarodnog prvenstva uz naznake glede prava izložbenog prvenstva, "IN" glasnik inovatora, br. 11-12/97, str. 23.

⁸³ Usp. Tomasović: Međunarodna registracija žigova, "Hrvatski patentni glasnik", br. 1/93, str. 85.

⁸⁴ Treba napomenuti da prema čl. 26. st. 4. ZOŽ-a nositelj nedvojbeno poznatog žiga može zabraniti trećim osobama da bez njegova odobrenja rabe istovjetan ili sličan znak za proizvode ili usluge koji nisu istovjetni s onima ili slični onima za koje je žig zaštićen, ako bi uporaba takva znaka u vezi s tim proizvodima ili uslugama mogla upućivati na povezanost tih proizvoda i usluga i nositelja zaštićenoga žiga, te da istodobno postoji opasnost da interesi nositelja zaštićenoga žiga trpe štetu takvom uporabom.

⁸⁵ U britanskom pravu ranija prava obuhvaćaju:

a) pravo zaštite neregistriranog znaka koji se upotrebljava u skladu s trgovačkom praksom (djelomično kroz "passing - off" zaštitu);

b) ostala prava iz autorskog prava, ili neregistrirana prava dizajna ili registrirana prava industrijskog oblička. Detaljnije kod Marett: op. cit., str. 165.

zaštititi znak koji je istovjetan sa žigom ili sličan žigu čija je vrijednost istekla radi navedenih razloga ako se prijava žiga podnosi prije isteka dvije godine računajući od datuma isteka vrijednosti žiga. To se ne odnosi na nositelja na čije je ime žig bio zaštićen ili njegovog pravnog sljednika, koji mogu u navedenom roku tražiti zaštitu tog znaka odnosno obnoviti raniji žig.

Relativne razloge za isključenje iz zaštite žigom prema čl. 6. ZOŽ-a može prizvati samo podnositelj ranije prijave ili nositelj ranijeg prava. Prema tome, relativne razloge ne može ispitivati Državni zavod *ex officio* niti na njih mogu ukazivati zainteresirane osobe, nego je krug takvih osoba sužen samo na one iz čl. 6. st. 6. ZOŽ-a.⁸⁶

2.5.3. *Zaključno o novosti žiga*

Slijedom navedenoga razvidno je da se ispitivanje po službenoj dužnosti svih uvjeta zaštite, tzv. strogo ispitivanje, kako je bilo uređeno u ranijem ZIV-u, u novom hrvatskom pravu napustilo, a razdvajanje uvjeta zaštite na apsolutne i relativne razloge, poradi kojih se nekom znaku može uskratiti registracija za žig, osigurava brži, jeftiniji i jednostavniji postupak ispitivanja. Prilikom ocjene da li je jedan znak čija se zaštita traži istovjetan s ranijim žigom, mora se polaziti od načela jedinstva i načela specijaliteta. Kod razmatranja pitanja novosti kod žigova, pravilo jedinstva žiga odnosi se na to da žig čine znak i popis proizvoda ili usluga koje znak pokriva, dok načelo specijaliteta određuje da znak koji je zaštićen žigom pokriva samo određene proizvode odnosno usluge za koje je zaštićen.⁸⁷

Znak iz prijave žiga je istovjetan s protivnim znakom ako predstavlja njegovu potpunu reprodukciju i ako se odnosi na iste proizvode odnosno usluge koji su pokriveni protivnim znakom (čl. 6. st. 1. toč. 1. ZOŽ-a), pri čemu protivni znak može imati širi opseg zaštite, dok se sličnost mora dovesti u svezu s mogućnosti opasnosti od izazivanja zabune u gospodarskom prometu, uključivo s mogućnosti asocijacije predloženog znaka na raniji žig⁸⁸.

Dakle, sadašnje ispitivanje žiga na novost vezano je za prizivnu reakciju podnositelja ranije prijave ili nositelja ranijeg prava, odnosno ranijeg žiga, pa se i novost prijavljenog znaka po tom prizivu raspravlja prema trenutku prava prvenstva, a u odnosu na znakove podnositelja prigovora koji imaju ranije pravo prvenstva bilo da su već zaštićeni ili su predmet ranije prijave žiga.

⁸⁶ Prema čl. 5. st. 5. britanskog TMA 1994. registracija je moguća neovisno o postojanju relativnih razloga za isključenje iz zaštite žigom ako vlasnik ranijeg žiga ili ranijeg prava pristane na takvu registraciju.

⁸⁷ Iz čl. 26. i 27. ZOŽ-a moglo bi se analogijom zaključiti da je pod određenim uvjetima moguće da proizvodi ili usluge druge vrste mogu biti zaštićeni istim žigom na ime druge osobe. Međutim, nositelj prava može pod pretpostavkama iz čl. 26. st. 6. zabraniti trećim osobama upotrebu takvog znaka, osim slučaja iz čl. 27. st. 2. ZOŽ-a kada nositelj prava mora trpjeti uporabu znaka trećih osoba koji je istovjetan ili sličan žigu, ako je to potrebno radi naznake ili obilježavanja namjene proizvoda, posebice njegovih pribora ili rezervnih dijelova ili vrste usluga koje se pružaju u skladu s ustaljenom trgovačkom praksom i poštenom tržišnom utakmicom.

⁸⁸ U ZIV-u se govorilo o kriteriju zablude prosječnog konzumenta, dok je sadašnja formulacija šira i obuhvaća misaonu (asocijativnu) reakciju javnosti.

2.6. Karakteristike opozicijskog postupka

2.6.1. Podnošenje prigovora

Prigovor se podnosi Državnom zavodu koji je objavio prijavu žiga u dovoljnom broju primjeraka za Državni zavod i podnositelja prijave, i to specijalnim pisanim podneskom sukladno posebnom Pravilniku, te se mora podnijeti u zakonskom roku od tri mjeseca od dana objave prijave žiga.

Kao što smo već kazali, riječ je o prekluzivnom roku, pa iako je u ovim postupcima predviđena supsidijarna primjena ZUP-a, držimo da ovdje nema mjesta primjeni instituta povrata u prijašnje stanje prema odredbi čl. 103. ZUP-a. Iako to nije u ZOŽ-u eksplicitno regulirano⁸⁹, držimo da za slučajeve kada je podnositelj prigovora očitom pogreškom prekoračio rok, nema mjesta primjeni povrata u prijašnje stanje, jer bi se na taj način izigravala bit prigovora koja se ogleda u ekonomičnosti postupanja i osiguranju preventivne zaštite. Naime kada bi se drugačije tumačilo, to bi značilo možebitno odgađanje odluke o prigovoru, odnosno u konačnici rješenja o priznanju žiga za više mjeseci. Time bi se u znatnome onemogućilo podnositelja prijave u brznoj tržišnoj akciji za koju su novi žigovi najčešće vezani. To više što zainteresirana strana koja je propustila rok može svoje pravo ostvarivati naknadno u postupku poništenja rješenja o priznanju žiga, odnosno u sklopu građanskopravne zaštite svog povrijeđenog dobra.

2.6.2. Ispitivanje podobnosti prigovora

U ZOŽ-u se posebna pažnja posvetila posebnim procesnim pretpostavkama koje treba ispuniti da bi se prigovor na objavljenu prijavu žiga uopće uzeo u meritorno razmatranje, a to dolazi u obzir ukoliko je prigovor dopušten, pravodoban i potpun.

Prigovor je nedopušten ako ga je podnijela osoba koja nije ovlaštena na podnošenje prigovora, odnosno ne potpada u krug osoba koje imaju pravo na podnošenje prigovora u smislu čl. 20. st. 1. ZOŽ-a.

Prigovor je nepravodoban ako je podnesen nakon proteka zakonskog roka za njegovo podnošenje, odnosno po isteku tri mjeseca od datuma objave prijave žiga.

O nepotpunom prigovoru radi se ako se iz njega ne može utvrditi kojoj se objavljenoj prijavi žiga prigovara, ako nije popraćen odgovarajućom dokumentacijom, ako ne sadržava minimum sadržaja kojeg po posebnom propisu treba sadržavati, odnosno ako nije sačinjen na način predviđen posebnim pravilnikom.⁹⁰ Držimo da među ove razloge treba pribrojiti i neplaćanje pristojbe na prigovor.

⁸⁹ U Nacrtu prijedloga zakona o žigu iz ožujka 1999. godine institut povrata u prijašnje stanje bio je eksplicitno uređen u čl. 18., s time da se predviđalo da zahtjev za povrat u prijašnje stanje neće biti prihvaćen ako se propusti rok za podnošenje prigovora na objavljenu prijavu žiga.

⁹⁰ ZOŽ u čl. 21. st. 1. sadrži po nama redakcijsku pogrešku jer među razlozima nedopuštenosti prigovora u širem smislu navodi i utemeljenost prigovora, što držimo da ne može biti predmetom odbacivanja prigovora već predmetom meritorne odluke o prigovoru. Držimo da je pod terminom "utemeljenost" u smislu citirane odredbe zakonodavac mislio na usklađenost prigovora s načinom na koji mora biti podnjet prema posebnom pravilniku kojeg donosi ravnatelj Državnog zavoda i u kojem se propisuje temeljni sadržaj prigovora.

Ukoliko nisu ispunjeni navedeni uvjeti, odnosno ako prigovor nije podoban za meritorno odlučivanje o njegovoj osnovanosti, treba ga odbaciti Državni zavod posebnim zaključkom o odbacivanju prigovora, i to bez uključivanja zainteresiranih stranaka odnosno samog podnositelja prijave žiga.⁹¹

2.6.3. Odgovor na prigovor

Prigovor na objavljenu prijavu žiga je dvostrano pravno sredstvo zaštite žiga u fazi prijave žiga. U širem smislu dopušteni prigovor, odnosno onaj koji udovoljava uvjetima iz čl. 20. st. 1. ZOŽ-a treba dostaviti podnositelju prijave žiga odnosno isti mora od Državnog zavoda biti izvješćen o razlozima navedenim u prigovoru. Podnositelj prijave žiga ovlašten je, ali nije i obavezan, u roku od 30 dana o prigovoru se očitovati i dostaviti svoje primjedbe. Pri tome je Državni zavod u svojoj obavijesti dužan uputiti podnositelju prijave žiga poziv na odgovor na prigovor.

Navedeni je rok za podnošenje odgovora na prigovor dilatornog karaktera s obzirom što obvezuje da se s prigovorom dalje neće postupati do isteka ovog roka.

U ZOŽ-u nema odredbi o sadržaju odgovora na prigovor. Očekivati je da podnositelj prijave žiga iskoristi ovo svoje ovlaštenje na način da se u svom odgovoru na prigovor osvrne na protivnikove navode iznesene u prigovoru i da istakne razloge i novine koji osnažuju njegovu prijavu žiga, odnosno upućuju na nepodobnost ili neutemeljenost prigovora.

Ako se podnositelj prijave žiga ne očituje o razlozima iznesenim u prigovoru i ne dostavi svoj odgovor u naznačenom zakonskom roku, ima se smatrati da se podnositelj prijave ne protivi razlozima iz prigovora, te u tom slučaju Državni zavod donosi odluku o odbijanju prijave u granicama razloga navedenih u prigovoru.⁹²

2.6.4. Odluke o prigovoru

U čl. 22. ZOŽ-a reguliran je postupak ispitivanja prigovora. Naime, ako podnositelj prijave žiga podnese odgovor na prigovor, Državni zavod po službenoj dužnosti ispituje osnovanost⁹³ prigovora u granicama navedenih razloga uzimajući u obzir činjenice i podnesene dokaze.

Ako Državni zavod utvrdi da je prigovor neosnovan, prigovor se odbija i o tome se dostavlja rješenje podnositelju prijave i podnositelju prigovora. Nadalje, kad Državni zavod u postupku ispitivanja prigovora utvrdi da je prigovor osnovan, tada će donijeti rješenje o odbijanju ili djelomičnom prihvaćanju prijave žiga, koje potom dostavlja podnositelju prijave i podnositelju prigovora.

Postavlja se pitanje da li se rješenje Zavoda po prigovoru donosi s obzirom na stanje kakvo je bilo u vrijeme podnošenja prijave žiga, ili njenog objavljivanja, ili u

⁹¹ Vidi čl. 21. st. 2. ZOŽ-a.

⁹² Vidi čl. 21. st. 3. ZOŽ-a.

⁹³ Zakon rabi termin "opravdanost" ali držimo da je ovdje pravilnije upotrebljavati klasični procesni termin "osnovanost" ili "utemeljenost".

vrijeme podnošenja prigovora ili, konačno, u momentu donošenja rješenja o prigovoru. Iako bi bitan trenutak trebao biti prvenstveno onaj kada se podnosi prijava za priznanje objavljenog znaka, držimo da rješenje po prigovoru predstavlja odgovor na zahtjev podnositelja prigovora da mu se pruži pravna zaštita određenog sadržaja s obzirom na stanje u času donošenja tog rješenja.⁹⁴

Kako je u čl. 7. st. 2. ZOŽ-a određeno protiv upravnih akata Državnog zavoda, pa tako i navedenih rješenja, nije dopuštena žalba, ali se može voditi upravni spor. Naime podnositelj prigovora ima pravo podnijeti tužbu protiv odluka Državnog zavoda neposredno Upravnom sudu u roku od trideset dana od prijama odluke. U tužbi podnositelj prigovora može pobijati rješenje Državnog zavoda stoga što nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, što nije postupano po pravilima postupka, a naročito što nije pravilno utvrđeno činjenično stanje ili što je iz utvrđenih činjenica izveden pogrešan zaključak. Uz tužbu se podnose rješenje Državnog zavoda u izvorniku ili prijepisu i drugi dokazi. U upravnom sporu Upravni sud može riješiti da se održi usmena rasprava zbog složenosti predmeta, kao i u svakom drugom slučaju kada je potrebno bolje razrješenje stanja stvari. Presudom se tužba prihvaća ili odbija kao neosnovana. Ukoliko Upravni sud prihvati tužbu, poništavaju se rješenja Državnog zavoda o priznanju prava.⁹⁵

2.6.5. Postupak nakon odluke o prigovoru

Ako ne postoje razlozi o kojima Državni zavod brine po službenoj dužnosti ili po prigovoru, odnosno ne postoje razlozi koji bi bili zapreka za priznanje žiga, Državni zavod donosi rješenje o priznanju žiga i upisuje isti žig u odgovarajući registar.

Ovaj upis, odnosno priznanje žiga uvjetovano je prethodnim plaćanjem pristojbi i naknade troškova postupka održavanja za prvo desetogodišnje razdoblje održavanja žiga u vrijednosti.

Ako se prethodne pretpostavke glede navedenih plaćanja ne ispune, Državni zavod donosi zaključak kojim odbacuje prijavu žiga. Podaci o žigu objavljuju se u službenom glasilu Državnog zavoda najkasnije tri mjeseca od datuma upisa u registar na način propisan posebnim pravilnikom, uz plaćanje propisane naknade troškova objave žiga. Nakon upisa žiga u registar i nakon uplate propisane naknade za tu svrhu, državni zavod izdaje nositelju žiga ispravu o žigu najkasnije šest mjeseci od datuma objave žiga u službenom glasilu Državnog zavoda.

Također i podnositelj prijave žiga, koja je rješenjem u cijelosti ili djelomično odbijena, ima pravo podnijeti tužbu protiv rješenja Državnog zavoda neposredno Upravnom sudu, sukladno odredbama čl. 7. st. 2. ZOŽ-a u svezi čl. 6. st. 2. ZUS-a.⁹⁶

⁹⁴ U suprotnom trebalo bi uvažiti prigovor nositelja žiga kojem je to pravo poništeno nakon podnošenja prigovora a prije donošenja rješenja o prigovoru.

⁹⁵ Vidi Zakon o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj 53/91., 9/92. i 77/92., dalje: ZUS).

⁹⁶ Detaljnije kod Dupelj: Donošenje sudskih odluka o tužbi u upravnom sporu, "Informator", broj 4610, od 13. 5. 1998.

2.7. Prigovor u postupku međunarodne registracije žiga

Zajedničke odredbe ZOŽ-a o postupku pred Državnim zavodom sadrže i odredbu čl. 49. u kojoj se uglavljaju posebnosti glede instituta prigovora u postupku priznanja žigova prema odredbama međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka, posebice Madridskog sporazuma o međunarodnoj registraciji žigova. Naime i u takvim postupcima osigurana je supsidijarna primjena ZOŽ-a u svim pitanjima koja nisu uređena tim ugovorima.

S obzirom na specifičnosti postupka međunarodne registracije sukladno Madridskom sporazumu, odnosno činjenicu da se u istim postupcima prijava međunarodne registracije žiga ne objavljuje, objava prijave kakvu poznaje naše novo zakonodavstvo zamjenjuje se objavom međunarodne registracije u službenom glasilu o međunarodnim registracijama žigova WIPO-a.

Kod toga se na poseban način određuje početak roka za podnošenje prigovora protiv priznanja međunarodno registriranog žiga za Republiku Hrvatsku, tako da počinje teći od prvog dana mjeseca koji slijedi nakon mjeseca naznačenog na izdanju navedenog glasila WIPO-a u kojem je predmetni žig objavljen.

IV. Zaključak

Pokušali smo u ovom radu ukazati na novinu u našem Zakonu o žigu koja se odnosi na prigovor na objavljenu prijavu žiga, kojim se omogućuje zainteresiranim osobama da već u fazi prijave žiga, odnosno prije registracije žiga, zaštite svoja ranija prava, te ukazati na specifičnosti i razlike koje se javljaju kod hrvatskog prava industrijskog vlasništva i poznatih međunarodnih i komparativnih rješenja.

Moderna industrija i globalno tržište općenito preferiraju takve sustave koji su žurni i fleksibilni. Po gledištu zaštite mnogih postojećih žigova u registrima zemalja širom svijeta, u svakom slučaju prihvatljivije je pretraživanje ranijih prava prije prihvaćanja prijave registracije žiga, a pogotovo prije početka upotrebe kasnijeg žiga, u čemu je uloga opozicijskog postupka neizostavna u cilju sprječavanja nastanka povreda žiga i moguće štete.

Inkorporiranjem ovog instituta u pozitivno pravo Republika Hrvatska svrstala se u red onih europskih i drugih zemalja koje su tako omogućile da se treće zainteresirane osobe radi zaštite svojih prava uključe u postupak već prije donošenja rješenja o priznanju žiga, a samim tim omogućile prevenciju i bržu korekciju propusta Državnog zavoda, ujednačavanje prakse u Državnom zavodu i rasterećenje sudskih organa predmetima iz ovog područja.

Stvar je zainteresiranih da se u svrhu zaštite svojih prava ovim odredbama koriste, a zadatak Državnog zavoda da s dosta znanja i puno takta primijeni propise koji već u ranoj fazi omogućavaju zaštitu ne samo pojedinačnih prava, već i sprječavanje mogućih negativnih tržišnih refleksija.

Kod toga treba pozornost obratiti i na prijelazne i završne odredbe ZOŽ-a, o čijoj preciznosti ovisi sigurna primjena novog zakona. Sukladno čl. 60. ZOŽ-a isti zakon stupio je na snagu dana 31. srpnja 1999. godine, a primjenjuje se od 1.

siječnja 2000. godine. Do tog datuma u primjeni je ZIV, koji nakon toga prestaje biti na snazi izuzev odredbi o zastupanju koje se primjenjuju do donošenja posebnog propisa. Za potpunu primjenu ZOŽ-a nužno je donošenje podzakonskog akta - pravilnika ravnatelja Državnog zavoda kojim se pobliže uređuju brojna pitanja taksativno naznačena u zakonu.

Oni postupci za priznanje žiga koji su pokrenuti za primjene ZIV-a, a nisu završeni do navedene primjene ZOŽ-a, nastavit će se prema odredbama novog zakonodavstva. Iz navedenog proizlazi, da prigovor na objavljenu prijavu žiga stupa u pravnu primjenu od 1. siječnja 2000. godine, pa i za slučaj kada se postupak za priznanje žiga pokrenuo za starih propisa, uz uvjet da nije došlo do okončanja tog postupka.

Na ovaj način zakonodavac je, sukladno općem pravilu o neposrednom djelovanju novih zakona na predmete u tijeku, izrazio težnju da se ovaj institut što prije inkorporira u naš pravni sustav, odnosno da odmah zaživi u praksi, s obzirom na to da je ovaj institut u službi načela ekonomičnosti postupka, pa tako i gospodarskih interesa poduzetništva da nove žigove žurno uključe u pravni promet.

Summary

OPPOSITION PROCEEDINGS IN THE NEW CROATIAN TRADEMARK LAW

Protection of industrial ownership as a function of economic development is still insufficiently present in the Republic of Croatia, which is also the case with the administrative protection of various kinds of trademarks. Since the trademark law in Croatia has been recently changed, the author discusses particularities of the opposition proceedings - the new institute in the Trademark Law of 1999 - taking into consideration the modern international solutions, experiences of comparative law and case-law. The relative grounds of protection are not examined *ex officio*; the owner of the earlier right or the other trademark owner has to claim it when filing an opposition within three months from the publication of an application. The author suggests several improvements that are to be included in a possible further trademark law revisions.

Key words: *opposition proceedings, trademark, law of industrial property.*

Zusammenfassung

OPOSITIONSVERFAHREN IM NEUEN KROATISCHEN WARENZEICHENRECHT

Der Schutz von Industrieigentum in der Funktion wirtschaftlichen Fortschritts ist in der Republik Kroatien noch nicht vollständig präsent, auch nicht im Bereich des verwaltungsrechtlichen Schutzes von Warenzeichen. Da in Kroatien die Warenzeichengesetzgebung geändert wurde betrachtet der Autor in dieser Arbeit ausgehend von modernen internationalen Rechtslösungen nationaler Systeme und der Gerichtspraxis, Charakteristiken des Instituts des Einspruchs gegen die durchgeführte Anmeldung des Warenzeichens - neu im Warenzeichengesetz von 1999. Die relativen Bedingungen zum Schutz werden nicht aus dienstlichem Pflichtgefühl diskutiert, sondern ausschließlich auf Gesuch des Trägers früherer Rechte oder eines anderen gesetzlichen Bevollmächtigten, der sich dazu entschließt Einspruch in der Frist von drei Monaten nach Bekanntgabe der Anmeldung des Warenzeichens zu erheben. Der Autor schlägt gesetzgebende Verbesserungen vor, die in einige der bevorstehenden Novellen des kroatischen Warenzeichenrechts einbezogen werden könnten.

Schlüsselwörter: *Einspruchsverfahren, Warenzeichen, Recht auf Industrievermögen.*

Sommario

PROCEDIMENTO DI OPPOSIZIONE NEL NUOVO DIRITTO CROATO SUL MARCHIO

La tutela della proprietà industriale come funzione di sviluppo economico è ancora non sufficientemente presente nella Repubblica di Croazia, e così nemmeno la protezione amministrativa di numerosi marchi. Da quando la legislazione sul marchio croata è stata recentemente modificata, l'Autore discute delle particolarità del procedimento di opposizione - il nuovo istituto della Legge sul marchio del 1999 - prendendo in considerazione le moderne soluzioni internazionali, le esperienze di diritto e giurisprudenza comparati. I relativi motivi di protezione non sono esaminati d'ufficio, in quanto il proprietario del primo diritto o altro proprietario del marchio deve rivendicarlo presentando un'opposizione entro tre mesi dalla pubblicazione di un'applicazione. L'Autore suggerisce diversi miglioramenti che dovrebbero essere inclusi in una possibile prossima revisione del diritto croato sul marchio.

Parole chiave: *procedimento di opposizione, marchio, diritto della proprietà industriale.*

STJECANJE PRAVA VLASNIŠTVA I DRUGIH STVARNIH PRAVA S POVJERENJEM U ZEMLJIŠNE KNJIGE I UČINCI PRAVNOG POSLO O OTUĐENJU TUĐE NEKRETNINE

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

UDK: 347.232
349.412

Ur.: 15. prosinca 2000.
Pr.: 28. prosinca 2000.
Pregledni članak

Pravo vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige stječe osoba koja u trenutku sklapanja pravnog posla, a i u trenutku podnošenja zahtjeva (prijedloga) za uknjižbu sudu, nije znala niti je s obzirom na okolnosti imala dovoljno razloga posumnjati u to da nekretnina pripada otuđivatelju koji je upisan kao vlasnik, ali samo pod pretpostavkom da joj upis ne bude izbrisan zbog nevaljanosti upisa prava vlasništva otuđivatelja. Zahtjev za brisanje može podnijeti samo osoba koja je upisom prava vlasništva otuđivatelja povrijeđena u svome knjižnom pravu vlasništva, i to u roku od tri godine od kada je bio zatražen upis prava vlasništva otuđivatelja, odnosno u roku od šezdeset dana od proteka petnaestodnevnog roka za žalbu protiv rješenja kojim je sud dopustio neistiniti upis. S povjerenjem u zemljišne knjige, u dobroj vjeri, stječe se vlasništvo nekretnine bez tuđih prava, tereta i ograničenja koja nisu bila upisana u zemljišnu knjigu, osim onih prava, tereta i ograničenja koja postoje na temelju samoga zakona, a ne upisuju se u zemljišnu knjigu. Pod istim pretpostavkama kao i pravo vlasništva stječu se i druga stvarna prava koja je osnovao vlasnik nekretnine ili otuđio nositelj tih prava.

Budući da se samim pravnim poslom kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva (prodaja, zamjena, darovanje, legat itd.) ne stječe pravo vlasništva, već na temelju njega nastaje samo pravo i obveza prijenosa prava vlasništva, pravni posao o otuđenju tuđe nekretnine nema učinka prema njenom vlasniku, već obvezuje otuđivatelja da priskrbi pravo vlasništva stjecatelju. Pod odložnim uvjetom valjan je pravni posao o otuđenju određene nekretnine iz suvlasničke zajednice ili iz ostavine, pa i pravni posao o otuđenju nasljednog dijela. Ali je ništav pravni posao o otuđenju nasljedstva ili legata kome se otuđivatelj nada. Ništava je i odredba sporazuma o ustupanju i raspodjeli dobara koja se budu zatekla u ostavini ustupitelja, kao i odredba ugovora o doživotnom uzdržavanju glede

stvari koje ne pripadaju primatelju uzdržavanja u trenutku zaključenja toga ugovora.

Ključne riječi: vlasništvo, stjecanje, dobra vjera, povjerenje u zemljišne knjige, pravni posao, otuđenje tuđe nekretnine.

Sadržaj

Uvod

A) Stjecanje prava vlasništva nekretnine s povjerenjem u zemljišne knjige

1. Općenito
2. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige
3. Brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi
 - 3.1. Ovlaštenik zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi
 - 3.2. Prekluzivni rokovi za brisovnu tužbu
 - 3.3. Zabilježba brisovne tužbe
4. Stjecanje prava vlasništva nekretnine kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti i ograničenja
5. Stjecanje stvarnih prava na nekretnini s povjerenjem u zemljišne knjige
6. Odgoda primjene pravila o stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige na nekretninama na kojima je bilo upisano društveno vlasništvo 1. siječnja 1997. godine

B) Učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine

1. Općenito
2. Pravilo "prodaja tuđe stvari obvezuje"
3. Analogna primjena pravila "prodaja tuđe stvari obvezuje"
4. Pravni posao o otuđenju određene nekretnine iz suvlasničke zajednice
5. Pravni posao o otuđenju nasljednog dijela ili određene nekretnine iz ostavine ili suvlasničke zajednice
6. Obveza otudivatelja tuđe stvari
7. Ništavi pravni poslovi o otuđenju tuđe stvari (iznimke od pravila)
8. Učinci pravnog posla o otuđenju tuđeg prava građenja
9. Učinci pravnog posla o osnivanju stvarnog prava na tuđoj nekretnini

Zaključak

Uvod

Pravo vlasništva može se steći na temelju pravnog posla, odluke suda odnosno druge nadležne vlasti, nasljeđivanjem i na temelju samoga zakona (čl. 114. st. 1. ZV¹).

¹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine broj 91/96.) koji je stupio na snagu 1. siječnja 1997. godine. Vidi odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, Narodne novine br. 68/98. o ukidanju članka 371.; NN br. 137/99. o ukidanju stavka 4. članka 388. i NN br. 22/00. o ukidanju odredbi iz stavka 5. čl. 356. i stavka 5. članka 357.

Pravo vlasništva je stečeno, međutim, ne samim sklapanjem pravnog posla itd., nego tek "kad su ispunjene sve pretpostavke određene zakonom" (čl. 114. st. 2. ZV). Za stjecanje prava vlasništva na temelju pravnoga posla zakon propisuje dvije pretpostavke: temelj stjecanja - valjani pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva (*justus titulus*) - i način stjecanja (*modus acquirendi*).

Na temelju pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva prelazi vlasništvo s dosadašnjeg vlasnika na stjecatelja na način određen zakonom (čl. 115. st. 1. ZV): različito za pokretne i nepokretne stvari. Dok za stjecanje prava vlasništva na pokretnoj stvari zakon propisuje da stvar bude predana "stjecatelju u samostalan posjed na temelju valjanog očitovanja volje dosadašnjeg vlasnika usmjerene na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja, ako zakonom nije drukčije određeno" (čl. 116. st. 2. ZV), dotle je za stjecanje prava vlasništva na nekretnini nužna uknjižba toga prava u zemljišnoj knjizi ili polaganje u sud valjane i potpune tabularne isprave kada nekretnina nije upisana u zemljišnoj knjizi.² Analogna pravila vrijede i za stjecanje drugih stvarnih prava na temelju pravnog posla na nekretninama.

U ovom članku raspravlja se o pravnoj ustanovi stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama s povjerenjem u zemljišne knjige (čl. 122. i 123. ZV) i o učincima pravnoga posla o otuđenju ili opterećenju tuđe nekretnine (čl. 460. i 25. ZOO)³.

A) Stjecanje prava vlasništva nekretnine s povjerenjem u zemljišne knjige⁴

I. Općenito

U načelu, na temelju pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva ne može se steći pravo vlasništva od nevlasnika,⁵ jer nitko ne može prenijeti na drugoga pravo koje sam nema;⁶ na temelju pravnog posla ne može se steći vlasništvo ni preko granice otuđivateljeve ovlasti da raspolaže stvarju (čl. 115. st. 2. ZV). Od ovih pravila postoji samo jedna iznimka "kad stjecanje prava vlasništva u

² Šire o tome P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla*, u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, broj 1 (2000.).

³ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99.).

⁴ O tome i glede stjecanja ostalih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige, T. Josipović u knjizi: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo, Informator*, Zagreb, 1998., str. 345-347.; T. Josipović, *Stjecanje stvarnih prava na temelju povjerenja u zemljišne knjige*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19., br. 2. (1998.). U talijanskom pravu, Luigi Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano, 1994., monografija koja je doživjela više izdanja.

⁵ U ovom slučaju je upotrijebljen termin "nevlasnik" u širem smislu, za pojam koji obuhvaća dvije pravne ustanove: pravila o stjecanju prava vlasništva od nevlasnika na pokretnoj stvari (čl. 118. ZV) i pravila o stjecanju prava vlasništva nekretnine s povjerenjem u zemljišne knjige (čl. 122. i 123. ZV).

⁶ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipsae habet*, Sec. Paulus - D. 50, 17, 120.

dobroj vjeri uživa zaštitu” (čl. 115. st. 2. ZV). Pod određenim pretpostavkama savjesni stjecatelj, naime, stječe pravo vlasništva na nekretnini s povjerenjem u zemljišne knjige iako otuđivatelj uistinu nije bio vlasnik nekretnine ili nije bio ovlašten njome raspolagati (čl. 34. st. 2. i 3., te čl. 120. i 123. ZV).

Ove pretpostavke razlikuju se od specifičnih pretpostavki koje zakon propisuje za stjecanje prava vlasništva od nevlasnika na pokretnoj stvari (čl. 118. ZV).⁷ U oba slučaja pretpostavka za stjecanje prava vlasništva jest:

- valjan pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva i
- dobra vjera stjecatelja.

Sve drugo je različito. Različite su čak i pretpostavke za valjanost pravnog posla i za dobru vjeru s obzirom na okolnost da li je predmet stjecanja prava vlasništva pokretna ili nepokretna stvar. Dok se za valjanost pravnog posla o stjecanju prava vlasništva na pokretnoj stvari ne traži da pravni posao bude sklopljen u određenom obliku, osim ako posebni zakon određuje što drugo,⁸ za valjanost pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva na nekretnini, međutim, traži se i da bude zaključen “u pisanom obliku” (čl. 115. st. 3. ZV); od ovog pravila postoje iznimke samo u pogledu pravnih poslova za koje zakon propisuje kvalificirani oblik. Pisani oblik je, dakle, bitni sastojak pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva nekretnine. U načelu dovoljan je običan pisani oblik, ako zakon za određenu vrstu pravnog posla ne propisuje kvalificirani oblik. To znači da usmeni pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva nekretnine ne proizvodi pravne učinke koje su ugovaratelji htjeli postići njegovim sklapanjem.⁹

Zakon određuje da je stjecatelj u dobroj vjeri “ako... nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju” (čl. 118. st. 3. i 122. st. 2. ZV). U oba slučaja traži se da je stjecatelj bio u dobroj vjeri “u trenutku zaključenja posla” (čl. 118. st. 3. i 122. st. 2. ZV)¹⁰.

⁷ O stjecanju prava vlasništva od nevlasnika (pokretne stvari) po pravnim pravilima OGZ-a, vidjeti Č. Rajčić, *Stvarno pravo* (predavanja), Zagreb, 1956., str. 162-166.; Vidi komentare OGZ-a uz §§ 367 i 368: A. Rušnov, *Tumač Općemu građanskomu zakoniku*, Zagreb, 1893., uz § 367.; H. Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Zweiter Band*, Wien, 1950.; P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band*, Wien, 1990.

⁸ Kao npr. za sporazum o ustupanju i raspodjeli imovine i ugovor o doživotnom uzdržavanju, koji mogu biti zaključeni samo u obliku koji je zakonom propisan - pisani oblik i ovjera od suca (čl. 112. st. 2 i 122. st. 4. Zakona o nasljeđivanju), bez obzira je li predmet ovih pravnih poslova stjecanje prava vlasništva na pokretnoj ili nepokretnoj stvari ili druga imovinska prava (čl. 112. st. 1. i 122. st. 1. ZN); oblik javnobilježničkog akta propisan je za ugovor o darovanju (čl. 53. st. 1. alineja 3. Zakona o javnom bilježništvu, NN br. 78/93. i 74/95.), ako daroprimatelju nije predan neposredan posjed darovane stvari - “prava predaja” (§ 943. OGZ-a), koji se primjenjuje na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine (NN br. 73/91.). Vidi komentare § 943. OGZ-a, Rušnov, op. cit., Klang, op. cit. i Rummel, op. cit.

⁹ O osnaženju usmenog ugovora kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva nekretnine i o valjanosti usmeno ugovorene cijene vidi P. Simonetti, op. cit, t. 7.2.

¹⁰ Prema čl. 122. “...u trenutku sklapanja pravnog posla,” što je sinonim za zaključenje pravnog posla.

No, dok se za stjecanje prava vlasništva od nevlasnika (pokretna stvar) traži da je stjecatelj bio u dobroj vjeri i “u trenutku primanja neposrednog posjeda” (čl. 118. st. 3. ZV), za stjecanje prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige (nekretnine) zakon traži da je stjecatelj bio u dobroj vjeri “u trenutku kad je zahtijevao upis” (čl. 122. st. 2. ZV) u zemljišnu knjigu. Ove razlike potječu otuda što zakon propisuje različite pretpostavke kao način stjecanja prava vlasništva na pokretnoj i nepokretnoj stvari. Unatoč tome što se pravo vlasništva na pokretnoj stvari načelno stječe “predajom te stvari stjecatelju u samostalan posjed na temelju valjano očitovane volje dosadašnjeg vlasnika usmjerene na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja” (čl. 116. st. 1. ZV), zakon propisuje da je za stjecanje prava vlasništva pokretne stvari od nevlasnika odlučno da je stjecatelj bio u dobroj vjeri i “u trenutku primanja neposrednog posjeda” (čl. 118. st. 3. ZV). Predajom neposrednog posjeda, međutim, ne mora se prenijeti pravo vlasništva, jer predajući neposredan posjed otuđivatelj može zadržati pravo vlasništva (*reservatio domini*). U tom slučaju se ne predaje samostalni posjed jer stjecatelj priznaje otuđivatelja kao vlasnika dok mu ne prenese pravo vlasništva. Obrnuto: pravo vlasništva može se prenijeti očitovanjem volje uz zadržavanje neposrednog posjeda (čl. 116. st. 2. ZV). Od trenutka takvog očitovanja stjecatelj ima samostalni posjed, a otuđivatelj neposredni, ali nesamostalni posjed, jer je on “priznao” pravo vlasništva stjecatelju upravo očitovanjem volje o prijenosu toga prava, ali u tom slučaju stjecatelj stječe pravo vlasništva od nevlasnika tek u trenutku primanja neposrednog posjeda (čl. 118. st. 2. ZV).

Pravo vlasništva nekretnine, istina, ne prenosi se podnošenjem sudu zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva, ali se time stječe pravo prvenstva, jer će se smatrati da je pravo vlasništva stečeno u trenutku podnošenja zahtjeva ako se izvrši uknjižba toga prava, čak i u slučaju kad je uknjižbi prethodila predbilježba prava vlasništva iste osobe (stjecatelja), jer u trenutku podnošenja zahtjeva nisu bile ispunjene zakonske pretpostavke za uknjižbu ili je uknjižba bila odgođena iz drugih razloga (čl. 30. st. 3., 31-38., 56-58. i 60-69. ZZK¹¹), ali su bile ispunjene zakonske pretpostavke za predbilježbu. ZV, naime, propisuje: “Provedena uknjižba djeluje od trenutka kad je sudu bio podnesen zahtjev za uknjižbu” (čl. 120. st. 3.), bez obzira da li je uknjižba provedena neposredno ili posredno nakon opravdanja predbilježbe.

2. Pretpostavke za stjecanje prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige

Kome pripada pravo vlasništva nekretnine, ne vidi se iz posjeda - faktičnog odnosa posjednika prema nekretnini; ponekad se ne vidi ni tko je posjednik nekretnine (npr. šume, pašnjaka, napuštenog obradivog zemljišta, napuštene zgrade itd.), a posjednik ne mora biti, i često nije, nositelj prava vlasništva. Prilikom sklapanja pravnog posla s ciljem stjecanja prava vlasništva nekretnine osoba koja

¹¹ Zakon o zemljišnim knjigama (Narodne novine broj 91/96.), stupio na snagu 1. siječnja 1997. godine.

sklapa pravni posao radi stjecanja toga prava oslonit će se na zemljišnu knjigu u koju je upisana nekretnina i njen vlasnik.

Zemljišne knjige svima su dostupne, te se u načelu nitko ne može pozivati na to da mu je bilo nepoznato pravno stanje glede određene nekretnine - zemljišnoknjižnog tijela. One prikazuju tko je vlasnik nekretnine ili nositelj drugih prava ili tereta. Smatra se, naime, po zakonu, "da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine" (čl. 122. st. 1. ZV i čl. 8. st. 2. ZZK). Zato se kaže, metaforički, da je zemljišna knjiga zrcalo prava na nekretninama. S jedne strane, smatra se da postoje ona prava koja su upisana u zemljišnu knjigu i da su njihovi nositelji one osobe koje su u njoj upisane; s druge strane, smatra se da ne postoje prava, tereti i ograničenja koja nisu upisana u zemljišnu knjigu, iako su stečena ili uspostavljena izvorno, izvan zemljišne knjige. Neovisno od toga tko je posjednik nekretnine, smatra se da je nositelj upisanih prava ona osoba koja je kao takva upisana u zemljišnu knjigu. Doduše ova se predmnjeva može oboriti protudokazom, npr. da je druga osoba vlasnik nekretnine, a ne ona na koju ukazuje zemljišna knjiga, jer je pravo vlasništva stekla izvanknjižno, na temelju samog zakona. Ali, "tko je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da ono što je u njih upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja, uživa glede toga stjecanja zaštitu prema odredbama zakona" (čl. 122. st. 1. ZV).¹² Za stjecatelja u dobroj vjeri koji svoje pravo izvodi iz neistinitog upisa vrijedi, dakle, neoboriva predmnjeva istinitosti upisa i potpunosti zemljišne knjige.¹³

U slučaju spora da li je stjecatelj bio u dobroj vjeri glede stjecanja prava vlasništva upisanog u zemljišnoj knjizi, prosuđivat će se po građanskopravnom standardu obične pažnje kakva se očekuje od svakog razumnog čovjeka u takvim okolnostima. Smatrat će se, dakle, da je stjecatelj bio u dobroj vjeri ako je prilikom sklapanja pravnog posla i u trenutku kada je podnio zahtjev za uknjižbu postupao s takvom pažnjom, a da pored toga nije imao "dobrog razloga posumnjati" u to da nekretnina pripada otuđivatelju, tj. da je možda vlasništvo neke druge osobe ili da je druga izvanknjižni suvlasnik, odnosno zajedničar (sunasljednik).¹⁴ Nasuprot ranijoj sudskoj praksi, nedostatak dobre vjere ne može se predbaciti nikome zbog razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje (čl. 122. st. 3. ZV i čl. 8. st. 2. ZZK), unatoč toga što je opće poznat veliki raskorak između knjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja.¹⁵ Ova općepoznata činjenica ne može biti opravdan razlog za opću sumnju u

¹² Šire o sustavu publiciranja prava na nekretninama u hrvatskom pravu: T. Josipović, *Sustavi publiciranja prava na nekretninama kao temelj zaštite povjerenja u pravnom prometu (doktorski rad)* - Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1995., str. 263-455.

¹³ T. Josipović, op. cit., str. 450-451.

¹⁴ VSH, Gž 516/73 od 28. II. 1973., VSH, Gzz 32/73 od 14. VI. 1973. (Žuvela, 1987., Prilog IXc t. 40)

¹⁵ Upravo zbog takvog raskoraka između zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja koji je u socijalističkom sustavu bio produbljen širenjem pravnih osnova izvanknjižnog stjecanja društvenog vlasništva, u sudskoj praksi bio je izražen stav da se ne može pozivati na načelo istinitosti upisa u zemljišnu knjigu osoba koja nije provjerila izvanknjižno stanje, vidi Vrhovni sud Hrvatske,

zemljišnu knjigu. Kada bi zakon napustio predmnjevu istinitosti i potpunosti zemljišne knjige tada bi stjecatelj, u svakom slučaju, morao istraživati da li se knjižno pravno stanje poklapa s izvanknjižnim; morao bi provjeravati i istinitost upisa prava u zemljišnu knjigu i postoje li prava, tereti i ograničenja koja su stečena ili uspostavljena izvanknjižno. Tada bi bila potkopana svrha zemljišnih knjiga i time bitno otežan pravni promet pravima na nekretninama te ugrožena pravna sigurnost.

Ali za stjecanje prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige nije dovoljno da je pravni posao sklopljen u dobroj vjeri. Pored toga zakon traži da je stjecatelj bio u dobroj vjeri "i u trenutku kada je zahtijevao upis", tj. da ni tada "nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju" (čl. 122. st. 2. ZV i čl. 8. st. 4. ZZK).¹⁶ Saznanje da je vlasnik nekretnine druga osoba, a ne ona koja je kao vlasnik upisana u zemljišnu knjigu, koje je uslijedilo nakon podnošenja zahtjeva za upis, a prije uknjižbe, nije prepreka za stjecanje prava vlasništva po toj osnovi,¹⁷ niti je razlog za odbijanje zahtjeva za uknjižbu, jer za to nema izričitog propisa u zakonu niti se takvo pravilo može izvesti interpretacijom zakona. Ovo zbog toga što "provedena uknjižba djeluje od trenutka kad je sudu bio podnesen zahtjev za tu uknjižbu" (čl. 120. st. 3. ZV); u trenutku podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva stečeno je pravo vlasništva ako se provede uknjižba toga prava. U slučaju da nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu, relevantna je dobra vjera u trenutku podnošenja zahtjeva za polaganje tabularne isprave kod suda, jer se u tom trenutku stječe pravo vlasništva (čl. 120. st. 4. ZV); razumije se, i u tom slučaju ako sud utvrdi da su ispunjene sve zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva polaganjem tabularne isprave.

Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako uvidom u sve okolnosti koje sadrži zemljišna knjiga nije imao razloga sumnjati da je vlasnik ona osoba na koju zemljišna knjiga ukazuje. Npr. stjecatelj nije znao da je druga osoba stekla pravo vlasništva na temelju samoga zakona i da je to čak i utvrđeno pravomoćnom sudskom odlukom, jer ni jedan podatak iz zemljišne knjige nije na to ukazivao, niti mu je ta činjenica bila poznata ili mogla biti poznata iz bilo kojeg drugog izvora ili okolnosti. Tako se stječe pravo vlasništva u dobroj vjeri i od umrlog vlasnika, sklapanjem valjanog pravnog posla s njegovim zastupnikom ili punomoćnikom, kada stjecatelj ne zna ni u trenutku sklapanja pravnog posla niti u trenutku podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva da je otuđivatelj umro ili proglašen umrlim pravomoćnim rješenjem nadležnog suda i da je, prema tome, vlasnik njegov nasljednik (nasljednici), koji je to pravo stekao izvanknjižno, u

Gž 351/73 od 31. listopada 1974., Gž 3876/73 od 6. rujna 1974., PSP 6/58, Rev 348/88 od 21. rujna 1988., Žuvela, 1996., str. 660. Ništav je ugovor o prodaji konfiscirane nekretnine koje se "nalazi pod društvenim upravljanjem" te se kupci ne mogu pozivati na "povjerenje u zemljišne knjige" (VSI, Gz 63/72 od 12. siječnja 1973., Žuvela, 1987., Prilog IXc, t. 3). U jednoj rješidbi se čak izriče da se pozivanjem na načelo povjerenja u zemljišne knjige ne može steći vlasništvo od nevlasnika, VSH, Rev 1231/90 od 23. listopada 1990., "Informator", 3977-3978 od 15. lipnja 1992.

¹⁶ T. Josipović, op. cit., str. 453-457.

¹⁷ Mala fides superveniens non nocet. Sec. Paulus, D. 41, 3, 4, 18 (CJ. 7,31,4)

trenutku smrti odnosno pravomoćnosti rješenja o proglašenju umrlim zemljišnoknjižnog vlasnika (čl. 128., 129. i 135. Zakona o nasljeđivanju, te čl. 128. ZV).

U slučaju kada je stjecatelj sklopio pravni posao u dobroj vjeri, s povjerenjem u zemljišne knjige, a bio je u dobroj vjeri i "u trenutku kada je zahtijevao upis", steći će pravo vlasništva, kako zakon kaže, "od osobe koja je bila upisana kao vlasnik te nekretnine, premda to nije bila" (čl. 123. st. 1. ZV). Točnije, stjecatelj prividno stječe vlasništvo od zemljišnoknjižnog vlasnika, uistinu ga stječe po samom zakonu, jer se ni jedno pravo, pa ni pravo vlasništva, ne može steći od onoga koji ga nema, koji uistinu nije vlasnik.¹⁸ Pravo vlasništva se, doduše, ne stječe ni od vlasnika koji je u trenutku sklapanja pravnog posla bio mrtav (pravni posao zaključio njegov zakonski zastupnik, skrbnik ili punomoćnik). Ako je vlasnik umro nakon zaključenja valjanog pravnog posla, a prije podnošenja zahtjeva za uknjižbu, pravo vlasništva se ne stječe od umrlog vlasnika nego od njegova nasljednika, koji ga je stekao po samom zakonu, u trenutku delacije (čl. 128., 129. i 135. Zakona o nasljeđivanju i čl. 128. ZV), ali je uz stjecanje prava vlasništva opterećen i obvezom da ga prenese stjecatelju, tj. da mu na temelju valjanog pravnog posla koji je zaključio ostavitelj izda tabularnu ispravu (clausulu intabulandi) ili da trpi uknjižbu prava vlasništva na temelju tabularne isprave koju je stjecatelju izdao ostavitelj, odnosno njegov zastupnik ili punomoćnik. Smrću ostavitelja na njegova nasljednika prelaze sve njegove obveze osim strogo osobnih, koje se gase smrću (kao npr. obveza zakonskog uzdržavanja). Ovo je smisao odredbe iz čl. 145. ZN prema kojoj nasljednik odgovara za dugove ostavitelja "do visine vrijednosti naslijeđene imovine".¹⁹

Posljedica stjecanja prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige jest da to pravo gubi dosadašnji istinski vlasnik koji ga je stekao izvanknjižno, po samom zakonu (npr. dosjelošću, čl. 159. i 160. ZV, građenjem na tuđem zemljištu, čl. 153. ZV ili nasljeđivanjem) ili na temelju pravomoćne odluke suda, odnosno drugog nadležnog tijela, pod pretpostavkom da nije podnio zahtjev za upis svoga prava ili za zabilježbu relevantne okolnosti (npr. zabilježbu smrti zemljišnoknjižnog vlasnika - čl. 71. ZZK ili zabilježbu spora do pravomoćnosti odluke suda - čl. 81.- 84. ZZK) prije nego što je stjecatelj u dobroj vjeri podnio zahtjev za upis s povjerenjem u zemljišnu knjigu.

To znači da će i u sukobu između dvije osobe: prve, koja stječe pravo vlasništva temeljem povjerenja u zemljišne knjige, i druge, koja izvodi pravni temelj stjecanja od istinskog vlasnika, pravo vlasništva steći prva, pa i u slučaju da je zaključila pravni posao nakon što ga je sklopila ona osoba koja svoj pravni temelj izvodi iz prava istinskog (zbijskog), ali izvanknjižnog vlasnika.

¹⁸ Gavella, op. cit., str. 452-453.

¹⁹ Kreč - Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, izd. "Narodne novine", Zagreb 1964., uz čl. 145. ZN; N. Gavella, Nasljedno pravo, izd. "Informator", Zagreb 1986., str. 269; B.T. Blagojević - O.B. Antić, Nasledno pravo u Jugoslaviji, "Savremena administracija", Beograd, 1986., str. 438.

3. Brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi

Onaj koji je stekao pravo vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige, a ne od istinskog vlasnika, stekao ga je, međutim, pod raskidnim uvjetom: "ako mu upis ne bude izbrisan zbog nevaljanosti" (čl. 123. st. 1. ZV).

Općenito, pravni učinci nevaljanog upisa prava u zemljišnu knjigu uklanjaju se brisanjem toga prava na temelju ovršne presude koju donosi sud u parničnom postupku. U brisovnoj parnici sud odlučuje o valjanosti uknjižbe prava vlasništva (ili drugog knjižnog prava).²⁰

Upis prava vlasništva stjecatelja u dobroj vjeri briše se na temelju ovršne presude donijete u brisovnoj parnici po tužbi osobe čije je knjižno pravo vlasništva povrijeđeno (izbrisan).²¹

3.1. Ovlaštenik zahtjeva za brisanje upisa prava vlasništva u zemljišnoj knjizi

Zemljišnoknjižni vlasnik čije je pravo vlasništva izbrisan iz zemljišne knjige nevaljanom uknjižbom istog prava u korist druge osobe može tražiti zaštitu svojega prava (čl. 168. ZV) uspostavom prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja sve dok ne nastupe činjenice na temelju kojih bi mu uknjiženo pravo vlasništva i tako trebalo prestati, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 129. st. 1. ZZK).²² Takav stjecatelj ne izvodi svoje pravo u dobroj vjeri od neistinitog vlasnika, već je on sam neistiniti vlasnik, koji je stekao pravo vlasništva nevaljanom uknjižbom, pa njega ne štiti pravilo o stjecanju prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige.²³ U tome slučaju vremenski može biti ograničen samo zahtjev za poništenje pravnog posla zbog pobojnosti (čl. 117; čl. 25. ZOO^{24,25}), ali nema vremenskog ograničenja za podnošenje tužbe radi utvrđenja da je pravni posao ništav, jer se pravo isticanja ništavosti pravnog posla ne gasi protekom vremena (čl. 110. ZOO).

Pravo na brisovnu tužbu, dakle, ne pripada izvanknjižnom vlasniku, osobi koja nije bila uknjižena kao vlasnik nekretnine u trenutku kada je obavljena nevaljana uknjižba, jer ta osoba nije povrijeđena u svome knjižnom pravu.²⁶ Za ovu tužbu je

²⁰ VSH, Rev 41/82, Žuvela, Vlasničkopravni odnosi (sudska praksa) P IX, str. 595., te odluke u Sudskoj praksi pod 119., 128. i 129.

²¹ T. Josipović, op. cit., str. 452-453.

²² VSRH, Rev 2185/97, od 5. prosinca 1998., IO br. 2/98, br. 5., zasniva se na § 69. bivšeg ZZK, 1930., koji se oslanja na opći rok zastare iz § 1478. OGZ-a od 30 godina; taj sud smatra da je zastaru brisovne tužbe isključivao Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (Narodne novine, 53/91.) - Rev 29/98, od 22. travnja 1999., IO VSRH, br. 2/99, br. 12., kao što je isključuje i današnji Zakon o vlasništvu, jer pravo vlasništva ne prestaje tijekom vremena, osim ako ga druga osoba stekne - dosjelošću.

²³ N. Gavella, op. cit., str. 346-347.

²⁴ Okružni sud u Gospiću, Gž 39/83 od 26. 12. 1984. (Žuvela, Vlasničkopravni odnosi (sudska praksa), 1987., str. 764., Prilog XIc, t. 71.)

²⁵ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.).

²⁶ Tako i rješidba Okružnog suda u Splitu Gž-2667/75, od 16. travnja 1976., navedena uz članak 129. ZZK (Žuvela i Ružička, op. cit., točka 3.).

aktivno legitimiran samo zemljišnoknjižni vlasnik čije je pravo povrijeđeno nevaljanom upisom²⁷ i, razumije se, njegov univerzalni pravni sljednik.²⁸

3.2. Prekluzivni rokovi za brisovnu tužbu

Prijašnji zemljišnoknjižni vlasnik čije je pravo povrijeđeno nevaljanom uknjižbom u korist neke osobe ima pravo tražiti brisanje te uknjižbe i uspostavu prijašnjeg stanja i protiv treće osobe koja svoje pravo izvodi iz nevaljano upisanog prava vlasništva, pa i u slučaju da je ta osoba stekla pravo vlasništva u dobroj vjeri. Samo što u slučaju stjecanja prava vlasništva u dobroj vjeri - s povjerenjem u zemljišne knjige, brisovna tužba (protiv poštenog stjecatelja prava vlasništva) vremenski je prekludirana objektivnim rokom od tri godine od kada je bila zatražena uknjižba povodom koje je izvršen nevaljan upis i mnogo kraćim subjektivnim rokom od 60 dana od isteka petnaestodnevnog roka za žalbu protiv rješenja o dozvoli upisa (čl. 123. st. 2. ZV, 125. st. 1. i 129. st. 2. ZZK).

Brisovnoj tužbi, naime, ne može se udovoljiti protiv osobe koja se uknjižila kao vlasnik nekretnine s povjerenjem u istinitost zemljišne knjige, u dobroj vjeri, izvodeći svoje pravo iz uknjiženog, ali neistinitog (nevaljanog) prava prednika, ako je podnijeta po proteku roka od tri godine od dana kada je njen prednik podnio zahtjev za uknjižbu prava vlasništva (čl. 129. st. 2. al. 2. ZZK), bez obzira što prijašnji zemljišnoknjižni vlasnik povrijeđen u svom knjižnom pravu nije bio o tome obaviješten ni na koji način, niti je na drugi način mogao imati saznanja o tome.

Ukoliko je, pak, prijašnji vlasnik čije je pravo povrijeđeno nevaljanom uknjižbom bio uredno obaviješten da je ta uknjižba dopuštena, dostavom rješenja zemljišnoknjižnog suda o uknjižbi, može zbog nevaljanosti prednikova upisa zahtijevati brisanje prava vlasništva protiv poštenog stjecatelja samo pod sljedećim pretpostavkama: da u roku za žalbu protiv rješenja o dopuštenju uknjižbe zatraži zabilježbu da je upis sporan, te da najkasnije u roku od 60 dana od isteka roka za žalbu podnese tužbu protiv onoga koji je osporenom uknjižbom stekao pravo vlasništva, odnosno onoga koji je na temelju nevaljanog upisa ishodio uknjižbu prava vlasništva (čl. 129. st. 2. al. 1. ZZK i čl. 123. st. 2. ZV), a to je u našoj hipotezi stjecatelj prava vlasništva u dobroj vjeri i njegov prednik.

Rokovi od tri godine iz čl. 123. ZV i čl. 129. ZZK teku od prvog siječnja 1997. (čl. 224. st. 1. i čl. 231. ZZK).

3.3. Zabilježba brisovne tužbe

Kako bi se zaštitio prema trećima, poštenim stjecateljima, koji bi se u dobroj vjeri oslonili na upis prava vlasništva u zemljišnoj knjizi, može knjižni prednik čije je pravo vlasništva izbrisano iz zemljišne knjige nevaljanom uknjižbom u korist drugoga zatražiti zabilježbu brisovne tužbe (čl. 129. st. 3. ZZK). Na zabilježbu brisovne tužbe primjenjuju se opća pravila o zabilježbi spora (čl. 81.-84. ZZK).

²⁷ VSH, Rev 1221/85, od 30. rujna 1986., ibidem, točka 6.

²⁸ VSRH, Rev 2529/93, od 1. prosinca 1993., IO VSRH, br. 2, 1995., 8.

Ukoliko knjižni prednik ishodi zabilježbu brisovne tužbe, a bez opravdanog razloga propusti podnijeti tužbu, odgovara za štetu koju zbog toga trpi druga osoba u čiju je korist provedena uknjižba prava vlasništva (čl. 129. st. 9. ZZK). U ovom slučaju bio bi to i poštenu stjecatelj prava vlasništva koji je u dobroj vjeri uknjižbom stekao pravo vlasništva (čl. 123. st. 1. i 124. st. 1. ZV) kao i njegov knjižni prednik.

4. Stjecanje prava vlasništva nekretnine kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti i ograničenja

Kao što se predmnijeva da postoje prava koja su upisana u zemljišne knjige, tako se predmnijeva da ne postoje tuđa prava, tereti i ograničenja koja u njoj nisu upisana. U oba slučaja, razumije se, dok se ne dokaže suprotno (*presumptiones juris tantum*). Na ove predmnjeve može se pozvati samo osoba koja je postupala u dobroj vjeri, s povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da ono što je u njih upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja (čl. 122. st. 1. ZV). Zakon o vlasništvu, doduše, propisuje da se nedostatak dobre vjere ne može nikome predbaciti “samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje” (čl. 122. st. 3. ZV), ali onaj koji zna, iz bilo kojeg izvora, da postoje izvanknjižna prava trećih osoba, tereti ili ograničenja, ne može se pozivati na dobru vjeru, bez obzira što egzistencija tih prava, tereta ili ograničenja nije vidljiva u zemljišnoj knjizi. Ovaj zaključak izvodimo, *argumentum a contrario*, iz zakonske pretpostavke za dobru vjeru u zemljišne knjige koja postoji samo ako stjecatelj nije znao da ono što je u njih upisano, nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja (čl. 122. st. 1. ZV).

Tekst članka 124. st. 1. “... u dobroj vjeri stekao pravo vlasništva neke nekretnine...” treba razumjeti tako da je stjecatelj bio u dobroj vjeri u trenutku podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva. Ovo zbog toga što se u tom trenutku stječe pravo vlasništva bez obzira kada uslijedi uknjižba povodom toga zahtjeva. ZV propisuje: “Provedena uknjižba djeluje od trenutka kad je sudu bio podnesen zahtjev za uknjižbu.” (čl. 120. st. 3).

Prema tome, stjecatelj prava vlasništva nekretnine na temelju pravnog posla, koji u trenutku podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva nije znao niti je iz okolnosti morao znati da na odnosnoj nekretnini postoje tuđa prava, tereti ili ograničenja, stekao je tu nekretninu kao da na njoj nema tih prava, tereta ili ograničenja, iako ona izvanknjižno postoje. Ovo i pod pretpostavkom da je nakon podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva saznao za izvanknjižno postojanje tih prava, tereta i ograničenja (“*Mala fides superveniens non nocet.*”).

U tom slučaju prestaju, dakle, ne samo tereti i ograničenja na nekretnini koja je stečena u dobroj vjeri, nego i izvanknjižna prava: služnosti, stvarni tereti, pravo građenja i založno pravo (čl. 243., 277. st. 1., 292. st. 2. i 349. ZV).

Stjecatelj prava vlasništva određene nekretnine, stječe, dakle, pravo vlasništva kao da na toj nekretnini ne postoje tuđa prava, tereti i ograničenja, pod sljedećim pretpostavkama:

- da u trenutku kad je podnio prijedlog sudu za uknjižbu prava vlasništva ta

prava, tereti i ograničenja nisu bila upisana u zemljišnoj knjizi i da iz zemljišnih knjiga nije bilo vidljivo da je zatražen njihov upis (čl. 124. st. 1. ZV);

- da stjecatelj nije znao niti je morao znati iz drugih okolnosti da ta prava, tereti i ograničenja postoje izvanknjižno, opravdano vjerujući da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava pravno stanje nekretnine (čl. 122. st. 1. ZV).

Od gornjeg pravila postoji samo jedna iznimka propisana u čl. 124. st. 2. ZV: "Stjecatelj koji je, makar i postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, stjecao u dobroj vjeri, ne uživa zaštitu povjerenja u potpunost iz st. 1. ovog članka glede onih prava, tereta i ograničenja koji postoje na temelju zakona, a ne upisuju se u zemljišnu knjigu."

Prema tome, tko stječe pravo vlasništva nekretnine na kojoj po samom zakonu postoje tuđa prava, tereti ili ograničenja, stekao je tu nekretninu opterećenu tim pravima, teretima ili ograničenjima, iako za njih nije znao niti je iz okolnosti morao znati. Ovo i zbog toga što se nitko ne može pozivati na nepoznavanje zakona. Riječ je o pravima, teretima i ograničenjima koje kreira sam zakon, a postoje iako nisu upisana u zemljišne knjige. Upis u zemljišne knjige imao bi samo deklarativan značaj.

Zakon o vlasništvu, međutim, nagovještava mogućnost zakonskog ograničenja gornje iznimke, ali samo glede javnopravnih tereta, propisujući da odredba o neprimjenjivanju pravila o prestanku prava stvarnog tereta koji nije upisan u zemljišnu knjigu u slučaju stjecanja opterećene nekretnine, zaštitom povjerenja u zemljišne knjige, vrijedi samo "ako zakonom nije drukčije određeno" (čl. 277. st. 2. ZV).

5. Stjecanje stvarnih prava na nekretnini s povjerenjem u zemljišne knjige

Stvarna prava na nekretnini stječu se pravnim poslom s povjerenjem u zemljišne knjige odgovarajućom primjenom analognih pravila o stjecanju prava vlasništva po toj osnovi. Ovo se odnosi, u prvom redu, na stjecanje stvarnih prava njihovim osnivanjem (konstituiranjem), ali i prijenosom već osnovanih stvarnih prava koja su upisana u zemljišne knjige.

Zakon o vlasništvu, naime, propisuje da se na zaštitu povjerenja u zemljišne knjige glede prava služnosti, stvarnih tereta i založnih prava na nekretninama (hipoteka) na odgovarajući način primjenjuju odredbe iz članaka 122.-125. ovoga zakona, ako nisu suprotna naravi tih prava (čl. 221., 264. i 318. ZV).

Prema tome, ova prava se stječu s povjerenjem u zemljišne knjige, temeljem pravnog posla s osobom koja je neistinito upisana kao vlasnik nekretnine koja se opterećuje; ona se također stječu prijenosom na temelju pravnog posla sklopljenog s osobom koja je neistinito upisana kao njihov ovlaštenik, odnosno kao vlasnik povlasne nekretnine (stvarne služnosti, stvarni tereti).

Glede osnivanja prava građenja s povjerenjem u zemljišne knjige, ZV upućuje na odredbe o osnivanju stvarnih tereta po toj osnovi (čl. 288. st. 5. ZV). Budući da je pravo građenja stvarno pravo na nečijem zemljištu, a u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (čl. 280. st. 2. ZV), ono se stječe prijenosom (kad je već

osnovano) po pravilima po kojima se stječe pravo vlasništva na nekretnini (čl. 390. st. 1.). ZV, naime, propisuje da se na prijenos prava građenja na odgovarajući način primjenjuju odredbe o stjecanju prava vlasništva na temelju pravnog posla, ako zakonom nije što drugo određeno niti proizlazi iz pravne naravi prava građenja. Ni Zakonom o vlasništvu, ni kojim drugim zakonom, za sada, nije drukčije određeno, niti proizlazi drukčije iz naravi prava građenja (čl. 280. st. 2. i 3. ZV). Ovo bez obzira da li je na pravu građenja izgrađena zgrada ili ne. Smatramo da iz prirode prava građenja ne proizlazi iznimka glede stjecanja s povjerenjem u zemljišne knjige.

6. Odgoda primjene pravila o stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige na nekretninama na kojima je bilo upisano društveno vlasništvo 1. siječnja 1997. godine

Odgoda primjene pravila o stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige uvjetovana je raskorakom između zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog stanja glede nekretnina koje su bile upisane kao društveno vlasništvo 1. siječnja 1997. godine (čl. 388. st. 5.).

Raskorak između zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja, karakterističan za nekretnine u privatnom vlasništvu, bio je još veći u odnosu na nekretnine u društvenom vlasništvu. Prava na nekretninama u društvenom vlasništvu (pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja) društvenopravne osobe koja su pretvorena u pravo vlasništva ili se pretvaraju po ZV (čl. 359.-365.), dijelom su se stjecala izvanknjižno na temelju odluka nadležnih tijela²⁹, npr. na temelju rješenja o eksproprijaciji, o arondaciji itd. Izvanknjižno stečena prava na nekretninama u društvenom vlasništvu društvenopravne osobe relativno rijetko su se upisivala u zemljišne knjige.³⁰ Iako su se nekretnine po sili zakona prenosile iz privatnog u društveno vlasništvo izvanknjižno, s vremenom su pretežno upisane u zemljišne knjige s izvornim stjecateljem prava upravljanja (korištenja ili raspolaganja), a to je bila najčešće općina, ali su kasniji izvanknjižni stjecatelji prava upravljanja (korištenja ili raspolaganja) tih nekretnina ostali anonimni za one koji bi se oslanjali samo na stanje u zemljišnoj knjizi. Tako su mnoge nekretnine prenijete u državno, odnosno društveno vlasništvo od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991., sve do

²⁹ Pravo korištenja radi građenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu, ali i prava na drugim nekretninama, stjecale su vlasničkopravne osobe uknjižbom u zemljišnu knjigu (čl. 51. Zakona o građevinskom zemljištu - pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 48/88., 16/90. i 53/90.), na temelju pravnog posla, jer se na temelju pravnog posla ta prava nisu mogla ni stjecati niti prenositi između društvenih pravnih osoba izvanknjižno (čl. 3. Zakona o uknjižbi nekretnina u društvenom vlasništvu, Sl. l. SFRJ br. 12/65, ranija Uredba o uknjiženju prava vlasništva na državnoj nepokretnoj imovini Sl. l. br. FNRJ 58/47. O tome, P. Simonetti, Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, izd. "Informator", Zagreb, 1985., str. 145-163.).

³⁰ Po Uredbi o uknjižbi prava vlasništva na državnoj nepokretnoj imovini, Službeni list FNRJ, br. 58/47., odnosno kasnije po Zakonu o uknjižbi nekretnina u društvenom vlasništvu, Službeni list SFRJ, br. 12/65.

stupanja na snagu Zakona o vlasništvu, bile upisane u zemljišne knjige s općinom kao nositeljem prava upravljanja, korištenja ili raspolaganja, iako se u međuvremenu izmijenilo više društvenopravnih osoba koje su za te nekretnine imale valjan ugovor o prijenosu tih prava između društvenopravnih osoba. Ugovor o njihovu stjecanju je stjecateljica sklapala s općinom (društvenopravna osoba) na temelju odluke skupštine općine (vlast). Međutim, samim ugovorom, ni u prvom ni u drugom slučaju nije se prenosilo pravo upravljanja, pravo korištenja ili pravo raspolaganja. Ta prava su se stjecala izvanknjižno na temelju konstitutivne odluke suda ili drugog nadležnog tijela (čl. 3. Zakona o uknjižbi nekretnina u društvenom vlasništvu³¹), kao npr. na temelju rješenja o arondaciji ili eksproprijaciji.

Kako bi se zaštitili stjecatelji prava vlasništva nastalog pretvorboom spomenutih izvanknjižnih prava na nekretninama u društvenom vlasništvu, Zakon o vlasništvu odgodio je za pet godina primjenu pravila o stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u odnosu na nekretnine koje su bile upisane kao "društveno vlasništvo", a to nije brisano "prije nego što je ovaj Zakon stupio na snagu" (čl. 388. st. 5. ZV),³² tj. prije 1. siječnja 1997. (čl. 396. ZV).

Pretpostavka, dakle, za ovu odgodu jest da je nekretnina bila upisana u zemljišne knjige kao društveno vlasništvo 1. siječnja 1997. godine. U tom slučaju odgađa se primjena pravila o stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige do 1. siječnja 2002. godine. Nakon toga datuma počinju teći rokovi za brisovnu tužbu protiv poštenih stjecatelja prava vlasništva.³³

B) Učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine

1. Općenito

Kada nisu ispunjene pretpostavke za stjecanje prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige, postavlja se pitanje da li je valjan pravni posao o prodaji (otuđenju) tuđe nekretnine. Na to pitanje, vidjet ćemo, ne može se dati jednoznačan

³¹ Narodne novine br. 52/71., prestao važiti 1. siječnja 1997. (čl. 230. i 231. ZZK).

³² O razlogu odgađanja vidi Obrazloženje konačnog prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (srpanj 1996.) Vlade Republike Hrvatske, koje je dostavljeno Saboru Republike Hrvatske uz konačni prijedlog Zakona, u publikaciji: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima s opsežnim abecednim kazalom pojmova koje je priredio M. Žuvela (uvod M. Šeparović, ministar pravosuđa Republike Hrvatske), izdanje "Organizator", Zagreb, 1997., str. 391-392.

³³ Na šestom savjetovanju pravnikâ u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, dana 4. i 5. svibnja 2000. godine u Poreču, Gradski ured za imovinskopravne poslove Grada Zagreba založio se za produženje petogodišnjeg roka zbog toga što je velik broj zemljišnih čestica Grad Zagreb kupio u proteklom periodu, a upisani su i dalje vlasnici, odnosno bivši vlasnici ako je zemljište bilo nacionalizirano, odnosno po drugoj osnovi prisilno prenijeto u društveno vlasništvo u periodu od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991. godine, a nisu deposedirani, pa se sada po njihovom zahtjevu u sudskom postupku pogrešnom interpretacijom odredaba iz čl. 359-365. ZV upisuju kao vlasnici (v. P. Simonetti, Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19. br. 2, 1998., str. 377-384.)

odgovor (pozitivni ili negativni) koji bi vrijedio za sve pravne poslove kojima je cilj stjecanje prava vlasništva. Moglo bi se, međutim, reći da su među pravnim poslovima o otuđenju tuđe nekretnine (stvari) valjani oni koji imaju najširu primjenu.

Bitna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva povjerenjem u zemljišne knjige jest dobra vjera stjecatelja, njegovo povjerenje u zemljišnu knjigu prema kojoj je otuđivatelj vlasnik nekretnine na koju mu prenosi pravo vlasništva temeljem pravnog posla. Stjecatelj iz ugovora o otuđenju tuđe nekretnine, naprotiv, najčešće zna da otuđivatelj nije vlasnik, ali očekuje da će steći to pravo te da će mu ga nakon toga prenijeti na temelju sklopljenog pravnog posla.

2. Pravilo “prodaja tuđe stvari obvezuje”

Među pravnim poslovima o otuđenju tuđe stvari ističe se ugovor o prodaji tuđe stvari, neusporedivo najfrekventniji pravni posao o prijenosu prava vlasništva. ZOO propisuje: “Prodaja tuđe stvari obvezuje...” (čl. 460.).³⁴ U načelu se prodaja tuđe stvari ne tiče njenog vlasnika, jer ugovor o prodaji nema translativni učinak (prijenosa prava vlasništva) već samo stvara obvezu prodavatelja da prenese pravo vlasništva kupcu. Prema tome, ako ne postoje pretpostavke za stjecanje prava vlasništva “od nevlasnika”, odnosno s povjerenjem u zemljišne knjige, ugovor o prodaji tuđe stvari (nekretnine) nema nikakav pravni učinak prema vlasniku prodane stvari (nekretnine): ugovor je *res inter alios acta*, tiče se samo kontrahenata.³⁵ Ali, budući da i takav ugovor obvezuje ugovaratelja, njegovim sklapanjem prodavatelj preuzima obvezu, prešutno ili izričito, da će pribaviti pravo vlasništva prodane stvari (nekretnine) da bi prema kupcu ispunio svoju obvezu - prijenosa prava vlasništva.³⁶ Ovo pravilo proizlazi iz pravnih sustava koji razlikuju temelj i način stjecanja prava vlasništva na temelju pravnog posla, pa, dakle, i iz našeg prava (čl. 115., 116. i 119. st. 1. ZV). Sklapanjem ugovora o prodaji tuđe stvari prodavatelj se obvezuje, prešutno, da će priskrbiti pravo vlasništva kupcu.

Prodavatelj tuđe stvari, u načelu, nije ovlašten tražiti raskid ugovora, već to pravo pripada kupcu “koji nije znao ili nije morao znati da je stvar tuđa... ako se uslijed toga ne može ostvariti svrha ugovora...” (čl. 460. ZOO). Budući da bi kupac

³⁴ D. Mitrović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redakcija: S. Perović - A. Stojanović), izd. “Kulturni centar”, Donji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu, knj. druga, 1980.; str. 35-37.; V. Kapor, Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redakcija: B. T. Blagojević - V. Krulj), izd. “Savremena administracija”, Beograd, 1980., sv. I, str. 954.; I. Bukljaš-B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 3., Zagreb, 1979., str. 1541-1542.; V. Gorenc, Zakon o obveznim odnosima s komentarom, izd. RRiF-plus, Zagreb, 1998., str. 601-602.

³⁵ “Ugovor o otuđenju tuđe nekretnine ne obvezuje vlasnika, pa nije ovlašten da traži poništenje ugovora, a svoje pravo štiti vlasničkom tužbom” (VSBiH Rev 274/89 od 21. prosinca 1989., Bilten sudske prakse VSBiH, br. 1, 1990., sentenca br. 28). Tako i u presudi istog suda Rev 45/87 od 22. listopada 1987., Bilten br. 4., 1987., br. 16; tako i VSH, Rev 326/83 i Rev 391/83 te SVS, Gž 3/57 (Žuvela, 1987., str. 188.) i VSS, Gž 2368/67 (Žuvela, 1987., str. 645.)

³⁶ VSH, Rev 326/83 od 15. lipnja 1983., Žuvela, 1987. str. 682.

i po općim pravilima obveznog prava imao pravo tražiti raskid ugovora zbog neispunjenja (čl. 124.-131. ZOO) ili nemogućnosti ispunjenja (137. st. 2. ZOO), pravilo iz čl. 460. ima dopunski značaj.

3. Analogna primjena pravila "prodaja tuđe stvari obvezuje"

Smatramo da pravilo prema kome prodaja tuđe stvari obvezuje (čl. 460. ZOO), po analogiji vrijedi ne samo za ugovor o zamjeni (čl. 552. i 553. ZOO), nego i za javno obećanje nagrade kome je cilj prijenos prava vlasništva na određenoj stvari, odnosno nekretnini (čl. 229.-233. ZOO), pa i za ugovor o darovanju.³⁷ Prema dosadašnjoj sudskoj praksi, u primjeni pravnih pravila građanskog prava naime valjan je ugovor o darovanju tuđe stvari ako nema drugih nedostataka zbog kojih bi bio ništav. Takav ugovor obvezuje darodavca da priskrbi pravo vlasništva daroprimcu, ali sam ugovor ne utječe na pravo vlasništva vlasnika darovane stvari.³⁸

4. Pravni posao o otuđenju određene nekretnine iz suvlasničke zajednice

Suvlasnik raspolaže svojim suvlasničkim dijelom "po pravilima koja vrijede za vlasnikova raspolaganja ako time ne dira u tuđa prava"... "ostali suvlasnici nemaju pravo prvokupa, osim ako im to pravo pripada po posebnom pravnom temelju" (čl. 37. st. 5. ZV).

³⁷ Ugovor o darovanju uređen je pravnim pravilima iz §§ 938.-955. OGZ-a, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno. Ova pravila se primjenjuju na temelju čl. 1. i 2. Zakona o načinu primjene pravnih propisa donijetih do 6. travnja 1941. (NN, br. 73/91.). Paragraf 945. OGZ-a "Tko znajući dariva tuđu stvar i ovu okolnost zataji daroprimcu, odgovara za štetne posljedice" primjenjuje se u slučaju evikcije vlasnika darovane stvari. (A. Rušnov, Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Zagreb, 1891., knjiga II, str. 408-409.). Nasuprot tome, po Srpskom građanskom zakoniku ugovor o darovanju tuđe stvari bio je ništav ("Sa tuđom stvari, bilo pokretnom ili nepokretnom, na štetu trećega poklon se učiniti ne može. I ako se učini, pada i uništava se." § 565.). Po ovome Zakoniku ništav je svaki pravni posao o otuđenju tuđe nekretnine (§ 293.). Ništav je ugovor o darovanju tuđe stvari i po talijanskom pravu (arg. iz čl. 769. Codice civile), ali je valjan ugovor o darovanju ako darovatelj preuzme obvezu da će pribaviti pravo vlasništva od vlasnika stvari (L. Mengoni, op. cit. str. 27.; tako i prema prvom talijanskom Građanskom zakoniku iz 1865., Cariota-Ferrara, I negozi sul patrimonio altrui, Padova, 1936, str. 378.).

U onim pravnim sustavima u kojima ugovor o prijenosu prava vlasništva ima translativan pravni učinak (neposredni prijenos prava vlasništva bez drugih pretpostavki), ugovor o otuđenju tuđe stvari u načelu je ništav. Francuski Code civil npr. izričito propisuje da je ugovor o prodaji tuđe stvari ništav (čl. 1599.); ugovor je valjan samo ako je prijenos odgođen rokom ili uvjetom dok otudivatelj pribavi pravo vlasništva prodane stvari ili ako je predmet prodaje generična stvar. Nasuprot tome, talijanski Codice civile izričito propisuje da ugovor o prodaji tuđe stvari obvezuje prodavatelja da priskrbi kupcu stjecanje prava vlasništva te da kupac postaje vlasnik u trenutku u kome prodavatelj stječe pravo vlasništva od vlasnika prodane stvari (čl. 1478.); Messineo, op. cit., Vol. quarto, p. 58.

³⁸ "Darovanje kojim je darodavac nevlasnik otuđio u svoje ime nekretnine drugog suvlasnika ne znači za suvlasnika čije su nekretnine otuđene gubitak suvlasničkih prava" (VSRH, Rev 2551/90 od 10. travnja 1991. i Rev, 319/91. od 6. lipnja 1991., IO VS RH, 1993., br. 52.) VS RH je u tom slučaju preinačio nižestupanjske presude i odbio tužbeni zahtjev za utvrđenje ništavosti ugovora, jer darovanje tuđe stvari nije razlog ništavosti ugovora o darovanju.

Suvlasnik se također može valjano obvezati pravnim poslom pod odgovnim uvjetom (čl. 74. st. 2. ZOO) da će određenu nekretninu, ne samo svoj suvlasnički dio s kojim slobodno raspolaže (čl. 37. st. 5. ZV),³⁹ prenijeti u suvlasništvo trećoj osobi ako na tu nekretninu stekne pravo vlasništva razvrgnućem suvlasničke zajednice.⁴⁰ Nije, dakle, ništav ugovor o otuđenju određene stvari (nekretnine) na koju otuđivaatelj ima pravo suvlasništva, iako za ovo raspolaganje nije bio ovlašten od ostalih suvlasnika, ali otuđivaatelj ne može ispuniti svoju obvezu prijenosa prava vlasništva stjecatelju dok ne stekne pravo vlasništva na stvar (nekretninu) na koju se obvezao prenijeti to pravo u cjelini (1/1).⁴¹

5. Pravni posao o otuđenju nasljednog dijela ili određene nekretnine iz ostavine ili suvlasničke zajednice

Nasljednik može otuđiti svoj nasljedni dio samo sunasljedniku,⁴² ali ga obvezuje ugovor o ustupanju nasljednog dijela trećoj osobi, izvan sunasljedničke zajednice, "da po izvršenoj diobi preda svoj dio saugovorniku" (čl. 149. st. 3. ZN), pa, prema tome, i da prenese pravo vlasništva na određenu nekretninu koju se, prije diobe nasljedstva, obvezao otuđiti, iako je u trenutku zaključenja ugovora bila zajedničko vlasništvo ili suvlasništvo svih sunasljednika,⁴³ pod pretpostavkom da na nju stekne pravo vlasništva razvrgnućem suvlasničke zajednice.

Kao što se prodaja "može odnositi na buduću stvar" (čl. 458. st. 3. ZOO⁴⁴), moguća je i prodaja budućeg suvlasničkog dijela nasljednika koji je u trenutku otvaranja nasljedstva (čl. 128. i 129. ZN) stekao zajedničko vlasništvo na stvarima koje se nalaze u ostavini (čl. 2. i 135. ZN, te čl. 128. ZV). Nakon otvaranja

³⁹ Osim ako se obvezao da će stjecatelju prenijeti pravo vlasništva samo na pojedinim stvarima, "pod uvjetom da time ne otežava kasniju diobu" (VSBiH, Rev 410/86 od 13. kolovoza 1987., Bilten VS BiH br. 3., 1987., br. 17.) Obveza uklanjanja zgrade u suvlasništvu, uz otuđenje suvlasničkog dijela zemljišta nedopuštena je, jer se time vrijeđa pravo vlasništva ostalih suvlasnika, pa je takav ugovor o prodaji suvlasničkog dijela ništav (čl. 46. st. 2. i 47. ZOO). Vidi odluku VSBiH, Rev 237/86 od 28. studenog 1986. Bilten VS BiH br. 1, 1987., br. 12.

⁴⁰ VSBiH, Rev 314/89 od 25. siječnja 1990., "Informator", br. 3484 od 14. lipnja 1990.

⁴¹ VSBiH, Rev 1/87 od 28. kolovoza 1987. i Gvl 19/87. od 30. rujna 1987., Bilten VS BiH br. 1., 1988., br. 47. Inače, osoba kojoj je suvlasnik darovao realni dio nekretnine, bez suglasnosti ostalih suvlasnika (čl. 14. ZOVO-a), nema pravni temelj za stjecanje prava vlasništva uknjižbom u zemljišnu knjigu, ali može steći pravo vlasništva građenjem na tuđem zemljištu koje pokriva zgrada i koje služi redovnoj uporabi zgrade, pod određenim zakonskim pretpostavkama (čl. 24-26. ZOVO-a). Vidi VSBiH Rev 369/90 od 13. listopada 1991. Bilten br. 3., 1991., br. 2., u literaturi, P. Simonetti, Građenje na tuđem zemljištu, "Svjetlost", Sarajevo, 1982., str. 69-218., N. Gavella, Stjecanje prava vlasništva izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu, "Privreda i pravo", 1981., br. 2. Sada čl. 153. ZV. Vidi, J. Brežanski, Građenje na tuđem zemljištu, u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19., br. 2 (1998.).

⁴² Ne i zapisovniku koji nije nasljednik (Ok. sud Šibenik, Gž-192/73, od 28. 12. 1973., Crnić, 85.).

⁴³ Kreč - Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, "Narodne novine", Zagreb, 1964., str. 517-521.

⁴⁴ Mitrović, op. cit. str. 32.; Kapor: op. cit. str. 952-953.

nasljedstva, a prije pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju, odnosno valjanog sporazuma sunasljednika o diobi, nasljednik može svoj nasljedni dio ustupiti samo sunasljedniku (čl. 149. st. 2. ZN). Nema iznimke odredba prema kojoj nasljednik može "prije diobe prenijeti svoj nasljedni dio, potpuno ili djelomično, samo na sunasljednika" (čl. 149. st. 1.).

Termin dioba u čl. 149. st. 3. ZN ima značenje utvrđenja idealnih dijelova nasljednika u zajedničkoj imovini (sunasljedničkoj zajednici), odnosno suvlasničkih dijelova na stvarima koje oni nasljeđuju u trenutku otvaranja nasljedstva kao zajedničko vlasništvo. Idealni (suvlasnički) dijelovi nasljednika mogu se utvrditi njihovim sporazumom (čl. 225. st. 3. ZN); ako izostane taj sporazum nasljednika, ovi se dijelovi utvrđuju rješenjem o nasljeđivanju (čl. 225. st. 1. i 2. i 231. ZN).

Nasljednici mogu ishoditi uknjižbu prava suvlasništva na temelju sporazuma i na temelju pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju (čl. 225. ZN). Sud će narediti da se u zemljišnim knjigama upiše pravo suvlasništva (vlasništva) nasljednika ili drugih korisnika ostavine. Zato nema nikakve prepreke da nakon uknjižbe suvlasničkog dijela svaki nasljednik prenese svoj suvlasnički dio na treću osobu - nenasljednika - uknjižbom u zemljišnoj knjizi.

Međutim, ako je predmet ugovora kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva na određenu stvar iz ostavine, obveza nasljednika, koji se na tu stvar (nekretninu) obvezao prenijeti vlasništvo, nastaje kada na temelju pravomoćne odluke suda o razvrgnuću suvlasničke zajednice (čl. 47., 48. st. 1. i 3. i 49.-52. ZV), odnosno valjanog sporazuma o fizičkoj ili civilnoj diobi (čl. 49. ZV), stekne pravo vlasništva upravo na onu stvar na koju se obvezao prenijeti pravo vlasništva.⁴⁵

6. Obveza otuđivatelja tuđe stvari

Općenito bi se moglo formulirati pravilo: Pravni posao o otuđenju tuđe stvari obvezuje otuđivatelja, prešutno ili izričito, da priskrbi stjecatelju pravo vlasništva te stvari, ili bar pravni temelj za stjecanje prava vlasništva, da bi time ispunio svoju obvezu prijenosa prava vlasništva stjecatelju, odnosno pravnog temelja za prijenos prava vlasništva.

7. Ništavi pravni poslovi o otuđenju tuđe stvari (iznimke od pravila)

Međutim, od pravila: pravni posao o otuđenju tuđe stvari obvezuje otuđivatelja da priskrbi stjecatelju pravo vlasništva, postoje iznimke kada zakon propisuje sankciju ništavosti pravnog posla, prvenstveno iz etičkih razloga. Tako je npr. ništav ugovor o otuđenju nasljedstva ili zapisa (legata) kome se otuđivatelj nada (čl. 109. st. 1. i 2. ZN), računajući sa smrću ostavitelja, što je nemoralno.⁴⁶ Takav ugovor se ne osnažuje time što otuđivatelj kasnije naslijedi ostavinu, njen idealni dio ili stvar

⁴⁵ N. Gavella, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1986., str. 380.

⁴⁶ Gavella, *Nasljedno pravo*, str. 379.

koju je "otuđio" za života ostavitelja.⁴⁷ Zatim, sporazumom o ustupanju i raspodjeli imovine (čl. 111. ZN) "može se obuhvatiti samo sadašnja imovina ustupiočeva" (čl. 113. st. 1. ZN). "Ništava je odredba kojom bi bilo predviđeno kako će se raspodijeliti dobra koja se budu zatekla u ostavini ustupiočevoj" (čl. 113. st. 2. ZN).⁴⁸ Predmet ugovora o doživotnom uzdržavanju također mogu biti samo nepokretne i pokretne stvari koje pripadaju primatelju uzdržavanja "u vrijeme zaključenja ugovora" (čl. 122. st. 1., 2. i 3. ZN), a ne i one koje "primatelj" naknadno stekne.

8. Učinci pravnog posla o otuđenju tuđeg prava građenja

Budući da pravo građenja nije samo ograničeno stvarno pravo na nečijoj nekretnini (čl. 280. st. 1. ZV), nego je istovremeno "u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom" (čl. 280. st. 2. ZV), a zgrada na koju ima pravo vlasništva njegov nositelj je pripadnost toga prava "kao da je ono zemljište" (čl. 280. st. 3 ZV). Sve što je u ovom radu rečeno o učincima pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine vrijedi i za pravni posao o otuđenju tuđeg prava građenja.

Od osnutka prava građenja do njegova prestanka postoje paralelno dvije nekretnine: prirodno zemljište koje je opterećeno pravom građenja i pravo građenja kao druga nekretnina u pravnom smislu. Moguće je uspostaviti i treću nekretninu - osnivanjem prava građenja ispod površine zemljišta (čl 280. st. 1. ZV). Sve su te nekretnine samostalne u pravnom prometu kao i glede uspostavljanja stvarno-pravnih odnosa njihovim opterećenjem.

Osoba koja nema pravo građenja (nekretninu u pravnom smislu), ali se nada da će ga steći na temelju pravnog posla među živima ili na temelju sudske odluke u ostavinskom postupku (ukoliko je već otvoreno nasljedstvo - čl. 128., 129. i 135. ZN) ili u postupku diobe,⁴⁹ može se valjano obvezati pravnim poslom da će to pravo, pošto ga stekne, prenijeti trećemu.⁵⁰

9. Učinci pravnog posla o osnivanju stvarnog prava na tuđoj nekretnini

Stvarna prava, uža od prava vlasništva, izvode se iz prava vlasništva na nečijoj nekretnini koju opterećuju. Ovo vrijedi za sva stvarna prava na nečijoj nekretnini: za pravo služnosti, stvarne i osobne (čl. 174. st. 1., 186. st. 1., 199. st. 1., 220. i dr. ZV); za stvarne terete, u korist svakodobnog vlasnika povlasne nekretnine ili u korist određene osobe (246., 256., 259. i dr. ZV); za pravo građenja (čl. 280. st. 1. i dr. ZV) i za založno pravo na nekretnini (čl. 306. st. 1. i dr. ZV). To znači da

⁴⁷ N. Gavella, *Nasljedno pravo*, str. 379-380., Kreč-Pavić, op. cit., str. 326-330., B.T. Blagojević i O. B. Antić, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, "Savremena administracija", Beograd, 1986., str. 322-328. i S. Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1981., str. 353-354. i 357.

⁴⁸ N. Gavella, str. 359-366., Kreč-Pavić, str. 332-339. i S. Marković, str. 357.

⁴⁹ P. Simonetti, *Osnivanje prava građenja*, u *Zborniku Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 2 (1999.), str. 369-374.

⁵⁰ Ovo je ugovor o otuđenju budućeg prava građenja pod odgovornim uvjetom, čl. 74. st. 2 ZOO.

stvarno pravo, u načelu, može osnovati samo vlasnik nekretnine koja se njime opterećuje. Iznimka je stjecanje stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige.

Pravilo prema kome prodaja tuđe stvari obvezuje ugovorne stranke, koje se po analogiji primjenjuje i na druge pravne poslove među živima, kojima je cilj stjecanje prava vlasništva, odgovarajuće vrijedi i za pravni posao o osnivanju određenog stvarnog prava na tuđoj nekretnini. Budući da nitko ne može prenijeti drugome više prava nego što ga sam ima, otuđivatelj prava vlasništva na tuđoj nekretnini i otuđivatelj prava građenja (druga nekretnina) kome se nada te osnivač određenog stvarnog prava na tuđoj nekretnini, prešutno ili izričito, obvezuje se da će pribaviti pravo vlasništva, odnosno pravo građenja (druga nekretnina) ili bar pravni temelj za stjecanje tih prava (*iustus titulus*), da bi ispunio svoju obvezu prijenosa prava vlasništva, odnosno prava građenja ili pravnog temelja za stjecanje tih prava uknjižbom u zemljišnu knjigu, odnosno osnivanja stvarnoga prava na pribavljenoj nekretnini ili na pravu građenja.

Prema tome, što je rečeno za pravne učinke, za valjanost i ništavost pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine odnosno tuđeg prava građenja, odgovarajuće vrijedi i za pravne poslove o osnivanju stvarnih prava na tuđoj nekretnini (i za pravo građenja).

Zaključak

Pravo vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige stječe onaj tko u trenutku sklapanja pravnog posla i u trenutku kad je zahtijevao upis (podnošenjem prijedloga sudu), "nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju" (čl. 122. st. 2. ZV).

Tako stečeno pravo vlasništva ograničeno je raskidnim uvjetom, jer onaj koji je povrijeđen u svome knjižnom pravu vlasništva neistinitim upisom prava vlasništva otuđivatelja može podnijeti tužbu za brisanje tog upisa u roku od tri godine od kad je upis bio zatražen, odnosno u roku od šezdeset dana od protoka roka za žalbu protiv rješenja kojim je sud dozvolio neistinit upis.

S povjerenjem u zemljišne knjige, u dobroj vjeri, stječe se vlasništvo nekretnine bez tuđih prava, tereta i ograničenja, koja nisu bila upisana u zemljišnu knjigu, osim onih prava, tereta i ograničenja koja postoje na temelju samoga zakona, a ne upisuju se u zemljišnu knjigu. Pod istim pretpostavkama kao i pravo vlasništva stječu se i druga stvarna prava koja je osnovao vlasnik nekretnine ili otuđio nositelj tih prava.

Pravni posao o otuđenju tuđe stvari, tuđeg ili budućeg prava građenja obvezuje, ako zakonom nije drukčije određeno; isto tako obvezuje i pravni posao o osnivanju stvarnog prava na tuđoj nekretnini. Takav pravni posao prešutno ili izričito obvezuje otuđivatelja da pribavi pravo vlasništva ili pravo građenja, ili bar valjan pravni temelj za stjecanje ovih prava, da bi ga prenio stjecatelju, odnosno da bi osnovao stvarno pravo u korist stjecatelja na pribavljenoj nekretnini.

Summary

ACQUIRING OF THE OWNERSHIP AND OTHER REAL ESTATE RIGHTS WITH TRUST IN THE REAL ESTATE REGISTRY AND EFFECTS OF ALIENATION OF REAL ESTATE BELONGING TO OTHERS

The right of ownership on the basis of trust in the real estate registry is acquired by the person that, at the time of legal transaction as well as in the moment of submitting the request for registry to the competent court, did not have any reason to suspect the validity of vendor's ownership registered with the court, and only if the purchaser registry is not erased due to the invalidity of registry of vendor's ownership. The request for erasing may be submitted only by the person whose registered ownership has been violated by the vendor's registry, within 3 years from the vendor's request for entry into registry, or within 60 days from the expiration of 15 days period open for complaints after the invalid vendor's registry. The ownership of real estate is acquired on the basis of trust in the real estate registry, in *bona fidae*, without other person's rights, burdens or limitations if they were not shown in the registry, except for those rights, burdens and limitations that are constituted by the law, and are not entered in the registry. Other real estate rights that are constituted by the owner or alienated by their possessor are acquired under the same conditions.

Since the ownership is not acquired on the sole basis of legal transaction (such as purchase, exchange, gift, legacy, etc.) which only creates the right and duty to transfer ownership, the legal transaction has no influence on the real owner, it only binds the vendor to provide the purchaser with the ownership. The purchase of a real estate with joint ownership or a part of a legacy, and even the purchase of inheritance is valid under the postponing condition. On the other hand, the purchase of hoped inheritance or legacy is void. Also, the clauses on transfer and division of goods that will be part of the transferor's inheritance, as well as the similar clauses of lifelong maintaining contract in regard to property not belonging to the maintainee at the time of contracting, are void.

Key words: *ownership, acquiring, bona fidae, trust in the real estate registry, legal transaction on alienation of real estate belonging to the other.*

Zusammenfassung

**ERWERB DES EIGENTUMRECHTS UND ANDERER
SACHENRECHTE MIT VERTRAUEN IN GRUNDBÜCHER UND
WIRKUNGEN DES RECHTSGESCHÄFTS ÜBER VERÄUSSERTE
ENTEIGNETE FREMDEN IMMOBILIEN**

Das Eigentumrecht mit Vertrauen in Grundbücher erwirbt die Person, die im Augenblick der Schließung eines Rechtsgeschäfts aber auch im Augenblick der Stellung eines Antrags zur Grundbucheintragung an das Gericht keinen Grund hatte anzuzweifeln, dass die Eintragung des Eigentumrechts des Veräußerers unwahr ist, aber nur unter der Voraussetzung dass die Eintragung nicht wegen Ungültigkeit des Eigentumrechts des Veräußerers gelöscht wird. Einen Antrag auf Löschung kann nur die Person stellen, die durch die Eintragung des Eigentumrechts des Veräußerers in ihrem gebuchten Eigentumrecht verletzt ist und dies in der Frist bis zu drei Jahren seit der beantragten Eintragung des Eigentumrechts des Veräußerers bzw. innerhalb von sechzig Tagen nach Ablauf der fünfzehntägigen Frist zum Einspruch gegen die Entscheidung durch die das Gericht die unwahre Eintragung erlaubt hat. Auf Grund des Vertrauens in Grundbücher, in gutem Glauben, wird das Eigentumrecht auf unbewegliche Sachen ohne fremde Rechte, Belastungen und Einschränkungen erlangt, die nicht im Grundbuch eingetragen waren, außer der Rechte, Belastungen und Einschränkungen, die auf Grund des Gesetzes selbst bestehen und nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Unter den gleichen Voraussetzungen wie das Recht auf Eigentum werden auch andere Sachenrechte erworben, die der Eigentümer der beweglichen Sache begründet oder der Inhaber dieser Rechte veräußert hat.

Da sich das Rechtsgeschäft selbst, dessen Ziel der Erwerb des Eigentumsrechts ist (Verkauf, Tausch, Schenkung, Legat usw.) nicht das Recht auf Eigentum erlangt wird sondern aufgrund dessen nur Recht und Pflicht der Übertragung des Eigentums entsteht, hat das Rechtsgeschäft über die Veräußerung fremder beweglicher Sachen keine Wirkung gegenüber seinem Eigentümer, sondern verpflichtet den Veräußerer dem Erwerber das Eigentumrecht zu verschaffen. Unter vertragter Bedingung gilt das Rechtsgeschäft über die Veräußerung einer bestimmten beweglichen Sache aus der Gemeinschaft der Miteigentümer oder aus der Hinterlassenschaft, so auch das Rechtsgeschäft über die Veräußerung eines Erbteils. Doch das Rechtsgeschäft über die Veräußerung einer Erbschaft oder eines Legats, auf das der Veräußerer hofft, ist nichtig. Nichtig ist auch die Bestimmung einer Übereinkunft über die Zession oder Verteilung von Gütern, die in der Hinterlassenschaft des Zessionars anzutreffen sind, sowie auch die Bestimmung eines Vertrags zur lebenslängliche Unterstützung hinsichtlich Dingen, die dem Empfänger der Unterstützung im Augenblick der Vertragsschließung nicht gehören.

Schlüsselwörter: *Eigentum, guter Glauben, Vertrauen in Grundbücher, Rechtsgeschäft über die Veräußerung fremder beweglicher Sachen.*

Sommario

ACQUISIZIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ E DEGLI ALTRI DIRITTI REALI CON FIDUCIA NEL REGISTRO IMMOBILIARE ED EFFETTI DELL'ACCORDO LEGALE SULL'ALIENAZIONE DEL BENE IMMOBILE ALTRUI

Il diritto di proprietà con fiducia nel registro immobiliare è acquisito dalla persona che al tempo dell'accordo legale, così come nel momento della presentazione della domanda di registrazione all'autorità competente, non aveva alcuna ragione di sospettare della validità del diritto di proprietà dell'alienante registrato davanti all'autorità, e solo se la registrazione dell'acquirente non è stata cancellata a causa dell'invalidità dell'iscrizione del diritto di proprietà dell'alienante. La domanda di cancellazione può essere presentata solo dalla persona la cui registrazione del diritto di proprietà è stata violata dall'iscrizione dell'alienante, nei tre anni dalla richiesta dell'alienante d'iscrizione nel registro o entro sessanta giorni dalla scadenza del periodo di quindici giorni aperto ai reclami dopo l'invalida registrazione dell'alienante. Il diritto di proprietà del bene immobile è acquisito con fiducia nel registro immobiliare, in buona fede, senza diritti altrui, oneri o limiti se essi non sono stati annotati nel registro immobiliare, ad eccezione di quei diritti, oneri e limiti che sono previsti dalla legge, e che non sono entrati nel registro immobiliare. Gli altri diritti reali che sono costituiti dal proprietario o alienati dal loro possessore sono acquisiti alle medesime condizioni.

Siccome il diritto di proprietà non è acquisito sul solo fondamento dell'accordo legale (così come la compravendita, la permuta, la donazione, il legato, etc.) che crea soltanto il diritto e il dovere di trasferire il diritto di proprietà, l'accordo legale non ha influenza sul reale proprietario, in quanto esso vincola solamente l'alienante a procurare all'acquirente il diritto di proprietà. L'acquisto di un bene immobile in comproprietà o una parte di un legato, e anche l'acquisto di un'eredità è valido sotto la condizione posticipata. D'altra parte l'acquisto di un'eredità sperata o di un legato è nulla. Inoltre sono vietate le clausole sulla cessione e la divisione dei beni che saranno parte dell'eredità del cedente, così come le clausole similari di un contratto di mantenimento a vita in relazione alla proprietà non appartenente al destinatario del sostentamento al tempo della contrattazione.

Parole chiave: *proprietà, acquisto, buona fede, affidamento nel registro immobiliare, accordo legale, alienazione di bene immobile altrui.*

OGRANIČENJA PRAVA VLASNIŠTVA NA TEMELJU PRAVNOGA POSLA

Dr. sc. Vlado Belaj, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta
J. J. Strossmayera u Osijeku

UDK: 347.23
Ur.: 28. prosinca 2000.
Pr.: 12. siječnja 2001.
Pregledni članak

Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla treba razlikovati od ograničenja na temelju zakona i ograničenja na temelju odluke tijela vlasti. Ograničenja prava vlasništva čiji je izvor pravni posao razlikuju se od ostalih ograničenja po dobrovoljnosti nastanka tih ograničenja jer na njih pristaju subjekti.

S teorijskoga gledišta moguće je razlikovati opća i posebna ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla. U opća se ograničenja može ubrojiti: 1. zabranu otuđenja ili opterećenja, 2. uvjetovanje i oročenje prava vlasništva i 3. ograničenje radi osiguranja tražbine. Posebna ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla, a tako ih valja nazivati jer se ne odnose na opći oblik vlasništva ili se na drugi način razlikuju od općih ograničenja, mogu se ticati suvlasništva, zajedničkoga vlasništva, etažnoga vlasništva, posebnoga oblika ugovora o kupoprodaji u kojem postoji pridržaj prava vlasništva, pravnih poslova za slučaj smrti i slično.

U suvlasništvu se ograničenja uspostavljena pravnim poslom mogu odnositi na postavljanje roka ili uvjeta, o čemu ovisi pravo na razvrgnuće, a ograničenje može postojati i glede načina diobe. Kod zajedničkoga vlasništva ograničenja na temelju pravnoga posla mogu sadržavati oporuka, ugovor o ortakluku i međuvlasnički ugovor, jer ona se mogu ticati zajedničkoga vlasništva u nasljedničkoj zajednici, zajedničke imovine ortaka i zajedničke pričuve etažnih vlasnika. U etažnom vlasništvu ograničenja na temelju pravnoga posla mogu postojati glede zajedničkih dijelova nekretnine, upravljanja i troškova nekretnine.

Kupoprodaja s pridržajem prava vlasništva ograničava pravo vlasništva na način da se prodavatelj javlja kao prethodni, a kupac kao potonji vlasnik stvari. Pravni poslovi za slučaj smrti, a to su prije svih oporuka i darovni ugovor, ograničavaju pravo vlasništva ako su u njima sadržani uvjeti, rokovi i nalozi, pri čemu može nastati prethodno i potonje vlasništvo.

Ključne riječi: pravo vlasništva, pravni posao, ograničenje, etažno vlasništvo, suvlasništvo, zajedničko vlasništvo.

I. Uvod

Pravo vlasništva, premda pojmovno predstavlja najširu pravnu vlast na stvari i stoga obuhvaća i najšire ovlasti kojima se vlasnik može koristiti, ipak je podložno brojnim ograničenjima. Može se kazati da čak postoji izvjesna analogija ograničenja s ovlastima prava vlasništva. Naime, kao što je praktički nemoguće nabrojiti sve moguće ovlasti prava vlasništva, ili točnije sve moguće oblike i podoblike pojedinih ovlasti, tako je gotovo nemoguće nabrojiti i sva moguća ograničenja prava vlasništva, jer i ona su s teorijskoga stajališta skoro bezgranična. Upravo ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla doprinose značajnom umnažanju različitih ograničenja, jer načelo slobode uređivanja obveznih odnosa i načelo dispozitivnosti zahtijevaju samo sukladnost Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva. Drugim riječima sva ograničenja koja nisu zabranjena mogu biti uspostavljena pravnim poslom.

Cilj ovoga rada nije prikazati sva ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla, jer to i nije moguće, nego ona najznačajnija i najuočljivija, te pri tome odgovoriti na pravne dvojbe koje ta ograničenja izazivaju. Postoje različita shvaćanja o tipologiji ograničenja prava vlasništva. Po jednom shvaćanju ograničenja prava vlasništva mogu biti zakonska i ograničenja na temelju pravnoga posla.¹

Međutim, postoji i drukčije shvaćanje prema kojem "zakonska ograničenja vlasništva su sva ona koja su neposredno ili posredno utemeljena na zakonu".² Prema ovom shvaćanju zakonska su ograničenja ona koja su neposredno utemeljena na zakonskoj normi, zatim ona koja su utemeljena na odluci sudske ili upravne vlasti, ali i ona koja je uspostavio sam vlasnik svojim raspolaganjima, ako je ograničavajuće djelovanje prema svakome utemeljeno na zakonu. Međutim, autor i sam kasnije navodi da se radi jednostavnijega izražavanja razlikuje ograničenja na temelju zakona, ograničenja na temelju odluke i ograničenja na temelju pravnoga posla.

Neovisno o tome da li ograničenja na temelju pravnoga posla smatrali oblikom zakonskih ograničenja, jer ne može se zanijekati da posredno proistječu iz zakona, ili ih pak smatrali posebnom vrstom ograničenja prava vlasništva, jasno je da ih treba posebno proučavati s obzirom na niz posebnosti koje razlikuju ova od ostalih ograničenja. Temeljno je obilježje ograničenja prava vlasništva čiji je izvor pravni

¹ Tako se u knjizi Vedriš, M. Đ Klarić, P.: "Građansko pravo", Zagreb 2000., str. 226.-238., razlikuju ograničenja na temelju zakona i ograničenja na temelju pravnoga posla. U opća zakonska ograničenja ubrajaju se zabrana zlouporabe prava vlasništva, trpljenje zahvata radi otklanjanja neposredno prijeteeće štete i trpljenje zahvata koji ne ugrožavaju interes vlasnika. U posebna zakonska ograničenja ubrajaju se ograničenja radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskoga okoliša i zdravlja ljudi, ograničenja glede stvari od interesa za Republiku, susjedska prava i imisije. U ograničenja na temelju pravnoga posla ubrajaju se ograničenje zabranom otuđenja ili opterećenja, ograničenje uvjetom ili rokom i ograničenje radi osiguranja tražbine.

² Ovo shvaćanje zastupa prof. dr. sc. N. Gavella, a izraženo je u knjizi Gavella, N. - Josipović, T. - Gliha, I. - Belaj, V. - Stipković, Z.: "Stvarno pravo", Zagreb, 1998., str. 301.

posao u dobrovoljnosti nastanka tih ograničenja jer na njih pristaju subjekti (kod dvostranih pravnih poslova) ili subjekt (kod jednostranih pravnih poslova).

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima³ (u nastavku ZV) uređuje ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla u članku 34. Može se kazati da je to opća odredba ZV-a o ograničenjima prava vlasništva na temelju pravnoga posla, koja su neposredno ili posredno povezana s ostalim dijelovima ovoga zakona u kojima se spominju određena ograničenja prava vlasništva temeljem pravnoga posla. Tako se može govoriti o ograničenjima prava vlasništva na temelju pravnoga posla i kod suvlasništva, zajedničkoga vlasništva, a pogotovo kod etažnoga vlasništva ili vlasništva posebnoga dijela nekretnine, kako se još naziva.

Osim toga pravo se vlasništva ograničava na temelju pravnoga posla i u svim slučajevima uspostave stvarnoga prava na tuđoj stvari. To se odnosi na uspostavu prava služnosti, prava građenja, založnoga prava i prava stvarnoga tereta.

Nije samo ZV jedini formalni izvor prava za ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla. Određena ograničenja prava vlasništva moguće je uspostaviti i sklapanjem posebnih oblika ugovora o kupoprodaji koje uređuje Zakon o obveznim odnosima (u nastavku ZOO).⁴

Ograničenja prava vlasništva moguća su i pravnim poslovima za slučaj smrti (*mortis causa*), a njih uređuje Zakon o nasljeđivanju⁵ (u nastavku ZON).

S obzirom na slobodu ugovaranja, koja otvara vrlo velike mogućnosti da subjekti koji sklapaju pravni posao njime ograniče pravo vlasništva, unaprijed nije moguće pobrojiti sve potencijalne pravne poslove čijim bi sklapanjem moglo biti ograničeno pravo vlasništva. Međutim, ipak je moguće odrediti se prema onim ograničenjima prava vlasništva na temelju pravnoga posla koja su češća, značajnija i pravno složenija. Takvim se ograničenjima mogu smatrati pogotovo ona koja su nastala kod oblika vlasništva u kojima sudjeluje više vlasnika iste stvari. Dakle, riječ je o suvlasništvu, zajedničkom vlasništvu, a naročito o etažnom vlasništvu. U ovim je vlasničkim oblicima vlasništvo ograničeno već činjenicom da postoji više vlasnika iste stvari, a ograničenja na temelju pravnoga posla, osim što podrazumijevaju suglasnost više vlasnika, a ponekad i svih vlasnika, s pravnoga stajališta još povećavaju složenost ovih vlasničkih zajednica. Najsloženija od svih vlasničkih zajednica jest ona koja nastaje uspostavom etažnoga vlasništva.

II. Opća ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla

1. Uvod

Da bi se pravo vlasništva, ali i bilo koje drugo stvarno pravo, moglo oduzeti ili ograničiti zakonom, moraju biti određene pretpostavke i način glede takvih

³ Narodne novine, br. 91/96. i 73/00.

⁴ Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99.

⁵ Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 52/71., 52/73., 47/78.

postupaka.⁶

ZV u članku 34. postavlja opća pravila o ograničenjima prava vlasništva na temelju pravnoga posla. Ne samo da i sam ZV u mnogim pitanjima koja kasnije uređuje svojim pravilima sadrži i brojna dodatna pravna pravila o različitim ograničenjima prava vlasništva, nego takva pravila sadrže i neki drugi zakoni. O tim dodatnim ograničenjima, a možda ih je moguće nazvati i posebnim ograničenjima prava vlasništva na temelju pravnoga posla, bit će riječi u drugim poglavljima ovoga rada. Na ovom bi mjestu, međutim, trebalo spomenuti, uvjetno rečeno, opća ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla.

Tako u članku 34. stavku 1. ZV-a stoji: "Ako nije što drugo određeno, vlasnik može u svaku svrhu koja nije zabranjena svoje pravo ograničiti, uvjetovati ili oročiti, a može ga i opteretiti". O vlasnikovoj volji ovisi da li će ograničiti svoje pravo vlasništva, a spomenuta odredba ZV-a samo pravno uobličava tu mogućnost.

Iako u naslovu članka 34. ZV stoji "Ograničenja na temelju pravnoga posla", izgleda da se u užem smislu pod ograničenjem smatra samo zabrana otuđenja ili opterećenja jer se odvojeno od ograničenja spominje uvjetovanje, oročenje i opterećenje. Uvjetovanja, oročenja i opterećenja ipak su u širem smislu također ograničenja, pa ih takvima treba i shvatiti.

Ograničenje prava vlasništva na temelju pravnoga posla može djelovati u odnosu na suugovaratelja ili, ako se radi o jednostranom pravnom poslu, u odnosu na osobu koja tim poslom stječe pravo vlasništva. Međutim, pravo vlasništva može biti ograničeno pravnom poslom i na način da to ograničenje djeluje ne samo prema suugovaratelju nego i prema svim trećim osobama. Da bi pravo vlasništva djelovalo i prema trećim osobama, ono treba biti upisano u zemljišnu knjigu ako se radi o nekretnini, ili u drugi javni upisnik ako se radi o pokretnini. Međutim, "i kad djeluju i prema trećima, vlasnikova ograničenja, uvjetovanja, oročenja i opterećenja stvari ne utječu na tuđa prava koja već postoje na stvari, osim ako njihovi nositelji na to u pisanom obliku izričito pristanu, a ne utječu ni na prava koja bi u pravnom prometu stekli treći koji nisu znali niti su mogli znati za tu ograničenost, uvjetovanost, oročenost ili opterećenost".⁷

ZV uređuje nekoliko općih ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla, a to su: 1. zabrana otuđenja ili opterećenja, 2. uvjetovanje i oročenje prava vlasništva i 3. ograničenje radi osiguranja tražbine.

2. Zabrana otuđenja ili opterećenja

Stavak 2. članka 34. ZV-a uređuje zabranu otuđenja ili opterećenja prava vlasništva, a u njemu stoji: "Odredi li vlasnik pravnom poslom zabranu otuđenja ili opterećenja svoje stvari, to ga obvezuje. Ta će zabrana djelovati i prema trećima, ako je osnovana u korist bračnoga druga, djeteta, roditelja, posvojenika ili posvojitelja, a i upisana je u zemljišnu knjigu, odnosno u javni upisnik bez čega se

⁶ Proizlazi iz čl. 1. st. 3. ZV.

⁷ Čl. 34. st. 6. ZV.

ne može steći stvar za koju je zabrana određena.”

Pravni posao koji sadrži zabranu otuđenja ili opterećenja najčešće je dvostrani pravni posao, odnosno ugovor. To su u pravilu ugovori kojima se otuđuje pravo vlasništva, poglavito kupoprodaja⁸, zamjena, a možda najčešće darovni ugovor koji zbog besplatnosti ostavlja najviše prostora za ograničavanje prava vlasništva od strane darovatelja. Kada je riječ o jednostranim pravnim poslovima, onda zabranu otuđenja ili opterećenja može sadržavati oporuka.

Različiti su modaliteti zabrane otuđenja ili opterećenja. Naime, vlasnik se može odlučiti samo za zabranu otuđenja ili samo za zabranu opterećenja. Može ih i kumulirati tako da zabrani i otuđenje i opterećenje. Nadalje, zabrana otuđenja može se odnositi samo na neke oblike otuđenja (npr. darovanje), a zabrana opterećenja samo na neke vrste opterećenja (npr. založno pravo). Osim toga, zabrana otuđenja, a jednako tako i opterećenja, može biti ograničena rokom ili uvjetovana ispunjenjem ili neispunjenjem određenih okolnosti.

U slučaju zabrane otuđenja ili opterećenja, koja predstavlja ograničenje prava vlasništva na temelju pravnoga posla, zabrana može djelovati samo u odnosu na suugovaratelja ili ako se radi o jednostranom pravnom poslu, u odnosu na osobu koja stječe pravo vlasništva, ali zabrana može djelovati i u odnosu na treće osobe. Da bi zabrana djelovala i prema trećim osobama, kumulativno se moraju ispuniti dvije pretpostavke: 1. da je osnovana u korist djeteta, roditelja, posvojenika ili posvojitelja i 2. da je upisana u zemljišnu knjigu ili javni upisnik. Dakle, zabrana otuđenja ili opterećenja koja djeluje prema trećima može se odnositi ne samo na nekretnine nego i na one pokretne stvari koje se upisuju u javne upisnike (brodovi, zrakoplovi, motorna vozila).

Ako zabrana otuđenja ili opterećenja djeluje samo u odnosu na suugovaratelja, tada u slučaju njezine povrede može doći samo do obveznopravne odgovornosti, odnosno do odgovornosti za štetu koju suugovaratelj može potraživati od vlasnika. Međutim, ako zabrana otuđenja ili opterećenja djeluje prema trećima, tada će biti nevaljan pravni posao kojim je ta zabrana prekršena.

3. Uvjetovanje i oročenje prava vlasništva

Pravo vlasništva može biti ograničeno uvjetom ili rokom koji se kao akcidentalni sastojci mogu dodati pravnom poslu. Tako u članku 34. stavku 3. ZV stoji: “Oredi li vlasnik pravnim poslom uvjet ili rok pravu vlasništva, to ga obvezuje. Ograničenje uvjetom ili rokom djelovat će i prema trećima, ako je upisano u zemljišnu knjigu, odnosno javni upisnik bez čega se ne može steći stvar za koju je ograničenje određeno”. Ako ograničenje uvjetom ili rokom nije upisano u zemljišnu knjigu ili drugi javni upisnik, tada djeluje samo u odnosu na suugovaratelja,

⁸ “Kupac nekretnine može svoje pravo vlasništva na nekretnini ugovorom ograničiti tako, da mu se zabranjuje prodaja te nekretnine do njegove smrti i to ograničenje se može zabilježiti u zemljišnoj knjizi”. Županijski sud u Bjelovaru, Gž-32/99-2, od 21. siječnja 1999., ING pregled sudske prakse 99., br. 3., 1. IV.-30.VI., str. 13.

što znači da ima samo obveznopravne učinke, djeluje *inter partes*. Međutim, ako se ovo ograničenje upiše u zemljišnu knjigu ili drugi javni upisnik, tada djeluje prema svim trećim osobama (*erga omnes*), što znači da ima stvarnopravni učinak.

Pri uvjetovanju i oročenju prava vlasništva pravnim poslom nastaje prethodno i potonje vlasništvo.⁹ To pitanje uređuje članak 34. stavak 4. ZV u kojem stoji: "Vlasnik čije će pravo vlasništva prestati ispunjenjem uvjeta ili istekom roka (prethodni vlasnik) dužan je postupati obzirno prema onome tko čeka da time postane vlasnikom (potonji vlasnik) te mu prenijeti vlasništvo pošto istekne rok ili se ispuni uvjet, pri čemu će se njihov međusobni odnos prosuđivati kao da je prethodni vlasnik bio plodouživatelj. Kad je vlasništvo uvjetovano ili oročeno djelovanjem prema trećima, tada samim ispunjenjem uvjeta, odnosno istekom roka ono pripada potonjem vlasniku, ako zakonom nije drukčije određeno, a pravna raspolaganja stvarju koja je bio poduzeo prethodni vlasnik gube učinak".

Razlog uspostave prethodnoga i potonjega vlasništva najčešće je u osiguranju tražbine, primjerice prodavatelj zadržava pravo vlasništva dok mu kupac ne isplati cijenu. Ako je ograničenje prava vlasništva uvjetovano ili oročeno pravnim poslom te upisano u zemljišnu knjigu ili drugi javni upisnik, tada djeluje apsolutno i istekom roka ili ostvarivanjem uvjeta automatski se stječe stvarno pravo. To znači da u tome trenutku prethodni vlasnik gubi vlasništvo, a potonji vlasnik ga stječe. U tome trenutku gube pravni učinak i pravna raspolaganja koja je poduzeo prethodni vlasnik. Treće osobe koje su tim pravnim raspolaganjima prethodnoga vlasnika eventualno stekle određena prava gube ih. Ne mogu se opravdavati da nisu znali niti mogli znati za pravo potonjega vlasnika, bar kada je riječ o slučaju upisa u zemljišnu knjigu, jer zbog djelovanja načela javnosti postoji neoboriva predmnjeva o poznavanju stanja u zemljišnim knjigama.

Drukčije je, međutim, ako je prethodno i potonje vlasništvo određeno samo pravnim poslom bez odgovarajućega upisa u javnu knjigu. Tada postoji samo obveznopravni odnos između suogovaratelja koji je relativnoga karaktera. Istek roka, odnosno ispunjenje uvjeta u tom slučaju ne dovodi automatski do stjecanja vlasništva od strane potonjega vlasnika nego on ima samo mogućnost potraživanja ovoga prava od prethodnoga vlasnika.

4. Ograničenje radi osiguranja tražbine

Pravo vlasništva može biti ograničeno i pravnim poslom kojim je vlasnik dobio ili pridržao pravo vlasništva. "Vlasnik koji je dobio ili je pridržao pravo vlasništva određene stvari radi osiguranja ispunjenja neke tražbine, obvezan je propustiti služiti se i raspolagati tom stvari osim za namirenje te tražbine, a ovlašten je, ne bude li mu tražbina o dospijeću ispunjena, namiriti se iz stvari u skladu s pravilima o namirivanju zalogom osiguranih tražbina izvansudskim putem".¹⁰

⁹ Više o prethodnom i potonjem vlasništvu u knjizi Gavella i dr., "Stvarno pravo", Zagreb, 1998., str. 592.-616.

¹⁰ Čl. 34. st. 5. ZV.

Ograničenja prava vlasništva u ovom se slučaju tiču korištenja i raspolaganja stvarju koja služi osiguranju tražbine. Pravno se tom stvarju ipak može raspolagati, ali samo u svrhu namirenja.

Ograničenje vlasništva radi osiguranja tražbine, kao i kod zabrane otuđenja ili opterećenja i ograničenja uvjetom ili rokom, 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.¹¹

III. Ograničenja suvlasništva i zajedničkoga vlasništva pravnim poslom

Pored općih ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla kod pojedinih oblika vlasništva mogu se javiti posebna ograničenja. Posebnost je svakoga oblika prava vlasništva kod kojega postoji više nositelja prava vlasništva mogućnost diobe, odnosno razvrgnuća takve zajednice. Kod suvlasništva se posebna ograničenja na temelju pravnoga posla javljaju upravo kod pitanja razvrgnuća. Iako je za suvlasništvo karakteristična svakodobna mogućnost razvrgnuća ako je ono moguće i dopušteno, a pravo na razvrgnuće ne zastarijeva i suvlasnik se ne može unaprijed odreći toga prava, ipak se može valjano ugovoriti ograničenje prava na razvrgnuće.¹²

Kada je suvlasništvo ograničeno pravnim poslom glede prava na razvrgnuće, takav pravni posao može biti jednostran (oporuka) ili dvostran (ugovor). Postavljeno ograničenje može se ticati postavljanja roka ili uvjeta o čemu ovisi pravo na razvrgnuće.¹³

“Ugovor o ograničenju prava na razvrgnuće neće vezati nasljednike, ali zabilježe li se ograničenja prava na razvrgnuće u zemljišnim knjigama - vezat će svakoga”.¹⁴ Kod nasljeđivanja normalno dolazi do diobe nasljedstva na pojedine nasljednike, međutim, ako je ograničenje prava na razvrgnuće upisano u zemljišnu knjigu, djeluje prema svima. S time u vezi postavlja se pitanje može li se pravnim poslom trajno zabraniti razvrgnuće suvlasništva. Najprije treba naglasiti kako bi zabrana razvrgnuća suvlasništva, ako je uopće moguća, predstavljala izvanredni posao¹⁵ jer je povezana s mogućnošću otuđenja cijele stvari, koje je prema članku

¹¹ Proizlazi iz odredaba čl. 34. st. 5. ZV.

¹² Mogućnost ugovornoga ograničenja prava na razvrgnuće suvlasničke zajednice ZV spominje u članku 47. stavku 3.

¹³ Ako je pravo na razvrgnuće suvlasništva ograničeno rokom, onda se obično radi o završnom roku, dakle nastupanjem toga roka prestaje ovo ograničenje. Nasuprot tome, ako je pravo na razvrgnuće ograničeno uvjetom, onda podjednako mogu biti zastupljeni i odgovni (suspenzivni) i raskidni (rezolutivni) uvjeti.

¹⁴ Č. 47. st. 4. ZV.

¹⁵ Više o upravljanju stvarima u suvlasništvu vidjeti u člancima Belaj, V.: “Upravljanje suvlasničkom stvarju prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima”, *Pravni vjesnik*, br. 1-4/1998., str. 73.-84.; Belaj, V.: “Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu)”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 21 br. 1/2000., str. 191.-218.

41. st. 1. ZV posao izvanredne uprave. To znači da je za zabranu razvrgnuća suvlasništva uspostavljenu pravnim poslom potrebna suglasnost svih suvlasnika. I sudska praksa smatra poslove vezane uz razvrgnuće suvlasničke zajednice izvanrednim poslovima za koje se traži suglasnost svih suvlasnika. Tako se smatra da "sudska nagodba o razvrgnuću suvlasničke zajednice nije niti nastala ako je nisu potpisali svi suvlasnici".¹⁶

Razvrgnuću suvlasničke zajednice nije svojstvena trajna zabrana izvršavanja toga prava. Ipak izgleda da se pravnim poslom može i trajno ograničiti pravo na razvrgnuće suvlasništva. Treba, međutim, naglasiti da će zabrana razvrgnuća suvlasništva koja je ustanovljena pravnim poslom i bez obzira na to što je određena kao trajna, trajati onoliko vremena koliko se bude ispunjavala i imala smisla sama pravna osnova, odnosno kauza toga pravnoga posla. Ako prestane kauza toga pravnoga posla, prestat će i zabrana razvrgnuća suvlasništva.

Osim što kod suvlasništva može biti ograničeno pravo na razvrgnuće, postoji mogućnost da se pravnim poslom utječe i na način diobe, što također može u izvjesnom smislu predstavljati ograničenje. Tako pravo na razvrgnuće suvlasništva isplatom može, između ostaloga, biti predviđeno i pravnim poslom.¹⁷ To na određeni način može predstavljati ograničenje za one suvlasnike u čiju korist pravo na razvrgnuće isplatom nije osnovano pravnim poslom.

Ograničenja pravnim poslom mogu biti uspostavljena i glede zajedničkoga vlasništva. Naravno da to mogu biti opća ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla o kojima je već bilo riječi. No posebna ograničenja koja bi se ticala samo zajedničkoga vlasništva, odnosno djelovala bi samo prema zajedničarima, također su moguća. Iako se na zajedničko vlasništvo podredno primjenjuju pravila o suvlasništvu, njegova je specifičnost neodređenost udjela pojedinih zajedničara. Iz toga proistječe da je zajedničar ovlašten izvršavati sve vlasničke ovlasti glede zajedničke stvari jedino zajedno sa svim ostalim zajedničarima, osim ako nešto drugo nije određeno propisima ili sporazumom zajedničara.¹⁸ Upravo sporazum zajedničara u obliku pravnoga posla može sadržavati ograničenja zajedničkoga vlasništva. Primjerice, pravnim poslom može biti određeno da će sve ili pojedine vlasničke ovlasti izvršavati samo jedan zajedničar.

Ograničenja zajedničkoga vlasništva na temelju pravnoga posla pokazuju svoje praktično značenje samo u nekim slučajevima zajedničkoga vlasništva. Krug oblika zajedničkoga vlasništva ionako je sužen jer prema članku 57. stavku 2. ZV "stvar može biti u zajedničkom vlasništvu samo na temelju zakona". S obzirom da bračna

¹⁶ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 1304/95. od 26. svibnja 1998., ING pregled sudske prakse 99., br. 1., 1.I.-28.II., str. 4.

¹⁷ Osim što pravo na razvrgnuće isplatom može biti predviđeno pravnim poslom, prema čl. 51. st. 1. ZV-a, njegov izvor može biti i zakon, a također će ovo pravo imati i onaj suvlasnik koji učini vjerojatnim da za to postoji ozbiljan razlog. Pravo na razvrgnuće isplatom imaju i oni suvlasnici čiji su suvlasnički dijelovi barem devet desetina, a oni ovo pravo mogu ostvarivati bezuvjetno te ne moraju učiniti vjerojatnim da postoji osobito ozbiljan razlog da oni otkupe stvar.

¹⁸ Proizlazi iz čl. 59. st. 1. ZV.

stečevina nije više oblik zajedničkoga vlasništva nego suvlasništva,¹⁹ ostaje zajedničko vlasništvo u nasljedničkoj zajednici, imovini ortakluka i zajedničkoj pričuvi etažnih vlasnika.

Zajedničko vlasništvo u nasljedničkoj zajednici je privremenoga karaktera jer traje od ostaviteljeve smrti pa do podjele ostavine pojedinim nasljednicima koji će na njoj steći pojedinačno vlasništvo, suvlasništvo ili etažno vlasništvo. Trenutak prestanka zajedničkoga vlasništva u nasljedničkoj zajednici poklapa se s trenutkom pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju. Naravno da i u nasljedničkoj zajednici zajedničko vlasništvo može biti ograničeno pravnim poslom, a to je u prvom redu oporuka.

Ako je izvor zajedničkoga vlasništva ugovor o ortakluku onda je upravo taj ugovor moguć pravni posao u kojem su uspostavljena ograničenja zajedničkom vlasništvu. Jednako tako i glede zajedničke pričuve etažnih vlasništva određena ograničenja mogu biti uspostavljena pravnim poslom, a to je u prvom redu međuvlasnički ugovor.

IV. Ograničenja etažnoga vlasništva pravnim poslom

1. Ograničenja etažnoga vlasništva na temelju pravnoga posla glede zajedničkih dijelova nekretnine

Etažno vlasništvo ili pravo vlasništva posebnoga dijela nekretnine, kako se još naziva, stvara samo po sebi veća ograničenja suvlasnicima (etažnim vlasnicima) od onih koja postoje na drugim suvlasničkim stvarima kao i stvarima u zajedničkom vlasništvu. Naime, kod etažnoga vlasništva, po samoj pravnoj prirodi ovoga instituta, dolazi do stvaranja svojevrsne zajednice jer suvlasnici su najčešće osobno neposredni posjednici posebnih dijelova nekretnine. Zbog toga se eventualna ograničenja etažnoga vlasništva na temelju pravnoga posla s doktrinarnoga, ali i s praktičnoga stajališta, pokazuju najsloženijima, ali upravo stoga i najzanimljivijima za proučavanje.

Ograničenja etažnoga vlasništva najznačajnije se mogu ispoljiti glede zajedničkih dijelova nekretnine. Naime, postavlja se pitanje mogu li suvlasnici, odnosno netko od njih, steći vlasništvo posebnoga dijela nekretnine i na zajedničkim dijelovima (npr. ravnom krovu, zajedničkim terasama i slično). Ako bi takvo što uopće bilo moguće, predstavljalo bi ograničenje etažnoga vlasništva na temelju pravnoga posla, kao što će uskoro biti prikazano.

Pitanja što se smatra posebnim dijelom nekretnine i njegovim pripalcima ZV je uređio u članku 67. Prema tim pravilima da bi se etažno vlasništvo moglo uspostaviti, potrebno je da dio suvlasničke nekretnine na kojem se ono namjerava uspostaviti čini samostalnu uporabnu cjelinu prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti. To znači da etažnom vlasniku glede toga dijela suvlasničke

¹⁹ U članku 253 . st. 1. Obiteljskoga zakona (Nar. novine, br. 162/98.) stoji: "Bračni drugovi su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini, ako nisu drukčije ugovorili".

nekretnine pripada isključivo pravo uporabe temeljem kojega je ovlašten ostale suvlasnike, etažne vlasnike i druge posjednike isključiti iz mogućnosti izravnoga doticaja i utjecaja na taj dio. Objekt etažnoga vlasništva je najčešće stan, a također i samostalne poslovne prostorije, samostalne garaže ili jasno omeđena mjesta u zgradi namijenjena ostavljanju motornih vozila.

Etažno se vlasništvo može protezati i na sporedne dijelove nekretnine, ali se na njima ono ne može samostalno uspostaviti. To znači da otvoreni balkoni, terase, podrumске i tavanske prostorije, kućni vrtovi i slično mogu biti predmetom etažnoga vlasništva samo kao, uvjetno kazano, svojevrsan pripadak toga prava koje postoji na stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji. Za te dijelove nekretnine samo će se na odgovarajući način primjenjivati pravila koja vrijede za pripatke stvari, no njih se ne može prema ZV smatrati pripatcima s obzirom da se radi o nekretninama.

Pitanje na kojim dijelovima nekretnine ne može biti uspostavljeno etažno vlasništvo, ZV je uredio u članku 67. stavku 6. u kojem stoji: "Vlasništvo posebnoga dijela nekretnine ne može postojati na dijelovima nekretnine koji služe kao zajednički, ili im se namjena protivi isključivoj uporabi samo u korist određenoga posebnoga dijela nekretnine; u sumnji se uzima da dio služi kao zajednički i da mu se namjena protivi isključivoj uporabi u korist određenoga posebnoga dijela". Kao što je vidljivo, ZV ne određuje što se konkretno ima smatrati zajedničkim dijelovima nekretnine.²⁰ To s jedne strane daje elastičnost ovoj pravnoj normi, ali s druge strane se ipak radi o normi koja je imperativne pravne prirode jer se njome određuje nemogućnost uspostave etažnoga vlasništva na zajedničkim dijelovima nekretnine.

Što se ima smatrati zajedničkim dijelovima i uređajima zgrade određeno je člankom 3. Uredbe o održavanju zgrada.²¹ Tako se zajedničkim dijelovima i uređajima zgrade smatraju nosiva konstrukcija zgrade (temelji, nosivi zidovi, stupovi, međukatna konstrukcija, krovna konstrukcija), pokrov, prohodne i neprohodne zajedničke terase, pročelja zgrade, elementi zaštite od vanjskih utjecaja na zajedničkim dijelovima zgrade, različiti uređaji u zgradi, zajednička stubišta, različite vrste instalacija itd.

U teorijskom smislu zajednički dijelovi nekretnine moraju se razlikovati od zajedničkih dijelova zgrade. Naime, pojam zajedničkih dijelova nekretnine širi je od pojma zajedničkih dijelova zgrade. Tako u zajedničke dijelove nekretnine, pored zajedničkih dijelova zgrade, treba ubrojiti i zemljište na kojem je zgrada izgrađena, kao i zemljište koje služi redovitoj uporabi zgrade.

²⁰ Nasuprot tome, bivši Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada (Narodne novine, br. 52/73. i 46/90.) uređivao je pitanje što se ima smatrati zajedničkim dijelovima zgrade. Tako se zajedničkim dijelovima višestambene zgrade koji služe zgradi kao cjelini smatralo: temelje, glavne zidove, tavan, fasadu, stepenice, hodnike, stan namijenjen za nadstojnika zgrade, dizala, različite instalacije, krov, podrum itd. Osim toga ovaj je propis razlikovao zajedničke dijelove višestambene zgrade koji služe samo nekim, a ne svim posebnim dijelovima zgrade kao što su: posebna ulazna vrata, stubište, dimnjaci, različite vrste uređaja, terase, bunari, pregradni zidovi između dva stana itd.

²¹ Narodne novine, br. 64/97.

Zajednički dijelovi nekretnine mogu služiti nekretnini kao cjelini ili samo nekim njezinim dijelovima, te ovisno o tome na tim dijelovima određena prava mogu imati svi ili samo neki suvlasnici. Na zajedničkim dijelovima nekretnine ne može postojati isključivo pravo uporabe jednoga vlasnika posebnoga dijela nekretnine. Etažno vlasništvo podrazumijeva da suvlasnici trpe u pravilu veća ograničenja od suvlasnika čije je pravo uspostavljeno na nekoj drugoj stvari.

Neki od navedenih primjera zajedničkih dijelova nekretnine mogu se pojaviti i kao sporedni dijelovi (npr. terase) uz određeni stan ili drugu samostalnu prostoriju, te se u tom slučaju neće smatrati dijelovima koji služe kao zajednički.

Temeljno pitanje koje se postavlja glede zajedničkih dijelova nekretnine jest mogu li suvlasnici pravnim poslom neke zajedničke dijelove pretvoriti u posebne dijelove i tada na njima osnovati etažno vlasništvo u korist jednoga ili nekolicine suvlasnika. To prema ZV-u načelno nije moguće, no već je bilo riječi o elastičnosti pravnih normi koje se odnose na zajedničke dijelove, a svakako je moguće govoriti i o njihovoj relativnoj apstraktnosti. Stoga se konkretan odgovor na postavljeno pitanje može potražiti jedino u odredbi članka 3. spomenute Uredbe o održavanju zgrada, prema kojoj suvlasnici zgrade mogu međuvlasničkim ugovorom urediti da se neki zajednički dijelovi i uređaji zgrade ne smatraju takvima. Tako suvlasnici mogu, primjerice, pojedine terase ili ravan krov zgrade međuvlasničkim ugovorom izdvojiti od zajedničkih dijelova i, smatrajući ih posebnim dijelovima, na njima osnovati etažno vlasništvo.

U praksi se tako u pojedinim slučajevima već postavilo pitanje može li ravan krov biti poseban dio nekretnine na kojem netko od suvlasnika uspostavlja etažno vlasništvo. Ako se to pitanje uredi međuvlasničkim ugovorom na način da se ravan krov smatra posebnim dijelom nekretnine, koji predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu prikladnu za izvršavanje suvlasnikovih ovlasti, tada može pojedini suvlasnik steći na tome dijelu etažno vlasništvo.²² Uspostava etažnoga vlasništva na, primjerice, ravnom krovu može se ostvariti samo pravnim poslom (u pravilu je to međuvlasnički ugovor), što podrazumijeva suglasnost ostalih suvlasnika, koja se postiže isplatom dogovorene naknade. U pravilu ostvaruje se posebnim kupoprodajnim ugovorom.

Iako se krov smatra zajedničkim dijelom zgrade jer služi kao pokrov, uočljivo je da taj dio zgrade može imati i druge namjene. Tako ravan krov pored redovite funkcije pokrova zgrade može biti korišten i kao parkiralište, terasa za različite namjene, ljetna pozornica, poslovni prostor i slično. Ravan krov u ovim slučajevima

²² I naša ranija sudska praksa stvorena temeljem bivšega Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrada omogućavala je da sporazumom etažnih vlasnika pojedini zajednički dijelovi budu pretvoreni u stanove ili druge predmete etažnoga vlasništva. Radi ilustracije navest će se dvije odluke koje to potvrđuju. "Ne smatraju se zajedničkim dijelom zgrade podrumске prostorije kojima je sporazumom etažnih vlasnika faktički promijenjena namjena i privedene su drugoj svrsi." - Vrhovni sud Hrvatske, Rev-717/86. od 3. srpnja 1986., PSP, br. 35/1988., odl. br. 17.

"Svi vlasnici posebnih dijelova zgrade mogu sporazumom promijeniti namjene zajedničkih dijelova zgrade (drvarnice i praonice) i na način da oni postanu sastavni dio određenog stana". - Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1537/88. od 24. siječnja 1989. PSP, br. 46/1990., odl. br. 31.

predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu pa može biti predmet etažnoga vlasništva. Nabranje konkretnih predmeta etažnoga vlasništva u ZV-u (stan, druga samostalna prostorija, samostalna poslovna prostorija, samostalna garaža i jasno omeđena mjesta u zgradi namijenjena ostavljanju motornih vozila) nikako ne treba shvatiti ograničavajuće, odnosno na način da su to jedini predmeti na kojima se može uspostaviti etažno vlasništvo. Jedini je problem, koji se eventualno može pojaviti, pri pretvaranju ravnoga krova u predmet etažnoga vlasništva ako bi se time umanjila redovita namjena krova. Dakle, ni na koji način ne smije biti onemogućena redovita funkcija krova kao pokrova zgrade jer bi to nanosilo štetu ostalim suvlasnicima.

Mogućnost da zajednički dio nekretnine bude pravnim poslom pretvoren u poseban dio nekretnine, koji kao takav može biti predmetom etažnoga vlasništva, ostvariva je u nekim inozemnim stvarnopravnim sustavima. Radi ilustracije bit će navedeno talijansko rješenje.²³ Prema talijanskom Građanskom zakoniku postoji isključivo vlasništvo koje se odnosi na posebne dijelove zgrade koji mogu obuhvaćati pojedine stanove ili pojedine dijelove jednoga kata ili cijeli kat. Zajednički dijelovi zgrade nalaze se u vlasništvu svih vlasnika posebnih dijelova zgrade. Zakonik taj oblik vlasništva naziva zajedničkim, ali ne u smislu pojma zajedničkoga vlasništva koji je uvriježen u našem pravu. Radi se zapravo o nedjeljivom suvlasništvu. U zajedničke dijelove zgrade ubrajaju se zemljište, temelji, glavni zidovi, krov, stepenište, dizala, dvorište i slično. Na zajedničkim dijelovima postoji neraskidiva zajednica, što znači da oni ne mogu biti predmetom diobe niti ih se vlasnici mogu odreći kako bi eventualno izbjegli plaćanje troškova održavanja. Prava i obveze etažnih vlasnika na zajedničkim dijelovima zgrade razmjerni su veličini posebnoga dijela koji je u njihovom isključivom vlasništvu. U članku 1117. talijanskoga Građanskoga zakonika kao zajednički dijelovi zgrade, koji su, kao što je spomenuto, predmet suvlasništva vlasnika stanova, katova i dijelova katova, spominju se između ostaloga i krov i terasa na krovu (*lastrico solare*), odnosno ravni krov. Ako što drugo ne proizlazi iz pravnoga naslova (titulusa), ti se dijelovi smatraju zajedničkim. U talijanskom je pravu, dakle, moguće pravnim poslom osnovati etažno vlasništvo i na dijelovima koji se inače smatraju zajedničkim.

Na koncu je potrebno naglasiti kako postoji mogućnost uređenja, međuvlasničkim ugovorom ili nekim drugim pravnim poslom, pitanja korištenja zajedničkih prostora i prostorija suvlasničke nekretnine,²⁴ a da pri tome na takvim dijelovima ne bude uspostavljeno etažno vlasništvo. Tako je moguće da suvlasnici, primjerice

²³ U Italiji je etažno vlasništvo uređeno Građanskim zakonikom iz 1942. godine, dotično od članka 1117. do članka 1139.

²⁴ Prema bivšem Zakonu o prenamjeni zajedničkih prostorija u stanove (Narodne novine, br. 37/88., 43/90. i 25/91.) postojala je u nas mogućnost prenamjene zajedničkih prostorija u stanove. Pod prenamjenom su se smatrale i adaptacije, nadogradnje i dogradnje tavanjskih i podrumskih prostorija te drugih zajedničkih prostorija i dijelova stambene zgrade radi njihova pretvaranja u stan. Pretvaranje zajedničkih dijelova zgrade u stanove bilo je moguće samo kod tzv. višestambenih zgrada čiji su zajednički dijelovi bili u društvenom vlasništvu.

ugovorom o zakupu ili najmu, sklopljenim s nekim od suvlasnika ili pak s trećom osobom, omogućuje korištenje, odnosno uporabu zajedničkih prostora i prostorija. Time se zajednički dijelovi koji mogu imati višenamjenski karakter, također, mogu privesti ispunjavanju različitih svrha.

2. Ograničenja etažnoga vlasništva na temelju pravnoga posla glede upravljanja

Etažno vlasništvo može biti ograničeno i glede upravljanja, i to očitovanjem volje vlasnika nekretnine, izraženo u pisanom obliku. Članak 75. ZV određuje pretpostavke glede uspostave etažnoga vlasništva na temelju očitovanja volje vlasnika zemljišta. Naime, vlasnik zemljišta sa zgradom, odnosno nositelj prava građenja sa zgradom može svojim očitovanjem volje učinjenim zemljišnoknjižnom sudu podijeliti svoje pravo vlasništva na suvlasničke dijelove i pritom sa svakim od tih dijelova uspostaviti pravo vlasništva na određenom stanu ili drugom posebnom dijelu u zgradi. Ne navodi se da odgovarajuća odredba vlasnika zemljišta ili nositelja prava građenja, odnosno očitovanje volje mora biti u pisanom obliku, no jasno je kako je pisani oblik nužan, kako zbog analogije s ostalim načinima uspostave etažnoga vlasništva,²⁵ pravila zemljišnoknjižnoga prava, tako i zbog činjenice da treba ispuniti i pretpostavke pod kojima je moguća uspostava prava vlasništva na posebnim dijelovima nekretnine, a one moraju biti izražene u pisanom obliku.

Pisano očitovanje volje o kojem je ovdje riječ po svojoj pravnoj prirodi predstavlja jednostrani pravni posao i stoga je moguće govoriti o ograničenjima etažnoga vlasništva na temelju takvoga pravnoga posla.

Dioba prava vlasništva na suvlasničke dijelove proizvodi pravni učinak upisom u zemljišnu knjigu, a treba ispuniti i pretpostavke pod kojima je moguća uspostava etažnoga vlasništva. Te pretpostavke se prije svega sastoje u utvrđivanju razmjernoga odnosa između odgovarajućega suvlasničkoga dijela i posebnoga dijela nekretnine na kojem se uspostavlja etažno vlasništvo. U ovom slučaju pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje odgovarajuća odredba vlasnika nekretnine, a pošto je samo jedan vlasnik, on samostalno odlučuje te nisu potrebne bilo čije dodatne suglasnosti.

Članak 75. stavak 3. ZV-a uređuje poseban slučaj uspostave etažnoga vlasništva na temelju očitovanja volje učinjenoga zemljišnoknjižnom sudu, pri čemu se dijeli na suvlasničke dijelove nekretnina na kojoj tek treba biti izgrađena zgrada. U ovom se slučaju etažno vlasništvo uspostavlja pod odgodnim (suspenzivnim) uvjetom, odnosno tek kada zgrada bude izgrađena. Ako zgrada ne bude izgrađena, neće se ni uspostaviti etažno vlasništvo jer se nije ostvario odgodni uvjet koji je određen u obliku konačnoga završetka izgradnje zgrade.

²⁵ Osim očitovanjem volje vlasnika zemljišta sa zgradom, odnosno nositelja prava građenja sa zgradom, etažno se vlasništvo uspostavlja na temelju odgovarajućega suvlasničkoga dijela (na zahtjev pojedinoga suvlasnika) i na temelju suglasne odluke svih suvlasnika nekretnine.

Prema članku 75. stavku 4. ZV “ako je prodavatelj odredio kako će se upravljati nekretninom, to će djelovati i prema trećima ako je zabilježeno u zemljišnoj knjizi”. Dakle, vlasnik zemljišta, odnosno nositelj prava građenja podijelivši svoje pravo vlasništva na suvlasničke dijelove, i pri tome sa svakim od tih dijelova uspostavivši etažno vlasništvo, pojavljuje se kasnije u ulozi prodavatelja stanova ili drugih posebnih dijelova u zgradi. Ovdje se radi o izgradnji zgrade sa stanovima u etažnom vlasništvu za tržište, odnosno prodaju. Prema svim trećim osobama, a prvenstveno je riječ o kupcima, dakle budućim etažnim vlasnicima, ali podredno i svim ostalim korisnicima (npr. najmoprimcima, zakupnicima i sl.), vrijedit će odredba o upravljanju nekretninom ako je zabilježena u zemljišnoj knjizi.

Određivanje načina upravljanja nekretninom koje djeluje i prema trećim osobama, s obzirom da je zabilježeno u zemljišnoj knjizi, nije u suprotnosti s ostalim odredbama ZV-a iako bi se u prvi mah moglo učiniti da jest. Naime, cijelom nekretninom, na kojoj je na jednom ili više suvlasničkih dijelova osnovano vlasništvo određenoga posebnoga dijela, upravljaju suvlasnici po općim pravilima o upravljanju suvlasničkom stvari, ako ZV ne određuje što drugo.²⁶ ZV je, znači, omogućio određene iznimke ovom osnovnom pravilu, a jedna od iznimaka je svakako i slučaj kada vlasnik zemljišta, odnosno nositelj prava građenja koji je u korist određenih suvlasničkih dijelova uspostavio etažno vlasništvo u okviru svoje zgrade, odluči prodati stanove ili druge samostalne posebne dijelove, a pri tome odredi i način upravljanja koji obvezuje sve treće osobe jer je upisan u zemljišnu knjigu.

Razlog zbog kojega će vlasnik zgrade, odnosno prodavatelj odrediti način upravljanja leži zasigurno u nekom njegovom interesu.²⁷ Prodavateljeve odredbe o upravljanju ne smiju biti pravno nedopuštene, a u pravilu se radi o onim poslovima upravljanja kod kojih je dopuštena određena dispozitivnost glede utvrđivanja i izvršavanja, koja u ovom slučaju ovisi o volji prodavatelja. ZV je omogućio ovo pravo, koje se može smatrati izvjesnom pogodnošću za prodavatelja, zbog toga što je on ovdje jedini i izvorni vlasnik cijele nekretnine i izgrađene zgrade, te mu se dopušta i pridržavanje određenih prava koja idu u njegovu korist. Sve treće osobe koje kao kupci sklapaju ugovor o kupoprodaji ne mogu se smatrati podređenima jer je sačuvana sloboda volje. Naime, kupci u konačnici slobodno odlučuju da li će sklopiti ugovor s prodavateljem, unatoč odredbama o upravljanju koje ih eventualno mogu sputavati.

3. Ograničenja etažnoga vlasništva na temelju pravnoga posla glede troškova nekretnine

Određena ograničenja etažnoga vlasništva mogu biti određena pravnim poslom i glede troškova nekretnine. “Troškove za održavanje i za poboljšavanje nekretnine

²⁶ Proizlazi iz odredaba čl. 85. st. 1. ZV.

²⁷ Npr. zbog toga što i sam vlasnik nekretnine, koji se sada pojavljuje u ulozi prodavatelja, zadržava za sebe određene posebne dijelove tako da želi kontrolirati upravljanje zgradom.

snose svi suvlasnici nekretnine razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima, ako nije drukčije određeno. Doprinosi za zajedničku pričuvu radi pokrivanja troškova održavanja i poboljšavanja nekretnine te za otplaćivanje zajma za pokrivanje tih troškova snose svi suvlasnici razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima, ako nije drukčije određeno”.²⁸ Veličina suvlasničkoga dijela predstavlja temeljnu okosnicu glede ključa raspodjele troškova i doprinosa zajedničkoj pričuvi. Drukčije može biti određeno samo voljom suvlasnika ili eventualno odlukom suda, ali samo u slučaju kada se radi o troškovima održavanja onih uređaja nekretnine koji nisu u podjednakom omjeru korisni svim suvlasnicima. Inače snošenje troškova cijele nekretnine predstavlja dužnost suvlasnika glede cijele nekretnine, a ona se ispunjava kroz stvaranje, odnosno doprinošenje zajedničkoj pričuvi.

U stavku 3. članka 89. ZV određuju se uvjeti pod kojima se može odrediti drukčiji ključ raspodjele i doprinosa zajedničkoj pričuvi. Ako postoji suglasna odluka svih suvlasnika u pisanom obliku, tada je njome moguće odrediti bilo kakav ključ raspodjele troškova i doprinosa zajedničkoj pričuvi. Ovdje je riječ o ograničavanju etažnoga vlasništva pravnim poslom glede troškova upravljanja. Naime, suglasna odluka svih suvlasnika koja ima pisani oblik je pravni posao. Za troškove održavanja onih uređaja nekretnine koji nisu u podjednakom omjeru korisni svim suvlasnicima moguće je, čak i odlukom suvlasnika koji imaju većinu suvlasničkih dijelova (više od pedeset posto), odrediti drukčiji ključ raspodjele ako takvu odluku opravdavaju različite mogućnosti pojedinih suvlasnika da te uređaje rabe i nemogućnost utvrđivanja stvarnoga potroška svakoga pojedinoga suvlasnika. ZV čak navodi određene primjere: troškovi za dizalo²⁹ i centralno grijanje.³⁰ Ovi primjeri ne trebaju se shvatiti kao apsolutno reprezentativni jer su mogući i drugi slučajevi u kojima je moguće donijeti ovakvu odluku, primjerice glede troškova za vodu, električnu energiju za uređaje koji služe cijeloj zgradi i slično.

Odredbi suvlasnika o ključu raspodjele troškova, ako su potpisi suvlasnika javno ovjеровljeni³¹, kao i pravomoćne odluke suda koji je utvrdio ključ raspodjele troškova po pravednoj ocjeni, zabilježiti će se na zahtjev u zemljišnoj knjizi.³²

V. Ograničenja prava vlasništva na temelju kupoprodajnoga ugovora s pridržajem prava vlasništva

Poseban oblik kupoprodajnoga ugovora je i kupoprodaja s pridržajem prava vlasništva (*pactum reservati domini*), pri čemu se također ograničava pravo

²⁸ Čl. 89. st. 1. i 2. ZV.

²⁹ Moguće je da neki etažni vlasnici uopće ne rabe dizalo, primjerice oni iz prizemlja i s prvoga kata.

³⁰ Može se dogoditi da neki etažni vlasnici još nisu uselili u svoje stanove ili druge samostalne prostorije, pa i ne žele sudjelovati u troškovima grijanja.

³¹ Potpisi svih suvlasnika ako se radi o suglasnoj odluci u pisanom obliku, odnosno potpisi suvlasnika koji imaju većinu suvlasničkih dijelova ako se odluka donosi većinom suvlasničkih dijelova.

³² Proizlazi iz čl. 89. st. 6. ZV.

vlasništva. Naime, i ovdje dolazi do nastanka prethodnoga i potonjega vlasništva. Prodavatelj se javlja kao prethodni, a kupac kao potonji vlasnik.³³ Postoji i drukčije shvaćanje pravne prirode kupoprodaje s pridržajem prava vlasništva, prema kojem se “ne konstituiraju nikakvo stvarno pravo na tuđoj stvari, već prodavatelj samo zadržava svoje pravo vlasništva do isplate cijene”.³⁴ Prvo se shvaćanje može prihvatiti u slučaju kada pridržaj djeluje apsolutno, a to je ako je upisano u odgovarajući javni upisnik, te djeluje prema svim trećim osobama. Tada možemo govoriti i o određenim stvarnopravnim učincima pridržaja prava vlasništva, odnosno o nastanku prethodnoga i potonjega prava vlasništva. Drugo se shvaćanje može prihvatiti u slučaju da pridržaj prava vlasništva nije upisan u odgovarajuću javnu knjigu pa je tada njegovo djelovanje relativnoga karaktera i proizvodi samo obveznopravne učinke između prodavatelja i kupca. U ovom slučaju pridržaj ne proizvodi nikakve stvarnopravne učinke.

Ipak treba naglasiti kako pridržaj prava vlasništva može djelovati apsolutno te proizvoditi i određene stvarnopravne učinke i bez upisa u javni upisnik. To će se dogoditi samo ako je pridržaj učinjen u obliku javno ovjerene isprave, prije kupčeva stečaja ili prije pljenidbe stvari, što proizlazi iz odredaba članka 540. stavka 2. ZOO. Tada će pridržaj, također, djelovati apsolutno i bez obzira što nije upisan u javnu knjigu, a njegovo je djelovanje prvenstveno usmjereno prema kupčevim vjerovnicima.

Pridržaj prava vlasništva kao modalitet kupoprodajnoga ugovora uređen je člancima 540. i 541. ZOO, a naziva ga se prodajom sa zadržanjem prava raspolaganja odnosno prava vlasništva.³⁵ Pravilan naziv bi međutim bio pridržaj prava vlasništva jer naziv zadržanje prava vlasništva ima prevelike sličnosti s nazivom pravo zadržanja (retencije), što može izazvati određenu konfuziju. Nepotrebno je naravno koristiti i naziv pravo raspolaganja³⁶ jer ono je prestalo postojati ukidanjem društvenoga vlasništva. Zanimljivo je da Opći građanski zakonik nije poznavao ovakav oblik kupoprodajnoga ugovora.

Pri kupoprodaji s pridržajem prava vlasništva pravo vlasništva ograničeno je odgodnim (suspenzivnim) uvjetom koji se sastoji u isplati cijene. Naime, redovito pridržaj prava vlasništva postoji u slučaju kada kupac u trenutku sklapanja ugovora o kupoprodaji ne isplati cijenu u potpunosti ili je isplati samo djelomično.

³³ Tako Gavella, N. i dr., op. cit., str. 601.

³⁴ Gorenc, V.: “Zakon o obveznim odnosima s komentarom”, Zagreb, 1998., str. 703.

³⁵ “Iako do donošenja ZOO-a (čl. 540.) ni u našem važećem pravu, a ni u pravnim pravilima OZ-a, institut prodaje sa zadržavanjem prava vlasništva (pactum reservati dominii) nije bio obuhvaćen, ipak je njegovu primjenu poznavala teorija i sudska praksa. Njegovo je pravno i ekonomsko značenje osobito u tome što omogućuje prodavatelju veću zaštitu naplate njegovih potraživanja. Sve do potpune isplate cijene prodavatelj može stvar koju je predao kupcu uzeti natrag”. (Vs, Gzz-48/79 od 4. listopada 1979. PSP-17/50.)

³⁶ Osim za slučajeve sudskih i drugih postupaka glede društvenoga vlasništva i prava koja predstavljaju njegove izvedenice, a jedno od takvih prava je i pravo raspolaganja.

Kupoprodaja s pridržajem prava vlasništva stoga se često kombinira s kupoprodajom na kredit ili prodajom s obročnim otplatama cijene, kako je ZOO naziva.

Pridržaj prava vlasništva javlja se u obliku uglavka ugovora o kupoprodaji (npr. ugovora o kupoprodaji na kredit), pri čemu prodavatelj zadržava pravo vlasništva i poslije predaje stvari kupcu, sve dok kupac ne isplati cijenu u potpunosti. Predmet pridržaja prava vlasništva može prema ZOO biti samo pokretna stvar.

Postoje dvojbe o tome da li bi predmetom pridržaja prava vlasništva mogle biti i nekretnine. Prema jednom mišljenju "predmet ugovora o prodaji mogu biti samo pokretne stvari, što je zakonodavac i izričito propisao. Prodaja sa zadržanjem prava vlasništva suprotna je načelima zemljišnoknjižnoga prava, jer se u zemljišne knjige ne može upisati pravo koje je uvjetovano, a odredba o zadržanju prava vlasništva upravo je takvo pravo".³⁷ Prema drugom mišljenju "nema zapreke tome da se pridržaj prava vlasništva ugovori i kod sklapanja ostalih naplatnih pravnih poslova usmjerenih na prenošenje prava vlasništva (npr. kod zamjene), a isto tako nema zapreke ni tome da se pridržaj vlasništva ugovori i glede prijenosa vlasništva nekretnina. Zapreke tome nema, budući da je obvezno pravo izgrađeno na načelu dispozitivnosti (članci 10. i 20. ZOO), a stvarno pravo omogućuje uvjetovanje prava vlasništva u svaku svrhu koja nije zabranjena, dakle i prijenos uvjetnog vlasništva u svaku takvu svrhu".³⁸ Drugo se mišljenje može prihvatiti bezuvjetno jer naši novi stvarnopravni propisi ne sprečavaju ograničavanje prava vlasništva uvjetima, rokovima, teretima i slično, osim ako bi pravni poslovi koji sadrže takva ograničenja bili sami po sebi nevaljani. Sa stajališta zemljišnoknjižnoga prava također nema nikakvih zapreka da se u zemljišne knjige upiše određeno ograničenje prava vlasništva, primjerice prethodno i potonje vlasništvo. Dakle, s obzirom na dispozitivnost pravnih pravila ZOO, može se zaključiti kako bi u praksi, kao dopušteni pravni poslovi, mogli postojati i oni kupoprodajni ugovori s pridržajem prava vlasništva čiji su predmet nekretnine.

Određena analogija s nekretninama postoji glede pokretnih stvari koje se upisuju u javne upisnike (npr. brodovi, zrakoplovi). Ovo pitanje ZOO rješava u članku 540. stavku 3. u kojem stoji: "Na pokretnim stvarima o kojima se vode posebne javne knjige može se zadržati pravo raspolaganja odnosno pravo vlasništva samo ako je to predviđeno propisima o uređenju i vođenju tih knjiga".

Ipak prema sadašnjoj praksi pridržaj prava vlasništva u pravilu se ugovara za individualno određene i nepotrošne pokretne stvari,³⁹ prije svega za određene strojeve, uređaje i općenito tehničku robu.

Prema članku 540. stavku 2. ZOO "zadržanje prava ima učinak prema kupčevim vjerovnicima samo ako je učinjeno u obliku javno ovjerene isprave, prije

³⁷ Gorenc, V., op. cit., str. 702.

³⁸ Gavella, N. i dr., op. cit., str. 600.

³⁹ Tako Gorenc, V., op. cit., str. 702.; Blagojević, B. - Krulj, V.: "Komentar Zakona o obligacionim odnosima", Beograd, 1980., str. 1053.

kupčeva stečaja ili prije pljenidbe stvari". Svrha je citirane odredbe zaštita prava kupčevih vjerovnika. Prodavatelj će moći zadržati stvar temeljem pridržaja prava vlasništva samo ako je: 1. pridržaj nastao u obliku pisane i javno ovjerene isprave, i 2. ako je pridržaj nastao prije kupčeva stečaja ili prije pljenidbe⁴⁰ stvari. Bez ispunjenja spomenutih pretpostavki prodavatelj se neće moći obraniti od potraživanja kupčevih vjerovnika.

Pridržaj prava vlasništva u okviru stečajnoga postupka uređen je u članku 114. Stečajnoga zakona.⁴¹ Tako ako je dužnik prije otvaranja stečajnoga postupka pokretnu stvar prodao uz pridržaj prava vlasništva i kupcu stvar predao u posjed, kupac može zatražiti ispunjenje ugovora o prodaji. Isto vrijedi i ako je dužnik preuzeo daljnje obveze prema kupcu te ih u cijelosti ili djelomično nije ispunio. Dakle, u ovom slučaju kupac koji je ispunio obveze prema prodavatelju može zahtijevati ispunjenje ugovora o prodaji, što podrazumijeva njegovo stjecanje vlasništva na predmetu kupoprodaje. Ovo pravo kao i eventualna daljnja prava (npr. naknadna isporuka određenih stvari koja je bila predviđena ugovorom o kupoprodaji) kupac može koristiti neovisno o činjenici da je pokrenut stečajni postupak jer su ta prava stečena pravnim poslom sklopljenim prije pokretanja stečajnoga postupka.

Međutim, ako je prije otvaranja stečajnoga postupka dužnik pokretnu stvar kupio uz pridržaj prava vlasništva i stvar od prodavatelja dobio u posjed, stečajni upravitelj ima pravo na izbor. "Ako dužnik i njegov suugovaratelj u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka nisu ili nisu u potpunosti ispunili neki dvostrano-obvezni ugovor, stečajni upravitelj može umjesto dužnika ispuniti ugovor i tražiti ispunjenje od druge strane. Ako upravitelj odbije ispunjenje, druga strana svoje tražbine zbog neispunjenja može ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik. Ako druga strana pozove stečajnoga upravitelja da se izjasni o svom pravu na izbor, stečajni upravitelj je dužan u roku od osam dana preporučenom pošiljkom obavijestiti tu stranu o tome namjerava li zatražiti ispunjenje ugovora. Ako tako ne postupi, stečajni upravitelj neće moći tražiti ispunjenje".⁴²

Kod kupoprodaje s pridržajem prava vlasništva "rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari snosi kupac od trenutka kad mu je stvar predana."⁴³ U pravilu prodavatelj odmah nakon sklapanja kupoprodajnoga ugovora s pridržajem prava vlasništva predaje stvar kupcu. Kupac na taj način stječe neposredan posjed stvari, što mu omogućava uporabu i korištenje stvari, dok je prodavatelj samo u posrednom posjedu stvari. U njemačkom pravu kod kupoprodaje s pridržajem prava vlasništva za vrijeme pendencije kupac ima tzv. pravo čekanja (*Anwartschaftsrecht*), što znači da ne postaje vlasnikom stvari sve dok u cijelosti ne isplati kupovnu cijenu. Međutim, čim kupac isplati cijenu u potpunosti, postaje vlasnikom stvari *ipso iure*.⁴⁴

⁴⁰ Vidjeti npr. čl. 185. Ovršnoga zakona (Nar. novine, br. 57/96.).

⁴¹ Narodne novine, br. 44/96. i 29/99.

⁴² Čl. 110. Stečajnoga zakona.

⁴³ Čl. 541. ZOO.

⁴⁴ Usp. Schwab, D.: "Einführung in das Zivilrecht", Heidelberg, 2000., str. 276.

I u nas ispunjavanjem odgovnoga uvjeta, koji se najčešće tiče isplate cijene,⁴⁵ dolazi do prelaska prava vlasništva na kupca. Ako kupac ne bi udovoljio postavljenom uvjetu, što znači da ne bi o dospelosti isplatio cijenu ili pojedine rate ako se radi o kupoprodaji na kredit, tada prodavatelj ima na raspolaganju nekoliko mogućnosti. Prodavatelj najprije treba zatražiti od kupca isplatu cijene, što znači da traži ispunjenje ugovornih obveza. Ako kupac ni u naknadnom roku ne bi isplatio cijenu, tada prodavatelj može raskinuti ugovor zbog neispunjenja. Povrat primljenoga i datoga se podrazumijeva, a moguć je i zahtjev za naknadom štete.

VI. Ograničenja prava vlasništva pravnim poslovima za slučaj smrti

Pravo vlasništva može biti ograničeno i pravnim poslovima za slučaj smrti (*mortis causa*). Pravni učinci tih pravnih poslova nastupit će nakon smrti određene osobe, a u pravilu se radi o ostavitelju koji se javlja u ulozi oporučitelja ili se pak radi o darovatelju. Ipak je najčešći pravni posao za slučaj smrti kojim se postavljaju ograničenja pravu vlasništva oporuka.

ZON u članku 88. uređuje pitanje tereta i uvjeta koji su sadržani u oporuci. Prema tim pravilima oporučitelj može opteretiti nekom dužnošću osobu kojoj ostavlja neku korist iz ostavine. On može u pojedinim odredbama oporuke postaviti uvjete ili rokove. Nemogući,⁴⁶ nedopušteni⁴⁷ i nemoralni⁴⁸ uvjeti i tereti, kao i oni koji su nerazumljivi ili protuslovnjivi, smatraju se kao da ne postoje.

Oporučitelj je dakle ovlašten pojedinim odredbama oporuke postaviti uvjete ili rokove. Međutim, uvjeti moraju biti objektivno mogući i pravno dopušteni. Nemogući, nedopušteni, nemoralni, ali i nerazumljivi ili protuslovnjivi uvjeti smatraju se kao da ne postoje (*pro non scripto*). Oni ne uzrokuju ništavost cijele oporuke nego samo ništavost samih sebe, iako prema općem pravilu iz članka 75. ZOO ništavost uvjeta povlači i ništavost pravnoga posla kojem je dodan. Ova se iznimka pravda činjenicom da je ZON *lex specialis* u odnosu na ZOO, a u biti načelom *in favorem testamenti*, prema kojem treba oporučna raspolaganja po mogućnosti održati na snazi jer u trenutku postavljanja pitanja njihove valjanosti oporučitelj više nije živ, pa nije ni u stanju da umjesto ništave oporuke napravi drugu, valjanu oporuku.

⁴⁵ Uglavak o pridržaju prava vlasništva mogao bi se dodati, primjerice, i ugovoru o zamjeni, pa bi tada prelazak vlasništva ovisio o ispunjavanju obveze predaje određene stvari suugovaratelju.

⁴⁶ "Svaka obveza naložena oporukom u granicama dozvoljenog i mogućeg djeluje kao uvjet, ako je to bila namjera oporučitelja. Odredba oporuke kojom se nasljedniku nalaže da ostavitelja i njegovu ženu čuva i obrađuje imanje važi kao raskidni uvjet". Presuda Saveznog vrhovnog suda, Rev-1343/62. od 22. lipnja 1962., Kreč, M.- Pavić, Đ.: "Komentar zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom", Zagreb, 1964., str. 266.

⁴⁷ "Nedozvoljenim uvjetom treba smatrati odredbu oporuke kojom se nasljednici ostavlja određena imovina pod uvjetom da se ne uda". Odluka Okružnoga sud Zadar, Gž-479/83 od 25. siječnja 1984., Crnić, J.: "Zakon o nasljeđivanju", Zagreb, 1994., str. 216.

⁴⁸ "Nemoralan je uvjet odredba oporučitelja kojom svoju preživjelu suprugu postavlja za nasljednicu pod uvjetom da se ne uda". Odluka Vrhovnoga suda Hrvatske, Gž-1649/61 od 25. studenoga 1961., Crnić, J., op. cit., str. 216.

Ako je nasljedno pravo ograničeno rokom, a u nekim slučajevima i uvjetom i nalogom, dolazi do tzv. sukcesivnoga nasljeđivanja,⁴⁹ pri čemu dolazi do prethodnoga, a kasnije do potonjega nasljeđivanja. Na taj način nastaje u ovom slučaju prethodno i potonje vlasništvo. Sukcesivno se nasljeđivanje može ilustrirati primjerima.

Primjer A - Ako je nasljednik određen uz ograničenje završnim rokom ili raskidnim (rezolutivnim) uvjetom, tada će on nasljedno pravo steći u trenutku ostaviteljeve smrti. Međutim, nasljedno će mu pravo prestati ispunjenjem toga uvjeta, odnosno istekom roka. Posljedica toga bit će da nasljeđuju zakonski nasljednici.

Primjer B - Ako je nasljednik određen uz ograničenje početnim rokom ili odgodnim (suspenzivnim) uvjetom, tada će nasljedno pravo u trenutku ostaviteljeve smrti pripasti zakonskim nasljednicima, a od trenutka ispunjenja uvjeta, odnosno isteka roka nasljedno će pravo imati oporučni nasljednik.

Pri sukcesivnom nasljeđivanju postoji velika sličnost s fideikomisarnom sukcesijom (povjerbenom zamjenom) pa se postavilo pitanje treba li zabraniti ovakav oblik nasljeđivanja. Ipak, on je dopušten osim ako bi rok bio vezan uz smrt prethodnoga nasljednika. To nije dopušteno jer se tada doista radi o fideikomisarnoj supstituciji.⁵⁰ U konačnici dopušteno je prethodno i potonje nasljeđivanje (sukcesivno nasljeđivanje), pri čemu nastaje prethodno i potonje vlasništvo, naravno ako su sve ostale pretpostavke valjane.

Postavlja se, međutim, pitanje koje ovlasti glede ostavine ima prethodni nasljednik (vlasnik) za vrijeme pendencije, dakle za vrijeme čekanja da li će se uvjet ispuniti ili izjaloviti. "Za naše se pravo može prihvatiti rješenje prema kojem je prethodni nasljednik za vrijeme pendencije ovlašten na stvarnopravna raspolaganja sa stvarima iz ostavinske imovine (nepokretnim i pokretnim), ako je otuđenje ili opterećenje potrebno radi isplate ostaviočevih dugova ili ako to iziskuju potrebe redovne uprave kao i u drugim sličnim situacijama".⁵¹

Osim uvjetom i rokom ostavitelj može nasljednika, zapisovnika ili podzapisovnika opteretiti i nalogom, što ZON to naziva teretom. Nalog se sastoji u izvršenju određene činidbe. Sličnost zapisa i naloga je u tome što i kod naloga opterećena osoba ima dužnost na teret čiste vrijednosti ostavine ispuniti nekome određenu činidbu. Razlika između zapisa i naloga je pak u tome što korisnik naloga nije ovlašten zahtijevati ispunjenje naloga. To mogu činiti samo ostali nasljednici, naravno ako im je u interesu ispunjenje naloga, a najefikasnije djeluje na ispunjenje naloga činjenica da će opterećeno pravo prestati ako opterećeni ne ispuni nalog na vrijeme. U tome je ujedno sličnost naloga s raskidnim uvjetom. Postoji, međutim, i razlika između naloga i raskidnoga uvjeta, jer djelovanje neispunjenja naloga nije

⁴⁹ O pojmu i sadržaju sukcesivnoga nasljeđivanja više u knjizi Gavella, N.: "Nasljedno pravo", Zagreb, 1990., str. 191., 192.

⁵⁰ Tako Gavella, N., op. cit., str. 192.

⁵¹ Kreč, M.- Pavić, Đ.: "Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom", Zagreb, 1964., str. 254.

tako strogo kao djelovanje ispunjenja raskidnoga uvjeta. Opterećena osoba neće ostati bez svoga prava opterećenoga nalogom u slučaju kada nije kriva za neispunjenje naloga ili ako je nalog ispunila onako i onoliko koliko joj je to u postojećim okolnostima najviše bilo moguće.

Kao što je već spomenuto, i darovni ugovor može predstavljati pravni posao za slučaj smrti (*donatio mortis causa*) kojim se postavljaju određena ograničenja prava vlasništva. Tim ograničenjima vezan je daroprimatelj kao stjecatelj prava vlasništva na temelju darovnoga ugovora.⁵²

VII. Zaključak

Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla treba razlikovati od ograničenja koja su pravu vlasništva postavljena zakonom ili odlukom tijela vlasti. Pravo vlasništva premda pojmovno predstavlja najširu pravnu vlast na stvari, i stoga obuhvaća i najšire ovlasti kojima se vlasnik može koristiti, ipak je podložno brojnim ograničenjima. Gotovo je nemoguće nabrojiti sva moguća ograničenja prava vlasništva, jer ona su, kao uostalom i vlasničke ovlasti, s teorijskoga stajališta skoro bezgranična. Upravo ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla doprinose značajnom umnažanju različitih ograničenja jer načelo slobode uređivanja obveznih odnosa i načelo dispozitivnosti zahtijevaju samo sukladnost Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva. Drugim riječima, sva ograničenja koja nisu zabranjena mogu biti uspostavljena pravnim poslom. Cilj ovoga rada nije bio prikazati sva ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla, jer to i nije moguće, nego ona najznačajnija i najuočljivija, te pri tome odgovoriti na pravne dvojbe koje ta ograničenja izazivaju.

S teorijskoga je motrišta moguće razlikovati opća od posebnih ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla. U opća se ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla može ubrojiti: 1. zabranu otuđenja ili opterećenja, 2. uvjetovanje i oročenje pravnoga posla i 3. ograničenje radi osiguranja tražbine. Pri uvjetovanju i oročenju prava vlasništva pravnim poslom nastaje prethodno i potonje vlasništvo.

⁵² "Daroprimac (sin) ograničen je od darodavca (oca) u raspolaganju imovinom, koja je bila predmet darovne pogodbe, tako da darovanu imovinu nije mogao otuđiti među živima, niti njome raspolagati za slučaj smrti, nego su poslije smrti daroprimca vlasnici te imovine imali postati njegova bračna muška djeca (a ženskoj djeci trebao je dati opremu prigodom njihove udaje). To ograničenje nije u skladu s pravnim načelima imovinskog i nasljednog prava ni s pravnim pravilima toga prava koja su prihvaćena u našem pravnom poretku. Navedeno ograničenje sadržajno je fideikomisarna supstitucija, a odnosi se na imovinu, koju bi inače daroprimac bio naslijedio (barem djelomično) već po samom zakonskom redu nasljeđivanja. Prema odredbama Zakona o nasljeđivanju fideikomisarna supstitucija je zabranjena i odredba o njoj ima se smatrati kao da ne postoji (čl. 243. st. 4. ZN). Osim toga nije dopušteno ni da se vlasnik ograniči u pravu raspolaganja imovinom za slučaj smrti, odnosno da se on odrekne takvog prava raspolaganja. Prema tome daroprimac je bio ovlašten slobodno raspoložiti imovinom koja mu je darovana". VSH, GŽ-1770/59 od 6. svibnja 1960., Žuvela, M.: "Vlasničkopravni odnosi", Zagreb, 1996., str. 68.

Posebna su ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla, a tako ih treba nazivati jer se ili ne odnose na opći oblik vlasništva ili se na drugi način razlikuju od općih ograničenja. Ta posebna ograničenja prava vlasništva mogu biti uspostavljena različitim vrstama pravnih poslova (npr. oporukom, kupoprodajom, zamjenom, darovanjem, posebnim oblicima ovih ugovora, međuvlasničkim ugovorom, ugovorom o ortakluku itd.), a mogu se ticati bilo individualnoga vlasništva, bilo suvlasništva, zajedničkoga vlasništva i etažnoga vlasništva.

Kod suvlasništva ograničenja uspostavljena pravnim poslom, a to je oporuka i ugovor, mogu se odnositi na postavljanje roka ili uvjeta glede razvrgnuća suvlasničke zajednice ili glede načina razvrgnuća. Trajna zabrana razvrgnuća suvlasništva uspostavljena pravnim poslom trajat će, međutim, onoliko vremena koliko se bude ispunjavala i imala smisla sama pravna osnova (kauza) toga pravnoga posla. Ako prestane kauza toga pravnoga posla, prestat će i zabrana razvrgnuća suvlasništva.

U zajedničkom vlasništvu ograničenja na temelju pravnoga posla mogu sadržavati oporuka, ugovor o ortakluku i međuvlasnički ugovor jer ona se mogu ticati zajedničkoga vlasništva u nasljedničkoj zajednici, zajedničke imovine ortaka i zajedničke pričuve etažnih vlasnika. Bračna stečevina, međutim, više nije oblik zajedničkoga vlasništva nego suvlasništva, osim ako se bračnim ugovorom ne bi drukčije odredilo.

Kod etažnoga vlasništva ograničenja na temelju pravnoga posla mogu postojati glede zajedničkih dijelova nekretnine, upravljanja i troškova nekretnine. Osnovno pitanje vezano uz zajedničke dijelove nekretnine jest mogu li suvlasnici pravnim poslom neke zajedničke dijelove pretvoriti u posebne dijelove i tada na njima osnovati etažno vlasništvo u korist jednoga ili nekolicine suvlasnika. Prema ZV to načelno nije moguće, no, s obzirom na elasticitet i relativnu apstraktnost pravnih pravila koja se odnose na zajedničke dijelove, moguće je, temeljem Uredbe o održavanju zgrada, međuvlasničkim ugovorom predvidjeti da se neki zajednički dijelovi i uređaji zgrade ne smatraju takvima. Tako bi suvlasnici mogli, primjerice, pojedine terase ili ravan krov zgrade međuvlasničkim ugovorom izdvojiti od zajedničkih dijelova te, smatrajući ih posebnim dijelovima, na njima osnovati etažno vlasništvo.

Kupoprodaja s pridržajem prava vlasništva ograničava pravo vlasništva na način da se prodavatelj javlja kao prethodni, a kupac kao potonji vlasnik stvari. Pravni poslovi za slučaj smrti, a to su prije svih oporuka i darovni ugovor, ograničavaju pravo vlasništva ako su u njima sadržani uvjeti, rokovi i nalozi, pri čemu može nastati prethodno i potonje vlasništvo.

Summary

LIMITATIONS TO THE OWNERSHIP ON THE BASIS OF LEGAL TRANSACTION

Limitations to the ownership on the basis of legal transactions should be distinguished from limitations constituted by the law or by the competent state body. The differentiating factor among these limitations is the voluntary character of limitations created by the legal transactions.

From the theoretical point of view, it is possible to distinguish general and special limitations to the ownership created by the legal transactions. General limitations are: 1. prohibition of alienation or burdening, 2. conditioning and time-limiting of the ownership, and 3. limitations for the purpose of payment insurance. Special limitations, those which are not related to the general form of ownership or are distinguishable from the general limitations for some other reason, may involve joint ownership, common ownership, condominium, special form of purchase including detention of ownership, legal transaction *mortis causa*, etc.

Legal transaction may limit the joint ownership by special condition or time-limit which in turns determines the right to divide ownership, while the limitation may also dictate the manner of division. The limitations to the common ownership may be included in a will, partnership contract or owners' agreement since they may touch upon common ownership among heirs, partners or owners of the common parts of the building. Limitations of the condominium may relate to the common parts of the real estate, its maintaining or common costs.

Purchase including detention of ownership limits the ownership by determining the previous and subsequent owner of the object. Legal transactions *mortis causa* (will, contract on gift) limit the ownership if they include conditions, time-limits or instructions, which may also create previous and subsequent ownership.

Key words: *ownership, legal transaction, limitation, flat ownership, joint ownership, common ownership.*

Zusammenfassung

**BESCHRÄNKUNG DES EIGENTUMRECHTS
AUF GRUND EINES RECHTSGESCHÄFTS**

Die Beschränkung des Eigentumsrechts auf Grund eines Rechtsgeschäfts ist von der Beschränkung auf Grund des Gesetzes und der Beschränkung auf Grund einer Entscheidung der Regierungskörper zu unterscheiden. Das, was die Beschränkung des Eigentumsrechts, deren Quelle ein Rechtsgeschäft ist, von den anderen Beschränkungen unterscheidet, ist die Freiwilligkeit der Entstehung dieser Beschränkungen, denn die Subjekte sind damit einverstanden.

Theoretisch gesehen kann man die allgemeine und besondere Beschränkung des Eigentumsrechts auf Grund eines Rechtsgeschäfts unterscheiden. Zu den allgemeinen Beschränkungen zählen: 1. Verbot der Veräußerung oder Belastung, 2. Bedingtheit und Befristung des Eigentums und 3. Beschränkung zwecks Sicherung der Nachfrage. Besondere Beschränkungen des Eigentumsrechts auf Grund eines Rechtsgeschäfts, und als solche müssen sie bezeichnet werden, denn sie beziehen sich nicht auf eine allgemeine Form des Eigentums oder unterscheiden sich auf andere Weise von den allgemeinen Beschränkungen, können Miteigentum, gemeinsames Eigentum, Wohnungseigentum, eine besondere Vertragsform beim Verkauf betreffen, bei dem eine Einschränkung des Eigentumsrechts besteht, außerdem Rechtsgeschäfte im Todesfall u.ä.

Beim Miteigentum können sich die Beschränkungen, die durch ein Rechtsgeschäft festgelegt werden, auf die Festsetzung einer Frist oder von Bedingungen, von denen das Recht auf Auflösung abhängt, beziehen aber eine Beschränkung kann auch hinsichtlich der Art der Teilung bestehen. Bei gemeinschaftlichem Eigentum können Beschränkungen auf Grund von Rechtsgeschäften ein Testament beinhalten, ein Vertrag über eine Handelsgesellschaft, und ein Vertrag zwischen den Eigentümern, denn er kann gemeinschaftliches Eigentum einer Erbengemeinschaft betreffen, gemeinsames Vermögen von Kompagnons und gemeinsame Reserven von Wohnungsinhabern. Bei Wohnungseigentum, können Beschränkungen auf Grund eines Rechtsgeschäfts hinsichtlich gemeinsamer Teile einer unbeweglichen Sache, sowie der Wartung und Ausgaben für diese bestehen.

Kauf und Verkauf unter Vorbehalt des Eigentumsrechts beschränkt das Eigentumsrecht auf die Weise, dass der Verkäufer als vorheriger Eigentümer und der Käufer als späterer Eigentümer der Sachen auftritt. Rechtsgeschäfte für den Todesfall, und dies sind vor allem Testament und Schenkungsvertrag, beschränken das Recht auf Eigentum, wenn in ihnen Bedingungen, Fristen und Anordnungen enthalten sind, wonach ein vorheriges und späteres Eigentum entstehen kann.

Schlüsselwörter: *Eigentumsrecht, Rechtsgeschäft, Beschränkung, Wohnungseigentum, Miteigentum, gemeinschaftliches Eigentum.*

Sommario

LIMITI AL DIRITTO DI PROPRIETÀ SUL FONDAMENTO DI ACCORDI LEGALI

I limiti al diritto di proprietà sul fondamento di accordi legali dovrebbero essere distinti dalle limitazioni costituite dalla legge o dai competenti organi statali. Il fattore differenziante tra questi limiti è il carattere volontario delle limitazioni create dagli accordi legali.

Dal punto di vista teorico, è possibile distinguere i limiti generali e speciali al diritto di proprietà creati dagli accordi legali. I limiti generali sono: 1. Divieto di alienazione o gravame; 2. Condizionamento e limitazione temporale del diritto di proprietà; e 3. Limitazioni allo scopo del pagamento dell'assicurazione. I limiti speciali, che non sono relativi alla forma generale del diritto di proprietà o sono distinguibili dai limiti generali per altra ragione, possono riguardare la comproprietà, la proprietà comune, il condominio, una forma speciale di contratto di compravendita inclusiva della ritenzione del diritto di proprietà, l'accordo legale a causa di morte, e altro.

Gli accordi legali possono limitare la comproprietà attraverso speciali condizioni o limitazioni temporali che a turno determinano il diritto di dividere la proprietà, mentre il limite può anche fissare il modo della divisione. I limiti alla proprietà comune possono essere inclusi in un testamento, un contratto di società o un contratto tra proprietari affinché possano toccare la proprietà comune tra eredi, soci o proprietari delle parti comuni dell'immobile. I limiti al condominio possono concernere le parti comuni dell'immobile, il suo mantenimento o i costi comuni.

La compravendita inclusiva della ritenzione del diritto di proprietà limita il diritto di proprietà mediante la determinazione del precedente e del successivo proprietario dell'oggetto. Gli accordi legali a causa di morte, e questi sono il testamento e il contratto di donazione, limitano il diritto di proprietà se includono condizioni, limitazioni temporali od ordini che possono altresì stabilire la precedente e la successiva proprietà.

Parole chiave: *diritto di proprietà, accordo legale, limite, proprietà immobiliare, comproprietà, proprietà comune.*

ODGOVORNOST PROIZVOĐAČA ZA ŠTETU OD PROIZVODA

Dr. sc. Aldo Radolović, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 366
347.51
Ur.: 15. prosinca 2000.
Pr.: 12. veljače 2001.
Pregledni članak

Pravna regulacija odštetne odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda pojavila se u europskom građanskom pravu u drugoj polovici 20. stoljeća (iza 1960. godine). Stoga je i bivši federalni zakonodavac (od koga je u hrvatsko pravo preuzet i ZOO) odredbom u čl. 179. u osnovi slijedio takve tendencije. Taj propis ipak nije izrazio sve pravne probleme s time povezane, a zaseban problem predstavlja činjenica što se u međuvremenu znatno izmijenilo europsko pravo o odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda. Domaće pravo (na svim nivoima: teorijskom, praktičnom i zakonodavnom), barem u bitnome, prati opća stremljenja na ovom pravnom području. Sada su u tome potrebni dodatni napori.

Pravo odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda nije puki sastavni dio općeg prava zaštite potrošača u kojem se ono može "izgubiti" bez nužno potrebne građanskopravne prepoznatljivosti. U širem smislu može pripadati općem "pokretu" zaštite potrošača, ali u užem mora zadržati svu svoju pravnu samostalnost.

Poseban dio može pripadati postupovnopравnim aspektima zaštite od štete koji imaju nedostatak (grešku). Taj dio ovaj rad ne zahvaća, a može biti vrlo važan za sveukupnost ostvarivanja prava po ovoj osnovi. To bi, međutim, prešlo zadane okvire ovog rada koji se ograničava na razmatranje najbitnijih materijalnopравnih pretpostavki odštetne odgovornosti proizvođača.

Ulaz u 21. stoljeće donijet će, po mnogima, ne više samo proizvodnu i tehnološku revoluciju, nego pravu "proizvođačku ludnicu". Pravni poredak (domaći i strani) morao bi taj izazov spremno dočekati. Za sada su, čini se, za to postavljeni dosta dobri temelji.

Ključne riječi: zaštita potrošača, odgovornost proizvođača za štetu.

I. Uvod

Građanskopravna odgovornost za proizvod (u smislu odštetne odgovornosti proizvođača) javlja se u europskom (kontinentalnom) pravu tek 60-ih godina 20. stoljeća. To ujedno znači da su redaktori Zakona o obveznim odnosima, iz 1978. godine (kojeg je Republika Hrvatska po svom državnompravnom osamostaljenju 1991. godine preuzela kao svoj zakon, uz određene izmjene i dopune) nastojali biti u tijeku općeg pravnog razvoja kada su za odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom izdvojili makar i samo jedan, ali vrlo važan zakonski članak (čl. 179.).

Mada je nekih ideja bilo i na samom početku 20. stoljeća, "fitalj" koji je 60-ih godina "zapalio" europsku građanskopravnu misao i praksu bio je poznati slučaj "Talinomid", kada je proizvođač (Njemačka) naveliko reklamirao to sredstvo kao lijek za pomoć trudnicama, a potom se ispostavilo da je lijek zapravo krajnje opasan za trudnice i zbog toga se rodilo nekoliko tisuća teško deformirane djece (prava je ironija sudbine da se isti lijek danas, više od trideset godina nakon tadašnjih tragičnih događaja, propagira - ovaj put izgleda opravdano - kao dosta uspješno sredstvo u kemoterapijskom liječenju najtežih bolesti). Sličan je bio i slučaj prodaje lijeka za kožne bolesti "Stalinom", (Francuska) koji je uzrokovao smrt više od stotinu ljudi, a više je stotina njih doživjelo teška i trajna oštećenja. Poznati puder za djecu "Baumol" izazvao je smrt više od stotinu djece, a u USA se od defektnog cjepiva protiv poliomyelitisa teško razboljelo više stotina ljudi. Takvih, vrlo neugodnih, događaja nalazimo na sve strane svijeta, i kod nas i u inozemstvu.

Sociološka je činjenica da u suvremenom svijetu na tržište dolaze sve brojniji, raznovrsniji i tehnološki kompliciraniji proizvodi. Promidžbeni oglasi u tisku, na radiju i televiziji jednostavno zapljuskuju građane golicavim pričama o "savršenosti" i "bespriječnosti" tih proizvoda, a blještave reklame u sve luksuznijim izlozima do kraja fasciniraju svojom spektakularnošću.

Čovjek sve više koristi proizvode kojima se u prošlosti nije koristio. Ono što je nekad bilo nemoguće ili je bio luksuz koji si je malo tko mogao priuštiti, sada je gotovo u općoj upotrebi. I "najobičniji" čovjek ne želi se više odreći upotrebe automobila, centralnog grijanja, trošenja struje ili plina, uzimanja kondenzirane hrane, lijekova itd. Čovjek današnjice, manje ili više, zna i za brojne rizike kojima se pritom izlaže, ali se ne želi (čak više ni ne može) vraćati nazad. Odricanje od upotrebe modernih proizvoda na suvremenom stupnju razvoja jednostavno ne dolazi u obzir.

Sve ljepši i spektakularniji proizvodi nisu uvijek i jednako toliko kvalitetni. Izgleda da je "ljepota" (dizajn, oblik) išla mnogo više naprijed nego istinska kvaliteta proizvoda. Tehnički napredak, doduše, omogućuje i tehnološki bolje proizvode, ali nesmiljena tržišna konkurencija na globalnoj razini i želja da se pošto-poto osvoji kupca kao potrošača, proizvođaču nameće kao prvenstvenu upravo borbu da proizvod bude "lijep", manje da bude i stvarno kvalitetan i siguran.

S druge strane, posve je evidentno da ti "lijepi", "perfektni" i "najbolji" proizvodi izazivaju sve učestalije i sve više štete. Osim već navedenih (najtežih, gotovo najgroznijih) primjera, možemo istaknuti da smo i u neposrednom, svako-

dnevnom životu svjedoci sve brojnijih trovanja hranom, smrti ili oštećenja zdravlja zbog uzimanja nekih lijekova, eksplozija kućanskih aparata, prometnih nesreća zbog konstruktivnih grešaka samog vozila itd., itd. Dnevni tisak bilježi čak i vrlo teške ozljede od eksplozije jogurta (!?).

Zašto do toga dolazi?

Jedan (prvi) razlog smo već spomenuli - proizvođač je danas logikom tržišta više natjeran na praćenje dizajna (ljepote, forme, oblika) nego kvalitete proizvoda. Dobivamo tako (dosta često) proizvode koji su doista uspješni po svom izgledu, ali zato manje sigurni i pouzdani.

Drugo, čak i uz pretpostavku (realno nepostojeću) da proizvođač više misli na sigurnost proizvoda nego na dizajn, nema i ne može biti nekakve apsolutne tehničke savršenosti proizvođača i proizvoda jer se ona (objektivno) ne može postići ni pod optimalnim uvjetima rada, pa čak ni uz najveći mogući stupanj pažnje u procesu proizvodnje. Sve uz mjere opreza i pažnje, uz najbolje znanje, moguć je proizvod s greškom. Odnosi se to napose na izvorno nove, tehnološki i tehnički još neproverene i do kraja neispitane proizvode. Nerijetko je proizvod rezultat rada većeg broja proizvođača koji nisu svi na istoj razini tehnološke osposobljenosti pa krajnji (finalni) proizvođač, ma koliko kvalitetan bio, ne može "pokriti" manjkavosti proizvođača pojedinih dijelova.

Treće, proizvodi su sve kompliciraniji, a čovjekovo znanje o tehnici (premda danas veće nego jučer) ne prati u dovoljnoj mjeri tu sve veću tehnološku složenost modernih proizvoda.

Mogli bi se tu navesti eventualno i neki drugi razlozi, ali mislimo da su i ovi dosta ilustrativno objašnjenje postojećeg stanja u svim dijelovima svijeta, da od upotrebe modernih proizvoda nastaju sve češće i sve veće štete.

Takvo stanje nijedan pravni sustav ne može ostaviti ravnodušnim. On involvira brojna pravna pitanja na koja poznata klasična pravna rješenja više ne mogu davati zadovoljavajuće odgovore. To na taj način postaje i poseban pravni izazov: na moderni pravni način reagirati na moderne tehničke i tehnološke fenomene.

II. Pregled razvoja pravne regulacije odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda

Europska (i svjetska) "proizvođačka revolucija" počela je još u 19. stoljeću, početkom 20. stoljeća ona je upravo u zadivljujućem usponu (koji se nastavlja), a ipak se prve misli o građanskopravnoj odgovornosti proizvođača pojavljuju, kako je na samom početku ovog rada već rečeno, tek 60-ih godina 20. stoljeća.

Uzrok tom relativnom kašnjenju nije teško naći: regulacija građanskopravne odgovornosti proizvođača protivi se individualističkoj i liberalističkoj koncepciji razvoja društva, vladajućoj u 19. i na početku 20. stoljeća. Svaka pomisao o mogućoj odgovornosti onog koji se bavi proizvodnjom izgledala je kao napad na već jako zahuktalu proizvođačku mašinu mlade i krajnje ofenzivne građanske klase i zapreke njenom daljnjem, slobodnom razvoju i bogaćenju.

Građanski zakonici 19. stoljeća (Code civil, OGZ, BGB) nemaju odredbi o izravnoj odgovornosti proizvođača. Code civil (1804.) i OGZ (1811.) još se i mogu "izvlačiti" time što je tehnološka revolucija u vremenu njihova donošenja bila tek na početku (pa takve novine nije bilo ni svrsishodno pravno regulirati), ali što onda reći za BGB koji se donosi 1896. godine kada tehnološki progres ima svoj već vrlo jasno oblikovani sadržaj?!

Svi ti zakonici sadrže jedino norme koje reguliraju odgovornost prodavatelja proizvoda (dakle ne i proizvođača koji u pravilu sam nikada ne prodaje svoj proizvod) za moguće nedostatke po ugovornim pravilima o odgovornosti za fizičke (materijalne) nedostatke prodane robe.

Ta su pravila, kako ćemo u nastavku pobliže analizirati, dosta neadekvatna i, u cjelini gledano, zapravo štite od bilo kakve građanskopravne odgovornosti. Ona ne zahvaćaju proizvođača proizvoda. Primjenom takvih pravila zakinut ostaje potrošač (kupac) koji pretrpi štetu od proizvoda. Prodavatelj će se relativno vrlo lako osloboditi svoje odgovornosti za štetu dokazom da nije kriv (što mu, najčešće, uopće nije teško jer je on od proizvođača dobio gotov proizvod, zapakiran i zatvoren, pa ga takvog isporučuje kupcu), a do stvarnog krivca (proizvođača) oštećeni potrošač (kupac) ne može doći jer propisi ne predviđaju nikakvu građanskopravnu odgovornost proizvođača. Još je u većoj neprilici treći koji nije kupac (a u doticaju s proizvodom pretrpio je štetu) jer on nije u pravnom odnosu ni s prodavateljem ni s proizvođačem.

No, bila bi preopasna svaka moguća sugestija da proizvođača treba izložiti pravnoj odgovornosti za štetu za svaki slučaj i pod svaku cijenu. To bi onda ugrozilo proizvodnju robe, jer bi proizvođača tjeralo na strah i oprez. Proizvođač bi reagirao tako da bi smanjio proizvodnju (napose onu rizičniju), a to bi bila konzekvenca koju ne žele potrošači ni društvo u cjelini. Točno je, doduše, da ne postoji pravna obveza baviti se proizvodnjom, ali zato (notorno) postoji njena gospodarska i životna nužnost. Nitko ne mora proizvoditi, no nema života bez proizvodnje.

O toj važnoj konsideraciji moramo voditi računa i ne dati se "zaslijepiti" idejom nekakve potpune i apsolutne zaštite potrošača (konzumenata), ma koliko danas bilo atraktivno (čak i avangardno) pričati o tome. To bi bila druga krajnost koja bi bila jednako štetna kao i prva opcija da proizvođač uopće ne odgovara za štetu od proizvoda.

Treba postići prihvatljivu ravnotežu između, s jedne strane, željene zaštite potrošača (i trećih) i, s druge strane, nužne zaštite opravdanih interesa proizvođača. Ta vrlo suptilna dijalektika, ta težnja za postizanjem "nemogućeg" (jer je u pitanju pomirenje vrlo suprotstavljenih interesa) čini svaku pravnu regulaciju odštetne odgovornosti proizvođača vrlo složenom kategorijom i uistinu nije lako postaviti konkretnu građanskopravnu regulaciju prikladnu za ostvarivanje navedenih ciljeva.

Raspodjela rizika je, dakle, cilj koji na ovom planu valja postići i to je načelo ("Risikoverteilung") danas dominantna ideja vodilja u europskom građanskom

pravu u dijelu koji se odnosi na odštetnu odgovornost proizvođača.¹

No, taj "Risikoverteilung" je još uvijek samo jedno lijepo pravilo (načelo) kojeg nije baš lako "pretočiti" (pretvoriti) u konkretnu građanskopravnu regulativu i neposrednu sudsku praksu.

Europski građanski zakonici, kako već rekosmo, daju vrlo malo prostora (izravno ga zapravo uopće ne daju) za bilo kakvo kvalitetno pravno tumačenje koje bi dovelo (i) do odgovornosti proizvođača za proizvod, ali je sudska praksa vodećih europskih država i u tim "nemogućim" uvjetima i uz tako oskudnu pravnu regulaciju znala praviti i dosta hrabre iskorake upravo u pravcu pronalaženja pravnih temelja proizvođačeve odgovornosti. Svaka takva pravna interpretacija pobuđuje razumljivu znatiželju jer doista djeluje fascinantno da se iz postojeće regulacije sadržane u europskim građanskim zakonima ipak konstruira samostalna odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda. Čak i ondje gdje takvo pravno tumačenje nije dalo željeni učinak, doprinijelo je sazrijevanju ideje o potrebi donošenja posebnih propisa o odgovornosti proizvođača.²

Europska zajednica, međutim, ne nastavlja i ne pokazuje toliku "hrabrost" sudske prakse pojedinih članica iz svog sastava nego se više priklanja postojećoj (skromnoj) pravnoj regulaciji. Poznata Direktiva br. 374 iz 1985. godine nastoji uniformirati (izjednačiti) europsku sudsku praksu o odštetnoj odgovornosti proizvođača za proizvod no gotovo bez ikakvih inovacija³. Nema tu, dakle, ničeg novog ni do sada nepoznatog pa nejasnoće koje ostavljaju stari (ali još na snazi) građanski zakonici ostaju i nadalje.

Istinsku novost predstavljaju pojave najnovijih propisa pojedinih država koji se odnose isključivo na regulaciju građanskopravne odgovornosti proizvođača za proizvod. U tom smislu valja svakako spomenuti novo švicarsko, švedsko i njemačko zakonodavstvo⁴.

¹ E. Bernasconi-Mamie: *Haftpflichtrecht, Entwicklung und Funktion der Produkthaftung am Westen*, Zürich 1995., str. 11.

² G. Benacchio, *Diritto privato europeo*, Padova 1998., str. 363. No, već su desetak godina prije toga G. Alpa i M. Bessone (*La responsabilità del produttore*, Milano 1987., str. 1) upozorili sveukupnu talijansku pravničku javnost kako je neophodno u ovoj oblasti (odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda) pronaći ravnotežu između opravdane zaštite oštećenih koji pretrpe štetu od doticaja s proizvodom i, s druge strane, proizvođača koga se ne smije pretjerano opteretiti (ovi autori govore o "racionalnoj distribuciji troškova").

³ G. Benacchio, *op. cit.*, str. 365.

⁴ Švicarska je svoj Zakon o odgovornosti proizvođača donijela 18. lipnja 1993. (na snazi je od 1. siječnja 1994.). Poblži prikaz tog zakona dala je E. Bernasconi-Mamie (vidi bilješku br. 1 ovog rada).

Švedska je sličan Zakon donijela 13. studenog 1994. godine. Talijanska pravna literatura (A. Simoni, *La recente legge svedese sulla responsabilità del produttore*, *Rivista di diritto civile*, 4/94, str. 689-729) je opširno prenijela i komentirala ovaj zakon. Za hrvatsku pravnu javnost mi smo također dali prikaz i prijevod švedskog zakona (A. Radolović, *Informator* br. 4320-4321 od 2. i 5. kolovoza 1995.)

Njemački zakon o odgovornosti proizvođača (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte - Produkthaftungsgesetz*) donijet je 15. prosinca 1989. godine.

U onim europskim državama koje još nisu donijele posebne (svoje) propise, npr. Italija, ostaju stari problemi. Propisa nema, zajedničko europsko pravo o tome faktički ne postoji pa se tumačenjem postojećih propisa i načela nastoji nekako doći i do odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda. Sva ta nastojanja pokazuju zadivljujuću pravnu inventivnost, čine prava "čuda", ali ipak ostaje zaključak da bez donošenja posebnog, novog, propisa u ovoj oblasti neće biti pravog napretka.

Talijansko pravo i inače predstavlja vrlo indikativno stanje suvremene pravne regulacije u oblasti odgovornosti proizvođača za proizvod.

Građanski zakon (1865., 1942.), naravno, ni ovdje nema izravnih odredbi. Pravna znanost prihvaća teoriju "Risikoverteilung"⁵, ali posebnog zakona (za sada) nema. Nastoji se u potpunosti pratiti europsko (komunitarno) pravo⁶, a radi provedbe Direktive br. 224 trudi se pobliže prezentirati i postići postavljene ciljeve iz Direktive Europske Unije.

Određbe o posebnoj odgovornosti proizvođača za proizvod donose i druga nacionalna zakonodavstva. Posebni zakoni postoje čak i u zemljama precedentnog prava (Engleska je, 15. svibnja 1987., donijela Consumer Protection Akt), a, što je pak posebno zanimljivo, pojavljuju se i u zemljama bivšeg socijalističkog bloka (Rusija).⁷

Javljuju se, dakle, novi zakoni i propisi, Europska zajednica nastoji (ograničenim) mehanizmima komunitarnog prava dati jedan opći okvir o odgovornosti za proizvod, ali je i pored svega toga europska pravna javnost vrlo nezadovoljna do sada ostvarenim⁸.

Što u tim uvjetima reći o hrvatskom pravu?

⁵ G. Alpa-M. Bessone, op. cit.

⁶ Prvi znanstveni radovi pojavljuju se već 1975. g. (C. Castronovo, Problema e sistema nel danno da prodotti, Milano 1975.) ali tek po pojavi Direktive br. 374 iz 1985. dolazi do "poplave" znanstvenih rasprava vezanih za tu oblast (F. Galgano, Responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria, 1986., P. Trimarchi, La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria, 1986., G. Alpa-M. Bessone, op. cit., 1987.).

U nastojanju harmoniziranja talijanskog prava s europskim pravom napose se ističu G. Bennachio (op. cit.) i N. Lipari. Diritto privato europeo, I. i II., Padova 1997. koji, doduše, problem zahvaća više (on i njegovi suradnici) s aspekta zaštite potrošača. Pažnju svakako zaslužuje i M. Serio (Metodo comparatistico e responsabilità del produttore nel diritto comunitario, Rivista di diritto civile 2/96).

⁷ Već spomenuta švicarska pravница E. Bernasconi-Mamie (bilješke br. 1 i 3) napisala je o ruskom pravu proizvođača posebnu knjigu: Das russische Produkthaftpflichtrecht, Zürich 1995.) Rusija je 7. veljače 1997. donijela poseban Zakon o zaštiti potrošača i u tom je kontekstu regulirana i odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda.

⁸ U povodu 10-godišnjice Direktive br. 374 iz 1985. održano je 1995. godine posebno znanstveno savjetovanje (Lovrino). Tu je izraženo opće nezadovoljstvo ostvarenim na planu primjene odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda. U gotovo svim referatima data je ocjena o nedovoljnim rezultatima primjene Direktive (G. Bennachio, op. cit., str. 386 i 387). Upućen je poseban apel europskom i pojedinim nacionalnim zakonodavstvima, sudovima i pravnoj teoriji kako bi se zajedničkim (novim) nastojanjima došlo i do bolje pravne regulative i do bitno boljih praktičnih rješenja.

Preuzeta regulacija iz ZOO-a, pa i ukupnog bivšeg federalnog prostora, pokazuje da su mnoga pitanja tu, ako ne baš riješena, dosta dotaknuta. To vrijedi i za pravnu teoriju, praksu i zakonodavstvo.

Teorija je brzo uvidjela nedostatke odgovornosti po krivnji⁹, praksa je nešto kasnila¹⁰. ZOO o odgovornosti proizvođača za proizvod ima svega jedan članak (čl. 179.), a RH, nakon preuzimanja ZOO-a, nije donijela poseban propis. Donošenje ZOO-a u 1978. godini bilo je popraćeno novim komentarom (i) čl. 179¹¹.

Odredba iz čl. 179. ZOO-a, vremenski gledano, donijeta je iza ovdje apostrofirane Direktive Europske Unije br. 374 iz 1985. godine. Hrvatska još nije članica EU i, dakako, nema obveze slijediti napatke iz takve Direktive. Direktivu, uostalom, ni europski pravници nisu ocijenili baš najpozitivnije, pa je doista pitanje u kom pravcu treba krenuti hrvatsko građansko pravo u oblasti odštetne odgovornosti proizvođača za proizvod.

Čl. 179. ZOO-a također je vremenski donijet i prije pojave najnovijih propisa pojedinih europskih zakonodavstava u ovoj oblasti (Njemačka, Švicarska, Švedska). Ni njih stoga nije mogao slijediti.

Ti (pojedini europski) zakoni nisu posebno obimni, ali sadrže barem desetak (ne više) vrlo kondenzirano napisanih zakonskih članaka. Naš jedan (jedini) članak, po tome, ne zadovoljava već u svom kvantitativnom smislu. No, nije zadovoljen ni kvalitativan aspekt, jer se u jedan zakonski članak ne mogu "pretočiti" sve (makar samo) najbitnije dileme koje se javljaju u pravnoj regulaciji odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda.

Europsko nezadovoljstvo 10-godišnjom primjenom Direktive br. 374 iz 1985. još je više sociološko-pravne, a ne normativno-pravne naravi. Dominira nezadovoljstvo praksom, djelomično (manje) i zakonodavstvom. Naše (domaće) nezadovoljstvo je i jedno i drugo.

Za hrvatsko pravo (dok je RH bila u sastavu SFRJ) inače je vrlo zanimljivo da je, u tadašnjim federalnim razmjerima, bilo najmanje teoretskih radova o odgovornosti proizvođača (osim stručnog rada D. Sikirića iz 1975. drugih radova ne nalazimo) ali je zato praksa hrvatskih sudova bila najaktivnija.¹²

⁹ J. Radišić, *Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari sa nedostatkom*, Beograd 1972.; E. Prica, *Odgovornost za štetu od proizvoda*, *Pravni život* 4/61.; D. Sikirić, *Odgovornost proizvođača*, *Odvjetnik* 11/75.; S. Cigoj, *Škoda iz produkta, uporaba prava za producentsko odgovornost po međunarodnih pravilih*, *Pravnik* 1976, 301 i *Odškodavinsko pravo Jugoslavije* (Ljubljana 1972.).

¹⁰ Referat sa sjednice Saveznog suda 1976. bio je prvi pokušaj objedinjavanja prakse u ovoj oblasti ali je, nasuprot tome, pokazao sve razlike.

¹¹ Blagojević i dr. (Komentar ZOO, Beograd 1980.); B. Vizner (Komentar ZOO, 1978.). U oba rada naročito se apostrofira vrlo oskudna sudska praksa u oblasti odgovornosti proizvođača za proizvod.

¹² Presudu VSH posl. br. Gž-3420/63 od 28. srpnja 1963. (slučaj eksplozije električnog bojlera) potvrdio je i VSH Jugoslavije (Rev. 3420/63 od 26. veljače 1964., *Pregled sudske prakse* 1964.). Presudom Gž-4496/74 VSH izražava stanovište da za štetu od uvezenog proizvoda uvoznik odgovara kao proizvođač, a u presudi posl. br. Gž-960/99 izražava stanovište (puknuće gume na autobusu) da je

III. Bitni konceptualni problemi u konstrukciji građanskopravne odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda

Brojni su pravni problemi koje valja apsolvirati u pravilnoj impostaciji odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda. Valja inzistirati upravo na sintagmi "odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda" jer ona naglašava više raznih konsideracija:

- da je u pitanju odgovornost (samo) proizvođača;
- da je to odgovornost za proizvod (ne npr. za štetu izazvanu u vrijeme procesa proizvodnje, bilo radnicima, odnosno zaposlenicima, bilo trećima) i
- da je riječ o odgovornosti za štetu, npr. za otklanjanje nedostataka, garanciju (jamstvo) za ispravno funkcioniranje prodane stvari itd.

U tom smislu obradit ćemo ovdje (u vrlo sintetiziranom obliku, koliko to napose dopuštaju prostor i vrijeme na raspolaganju) barem neka najvažnija pitanja. Izvjesno je svakako da tih problema ima mnogo više no što to, na prvi pogled gledano, može izazvati jedan jedini zakonski članak (čl. 179., ZOO). Taj je članak ZOO-a također rezultat sasvim određenih promišljanja i pravnih analiza, a kritička obrada te regulacije i (napose) mogući "pogled" na nekakvu hipotetski zamišljeno buduću regulaciju još u većoj mjeri potencira značenje pobližeg analiziranja fenomena odgovornosti proizvođača u naprijed izloženom smislu.

1. Odnos odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda i odgovornost za fizičke nedostatke, odgovornost iz osnova garancije i zablude u pravnom poslu

Tko pretrpi štetu od nekog proizvoda, vrlo je često kupac tog proizvoda. Njemu prodavatelj odgovara, po osnovi pravnog posla kupoprodaje, za fizičke nedostatke prodane i predate robe (proizvoda), jer je to naravni (prirodni) sastojak tog pravnog posla (čl. 121., čl. 478.-500. ZOO). To uključuje i odgovornost za štetu po općim pravilima odštetne odgovornosti (st. 3. čl. 488. ZOO).

No, ovaj oblik pravne zaštite zbog više razloga nije prikladan za ostvarivanje postavljenih ciljeva:

- prvo, to je (samo) ugovorni odnos kupca i prodavatelja; proizvođač, (koji u pravilu sam ne prodaje svoj proizvod) je izvan tog ugovornog odnosa;
- drugo, prodavatelj odgovara (u pravilu) po načelu krivnje i svoju nekrivnju može relativno lako dokazati (tvrdnjom odnosno dokazom da je prodao onakav proizvod kakvog je dobio od veletrgovca ili samog proizvođača);
- treće, ugovorna odgovornost za fizičke (materijalne) nedostatke može se isključiti ili ograničiti (čl. 486., ZOO), a ostvarenje prava po toj osnovi je ograničeno na relativno kratke rokove (st. 1. čl. 481., čl. 500., ZOO) i
- četvrto, prava iz odgovornosti prodavatelja za fizičke nedostatke kupljene robe ima samo kupac, a štetu od proizvoda može pretrpjeti i treći, koji sa

to krivnja proizvođača i da imatelj autobusa ne odgovara. Na navedenoj sjednici Saveznog suda 1976. godine VSH je izrazio zalaganje za promatranje odgovornosti proizvođača primjenom pravila o odgovornosti prodavatelja za mane robe.

prodavateljem nije ni u kakvom ugovornom odnosu, pa po toj osnovi ne može imati nikakva prava.

Sve to značajno otežava rješenje problema, pa se doslovno forsiraju rješenja kako bi se na podlozi odgovornosti iz kupoprodaje došlo i do odgovornosti proizvođača¹³.

Situacija je dosta slična i kod odgovornosti za fizičke nedostatke dosta sličnom institutu odgovornosti po osnovi garancije za pravilno funkcioniranje prodane stvari (čl. 501.-507. ZOO).¹⁴

Prava navedena u st. 1. čl. 501. ZOO-s postoje i prema prodavatelju i prema proizvođaču, i to je svakako značajna novost u odnosu na odgovornost za fizičke (materijalne) nedostatke robe. Iako to "ne dira u pravila odgovornosti prodavatelja za nedostatke stvari" (st. 2. čl. 501.), bit je doista slična, limitirani doseg pravne zaštite također.

No, to je samo zaštita prava na "ispravno funkcioniranje" kupljene stvari i ništa drugo. Pravo na naknadu štete od proizvoda tu se ne predviđa, pa ni ta odgovornost nije dostatna (iako se također koristi kao moguće uporište za konstrukciju specifične odgovornosti proizvođača).¹⁵

Sve naprijed rečeno (*mutandi mutandis*) vrijedi i za institut pobijanja pravnog (kupoprodajnog) posla zbog zablude. Mogućnost zablude, naime, proizlazila bi zbog toga što kupac proizvoda nije znao za neko svojstvo proizvoda, pa ga je to (štetno) svojstvo "iznenadilo" i izazvalo štetu, a on (da je to znao) isti proizvod ne bi bio kupio.

Institut pobijanja pravnog posla zbog zablude ima posve drugu svrhu: njime se štiti stranka (kupac) koja je zbog pogrešno motivirane volje dala očitovanje koje zapravo nije htjela. Kod odgovornosti za proizvod kupac nije ni u kakvoj zabludi, on zna što je kupio, a to mu je (najčešće) i dobro opisano. On ne želi (kada traži odštetu od proizvođača) pobijati ugovor kojim je odnosni proizvod kupio, nego jedino traži naknadu štete pretrpljene od kupljenog proizvoda.

Nema, dakle, zapravo nikakve dublje veze između odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda i opisanih odgovornosti (za fizičke nedostatke, jamstvo za pravilno funkcioniranje i pobijanje zbog zablude), pa je doista bio u pravu prof. Gavella kada je još pred tridesetak godina rekao da odgovornost proizvođača i odgovornost prodavatelja postoje odvojeno jedna od druge.¹⁶

¹³ Na bivšem federalnom prostoru je J. Radišić (*Garancija...*, op. cit., str. 83) pokušao lansirati teoriju tzv. socijalnog kontakta po kojoj bi u ugovornom odnosu sa proizvođačem također bili i svi oni koji su došli (na bilo koji način) u kontakt s proizvodom koji ima nedostatak, ali je to doista neuvjerljivo s obzirom na klasična pravila o relativnosti svakog ugovornog odnosa.

¹⁴ Naziv "Garancija za ispravno funkcioniranje prodane stvari" treba (pravilno) označiti kao "Jamstvo za ispravno funkcioniranje...". To nije samo jezična obveza, već i pravna jer je Zakon o normizaciji (N.N. 55/96.) uveo pojam "jamčevni list" (čl. 40.).

¹⁵ G. Alpa-M. Bessore, op. cit., str. 2.

¹⁶ N. Gavella, O odgovornosti u objektu kupoprodajnog ugovora (Naša zakonitost 8-9/71.).

Ova važna pravna konsideracija ujedno znači da neizbježne praznine koje nužno proizlaze iz preskromne regulacije u čl. 179. ZOO-a nećemo moći popraviti, odnosno popunjavati primjenom pravila o odgovornosti za nedostatke, jamstva za pravilno funkcioniranje i sl. Budući naši sudovi nemaju povlasticu "actionem denegare" nego moraju riješiti svaki spor koji se pred njih iznese (čl. 2., ZPP), u nastaloj situaciji biti će potrebno pribjeći upotrebi inozemnog ili komunitarnog europskog prava.

2. Pojam "proizvođača" kao subjekta odgovornosti

Proizvođač je, u smislu ovdje razmatrane odgovornosti, subjekt koji je odnosni proizvod "stavio u promet".

Takva stilizacija st. 1. čl. 179. ZOO ima za cilj naglasiti upravo činjenicu "stavljanja u promet". To je, u pravilu, onaj koji je proizvod proizveo (i ZOO kaže "Tko stavi u promet neku stvar koju je proizveo..."), ali formulacija "Tko stavi u promet..." naglašava bitnu okolnost da odgovornost nastupa tek trenutkom stavljanja proizvoda u promet, a ne, recimo, dovršetkom tehnološkog procesa proizvodnje ili protupravnim otuđenjem dovršenog proizvoda prije njegovog puštanja u slobodni pravni promet.

To je sve što ZOO kaže o pojmu proizvođača, odnosno što se u tom smislu može "izvući" tumačenjem citirane odredbe.

Slična konsideracija nalazi se i u odredbi iz st. 1. par. 4. njemačkog Produkthaftungsgesetzes iz 1989. godine. No, tu se u istom stavku dodaje i to da je proizvođač i svaki onaj koji je na proizvodu označen kao proizvođač (dao je svoje ime, žig ili neki drugi znak razlikovanja). St. 2. istog paragrafa dodatno navodi da je također proizvođač i onaj tko na tržište Europske zajednice iznosi neki proizvod ("...Wer ein Produkt...einführt oder verbringt", što se, po našoj ocjeni, može prevesti kao "Ako uvozi..."). Snabdjevač tržišta (st. 3. istog par.) je, u sumnji, uvijek onaj tko se uzima za proizvođača ako stvarni proizvođač na proizvodu nije označen.

U ovom radu višestruko spomenuta Direktiva Europske Unije br. 374 iz 1985. godine razlikuje 6 tipova proizvođača:

- a) proizvođača gotovog proizvoda
- b) proizvođača primarnih materija
- c) proizvođača neke od komponenata proizvoda
- d) onaj tko je na proizvod utisnuo svoj naziv, žig ili znak razlikovanja
- e) uvoznik na područje Europske zajednice

f) snabdjevač koji se izjednačava s proizvođačem, u cilju ostvarenja ciljeva Direktive, u svim slučajevima u kojima nije moguće identificirati proizvođača ili on oštećenima nije dao podatke dostatne za individualizaciju proizvođača¹⁷.

¹⁷ G. Benacchio, op. cit., str. 368., naglašava da EU uvođenjem pojma snabdjevača (liferanta) želi spriječiti pojavu nesigurnih proizvoda i mogućnost nekažnjavanja svakog tko proizvodi ili distribuira proizvode i iz toga izvlači dobit.

Švicarski zakon iz 1993. u st. 1. par. 6. slično određuje proizvođača kao onog tko je proizvod proizveo, uzgojio, podigao, izvadio ili sakupio. U st. 2. navodi se da je proizvođač i uvoznik, ali samo u slučaju kada je uvezoao proizvod i plasirao ga na području Europske Zajednice.

Za domaću (hrvatsku) pravnu upotrebu važna su u ovom kontekstu definicije pojma "proizvođač" dva pitanja: slučaj većeg broja proizvođača koji sudjeluju u stvaranju proizvoda i slučaj kada je proizvod uvezen na područje Republike Hrvatske.

Prvu situaciju (veći broj proizvođača) možemo riješiti primjenom navedenog pravila (prevladavajućeg u europskom pravu) da se i proizvođač pojedinog dijela smatra (i) proizvođačem cijelog proizvoda, ali također i primjenom domaće odredbe obveznog prava o solidarnoj odgovornosti kada je šteta nastala zajedničkim djelovanjem više štetnika (čl. 206., ZOO).

Mnogo je složenija situacija kada je u pitanju uvezeni proizvod. Europsko (komunitarno) pravo uvoznikom (pa prema tome i proizvođačem) smatra i onog tko je proizvod uvezoao iz neke od zemalja članica. Onaj pak tko je proizvod uvezoao iz neke od zemalja izvan EU ne smatra se uvoznikom nego snabdjevačem (liferant). Razlika nije beznačajna jer liferant odgovara po strožim kriterijima.

Sudska praksa je u Republici Hrvatskoj u razdoblju od 15-ak godina jako varirala u pravnom tretmanu uvoznika, nažalost tako da je novija praksa bila sve nepravilnija, a za potrošače sve nepovoljnija. Početna je praksa, naime, bila takva da se uvoznik izjednačavao s uvoznikom, a novija praksa od toga odustaje.¹⁸

3. Pojam "proizvoda" kao pretpostavka odštetne odgovornosti proizvođača

ZOO ne daje pojam "proizvoda". Možda stoga što je to jasno "samo po sebi", a možda i zbog toga što želi da se to učini nekim drugim propisom.

Taj je "drugi propis" najprije bio Zakon o standardizaciji, a sada je to Zakon o normizaciji¹⁹.

¹⁸ Prva (pozitivna) odluka pojavila se u presudi Gž-4496/74 od 7. travnja 1975. (D. Sikirić, *Odgovornost proizvođača*, *Odvjetnik* 1/75, str. 470.). Druga je (negativna) odluka nedavna - Rev. 10/1991 od 4. studenog 1992. (Izbor odluke 1993., str. 126.). U časopisu "Vladavina prava" (br. 102/98), A. Radolović, čl. 179. ZOO u sudskoj praksi, mi smo izrazili nezadovoljstvo s ovom regresivnom promjenom, također i žaljenje što stav zauzet još 1975. godine nije nastavljen (dvojbeno je je li stvarno promijenjen ili je samo "zaboravljen"). Pritom smo se pozvali i na još jednu direktivu EU br. 59/92. koja na još suptilniji način pravi razliku između uvoznika proizvoda i snabdjevača (liferenta). Produbljeniju analizu tog problema našli smo kod N. Liparia (*Diritto privato europeo*, Padova 1997., str. 996.-1029.).

VSH u jednoj svojoj drugoj odluci (Rev. 2966/90 od 16.10.1991.) govori o samostalnoj odgovornosti "isporučitelja poljoprivrednog sjemena" ali po čl. 33. Zakona o poljoprivrednom zemljištu (navedeno prema I. Crniću, ZOO, Zagreb 1996., str. 192.).

¹⁹ Zakon o standardizaciji (Sl. l. SFRJ 38/77., NN 53/91.), Zakon o normizaciji (NN 55/96.). Sadržajno i tekstualno Zakon o normizaciji dosta (u definiciji proizvoda) slični na odredbu iz par. 2 švedskog Zakona o odgovornosti za proizvod, koji naglašava i dio (komponentu) proizvoda kao samostalni proizvod.

Prema al. 1. čl. 3. Zakona o normizaciji proizvodi su sljedeći: sirovine, poluproizvodi, dijelovi, sklopovi, gotovi industrijski i obrtnički proizvodi, poljoprivredni i prehrambeni proizvodi, bezalkoholna i alkoholna pića, pridodane stvari, začini, sjeme i sadni materijal poljoprivrednog i šumskog bilja, objekti, postrojenja, uređaji, oprema i druga sredstva rada.

Direktiva EU iz 1985. malo govori o proizvodu, te se čini da problem apsolvira detaljnim navođenjem oblika i vrste proizvođača.

Njemačko pravo (par. 2. Produkthaftungsgesetz) kaže da je proizvod (u smislu tog Zakona) svaka pokretna stvar (također i onda kada predstavlja dio druge pokretne ili nepokretne stvari), a onda, kao primjere, ("sowie") navodi i električnu struju. Izrijeком se navodi da proizvod ne predstavljaju ("Ausgenommen sind...") poljoprivredni proizvodi i proizvodi stočarstva, pčelarski i ribarski proizvodi (prirodni proizvodi) koji (kao i lovački proizvodi) nisu prerađivani.

Švicarski zakon (čl. 3.) slično navodi da proizvod predstavlja svaka pokretna stvar (također i električna struja), no uz dodatnu odredbu da to vrijedi ako u smislu propisa Građanskog zakonika čine separiranu (odvojenu) stvar. To, konkretno, omogućuje da se prirodni proizvodi ne smatraju proizvodom u smislu propisa koji reguliraju proizvođačevu odgovornost.

Iz rečenoga proizlaze, po našoj ocjeni, dvije bitne konstante za oznaku pojma "proizvod": da je to rad čovjeka i da predstavlja pokretnu stvar.

G. Benacchio s pravom naglašava²⁰ da su, u sveukupnosti problema odštetne odgovornosti proizvođača za štetu proizvoda, središnja dva pojma: pojam proizvođača i pojam nedostatka proizvoda. Nije, dakle, esencijalno pitanje što je to proizvod, nego što je to "nedostatak proizvoda", jer odgovornost ne postoji za proizvod kao takav, nego samo onda kada taj proizvod ima neki "nedostatak".

ZOO (u čl. 179.) slijedi ovakva pravna razmišljanja jer se ovaj članak (čl. 179.) i naziva "Odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom". Pojmu "nedostatak" treba stoga ovdje posvetiti najveću pažnju.

Što se ne odgovara "za proizvod" nego za "nedostatak proizvoda", svakako je rezultat uvodno istaknute koncepcije "Risikoverteilung" (raspodjela rizika). Tu konsideraciju u svom nazivu naglašava i njemački Produkthaftungsgesetz ("Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte).

No, što je to nedostatak proizvoda?

J. Radišić je još 1974. godine²¹ vrlo uvjerljivo objasnio da postoje (barem) četiri bitna tipa nedostataka.

a) nedostaci nastali u stadiju planiranja i konstrukcije ("konstrukcioni nedostaci");

²⁰ G. Benacchio, op. cit., str. 367.

²¹ J. Radišić, op. cit., str. 81. On pritom naglašava da klasifikacija nedostataka zavisi od uzroka nedostataka. Slično navodi i S. Cigoj (Odškodovinsko pravo Jugoslavije, 1972., str. 96.-97. dajući ujedno opću formulu da nedostatak postoji ako proizvod nema svojstva koja se od takvog proizvoda očekuju. Ovakvoj klasifikaciji nedostataka pridružio se i D. Sikirić (op. cit., str. 480.).

b) razvojni nedostaci (nedostaci koji se nisu mogli, prema stanju znanosti, predvidjeti u trenutku proizvodnje);

c) nedostaci u izradi (tvornički nedostaci, zbog nepoštovanja postojećih tehničkih i tehnoloških pravila) i

d) industrijski nedostaci (proizvod je napravljen propisno, ali nedostaju potrebna uputstva za upotrebu).

Direktiva Europske Unije iz 1985. godine (čl. 6.) daje i opću formulu za ocjenu nedostatka (kada proizvod ne daje potrebnu sigurnost), ali također i tri pojedinačna primjera nedostatka (u prezentaciji proizvoda, u njegovoj upotrebi i u trenutku stavljanja u promet). Izrijeком se (u st. 2. čl. 6.) navodi da ne postoji relevantan nedostatak proizvoda da se iza njega pojavio drugi, tehnološki perfektniji proizvod.

Njemački Produkthaftungsgesetz (par. 3.) također govori o nepostojanju sigurnosti koja se "razumno očekuje" ("Ein Produkt hat einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet..."), a, očito po stavu iz Direktive EU iz 1985., u st. 2. istog paragrafa ističe da nema nedostatka samo zbog toga što se kasnije na tržištu pojavi drugi, bolji proizvod ("Ein Produkt hat nicht allein deshalb einen Fehler, weil später ein verbessertes Produkt in den Verkehr gebracht wurde").

G. Benacchio u kontekstu svoje rasprave o europskom privatnom pravu²² ne priznaje postojanje relevantnog nedostatka proizvoda ako se, prema postojećem stanju znanosti i tehnike, nedostatak nije mogao izbjeći.

To je, svakako, pojam nedostatka "u užem smislu", takav da pogoduje proizvođačima, a ne potrošačima. Teret (i rizik) tehnološkog i znanstvenog napretka ne može pasti na proizvođača i on ne smije odgovarati za štetu ako je odnosni proizvod proizveo u skladu s poznatim i priznatim pravilima struke (a do štete je ipak došlo). To bi bila povreda načela "Risikoverteilung" nedvojbeno na štetu proizvođača. Proizvođač ne smije proizvoditi uz strah da će znanost "naknadno" dati drukčije rješenje.

4. Kriterij(i) odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda

Ako u nekom konkretnom slučaju i postoje prethodne navedene premissе (proizvođač i proizvod, odnosno relevantni "nedostatak" proizvoda), to još ne znači postojanje svih potrebnih pretpostavki za odštetnu odgovornost proizvođača.

Suvremeno pravo odgovornosti za štetu i inače nastoji pomiriti dva ponekad međusobno dosta udaljena načela: da svaki oštećenik dobije naknadu pretrpljene štete, a da štetnik odgovara samo ako je kriv za tu štetu. Problem nastaje kada šteta

²² G. Benacchio (op. cit., str. 385.). Autor tu još navodi odredbu iz čl. 15. francuskog projekta Zakona o odgovornosti za proizvod (1993. g.) gdje je izrijeком predviđena neodgovornost proizvođača ako proizvod ima nedostatak koji se, prema stanju znanosti i tehnike, u trenutku stavljanja proizvoda u optjecaj nije mogao uočiti. Projekt iz 1993. je 19. svibnja 1998. godine, po navodu autora, ali bez njegova daljnjeg komentara i obrade, pretvoren u poseban Zakon o odgovornosti za proizvod. Do tada su praksa i znanost na teret proizvođača stavljale i "razvojni rizik", tj. proizvođač je odgovarao i za razvojne nedostatke proizvoda.

postoji, a krivca nema (šteta bez krivnje).

Moderni pravni sustavi (tako i naš ZOO) uvode za takve slučajeve pojam objektivne odgovornosti, za štete od opasnih stvari i opasnih djelatnosti prije svega. Tu onda štetnik odgovara i kada uopće nije kriv za nastalu štetu (st. 2. i 3. čl. 154., čl. 173.-177.).

No, ni u svjetskim razmjerima ni po ZOO-u, objektivna odgovornost za štetu nije pravilo nego iznimka. Pravilo je subjektivna odgovornost, odgovornost po krivnji, što znači da se štetnik može osloboditi odgovornosti dokazom da nije kriv za nastalu štetu (st. 1. čl. 154.).

Članak 179. ZOO-a nije u dijelu gdje se regulira objektivna odgovornost za štetu, niti (u svom tekstu) izrijeком spominje objektivnu odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda. To, doduše, ne znači da objektivnu odgovornost nije moguće "izvući", ali je to svakako doista teško.

Odnos između proizvođača i oštećenika (bio on kupac proizvoda ili netko treći koji je došao u doticaj s tim proizvodom) svakako je izvanugovorni.²³ No, izvanugovorni odnos nije sinonim za objektivnu odštetnu odgovornost, jer je ona moguća i po krivnji. Prva (objektivna odgovornost) favorizira položaj oštećenika, druga (subjektivna) položaj štetnika.

Što onda primijeniti i kako tumačiti čl. 179. ZOO-a u traženju odgovora na pitanje koji kriterij određene odgovornosti proizvođača (naš ZOO predviđa?

Davanje odgovora na ovo (teško i važno) pitanje nužno involvira osvrt na neka rješenja inozemnih prava.

Ni njemački ni švedski zakon o odgovornosti proizvođača npr. ne rabe izraze "objektivna odgovornost" ili "subjektivna odgovornost". No, zbog razloga koje oni predviđaju za moguću ekskulpaciju proizvođača (par. 1. Produkthaftungsgesetz, par. 1. švedskog zakona) vidi se da je riječ o, rekli bismo, dosta modificiranoj objektivnoj odgovornosti za štetu kako je mi klasično shvaćamo. Odgovara se bez obzira na krivnju, ali samo za nedostatak koji se smatra relevantnim. Izvan toga nema primjene objektivne odgovornosti proizvođača. U primjeni klasično shvaćene objektivne odgovornosti za štetu proizvođača ona bi postojala uvijek kada nema poznatih ekskulpacijskih razloga (viša sila, radnja trećeg, radnja samog oštećenika), dakle i kada nema nedostataka (greške) u proizvodu.

ZOO je u st. 1. čl. 179. predvidio objektivnu odgovornost²⁴ i za nedostatke za

²³ Tako O. Jelčić, *Odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom*, "Zakonitost" br. 9-10/87., str. 1171.-1176. VSH u jednoj svojoj odluci (Rev.-1957/89 od 9. svibnja 1990., navedeno prema I. Crniću, *Naknada štete*, Zagreb, 1995., str. 66.), također navodi da je "Odštetna odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom izvanugovorna i izvanugovorni odnos odgovornosti za štetu i uz krivnju".

²⁴ Propisivanje objektivne odgovornosti u st. 1. čl. 179. ZOO-a rezultat je tumačenja ove odredbe, čini se, šire prihvaćenog (tako i sjednica građanskog odjela VSH od 28. lipnja 1985., navedeno prema I. Crniću, *ZOO*, op. cit., str. 193.).

To bi značilo objektivnu odgovornost i za razvojni nedostatak, tj. nedostatak koji se nije mogao izbjeći po postojećim pravilima struke nego je utvrđen kasnijim znanstvenim i tehnološkim razvojem.

koje “on” (proizvođač) nije znao da i predstavlja opasnost štete. Riječ “nedostatak za koji nije znao” upućuje da odgovornost proizvođača (objektivnu odgovornost) predviđa i za razvojni nedostatak. To je, kako smo prethodno naveli, u suprotnosti s europskim trendovima i na neki način gotovo kompromitira mogućnost uvođenja objektivne odgovornosti proizvođača kao pravila.

Ako proizvođač nije pratio razvoj znanosti i tehnike, onda slijedi kao logična posljedica odgovornost, i to odgovornost po objektivnom kriteriju, odnosno tako da odgovara i onda kada nije kriv za nastalu štetu.

Odredba iz st. 1. čl. 179. ZOO-a donosi objektivnu odštetnu odgovornost, i to ne nekakvu modificiranu odgovornost (kako npr. postoji u komunitarnom pravu). Odgovara se i za razvojni nedostatak (za koji proizvođač “nije znao”) a, *argumentum a contrario*, i za one za koje je znao, dakle za sve nedostatke ZOO-a, dakle, na ovom mjestu predviđa “čistu” klasičnu objektivnu odgovornost za štetu od koje se proizvođač kao štetnik može osloboditi samo dokazom nekog od ekskulpacijskih razloga iz čl. 177. Dokaz da se greška (nedostatak)²⁵ nije mogla izbjeći po postojećem stanju tehnike i znanosti, ne pomaže.

ZOO, međutim, u st. 2. čl. 179. predviđa (izgleda, kao posebnu) odgovornost proizvođača za “opasna svojstva stvari”. Razlikovanje između “nedostatka” (st. 1.) i “opasnih svojstva” (st. 2.) podržava i pravna teorija hrvatskog odnosno bivšeg federalnog prava²⁶, ali se ono ne može pravdati danas prevladavajućim stanovištem komunitarnog (europskog prava) koje - kako smo vidjeli - i greške verificirane pri upotrebi proizvoda smatra sastavnim dijelom općeg pojma “nedostatak proizvoda”.

Takvom svojom nedosljednošću ZOO upada u novi problem, predviđa za “opasna svojstva” subjektivnu odgovornost, što se jasno vidi iz stilizacije st. 2. čl. 179. koji proizvođaču dopušta izbjegavanje odgovornosti za štetu dokazom da je “...pouzeo sve što je potrebno da štetu koju je mogao predvidjeti, spriječi upozorenjem, sigurnom ambalažom ili drugom odgovarajućom mjerom”. To, nedvojbeno, liči na odgovornost po presumiranoj krivnji, odnosno na dokaz nekrivnje.

5. Specifični pojam “štete” (i naknade štete) kod odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom

ZOO u st. 1. čl. 179. govori o odgovornosti za “...štete za osobe ili stvari”.²⁷

Što, međutim, sa nedostacima za koje je proizvođač “znao”? Za njih bi morao odgovarati (i lako bi odgovarao) već po načelu krivnje. Zašto onda uopće isticati kao specifičnost nedostatka za koje proizvođač “nije znao”?

²⁵ Naša je konstantna dilema, i tijekom pisanja ovog rada i inače, da li govoriti o “nedostaku proizvoda” ili o “greškama proizvoda”. Pitanje nije samo jezičnog značaja. Njemačku riječ “Fehler” mogli bismo lakše prevesti kao “greška” nego kao “nedostatak”. Talijanski pravници (Benacchio, Lipari) govore o “difettu” što je, pak, bliže izrazu “nedostatak”.

²⁶ B. Vizner, op. cit., str. 808.-809., Blagojević i dr., op. cit., str. 501. i 503. Slično kaže i S. Cigoj (Obligacijska razmerja, Ljubljana 1978., str. 195.-196.).

²⁷ U “Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima” (Beograd 1969., čl. 141.) i “Nacrtu Zakona o obligacijama i ugovorima” (Beograd 1976., čl. 151.) daje se isti opis pravno relevantne štete (štete

Formulacija, moguće, nije najsretnija jer su zapravo sve štete na “osobama ili stvarima”. Htjelo se, pretpostavljamo, reći nešto drugo - da je i za odgovornost proizvođača relevantna samo “refleksna šteta”, tj. šteta izazvana od proizvoda na osobama ili (drugim) stvarima.

Ova (naša) pretpostavka zasniva se na dvjema bitnim činjenicama: što pravno-logički svaka šteta predstavlja štetu na osobama ili stvarima (pa takav opći pojam štete ni kod odgovornosti proizvođača ne treba naglašavati, osim ako se ne želi reći nešto drugo) i što su pravna teorija i sudska praksa već do donošenja ZOO-a već bile vrlo određeno izrazile stav da proizvođač odgovara samo za refleksnu štetu.²⁸

Pojam “refleksne štete” u našem pravu inače nije posebno obrađivan, ali, mislimo, da odredba iz st. 3. čl. 488. ZOO-a (u dijelu gdje se regulira ugovorna odgovornost za materijalne nedostatke) daje pravno dostatnu definiciju tog pojma. Refleksna šteta je, po tome, “šteta na drugim dobrima”, dakle na dobrima izvan same stvari koja ima grešku.

Ovakvo sužavanje pojma pravno relevantne štete, za koju proizvođač odgovara, svakako predstavlja još jednu (daljnju) konzekvencu teorije “Risikoverteilung”. Za štetu na samoj stvari s nedostatkom (i štetu koja može proizaći iz ove štete) odgovara prodavatelj stvari, dakako ako postoje uvjeti za njegovu ugovornu odštetnu odgovornost (čl. 262., ZOO).

Reducirani pojam štete za koju odgovara proizvođač nalazimo i u europskom (komunitarnom) pravu, odnosno u pravu pojedinih europskih zemalja.

Direktiva EU 374/85 (čl. 9.) govori o:

- a) šteti na osobi izazvanoj zbog smrti ili tjelesne ozljede i
- b) šteti na drugoj stvari u odnosu na proizvod koji ima nedostatak.²⁹

Koncept “refleksne štete” slijede i njemački Produkthaftungsgesetz (§1. “Wird durch den Fehler eines Produktes jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt...”), a također i švedski zakon o odgovornosti za proizvod (§1).

“za osobe ili stvari”). U obrazloženju Nacrta se o tome ništa posebno ne spominje.

²⁸ I. Radišić, *Garancija...op. cit.*, str. 81.-82., R. Prica, *Odgovornost za štetu od proizvoda*, Advokatura BiH 7/75. Radišić je apelirao na razlikovanje “štete zbog mane” i “štete koja je posljedica mane”. Prva bi se ticala (samo) ugovora prodavatelja i kupca, a proizvođač može odgovarati samo za ovo drugo. Tako nije mislio D. Sikirić (*op. cit.*, str. 480.) ali, čini se, bez dubljeg poniranja u problem.

VSH priznaje samo “refleksnu štetu” još od 1971. (Gž-2082/71). Kao takva šteta u praksu je ušao i slučaj “cvjetanja cigle” (Okružni sud Pula, Gž-936/88 od 25.11.1988.).

²⁹ G. Benacchio (*op. cit.*, str. 369.), očito i sam priklanjajući se konceptu refleksne štete, komentira čl. 9. Direktive kao jasan izraz prihvaćenog st. 1. i 2. par. 823. BGB-a (Njemačkog građanskog zakonika), po kome je kod naknade štete isključivo pravo oštećenog da od proizvođača dobije naknadu štete zbog gubitka ili oštećenja pribavljene (kupljene) stvari kao proizvoda. To pravo oštećenik može ostvarivati samo prema prodavatelju od kojeg je odnosno stvar pribavio.

Benacchio primjećuje i to da se Direktiva nije usudila regulirati stvar na naknadu moralne štete (za nas bi to bila neimovinska šteta). Nacionalna zakonodavstva imaju slobodu to pitanje regulirati po svome nahodjenju. Za naše pravo (čl. 179., ZOO) oštećenik ima pravo na naknadu sveukupne refleksne štete, i imovinske i neimovinske, bez ikakva posebna ograničenja vezanog za quantum te štete!

(Naše) tumačenje koje u st. 1. čl. 179. ZOO-a izvlači odgovornost proizvođača za (samo) refleksnu štetu, dakle, ima uporišta i u inozemnom pravu i u tom dijelu sada važeće hrvatsko zakonodavstvo ne odudara od europskog.

Naše zakonodavstvo, međutim, u ovom istom kontekstu ne slijedi daljnje reduciranje pojma štete za koju proizvođač odgovara. EU, naime, određuje odgovornost proizvođača za štete iznad 500 ECU (oko 500 dolara, odnosno 1000 DEM) što znači da do tog iznosa štetu snosi sam oštećenik. Produkthaftungsgesetz (§10 st. 1.) odgovornost proizvođača limitira (ograničava) na najviše 160 milijuna DEM. Švedski zakon (§9) spominje iznos od 3.500 švedskih kruna.

ZOO sličnih odredaba nema, a to onda znači da proizvođač odgovara (ako postoje uvjeti za odgovornost) za nastalu refleksnu štetu u čitavom njenom iznosu.

Europsko pravo predviđa i posebne rokove zastare (§12 Produkthaftungsgesetz, §12. Švedskog zakona. Za naše pravo može vrijediti samo zastarni rok kao i za svako drugo potraživanje naknade štete (čl. 376.).

IV. Zaključak

Odredba iz čl. 179. ZOO, očito, sadrži u sebi mnogo veći broj (vrlo zanimljivih) pravnih pitanja no što se to uobičajeno može naći u (samo) jednom zakonskom članku.

Unošenjem (ove) odredbe o odgovornosti za štetu od proizvoda koji ima nedostatak, bivši je federalni zakonodavac, u izvjesnom smislu, preduhitrio čak i mnoga europska zakonodavstva, i europsko (komunitarno) pravo u cjelini.

No, u međuvremenu odnosi su se promijenili: mi smo ostali na čl. 179. kakav je donijet 1978. (ništa tu nismo dodali ni promijenili), a europske države, odnosno Europska Unija kao cjelina donijele su nove propise, po quantumu ne jako velike i opširne (po desetak ili tek nešto više članaka), ali zato bogate suptilnim i u mnogo čemu novim pravnim rješenjima.

U svemu tome opća je konstanta da izravna odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda treba postojati i da kao takva ima smisla. Oštećenik (koji nije samo kupac proizvoda, nego može biti i netko treći) nije u ugovornom odnosu s proizvođačem (pa ne može ostvarivati ni prava temeljem ugovora), a, osim toga, prodavatelj odgovara samo po krivnji koju može relativno lako otkloniti dokazom da je proizvod prodao u onakvom stanju u kakvom ga je dobio od proizvođača.

Opća je (europska) konstanta i to da se odgovornost proizvođača mora zasnivati na objektivnom kriteriju odštetne odgovornosti, ali doista modificiranom kriteriju te odgovornosti, jer je pretpostavka odgovornosti postojanje relevantnog nedostatka (greške) proizvoda.

To je svakako jedna od prvih posljedica opće prihvaćene teorije "Risiko-verteilung", tj. da se rizik odgovornosti za štetu od proizvoda mora raspodijeliti na sve sudionike u lancu koji se proteže od procesa proizvodnje robe, pa do njene finalne prodaje i potrošnje (proizvođača, distributera-dobavljača, uvoznika, prodavatelja, kupca, trećeg, društva u cjelini). Rizik (koji je objektivno vrlo velik) ne može snositi samo proizvođač jer bi to onda ugrozilo poziciju proizvođača i proizvodnje kao bitnog faktora opće društvene reprodukcije.

Naš ZOO griješi (zaostaje za svijetom) kada propisuje odgovornost proizvođača i za nedostatak za koji proizvođač "nije znao". Proizvođač pogotovo odgovara za nedostatke za koje "zna", pa to znači da odgovara za sve nedostatke i da sam pojam nedostatka zapravo postaje nebitan.

ZOO je pisan u vrijeme kada je kod njegova francuskog uzora vladala teorija i praksa odgovornosti proizvođača i za razvojne nedostatke, tj. za nedostatke za koje se nije znalo u trenutku proizvodnje niti ih se, prema stanju znanosti i tehnike, moglo izbjeći. No, sada se i francusko pravo promijenilo, a mi smo ostali na reguli koja je sadržajno prevladana.

Ako pak uspješno apsolviramo pojam nedostatka (greške) u navedenom smislu, pravilo o objektivnoj odgovornosti valja, nadalje, u potpunosti primijeniti jer je to kriterij koji odgovara interesu zaštite oštećenika.

No, ZOO i tu stvara dodatnu, nepotrebnu "komplikaciju". Odvaja (st. 1. čl. 179.) pojam "nedostatka" od pojma "opasnih svojstava" (st. 2.) pa za prvo predviđa objektivnu, a za drugo subjektivnu odgovornost za štetu. Ova "dihotomija" doista nije razumljiva, a zanimljivo je da nije bila predviđena ni u Skici ni u Nacrtu (!?).

Mi moramo, također, pozornost obratiti i na pojam proizvođača kao osobe koja odgovara za štetu. Tu je naš problem teži od europskog, jer nismo u Europskoj Uniji i naš sveukupni pravni sustav još nije toliko razvijen. Mi moramo i uvoznika proizvoda smatrati proizvođačem jer ćemo u protivnom dovesti na hrvatsko tržište veći broj dosta nesigurnih proizvoda za čije štetne posljedice oštećenima neće imati tko odgovarati. To, doduše, ide manje "na dušu" ZOO-u, više Zakonu o normizaciji koji je (kao novi propis) i to trebao sigurnije regulirati.

Sa zadovoljstvom smo konstatali da naš ZOO slijedi moderno pravo u konceptu štete za koju proizvođač odgovara. Mislimo tu na koncept "refleksne štete", za što je bio, doduše, potreban određen napor u tumačenju čl. 179. ZOO-a, ali, čini nam se, da dvojbi oko toga ipak ne bi smjelo biti.

U pitanju kvantitativnog ograničavanja odgovornosti i u pitanju određivanja posebnih zastarnih rokova za potraživanje naknade štete naši propisi, za razliku od europskih, ne predviđaju ništa posebno.

Jedno važno pitanje nismo do sada ni spomenuli.

Riječ je o preveniranju (izbjegavanju) nastanka štete od proizvoda, odnosno o pravnoj regulaciji takve prevencije.

Europska Unija je o tome donijela posebnu Direktivu (Direktiva br. 27 iz 1998. godine). Nju moraju pojedina nacionalna zakonodavstva pravno provesti do 31. prosinca 2001. godine. I ta je Direktiva vrlo kratka (ima svega 10 članaka), ali vrlo sintetizirano snima postojeće probleme i trasira puteve njihova rješavanja. Slučaj "ludih krava" (aktualiziran u trenutku dovršavanja ovog rada) zasigurno će rad na provedbi Direktive učiniti još značajnijim.

Ne može se reći da mi takvih propisa uopće nemamo. Ima ih, dapače, dosta (o drvu, vinu, otrovima, eksplozivnim stvarima, lijekovima, oružju, alkoholnim pićima itd., itd.), ali ti propisi shvaćaju ovdje indicirani problem pretežito s upravne, a ne s građanskopravne strane.

Valjalo bi, konačno, razmisliti i o još jednom važnom pitanju o kojem tijekom ovog rada također nismo posebno govorili. Mislimo na obvezatno zakonsko osiguranje odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda. Takvo osiguranje, u pravilu, prati objektivnu odštetnu odgovornost (najbolji primjer za to je obvezatno osiguranje motornih vozila u prometu). No, ni europsko ni domaće pravo obvezatno osiguranje proizvođača za štetu od proizvoda ne predviđaju. Našim proizvođačima koji, načelno, nisu poput npr. njemačkih, "pokriveni" samo do određenog limita štete, može se takvo osiguranje (kao dobrovoljno ugovorno) ipak sugerirati.

Pravno-politički kritizirali smo (i kritiziramo) stav i praksu da odgovornost proizvođača nije jako bitna, jer je domaća proizvodnja ionako vrlo mala, a da za onu (mnogo obimnije prisutnu) stranu faktički nitko ne odgovara, jer se uvoznik ne smatra (pravno) proizvođačem, a stvarni proizvođač je praktički nedostupan. To treba apsolutno promijeniti, pa i kroz propise i kroz praksu stimulirati proizvođače na proizvodnju, odnosno propisati njihovu odgovornost razmjerno pravilima ovdje toliko apostrofirane teorije "Risikoverteilung". Jer, kao što su stari Dubrovčani (s pravom) rekli, "navigare necesse est", valja reći i da "prodere necesse est". Uz određenu pažnju posvećenu i oštećenima, dakako.

Summary

PRODUCER'S LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY HIS PRODUCT

Legal regulation of producer's liability for damage caused by his product has emerged in European civil law in the second half of 20th century (after 1960). Thus, the previous federal legislation (Law of obligations - LO, now incorporated in the Croatian legal system) in article 179 has followed these tendencies. This regulation, however, did not articulate all the legal problems connected with the issue, while a separate problem derives from the fact that the European law on producer's liability for damage caused by his product significantly changed in the meantime. National law (on all levels: theoretical, practical and legislative), at least in the most important aspects, follows general directions in this field. Additional efforts in that respect are required.

Law on producer's liability for damage caused by his product is not simply a part of general legal regime of consumer protection. In a wider sense, it may pertain to the general "movement" of consumer protection, but in a narrow meaning it must keep all of its legal particularity. A special account may be dedicated to procedural aspects of protection in a cases of damage caused by products with flaws. This issue is not included in this article, although it might be very important for the protection of the said rights in a whole. This, however, would undermine the preset framework of this article limited to discussion of the most relevant substantial legal presumptions for producer's liability for damage.

The beginning of 21st century will, according to many, bring not only revolution in production and technology, but also a real "production madness." Legal order (domestic and foreign) should be prepared for this challenge. It seems that there is a good groundstone for that.

Key words: *consumer protection, producer's liability for damage caused by his product.*

Zusammenfassung

HAFTUNG DES PRODUZENTEN FÜR SCHADEN DURCH DAS PRODUKT

Die rechtliche Regelung der Schadenshaftung des Produzenten für Schaden durch das Produkt taucht im europäischen Zivilrecht in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts (nach 1960) auf.

Deshalb ist auch der frühere föderale Gesetzgeber (von dem das kroatische Recht und die ZOO übernommen wurde) durch die Verordnung in Art. 179 diesen Tendenzen gefolgt.

Diese Vorschrift hat dennoch nicht alle damit verbundenen Rechtsprobleme zum Ausdruck gebracht, und ein besonderes Problem stellt die Tatsache dar, dass sich das europäische Recht über die Haftung des Produzenten für den Schaden durch das Produkt inzwischen wesentlich geändert hat.

Das kroatische Recht (auf allen Ebenen: theoretisch, praktisch und gesetzgebend) verfolgt im wesentlichen die allgemeinen Tendenzen auf diesem Rechtsgebiet. Jetzt sind dafür zusätzliche Bemühungen nötig.

Das Recht über Haftung des Produzenten für Schaden durch das Produkt ist kein bloßer Bestandteil des allgemeinen Rechts zum Verbraucherschutz, in dem es ohne notwendige zivilrechtliche Erkennbarkeit „verlieren“ kann. In weiterem Sinne kann es der allgemeinen „Bewegung“ des Verbraucherschutzes angehören, aber im engeren muss es seine rechtliche Selbständigkeit behalten.

Ein besonderer Teil kann den verfahrensrechtlichen Aspekten des Schutzes vor Schaden zukommen, die Fehler haben. Diesen Teil betrachtet diese Arbeit nicht, doch er kann sehr wichtig für den Gesamtumfang der auf dieser Basis verwirklichten Rechte sein. Dies würde allerdings den für diese Arbeit gestellten Rahmen, der sich auf die Betrachtung der wesentlichsten materielrechtlichen Voraussetzungen der Schadenshaftung des Produzenten beschränkt, sprengen.

Der Eintritt in das 21. Jahrhundert bringt uns - nach der Meinung vieler - nicht nur eine Produktions- und Technikrevolution, sondern einen wahren „Produktions-Wahnsinn“. Das Rechtssystem (das eigene und fremde) sollte diese Herausforderung gerüstet erwarten. Bisher - so scheint es - wurden dafür ziemlich gute Grundlagen gelegt.

Schlüsselwörter: *Verbraucherschutz, Haftung des Produzenten für Schaden.*

Sommario

RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE PER DANNI DA PRODOTTO

La regolamentazione giuridica della responsabilità del produttore per danni da prodotto è emersa nel diritto civile europeo nella seconda metà del 20° secolo (dopo il 1960). Così la precedente legislazione federale (Legge sulle obbligazioni, oggi incorporata nel sistema giuridico croato) all'art. 179 seguì queste tendenze. Tuttavia tale regolazione non chiarì tutti i problemi giuridici connessi con siffatta questione, mentre un separato problema deriva dal fatto che il diritto europeo sulla responsabilità del produttore per danni da prodotto è nel frattempo significativamente mutato.

Il diritto nazionale (a tutti i livelli: teorico, pratico e legislativo), almeno negli aspetti più importanti, segue le tendenze generali in questo campo. In questa direzione sono necessari sforzi supplementari.

Il diritto sulla responsabilità del produttore per danni da prodotto non è semplicemente una parte della disciplina giuridica generale della tutela dei consumatori. In senso più ampio esso può appartenere al generale "movimento" di tutela dei consumatori, ma in senso stretto deve mantenere tutta la sua specificità giuridica.

Una particolare attenzione potrebbe essere dedicata agli aspetti procedurali della tutela nei casi di danni da difetti (vizi). Tale questione non è affrontata in questo articolo, nonostante sia molto importante per la tutela dei suddetti diritti nel loro insieme. Invero ciò minerebbe la struttura di questo articolo, limitato alla discussione delle presunzioni legali sostanziali più rilevanti nei confronti del risarcimento da responsabilità del produttore.

L'entrata nel 21° secolo secondo molti porterà non solo una rivoluzione nella produzione e nella tecnologia, ma anche una "gabbia di produttori pazzi". L'ordinamento giuridico (interno e straniero) dovrebbe essere preparato a questa sfida. Sembra che per questo fine ci siano basi abbastanza buone.

Parole chiave: *tutela dei consumatori, responsabilità del produttore per danni da prodotto.*

ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.23
342.7
Ur.: 19. siječnja 2001.
Pr.: 5. veljače 2001.
Pregledni članak

Pravo vlasništva ili pravo na vlasništvo jamči se u raznim nacionalnim i međunarodnim propisima. Međutim, konkretna pravna obveza država na zaštitu prava vlasništva sadržana je tek u regionalnim instrumentima, od kojih je nama najzanimljivija Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, s dopunskim Prvim protokolom. U radu se ispituju glavne karakteristike zajamčenog prava kroz praksu Europskog suda i Europske komisije za ljudska prava. Iako je to nesumnjivo jedno ljudsko pravo, ono je podložno velikim ograničenjima i pravima države. No, Sud je kroz svoju praksu izgradio tzv. test proporcionalnosti, prema kojem se svako miješanje u pravo vlasništva mora opravdati ravnotežom između prava pojedinca i općeg interesa kojeg država nastoji postići spornim mjerama.

Ključne riječi: pravo vlasništva, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, test proporcionalnosti.

Pravo vlasništva jedno je od onih kontroverznih prava koja se javljaju među zaštićenim ljudskim pravima kao uobičajen i često korišten pojam, a da zapravo ne postoji njegova jasna definicija u međunarodnom pravu. U unutarnjem pravu, počam od najznačajnijih dokumenata građanskih revolucija, dakle, od dokumenata kao što je Deklaracija o pravima čovjeka i građanina, iz 1789. godine, pa do gotovo svih modernih ustava, pravo vlasništva normira se kao ljudsko pravo. No, također je zanimljivo da se upravo već u najranijim dokumentima spominju i ograničenja. Spomenuta Deklaracija iz vremena francuske građanske revolucije sadrži sljedeću odredbu (§ 17.):

“Budući da je vlasništvo sveto i neotuđivo pravo, nitko ga neće biti lišen osim ako to javna nužda, određena zakonom, jasno ne traži, a i tada samo pod uvjetom da je vlasnik prethodno i pravično oštećen.”¹

¹ Nav. prema MAXWELL & FRIEDBERG (ed.): *Human Rights in Western Civilization*, 2nd ed., Dubuque, Iowa, 1994, str. 31.

Univerzalna i regionalna zaštita prava vlasništva

Pogledamo li univerzalne međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, uočavamo da je pravo vlasništva rijetko izrijekom zastupljeno, te da ga mnogi od temeljnih takvih akata uopće ne spominju. Jedan od mogućih razloga za takvu rezerviranost možda leži u činjenici da je pravo vlasništva vrlo kompleksno, pa bi bilo teško usvojiti definiciju koja bi obuhvaćala sve njegove oblike. S druge strane, međunarodna zajednica do 1990. godine bila je obilježena podjelom na vrlo različite sustave društvenog i državnog uređenja, u kojima je pravo vlasništva bilo vrlo različito uređeno. Dapače, moglo bi se reći da je odnos prema pravu vlasništva bio onaj glavni element koji je dijelio dva glavna oblika društvenog uređenja. Dok je tzv. kapitalistički sustav isticao vrijednost individualnog vlasništva, socijalističke države naglašavale su važnost kolektivnog, odnosno, državnog vlasništva, dok su privatno vlasništvo priznavale vrlo ograničeno.²

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine prvi je međunarodni akt univerzalnog karaktera u kojem se izrijekom nabrajaju pojedina zaštićena i priznata ljudska prava. Po obliku deklaracija Opće skupštine UN-a, ovaj akt prilikom donošenja nije predstavljao sam za sebe izvor prava i obveza niti za države članice UN-a, a još manje za pojedince. Međutim, protokom vremena i jačanjem pravne svijesti članica međunarodne zajednice o potrebi promicanja i jačanja zaštite ljudskih prava, ta je Deklaracija postupno stjecala i svoj pravni značaj i velik utjecaj na običajnopравни proces. U današnje vrijeme taj joj se značaj više nikako ne može osporavati.

Dakle, Univerzalna deklaracija štiti pravo vlasništva u svojem članku 17.:

“Svatko ima pravo da ima imovinu sam ili u zajednici s drugima.

Nitko neće biti lišen svoje imovine na arbitraran način.”

Ova se garancija u pravilu čita kao isticanje prava pojedinca da bude vlasnik imovine, te obveze države da to poštuje i štiti. Međutim, stavak 2. ovoga članka naznačuje i mogućnost ograničenja ili čak i oduzimanja vlasništva ukoliko to nije izvršeno na arbitraran način, dakle, ako je izvršeno u skladu sa zakonom i poštujući kogentna načela međunarodnog prava. Jedno od tih načela je zabrana diskriminacije, a nalazimo ga u odredbama dviju konvencija koje se odnose na zabranu diskriminacije. Jedna je Konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije, iz 1967. godine, a druga Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama, iz 1979. godine. Prva konvencija sadrži obvezu država da osiguraju jednakost pred zakonom i uživanje prava vlasništva (članak 5. st. d/iii.) bez distinkcije s obzirom na rasu, boju kože, etničko ili drugo porijeklo, dok druga u članku 16. st. h) proklamira jednakost bračnih partnera glede vlasništva, stjecanja, upravljanja, uživanja i raspolaganja imovinom. Drugim riječima, zabranjeni su svi oblici diskriminacije u zaštiti i vršenju prava vlasništva.

² Opš. prikaz povijesnog razvoja instituta vlasništva v. kod: ČOK, Vida: Svojina kao pravo čoveka, JRMP 1989., str. 38.-49.

Može se reći da je slična i odredba članka 13. Konvencije o izbjeglicama, iz 1951. godine, budući da se izbjeglicama jamče jednaka prava pri stjecanju i korištenju imovine kao i domaćim državljanima.

U radu Komisije UN-a za ljudska prava u više se navrata isticalo kako pravo vlasništva spada u osobne slobode čovjeka, te da ono ima pravni i ekonomski značaj. Ono, bez sumnje, utječe i na druga ljudska prava, kao i na gospodarski i društveni razvoj.³ Međutim, uz pitanje prava vlasništva javlja se i pitanje njegova ograničenja, koje se, pod određenim pravilima, priznaje državama.

Na temelju Deklaracije iz 1948. godine, Ujedinjene nacije pristupile su izradi ugovora kojima bi se na pravni način uredilo pitanje zaštite ljudskih prava na univerzalnoj ravni. To su Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, te Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine. U pregledu ovih univerzalnih međunarodnih instrumenata uočljivo je jako da ta dva temeljna akta Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima ne sadrže nikakve odredbe o vlasništvu ili zaštiti imovinskih prava. Suprotno općem pravilu da se prava navedena u Općoj deklaraciji pretaču u Paktove i da se jamče kao ugovorna obveza država stranaka, niti jedan od Paktova ne navodi pravo vlasništva kao ljudsko pravo.

Kakav se zaključak može izvući na temelju naprijed izrečenoga? Pogrešno bi bilo zaključiti da se time negiralo postojanje prava vlasništva kao ljudskog prava. Ispravno je jedino tvrditi da to pravo nije uvršteno među prava zaštićena paktovima zbog velikih razlika u gledanjima država na to pravo, ali ne i njegove negacije.

Osim univerzalnih međunarodnih akata, nakon usvajanja Univerzalne deklaracije slijedili su i različiti regionalni instrumenti o zaštiti ljudskih prava. Radi se o aktima usvojenima u krilu određenih regionalnih organizacija, te vezuju, u pravilu, samo članice tih organizacija, i to one koje su dotične ugovore i prihvatile.

U okviru Vijeća Europe usvojena je Europska konvencija 1950. godine, kojoj ćemo se vratiti kasnije. Organizacija američkih država usvojila je dva akta o zaštiti ljudskih prava: Američku deklaraciju o ljudskim pravima i dužnostima, 1948. godine, i Američku konvenciju o ljudskim pravima, 1969. godine. Oba akta sadrže i odgovarajuće odredbe o zaštiti prava vlasništva, odnosno, prava na uživanje imovine. Tako Deklaracija sadrži sljedeće odredbe:⁴

“XXIII. Svaka osoba ima pravo vlasništva privatne imovine⁵ koja zadovoljava njene nužne potrebe za pristojnim životom i pomaže joj da održi dostojanstvo pojedinca i njegova doma.

XXXVI. Dužnost je svake osobe da plaća poreze utvrđene zakonom radi potpore javnim službama.”

Proglašava se, dakle, pravo pojedinca da bude vlasnikom imovine koja je nužna za određenu razinu standarda življenja, što je svakako minimalistički zahtjev

³ Usp. rezolucije Komisije 1987/17 i 1987/18.

⁴ Najveći dio međunarodnih tekstova o ljudskim pravima dostupan je na engleskom jeziku na sljedećoj Internet adresi: “<http://heiwwww.unige.ch/humanrts/>”

⁵ U izvornom engleskom tekstu ovaj dio glasi: “*Every person has a right to own such private property...*”.

koji ne isključuje, međutim, i vlasništvo na imovini koja bi prelazila tu razinu. S druge strane, određuje se i pravo države da na tu imovinu naplaćuje poreze u skladu sa zakonom, a radi zadovoljavanja zajedničkih potreba društva.

Američka konvencija ovo pravo razrađuje na malo drukčiji način:

“Čl. 21(1). Svatko ima pravo da koristi i uživa svoju imovinu. Zakonom se može podvrgnuti takvo korištenje i uživanje društvenim interesima.

(2) Nitko neće biti lišen svoje imovine osim uz plaćanje pravične naknade, iz razloga javne koristi ili društvenog interesa, te u slučajevima i u oblicima ustanovljenima zakonom.

(3) Zelenaštvo ili drugi oblik iskorištavanja čovjeka po čovjeku zabranit će se zakonom.”

Slijedi, dakle, da Američka konvencija ne spominje izrijeком “pravo vlasništva”, već zaštitu ograničava na pravo na korištenje i uživanje imovine, čime se na neki način odstupa i od teksta Univerzalne i Američke deklaracije. Ovo pravo država može ograničiti, pa čak i oduzeti, ali u skladu sa zakonom, te poštujući obvezu plaćanja pravične naknade.

Organizacija afričkog jedinstva također je usvojila akt o zaštiti ljudskih prava regionalna dosega, Afričku povelju o pravima čovjeka i naroda iz 1981. godine, a na snazi od 1986. Ona sadrži sljedeće odredbe relevantne za pravo vlasništva:

“Čl. 14. Jamči se pravo na imovinu. U njega se može zadirati jedino zbog javnih potreba ili općeg interesa zajednice, te u skladu s odredbama odgovarajućih zakona.

Čl. 29. Pojedinaц ima također i dužnost:

(6) da plaća poreze na temelju zakona u društvenom interesu...”

I ovdje vidimo da se zaštita odnosi na “pravo na imovinu”, a ne na vlasništvo *stricto sensu*, te da se dopušta državama da to pravo ograničavaju svojim zakonima.

Kratkim pregledom ovih regionalnih dokumenata možemo vidjeti određene sličnosti i razlike u zaštiti prava vlasništva. Prije svega, u pravilu se štite oblici uživanja i korištenja imovine, ali to je upravo bit prava vlasništva. Nadalje, države, prema svim ovim aktima, imaju određena prava da se ovo osobno pravo podvrgne obvezama, ograničenjima, pa i oduzimanju, na temelju zakona.⁶

Europski sustav zaštite ljudskih prava

Neuvrštavanje prava vlasništva uočljivo je kod još jednog značajnog međunarodnog dokumenta za zaštitu ljudskih prava. Kada se donosila Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda 1950. godine u Rimu,⁷ pravo vlasništva nije navedeno među zajamčenim pravima. Konvencija, u pravilu,

⁶ Usp. SIEGHART, P.: The International Law of Human Rights, Oxford, 1984, str. 253-254.

⁷ Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koji je donio Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske na sjednici 17. listopada 1997., objavljen je u: “Narodne novine - Međunarodni ugovori,” (NN-MU) br. 18/1997. Dalje: Konvencija.

obuhvaća građanska i politička prava koja su se smatrala nespornim vrijednostima u vrijeme njezina usvajanja u krugu zapadnoevropskih država. Pravo vlasništva smatralo se spornim zbog razlike u gledanjima na mogućnosti i prava država da to pravo ograniče. Ono je uvedeno u Protokol uz Konvenciju, koji je bio usvojen 1952. godine, a stupio je na snagu 1954. godine (kasnije nazvan Protokol br. 1). Države stranke Konvencije nisu, međutim, u obvezi da prihvate i Protokol.⁸

Članak 1. toga Protokola glasi:

“Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.“

Članak je rezultat velikih rasprava i razlika u gledanju na pravo vlasništva i s jako naglašenim pravom države da nadzire ovo pravo.⁹ Njegov stvorni doseg razaznajemo tek iz odluka dvaju organa kojima je, temeljem same Konvencije, dano da interpretiraju Konvenciju i njezine protokole. To su Europska komisija i Europski sud za ljudska prava, a od stupanja na snagu Protokola br. 11 to je jedinstveni Europski sud za ljudska prava.¹⁰ Pritom moramo imati na umu da je, prema shvaćanju samoga Suda, konvencijski mehanizam tek supsidijaran nacionalnim sustavima zaštite ljudskih prava,¹¹ te da Europski sud nije sud četvrte instance u odnosu na nacionalne sudove.

Polje primjene Konvencije i Protokola

Prije nego li pristupimo analizi pojedinih aspekata članka 1. Protokola 1, a prateći strukturu koju je postavio Sud, trebalo bi riješiti i nekoliko prethodnih pitanja o domašaju navedene norme *ratione personae*, *ratione materiae* i *ratione temporis*.

Lako ćemo odgovoriti na pitanje dosega *ratione personae*: pravo mirnog uživanja vlasništva imaju sve fizičke i pravne osobe, uključujući i crkvu kao nevladinu organizaciju, i to sve one koje se nalaze u nadležnosti, tj. pod jurisdikcijom

⁸ Do prosinca 2000. godine Protokol je prihvatilo 38 država od mogućih 41. Protokol za sada nisu prihvatile Švicarska, Andora i Gruzija.

⁹ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths 1995, str. 516.

¹⁰ Protokol br. 11 stupio je na snagu nakon što su ga prihvatile sve države stranke Konvencije, njih 40, 1. studenog 1998. godine.

¹¹ Belgian Linguistic Case, Series A, No. 6, § 10, 1968. Slučajeve navodimo prema naslovima na engleskom jeziku uz oznaku presude koja se sastoji od oznake "A" i određenog broja, te naznake godine donošenja. Odluke Komisije označene su, u pravilu, brojem zahtjeva (aplikacije). Danas su sve odluke Suda i većina odluka Komisije dostupne na Internet adresi: "<http://www.dhcour.coe.fr/hudoc/>"

države stranke. Prema tome, jamstvo ne ovisi o državljanstvu vlasnika, te pravo mirnog uživanja vlasništva imaju i strane fizičke i pravne osobe, kao i osobe bez državljanstva. To proizlazi i iz ostalih odredaba Konvencije, budući da člankom 1. Visoke ugovorne stranke jamče "svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u odjeljku I. ove Konvencije",¹² dok se člankom 16. dopušta ograničenje političkih prava stranaca, a smataju se zakonitima i druge razlike u postupanju koje su povezane s državljanstvom (npr. dostupnost pojedinih zanimanja). Uskraćivanje zaštite imovinskih prava nekoj osobi samo zato što nije državljanin te države, predstavlja diskriminaciju i povredu Konvencije.¹³ No, nije diskriminacija ukoliko se strancu zapriječi ulaz u zemlju, a time i pristup njegovoj imovini ili se postave posebni uvjeti za stjecanje određene imovine.

Međutim, ovdje je važno podsjetiti na pravila Konvencije o tome tko može podnijeti **zahtjev** za zaštitu svojih vlasničkih prava na temelju Konvencije. Današnji članak 34. Konvencije određuje pravila o pojedinačnim zahtjevima:

"Sud može primati zahtjeve bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povrede prava priznatih u ovoj Konvenciji ili dodatnim protokolima što ih je počinila jedna visoka ugovorna stranka."

Konvencija propisuje da pravo podnošenja zahtjeva Sudu imaju osobe koje tvrde da su bile žrtve kršenja nekog prava iz Konvencije ili Protokola od strane države stranke, jer je Konvencija sasvim isključila podnošenje zahtjeva koji bi imali karakter *actio popularis* ili one zahtjeve koji se *in abstracto* žale na nesuglasnost nekog propisa s odredbama Konvencije. Takva svoja gledišta Sud je potvrdio i u jednoj od recentnih odluka u vezi s Hrvatskom.¹⁴

Što se tiče pitanja dosega *ratione materiae*, zaštita se odnosi na "vlasništvo" (engl. *possessions*, franc. *biens*), premda sam Prvi protokol ne daje definiciju toga pojma. U svojoj presudi iz 1979. godine u predmetu *Marckx*, Sud je predmet čl. 1. Protokola 1. (P1-1) opisao na sljedeći način:

"Priznavajući svakome pravo na mirno uživanje svoje imovine, članak 1 (P1-1) u stvari jamči pravo vlasništva. Ovo je utisak kojeg jasno ostavljaju riječi "imovina" i "upotreba imovine" (franc. '*biens*', '*propriété*', '*usage des biens*'); pripremni radovi, sa svoje strane, ovo jasno potvrđuju: tvorci nacrtu stalno govore o 'pravu vlasništva' i 'pravu na vlasništvo' kako bi opisali predmet

¹² Usp. stajališta Komisije i Suda u sporu *Loizidou vs. Turska* kako pojam "pod svojom jurisdikcijom" nije ograničen samo na nacionalno područje, već obuhvaća sav teritorij na kojem država vrši vlast ili kontrolu. *Loizidou v. Turkey*, preliminary, Series A, No. 310, 1995.

¹³ V. predmet *Gaygusuz protiv Austrije*, 1996. Sud je zaključio da je došlo do povrede čl. 14. Konvencije u vezi s čl. 1. Protokola 1, jer je turskom državljaninu uskraćena pomoć povodom umirovljenja zbog toga što nije imao austrijsko državljanstvo, iako je mirovinu stekao u Austriji.

¹⁴ U predmetu *Očić protiv Hrvatske* zahtjev je podnijela osoba koja se žalila da hrvatski Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme komunističke vladavine krši odredbu članka 1. Protokola 1. No, stranka je propustila dokazati da je ona zbog toga pretrpjela neku štetu, budući da sama nije bila odbijena u postupku pred nacionalnim organima. Slijedom pravila Konvencije i dosadašnje prakse, zahtjev nije bio dopušten. Application no. 46306/99.

sukcesivnih nacrti koji su prethodili sadašnjem članku 1. (P1-1)."¹⁵

Prema ustaljenoj praksi strasburških organa, pojam vlasništva definira se uz pomoć unutarnjeg prava tužene države stranke. Drugim riječima, Konvencija u pravilu ne zadire u stjecanje vlasništva, njena je zadaća zaštita postojećeg vlasništva koje je stečeno u skladu s domaćim zakonima. Tako je u sporu Marckx protiv Belgije Sud smatrao da je povrijeđeno pravo majke prema članku 1. Prvog protokola, budući da nije mogla oporučno ostaviti svoju imovinu izvanbračnoj kćeri. Međutim, pravo kćeri u tom odnosu nije bilo povrijeđeno, budući da je ona tek imala **očekivanja** da stekne vlasništvo na ostavini.¹⁶

Iznimno, Sud je priznavao i pravo vlasništva koje nije bilo priznato domaćim zakonima ukoliko je podnositelj zahtjeva imao jasno utvrđen ekonomski interes. Primjer za takav način razmišljanja nalazimo u sporu Tre Traktörer Aktiebolag protiv Švedske koji se odnosio na dozvole za točenje alkohola restoranu. Sud je smatrao da posjedovanje takve dozvole predstavlja jasan ekonomski interes vlasnika restorana, pa da, prema tome, spada pod odredbe članka 1. Protokola.¹⁷

Zaštićeno pravo vlasništva odnosi se na svaku vrstu imovine, pokretnu i nepokretnu,¹⁸ zatim na ugovorna prava, najam, dionice i patente. Međutim, najamnina nije posebna imovina, već je to pravo koje izvire iz prava korištenja imovine, odnosno, vlasništva.¹⁹ Dosuđeni dug je imovina, dok očekivana dobit to nije. Naknada javnom bilježniku postaje imovina tek nakon što pruži uslugu koju može naplatiti, pa očekivanje da se tarifa neće izmijeniti nije imovina.²⁰ Izostanak naknade za izvršeni rad odvjetnika određenog po službenoj dužnosti nije pravo zaštićeno člankom 1.²¹

Mirovina je imovina ukoliko podnositelj zahtjeva može dokazati da ispunjava uvjete za njezino stjecanje u skladu s unutarnjim pravnim propisima. Zahtjev se, u pravilu, mora odnositi na uskratu prava, a ne na visinu mirovine, jer se uplatama u fondove mirovinskog osiguranja ne može unaprijed jamčiti određen iznos mirovine.²² Pritom, naravno, nije dopuštena diskriminacija između istih kategorija

¹⁵ Marckx v. Belgium, Series A, No. 31, 1979, str. 27, § 63: "By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 (P1-1) is in substance guaranteeing the right of property. This is the clear impression left by the words 'possessions' and 'use of property' (in French: 'biens', 'propriété', 'usage des biens'); the 'travaux préparatoires', for their part, confirm this unequivocally: the drafters continually spoke of 'right of property' or 'right to property' to describe the subject-matter of the successive drafts which were the forerunners of the present Article 1 (P1-1)."

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Series A, No. 159 (1984), § 53.

¹⁸ Wiggins v. UK, No. 7456/76.

¹⁹ Commission, A-169, str. 38.

²⁰ X v. Federal Republic of Germany, No. 8410/78.

²¹ Van der Mussele, Series A, No. 70, §48, 1983. Što više, odvjetnik tada nema pravo ni na naknadu manjih sudskih troškova koje je platio za svoju stranku.

²² Usp. npr. predmet Komisije Müller v. Austria, 1.10.1975, D.R. 3, str. 25.

uplatitelja. I ovdje možemo navesti primjer vezan uz Hrvatsku. U predmetu Janković, Sud je odlučio da je zahtjev vojnog umirovljenika bivše JNA nedopustiv kao "očito neosnovan" u skladu s čl. 35. Konvencije, budući da se odnosi na visinu, a ne na pravo na mirovinu. Naime, podnositelj zahtjeva tvrdio je da su mu, između ostalog, povrijeđena prava iz članka 1. Protokola 1. odlukom nadležnih organa da mu se umanjí iznos mirovine ostvaren za vrijeme služenja JNA za određeni postotak (63,22% od ranijeg iznosa). No, prema mišljenju Suda, odredba članka 1. Protokola 1. može se tumačiti da se odnosi i na prava koja proizlaze iz plaćanja doprinosa sustavu socijalnog osiguranja, uključujući mirovine, ali ne i da daje pravo na mirovinu u određenu iznosu. Umanjivanjem visine vojnih mirovina, Hrvatska je, prema mišljenju Suda, uskladila i integrirala mirovine bivše JNA u svoj mirovinski sustav. Podnositelj zahtjeva je, dakle, samo izgubio posebne beneficije koje je uživao u bivšoj državi i bivšoj vojsci.²³

Pravo na naknadu štete također je imovina, odnosno, vlasništvo.

Doseg Protokola 1. *ratione temporis* važno je odrediti budući da sve države prilikom ratificiranja Konvencije mogu svojom izjavom odrediti vrijeme na koje će se odnositi prihvaćanje nadležnosti Suda. To su ranije bile izjave uz članak 25. za nadležnost Komisije, te članak 46. za prihvát nadležnosti Suda. Danas, nakon izmjena uvedenih Protokolom broj 11, izjava vrijedi glede članka 34. Konvencije. Slijedom takve izjave, države, u pravilu, ograniče primjenu Konvencije *ratione temporis* na razdoblje nakon što Konvencija stupi na snagu u odnosu na te države. To je praksa u skladu s pravilom općeg međunarodnog prava koje zabranjuje retroaktivnu primjenu međunarodnih ugovora.²⁴

Tako je Hrvatska dala izjavu prema kojoj prihvaća nadležnost Suda samo za predmete što se odnose na činjenice nastale nakon stupanja na snagu Konvencije i dodatnih Protokola za Republiku Hrvatsku, tj. nastalih nakon 5. studenog 1997. godine. U do sada raspravljenim zahtjevima (uglavnom se radi o određivanju dopustivosti zahtjeva) Sud je poštivao ovaj rok,²⁵ "u skladu s općepriznatim načelima međunarodnog prava". U primjeru Mladeníc protiv Hrvatske, podnositelj zahtjeva bio je odbijen u dijelu koji se odnosio na gubitak stanarskog prava u pravomoćno okončanom postupku prije hrvatske ratifikacije.²⁶

Pravilo *ratione temporis* imalo je u dosadašnjoj praksi Komisije i Suda i važne iznimke. Priznati izuzetak koji se može istaknuti protiv vremenskog ograničenja nadležnosti postoji ako se radi o ispitivanju trajanja sudskog postupka prema čl. 6. Konvencije, odnosno, na suđenje u razumnom roku, kada Sud, po prirodi stvari,

²³ Janković v. Croatia, No 43440/98, 12.11.2000.

²⁴ Usp. članak 28, Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969., objavljena u NN - MU, br.16/93.

²⁵ Usp. djelomične odluke u predmetu Horvat (financijski inženjering) ili Labus (vojne mirovine bivše JNA), u kojim je Sud odbio razmatrati dijelove zahtjeva koji su se odnosili na sporove pravomoćno okončane prije 5. studenog 1997. godine.

²⁶ Djelomična odluka o dopustivosti Mladeníc v. Croatia, No. 48485/99.

mora gledati na čitavo vrijeme proteklo od početka trajanja spornog postupka, uključujući i vrijeme prije ratificiranja Konvencije.²⁷ Druga priznata iznimka od pravila *ratione temporis* nastanak je tzv. *continuing situation*, tj. nastanak trajnog stanja.²⁸ Događaj koji je izazvao gubitak ili povredu prava nastao je prije stupanja Konvencije na snagu za određenu državu, ali posljedice traju i nakon toga datuma. U predmetu De Becker protiv Belgije podnositelj zahtjeva tvrdio je da mu je na temelju osude iz 1948. godine i dalje uskraćeno pravo na izražavanje. Zahtjev je bio dopustiv, sve ako se sporni događaj dogodio daleko prije polaganja ratifikacijske isprave.

Međutim, zanimljivo je vidjeti da je Sud u nekim ranijim sporovima rješavao nadležnost *ratione temporis* upravo u vezi s člankom 1. Prvog Protokola. U sporu Szafarczyk protiv Poljske tužiteljica je izgubila vlasništvo na temelju odluka donesenih prije nego što je Poljska ratificirala Protokol 1, ali je tvrdila da je time nastalo trajno stanje oduzimanja vlasništva. Međutim, Komisija nije prihvatila takvo gledište, tvrdeći da je "oduzimanje imovine u načelu jednokratni akt koji ne proizvodi trajnu situaciju."²⁹ No, za takav zaključak neophodno je da je vlasničko pravo prestalo na valjanu pravnom temelju. U već spominjanom sporu Loizidou stranka je tvrdila da je nastala trajna situacija u kojoj je njoj od 1974. godine, tj. od početka trajanja turske okupacije Cipra zapriječen pristup imovini na okupiranom dijelu Cipra. Vlasti Turske tvrdile su, međutim, da je njoj vlasništvo prestalo na temelju odredbe Ustava Turske Republike Cipar od 1985. godine. Prema stajalištu Suda, za nastanak "trajne situacije" bitno je odrediti da li je stranka još uvijek vlasnik imovine ili ju je legalno izgubila prije polaganja ratifikacijske izjave, u kom slučaju više nema trajne situacije. Slijedom činjenice da Turska Republika Cipar nije međunarodno priznati subjekt, pa ni njezini akti nemaju učinke legalne vlasti, vlasništvo nije prestalo, pa je Sud zaključio da ima nadležnost raspravljati o zahtjevu.³⁰ I u drugim sličnim slučajevima Sud bi najprije utvrđivao postojanje samog prava vlasništva u vremenu nakon stupanja Konvencije na snagu za odnosnu državu, znači, ne samo uz primjenu lokalnog prava, nego i uvažavajući pravila općeg međunarodnog prava.

Vlasništvo u praksi Europskog suda i Komisije

Navodna kršenja članka 1. Protokola 1. bila su dosta često objektom rasprave pred nadzornim organima Konvencije, tako da su Komisija i Sud bili u mogućnosti razraditi svoja shvaćanja ove odredbe i njezina domašaja. Kao i u drugim pitanjima,

²⁷ U slučaju Rajak protiv Hrvatske zahtjev se odnosio na kršenje prava na suđenje u razumnom roku, te je Sud morao uzeti u obzir i vrijeme proteklo do 5. studenog 1997., budući da je sporna parnica pokrenuta još davne 1975. godine pred Okružnim sudom u Rijeci.

²⁸ Usp. presudu Papamichalopoulos and others v. Greece, Series A, No. 260-B, 1993, §§ 40 i 46.

²⁹ Odluka o dopustivosti Szafarczyk v. Poland, No. 27926/95 od 27. studenog 1996.

³⁰ Loizidou v. Turkey (merits), 40/1993/435/514, presuda 18. prosinca 1996.

tumačili su Konvenciju primjenjujući pravila o tumačenju međunarodnih ugovora, često s posebnim naglaskom na predmet i svrhu tog specifičnog ugovora kao “živog instrumenta”, nastojeći tumačiti njegove odredbe u prilog postojanja zaštićenoga prava.

Sud je, za svrhu primjene i tumačenja ovoga članka, ovaj članak razbio u tri strukturalna dijela:

“...ova odredba sadržava tri posebna pravila. Prvo pravilo, koje se nalazi u prvoj rečenici prvoga stavka, je općenite naravi i proglašava načelo mirnog uživanja vlasništva; drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istoga stavka, pokriva oduzimanje imovine i podvrgava ga određenim uvjetima; te treće pravilo, navedeno u drugom stavku, priznaje državama ugovornicama pravo da, između ostalog, nadziru upotrebu imovine u skladu s općim interesom. Tri pravila nisu “posebna” u smislu da su nepovezana: drugo i treće pravilo odnose se na posebne slučajeve miješanja u mirno uživanje vlasništva, te bi se morali tumačiti u svjetlu općeg načela proglašenoga u prvom pravilu...”³¹

Sud je, dakle, smatrao da su u ovom pravilu sadržana tri pravila koja se odnose na različite aspekte zaštite prava vlasništva. Prvo se odnosi na načelo mirnog uživanja vlasništva, drugo na mogućnost oduzimanja vlasništva, te treće na prava države da nadzire vršenje prava vlasništva. No, kako to i sam Sud naglašava, ta su tri pravila povezana, te čak podložna i istim načelima.

Dodajmo, također, da je Sud u više navrata potvrdio da se povreda prava vlasništva može ogledati i u kršenju članka 6. Konvencije koji jamči pravo na “pošteno i javno suđenje” radi odlučivanja o građanskim pravima i dužnostima.³² Kako je pravo vlasništva nesumnjivo jedno “građansko” pravo, za njegovu zaštitu mora se osigurati sudski postupak.³³ To je pravo koje se ne odnosi samo na sudske postupke u tijeku, već na svaki postupak u kojem pojedinac smatra da su mu povrijeđena neka građanska prava, a nije mu zajamčena sudska zaštita,³⁴ uključujući i upravne mjere koje nadležno tijelo poduzima u vršenju javnih ovlasti.³⁵

Na nekoliko sljedećih primjera pokazat ćemo shvaćanje Suda o dosegov ovoga trojnog pravila.

Načelo mirnog uživanja vlasništva Sud je raspravljao na primjeru *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*. Zahtjevi u tom slučaju odnosili su se na učinke dugotrajnih eksproprijacijskih dozvola i zabranu gradnje na privatnom zemljištu

³¹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Series A, No. 52 (1982), para. 61.

³² Čl. 6.: “1. Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi... svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.”

³³ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Series A, No. 52 (1982), para. 79.

³⁴ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, judgment of 23 June 1981, (Series A, No. 43, str. 20, § 44, s referencom na presudu *Golder*, judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18)

³⁵ *Ringeisen* judgment of 16 July 1971, Series A, No. 13, str. 39, § 94, *König* judgment of 28 June 1978, Series A, No. 27, str. 32, § 94).

podnositelja zahtjeva. Naime, švedska vlada je, u skladu sa svojim odgovarajućim propisima, izdala eksproprijacijske dozvole Gradskom vijeću Stockholma, koje su ih ovlastile da, u slučaju potrebe, izvrše eksproprijaciju određenog zemljišta i nekretnina radi provođenja urbanističkih planova, tj. izgradnje prometnica i parkirališta u jednom dijelu Stockholma. Za isto područje izdane su i zabrane gradnje novih objekata. Dozvole i zabrane u više su navrata bile produžavane, a da na spornim parcelama nisu izvršeni bilo kakvi radovi, i bez isplate kompenzacija, dok konačno 1979. godine Gradsko vijeće nije odustalo od gradnje i otkazalo i dozvole i zabrane. Učinak tih akata je, prema tvrdnjama podnositelja zahtjeva, bio nemogućnost raspolaganja imovinom i umanjenje tržišne vrijednosti kroz dugi niz godina.³⁶

Raspravljajući o tim zahtjevima Sud je prihvatio tvrdnje podnositelja zahtjeva. Naime, iako im imovina formalno nije bila oduzeta, svakako im je izdanim dozvolama i zabranama otežala mirno uživanje njihova vlasništva. Iako su njome, načelno, mogli raspolagati, prodaja ili iznajmljivanje bili su otežani činjenicom da je prijetila eksproprijacija i rušenje objekata, održavanje je bilo otežano potrebom da od nadležnih službi traže odobrenje za radove, a bilo im je otežano i traženje hipoteka i podizanja kredita. Posebno je otegotno bilo dugo trajanje ovih "privremenih" mjera (25, odnosno, 12 godina), a da strankama nije pružena mogućnost da osporavaju rokove u nekom upravnom ili sudskom postupku. Slijedom takvih utvrđenja, Sud je zaključio da je došlo do povrede članka 1. Protokola 1., odnosno, njegova načela mirnog uživanja vlasništva.

Problem oduzimanja vlasništva Sud je raspravljao u predmetu James i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva. U dosta složenom slučaju Sud je ispitivao da li su zakoni kojima se dopušta dugoročni najam nekretnina (kuća, odnosno, stanova) uz obvezni otkup na kraju najamnog roka, zapravo lišili vlasnike zemljišta ili tih kuća njihova vlasništva. Budući da su stanari bili u povlaštenom položaju, a da vlasnici nisu bili slobodni u raspolaganju tim nekretninama, Sud je zaključio kako je nesporno da je došlo do oduzimanja vlasništva.³⁷

Pitanje se, međutim, postavilo, da li je to bilo opravdano prema odredbama samog Protokola, odnosno da li je lišenje vlasništva bilo "u javnom interesu". Podnositelji zahtjeva tvrdili su da to što se jednoj skupini pojedinaca (stanarima) daje povlašteni položaj i prava na uštrb prava druge skupine pojedinaca (vlasnika), ne može biti "u javnom interesu". No, Sud je smatrao da se i na ovaj način mogu postići ciljevi u javnom interesu, ako se taj cilj može vidjeti kao povećanje socijalne pravde u toj zajednici. Isto se može reći i za zakonske mjere kojima se uređuju ugovorni ili vlasnički odnosi privatnih osoba.³⁸ U tom smislu, smatra Sud, nikakva se razlika ne može iščitati iz pojmova "javni" i "opći interes" koji se koristi u prvom

³⁶ Eksproprijacijska dozvola glede imanja Sporrang trajala je od 1956. do 1979. godine, a u slučaju Lönnroth 8 godina.

³⁷ James and others v. U.K., 1986, § 38.

³⁸ Ibid, § 41.

i drugom stavku članka 1.³⁹

U predmetu *Handyside* izdavaču je bila oduzeta pa uništena naklada publikacija za seksualni odgoj mladih, za koju je u odgovarajućem postupku bilo utvrđeno da ustvari predstavlja pornografiju. Osim na članku 10. Konvencije, koji se odnosi na slobodu izražavanja, izdavač je svoj zahtjev temeljio i na članku 1. Protokola 1. Sud je u tom dijelu ograničio svoju ulogu na ispitivanje zakonitosti i svrhe ograničenja, ističući kako su "države stranke jedini suci potrebe oduzimanja imovine".⁴⁰ U konkretnom slučaju, do oduzimanja je došlo u skladu sa zakonom, a radi zaštite morala. Do uništenja imovine je, nadalje, došlo u skladu s načelom prava da se uništava roba koja je u zakonitom postupku proglašena protuzakonitom i opasnom.⁴¹

Pred Sudom se više puta pojavljivao i problem mjere privremenog oduzimanja imovine za koju postoji sumnja da je plod kaznenog djela ili da se koristila u njegovu izvršenju, ali je Sud, u pravilu, priznavao njezinu legitimnost, kao i mjeru konačnog oduzimanja nakon što se u zakonitom postupku utvrdila kaznena odgovornost "vlasnika".⁴²

U pravilu, Sud je nerado prihvaćao argumentaciju u prilog *de facto* eksproprijacije, pa je tvrdnju o oduzimanju prihvaćao samo onda ako je došlo do prestanka svih zakonskih prava vlasnika prema imovini. No, pritom je vlasnik morao dokazati da je prije akta oduzimanja imao valjani naslov.⁴³ Iznimno, *de facto* eksproprijacija priznata je u predmetu *Papamichaloupulos*, budući da je fizička okupacija zemljišta stvarno priječila vršenje bilo kakvih vlasničkih prava.⁴⁴

Zanimljivo je i pitanje kompenzacije za oduzetu imovinu, a u svjetlu teksta stavka 1. članka 1. koji se poziva na "uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava". Općenito je prihvaćeno da se opća načela međunarodnog prava odnose na nedržavljanu, budući da je upravo međunarodno pravo razvilo načelo prema kojem se mora poštivati privatno vlasništvo stranaca, odnosno, platiti naknada za oduzetu imovinu.⁴⁵ Prema nekim gledištima naknada bi morala biti efektivna, adekvatna i promptna, odnosno, bez nepotrebnog odlaganja, čak i ako se imovina domaćih državljana ekspropriira bez naknade. Međutim, činjenica je i da se to načelo dosta kršilo u praksi država tzv. socijalističkog svjetonazora ili u procesu dekolonizacije.

³⁹ Ibid, § 43.

⁴⁰ *Handyside v. U.K.*, Series A, No. 24, 1976, § 61.

⁴¹ Ibid, § 62-63.

⁴² U predmetu *Venditelli*, Series A, No. 293-A, § 40, Italija je bila odgovorna za štetu zbog toga što je mjeru provela iako je okrivljenik bio oslobođen u kaznenom postupku, čime je nestala pravna osnova za poduzimanje te mjere.

⁴³ HARRIS, op. cit., n. 9, str. 527. Ovo je u skladu s načelom da čl. 1. ne daje pravo vlasništva, samo ga štiti.

⁴⁴ Series A, No. 260-B, 1993. HARRIS, op. cit., n. 9, str. 528.

⁴⁵ DEGAN, V. Đ.: Međunarodno pravo, Rijeka, 2000., str. 490.

U svojoj praksi Sud je krenuo korak dalje i zauzeo stajalište da se eksproprijacija bez naknade vlastitim državljanima može opravdati samo u izuzetnim okolnostima.⁴⁶ Mora se isplatiti razumna naknada u odnosu na oduzetu vrijednost.⁴⁷ No, s druge strane, članak 1. ne jamči pravo na punu naknadu u svim okolnostima budući da "legitimni ciljevi u 'javnom interesu', poput mjera ekonomske reforme ili mjera kojima se nastoji postići veća društvena pravda", mogu opravdati isplatu naknade manje od pune tržišne vrijednosti.⁴⁸ Pri procjenjivanju određene visine naknade Sud ispituje proporcionalnost.⁴⁹ On zahtijeva da u ostvarivanju "općeg interesa" čitav teret ne padne na leđa pojedinca, već da on snosi razmjerni teret. U predmetu *Tsomsos* Sud je ocijenio problematičnim grčki zakon koji je visinu naknade za oduzeto zemljište za izgradnju ceste određivao uz neoborivu pretpostavku da vlasnici zemljišta uz glavnu cestu imaju od toga koristi. Na taj su način vlasnici zemljišta stavljeni u nerazmjerno težak položaj koji nije odgovarao postavljenim ciljevima.⁵⁰ Također, kompenzacija isplaćena sa 17 mjeseci zakašnjenja u uvjetima vrlo visoke inflacije (70%) ne može se smatrati pravičnom.⁵¹

Vidjeli smo da stavak 2. članka 1. daje vrlo široke ovlasti državi da obavlja nadzor nad upotrebom vlasništva ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.⁵² Ovo je pravo, naravno, povezano s pravima pojedinaca iz prethodnog stavka, koja im se na taj način mogu ograničiti. Tumačeći ovu odredbu Komisija i Sud ponovno su pokazali svoju sklonost da, primjenjujući teleološku metodu tumačenja ugovora, prošire stvarni doseg ove odredbe.

U ranije opisanom slučaju *Sporrong i Lönnroth* Sud je utvrdio da je došlo do ograničenja mirnog uživanja vlasništva, ali ne i do njegova oduzimanja. Budući da sam Protokol (st. 2. čl. 1.) mirno uživanje ograničava pravom države da nadzire upotrebu imovine, Sud je morao utvrditi da li su konkretni zahvati švedske vlade bili opravdani u skladu s Protokolom 1. U tu svrhu, potvrdio je Sud, mora se ispitati postoji li ravnoteža između zahtjeva "općeg interesa zajednice" i potrebe zaštite temeljnih prava pojedinca, budući da je ta ravnoteža inheretna čitavoj Konvenciji, pa i ovom Protokolu.⁵³

⁴⁶ LAWSON, SCHERMERS: *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, 2nd ed., Nijmegen, 1999, str. 351. U predmetu *Gasus* (Series A, No. 306-B, 1995) sporno je bilo državljanstvo vlasnika, budući da je njemačka tvrtka bila prodana Nizozemcima, ali uz priuzdržaj vlasničkog naslova do isplate pune cijene. Sud, međutim, nije priznao takav naslov kao izvor vlasničkih prava, nego kao mjeru osiguranja plaćanja.

⁴⁷ HARRIS, op. cit., n. 9, str. 533.

⁴⁸ *Lithgow v. U.K.*, § 121.

⁴⁹ V. dalje.

⁵⁰ *Tsomsos a.o.*, 1996, § 42.

⁵¹ *Akküs v. Turkey*, Comm. Rep. 1996, Appl. no. 19263/92.

⁵² Od svih članaka koji dopuštaju ograničenja zajamčenih prava, ovo daje državama vjerojatno najveća prava. GOMIEN, HARRIS, ZWAAK: *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, 1996, str. 312.

⁵³ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Series A, No. 52 (1982), § 69.

U konkretnom slučaju Sud je utvrdio da ta ravnoteža nije bila postignuta, budući da su dozvole i zabrane proizvele dugoročnu nepovoljnu situaciju za pojedince, a nije im bila osigurana žalba kojom bi tražile skraćenje tih rokova niti kompenzacija.⁵⁴

Ovo je pravilo postalo poznato kao “test proporcionalnosti” ili zahtjev ravnoteže. Sud ga je upotrijebio gotovo uvijek kada je raspravljao o bilo kojem obliku smetanja vlasništva. U predmetu *Mellacher i dr. protiv Austrije*, postavio se sličan problem kao u predmetu *James*. Naime, vlasti Austrije donijele su Zakon o kontroli stanarina, prema kojima su utvrđene najviše stanarine po područjima i po kvaliteti stanova. Vlasnici su smatrali da je došlo do *de facto* eksproprijacije, budući da oni više nisu mogli slobodno određivati visinu najamnine, niti su mogli ubirati najamninu koju su već ranije ugovorili sa svojim stanarima.⁵⁵ Vlada je tvrdila da je ta mjera bila nužna radi uspostave pravednijeg tržišta stanovima i uklanjanja neopravdanih i prevelikih razlika u najaminama. Sud je držao da je njegova zadaća ograničena. Svaka država ima pravo slobodno odrediti kojim će mjerama postizati svoje društvene i druge ciljeve (tzv. *margin of appreciation*), a Sud će se umiješati jedino ukoliko bi utvrdio da je taj cilj očito nerazuman i neutemeljen. U ovom slučaju zakonom se postavio legitiman cilj u općem interesu. No, da bi mjere bile legitimne, potrebno je još i da postoji razmjer između tog zahtjeva općeg interesa i prava pojedinca, tj. mora biti ispunjen test proporcionalnosti. U konkretnom slučaju Sud je zaključio da, sve ako su pojedini kućevlasnici pretrpjeli prilično umanjenje svojih prihoda, taj gubitak još uvijek nije bio nesrazmjeran postavljenom cilju.⁵⁶

Općenito govoreći, nadzor se može sastojati od postavljanja ograničenja vlasniku kroz npr. urbanističke i druge planove, ekološke zahtjeve, kontrolu najamnina, zakone o uvozu i izvozu određene robe, određivanju uvjeta poslovanja i sl. Od vlasnika se može zahtijevati i da mora poduzeti određene radnje na svom vlasništvu, ali sve uvijek uz ispunjavanje zahtjeva proporcionalnosti. Osim toga, potrebno je da postoji i osiguran pravni put kojim pojedinac može osporavati navedene mjere. Taj put mora biti, prema dosad postignutom standardu Suda, efektivan i brz.⁵⁷

⁵⁴ Ibid, § 73.

⁵⁵ *Mellacher and others v. Austria*, Series A, No. 169 (1989), § 40-57. Neki su izgubili do 80% visine najamnine.

⁵⁶ Usp. predmet *Spadea and Scalabrino v. Italy*, Series A, No. 315-B, gdje je Sud smatrao opravdanim zakon o zaštiti stanara protiv zahtjeva kućevlasnika od iseljenja. Ponekad je ovaj zahtjev povezan i s čl. 8. Konvencije koji se odnosi, između ostalog, i na pravo na zaštitu doma. Praksa Suda pokazuje da je “dom” svako stalno boravište u kojem pojedinac stalno živi, ali da čl. 8. ne jamči stjecanje kuće ili stana, niti vraćanje u posjed iznajmljene kuće kada se to njezin vlasnik sjeti. Usp. *Velosa Baretto v. Italy*, Series A, No. 334. No, u predmetu *Akvidar v. Turkey* iz 1996., utvrđeno je da je turska vojska namjerno palila i uništavala kuće, čime je došlo do povrede i čl. 8. Konvencije i čl. 1. Protokola 1.

⁵⁷ HARRIS, op. cit., n. 9, str. 537.

Zaključak

Pravo vlasništva zajamčeno je Prvim protokolom uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, no podložno je pravima države da nadzire, uređuje i ograničava to pravo. Praksa Europskog suda za ljudska prava u tumačenju prava vlasništva prema članku 1. Protokola iz 1952. godine pokazuje tendenciju Suda da svojim tumačenjem razjasni, ali i proširi doseg samoga teksta ovih međunarodnih ugovora.⁵⁸ Istražujući njihovu svrhu Sud je izgradio tzv. test proporcionalnosti: država može ograničavati, pa i oduzeti vlasništvo pod uvjetom da postoji proporcionalnost između postavljenih ciljeva u općem interesu i prava samog pojedinca. Teret pojedinca mora biti razmjernan tome cilju, a mora biti osiguran i brz i učinkoviti pravni postupak u kojem pojedinac može ispitivati nametnuta ograničenja.

Summary

PROTECTION OF OWNERSHIP RIGHT IN THE INTERNATIONAL LAW

Right of ownership or right to ownership is guaranteed in many national and international documents. However, a legally binding obligation for states to protect right of ownership is included only in regional instruments, among which the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with its additional First Protocol is the most interesting for the Republic of Croatia. This article examines the main characteristics of protected right through the case-law of the European Court and European Commission of Human Rights. Although it is undoubtedly a human right, it is subject to important limitations and state intervention. However, the Court has through its case-law established a so-called proportionality test, according to which any infringement of the right of ownership has to be legitimized in the balancing between individual rights and general interest that is to be achieved by given measures.

Key words: *right of ownership, European Convention on Human Rights, proportionality test.*

⁵⁸ Osnovno stajalište Suda potvrđeno je i 1995. godine, kada je u predmetu *Loizidou* Sud smatrao da se Konvencija "ne može tumačiti samo u skladu s namjerama svojih autora izraženima pred više od četrdeset godina, ... u vrijeme kada je manjina sadašnjih stranaka prihvatila Konvenciju". Series A, No. 310, 1995, § 71.

Zusammenfassung

SCHUTZ DES EIGENTUMRECHTS IM VÖLKERRECHT

Das Eigentumsrecht oder Recht auf Eigentum wird in verschiedenen nationalen und internationalen Vorschriften garantiert. Doch die konkrete Rechtspflicht des Staates zum Schutz des Rechts auf Eigentum ist in den regionalen Instrumenten enthalten, unter denen die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit dem ergänzten Ersten Protokoll am interessantesten ist. In der Arbeit werden die Hauptcharakteristiken des garantierten Rechts anhand der Praxis des Europäischen Gerichtshofes und der Europakommission für Menschenrechte untersucht. Obwohl es sich zweifelsohne um ein Menschenrecht handelt, wird dieses doch großen Beschränkungen und Rechten von Seite des Staates unterworfen. Das Gericht hat jedoch in seiner Praxis einen sgn. Proportionalitätstest erarbeitet, wonach jegliche Einmischung in das Eigentumsrecht durch ein Gleichgewicht zwischen den Rechten des Einzelnen und dem Allgemeininteresse, das der Staat durch umstrittene Maßnahmen erreichen will, gerechtfertigt werden muss.

Schlüsselwörter: *Eigentumsrecht, die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Proportionalitätstest.*

Sommario

TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Il diritto di proprietà o diritto alla proprietà è garantito da numerosi documenti nazionali e internazionali. Tuttavia un'obbligazione giuridicamente vincolante per gli stati di tutelare il diritto di proprietà è contemplato soltanto in strumenti regionali, tra i quali la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e il suo Primo protocollo addizionale è molto interessante per la Repubblica di Croazia. Questo articolo esamina le principali caratteristiche del diritto tutelato attraverso la giurisprudenza della Corte europea e della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Nonostante esso sia indubbiamente un diritto dell'uomo, è soggetto ad importanti limiti e interventi statali. Peraltro la Corte ha con la sua prassi stabilito il cosiddetto test di proporzionalità, secondo il quale qualsiasi ingerenza nel diritto di proprietà deve essere legittimata nel bilanciamento tra diritti individuali e interessi pubblici che deve essere raggiunto con le misure previste.

Parole chiave: *diritto di proprietà, Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, test di proporzionalità.*

USTUPANJE PRAVA IZ PODRUČJA INDUSTRIJSKOG VLASNIŠTVA - UGOVOR O LICENCIJI ŽIGA I UGOVOR O KNOW HOWU

Mr. sc. Jozo Čizmić, viši predavač
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.772.043
Ur.: 9. studenog 2000.
Pr.: 1. veljače 2001.
Pregledni članak

Ugovor o licencijski žiga jest contractus sui generis kojim se davatelj licencije obvezuje stjecatelju licencije ustupiti u cjelini ili djelomično pravo na korištenje žiga, a stjecatelj licencije obvezuje se da će koristiti predmet licencije na ugovoreni način i da će davatelju licencije platiti predviđenu naknadu. U radu je autor, pored temeljnih naznaka o pojmu ugovora o licencijski, ukazao i na neke značajnije aspekte ugovora o licencijski žiga - formu i sadržaj ugovora o licencijski, opis prava na korištenje žiga u registar žigova, isključivu licenciju i podlicenciju, prava i obveze ugovornih stranaka, sudsku zaštitu povrijeđenih i ugroženih prava te prestanak ugovora o licencijski.

U drugom dijelu rada autor obrađuje ugovor o know-howu, kojemu pripada značajna uloga u poslovnom prometu, posebno kod prijenosa tehničkog, ali i drugog znanja i iskustva. U radu je autor, pored temeljnih naznaka o pojmu know-howa, nastojao ukazati i na odnos know-howa prema (ostalim) pravima s područja industrijskog vlasništva, temeljne značajke know-howa, predmet i sadržaj ugovora o know-howu, te na modalitete zaštite know-howa.

Ključne riječi: *industrijsko vlasništvo, licencija, žig, know how.*

I. Uvod

U suvremenom poslovnom životu i gospodarskom prometu ugovoru o licencijski žiga i ugovoru o know-howu pripada značajna uloga. Njihovo je značenje posebno veliko na području industrijskog vlasništva, s obzirom na to da se prijenos i ustupanje prava industrijskog vlasništva te posebnih inovacijsko-tehnoloških znanja obavlja upravo putem ugovora o licencijski između nositelja prava i korisnika prava, odnosno ugovorom o know-howu. Ugovor kojim se uređuju pravna pitanja u svezi s prijenosom ili iskorištavanjem prava i znanja iz područja industrijskog vlasništva, predstavlja, uz zakon, temeljni izvor prava za ugovorne stranke.

II. Ugovor o licenci žiga

1. Pojam i značenje žiga u gospodarskom prometu

1.1. Žig je, u pravilu, zaštićeni znak jedne pravne ili fizičke osobe kojoj pripada isključivo pravo da proizvode koji su označeni žigom stavlja u promet ili da se žigom koristi pri obavljanju uslužne djelatnosti.¹ 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 (Zakon o žigu, dalje - ZŽ, članak 1.). Iz definicije žiga proizlazi da nositelj žiga može biti samo sudionik u gospodarskom prometu, koji je proizvođač, trgovac ili davatelj usluga. To mogu biti pravne osobe ili fizičke osobe koje se bave registriranom gospodarskom djelatnošću.²

Proizvodi i usluge poduzeća, kao i njegov "image", moraju biti vidljivi na tržištu. U industrijski razvijenim zemljama ovim se pitanjima poklanja velika pozornost i načelo tzv. "corporate image" poprima sve veće značenje.³ Internacionalizacija i globalizacija trgovine te usporedivi tehnički standardi sve više zahtijevaju da se proizvodi međusobno razlikuju, ne samo po inovativnoj tehnici nego i po svojoj opremljenosti i podrijetlu.⁴ Izreka da robu prodaje njena kakvoća sve više se u suvremenom gospodarskom prometu zamjenjuje izrekom da robu prodaje njezin žig. Iako je u načelu upotreba žiga u gospodarskom prometu fakultativne prirode, jer gospodarski subjekti slobodno odlučuju hoće li svoju robu i usluge označavati žigom i kakav će žig pri tome koristiti, sve je razvidnije njihovo zanimanje za označavanje roba i usluga žigom. Mnogi proizvodi obilježeni poznatim žigovima daleko lakše osvajaju potrošače nego što je to slučaj s proizvodima koji nose nepoznat žig ili koji nisu uopće označeni žigom (neetiketirana roba).⁵

1.2. Žig je znak koji služi za identifikaciju roba i usluga, kao jamstvo određene kakvoće tih roba i usluga, te istovremeno predstavlja sredstvo oglašavanja.⁶ Žig je,

¹ VERONA, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, 1978., str. 170.

² U gospodarskom prometu može doći do kolizije između žiga, s jedne strane, i firme ili naziva poduzeća, s druge strane. Ako je riječ o savjesnom stjecanju i ponašanju gospodarskih subjekata, Zakon odobrava "jače" pravo imatelju tvrtke odnosno naziva, tj. u sukobu iste tvrtke (naziva) i žiga, prednost ima tvrtka (naziv). BESAROVIĆ, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Beograd, 1984., str. 78.

³ CEROVIĆ, D., *Kvalitet i pouzdanost proizvoda u robnom prometu i međunarodnoj razmjeni*, Beograd, 1976., str. 49.

⁴ HAUGG, N., *Zaštita industrijskog vlasništva danas. Značaj zaštite industrijskog vlasništva u Njemačkoj*, "Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva", 4, 1997., br. 6, str. 2080.

⁵ BESAROVIĆ, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Beograd, 1984., str. 76.-86.

⁶ Treba napomenuti da riječ "žig" ima i druga značenja. Tako, primjerice, žig predstavlja i znak kojim se potvrđuje ispravnost mjerila, kakvoća predmeta od zlata, srebra i platine, a riječ "žig" koristi se i kod ovjeravanja javnih isprava, poništavanja poštanskih maraka i sl. Vidi u tom smislu Naredbu o ovjerenim žigovima i ispravama kojima se potvrđuje ispravnost mjerila, Pravilnik o obliku i sadržaju oznaka čistoće i načinu određivanja i obilježavanja stupnjeva čistoće predmeta od plemenitih kovina,

zapravo, simbol reputacije proizvođača i kakvoće roba, odnosno usluga koje taj znak nose.⁷ Žig je, dakle, **identifikacijska oznaka** koja se koristi u gospodarskom prometu da bi ukazala potrošačima razliku između robe i usluga jednog trgovca od slične robe i usluga drugog trgovca.⁸ Kako ukupna ponuda roba na tržištu stalno raste, a ne manjom brzinom raste i ponuda vrlo sličnih ili jednakih proizvoda (međusobnih substituta) različitih proizvođača, time važnost dobro uvedene marke proizvoda postaje sve izrazitija. U uvjetima današnjeg reklamiranja, neodvojivog od masovnih sredstava komuniciranja, žig ima i **reklamnu funkciju**. Žig je važan instrument za komuniciranje s javnošću/potrošačima jer ne označava samo podrijetlo robe nego uspostavlja odnos s potrošačem (korisnikom) utemeljen na povjerenju, reputaciji poduzeća i nudi jamstvo za konzistentnu kakvoću proizvoda ili usluga. Zbog toga je izbor žiga iznimno važan, tj. ključni element u poslovanju poduzeća.⁹ Danas se robni i uslužni žigovi vrednuju te se godišnje izdaju rang liste najvrjednijih žigova.¹⁰ Pored toga, žigu se pripisuje **kvalitetna funkcija**. Naime, upućujući na podrijetlo robe i identificirajući je, žig je u mogućnosti kod potrošača stvoriti predstavu i o postojanosti kakvoće robe koja potječe iz tog izvora. Pored funkcije identifikacije proizvođača i robe, žig, dakle, ima i jamstvenu funkciju. Proizvod obilježen žigom smatra se proizvodom određene kakvoće, koja ne mora biti natprosječna i iznimna, ali koja mora biti konstantna, nepromijenjena kroz dugi niz godina. Što je jedan žig poznatiji, to je, u pravilu ova jamstvena funkcija jača, jer poznatost jednog žiga u velikoj mjeri stečena je zahvaljujući dobroj (ili iznimno dobroj) kakvoći proizvoda koje on obilježava. Žig nema nikakvu samostalnu vrijednost osim kao idejno grafičko rješenje njegova autora. Cjelokupna njegova vrijednost vezana je za proizvod ili uslugu koju obilježava.¹¹

Naredbu o žigovima i drugim znakovima i potvrdama o ispravnosti mjerila, Pravilnik za primjenu zakona o pečatima i žigovima s grbom Republike Hrvatske, Pravilnik o pošti, Pravilnik o oblicima državnih žigova i sl.

⁷ DANILOVIĆ, T., *Zaštita prava na žig*, "Privredno pravni priručnik", god. XVI, 1978., br. 8, str. 31.

⁸ *Registered Trade and Service Marks - Basic Facts*, London, 1992., str. 5.

"Žig je pravni monopol na upotrebu određenog znaka koji omogućava da se na tržištu međusobno razlikuju iste ili slične robe i usluge". KRNETA, S., *Prenos prava na žig u svjetlu savremenih kretanja u uporednom pravu*, "Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu", XXII, 1974., str. 161.

"Žig je komercijalni znak kojim se razlikuje roba i usluge jednog gospodarskog subjekta od slične robe i usluga drugog gospodarskog subjekta na tržištu". Usp. *Trademarks*, "National Board of Patents and Registration Finland", Helsinki, s. a., str. 4.

⁹ O tome pitanje kod OZRETIĆ-DOŠEN, Đ. - VRANEŠEVIĆ, T., *Marka kao tržišni aspekt proizvoda: Istraživanje stavova o markama nekih hrvatskih izvoznih proizvoda*, "Računovodstvo i financije", XLIII, 1997., br. 4, str. 89.-96.

¹⁰ Tako su primjerice 1994. godine najvrjedniji bili znakovi *Coca Cole* (35,95 milijardi USD), *Marlboro* (33,045 milijardi USD), *Nescafe* (11,549 milijardi USD), *Kodak* (10,020 milijardi USD), *Microsoft* (9,842 milijardi USD) itd. Podatak i pitanje o tome kod KOVAČIĆ, M., *Pravno uređenje i ekonomski aspekti intelektualnog vlasništva*, "Slobodno poduzetništvo", V, 1998., br. 23-24, str. 175.

¹¹ BESAROVIĆ, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Beograd, 1984., str. 76.-86.

1.3. Najveći dio gospodarski primjenjivih nematerijalnih dobara uživa specifičnu pravnu zaštitu u okviru sustava prava industrijskog vlasništva. Temeljna karakteristika pravne zaštite nematerijalnih dobara jest njen prohibicijski učinak - isključivost ovlaštenja nositelja zaštite i njome izazvana pravna nemogućnost trećih osoba da se zaštićenim dobrom koriste bez suglasnosti titulara zaštite. Tako žigom titular stječe negativna ovlaštenja koja mu omogućuju da glede zaštićenog nematerijalnog dobra ostvaruje monopolni položaj na tržištu. To će, primjerice, činiti tako što će putem ugovora o licenci trećim osobama dopuštati iskorištavanje zaštićenog poslovnog goodwilla sublimiranog u žigu.¹²

Pravni promet žigova značajno je rasprostranjen u gospodarskom prometu, kao posljedica jednog od temeljnih ovlaštenja nositelja prava - prava raspolaganja. S obzirom da pravna zaštita žiga nije vremenski ograničena, nositelj žiga ima isključivo pravo raspolaganja sve dok traje pravna zaštita njegovog žiga. Ovlaštenje nositelja da raspolaže svojim pravom (priznatim od strane Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo, dalje - DZIV) izričito je predviđeno i novim Zakonom o žigu (dalje - ZŽ, čl. 26.¹³),¹⁴

2. Prijenos prava na žig i prijenos prava na korištenje žiga

2.1. Prijenos prava na žig

Pod određenim zakonskim uvjetima (v. ZŽ, čl. 33.), nositelj žiga može

¹² PARAC, Z., *Ugovor o licenci i promjene u jugoslavenskom pravu industrijskog vlasništva*, "Privreda i pravo", vol. 28, 1989., br. 7-8, str. 507.

¹³ "(1) Nositelj žiga ima isključivo pravo na obilježavanje žigom proizvoda ili usluga za koje je priznat i isključivo pravo uporabe žiga za te proizvode ili usluge.

(2) Nositelj žiga može zabraniti trećim osobama da bez njegova odobrenja rabe znak koji je istovjetan sa znakom ili sličan znaku za proizvode ili usluge iste ili slične vrste kao što su one za koje je žig priznat ili ga rabiti za obilježavanje tih proizvoda ili usluga, posebice stavljati ga na proizvode ili njihovo pakovanje, nuditi usluge ili stavljati na tržište proizvode s tim znakom ili skladištiti proizvode s tom namjerom, uvoziti ili izvoziti proizvode s tim znakom ili rabiti taj znak u trgovačkom imenu, dopisivanju ili oglašavanju.

(3) Nositelj žiga ima pravo zahtijevati od svake osobe koja stavlja ili namjerava staviti na tržište proizvode ili usluge koji su označeni znakom koji je istovjetan s njegovim žigom ili sličan njegovu žigu, informaciju o podrijetlu proizvoda i prometnim putovima proizvoda ili dokumentaciju za te proizvode ili usluge.

(4) Nositelj nedvojbeno poznatoga žiga može zabraniti trećim osobama da bez njegova odobrenja rabe istovjetan ili sličan znak za proizvode ili usluge koji nisu istovjetni s onima ili slični onima za koje je žig zaštićen ako bi uporaba takva znaka u vezi s tim proizvodima ili uslugama mogla upućivati na povezanost tih proizvoda i usluga i nositelja zaštićenoga žiga, te da istodobno postoji opasnost da interesi nositelja zaštićenoga žiga trpe štetu takvom uporabom". ZŽ, čl. 26.

¹⁴ Zakon o žigu ("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. Zakonom o žigu uređuju se: pojam i uvjeti zaštite žiga; postupak za priznanje žiga, promjene na žigu; stjecanje, trajanje, održavanje i prestanak vrijednosti žiga; odredbe o zajedničkom i jamstvenom žigu; odredbe o postupku pred DZIV-om; građanskopravna zaštita žiga; prekršaji. Danom početka primjene ovoga zakona, prestaju važiti odredbe ZIV-a u dijelu koji se odnosi na žigove, osim odredaba o zastupanju (ZIV, čl. 172a.) koje se primjenjuju do donošenja posebnog propisa (ZŽ, čl. 59.).

prenijeti sporazumom ili ugovorom na drugoga svoj žig ili pravo iz prijave za proizvode ili usluge za koje je žig zatražen ili priznat, i to u cijelosti ili djelomično, a to može jednako učiniti i prijavitelj (dok još nije stekao neko od tih prava). Iako se to u ZŽ-u izričito ne navodi, držimo da predmet ugovora o prijenosu prava može biti i neprijavljeni znak za obilježavanje robe ili usluga. Ugovorom o prijenosu prava na žig (cesiji) dosadašnji nositelj prava na žig u cijelosti se oslobađa svih sveza sa žigom i gubi sva ovlaštenja što ih je imao kao vlasnik ili nositelj prava na žig. Umjesto dotadašnjeg ovlaštenika u potpunosti stupa na njegovo mjesto novi ovlaštenik.

Prije zaključenja ugovora nužno je provjeriti je li žig valjan, postoje li zahtjevi u svezi s prestankom prava na žig zbog nekorištenja ili s oglašavanjem rješenja o priznanju žiga ništavim, postoje li upisana prava trećih osoba u odgovarajućim registrima, postoji li dvostruka zaštita znaka domaćim i međunarodnim žigovima, postoje li bitno slični žigovi i sl.

Ugovor o prijenosu prava posebice mora sadržavati naznaku ugovornih stranaka, registarski broj žiga ili broj prijave žiga (ZŽ, čl. 33. t. 3.). Ugovor o prenošenju prava (ugovor o kupoprodaji ili darovanju, primjerice) mora biti sastavljen u pisanom obliku i, na zahtjev jedne od ugovornih stranaka (staroga ili novoga nositelja žiga), upisuje se u odgovarajući registar i objavljuje u službenom glasilu DZIV-a. U protivnome nema pravni učinak prema trećim osobama. Uz zahtjev za prijenos prava mora biti podnesen ovjerovljeni prijepis ugovora, ili dijela ugovora koji pokazuje prijenos prava, ili potvrda o prijenosu prava potpisana od staroga i novoga nositelja prava. Ugovor upisan u registar proizvodi pravne učinke prema trećim osobama, odnosno ima apsolutni učinak, *erga omnes*.¹⁵ Sve dok nije upisan u registar kod DZIV-a, prijenos žiga ima samo obveznopravni učinak. Registracija ugovora nije obvezna, ali je vrlo korisna, osobito za pribavitelja prava i za treće osobe, jer osigurava pravnu sigurnost u prometu žigovnog prava. Stranke koje eventualno žele registrirati ugovor sa sadržajem/tekstom koji ne otkriva njihove namjere i odnose, mogu zaključiti iscrpan ugovor čiji će sadržaj štiti poslovnom tajnom,¹⁶ dok će DZIV-u podnijeti ugovor u skraćenom obliku. Da bi mogao biti registriran kod DZIV-a, ugovor o prijenosu prava na žig svakako bi morao sadržavati podatke o ugovornim stranama, broj žiga ili broj prijave te visinu naknade ako je ugovorena. U slučaju djelomičnog prenošenja, ugovor bi morao sadržavati i podatke o razredima, proizvodima i uslugama koji su obuhvaćeni prijenosom. U iscrpnom ugovoru, koji predstavlja poslovnu tajnu i obično se ne podnosi DZIV-u, sadržani su i drugi podaci, primjerice u svezi s opsegom prijenosa, odgovornošću za pravne nedostatke, pravima trećih osoba, pravom korištenja žiga kao naziva tvrtke, kakvoćom proizvoda koji će biti označen žigom, raznim

¹⁵ Usp. ZLATOVIĆ, D., *Modaliteti plaćanja u ugovorima o raspolaganju pravom na žig, "Vladavina prava", III, 1999., br. 1, str. 99.-121.*

¹⁶ O poslovnoj tajni na području industrijskog vlasništva vidi pitanje kod ČIZMIĆ, J., *Zaštita prava iz područja industrijskog vlasništva poslovnom tajnom, "Pravo u gospodarstvu", god. 38, 1999., br. 2, str. 231.-251.*

postupcima u svezi s važenjem žiga, predajom dokumentacije o zaštiti i korištenju žiga, unijskim ili sajamskim prvenstvom žiga, upisom ugovora u registar žigova, obvezama prenositelja i primatelja, datumom stupanja ugovora na snagu, rješavanju sporova i sl.

Prijenos žiga može biti potpun ili djelomičan. Naime, znak koji je konstitutivni dio žiga može se prenijeti samo u cijelosti. Međutim, proizvodi i usluge na koje se znak odnosi, koji su obuhvaćeni žigom, mogu se prenijeti u cjelokupnom popisu, ali predmet prijenosa mogu biti i samo pojedini razredi ili usluge iz razreda.

Prava koja proizlaze iz zajedničkoga žiga nisu prenosiva (ZZ, čl. 42. st. 2.),¹⁷ a ne prenose se ni moralna prava koja ostaju autoru.

Na ugovor o prijenosu prava primjenjuju se opća pravila obveznog prava.

2.2.1. Pojam ugovora o licenci

Kada je riječ o prometu prava na žig, daleko se više rabi licencija nego li ugovor o prijenosu prava, jer je kod žigovnog prava pravo gospodarskog iskorištavanja daleko značajnije od prava vlasništva.¹⁸ Nositelj prava na žig može ustupiti samo pravo gospodarskog iskorištavanja zaštićenog prava na žig zainteresiranim osobama, za određeno vrijeme i na određenom teritoriju. Tada nositelj prava zadržava za sebe ostale imovinske ovlasti - pravo osobnog iskorištavanja zaštićenog prava, pravo zabraniti drugim osobama da iskorištavaju njegovo pravo i pravo raspolaganja zaštićenim pravom.¹⁹

U tom smislu od prijenosa prava na žig treba razlikovati prijenos/ustupanje prava iskorištavanja žiga.²⁰ Dozvola iskorištavanja naziva se inače licencijom.²¹ Dodjeljivanjem žiga titular stječe prohibicijske ovlasti koje mu omogućavaju da imovinsku korist ostvaruje ne samo iskorištavanjem žiga u pravnom prometu, već to može činiti tako što će putem ugovora o licenci trećim osobama dopuštati iskorištavanje zaštićenog znaka u gospodarske svrhe, uz plaćanje odgovarajuće

¹⁷ Vidi detaljnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Vrste žigova u gospodarskom prometu*, "Hrvatska gospodarska revija", XLIX, 2000., br. 3, str. 88.-97. i ČIZMIĆ, J., *Zaštita kolektivnog žiga u Republici Hrvatskoj*, "Pravo u gospodarstvu", god. 34, sv. 7-8., 1995., str. 655.-661.

¹⁸ MATHELY, P., *Le droit français des brevets d'inventions*, Paris, 1980., str. 385. Detaljnije o licenci kod BELL, P. B. - SIMON, J., *The Law and Business of Licensing*, s. 1., 1990.

¹⁹ Usp. ČIZMIĆ, J., *Značenje i zaštita žiga u hrvatskom gospodarstvu*, "Zbornik radova" sa savjetovanja "Novosti i otvorena pitanja pravne i gospodarske prakse", Zagreb, 1999., str. 230.-264.

²⁰ Kod prijenosa žiga nositelj prava prenosi trajno sva prava iz žiga na drugu osobu. Kod licencije nositelj prava privremeno dopušta drugoj osobi iskorištavanje njegovoga žiga. Usp. *Industrial Design: Questions and Answers*, Victoria, 1990., str. 7.

²¹ Izraz "licencija" potječe od latinske riječi *licentia* a znači dozvola, dopuštenje, i upotrebljava se na području prava industrijskog vlasništva za označavanje pravnog odnosa koji dopušta trećemu privrednu eksploataciju isključivog prava industrijskog vlasništva, kao što su patent, industrijski uzorak ili model, robni ili uslužni žig, odnosno znanja i iskustva kojima davatelj licencije raspolaze. Uporaba izraza licencija uobičajena je i za označavanje pravnog instrumenta kojim se zasniva licencni odnos (licencni ugovor, odluka o prisilnoj licenci) i za označavanje samog objekta licencnog odnosa. VERONA, A., *Licencni ugovori u jugoslavenskom, inozemnom i međunarodnom pravu*, Zagreb, 1981., str. 1.

naknade (primjerice, poslovnog goodwilla sublimiranog u žigu).²²

Ugovor o licencijski specifičan je ugovor prava industrijskog vlasništva, jer se isključivo primjenjuje na odnose čiji je predmet ustupanje uporabe prava iz područja industrijskog vlasništva, pa time i žiga. To je temeljni način pravnog prometa žiga. Ugovor o licencijski žiga je dvostrano obvezan, teretan ugovor, kojim se davatelj licencijski obvezuje stjecatelju licencijski ustupiti u cjelini ili djelomično pravo na korištenje žiga, a stjecalac licencijski se obvezuje da će koristiti predmet licencijski na ugovoreni način i da će davatelju licencijski platiti predviđenu naknadu (Zakon o obveznim odnosima, čl. 686.).

Licencijski žiga može biti predmet mješovitog ugovora kojim se ustupa pravo korištenja patenta, know-howa, modela ili uzorka.

2.2.2. Forma i sadržaj ugovora o licencijski

Ugovorno ustupanje prava na korištenje žiga obavlja se prema odredbama ZZ-a i drugih propisa,²³ prije svega Zakona o obveznim odnosima. Dakle, odredbe čl. 686.-711. Zakona o obveznim odnosima, te relevantne odredbe ZZ-a osnovni su pravni izvori koji se primjenjuju na ugovor o licencijski žiga u našem pravu. Odredbe Zakona o obveznim odnosima primjenjuju se na ugovor o licencijski sklopljen između domaćih osoba, a u pravnim odnosima s elementom inozemnosti primjenjuju se samo onda kada to proizlazi iz ugovorne odredbe o izboru mjerodavnog prava ili kada na njihovu primjenu upućuju kolizijske norme koje kao *lex fori* primjenjuje sud pred kojim se vodi spor. Odredbe ZZ-a imaju značenje neposredno primjenjivih propisa i kao *lex loci protectionis* primjenjuju se uvijek kada je predmet ugovora i pravo zaštićeno prema odredbama ZZ-a.²⁴

Pariška konvencija ne sadrži izričite odredbe o licencijski žiga, ali u čl. 6. quater određuje da prijenos žiga ne smije imati za posljedicu dovođenje u zabludu javnosti, posebno u pogledu podrijetla ili kakvoće proizvoda. Ni Madridska konvencija o međunarodnom registriranju žigova ne sadrži odredbe o ugovoru o licencijski žiga.

Podnositelj prijave ili nositelj prava na žig može pravo iskorištavanja žiga u cjelini ili djelomično prenijeti na drugu osobu. Ugovor mora biti zaključen u pisanoj obliku.²⁵ Kako je ugovor o licencijski značajan i složen ugovor, zakonodavac je propisao pisani oblik da bi odnosi među strankama bili što određeniji, a pisani oblik pridonosi i pravnoj sigurnosti. Kako se ugovor o licencijski u pravilu sklapa na duže vrijeme, a vrlo često i između subjekata iz različitih država, očito je da bi bilo vrlo teško dokazivati sadržaj ugovora koji bi se sklopio usmeno ili konkludentnim

²² PARAC, Z., *Ugovor o licencijski i promjene u jugoslavenskom pravu industrijskog vlasništva*, "Privreda i pravo", vol. 28, 1989., br. 7-8, str. 507.

²³ Vidi ČIZMIĆ, J., *Nacionalni izvori prava industrijskog vlasništva*, "Pravo i porezi", god. VI, 1997., br. 5, str. 58-62.

²⁴ Tako PARAC, Z., *Licencni ugovor i Zakon o vanjskotrgovinskom poslovanju*, "Informator", br. 3912-3913, str. 6.

²⁵ Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, u čl. 687., izričito propisuje da je pisana forma uvjet valjanosti ugovora o licencijski, a istu odredbu sadrži i čl. 31. st. 3. ZZ-a.

radnjama.²⁶ Ugovor mora sadržati i odredbe o međusobnim pravima i obvezama stranaka, poglavito o naknadi za korištenje žiga (ako je naknada ugovorena), vremenu trajanja licencije, opsegu licencije, naznaku je li licencija isključiva ili ograničena.²⁷ Ugovor o licenciji mora biti potpisan od strane ugovornih stranaka (ZŽ, čl. 31. st. 3.).

Ugovor o licenciji može se zaključiti kao poseban ugovor, ali je, u pravilu, licencija jedna od točaka ili posebnih klauzula nekog drugog ugovora. Ugovor o licenciji može se zaključiti na određeno vrijeme ili na neodređeno vrijeme, s obzirom na to da valjanost žiga nije vremenski ograničena.

Nositelj žiga može ustupiti trećim osobama pravo na korištenje žiga na čitavom teritoriju ili dijelu teritorija Republike Hrvatske (ZŽ, čl. 31. st. 1.). Pravo na korištenje žiga može biti prostorno ograničeno samo ako to nije protivno Ustavu i zakonima Republike Hrvatske. Ako odredbama ugovora o licenciji pravo na korištenje žiga nije prostorno ograničeno, smatra se da je licencija prostorno neograničena (Zakon o obveznim odnosima, dalje - ZOO, čl. 690.).

Držimo kako se pravo na korištenje žiga može ustupiti samo uz uvjet da se istovremeno ustupi i tehnologija (radi osiguravanja iste kakvoće) ili uz uvjet da stjecatelj licencije već takvom tehnologijom raspolaže,²⁸ iako o tome u ZŽ-u nema izričitih odredbi.²⁹

Što se zajedničkog (kolektivnog) žiga tiče, prava koja proizlaze iz zajedničkoga žiga nisu prenosiva niti mogu biti predmet licencije.

2.2.3. *Upis prava na korištenje žiga u registar žigova*

Na zahtjev podnositelja prijave ili nositelja žiga, DZIV upisuje u registar žigova sve promjene do kojih je došlo nakon podnošenja prijave žiga ili nakon priznanja žiga, svakako pod uvjetom da one odgovaraju pravnom stanju i nemaju utjecaja na izgled znaka (ZŽ, čl. 30. st. 1.).³⁰ Tako se i ugovor o licenciji upisuje u

²⁶ Tako GORENC, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., str. 899.

²⁷ Kod isključive licencije davatelj licencije obvezuje se da neće ustupiti licenciju trećoj osobi. Isključiva licencija apsolutna je ako se davatelj obvezuje da ni on neće iskorištivati uzorak na području zaštite žiga. U protivnom je isključiva licencija relativna.

²⁸ Vidi *Od ideje do profita - vodič za inovatore poduzetnike*, Zagreb, 1998., str. 57.

²⁹ Treba napomenuti da je bivši Zakon o industrijskom vlasništvu sadržavao izričite odredbe o tome. Štoviše, određivao je da ugovor zaključen protivno takvoj odredbi nema pravni učinak (čl. 133. st. 1.)

³⁰ Nositelj može staviti uz svoj žig znak "R" u krugu. Simbol "R" u krugu (skraćenica od "registered" - "registriran") može biti stavljen na znak koji je predmet prijave žiga, s tim da treba stajati, u pravilu, u desnom gornjem kutu znaka. Znak "R" uz samo jednu riječ smatra se kao isticanje da je upravo ta riječ zaštićena kao distinktivni dio znaka, te u slučaju kada se radi o nedistinktivnosti takvog djela znaka, DZIV zahtijeva da se simbol "R" stavi na odgovarajuće mjesto na znaku ili izostavi. Registrirani žig (registered trade mark) je, najkraće, žig koji je upisan u registar žigova koji vodi patentni ured. Važnost posjedovanja oznake "registered" je dvoznačna: prvo, ona ukazuje na korisnika registriranog žiga i njegovo pravo na uporabu žiga, što uključuje njegovo isključivo pravo na uporabu i zabranu drugima da se koriste njegovim registriranim žigom; i drugo, omogućuje svima da doznaju tko je vlasnik žiga upisan u registru te da vide koje su robe i usluge zaštićene žigom.

registar žigova na zahtjev nositelja žiga (Pravilnik o žigu, čl. 11. točka 10.), a u protivnome nema pravni učinak prema trećim osobama (v. VtsH, Pž-2645/97. od 16. ožujka 1999. god, objavljena u "Informatoru" br. 4722-4723, str. 5.). Sve dok nije upisan u registar žigova, koji ima značenje javne knjige, licencni ugovor načelno stvara pravne odnose samo *inter partes*. Tek upisom u registar žigova ima taj ugovor učinak i prema trećima (ZZ, čl. 31. st. 2.).

Ako je u registar žigova upisana licencija u korist treće osobe, nositelj žiga ne može se odreći svojih prava bez pisane suglasnosti osobe na čije je ime upisana licencija. U slučaju spora o osiguranju upisanog prava treće osobe sud može, ako je to potrebno za osiguravanje tih prava, riješiti da se žig prenese na osobu na čije je ime upisana licencija. Ako nositelj žiga u određenom roku ne plati propisanu pristojbu, a u registru je upisana licencija u korist treće osobe, DZIV će izvijestiti tu osobu da nije plaćena pristojba te da može platiti pristojbu u roku od šest mjeseci od dana obavijesti i time upisano pravo održati u važnosti.

Promjene upisane u registar žigova objavljuju se u službenom glasilu DZIV-a (ZZ, čl. 30. st. 2.).³¹

2.2.4. Isključiva licencija i podlicencija

a) Ugovorom o licenciji stjecatelj licencije stječe isključivo pravo iskorištavanja predmeta licencije samo ako je to izričito ugovoreno (isključiva licencija). Ako u ugovoru o licenciji nije naznačeno o kakvoj je licenciji riječ, smatra se da mu je dana neisključiva licencija (ZOO, čl. 689.).

Gledajući interese stjecatelja licencije, s pravom se može reći da je isključiva licencija za njega najpovoljnija vrsta licencije. Kod isključive licencije davatelj licencije nije ovlašten zaključivati više ni sa jednim drugim partnerom ugovor o licenciji u pogledu predmeta licencije koji je sadržan u isključivoj licenciji. Često ni on sam nema pravo korištenja tim predmetom, odnosno proizvoditi ili služiti se istim. Davatelju licencije ostaje načelno uz pravo na prihode iz licencije (licencna naknada) samo *nudum ius* u pogledu licenciranog žiga u opsegu licencije.

Postoje i države u kojima ne postoje registri za upis žigova. U ovakvim slučajevima kao registrirani žig drži se onaj žig koji je u tisku objavljen ili je na drugi službeni način stavljen na uvid. U nekim zemljama izjednačuju neregistrirani žig sa registriranim ako se radi o žigu koji je stekao pravo građanstva u prometu.

(Registrirani) žig pruža nositeljima niz prednosti u odnosu na neregistrirani znak. Među ostalim, na temelju isprave o žigu nositelj lako može dokazati svoje priznato isključivo pravo, a registriranje i objavljivanje žiga ima pravni učinak prema trećim osobama; zaštita žiga je vremenski neograničena, dok neregistrirani znak uživa zaštitu samo dok je u uporabi; zaštita žiga može se odnositi na proizvode i usluge koje je nositelj ranije koristio, koje ne koristi ili koje će naknadno koristiti (rezervni, defanzivni i dr. žigovi) itd.

³¹ Zahtjev za upis promjene mora sadržavati: broj prijave žiga odnosno broj žiga; podatke o podnositelju prijave odnosno podatke o nositelju žiga; podatke o zastupniku, ako podnositelj zahtjeva ima zastupnika; jasnu naznaku o kojoj je vrsti promjene na žigu riječ; dokaz o pravnom temelju promjene; potpis ili pečat podnositelja zahtjeva; dokaz o uplaćenju pristojbi i naknadi troškova postupka za upis promjene. Pravilnik o žigu (NN, 146/99.), čl. 15.

Kod neisključive licencije, davalac licencije zadržava pravo da i drugim osobama, a ne samo konkretnom stjecatelju licencije, također ustupi isti predmet licencije. To praktično ima za posljedicu da se u istoj zemlji mogu pojaviti licencije za proizvodnju jednog te istog pića, odjevnih predmeta i dr., kao predmeti neisključivih licencija, i time s jedne strane može omogućiti bolja opskrba tržišta, ali istovremeno javiti i problem plasmana roba od više proizvođača koji tu istu robu proizvode na temelju neisključive licencije. U praksi se lakše dolazilo i uz manju naknadu do neisključive licencije, ali uz neizmjereno veći rizik da se u takvom poslu i postignu dobri poslovni rezultati.

b) Stjecatelj isključive licencije može pravo na korištenje žiga ustupiti drugome (podlicencija) samo ako je to izričito ugovoreno (ZŽ, čl. 31. st. 6.). Ugovorom se može predvidjeti da stjecatelj licencije ne može dati drugome podlicenciju ili mu je ne može dati bez dopuštenja davatelja licencije (ZOO, čl. 704.). Kad je za davanje podlicencije potrebno dopuštenje davatelja licencije, ovaj ga može odbiti dati stjecatelju isključive licencije samo zbog ozbiljnih razloga (ZOO, čl. 705.). Davatelj licencije može otkazati ugovor o licenci bez otkaznog roka ako je podlicencija dana bez njegova dopuštenja, kad je to prema zakonu ili prema ugovoru potrebno. Ugovorom o podlicenciji ne stvara se nikakav poseban pravni odnos između stjecatelja podlicencije i davatelja licencije, čak ni kad je davatelj licencije dao potrebno dopuštenje za zaključenje podlicencije. Ali, davatelj licencije može, radi naplate svojih potraživanja od stjecatelja licencije nastalih iz licence, zahtijevati neposredno od stjecatelja podlicencije isplatu iznosa koje ovaj duguje davatelju podlicencije po osnovi podlicencije (ZOO, čl. 707.).

Kao u poredbenom pravu, i u našem se pravu samo kod isključive licencije može govoriti o mogućem pravu stjecatelja licencije da pravo na korištenje žiga ustupi trećoj osobi (ZOO, čl. 704. st. 1.). Svakako ako ugovorom o licenci nije izričito predviđeno da se ne može zaključivati ugovor o podlicenciji, ili da se o podlicenciji ne može ugovarati bez prethodnog dopuštanja davatelja licencije. *A contrario*, stjecatelj neisključive licencije ni u kom slučaju ne može zaključiti podlicenciju s trećim osobama.

2.2.5. Prava i obveze ugovornih stranaka

a) Davatelj licencije dužan je stjecatelju licencije u određenom roku predati predmet licencije i tehničku dokumentaciju potrebnu za praktičnu primjenu predmeta licence. Rok za predaju žiga i dokumentacije utvrđuje se ugovorom, a ako ugovor ne sadrži izričite odredbe o tome, obveza davatelja licencije na predaju žiga i dokumentacije dopijeva odmah po sklapanju ugovora o licenci. Davatelj licencije dužan je stjecatelju licencije dati i sve upute i obavijesti koje su potrebne za uspješno iskorištavanje predmeta licencije, odnosno žiga (primjerice, podatke o korištenju žiga u pogledu količine, godina korištenja i teritorija, o zaštiti u inozemstvu, poznatosti i sl.).

Davatelj licencije jamči da pravo iskorištavanja koje je predmet ugovora pripada njemu, odnosno da je on nositelj prava na žig, da na njemu nema tereta (primjerice, zaloga) i da nije ograničeno u korist nekoga trećeg (primjerice, pravo

prvenstva neke treće osobe). Davatelj licencije odgovara stjecatelju samo onda ako stjecatelj nije znao ili nije mogao znati za navedena ograničenja, a drži se kako su od trenutka upisa u registar žigova, koji vodi DZIV, stjecatelju upisana ograničenja i tereti morali biti poznati. Ako je predmet ugovora isključiva licencija, davatelj licencije jamči da pravo iskorištavanja nije ustupio drugome ni potpuno ni djelomično. Davatelj licencije dužan je čuvati i braniti pravo ustupljeno stjecatelju licencije od svih zahtjeva trećih osoba. /ZOO, čl. 691-695./ Ako je ugovorena isključiva licencija, davatelj licencije ne može ni u kom obliku sam iskorištavati predmet licencije ni njegove pojedine dijelove, niti to povjeriti nekome drugome u granicama prostornog važenja licencije.

Davatelj licencije žiga dužan je stjecatelju osigurati nesmetano iskorištavanje predmeta ugovora te poduzeti sve potrebne mjere da treće osobe prestanu s povredom žiga i nanošenjem štete stjecatelju licencije. Pored ovih obveznih jamstava, koja su predviđena pozitivnim propisima, ugovori o licenciji mogu sadržati i druga jamstva davatelja licencije. Najčešće su to jamstva za rezultat, rentabilnost i konkurentnost.

Davatelj licencije dužan je održavati valjanost žiga i plaćati propisanu pristojbu.

Ugovorom se može predvidjeti obveza davatelja licencije da dostavi reklamni materijal koji stjecatelj licencije može koristiti na način predviđen ugovorom.

Kako bi osigurao svoja prava i interese, nositelj žiga može redeponirati žig u svojoj zemlji da ostvari pravo prvenstva i onemogućiti eventualnog stjecatelja licencije da tijekom pregovaranja podnese prijavu žiga na svoje ime u inozemstvu (u svojoj zemlji ili u trećim zemljama).

b) Najvažnije pravo **stjecatelja licencije**, zbog kojega se ugovor o licenciji i zaključuje, jest pravo, ali i dužnost korištenja žiga. Stjecatelj licencije dužan je koristiti žig na ugovoreni način, u ugovorenom opsegu i u ugovorenim granicama. Što se prostornog ograničenja iskorištavanja žiga tiče, pravo iskorištavanja licenciranog žiga može se ograničiti samo ako to nije protivno Ustavu i zakonima Republike Hrvatske (ZOO, čl. 690. st. 1.). Prostorno ograničenje prava iskorištavanja licenciranog žiga ugovara se u pravilu između subjekata koji nisu državni pripadnici (pravne ili fizičke osobe) iste zemlje. Naime, davatelj licencije često želi za sebe zadržati tržišta koja je već osvojio, a stjecatelju licencije prepušta tržište njegove zemlje ili tržišta za koja nije prostorno zainteresiran. Klauzula o prostornom ograničenju iskorištavanja licenciranog žiga može se ugovoriti neovisno o postojanju isključive licencije (usp. ZOO, čl. 689. st. 2. i 3.).

Ako stjecatelj licencije ne koristi žig na ugovoreni način ili ako stjecatelj licencije ne isplati davatelju licencije naknadu utvrđenu u minimalnom iznosu, davatelj isključive licencije mogao bi, ako je tako predviđeno ugovorom, tražiti pretvaranje isključive licencije u neisključivu.

Ako je uz licenciju za proizvodnju ustupljena i licencija za korištenje žiga, stjecatelj licencije može stavljati u promet robu s tim žigom samo ako je njezina kakvoća ista kao što je i kakvoća robe koju proizvodi davatelj licencije. I obrnuto, uvjet samostalnog ustupanja žiga jest da se istovremeno ustupi i tehnologija koja

omogućava proizvodnju robe i/ili pružanje usluga iste kakvoće. Suprotan sporazum ne bi imao pravni učinak, jer su odredbe o kakvoći u svezi sa žigom prisilne prirode s ciljem da se zaštite potrošači i spriječi nepošteno tržišno natjecanje.

Žig može biti predmet licencijskog ugovora zajedno s patentom. Kako žig vrijedi neograničeno, nakon prestanka prava na patent ili model koji su predmet ugovora o licenciji zajedno s licencijom žiga, davatelj licencije žiga je u povoljnijem položaju jer stjecatelj licencije obično nije u mogućnosti prekinuti s uporabom žiga, jer su mu za to, među ostalim, potrebna značajna sredstva za promociju vlastitog žiga.

Stjecatelj licencije dužan je robu obilježiti oznakom o proizvodnji po licenciji (ZOO, čl. 700.). Stjecatelj licencije dužan je žigom označavati samo one proizvode i usluge koji su predviđeni ugovorom, i to samo na onim mjestima, vrstama ambalaže i komercijalnim dokumentima koji su predviđeni ugovorom. Nekad stjecatelj licencije može biti dužan davatelju licencije dostavljati (povremeno) primjerke etikete/žiga ili primjerke proizvoda s etiketom/žigom radi kontrole uporabe žiga i kakvoće proizvoda. Stjecatelj licencije može na temelju ugovora biti obavezan povremeno propagirati proizvod s licenciranim žigom, koristiti određeni reklamni materijal i sl.

Stjecatelj licencije dužan je proizvod koji sadrži žig davatelja licencije u određenim slučajevima obilježavati oznakom "Po licenciji" (v. čl. 700 ZOO-a).

Ako je tako određeno ugovorom, stjecatelj licencije žiga, radi očuvanja ugleda proizvoda i kontrole proizvodnje i prodaje, može prodavati svoj proizvod samo putem određene trgovačke mreže i samo na određenim prodajnim mjestima.

Plaćanje naknade za ustupljenu licenciju glavna je obveza korisnika licencije. Stjecatelj licencije dužan je isplatiti davatelju licencije ugovorenu naknadu, u vrijeme i na način kako je to određeno ugovorom. Stjecatelj licencije dužan je omogućiti davatelju licencije nadzor nad proizvodnjom i kontrolu kakvoće proizvoda koji se označavaju licenciranim žigom, kao i uvid u poslovne knjige i drugu dokumentaciju koja se odnosi na iskorištavanje licenciranog žiga. Također je dužan davatelju licencije predočiti svake godine izvješće o opsegu korištenja licencijom i obračunati naknadu, ako licencijskim ugovorom nije određen kraći rok (ZOO, član 701. i 702.). Ako se utvrdi da je ugovorena naknada postala očito nerazmjerna u odnosu na prihod koji ostvaruje stjecatelj licencije iskorištavanjem predmeta licencije, zainteresirana stranka može tražiti izmjenu ugovorene naknade.

Stjecatelj licencije dužan je davatelja licencije izvijestiti o svim povredama žiga.

2.2.6. Sudska zaštita povrijeđenih i ugroženih prava

a) Svaka neovlaštena uporaba u gospodarskom prometu zaštićenog znaka ili neovlašteno raspolaganje žigom smatra se povredom prava kojima se štiti žig.³² Oblici neovlaštene uporabe u praksi mogu biti različiti. Zajedničko im je da se

³² Potanje o tome i sudskoj zaštiti žiga kod ČIZMIĆ, J., *Tužba zbog povrede žiga*, "Slobodno poduzetništvo", VII, 2000., br. 4, str. 100.-108.

koriste u gospodarskom prometu i da je njihova uporaba neovlaštena. Neovlašteno raspolaganje tako može postojati i u slučaju nedopuštenoga zaključivanja ugovora o licencijski ili cesiji žiga, kada 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 nositeljom prava, imat će pravo na naknadu štete od osobe koja je učinila povredu prava prema općim načelima građanskog prava. Nositelj žiga može ostvarivati prava iz žiga prema stjecatelju licencijske koji krši neku odredbu iz ugovora o licencijski, posebice u odnosu na trajanje, upisom obuhvaćen opseg u kojem se žigom smije koristiti, u odnosu na vrstu proizvoda ili usluga za koje se licencijska daje, područje na kojem se žigom može rabiti u odnosu na kakvoću proizvedenih proizvoda ili pruženih usluga (ZŽ, čl. 31. st. 4.).

b) 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 (*legitimitio ad causam*), tj. je li ovlaštena u konkretnoj parnici biti tužitelj ili tuženik. Time stječu i ovlaštenje za vođenje konkretne parnice - procesnu legitimaciju (*legitimitio ad processum*).³³ Prema odredbama čl. 50. ZŽ-a, nositelj žiga može tužbom zatražiti zaštitu od nadležnog suda ako su mu povrijeđena ili ugrožena isključiva prava. Stjecatelj licencijske može pokrenuti sudski spor u pogledu kršenja prava koja proizlaze iz žiga samo ako se nositelj žiga s tim suglasi (ZŽ, čl. 31. st. 5.). Ovakvo rješenje u pogledu zaštite prava stjecatelja licencijske držimo lošijim od onoga koje je bilo predviđeno bivšim Zakonom o industrijskom vlasništvu. Kako je, usto, u nekim predmetima još uvijek moguća primjena odredbi Zakona o industrijskom vlasništvu (Narodne novine, br. 53/91., dalje - ZIV),³⁴ držimo korisnim ukazati i na ta rješenja. Prema odredbama ZIV-a, aktivna legitimacija u ovim vrstama sporova pripadala je osobama čije je pravo povrijeđeno, a koje su taksativno nabrojene u čl. 119. ZIV-a. Tako su tužbu zbog povrede prava mogli podnijeti: podnositelj prijave, vlasnik/nositelj žiga, te stjecatelj isključive licencijske.³⁵

³³ Usp. ŠEPAROVIĆ, V., *Stranke i sudjelovanje trećih osoba u parnici*, "Naša zakonitost", god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1028.

³⁴ Usp. ČIZMIĆ, J., *Jesu li stupanjem na snagu i početkom primjene novih zakona u području industrijskog vlasništva prestale u potpunosti vrijediti odredbe Zakona o industrijskom vlasništvu*, "Pravo i porezi", IX, 2000., br. 1, str. 46.-51. i ČIZMIĆ, J., *Novo uređenje prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, "Vladavina prava", III, 1999., br. 6, str. 183.-208.

³⁵ Vidi presude:

- "Pravo na tužbu zbog povrede pravila kojima se štite izumi i znakovi razlikovanja ima podnositelj prijave, nositelj prava, ovlašten korisnik te stjecatelj isključive licencijske. To pravo djeluje prema svima (*erga omnes*)". Privredni sud Hrvatske, Pž-2776/91 od 12. studenoga 1991., *Praxis iuridica mercatoria*, Zagreb 1994., str. 109.

- "Tužbu zbog povrede prava nositelja žiga može osnovano podnijeti onaj tko je podnio prijavu za priznanje prava robnog znaka i nositelj tog prava. Tužitelj u tijeku postupka nije dokazao da je podnio zahtjev za priznanje robnog žiga, niti je dokazao bitnu činjenicu da je nositelj žiga, te da ima isključivo pravo upotrebljavati žig u gospodarskom prometu za označavanje svojih proizvoda. Prema odredbi čl. 53. ZIV-a, nositelj žiga dužan je žig upotrebljavati, međutim, tužitelj više ne obavlja takvu

Važno je uočiti da je podnositelju prijave žiga na izričit način data aktivna legitimacija za zaštitu njegova prava iz prijave sudskim putem. Za razliku od rješenja iz odredaba ZŽ-a, tužbu zbog povrede prava može odnosno mogao je osim vlasnika/nositelja žiga podnijeti i podnositelj prijave, jer i on je na temelju odredaba čl. 117., a u svezi s odredbama čl. 48. i 50. ZIV-a, uživao zaštitu zbog toga što je podnošenjem uredne prijave stekao privremeno pravo iz čl. 48. ZIV-a.³⁶ Što je za predmet našeg razmatranja posebno značajno, 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 njenom korisniku isključivo pravo iskorištavanja žiga za vrijeme trajanja ugovora i na teritoriju predviđenom ugovorom. Korisnik isključive licencije ima pravo zabraniti svim osobama, uključujući i davatelja licencije, iskorištavanje žiga za vrijeme trajanja ugovora o isključivoj licenciji. U tom smislu ovlašten je podizati tužbe i poduzimati ostale pravne radnje protiv svih osoba koje ometaju vršenje 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 žiga, pa ni pravo na sudsku zaštitu žiga u smislu odredaba čl. 117. ZIV-a. To pravo i nadalje pripada davatelju neisključive licencije, jer i on i nadalje raspoláže žigom. Kako se u odredbama čl. 119. ZIV-a on izričito ne navodi, cesionaru se ne priznaje aktivna legitimacija za vođenje spora.

Tužitelj bi u svakom slučaju trebao učiniti vjerojatnim da je upravo tuženik onaj protiv kojega je moguće voditi konkretnu parnicu, odnosno da na strani toga tuženika postoji pasivna procesna legitimacija.³⁷ Pasivnu legitimaciju ima osoba koja povrijedi pravo iz prijavljenog ili zaštićenog žiga.

2.2.7. *Prestanak ugovora o licenciji žiga*

Kada je ugovor o licenciji žiga sklopljen na određeno vrijeme, prestaje samim **protekom vremena** za koje je zaključen, te nije potrebno da bude otkazan. Ako i nakon proteka vremena za koje je ugovor o licenciji žiga bio sklopljen, stjecatelj licencije produži koristiti žig, a davatelj licencije se tome ne usprotivi, smatra se da

proizvodnju u tvornici u mjestu B: Pogrešno je pravno stajalište tužitelja da je sud svojom odlukom trebao sankcionirati postojeće stanje i pružiti pravnu zaštitu tužitelju kao nositelju žiga. Kao što je rečeno, tužitelj nije dokazao odgovarajućom ispravom da je nositelj žiga, niti je dokazao da ga upotrebljava u gospodarskom prometu. Prema odredbi čl. 119. st. 1. ZIV-a, tužbu zbog povrede prava nositelja žiga može podnijeti onaj tko je podnio prijavu za priznanje robnog znaka i nositelj tog prava, a što ni jedno ni drugo tužitelj nije dokazao". ODLUKA VISOKOG TRGOVAČKOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE, BR. Pž-2250/95, OD 7. 5. 1996.

³⁶ Rješenja koja su bila predviđena odredbama bivšeg ZIV-a ovdje navodimo radi usporedbe jer držimo da su u odnosu na isključivu licenciju sadržavala i neka bolja rješenja od ZŽ-a, ali i zbog toga jer se spomenute odredbe još uvijek mogu primjenjivati u postupcima zbog povrede žiga i u postupcima za proglašenje rješenja o priznanju žiga ništavim, koji nisu bili dovršeni do početka primjene ZŽ-a.

³⁷ TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 249.

je zaključen novi ugovor o licenciji neodređenog trajanja, pod istim uvjetima kao i prethodni (ZOO, čl. 708-709.).

Ako, pak, ugovorom nije određeno njegovo trajanje, ugovor o licenciji prestaje **otkazom** koji svaka strana može dati drugoj, svakako poštujući određeni otkazni rok. Ako otkazni rok nije ugovorom određen, iznosi šest mjeseci, s tim što davatelj licencije ne može otkazati ugovor tijekom prve godine njegova važenja (ZOO, čl. 710.).

U slučaju **smrti** davatelja licencije, ako drugačije nije ugovoreno, licencija se nastavlja s njegovim nasljednicima. U slučaju smrti stjecatelja licencije, licencija se nastavlja s njegovim nasljednicima koji produžavaju njegovu djelatnost. U slučaju **stečaja** ili redovne likvidacije stjecatelja licencije, davatelj licencije može raskinuti ugovor (ZOO, čl. 711.).

U nastavku rada podrobnije ćemo se osvrnuti na ugovor o know howu.

III. Ugovor o know howu

1. Pojam know howa i ugovora o know howu

Pored izuma i tehničkih inovacija, rezultat inventivnog rada mogu biti i određena znanja i iskustva koja se primjenjuju u industrijskoj ili zanatskoj proizvodnji i privrednom životu uopće. Uobičajeno je i opće prihvaćeno, u poredbenom i našem pravu, da se skup ovih znanja i iskustava zajedničkim imenom naziva "**know-how**" - znati kako. Know-how je tehničko ili specijalističko znanje koje ima određenu vrijednost u postupku proizvodnje ili prodaji proizvoda. To mogu biti različite vrste znanja, od općih do visokospecijalističkih, primjerice specifikacije proizvoda, tehnički propisi, kemijske formule i sl. Riječ je o tehničkim, operativnim i inženjerskim specijalističkim znanjima koja omogućavaju tvrtki efikasniju i ekonomičniju proizvodnju.³⁸ Know-how se definira kao svako tehničko znanje primjenjivo u industriji, što se od strane osobe koja ga posjeduje smatra novim i koje ta osoba želi zadržati u tajnosti, bilo zato da bi ga sam koristio, bilo da ga na povjerljiv način prenese na drugu osobu.³⁹ Know-how, vidjeli smo, obuhvaća tehnička, komercijalna, administrativna i druga znanja i iskustva koja se mogu primijeniti u praksi vođenja poduzeća ili obavljanja profesionalne aktivnosti.⁴⁰ U svakodnevnom se, pak, govoru pojam rabi za precizno tehničko poznavanje i sposobnost znati raditi i umjeti raditi.⁴¹

Know-how je, također, u svijetu općenito prihvaćen naziv za vrhunsko tehnološko znanje, iskustvo i dokumentaciju koji su potrebni za ostvarivanje neke

³⁸ MATIJEVIĆ, N., *Ugovor o prijenosu tehnologije*, "Informator", 1997., br. 4510-4511, str. 20. Vidi i MATIJEVIĆ, N., *Pokazatelji uspjeha u prijenosu tehnologije*, "Slobodno poduzetništvo", god. 4., 1997., br. 21-22, str. 187.-191.

³⁹ BERTIN, A., *Le secret en matiere d'inventions*, Paris, 1965., str. 191.

⁴⁰ Tako u *Rezoluciji o know-howu* koju je donijela Međunarodna organizacija za zaštitu industrijskog vlasništva (AIPPI) na sjednici u Melburnu 1974. godine.

⁴¹ *Ekonomski leksikon*, Zagreb, 1995.

inovacije, patenta ili licencije. U našem ZIV-u ne postoje izričite odredbe o know-howu. Međutim, u prometu industrijskog vlasništva know-how igra značajnu ulogu. Naime, jedan dio rezultata inventivnog rada dobija pravnu zaštitu u obliku patenta, dok drugi, mnogo veći (i ne manje konkurentski značajan), ostaje kao faktički monopol onih koji ga posjeduju. Oni sudionici u privrednom životu, koji ne raspolazu odgovarajućim istraživačkim kapacitetima potrebnim za stvaranje novog know-howa, koji ne žele ulagati sredstva u istraživanje ili koji žele dobiti na vremenu, nastoje pribaviti potreban know-how od onih koji ga već imaju.⁴² Zbog toga, prijenos znanja / transfer tehnologije⁴³ postaje isto toliko značajan u svijetu, kao promet roba i usluga.⁴⁴

Know-how je kao znanje i iskustvo nematerijalnog karaktera. Za primjenu know-howa u praksi ili prenošenje na drugu osobu potrebno je da se materijalizira u određenoj stvari.⁴⁵

2. Značenje izraza “know how”

Izraz “know-how” preuzet je iz engleskog jezika i uglavnom se ne prevodi na druge jezike,⁴⁶ već se taj anglosaksonski termin upotrebljava u govornom i pisanom pravnom i poslovnom jeziku cijeloga svijeta. Izraz *know-how*, koji u engleskom jeziku znači “znati kako”, potekao je iz poslovne prakse u Sjedinjenim Američkim Državama. U *The American Everyday Dictionary* tumači se taj izraz kao *knowledge of to do something*, tj. znanje kako da se nešto uradi.⁴⁷ Kao sinonimi rabe se još

⁴² U oštroj konkurentskoj borbi na svjetskom tržištu ovakva tehnička i poslovna iskustva predstavljaju veliku prednost njihovim posjednicima. Zato bi se pogrešno mogao izvući zaključak da će ta poduzeća zadržati ta iskustva za sebe kako bi osigurala prednost u tržišnoj utakmici. U praksi, suprotno, poduzeća međusobno uveliko prenose svoja znanja i iskustva, svakako uz naplatu. PAVLIĆ, P., *Ugovor o know-how*, “Privrednopravni priručnik”, god. X, 1972., br. 12, str. 1.

⁴³ Tehnologija se može definirati i kao “znati kako učiniti nešto”, tzv. “know-how”, koji prema UNIDO definiciji uključuje svaku informaciju ili znanje koje pomaže u procesu rada. MATIJEVIĆ, N., *Ugovor o prijenosu tehnologije*, “Informator”, 1997., br. 4510-4511, str. 20.

⁴⁴ Vrijednost know-howa dokazana je činjenicom da se svake godine milijuni dolara plaćaju da bi se steklo pravo njegova korištenja. BESAROVIĆ, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Beograd, 1984., str. 65-68.

⁴⁵ Dva su temeljna oblika tehnologije koja gotovo uvijek idu zajedno: praktični know-how ili specijalističko znanje koje stručnjaci stječu radom u proizvodnji, upravljanjem opremom, radom s računalima, pripremom kemijskih proizvoda i sl. Ponekad se takav know-how naziva i “show-how”; te teoretski know-how, koji se sastoji od nacrti, specifikacija, postupaka, priručnika i intelektualnog vlasništva (patent, trgovačka tajna, trgovački žig i autorsko pravo). MATIJEVIĆ, N., o. c., str. 20.

⁴⁶ Usprkos izvjesnim pokušajima prevodenja (*savoir faire*, *wissen wie*, “znati kako” ili “znanje i umjeće”), izraz know-how potpuno se udomaćio u svim jezicima svijeta za obilježavanje određenog pojma industrijskog vlasništva. Bilo je pokušaja da se koriste i neki drugi nacionalni termini (kao *bezpatentnaja licenzia* u bivšem SSSR-u ili *Fabrikationslizenz* u bivšoj Demokratskoj Republici Njemačkoj), ali bez većeg uspjeha. Vidi kod MANIGODIĆ, M., *Zaštita izuma u YU, EZ i USA*, Beograd, str. 38.

⁴⁷ Podatak prema BESAROVIĆ, V., o. c., 65-68.

izrazi: “technical assistance”, “technical informations”, “manufacturing informations”, “tehnička dokumentacija” i sl.⁴⁸ U nas se sve više upotrebljava izraz “znanje i iskustvo”.

3. Stajalište pravne teorije o know howu

Pojam know-how nije na jedinstveni način definiran u pravnoj teoriji. Zato, i pored brojnih pokušaja preciznog i iscrpnog definiranja, pojam know-howa ostaje još uvijek sporan i, praktično, nedefiniran.⁴⁹ Držimo da bi pod pojmom “know-how” trebalo shvatiti sve vrste tehničkih znanja i stečenih iskustava u procesu industrijske ili obrtničke proizvodnje ili za primjenu određenog postupka, kao i sve vrste tehnoloških postupaka, tehničkih pokusa, proizvodnih i tvorničkih tajni, uključujući tu i nepatentirane izume.⁵⁰ U užem smislu know-how obuhvaća znanstveno i tehničko znanje ili iskustvo, dok u širem smislu obuhvaća vještinu vođenja tvrtke, tržišne promidžbe proizvoda (marketing) ili pak obični poslovni savjet.⁵¹ U širem značenju know-how može sadržati materijalne i nematerijalne vrijednosti, primje-

⁴⁸ Tako i pitanje kod FURGATE, W., *Foreign Commerce and Antitrust Laws*, Boston-Toronto, 1958., str. 192.

⁴⁹ Primjerice, jedni pod tim pojmom podrazumijevaju dopunska znanja i iskustva potrebna za primjenu izuma, osporavajući na taj način samostalnost ovom predmetu zaštite industrijskog vlasništva, odnosno izumiteljskog prava. A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, Bazel, 1959, t. I, str. 487. Drugi ga izjednačuju s proizvodnom tajnom. M. M. Boguslavski, *Osnovne voprosi izobretateljstva v međunarodnom častnom prave*, Moskva, 1960, str. 42. Treći smatraju da on obuhvaća znanja, tehničke postupke i praktične detalje svake vrste, specifične za neki zanat ili za industriju. S. Ladas, *La protection legale du know-how*, “La propriété industrielle”, 1963, 10, str. 222. Četvrti pod ovaj pojam svrstavaju tvornička znanja i iskustva. W. Ludecke i E. Fischer, *Lizenzverträge*, Majnhajm, 1957., str. 661. Peti smatraju da know-how sačinjavaju tajna proizvodnje, proizvodno iskustvo i poznavanje tržišta. W. Hamburger i H. Jehny, *Licensing in Switzerland, International Licensing Agreements*, Njujork, 1965., str. 288. Šesti pod tim pojmom vide sva tajna tehnička saznanja. A. Bertin, *Le secret en matiere d'invention*, Pariz, 1965, str. 23. Robert Plaisant definira know-how kao zajednički pojam postupka, čiji su bitni elementi nepoznati. Referat pod naslovom *Know-how u francuskom pravu*, referiran na simpoziju u Budimpešti 4. do 6. 11. 1968. A engleski sudac lord Radcliffe ide čak tako daleko da pod know-howom podrazumijeva svojevrsnu aktivu (v. navedeni članak Stephena Ladasa, str. 223) itd. I u bivšem jugoslavenskom pravu bilo je pokušaja da se bliže odredi pojam know-howa. Radoje Prica daje jednu užu definiciju tog pojma, pod kojim podrazumijeva dopunska tehnička znanja, iskustva i vještine koji su potrebni da bi se patentirani ili nepatentirani izum mogao koristiti, ali smatra da taj pojam može biti i vrlo široko protumačen. PRICA, R., *Patent i know-how kao predmet ugovora o licenci*, “Privredno-pravni priručnik”, 1965., br. 5, str. 32. Albert Verona pod ovim pojmom podrazumijeva ne samo pogonsko iskustvo (višeg ili nižeg stupnja) i proizvodnu (tvorničku) tajnu, već i tajnu izuma, koji nije prijavljen za patentiranje, ali se može patentirati. VERONA, A., *Ugovor o ustupanju tehničkog znanja (know-how)*, referat za III međunarodno savjetovanje privrednika i pravnika, održano u Zagrebu 1966., u izdanju Instituta za uporedno pravo, Beograd, 1966., str. 11. Tu definiciju prihvaća i A. Frimerman. FRIMERMAN, A., *Pravni režim tehničkih unapređenja*, Beograd, 1971., poligrafirano, str. 52.

⁵⁰ Pojam know-how podrazumijeva poslovno znanje ili iskustvo koje ima komercijalnu vrijednost, a koje nije zaštićeno patentom. FOLSOM, R. - GORDON, M. - SPANOGLA, J., *Međunarodni trgovački poslovi - u sažetom obliku*, Rijeka, 1998., str. 126.-127.

⁵¹ *Ibid.*, str. 126.-127.

rice: recepte, formule, crteže, projekte, uzorke, tehničke podatke, specifikacije, liste materijala, priručnike proizvoda i procesa, pismene upute za vođenje postupka i analitička sredstva za kontrolu proizvoda i postupka, podatke u vezi s praksom u radionici, tehničku obuku, osobne posjete i kontrolu, razmjenu mišljenja s drugim proizvođačima ili znanstvenim institucijama. Know-how se može sastojati, samostalno ili u raznim kombinacijama, i od: podataka o patentiranom izumu koji nisu uključeni u opis izuma; izuma pogodnih za patentiranje, ali nepatentiranih; izuma koji su u određenoj zemlji zakonom isključeni od patentiranja s obzirom na njihov predmet; izuma nepogodnih za patentiranje zbog nedovoljne izvornosti; industrijskih uzoraka i modela podobnih za registriranje, ali neregistriranih; industrijskih uzoraka i modela sa funkcionalnim obilježjima; vještine, iskustva i znanja tehničara.⁵² U ovom širem smislu know-how shvaća se kao cjelokupno znanje i iskustvo potrebno za suvremeno proizvodno poslovanje. Primjerice tu pripadaju i znanja i iskustva koja se odnose na organizaciju poduzeća, na njegovu upravu, knjigovodstvo, ispitivanje tržišta, obradu tržišta, propagandu, reklamu i sl.

4. Know how i pravo industrijskog vlasništva

Glede odnosa know-howa prema ostalim pravima iz područja industrijskog vlasništva mogli bismo kazati da know-how obuhvaća ona znanja koja nisu formalno pravno zaštićena propisima o industrijskom vlasništvu. Razlika između prava industrijskog vlasništva *stricto sensu* (patenata, uzoraka, modela) i know-howa nije u stupnju znanja ili kreativnosti nego u tome želi li ih njihov posjednik zadržati u tajnosti ili ne. Know-how ne može biti predmet patentne zaštite, ali zato predmet know-howa može biti predmet patentne zaštite, što naravno ovisi o tome što je predmet know-howa, te da je izumitelj određenog izuma ili drugog oblika industrijskog vlasništva sposobnog za industrijskopravnu zaštitu to doista i ostvario.⁵³ Teritorijalno protezanje stvarnog monopola nad know-howom nije moguće precizno odrediti jer on nije omeđen granicama jedne zemlje kao u pravu industrijskog vlasništva, već se može pružati šire i uže, u zavisnosti od stupnja njegove tajnosti, odnosno predstavlja monopol na strani korisnika u odnosu na sve one subjekte koji nemaju saznanja ni pristupa određenom know-howu.

Načelo formalnosti također nije zastupljeno kod know-howa, kao što je to slučaj s pravima industrijskog vlasništva. Ova posebnost proizlazi iz ostalih značajki know-howa, jer se know-howom ne stječe u određenom formalnom upravnom postupku pred Državnim zavodom za intelektualno vlasništvo/nacionalnim patentnim uredom, već predstavlja skup stečenih i u industriji praktično primjenjivih tehničkih znanja, iskustava i vještina. Prvobitno se smatralo da je *know-how* ono tehničko znanje i iskustvo koje je potrebno za industrijsku primjenu

⁵² Tako PRICA, R., *Patent i know-how kao predmet ugovora o licenci*, "Privredno-pravni priručnik", 1965., br. 5, str. 32.

⁵³ Potanje kod HUNNINGS, N. M., *Industrial Property Law in the Common Market*, Sweet & Maxwell, 1988.

novoga patentiranog izuma. Takvo je mišljenje bilo utemeljeno na činjenici da opis izuma kakav je sadržan u patentnoj dokumentaciji (u patentnom spisu) nije dovoljan za neposredno korištenje izuma u industrijskoj proizvodnji. Usprkos takvu načelu i zahtjevima patentnog prava, u patentnom spisu, u pravilu, nećemo naći tako precizan i potpun opis izuma da bi ga stručnjak odmah mogao primijeniti u industriji. U takvim uvjetima dodatni tehnički *know-how* sadržava sve pojedinosti potrebne za neposrednu industrijsku primjenu. U tome je njegova prava vrijednost, jer osigurava korisniku, zajedno s patentom ili patentnom licencom, sve one podatke i znanje i iskustvo koje je davatelj know-howa već stekao, čime ga osposobljava da bez daljnjih vlastitih ispitivanja odmah počne industrijsku proizvodnju.⁵⁴ Pojam know-howa je širi od pojma izuma koji je podoban za patentiranje jer osim od izuma koji je podoban za patentiranje, a nije patentiran, know-how se može sastojati kako od izuma koji nisu podobni za patentiranje, tako i od tehničkog unapređenja i proizvodnog iskustva, koji se po stupnju kreativnosti ne mogu izjednačiti s izumom. Vidjeli smo, know-how se, među ostalim, može sastojati i od:

- podataka o patentiranom izumu koji nisu uključeni u opis izuma;
- izuma pogodnih za patentiranje, ali koji nisu (još) patentirani;
- izuma koji su u određenoj zemlji isključeni od patentiranja s obzirom na njihov predmet;
- izuma nepodobnih za patentiranje zbog njihove nedovoljne izvornosti;
- industrijskih modela i uzoraka pogodnih za registriranje, ali neregistriranih;
- industrijskih modela i uzoraka s funkcionalnim značajkama;
- vještine, iskustva i znanja tehničara.

Uže ili primarno značenje know-howa odnosi se, međutim, samo na dopunska znanja, iskustva ili vještinu koji su potrebni da se neki patentirani ili nepatentirani izum može koristiti.⁵⁵

Za razliku od patenata, gdje je potrebna apsolutna novost, za know-how potrebna je relativna novost, što znači da tehničko znanje i iskustvo koje je predmet know-howa može biti nepoznato u određenoj sredini.⁵⁶ Pored ovih temeljnih specifičnosti know-howa u odnosu na prava industrijskog vlasništva, mogu se utvrditi još neke razlike, primjerice različito trajanje jer, za razliku od know-howa, sva prava industrijskog vlasništva traju određeno vrijeme. Posjednik know-howa nema "pravo na know-how" kao ostali nositelji prava iz područja industrijskog vlasništva, ali ga posjeduje jer poznaje njegov sadržaj - znanja i iskustva koja ga čine. Znanje i iskustvo koje on posjeduje omogućuje mu brži i efikasniji razvitak nego njegovim konkurentima, pa uživa faktički monopol na tržištu.

⁵⁴ Usp. VERONA, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, 1978., str. 123.-126.

⁵⁵ PRICA, R., o. c., str. 32.

⁵⁶ Tako ANTANASIJEVIĆ, A., *Zaštita prava industrijskog vlasništva*, Rijeka, 1978., str. 51.-52.

5. Bitne osobine ugovora o know howu

Kao karakteristike know-howa mogla bi se uzeti sljedeća obilježja: korisnost, tajnost, prenosivost i tehnička priroda.

a) Da bi određeno znanje i iskustvo bilo okvalificirano kao know-how, potrebno je da predstavlja određeni ekonomski interes za onoga tko ga posjeduje. Know-how mora biti **koristan**. Treba biti takve prirode da stjecatelj može razumno očekivati kako će primjenom know-howa poboljšati konkurentsku sposobnost. Znanje koje je odvojeno od svakog ekonomskog interesa i predstavlja samo čisto znanstveni interes, nije know-how.

b) Danas se drži da **tajnost** know-howa nije njegov apsolutni element, ali je bez sumnje njegov bitni element.⁵⁷ Dok god je know-how zadržan u tajnosti, za osobe koje ga posjeduju predstavlja određeni monopol. Treba smatrati da je know-how tajnog karaktera ako nije bio javno objavljen i ako poduzeće koje ga je razvilo ili zakonito steklo poduzima sve razumne korake kako bi spriječilo njegovo neovlašteno objavljivanje (tzv. tajni know-how).⁵⁸ Ona tehnička znanja i iskustva koja su opće poznata, za koja se kaže da su u javnoj domeni, ne mogu biti predmet ugovora o know-howu, jer nitko nema potrebe plaćati ugovornu naknadu za ona znanja koja su mu dostupna iz stručne literature ili na drugi način. Isto tako, nitko ne može tražiti da se određeno znanje štiti kao njegovo, ako je dostupno svima. Tajnost treba shvatiti u relativnom smislu. Važno je da je tajnost održana u odnosu na konkurenciju koja bi to znanje mogla praktično primijeniti. Ako se neki povjerljivi podatak priopći nekolicini osoba, to još ne znači da se ne radi više o tajni. Upravo poradi toga i treba razlikovati tajni *know-how* od onoga koji nije tajan. Držimo da samo tajni know-how predstavlja vrijednost i uživa pravnu zaštitu. Tajnost postoji ako skup tehničkih informacija nije generalno poznat ili se ne može lako do njega doći, tako da se dio njegove vrijednosti i temelji u prednosti koju njegova vrijednost daje stjecatelju know-howa. Izumitelj ponekad, kada izum može ostati u tajnosti i pored primjene, iz raznih razloga ne želi otkriti svoj izum u prijavi patenta. On zaključuje ugovor o know-howu i ugovornim odredbama štiti svoje pravo tako što se korisnik know-howa obvezuje čuvati tajnost priopćenih tehničkih informacija. U nekim slučajevima i davatelj know-howa može imati obvezu čuvanja tajnosti know-howa, primjerice ako je ugovorena isključiva licenca, ili ako je ugovoreno uzajamno priopćavanje i prijenos poboljšanja do kojih se došlo za vrijeme trajanja ugovora. Isto tako, izumitelj je ponekad prisiljen tijekom pregovora otkriti izum, u cijelosti ili djelomično, i prije podnošenja patentne prijave ili objave te prijave. U tom se slučaju osigurava najčešće tako što mu druga strana daje potpisanu *izjavu o tajnosti*, kojom se obvezuje da neće koristiti, niti priopćiti bilo kome dobivene tehničke

⁵⁷ Još uvijek je sporno je li tajnost esencijalni element know-howa. Naime, po nekim autorima know-how su samo tajna znanja i iskustva. Drugi, pak, razlikuju tajni know-how od onoga koji to nije.

⁵⁸ Potanje kod DE VALL, D. - COLLEY, P., *Melville: Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, Sweet & Maxwell, 1995., vol. I, chapter 4. Vidi i SCZEPANSKI, S., *Eckstrom's Licensing Foreign and Domestic Operations*, CBC, 1994.

informacije, niti će ih iskoristiti protiv prijave patenta i prava izumitelja. Radi čuvanja tajnosti know-howa ugovorne strane mogu predvidjeti i određene mjere osiguranja, primjerice imenovanje odgovornih osoba koje imaju pristup povjerljivim informacijama, način čuvanja tajnih podataka, postupak u slučaju povrede tajnosti i sl.

c) Neki autori smatraju da je **novost** također bitni element know-howa. Ipak ta novost nije identična s novošću u patentnom pravu.⁵⁹ U patentnom pravu novost je objektivna, bilo apsolutno, bilo relativno. Novost know-howa je subjektivna. Ona se, naime, ne utvrđuje u odnosu na postojeće stanje tehnike, već samo u odnosu na osobu koja želi steći know-how. Da bi know-how predstavljao određenu ekonomsku vrijednost, dovoljno je da predstavlja novost u određenoj industrijskoj grani i da time pridonosi boljem konkurentskom položaju onih tvrtki koje ga posjeduju. Drugi, pak, autori smatraju da je pojam novosti nebitan kada je riječ o know-howu, jer je to pojam relevantan u patentnom pravu, te da je u know-howu relativna novost obuhvaćena pojmom tajnosti.⁶⁰ Element novosti kod izuma za koje se traži patentna zaštita zamjenjuje tajnost, koja se više ne traži od trenutka podnošenja patentne prijave. Naprotiv, kod know-howa tajnost ili relativna nedostupnost ostaju njegova trajna značajka.

d) Bitni element za postojanje know-howa kao faktičkog prava industrijskog vlasništva jest njegova **prenosivost**, sposobnost da se znanja i iskustva koja ga sačinjavaju prenose od jednog korisnika na drugog. Danas u poslovnom životu pripada *know-howu* važna uloga, osobito kod prijenosa tehničkog, ali i drugog znanja i iskustva. Know-how se može prenositi putem ugovora, najčešće ugovora o licenci, samostalno ili zajedno s nekim zaštićenim pravom, primjerice patentom, modelom ili žigom.⁶¹ Predmet ugovora o licenci često je pravo korištenja nekim oblikom industrijskog vlasništva.⁶² Tako možemo govoriti o licenci patenta, žiga, modela, uzorka ili know-howa. Kada se u poslovnom prometu govori o licenci, ima se u vidu upravo licencni ugovor koji ima za predmet patent ili know-how, jer

⁵⁹ Potanje kod ČIZMIĆ, J., *Novost izuma*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 37, 1998., br. 4, str. 713.-726.

⁶⁰ Najveći broj autora drži kako je novost obuhvaćena elementom tajnosti i da novost treba promatrati subjektivno, u odnosu na određeni krug zainteresiranih osoba. Praksa je dosada pokazala da pitanje novosti nije ni izdaleka tako značajan element know-howa kao što je to tajnost. JANJIĆ, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd, 1982., str. 16.

⁶¹ Ima i drugih vrsta ugovora kojima se pribavljaju tehnička i poslovna znanja i iskustva (know-how), kao što su: ugovor o tehničkoj pomoći, inženjering i ugovor o izgradnji industrijskih objekata, ugovor o obučavanju kadrova, o prodajnim servisima, o pravu korištenja robnih i uslužnih žigova, o korištenju prodajne mreže, o davanju financijske pomoći i sl. CERović, D., *Zaštita i realizacija industrijske svojine u svijetu i u SFRJ*, Beograd, 1967., str. 54.

⁶² Ugovor o licenci je takav ugovor kojim se obvezuje davatelj licence ustupiti stjecatelj licence u cijelosti ili djelomice neko od prava industrijskog vlasništva, a stjecatelj licence se obvezuje da će mu za to platiti određenu naknadu. Iz teksta Zakona o obveznim odnosima, čl. 686., proizlazi da su predmet ugovora izum (pronalazak), tehničko znanje i iskustvo (tzv. know-how), industrijski uzorak i model te robni i uslužni žig. GORENC, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., str. 897.-898.

su, s obzirom na njihov značaj, to najčešći ugovori o licenci.⁶³ Licencni ugovor kojim se prenosi znanje i iskustvo⁶⁴ razlikuje se od klasičnog licencnog ugovora iz područja industrijskog vlasništva utoliko što je predmet ugovora, umjesto patenta ili drugih prava industrijskog vlasništva ili uz takva prava, znanje i iskustvo. Kod ugovora o licenci know-howa se, dakle, umjesto prava upotrebe određenog prava industrijskog vlasništva, ili često pored tog prava, prenose određena tehnička ili druga praktično primjenjiva znanja, iskustva ili vještine.⁶⁵ Međunarodni ugovori o licenciranju patenata i know-howa najznačajniji su oblici prijenosa tehnologije u industrijski nerazvijene zemlje. Treba spomenuti kako se tuđe znanje i iskustvo može prenositi ne samo ugovorom o know-howu, već se know-how može pojaviti i kao element ugovora o kooperaciji, ugovora o izvođenju investicijskih radova, zajedničkom ulaganju, konzaltingu, ugovora o prodaji tehničke opreme, ugovora o servisiranju i sl.⁶⁶ Ovo je potrebno naglasiti jer su pravna pravila i načela o ugovornom prijenosu know-howa znatno šireg dosega od ugovora o know-howu.

e) Know-how obuhvaća prenosiva **tehnička znanja** i iskustva koje posjeduje određeni gospodarski subjekt, a koja se mogu primjenjivati u industrijskoj ili zanatskoj proizvodnji ili drugoj djelatnosti.⁶⁷ Međutim, pojam *know-howa* danas nije više ograničen na područje tehnike. U teoriji, a i u praksi, njegovo je značenje mnogo šire, tako da se pojam *know-howa* upotrebljava za cjelokupno znanje i iskustvo koji su potrebni za suvremeno privredno poslovanje. Tzv. **poslovni know-how** gotovo i nema granica.⁶⁸ On se odnosi na organizaciju poduzeća, na njegovu administraciju, knjigovodstvo, programiranje i provedbu financijskog i komercijalnog poslovanja, organizirano ispitivanje tržišta, marketing, uključivši i metode obrade tržišta, tržišnu propagandu i reklamu i sl. Takva širina poslovnog *know-howa* pokazuje da je danas ne samo teško, već i nemoguće dati njegov iscrpan opis, te da se sadržaj *know-howa* može utvrditi samo od slučaja do slučaja, na temelju međusobnih obveza ugovornih stranaka.⁶⁹

⁶³ PRICA, R., o. c., str. 28.

⁶⁴ O tome pitanje kod SCZEPANSKI, S. Z., *Eckstrom's Licesing Foreign and Domestic Operations*, CBC, 1972.

⁶⁵ Za uspješan početak licencne proizvodnje, primatelju licence nužno je osigurati odgovarajući know-how, tj. stručnu pomoć i obuku. FOLSOM, H. - GORDON, W. - SPANOGLE, A., o. c., str. 138.

⁶⁶ Ugovor o prijenosu know-howa smatra se ponajviše ugovorom *sui generis*, jednim od tzv. inominatnih kontrakata. PAVLIĆ, P., *Ugovor o know-how*, "Privrednopravni priručnik", god. X, 1972., br. 12, str. 3.

⁶⁷ O tehničkom know-howu pitanje kod GAZDA, I., *Transfer of Technology*, KLI, 1996., chapter 5.

⁶⁸ O poslovnom know-howu (Non-Technical Know-How) pitanje kod GAZDA, I., o. c., chapter 6.

⁶⁹ VERONA, A., o. c., str. 123.-126.

6. Prava i obveze stranaka iz ugovora o know howu

a) **Zaključenje ugovora** o know-howu jest složen posao jer se u pravilu radi o kompleksnim ugovorima, te je, među ostalim, nužno poznavanje tehničkog i pravnog aspekta industrijskog vlasništva. Zbog složenosti odnosa koji se reguliraju ovim ugovorom, kao i zbog iznimnog značenja koje ima ovaj ugovor, u praksi se ugovor o know-how najčešće zaključuje u pisanom obliku, iako je u nekim zemljama i u pojedinim slučajevima predviđeno i dopušteno usmeno zaključenje ugovora. Teškoće u pregovorima što prethode sklapanju ugovora o licenci tajnog know-howa proizlaze iz njegove imaterijalne prirode i nedostupnosti tih podataka budućem primatelju licence. Da bi pregovori o zaključenju ugovora o licenci know-how mogli započeti, odnosno da bi se mogli nastaviti, potencijalni primatelj mora raspolagati s nešto preciznijim podacima o predmetu budućeg ugovora kako bi mogao procijeniti je li uopće zainteresiran za njegovo pribavljanje. Davatelj know-howa, koji ozbiljno pristupa pregovorima, takve će podatke priopćiti primatelju jedino uz uvjet da njegov opravdani gospodarski interes, u slučaju da iz bilo kojeg razloga ne dođe do sklapanja ugovora, bude zaštićen na odgovarajući način. Ta se zaštita postiže upravo ugovorom o tajnosti.⁷⁰

Problem predstavlja i priopćavanje tehničkih informacija koje nisu zaštićene patentom. Budući davatelj često traži od stjecatelja da mu unaprijed plati određeni iznos i da potpiše izjavu o tajnosti kojom se eventualni stjecatelj obavezuje da neće otkriti trećim osobama priopćene tehničke informacije, te da ih niti on neće primijeniti. Teškoće stvara i određivanje predmeta ugovora (proizvoda ili postupka i stvarnog naziva).⁷¹ U ugovorima nalazimo ne samo odredbe o patentu kao predmetu know-howa i o samom know-howu, već i čitav niz drugih odredbi o planovima za industrijske objekte, o podacima važnim prilikom odabiranja tehničke opreme, upute o rasporedu (razmještaju), montaži i održavanju strojeva i uređaja, o sirovinama, upute za finaliziranje, sklapanje i opremu konačnog proizvoda, komercijalne upute, metode ispitivanja tržišta, upute za komercijalnu i proizvodnu organizaciju i dr.⁷² U velikom broju slučajeva ugovori o pribavljanju ili ustupanju know-howa mogu za predmet imati, pored prenošenja prava na patentirane i nepatentirane izume, postupke i nacрте, poslovne tajne i druge vidove industrijskoga vlasništva, koji su ili mogu biti za primatelja od većeg značenja negoli patentna prava davatelja.⁷³

b) Najznačajnija obveza **davatelja** know-howa ogleda se u tome da preda ili priopći stjecatelju know-howa ugovoreno znanje i iskustvo u obliku, opsegu i na način kako je ugovorom predviđeno. Obveza isporuke može biti izvršena na

⁷⁰ PARAĆ, Z., *Pravni režim ugovora o know-how - neke asocijacije*, "Privreda i pravo", 1982., br. 2, str. 49.

⁷¹ Vidi MANIGODIĆ, M., o. c., str. 38.

⁷² Potanje kod DE VALI, D. - COLLEY, P., *Melville: Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, Sweet & Maxwell, 1995., Vol. 1, chapter 4.

⁷³ CERVIĆ, D., o. c., str. 54.

različite načine. U pravilu je to predaja pisanih isprava, nacрта, crteža i drugih pisanih podataka o predmetu know-howa, prenošenje sredstava koja su temelj za korištenje know-howa, kao što su uzorci, modeli, strojevi, aparati, razna tehnička dokumentacija, proračun cijena itd. Obveza priopćavanja može se dopuniti pružanjem tehničke pomoći korisniku, primjerice izobrazbom kadrova stjecatelja know-howa, u pogonu stjecatelja ili davatelja.

Ne treba zaboraviti ni obvezu jamstva koja postoji na strani davatelja know-howa glede osobina i upotrebljivosti know-howa. U ugovoru se može predvidjeti da davatelj jamči stjecatelju kako će proizvodi koji su predmet ugovora imati sličnu ili jednaku kakvoću kao i oni koje proizvodi davatelj. Ako je u ugovor unesena jamčevna klauzula, uobičajeno se predviđa i pravo davatelja da kontrolira proizvodnju korisnika. Ovo jamstvo mora biti vrlo precizno određeno. Primjerice, nužno je odrediti sve tehničke parametre koji su potrebni da bi se postigli određeni proizvodni učinci, kao što su norme kakvoće, opseg proizvodnje i sl. To i nije toliko komplicirano ako nije u pitanju tajnost know-howa, jer u tom slučaju treba utvrditi granice tajnosti, a za slučaj povrede ugovora od strane davatelja know-howa u pogledu tajnosti pojavljuje se i pitanje njegove odgovornosti.⁷⁴

Nedostatak odgovarajuće zaštite know-howa utječe na davatelje tehnologije na način da ustraju na unošenju odredbi kojima se primatelju postavlja obveza čuvanja tajnosti know-howa koji je predmet ugovora. U nekim slučajevima i davatelj know-howa može imati obvezu čuvanja tajnosti. Primjerice, ako je ugovorena isključiva licencija ili ako je ugovoren uzajamni prijenos poboljšanja do kojih dođe za vrijeme valjanosti ugovora.⁷⁵ Tada je razumljivo da za korisnika postoji interes da se tajnost know-howa sačuva. Osim u slučaju isključive licence, davateljeva obveza čuvanja tajne može se ugovoriti ako je ugovorom predviđeno uzajamno priopćavanje promjena ili poboljšanja, dakle novih elemenata u korištenju know-howa, koji u trenutku zaključenja ugovora nisu bili predviđeni jer nisu bili ni poznati.⁷⁶ Eventualno propuštanje ugovaranja obveze čuvanja tajnosti informacija priopćenih tijekom i u svezi s preliminarnim pregovorima uvelike će povećati nepovjerenje među budućim strankama, a ne ga ukloniti.⁷⁷

Ugovor može sadržavati i obvezu davatelja znanja i iskustva da osigura odgovarajuću izobrazbu primateljevih djelatnika za korištenje znanja i iskustva, kada to primatelj zahtijeva. Osposobljavanje stručnjaka također spada u jedan od načina predaje know-howa.

Davatelj se može obvezati da za trajanja ugovora informira primatelja i preda mu sva poboljšanja, uključujući prijavljene ili zaštićene izume koji su u svezi s

⁷⁴ LOZA, B. - SUŠIĆ, S. - LEDIĆ, D., *Osnovi prava i privredno pravo*, Sarajevo, 1983., str. 390.

⁷⁵ Usp. VERONA, A., *Licencni ugovor u jugoslavenskom, inozemnom i međunarodnom pravu*, Zagreb, 1981.

⁷⁶ KRULJ, LJ., *Pravni režim ugovora o "know - how"*, "Privreda i pravo", 1981., br. 12, str. 44.

⁷⁷ PARAC, Z., o. c., str. 50.

prenesenim znanjem i iskustvom, kao i znanja potrebna za njihovo iskorištavanje.⁷⁸ U ugovor se obično unosi odredba o dužnosti razmjene podataka o usavršenjima na predmetu ugovora do kojih je došlo tijekom trajanja ugovornog odnosa. Ako je takva klauzula izostavljena, primatelj know-howa ne bi mogao od davatelja zahtijevati da mu priopći podatke o usavršenjima do kojih je došlo nakon zaključenja ugovora.⁷⁹

Ako se radi o znanjima iz specifičnog područja ili ako korisnik ne raspolaže potrebnim iskustvom za primjenu ustupljenog know-howa, u ugovoru se može predvidjeti davateljeva obveza pružanja tehničke pomoći korisniku. Primjerice, davatelj može poslati svoje stručnjake koji će određeno vrijeme korisniku pružati korisne dopunske informacije nužne za razvijanje procesa proizvodnje, ili se, pak, stručnjaci korisnika odlaskom kod davatelja mogu izravno upoznati s metodama koje davatelj primjenjuje u proizvodnoj ili poslovnoj praksi.

U pravilu, davatelj know-howa ne odgovara za rizik proizvodnje i upotrebu prenijetih tehničkih postupaka. Jer, primatelj uobičajeno izjavljuje da mu je preneseno tehničko iskustvo poznato i obvezuje se da će tehnički ovladati postupcima. U pravilu davatelj ne odgovara ni za tzv. komercijalni rizik (slab plasman proizvoda na tržištu).

c) Obveza plaćanja naknade jedna je od temeljnih obveza **stjecatelja/korisnika** know-howa. U ugovoru je potrebno odrediti način plaćanja i vrijeme plaćanja naknade. Naknada se može plaćati u gotovu novcu, ali i proizvodima za koje je ustupljen know-how.

Korisnik/stjecatelj know-howa dužan je podatke koje mu je ustupio davatelj čuvati u tajnosti. Važna je obveza korisnika know-howa da podatke, dokumentaciju i sve ostale važne činjenice koje mu je davatelj ustupio održi tajnim, posebno one koji su i označeni kao tajni. U ovu je obvezu svakako uključeno poduzimanje svih potrebnih mjera kojima bi se spriječilo zaposlenike i suradnike poduzeća korisnika know-howa (primjerice kooperante) da objave ovakve podatke.⁸⁰ Ovo je posebno značajno jer se vrijednost know-howa na tržištu sastoji upravo u stvarnom monopolu posjedovanja tehnologije znanja i iskustva koja konkurenciji nisu poznata.⁸¹

Korisnik je dužan koristiti ustupljeni know-how. Ako je uz know-how korisniku dato pravo da koristi i žig, tada se predviđa i obveza korisnika da postiže i održava kakvoću na razini koju određuje davatelj. U tom se cilju predviđa i pravo davatelja da kontrolira kakvoću proizvedene robe.

No, ako tijekom trajanja ugovora know-how izgubi vrijednost na tržištu, primjerice ako bude prestignut tehničkim i gospodarskim razvitkom, tada primatelj ne mora koristiti know-how i može raskinuti ugovor. Davatelj može raskinuti

⁷⁸ Potanje kod ĐUROVIĆ, R. - STAKIĆ, B., *Priručnik za zaključivanje spoljnotrgovinskih ugovora sa oglednim primerima ugovora*, Beograd, 1998., str. 223.

⁷⁹ PRICA, R., o. c., str. 33.

⁸⁰ KRULJ, LJ., o. c., str. 46.

⁸¹ GORENC, V., o. c., str. 907.

ugovor ako korisnik, u roku koji je predviđen ugovorom, ne uspije postići traženu kakvoću, i pod uvjetom da je takvo pravo davatelja predviđeno ugovorom.

IV. Umjesto zaključka

1. Drugi oblici ustupanja iskorištavanja žigovnog prava

Ustupanje korištenja žigovnog prava može biti isključivi predmet posebnog ugovora između nositelja prava i zainteresirane osobe. Takve ugovore, vidjeli smo, nazivamo ugovorima o licenciji.⁸² Međutim, ustupanje korištenja zaštićenih prava (žiga) može, pored spomenutog ugovora o cesiji,⁸³ biti i predmetom drugih ugovora, primjerice ugovora o transferu tehnologije, know-howa,⁸⁴ ugovora o ulaganju sredstava i o dugoročnoj proizvodnoj suradnji, franchisingu,⁸⁵ know-howu,⁸⁶ merchandisingu,⁸⁷ sponzorstvu,⁸⁸ i distribuciji. Kod ovih ugovora ustupanje (prava na korištenje) žiga nije isključivi predmet ugovora, već je jedan od elemenata ugovora, zajedno s investicijskom opremom, pružanjem tehničke pomoći, ulaganjem sredstava i sl. Tako predmet ugovora o franchisingu može biti i ustupanje prava upotrebe žiga.⁸⁹ Korištenje prava isključive prodaje robe i usluga, koje potječu od davatelja franchisinga, uvjetuju se time da se ta roba i usluge stavljaju u promet pod žigom davatelja.⁹⁰ I u ovim ugovorima gospodarska funkcija žiga jest: označavanje podrijetla proizvoda i usluga, individualizacija, zajamčena, propagandna i natjecateljska.⁹¹ Žigom se najčešće zaštićuje osnovni proizvod ili grupa proizvoda u robnom franchisingu i osnovna uslužna djelatnost kod franchisinga usluga.

⁸² Vidi detaljnije kod GORENC, V., *Trgovačko pravo - ugovori*, Zagreb, 1995., str. 164-174.

⁸³ Vidi kod BESAROVIĆ, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 106.; VANZETTI - Di CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, sec. ed., Giuffrè Editore, Milano, 1996., str. 218.

⁸⁴ O tome potanje kod ČIZMIĆ, J., *Know - How*, "Hrvatska gospodarska revija", god. XLVIII, 1999., br. 3, str. 288-294.

⁸⁵ Usp. MLIKOTIN-TOMIĆ, D., *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986., str. 27. i dr.; SENA, *Il Nuovo Diritto Dei Marchi*, sec. ed., Giuffrè Editore, Milano, 1998., str.165.

⁸⁶ Detaljnije kod VERONA, A., *Know-how*, u Goldštajn (red.) i dr.: *Ugovori autonomnog privrednog prava II*, Informator, Zagreb, 1975., str. 11.; ČIZMIĆ, J., *Know - How*, "Hrvatska gospodarska revija", god. XLVIII, 1999., br. 3, str. 288-294.; STUMPF, *The Know How Contracts in Germany, Japan & USA*, ed. Kluwer Law & Taxation Publisher, Deventer, 1984.

⁸⁷ Vidi FRIGNANI, *I problemi giuridici del merchandising*, Riv.dir.ind., 1980, I, 105.; RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 1991.; GALLI, *Il diritto transitorio dei marchi*, Giuffrè Editore, Milano, 1994.

⁸⁸ Detaljnije kod BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990.; De GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988.; FUSI-TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in Dir.inf., 1985, 445.

⁸⁹ O tome vidi kod ZLATOVIĆ, D., *Raspolaganje pravom na žig*, "Pravo i porezi", VII, 1998, br. 11, str. 1205.

⁹⁰ Usp. MLIKOTIN-TOMIĆ, D., *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986., str. 61.

⁹¹ Usp. MLIKOTIN-TOMIĆ, D., *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986., str. 62.

2. *Mogućnost zaštite know howa*

Pravni režim zaštite know-howa razlikuje se od zemlje do zemlje. Zajedničko je svim režimima ograničen doseg zaštite. Naime, za razliku od patenta, zaštite autorskih prava ili zaštite imena i žiga, know-how ne uživa posebnu pravnu zaštitu ni u domaćem ni u međunarodnom prometu i ne može se, kao primjerice izum, registrirati kako bi se njegovu imatelju osiguralo isključivo pravo korištenja. To je prisililo gospodarstvenike da pribjegu različitim instrumentima zaštite njegove tajnosti.

Motreno sa stajališta poredbenog prava, zaštita know-howa se najčešće osigurava ugovorima, pravilima o deliktnoj odgovornosti i poslovnoj tajni. U poslovnoj je praksi čest slučaj da se zaposleni kojima su dostupne informacije što predstavljaju poslovnu tajnu, ugovorom obvezuju da ih neće učiniti dostupnim trećim osobama. Međutim, u pojedinim se slučajevima ugovorna zaštita know-howa nije pokazala osobito djelotvornom. Često osoba koja se ugovorom obvezala na čuvanje tajnosti know-howa, nezadovoljna svojim položajem u tvrtki, napusti je i otkrije sadržaj know-howa konkurenciji, bilo iz materijalnih razloga, bilo iz osvetoljubivosti.⁹² U takvim slučajevima pravni lijekovi dostupni poslodavcu ne osiguravaju uvijek odgovarajuću zaštitu njegovih interesa. Odgovarajuću zaštitu ne osiguravaju uvijek ni pravila o deliktnoj odgovornosti, poglavito zbog teškoća koje poslodavac ima u postupku dokazivanja odgovornosti. U pojedinim zemljama za povredu obveze čuvanja tajnosti know-howa, koji predstavlja poslovnu tajnu, zapriječene su i kaznenopravne sankcije, ali i ovaj oblik zaštite ima određene nedostatke: prvo, nije uvijek lako uvjeriti državnog odvjetnika da pokrene postupak zbog problema koje poslodavac ima pri čuvanju poslovne tajne i, drugo, kaznenopravne sankcije svakako neće vratiti jednom otkrivenu poslovnu tajnu (ali će možda djelovati suzbijajuće na eventualne buduće prekršitelje).⁹³

Postojeća zakonodavstva pružaju određenu, iako dosta ograničenu zaštitu korisnicima know-howa. Zaštita se odnosi na mogućnost zabrane neovlaštenog otkrivanja i priopćavanja know-howa i uređena je, zavisno od pravnog sustava koji je pruža, odredbama zakona o autorskom pravu, industrijskom vlasništvu, poslovnoj tajni, nepoštenoj tržišnoj utakmici i sl. Zaštita se može temeljiti i na prihvaćanju odgovarajućih ugovornih obveza u ugovoru o prijenosu tehnologije ili u ugovoru o licenci. Know-how nije ni izum ni tehničko unapređenje, ne uživa patentnu zaštitu i najbolje ga je zaštititi ugovorom o licenci. Iako u ZIV-u know-how nije izričito reguliran, naše pravo, na određeni način, pruža zaštitu know-howu. Zaštita poslovnog znanja i iskustva predviđena je u okviru drugih pravnih instituta iz područja građanskog i trgovačkog prava. Zaštitom ugovornih odredaba, ako postoji ugovor o ustupanju know-howa, primjenom normi obveznog prava, ili, ako nema ugovora, odgovarajućom primjenom građansko-pravnih normi o nepoštenoj utakmici. Njegova zaštita bi se, dakle, zbog široka značenja tog pojma, mogla tražiti u

⁹² FOLSOM, R. - GORDON, M. - SPANOGLE, J., o. c., str. 126-127.

⁹³ *Ibid.*, str. 126-127.

kontekstu odredaba Zakona o trgovini i Zakona o zaštiti tržišne utakmice, ali i Zakona o zaštiti tajnosti podataka.⁹⁴ Know-how nema značajke apsolutnog prava koje bi njegovu titularu davalo pravo isključivog korištenja. Titular ne može od trećih osoba tražiti da se suzdrže od korištenja know-howa koji on posjeduje, bez obzira na koji su način te osobe došle do njega. Zaštita koju uživa know-how temelji se na ideji da nitko ne bi smio na nepošten način koristiti rezultate tuđeg rada. Drugim riječima, ova zaštita je usmjerena samo protiv onih osoba koje su došle do know-howa ili se njime koriste na način protivan dobrim poslovnim običajima.

U našem pravu bi stoga, kao i u većini zemalja s tržišnom privredom, zaštitu know-howa trebalo temeljiti na zaštiti od povrede poslovne tajne.⁹⁵ S problemima poslovne tajne možemo se susresti u mnogim, posebno sofisticiranim ugovorima, kao što je primjerice i ugovor o know-howu.⁹⁶ Promet poslovnom tajnom realizira se upravo pomoću prometa know-howom.⁹⁷ Know-how je po svojoj prirodi i značenju sličan poslovnoj tajni. U oba se slučaja radi o neposrednoj zaštiti određenih tehničkih, poslovnih ili financijskih prednosti nositelja određenog prava industrijskog vlasništva.⁹⁸

Summary

TRASFERRING INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS - CONTRACT ON TRADEMARK LICENCING AND CONTRACT ON KNOW-HOW

Contract on trademark licencing is a *contractus sui generis* by which a licencor is binding himself to a licensee to transfer a part or the whole right to use a particular trademark, while the licensee is undertaking to use the object of licence in the manner contractually agreed as well as to pay agreed amount to the licencor. Apart from giving a general overview on licencing contracts, the author has pointed out some important aspect of the contract on trademark licencing - form and content of the licencing contract, registry of the right to use a trademark into registry book

⁹⁴ Usp. GORENC, V., *Trgovačko pravo - ugovori*, Zagreb, 1995., str. 166.-167.

⁹⁵ Premda je sve uobičajenije izraze "trgovačka tajna" i "know-how" koristiti kao sinonime, između njih ipak postoji značajna razlika. Know-how može biti povjerljiv ili nepovjerljiv, tehnički ili netehnički. Stoga se trgovačka tajna može izjednačiti samo s povjerljivim know-how. MATIJEVIĆ, N., *Ugovor o prijenosu tehnologije*, "Informator", 1997., br. 4510-4511, str. 20.

⁹⁶ Potanje kod PARAC, Z., o. c., str. 46.-53.

⁹⁷ ZABEL, B., *Poslovna tajna*, Beograd, 1970., str. 92.

⁹⁸ Kako drži Ludecke, proizvodna tajna (Geheimverfahren) razlikuje se od pojma know-how (Betriebsverfahren ili Anwendungsgeheimnis). Proizvodna tajna najčešće se odnosi na neki tajni tehnološki postupak i po osobinama koje joj on pridaje može se zaključiti da je riječ o izumu koji nije patentiran ili nije podoban za patentiranje. Naprotiv, know-how predstavlja samo dopunska znanja, iskustva ili vještinu koji su potrebni da se neki patentirani ili nepatentirani izum može koristiti. Dok proizvodna tajna predstavlja izvjesnu monopolsku vrijednost za davatelja licence, dotle know-how nema takav značaj. Podatak kod PRICA, R., o. c., str. 32.

of trademarks, exclusive licence and sublicencing, rights and obligations of contracting parties, judicial protection of endangered and violated rights, and the cease of licencing contracts.

The second part of the article is focused on the contract on know-how which plays a significant role in business transactions, especially in transfer of technical but also other knowledge and experiences. Apart from giving a general overview of the notion "know-how", the author has attempted to show the relationship of know-how toward other industrial property rights, the fundamental characteristics of know-how, object and content of the contract on know-how, as well as forms of know-how protection.

Key words: *industrial property, licence, trademark, know-how.*

Zusammenfassung

ABTRETUNG DES RECHTS IM BEREICH DES INDUSTRIEEIGENTUMS - VERTRAG ÜBER DIE LIZENZ DES WARENZEICHENS UND VERTRAG ÜBER DAS KNOW-HOW

Der Vertrag zur Lizenz eines Warenzeichens ist ein contractus sui generis durch den sich der Lizenzgeber gegenüber dem Lizenznehmer verpflichtet, sein Recht auf Verwendung eines Warenzeichens gänzlich oder teilweise an ihn abzutreten, und der Lizenznehmer sich verpflichtet, den Gegenstand der Lizenz auf die vereinbarte Weise zu benutzen und dem Lizenzgeber die vorgesehene Entschädigung zu zahlen. In seinem Aufsatz weist der Autor neben den grundlegenden Definitionen des Begriffs Lizenzvertrag auch auf einige wesentlichere Aspekte des Vertrags zur Lizenz eines Warenzeichens hin - auf Form und Inhalt des Lizenzvertrages, Eintragung des Benutzungsrechts des Warenzeichens in das Warenzeichenregister, auf die ausschließliche Lizenz und Nebenlizenz, Rechte und Pflichten der Vertragspartner, Gerichtsschutz verletzter und gefährdeter Rechte sowie Beendigung des Lizenzvertrages.

Im zweiten Teil der Arbeit bearbeitet der Autor den Vertrag über das Know-how, dem eine wichtige Rolle im Geschäftsverkehr zukommt, besonders bei der Übertragung von technischem oder anderem Wissen und von Erfahrungen. In der Arbeit hat sich der Autor bemüht, neben grundlegenden Definitionen des Begriffs Know-how auf das Verhältnis des Know-how zu (anderen) Rechten aus dem Gebiet des Industrieigentums hinzuweisen, Grundcharakteristiken des Know-how, Gegenstand und Inhalt des Vertrages zum Know-how, sowie auf Modalitäten des Schutzes des Know-how.

Schlüsselwörter: *Industrieigentum, Lizenz, Warenzeichen, Know-how.*

Sommario

**DIRITTO DI CESSIONE DELLA PROPRIETÀ
INTELLETTUALE - CONTRATTO DI LICENZA
DI MARCHIO E CONTRATTO DI KNOW-HOW**

Il contratto di licenza di marchio è un *contractus sui generis* con il quale il licenziante si impegna nei confronti del licenziatario a cedere una parte o il pieno diritto di utilizzare un particolare marchio, mentre il licenziatario è tenuto ad utilizzare l'oggetto della licenza nel modo contrattualmente concordato, così come a corrispondere la somma fissata al licenziante. A parte l'offrire uno sguardo generale sui contratti di licenza, l'Autore evidenzia alcuni aspetti importanti del contratto di licenza di marchio - forma e contenuto del contratto di licenza; registrazione del diritto di utilizzare un marchio nel registro dei marchi; licenza e sublicenza esclusiva; diritti e doveri delle parti contraenti; protezione giudiziale dei diritti messi in pericolo e violati; e cessazione dei contratti di licenza.

La seconda parte dell'articolo è incentrata sul contratto di know-how, che gioca un ruolo significativo nelle transazioni commerciali, specialmente nel trasferimento di conoscenze ed esperienze tecniche, ma anche altre. Insieme ad una visione generale della nozione di know-how, l'Autore cerca di mostrare la relazione del know-how nei confronti degli altri diritti di proprietà industriale, le fondamentali caratteristiche del know-how, l'oggetto e il contenuto del contratto di know-how, come pure le forme di tutela del know-how.

Parole chiave: *proprietà industriale, licenza, marchio, know-how.*

SADRŽAJ I KARAKTER PREDLOŽENIH PROMJENA ZAKONA O RADU

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 349.2/3(497.5)(094.5)
Ur.: 21. prosinca 2000.
Pr.: 15. siječnja 2001.
Stručni članak

Zakon o radu donio je Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske 17. svibnja 1995. godine. Nakon pet godina predlažu se izmjene i dopune toga propisnika.

Zakon o izmjenama i dopunama, u formi prijedloga, nalazi se u saborskoj proceduri od 3. srpnja 2000. godine. Utvrđena je ustavna osnova za donošenje zakona, stanje odnosa, prijedlog za promjene pojedinih odredbi i obrazložene su predložene izmjene i dopune s očekivanim posljedicama. Skoro u svakom dijelu (glavi) Zakona o radu ima izmjenama odnosno dopuna. Najviše je onih koji, uvažavajući sudsku i drugu praksu, mijenjaju ili dopunjuju pojedine odredbe o zasnivanju radnog odnosa, zaštiti maloljetnika, majčinstva i zaposlenika nesposobnih za rad, ali su značajnije one koje se odnose na plaću, kolektivni ugovor i štrajk.

U ovom radu daje se pregled predloženih promjena i dopuna Zakona o radu i neke sugestije i prijedlozi za njihovo poboljšanje.

Ključne riječi: Zakon o radu, izmjene i dopune, ugovor o radu, plaća, kolektivni ugovor, štrajk.

I. Uvod

Ustav Republike Hrvatske u skoro jednoj trećini odredaba uređuje (izravno ili neizravno) određena pitanja radnih i socijalnopravnih odnosa. Na toj osnovi gradio se Zakon o radu i drugi zakoni iz oblasti rada i socijalnog osiguranja.¹

Sada je u Saborskoj proceduri Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu.²

¹ Ustav Republike Hrvatske - proc. tekst NN 8./98., Promjene Ustava NN, 113/2000.

² Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu, broj 107. Hrvatski državni sabor, Zastupnički dom klasa: 110 - 01/00 - 01/01. Ur. broj 61-00-102 od 3. srpnja 2000. godine (prošao je "prvo čitanje").

U ovom članku analizira se: ustavna osnova za donošenje Zakona; ocjena stanja i osnovna pitanja koja treba urediti Zakonom te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteći, postupak izrade Prijedloga zakona i tekst Prijedloga zakona s obrazloženjem.

II. Ustavna osnova za donošenje zakona

Zakon o radu donio je Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske na sjednici 17. svibnja 1995. godine.³ Nakon pet godina u proceduri je prva novela toga propisnika. Ustavna osnova za donošenje Zakona o radu (1995. god.) ista je i za donošenje Zakona o radu (!?). Pa, što je onda novo? Nisu se promijenila načela radnoga prava upisana u Ustav Republike Hrvatske. Ona su iznad norme, ali ih norma mora poštovati i omogućiti njihovu realizaciju (tzv. "normativno" značenje načela). Ona logično proizlaze iz ostalih ustavnopravnih osnova. Ta načela preuzeta su iz univerzalnih vrela radnoga prava (Opće deklaracije o pravima čovjeka, Pakta o političkim i socijalnim pravima, Ustava i konvencija Međunarodne organizacije rada i drugih).

Prema odredbi članka 43. Ustava RH utvrđeno je pravo na slobodno udruživanje (i poslodavca i radnika), a još su na snazi heteronomne norme kogentne naravi o obveznom udruživanju poslodavaca. U Zakonu o radu su odredbe o organiziranju i registriranju sindikata "strožije" od registracija trgovačkih društava.

Sloboda poduzetništva (iz članka 49. Ustava) limitirana je privatizacijom, pretvorbom, carinama, porezima, proračunima, vlasništvom i drugim stvarnim pravima i drugim nedovršenim projektima, determiniranim ratnim i poratnim zbivanjima i okolnostima u kojima svjetska konkurencija uništava slabije (u svakom pogledu).

Pravo na rad i sloboda rada ostali su u odredbi članka 54. Ustava Republike Hrvatske kao "ornament" kako najbolje napisana norma manje vrijedi od dobrih "proizvoda" i realiziranih odnosa. Nažalost, ta norma je blijeda i beživotna u praksi odnosa u kojima se na evidencijama Hrvatskog zavoda za zapošljavanje nalaze najmlađi i najkvalificiraniji radnici, čiji se potencijali tope s najvišom (mimo zakonom dozvoljenom) stopom "amortizacije". Jedna energija otišla je u nepovrat a 900,00 kn mjesečno novčane naknade za nezaposlenog postao je "izlaz" u stvarnost u kojoj se novootvorena radna mjesta traže Diogenovom svijećom u podne. Službe i postupci Hrvatskog zavoda za zapošljavanje niti u minimumu to načelo ne provode: nema dostupnih radnih mjesta onim građanima koji ispunjavaju uvjete za rad, nema natječaja i oglasa, nema individualnih radnih sporova za zaštitu povrijeđenog prava na rad (jer to je načelo, a nije subjektivno pravo) i tako redom.

Pravo na zaradu koja osigurava zaposleniku i njegovoj obitelji slobodan i dostojan život, stavak 1. čl. 55. Ustava Republike Hrvatske, ostalo je u proklamacijama i u teoretskim člancima. Umjesto osnova i mjerila za raspodjelu

³ Zakon o radu "Narodne novine" br. 38/95., 54/95. i 65/95.

sredstava za plaće i naknade, analitičkih pokazatelja u autonomnim općim aktima i ugovorima o radu, zadovoljavaju i norme kolektivnih ugovora, u kojima smo prihvatili grupe i “razrede” kao u državnoj službi i “zabetonirali” kolektivno pregovaranje i “socijalni mir” na nekoliko godina.

Participacija u upravljanju ili suodlučivanju zaposlenika u poduzeću izvedena je paušalno, a da nije upornosti sindikata da to provede u mnogim trgovačkim društvima, koja zapošljavaju i preko 20 zaposlenika, od Zaposleničkih vijeća ne bi bilo niti toliko. Za mnoge poslodavce to je teret, “iritira” ih, to je “samoupravljanje” i drugo, “glume” da pregovaraju, a kolektivno pregovaranje traje beskonačno i sa suprotnim učinkom. Kolektivno pregovaranje često je “preotvorena rasprava” bez konačne odluke.

Mirno rješavanje sporova i arbitraža u individualnim i kolektivnim radnim sporovima ne primjenjuju se ili su bez rezultata, a pet godina smo se “uigravali” osporavajući odredbe zakona (o željeznici, o elektroprivredi, kontroli leta i dr.) o zabrani štrajka jer su “proizvođači” neustavnih normi bili brojni i neumorni, a sud okupiran brojnim tužbama o ocjenama ustavnosti i zaštitom ljudskih prava i sloboda. Svodilo se to na trajanje u vremenu nedovoljnog stvaranja i “dovoljnog” osporavanja?!

Ustavno načelo o pravu na sindikalno organiziranje (članak 59.) i o pravu na štrajk (članak 60.) ne treba dorađivati u Ustavu već u zakonima i praksi.

Socijalna sigurnost (čl. 56. st. 1.1 Ustava) izgubila je “trku” sa “surovim i sirovim” tržišnim odnosima u kojima se nisu poštivala “pravila igre”. Proračun je uvijek bio visok, a minimalna (osnovna) zdravstvena zaštita, socijalna skrb i drugo svodilo se na prestacije preživljavanja i sirotinjskog standarda. Izgubljena radna mjesta i period neinvestiranja i stvarnih ulaganja povećao je broj zahtjeva za zadovoljavanjem osnovnih životnih potreba u zdravstvenoj zaštiti, stanovanju, hrani, troškovima u komunalnoj oblasti i dr.

Nesigurnost u radnom odnosu stvarala je nesigurnost i u socijalno-pravnim odnosima i u pravima u vezi s porođajem, materinstvom i njegovom djece. “Idejni projekt” iz članka 56. st. 2. Ustava nije živio, a i gdje se provodio, bio je pun sporova (o isplati naknade umjesto plaće, o dugovima Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje poslodavcima, o “adekvatnim radnim mjestima”, o dojenju djeteta i sl.).

To je i sada “Ustavna osnova za donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu.”

III. Ocjena stanja te posljedice koje će donošenjem zakona proisteći

Radni odnosi su srce društvenih odnosa. Ono traži hitnu dijagnozu i terapiju. Zašto je to tako, piše u materijalima Vlade Republike Hrvatske i drugima.

Zakon o radu je opći zakon za područje radnih odnosa u Republici Hrvatskoj “ako radni odnosi nisu uređeni posebnim propisima”. Prenaglasio je civilizistički pristup radnom odnosu i na taj način devalvirao brojne radnopravne pojmove, kategorije i institucije, koje su svojom originalnošću, posebnim sadržajem i

metodom bile veća garancija za uređivanje, realiziranje i zaštitu brojnih kolektivnih i individualnih prava iz radnih odnosa. To se sada odnosi i na predloženu izmjenu u članku 6.

Projekt Zakona o radu nije bio realan u vremenu i odnosima u kojima se primjenjivao. Ugovorna narav radnog odnosa zanemarila je činjenicu da je volja, kao bitan element tog ugovora, bila stavljena na Prokrustovu postelju u odnosima svakodnevnih viškova radnika i otkaza i neograničene nelojalne konkurencije nezaposlenih.

Kolektivno pregovaranje pretvorilo se “u cijedenje znoja”, a kako-tako uspješni kolektivni pregovori propadali su prije potpisa kolektivnog ugovora ili odmah na početku njegove primjene. Kolektivne ugovore nije se dosljedno poštivalo. Regulirana, odnosno ugovorena prava nisu realizirana, što je imalo za posljedicu veliki broj individualnih radnih sporova.

Zastoji i zapreke u kolektivnom pregovaranju rješavani su i štrajkovima, čija je organizacija (postupak) skupa, inertna i složena. U tome su dobro reagirala vijeća Vrhovnog suda Republike Hrvatske i (donekle) vijeća županijskih sudova nadležna za kolektivne radne sporove.

Nije iskorišten postupak internog ili autonomnog “suđenja” u mirovnim i arbitražnim vijećima, a praksa je pokazala da bez specijaliziranih radnih sudova ova se složena oblast pravnih odnosa ne može adekvatno rješavati.

Gospodarsko-socijalno vijeće kao oblik i mjesto tripartitnog socijalnog dijaloga bilo je inertno i nije iskorišten taj institucionalizirani mehanizam konzultacije.

“Problemi u području radnih odnosa u najvećem dijelu nisu u zakonskim rješenjima već su rezultat drugih činitelja iz okruženja. To je prvenstveno loše stanje u gospodarstvu izraženo kroz nelikvidnost, likvidaciju i stečajevе poduzeća kao i posljedice devijacija u pretvorbi.”⁴

Bolje bi bilo reći da je uzrok u neadekvatno primijenjenim objektivnim nomotehničkim pretpostavkama za ovaj propisnik u vrijeme njegovog donošenja.

IV. Pitanja koja bi se uredila predloženim zakonom

Predlagatelj Zakona navodi, “uvažavajući sudsku praksu i potrebu prilagođavanja Zakona promjenama uvjeta u području njegove primjene”, kako je stajalište da je potrebno postići bolju i učinkovitiju zaštitu prava zaposlenika, otkloniti dvojbe u primjeni odgovarajućih odredbi te riješiti određena pitanja u dijelu kolektivnih radnih odnosa.

Predlagatelj tvrdi, “predloženim izmjenama zadržana su temeljna pravna načela, a Zakon o radu ostao je koncepcijski konzistentan.”

Prije analize i komentara predloženih promjena u Zakonu o radu mogli bismo ih klasificirati po različitim kriterijima.

⁴ Iz obrazloženja Prijedloga Zakona o izmjenama Zakona o radu (poz. bilješka 2.) str. 2.

Jedno su predložene odredbe koje se odnose na reguliranje individualnih i kolektivnih prava u radnom odnosu, drugo su odredbe koje osiguravaju realizaciju (ostvarivanje) prava, a treće su one koje uređuju zaštitu neostvarenih i povrijeđenih prava.

Druga kvalifikacija predloženih promjena Zakona o radu moguća je po dijelovima sadržaja Zakona o radu kojima pripadaju, i to na opće odredbe (a odnose se na članak 2., 3., 6., 7. i (novi podnaslov "Primjena za zaposlenika najpovoljnijeg prava") članak 7.a); sklapanje ugovora o radu (članak 10., 11., 16. i 17.); radno vrijeme (članak 30. i 35.); odmori i dopusti (članak 42., 43. i 48.); zaštita majčinstva (članak 63., 66., 67., 69., 70., 71. i 72.); zaštita zaposlenika koji su privremeno ili trajno nesposobni za rad (članak 75., 77., 78. i 79.); plaće (članak 83., 87. i 88.); zabranu takmičenja zaposlenika s poslodavcem (članak 95.); naknada štete (članak 102.); prestanak ugovora o radu (članak 103., 106. i 114.); ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa (članak 126.), sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju (članak 139., 140., 141., 142., 143., 144., 145., 146. i 150.); utemeljenje i registracija udruga (članak 165. i 171.); prestanak djelovanja udruge (članak 183.); kolektivni ugovori (članak 186., 196. i 199.); štrajk (članak 210.); kaznene odredbe (članak 228.); prijelazne i završne odredbe (članak 242. i 243.), te odredbe o ovlastima da nadležni ministar donese provedbene propise, da se napravi pročišćeni tekst Zakona i da bi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu stupio na snagu "osmog dana od dana objave u "Narodnim novinama."

Detaljnija analiza Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu pokazat će da se radi o promjenama koje zahtijevaju dosta posla od socijalnih partnera: od nadležnog ministarstva, od poslodavca i od sindikata. Najveći teret nose poslodavci, a odnosi se na postupak sklapanja ugovora o radu, odnosno izdavanja potvrde o sklopljenom ugovoru o radu; izdavanje i evidentiranje obračuna plaća (koje nisu isplaćene), evidentiranje zaposlenika koji imaju prednost u "ponovnom zapošljavanju", odnose sa Zaposleničkim vijećem, a napose, ako se prihvati da je neisplata plaće odnosno naknade plaće opravdani razlog za štrajk, te veliki broj "odgovornih osoba" u prekršajnoj odgovornosti.

IV.1. Sklapanje ugovora o radu

U točki II. Zakona o radu predlažu se izmjene u odredbama članka 10., 11., 16., i 17.

IV.1.1. Poslodavac ne smije sklopiti jedan ili više uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme na temelju kojih se radni odnos na istim poslovima zasniva za neprekinuto razdoblje duže od tri godine, osim u slučaju zamjene privremeno nenazočnog radnika ili ako je to zakonom ili kolektivnim ugovorom dopušteno.

Tako sada treba glasiti odredba članka 10. stavak 4. Zakona o radu (podvučeno prijedlog dopune). Naime, ugovor o radu (i radni odnos) na određeno vrijeme je iznimka. Zakoni u oblasti rada i radnih odnosa uvijek su ograničavali taj rad (u skladu s univerzalnim izvorima radnog prava) i učenjima radnopravne teorije o radnom odnosu kao pravnom odnosu u kome se radnik uključuje na sastav organizacije

poslodavca “da stalno trajno radi “ (da bude u radnom odnosu). Kako “privremena nenazočnost radnika” može postojati i duže od tri godine (mandat u tijelima Sabora i sl.), zakonodavac se odlučio na “pojašnjenje” izuzetka, pa i onoga u stavku 1. članka 10. podstavak drugi.

No, i to će stvoriti određene probleme u praksi, jer “zamjena privremeno nenazočnog zaposlenika” u tako dugom periodu jeste privremena u odnosu na stalno, ali ne i na promjenu radnog mjesta (poslova i zadataka), na organizaciju rada i sl. Sve se to treba autonomno urediti ili pravilnikom o radu ili sporazumom između zaposleničkog vijeća i poslodavca, a da se ne bi diralo u ono što je u stavku 4. čl. 10. uređeno, već bi se uredili postupci, rokovi i ovlasti za realizaciju te odredbe. Tako će se potvrditi iznimnost u reguliranju i realiziranju ovakvog sklapanja ugovora o radu.

IV.1.2. Ugovor o radu mora se sklopiti. To je osnovni oblik materijalizacije obostranog pristanka na zasnivanje radnog odnosa među poslodavcem i radnikom. Istu sudbinu mora imati i bilo koji drugi pojedinačni pravni akt što zamjenjuje ugovor o radu koji ima istu pravnu sadržinu. Sada to zakonodavac rješava tako što u stavku trećem članka 11. normira ovako: “Ako ugovor o radu nije sklopljen u pisanom obliku, poslodavac je dužan zaposleniku na dan početka rada uručiti pisanu potvrdu o sklopljenom ugovoru.” (podvučeno se odnosi na izmjene).

Bitno je da sadržaj potvrde odgovara sadržaju ugovora: stranke, radno mjesto, plaća, radno vrijeme, trajanje ugovora i dr. (u sadržaju i na način iz članka 12. Zakona o radu). Preciznije (kvalitetnije) bi bilo da je to upisano u navedenoj normi, praksa (a posebno sudska) mora ići u tom smjeru, pozivom na odredbu članka 12. Zakona o radu.

Zbog navedene izmjene u članku 11. brisala bi se i odredba stavka 5. u tom članku kao suvišna, a i kontradiktorna predloženoj izmjeni članka 11. stavka 3.

Na poslodavcu je u povredi odredbe čl. 11. st. 3. teret dokazivanja da se ne radi o ugovoru o radu na neodređeno vrijeme.

IV.1.3. Na zahtjev malodobnika, njegova roditelja, odnosno skrbnika, zaposleničkog vijeća, sindikata ili inspektora rada, poslodavac je “dužan” malodobniku, zaposleniku koji radi na poslovima koji mogu ugroziti njegovo zdravlje, čudorednost ili razvoj ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova” (podvučeno je predložena izmjena u članku 16. st. 6. Zakona o radu).

Razlika je u odnosu na dosadašnje rješavanje očita. Prvo, u ugovornom radnom odnosu nema slučajeva jednostrane odluke o rasporedu zaposlenika na druge poslove, a, drugo, institut ponude sklapanja izmijenjenog ugovora već je uređen Zakonom o radu (npr. u odredbi članka 114.). Raspored na poslove je samo radnja u organizaciji i distribuciji posla.

U obrazloženju takvog prijedloga stoji “Navedenom izmjenom pojačava se zaštita malodobnika, s obzirom da kroz primjenu odredbi članka 114. Zakona (otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora) malodobnik, odnosno njegov zakonski zastupnik kao njegova stranka ima mogućnost odlučivanja o prihvaćanju ponuđenih poslova kao i mogućnost osporavanja dopuštenosti otkaza i (u slučaju) ako je malodobnik

prihvatio ponudu poslodavca”.

Posebna zaštita dječjeg rada utvrđena je i u konvencijama Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, ITO) npr. broj 90 (1948.) o mogućnosti rada djece u industriji (“NN” - Međunarodni ugovori 6/95.); broj 138 (1973.) o najnižoj dobnoj granici za zasnivanje radnog odnosa (“N.N.” Međunarodni ugovori br. 2/94.); i dr.

Zbog promjena u članku 16. izvršene su i promjene u stavku 6. članka 17., kako u obrazloženju piše “izvršeno je terminološko usklađivanje s obzirom na institute predviđene Zakonom o radu”. U st. 6. čl. 17. riječi “malodobnog zaposlenika rasporediti na druge odgovarajuće poslove” zamjenjuju se riječima “malodobnom zaposleniku ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova” (podvučeno se odnosi na izmijenjeni tekst).

IV.2. Puno radno vrijeme

Radno vrijeme je radnopravna i socijalnopravna, ali i zaštitna i ekonomska, pa i organizacijska kategorija.

Do sada je u članku 30. Zakona o radu, koji uređuje puno radno vrijeme, bilo, u skladu s Ustavom, propisano: “Puno radno vrijeme ne smije biti duže od 42 sata tjedno”, a smatra se da je to tako uvijek “Ako zakonom, kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između zaposleničkog vijeća i poslodavca ili ugovorom o radu, nije određeno radno vrijeme...”.

Izmjenama i dopunama Zakona o radu sada se predlaže da puno radno vrijeme ne smije biti duže od 40 sati tjedno (članak 10. Prijedloga...). To je radikalna promjena bez obzira na rješenje istog sadržaja kod brojnih poslodavaca i u brojnim kolektivnim ugovorima i drugim autonomnim aktima. Zakonodavac je i dalje ostavio socijalnim partnerima mogućnost da to uređuju kolektivnim ugovorom ili drugim aktom, pa i manje od propisanog zakonom, ali uz napomenu da je to puno radno vrijeme. Pored brojnih prednosti ova izmjena treba omogućiti i veće zapošljavanje, pogotovo kod onih poslodavaca koji imaju organizaciju rada u neprekidnom trajanju.

IV.3. Preraspodjela radnog vremena (čl. 35. Zakona o radu)

Preraspodjela radnog vremena je složen i originalan radnopravni pojam. Preraspodijeliti radno vrijeme nije isto što i rasporediti radno vrijeme. Preraspodjela radnog vremena znači da se puno (i nepuno), ali ne i skraćeno, radno vrijeme preraspoređuje “tako da tijekom jednog razdoblja traje duže, a tijekom drugoga razdoblja kraće od punoga radnog vremena” tako da “prosječno radno vrijeme tijekom kalendarske godine ili drugoga razdoblja određenoga kolektivnim ugovorom, ne smije biti duže od punoga radnog vremena”.

Zakon o radu nepotrebno stvara nekoliko režima kada je u pitanju radno vrijeme. To treba ujednačiti i pojednostaviti tako da raspored radnog vremena i preraspodjela radnog vremena (“ako narav posla to zahtijeva”) mogu biti određeni “propisom, kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između zaposleničkog vijeća i poslodavca, pravilnikom o radu, pisanom odlukom poslodavca ili ugovorom

o radu”, jer nema razloga da to tako ne bude, imajući u vidu i druge odredbe o sadržaju tih akata.

U prijedlogu izmjena i dopuna pored dopuna da se i nepuno radno vrijeme može preraspodijeliti, trebalo je unijeti i ovu o aktima kojima se to uređuje.

Dodate su i odredbe o zabrani rada u preraspodjeli radnog vremena malo-ljetniku, a trudnica, majka s djetetom do tri godine starosti i samohrani roditelj do tri godine starosti može raditi u preraspodjeli samo uz pisani pristanak.

IV.4. Rok stjecanja prava na godišnji odmor i prekid rada

Godišnji odmor u Zakonu o radu uređen je u skladu s Konvencijom MOR-a broj 132. o godišnjem odmoru. U Prijedlogu za izmjene u čl. 42. predlaže se “poboljšica” i jezično - nomotehnička jasnoća tako da se o prekidu rada i godišnjem odmoru kaže: “Privremena nesposobnost za rad, vojna služba ili drugi zakonom određeni slučaj opravdanog odsustovanja s rada, ne smatra se prekidom rada...” “između dva radna odnosa duži od osam dana...”

To se odnosi i na prijedlog da se u članku 43. st. 1. podstavak 1. i 2. riječ “čekanja” zamijeni riječima “iz članka 42. st. 1. ovog Zakona, a misli se na rok od šest mjeseci neprekidnog rada”.

Kod rasporeda godišnjeg odmora u članku 48. Zakona o radu, u stavku trećem skraćen je na 15 dana rok od 30 dana u kome je poslodavac bio dužan obavijestiti zaposlenika o rasporedu i trajanju godišnjeg odmora. Ova intervencija nije dobra i protivni se učenju o svrsi odmora, o planiranju, o obiteljskim i drugim odnosima. Uostalom, to je ionako po stavku 1. članka 48. uređeno kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu, ugovorom o radu “i ovim Zakonom”. Ipak se radi o smanjivanju prava, bez obzira na obrazloženje “da se ovako dugačak rok u praksi pokazao neprimjerenim zbog čestih posebnih okolnosti... i što je nepoštivanje te odredbe utvrđeno kao prekršaj poslodavca”.

IV.5. Zaštita majčinstva

U prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu bilo je predloženo da se briše odredba (i podstavak) članka 63. koja sada glasi: (1) “Majka sa četvero i više djece ima pravo na status majke odgajateljice prema posebnim propisima. (2) Zaposlena i nezaposlena žena kada stekne status majke odgajateljice ima pravo na novčanu naknadu, mirovinsko i invalidsko osiguranje, zdravstveno osiguranje i druga prava u skladu s posebnim propisima”.

U obrazloženju je stajalo: “Članak 63. sadrži deklarativnu normu o statusu majke odgojiteljice koju treba pobliže urediti posebnim zakonom u smislu opsega razine prava kao i drugih relevantnih uvjeta. S obzirom da se radi o materiji koja se uređuje posebnim zakonom u smislu opsega i razine prava kao i drugih relevantnih uvjeta, a odnosi se i na nezaposlene žene, što nije materija ovog Zakona, predlaže se ovu deklarativnu normu brisati”.

Međutim, sada je to rješenje u članku 63. Zakona o radu zadržano, uz obvezu da se to bliže uredi posebnim zakonom, a ne nekim drugim propisom (i izrijeком navedeno).

Loše je što se to ostavlja in futuro za “poseban zakon”, a da je sada veća pravna praznina nego što je bila. Oblast mirovinskog osiguranja uređena je, kao i zdravstveno osiguranje. Bitno je reći da za ova prava trebaju sredstva proračuna i sredstva (fondova) zavoda, a u prijelaznim i završnim odredbama treba odrediti rok do kada se taj posebni zakon mora donijeti.

Intervencija je učinjena i u članku 66., u kome se riječi “teže hendikepiranog djeteta” zamjenjuju riječima “djeteta s težim tjelesnim i mentalnim oštećenjem”, kao osnova za rad s polovicu punog radnog vremena. Ako je to nastalo prije punoljetnosti djeteta, to pravo se i dalje (po punoljetnosti) nastavlja.

Odredba članka 67. regulira prava posvojitelja, odnosno skrbnika djeteta ili osobe “koja na temelju rješenja tijela nadležnog za poslove socijalne skrbi, skrbi o djetetu”. Precizirana je odredba stavka drugog članka 67. i treba glasiti: “Porodni dopust i posvojiteljski dopust osobe iz stavka 1. ovog članka ne može trajati ukupno kraće od 270 dana”, čime se ove osobe izjednačuju s drugim osobama iz Zakona o radu.

U članku 71. (“pravo zaposlenika da izvanrednim otkazom raskine ugovor o radu”) zamijenjena je riječ “raskida” s riječi “otkaže”, koja je primjerena odnosu koji se uređuje.

U okvir “zaštite majčinstva” spadaju i odredbe članka 70., pa i preciziranje pitanja “zabrane otkaza”. Stavak 1. toga članka utvrđuje da poslodavac ne može otkazati ugovor o radu trudnici, odnosno osobi koja koristi jedno od taksativno određenih prava, a u predloženom stavku 2. toga članka propisuje se: “Otkaz je ništav ako je na dan davanja otkaza poslodavcu bilo poznato postojanje okolnosti iz stavka 1. ovog članka ili ako zaposlenik u roku od 15 dana od dostave otkaza obavijesti poslodavca o postojanju okolnosti iz stavka 1. ovog članka te o tome pridonese odgovarajuću potvrdu ovlaštenog liječnika ili drugog ovlaštenog tijela”, a novi stavak 4. glasio bi: “Osobi iz stavka 1. ovoga članka koja za vrijeme korištenja spomenutih prava radi, može se otkazati izvanredno ili redovito zbog skrivljenog ponašanja”.

Navedene odredbe imaju stanovitih gramatičkih i drugih nedorečenosti (i nepreciznost u nedovršenim rečenicama, primjerima i sl.), ali je bitno da je otkaz ugovora o radu moguć zbog krivnje zaposlenika, a da bi mogao biti kriv, mora (treba) obavljati (ne obavljati) određene radne operacije. To će biti u slučaju rada s pola radnog vremena, odnosno u skraćenom radnom vremenu (čl. 59.), prava koja može koristiti djetetov otac (čl. 61.), prava roditelja djeteta s težim smetnjama u razvoju (čl. 66.) i prava posvojitelja, odnosno osobe koja skrbi o djetetu (čl. 67.).

Osnove postupanja pri izvanrednom otkazu ugovora o radu određene su u čl. 107., a za redoviti otkaz ugovora o radu, uvjetovan skrivljenim ponašanjem zaposlenika, “ako zaposlenik krši obaveze iz radnog odnosa”, u članku 106. st. 1. podstavak treći Zakona o radu.

Na ovaj način, po mišljenju predlagatelja, otklonile bi se dvojbe u praksi i uspostavio pravno logičan odnos.

U članku 72. (“Pravo povratka na predhodne ili odgovarajuće poslova”) riječi “raspoređuje se” zamjenjuje se riječima: “ima pravo povratka”, a riječi: “rasporediti

će se na druge odgovarajuće poslove” zamjenjuje se riječima: “poslodavac mu je dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova”.

Zaposlenik nakon korištenja prava u svezi s trudnoćom i porođajem ima pravo povratka na poslove na kojima je radio prije korištenja, na neko od spomenutih prava. Ako je za obavljanje tih poslova prestala potreba, “poslodavac ga ne raspoređuje jednostranim aktom na druge odgovarajuće poslove (kako piše u Zakonu o radu (čl. 72.), već mu je dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova. Ovakvom izmjenom uspostavlja se dodatna zaštita navedenih zaposlenika, budući da zaposlenik koji prihvati izmijenjeni ugovor koji mu je ponuđen temeljem članka 119. Zakona (otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora), zadržava pravo osporavati da za takav otkaz nije bilo opravdanih razloga”.

IV.6. Zaštita zaposlenika koji su privremeno ili trajno nesposobni za rad

Intervencije zakonodavca u točki X. Zakona o radu odnose se na odredbe članka 75., 77., 78., i 79.

U članku 75. (“pravo povratka na predhodne ili odgovarajuće poslove”) riječi “ili na druge odgovarajuće poslove” zamjenjuje se riječima “a ako je prestala potreba za obavljanje tih poslova poslodavac mu je dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova”.

Nakon privremene nesposobnosti za rad zaposlenik se nalazi u situaciji ili nastaviti obavljati poslove po ugovoru o radu ili će mu poslodavac, ako tih poslova više nema, ponuditi sklapanje novog ugovora o radu. I ovdje se isključuje jednostrani akt poslodavca, a omogućava sklapanje novog ugovora o radu za obavljanje drugih odgovarajućih poslova.

Tako se poslodavac obvezuje da postupa u skladu sa Zakonom o radu u pogledu instituta koje poslodavac inače mora primijeniti, kada je prestala potreba za obavljanjem određenih poslova.

U članku 77. stavku 1. riječi “smanjena radna sposobnost” zamjenjuju se riječima: “profesionalna nesposobnost za rad”, a riječi: “druge poslove” zamjenjuju se riječima: “sklapanje ugovora o radu za obavljanje poslova”.

Ovo usklađivanje uvjetovano je promjenama naziva i pojma “smanjena radna sposobnost” u “profesionalnu nesposobnost za rad” po Zakonu o mirovinskom osiguranju NN 102/98.: čl. 34. st. 1., a učinjeno je i promjenom u podnaslovu iznad članka 78.

To se odnosi i na članak 78. u stavku 1., a u stavku 3. toga članka riječi: “raspoređivanje na poslove” zamjenjuju se riječima: “ponudu za sklapanje ugovora o radu za obavljanje poslova”.

U ovoj točki je i dopuna u članku 79. stavak 2., pa se iza riječi: “otpremnina” dodaju riječi: “u dvostrukom iznosu”. Radi se o otpremnini u slučaju ozljede na radu ili profesionalne bolesti. “Zaposlenik koji je neopravdano odbio zaposlenje na

ponuđenim poslovima nakon ozljede na radu ili profesionalne bolesti, “nema pravo na otpremninu u dvostrukom iznosu”. Inače, taj zaposlenik ima pravo na otpremninu i u slučaju da odbije zaposlenje na ponuđenim mu poslovima, ali u jednostrukom iznosu prema članku 118. Zakona o radu.

IV.7. Plaće

Izmjene i dopune Zakona o radu u točki “XI. Plaće” predlažu se i u članku 83., 87., i 88.

Predlaže se izmjena članka 83. Zakona o radu zbog različitog ponašanja u praksi (“Plaća se isplaćuje nakon obavljenog rada”, jer je plaća kontraprestacija prestaciji rada, “Plaća se isplaćuje u novcu” (prema konvencijama MOR-a (ILO, ITO), za razliku od surove prakse pa i plaćanjem u tzv. truck-system); “plaća se ne može isplaćivati u razdoblju dužem od mjesec dana (bez obzira na rješenja u kolektivnim ugovorima ili ugovorima o radu); “Ako kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu nije drukčije određeno, plaća za predhodni mjesec se isplaćuje najkasnije do petnaestog dana u narednom mjesecu” (utvrđuje se dospelost plaće, kada ova nije određena kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu, a bez ovoga “vrijeme dospelosti... moglo bi biti sporno”); u zaštiti plaće u vrijeme obračuna bilo je brojnih manjkavosti i nezakonitosti. Prema novom čl. 83.a: “prilikom isplate plaće poslodavac je dužan zaposleniku uručiti obračun plaće iz kojeg je vidljivo kako je utvrđen iznos plaće”. Novi članak regulira sigurnost zaposlenikove plaće koja nije isplaćena u cijelosti ili djelomično, ovako: “Poslodavac koji na dan dospelosti ne isplati plaću ili je ne isplati u cijelosti dužan je do kraja mjeseca u kojem je dospjela isplata zaposleniku uručiti obračun plaće koji je bio dužan isplatiti. Obračun plaće iz stavka 6. ovog članka je vjerodostojna isprava.” To se odnosi na plaće, naknade plaće i otpremnine.

“Zabrana prijeboja” je novi podstav uz članak 87. gdje se riječ “ograničenje” zamjenjuje riječima “Zabrana”, a u obrazloženju piše: “Pošto se u članku 87. važećeg Zakona navodi da poslodavac ne smije bez suglasnosti zaposlenika svoje potraživanje prema zaposleniku naplatiti uskratim isplate plaće ili nekog njezinog djela, odnosno uskratim isplate naknade plaće ili dijela naknade plaće, to je očito da se radi o zabrani ovakvog postupka. Sintagmom “ne smije” naglašava se postupanje poslodavca u smislu zabrane radnji navedenih u ovom članku, te je u svezi sadržaja odredbe potrebno da isti nosi naziv zabrana prijeboja”.

U članku 88. u četvrtom retku iza riječi “plaće” dodaju se riječi “ili naknade plaće”. To je u svezi s ustegnućem plaće ili nadoknade plaće, odnosno “zaštita plaće pri prisilnom ustegnuću”, pa se zabrana većeg iznosa ustegnuća plaće sada izričito odnosi i na naknadu plaće (jedna polovica radi uzdržavanja, a najviše jedna trećina za “ostale obaveze”).

IV.8. Zabrana takmičenja. Naknada štete

U XIII. dijelu Zakona o radu (“Zabrana takmičenja zaposlenika s poslodavcem”), u članku 95. (“Prestanak ugovorne zabrane utakmice”) izvršeno je

“terminološko” usklađenje (stavak 1. i 2. čl. 95.), jer “važćim Zakonom usvojen je termin izvanrednog otkaza ugovora o radu, dok je termin raskida primjereniji ugovornim odnosima određenim Zakonom o obveznim odnosima” ili, bolje reći, bitna je razlika u pojmovima “otkaz” i “raskid”.

U XIV. dijelu “Naknada štete” u članku 102. dodaje se novi stavak 3. koji glasi “Naknada plaće koju zaposlenik ostvari zbog nezakonitog otkaza ne smatra se naknadom štete”. U obrazloženju ove dopune piše: “Ovim člankom ozakonjuje se već sudskom praksom postignuta zaštita zaposlenika na način da se naknada plaće koju zaposlenik ostvari zbog nezakonitog otkaza ne smatra naknadom štete...”

IV.9. Prestanak ugovora o radu

U dijelu XV. (“*Prestanak ugovora o radu*”) izmjene i dopune obavljaju se u članku 103., 106. i 118.

IV.9.1. Ugovor o radu prestaje “kada zaposlenik navrší 65 godina života i 20 godina staža osiguranja” (kako je dosada uređeno), a dodaju se riječi: “ako se poslodavac i zaposlenik drukčije ne dogovore”, kao i “dostavom pravomoćnog rješenja o mirovini zbog opće nesposobnosti za rad” (podvučena riječ se dodaje).

U obrazloženju ove izmjene odnosno dopune piše: “Prestanak ugovora o radu navršanjem 65 godina života i 20 godina staža osiguranja... upućivalo je na svojevrsni prestanak ugovora o radu ex lege, što je sasvim neprimjereno ugovornim odnosima temeljenim na volji ugovornih strana, kako pri zaključenju ugovora o radu, tako i prestanku. Ispunjenje uvjeta navedenih u ovom zakonskom članku (misli se na čl. 103. st. 1. točka 3.) može dovesti do prestanka ugovora o radu, ako se poslodavac i zaposlenik drukčije ne dogovore. Na ovaj način naglašava se volja ugovornih strana da svoj odnos i u svezi s prestankom ugovora o radu dogovore na način koji u potpunosti odgovara njihovoj volji. Odredba zakona na snazi primjenjuje se na upravo ovakav način.

Dodavanjem riječi “opće” u stavku 4. terminološki usklađuje prema Zakonu o mirovinskom osiguranju.

IV.9.2. U članku 106. (“Redoviti otkaz ugovora o radu”) stavku 5. riječ “pet” zamjenjuje se riječju “deset”, a riječ “te” zamjenjuje se riječju “ili”. U stavku 6. toga članka riječi “pet ili manje od pet” zamjenjuje se riječima “deset ili manje od deset”. U tom članku dodaje se novi stavak koji glasi: “Ako u roku iz stavka 8. (šest mjeseci) ovoga članka nastane potreba zapošljavanja zbog obavljanja istih poslova, poslodavac je dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu zaposleniku kojem je otkazao iz poslovno uvjetovanih razloga”.

Najčešći otkazi ugovora o radu u praksi jesu redoviti (uz propisani ili ugovoreni otkazni rok): poslovno uvjetovani otkaz, osobno uvjetovani otkaz i otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem zaposlenika. Postoje dva načina (“režima”), jedan koji vrijedi za veće poslodavce i drugi za one koji zapošljavaju do 10 (deset) zaposlenika (do sada pet). Poslodavac koji zapošljava do 10 zaposlenika ili ako otkazuje zaposleniku kome ugovor o radu traje duže od šest mjeseci, u ovom slučaju ugovor o radu otkazuje se propisanim ili ugovorenim otkaznim rokom.

Zakonodavac to objašnjava “slobodom poduzetništva” te veće fleksibilnosti zapošljavanja” (!?) Zapravo, ovo je raritet da se u odredbi o otkazu ugovora o radu traži “fleksibilnost zapošljavanja”. Nije potrebno da se kumulativno ispune dva uvjeta (broj zaposlenika - do 10 i staž preko šest mjeseci) jer se riječ “te” zamjenjuje riječju “ili”. To su razlozi i za izmjenu stavka 5. i 6. članka 106. Zakona o radu.

Novi stavak “štiti zaposlenika kojemu je otkazano iz poslovno uvjetovanih razloga, kada kod istog poslodavca nastane potreba zapošljavanja zbog obavljanja istih poslova, jer tada je upravo tim zaposlenicima poslodavac dužan ponuditi sklapanje ugovora o radu”.

Dopuna je učinjena i u stavku prvom članka 110., kojom se, kao i u stavku 2. toga članka tolerira izostanak pisanog upozorenja.

IV.9.3. Članak 114. regulira “otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora”. U stavku drugom riječi “takve izmjene ugovora”, zamjenjuju se riječima: “takvog otkaza ugovora”.

Poslodavac koristi odredbu članka 114., daje otkaz ugovora o radu, ali istovremeno predlaže zaposlenima “sklapanje ugovora o radu pod izmijenjenim uvjetima (otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora)”. Zaposlenik ima dvije mogućnosti: odbiti ugovor (izmijenjeni) i ostvariti pravo po otkazu ugovora o radu temeljem koga se nalazi u radnom odnosu (otkazni rok, plaća, naknade, otpremnine i sl.) ili prihvatiti ponudu za sklapanje izmijenjenog ugovora. Dopuna se odnosi na rok u kome se zaposlenik treba izjasniti o sklapanju toga izmijenjenog ugovora. Taj rok ne može biti kraći od osam dana a predlaže ga poslodavac. “Ako u slučaju iz stavka 1. ovoga članka zaposlenik prihvati ponudu poslodavca, pridržava pravo pred nadležnim sudom osporavati dopuštenost takvog otkaza ugovora” (st. 2. čl. 114.). Tužbeni zahtjev odnosi se: 1.) na dopuštenost otkaza u prvom redu i 2.) na izmijenjeni ugovor. Zaposlenik osporava dopuštenost otkaza jer dokazuje da poslodavac nije u pravu kada tvrdi da nema mogućnosti osigurati zaposleniku obavljanje poslova po postojećem ugovoru. To izjašnjava o prihvatu ugovora (izmijenjenog) o radu zaposlenik sada daje u određenom roku.

“Kompliciran” je novi stavak 4. članka 114. Naime, u slučaju otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora rok za prigovor zaposlenika iz članka 126. st. 1. Zakona o radu teče od dana kada je zaposlenik priopćio poslodavcu “svoje odbijanje ponude za sklapanje ugovora o radu pod izmijenjenim uvjetima ili ako se zaposlenik nije očitovao nakon isteka ostavljenog mu roka, onda od dana isteka roka koji je za očitovanje o dostavljenoj ponudi odredio poslodavac”, da bi radnik koristio pravo na sudsku zaštitu.

IV.10. Ostvarivanje prava i obveza

U dijelu XVII. “Ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa”, intervencija je učinjena u članku 126. u kome je dodat novi stavak ovog sadržaja: “Zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom ne može zahtijevati zaposlenik koji prethodno poslodavcu nije podnio zahtjev iz stavka 1. ovoga članka”.

Da podsjetimo, odredba članka 126. uređuje sudsku zaštitu iz radnog odnosa. To su značajne odredbe. Prvo, Zakon u st. 1. toga članka utvrđuje pravo zaposlenika da u objektivnom roku ("od dana dostave odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo) odnosno u subjektivnom roku ("od dana saznanja za povredu prava"), koji je 15 dana, može "zahtijevati od poslodavca ostvarenje toga prava". Dodavanjem navedene odredbe (nove) bez toga "zahtjeva" zaposlenik ne bi mogao tražiti zaštitu povrijeđenog prava, što bi se iz konteksta odredbi članka 126. podrazumijevalo. Ostala je odredba "Propust zaposlenika da zahtijeva naknadu štete ili drugo novčano potraživanje iz radnog odnosa u rokovima iz stavka 1. i 3. ovoga članka, ne može imati za posljedicu gubitak prava na ta potraživanja".

Za ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa veću težinu treba imati odredba st. 3. članka 126.: "Ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen postupak mirnoga rješavanja nastalog spora, rok od petnaest dana za podnošenje zahtjeva sudu teče od dana okončanja toga postupka". Naime, uštedjeli bi se troškovi i vrijeme, a autoritet autonomnog reguliranja, realiziranja i zaštite prava bi porastao. Trebalo je ovom izmjenom utvrditi obvezom postupak mirnoga rješavanja nastalog individualnog radnog spora, analogno odredbi članka 203. Zakona o radu kada se radi o kolektivnom radnom sporu.

IV.11. Primjena načela in favorem laboratores

U Prijedlogu je posebno mjesto dobilo načelo radnog prava: *in favorem laboratores*.

To je označeno novim podnaslovom: "Primjena za zaposlenika najpovoljnijeg prava" i novim člankom koji glasi: "Ako je neko pravo iz radnog odnosa različito uređeno ugovorom o radu, pravilnikom o radu, sporazumom sklopljenim između zaposleničkog vijeća i poslodavca, kolektivnim ugovorom, zakonom ili drugim propisom, primjenjuje se za zaposlenika najpovoljnije pravo, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno".

U tom smislu je riješeno i u čl. 7. st. 1., što se sada odnosi i na Zakon o radu i na drugi zakon.

IV.12. Prenošenje ugovora na novog poslodavca

Izmijenjen je članak 129. Zakona o radu, a novim sadržajem uređuju se prava i obveze novog poslodavca u slučaju prenošenja ugovora o radu zbog prenošenja dijela ili cijelog poduzeća na drugog poslodavca. S obzirom da se ugovori o radu prenose na novog poslodavca bez suglasnosti radnika, utvrđeno je da radnik zadržava sva prava iz radnog odnosa koja je stekao kod prijašnjeg poslodavca (otkaz, otkazni rokovi, otpremnina i dr.), a ta prava i obveze preuzima novi poslodavac danom prenošenja "u neizmijenjenom obliku i opsegu".

"Poslodavac je dužan o prenošenju ugovora o radu na novog poslodavca pismeno obavijestiti radnika čiji se ugovor prenosi".

Umanjenje prava radnika prenošenjem ugovora na novog poslodavca moguće

je samo u slučaju prijenosa poduzeća u sklopu stečajnog postupka ili postupka sanacije. Navedenim člankom se također utvrđuje nastavak djelovanja radničkog vijeća kao i primjene sporazuma sklopljenog između radničkog vijeća i poslodavca, ali najduže godinu dana.

Sud će obvezati novog poslodavca na ispunjavanje obveza ako poslodavac zlonamjerno izbjegava njihovo ispunjavanje "i u slučaju da ugovor o radu nije sklopljen s tim poslodavcem".

Upitno je kako će tu "zlu namjeru" sud utvrđivati!?

IV.13. Sudjelovanje radnika u odlučivanju

U dijelu XVIII. "Sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju" izvršene su izmjene i dopune u odredbama članaka 137., 139., 140., 141., 142., 143., 144., 145., 146. i 150., uz napomenu da je predložena izmjena pojma "zaposlenik" u pojam "radnik" što se onda odnosi i na promjene u sadržaju navedenih odredbi.

IV.13.1. Zaključiti je da je na temelju određenog petogodišnjeg iskustva, stvoreno uvjerenje da treba "korigirati" odnosno dopuniti neke od odredbi kojima su uređena pitanja zaposleničkog vijeća, kao: pravo da biraju i da budu birani u zaposleničko vijeće sada imaju i zaposlenici ovlaštenu da zastupaju poslodavca u odnosu na treće osobe (taj dio članka 137. st. 2. briše se), ali zabrana ostaje za one koji su ovlaštenu zastupati poslodavca odnosno kod njega zaposlene zaposlenike. Dakako, praksa je zahtijevala preciziranje ove odredbe i sužavanje broja i kruga onih koji nemaju biračko pravo.

IV.13.2. Kako je u "dosadašnjoj praksi bilo slučajeva da je zaposleničko vijeće kasnilo s donošenjem odluke o provođenju izbora, što je otvaralo pitanje zakonitosti djelovanja i odluka zaposleničkog vijeća od dana isteka mandata do dana početka djelovanja novoizabranog zaposleničkog vijeća, dopunjen je članak 139. stavak 6., tako da ta odredba sada glasi: "Zaposleničko vijeće imenuje izborni odbor prilikom raspisivanja izbora, a najkasnije pet tjedana prije isteka mandata zaposleničkog vijeća." Dakako, i ovdje su riječi "zaposleničko vijeće" zamijenjene riječima "radničko vijeće".

IV.13.3. "Izborni se odbor brine o zakonitosti izbora i objavljuje rezultate izbora, a prije objave rezultata izbora može odlučiti da zbog utvrđenih nepravilnosti dio ili cijeli izborni postupak ponovi". Ovime se rasterećuje sud, a Izborni odbor može odlučiti da ponovi postupak izbora zbog nepravilnosti. To ne isključuje postupanje suda u smislu odredbe članka 141. stavak 3. I nakon odluke izbornog odbora može se od suda tražiti da poništi naknadne izbore, a potvrdi prve izbore.

Provođenje je izbora za zaposleničko vijeće komplicirano, a novom se odredbom propisuje "ministar nadležan za rad pravilnikom će pobliže urediti postupak izbora radničkih vijeća" (novi st. 6. članak 141.), što je uobičajeno u zemljama razvijene industrijske demokracije.

IV.13.4. Odredbe članka 142. reguliraju utvrđivanje rezultata izbora. "Podatke o provedenim izborima izborni odbor dostavlja poslodavcu i sindikatima koji su podnijeli listu kandidata". Ta nova odredba (st. 7. čl. 142.) zagovara socijalno

partnerstvo i u izboru zaposleničkog vijeća. Ovi se podaci javno objavljuju.

IV.13.5. Temeljna ovlaštenja radničkog vijeća uređena su odredbama članka 143. Zakona o radu, u kome su izvršene ove dopune: Zaposleničko vijeće štiti i promiče interese zaposlenih kod određenog poslodavca, savjetovanjem, suodlučivanjem ili pregovorima s poslodavcem ili od njega opunomoćenom osobom, o pitanjima važnima za položaj zaposlenika (podcrtano je dopuna, koja opravdava ostale odredbe o suodlučivanju u Zakonu o radu koje treba i drugim autonomnim aktima naglašavati), “Zaposleničko vijeće pazi na poštivanje ovoga Zakona, pravilnika o radu, kolektivnih ugovora te drugih propisa koji su doneseni u korist zaposlenika” (podcrtano je dopuna), a u stavku trećem riječi “naplate” zamjenjuje se riječju “obračunavanja” (doprinosu za socijalno osiguranje...).

IV.13.6. Obveza obavješćivanja zaposleničkog vijeća sada je u članku 144. dopunjena podstavkom koji glasi (da je poslodavac dužan najmanje svaka tri mjeseca obavijestiti zaposleničko vijeće i o “obimu i razlozima uvođenja prekovremenog rada”, a o tom i drugim pitanjima o kojima postoji obveza obavješćivanja “poslodavac je dužan obavijestiti radničko vijeće pravodobno, istinito i cjelovito” (novi stavak članka 144.).

IV.13.7. U odredbama članka 145. u stavku osam izvršena je dopuna, pa ta odredba glasi: “Ako se zaposleničko vijeće protivi izvanrednom otkazu a zaposlenik u sudskom sporu osporava dopuštenost otkaza i zatraži od poslodavca da ga zadrži na radu, poslodavac je dužan zaposlenika vratiti na rad u roku od osam dana od obavijesti o podnijetoj tužbi i zadržati ga na radu do okončanja sudskog spora” (podvučeno je dopuna), a u stavku 9. riječi “zadržavanja zaposlenika na radu” zamjenjuje se riječima “vraćanja radnika na rad”.

Kada poslodavac donese odluku o izvanrednom otkazu ugovora o radu, zaposleniku prestaje rad danom uručjenja odluke, pa protivljenje zaposleničkog vijeća je u vrijeme kada zaposlenik više ne radi “pa se radi o vraćanju na rad, a ne o zadržavanju na radu (nema kontinuiteta rada)”. “Radi slučajeva prekomjernog odbijanja ispunjenja obveza poslodavca vratiti zaposlenika na rad predlaže se propisati primjereni rok vraćanja na rad od osam dana”.

U stavku 11. čl. 145. riječ “nevažeca” zamjenjuje se riječju “ništava”, pa taj stavak glasi: “Odluka poslodavca donesena protivno odredbama ovoga Zakona o obvezi savjetovanja sa zaposleničkim vijećem ništava je”. U obrazloženju piše: “Nevažeca odluka poslodavca može biti ništava i pobojna (shodno odredbama članka 103. i članka 111. Zakona o obveznim odnosima), a u ovom slučaju radi se o pravnim posljedicama ništavosti”.

Novom odredbom, važnom odlukom smatra se i očekivana prava i očekivane posljedice prenošenja ugovora na novog poslodavca.

IV.13.8. Članak 146. uređuje suodlučivanje, u kome se, pored, do sada uređenih pitanja o kojima poslodavac može “samo uz prethodnu suglasnost zaposleničkog vijeća donijeti odluku” javlja pitanje o “uvrštanju trudnica i žena na porodnom dopustu u program zbrinjavanja viška zaposlenika”, ili o davanju otkaza tim osobama, a u st. 3. toga članka brisane su riječi “na otkaz”, pa je logično da ako radničko vijeće uskrati suglasnost na bilo koju odluku poslodavca iz ovog

članka, “suglasnost može nadomjestiti sudska ili arbitražna odluka”. O tužbi poslodavca sud prvog stupnja dužan je odlučiti u roku 30 dana od dana podnošenja tužbe.

IV.13.9. Odredbe članka 150. Zakona o radu uređuju skupove radnika (obveza održavanja dva puta godišnje u podjednakim vremenskim razmacima skupova radnika kod određenog poslodavca ili po “odjelima ili drugim organizacijskim jedinicama”).

Dopunama ovoga članka “nastoje se otkloniti” nesporazumi, a pravo na skupove i obavljanje imaju svi zaposlenici, pa i oni “koji nisu utemeljili zaposleničko vijeće”. Novim odredbama utvrđuje se: skup zaposlenika može sazvati i radničko vijeće i poslodavac (uz obvezu prethodnog savjetovanja “s drugim subjektom”, potreba sazivanja, vrijeme i mjesto kako skup zaposlenika “ne bi štetio djelotvornosti poslovanja poslodavca” ili “da se time ne ograniče ovlasti radničkog vijeća” i drugo.

IV.13.10. Dopuna je izvršena i utvrđivanjem Predstavnika radnika u nadzornom odboru u trgovačkom društvu tako da najmanje jedan predstavnik radnika bude član nadzornog odbora. Njega imenuje i opoziva radničko vijeće, odnosno radnici tajno i neposredno, kao kada biraju radničko vijeće.

IV.14. Udruge

Točka XIX. Zakona o radu, “*Sindikati i udruge poslodavaca*”, u svojim odredbama člana 165., 171., 173. i 183. pretrpjela je neznatne izmjene odnosno dopune.

U članku 165. stavak 2. “Udrugu poslodavaca mogu utemeljiti najmanje tri pravne osobe ili punoljetne i poslovno sposobne fizičke osobe” (podcrtano je izmjena), a u obrazloženju prijedloga piše: “Ublažavanje uvjeta za utemeljenje udruge poslodavaca predlaže se na svojedobni zahtjev Odbora stručnjaka Međunarodne organizacije rada u svezi primjene Konvencije br. 87. o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje. Odbor, naime, smatra da se sada propisanim uvjetom (10 poslodavaca) ograničava sloboda udruživanja poslodavaca, prepuštajući nacionalnom zakonodavstvu obim ublažavanja uvjeta”. Ublažavanje uvjeta trebalo je izvršiti i kod sindikata.

U članku 171. stavku 1. iza riječi: “biti” dodaju se riječi: “kraći od sedam niti”, tako da podnositelj zahtjeva treba da otkloni nedostatke u statutu ili postupku utemeljenja, na poziv tijela ovlaštenog za registraciju u roku “koji ne može biti kraći od sedam niti duži od petnaest dana”.

Mijenjana je odredba članka 173. dopunom koja se odnosi na drugostupanjsko tijelo koje rješava žalbu zbog odbijanja upisa u registar i pitanje konačnosti rješenja i vođenja upravnog spora.

U članku 183. uređeni su “načini prestanka djelovanja udruge”, brišu se u stavku 1. točka 2. riječi: “bez osobito važnih i opravdanih razloga”. U obrazloženju piše: “Odredbe čije se brisanje predlaže imale su opravdanje u vrijeme donošenja, tj. ratnih opasnosti i okupacije dijela države, dok bi sada zadržavanje tih odredaba

moglo voditi izbjegavanju demokratskog načina odlučivanja u udrugama”. Sada ta odredba glasi: “Udruga prestaje djelovati.... 2. ako je od održavanja sjednice najvišeg tijela udruge proteklo dvostruko duže vrijeme od vremena za koje je statutom određeno da se takva sjednica mora održati”.

IV.15. Kolektivni ugovori

U dijelu XX. “Kolektivni ugovori” izvršene su izmjene i dopune u odredbama članka 186., 196., 197. i 199.

IV.15.1. Odbor sindikata za kolektivne pregovore je pregovarački odbor sastavljen od zastupnika sindikata koji djeluju na prostoru (spatium) na kome se kolektivno pregovaranje provodi (ili sklapa kolektivni ugovor). “Ako se sindikati ne sporazumiju o broju članova i sastavu pregovaračkog odbora iz stavka 1. ovoga članka, o tome odlučuje predsjednik Gospodarskog vijeća, vodeći računa o broju članova sindikata zastupljenih na području za koje se sklapa kolektivni ugovor, odnosno ministar rada ako Gospodarsko-socijalno vijeće nije formirano” (to je “nova” odredba stavka 3. članka. 186.).

U obrazloženju piše da je na prethodno rješenje, “nedostatke odredaba članka 186. Zakona još u 1995. g. upozorila Međunarodna organizacija rada”, a i praksa “kada sindikati nisu postigli sporazum o broju članova i o sastavu pregovaračkog odbora. Praktična posljedica izostanka tog sporazuma bila je nepotrebno dugotrajno odgađanje početka pregovora o sklapanju, obnovi ili izmjeni i dopuni kolektivnog ugovora, sa svim štetnim posljedicama koje to odgađanje uzrokuje”.

Poslodavci su dužni u roku od 15 dana po zahtjevu predsjednika Gospodarskog socijalnog vijeća “dostaviti potvrdu o broju članova sindikata zastupljenih na tom području”. Ti podaci se daju temeljem evidencije o plaćenju članarini putem službi poslodavca (?!).

Brisali bi se stavci 5. do 9. članka 186.

IV.15.2. Praksa je pokazala potrebu izmjene odredbi članka 196. Taj članak sada uređuje ova pitanja: kolektivni ugovor sklopljen na neodređeno vrijeme može se otkazati, a ako se tako “ugovori”, može se otkazati i onaj sklopljen na određeno vrijeme, ali mora sadržavati uglavke o otkaznim razlozima i rokovima, a ako roka nema, onda “otkazni rok je na tri mjeseca”. “Otkaz se mora dostaviti svim strankama kolektivnog ugovora. Kolektivni ugovor mora sadržavati odredbe o postupku izmjene i obnove”.

IV.15.3. “Utjecaj promjena poslodavca na primjenu kolektivnog ugovora” uređen je u članku 197. tako da se “na radnike do sklapanja novog kolektivnog ugovora, a najduže godinu dana, nastavlja primjenjivati kolektivni ugovor koji se na njih primjenjivao u vrijeme promjene poslodavca”.

IV.15.4. U prijedlogu je bilo predviđeno mijenjati sadržaj odredbi članka 199. koji se odnosi na stanja kada subjekti kolektivnog ugovora taj ugovor sklapaju samo u ugovornom dijelu (međusobna prava i obveze) bez normativnog dijela (prava i dužnosti iz radnog odnosa zaposlenih po tom kolektivnom ugovoru). U tom slučaju kolektivni ugovor se ne mora javno objaviti. Međutim, to je sada zamijenjeno

drugim sadržajem i stoji obveza objavljivanja kolektivnog ugovora.

Ministar nadležan za rad pravilnikom će propisati način objave kolektivnih ugovora "koji sadrže pravna pravila kojima se uređuje sklapanje, sadržaj i prestanak radnih odnosa te druga pitanja iz radnih odnosa ili u svezi s radnim odnosom". Objava tih kolektivnih ugovora (javno) je obvezna.

"Propust poslodavca da objavi kolektivni ugovor koji ga obvezuje, ne utječe na izvršenje njegovih obveza iz kolektivnog ugovora...."

IV.16. Najniža plaća

U članku 242. stavak 1. mijenja se i glasi: "Ako plaće nisu uređene kolektivnim ugovorom ili ako se kolektivni ugovor ne primjenjuje na značajan broj zaposlenika, a najduže do kraja 2002. godine, Vlada može, na prijedlog osobe koja prema odredbama ovoga Zakona može biti stranka kolektivnog ugovora, na način i pod uvjetima propisanim ovim Zakonom, odrediti visinu najniže plaće."

U obrazloženju piše: "U razdoblju po proteku dvogodišnjeg roka iz članka 242. stavak 1. Zakona ukazala se potreba određivanja najniže plaće putem jedine preostale zakonske mogućnosti, tj. odlukom ministra nadležnog za rad o proširenju primjene Kolektivnog ugovora o visini najniže plaće ("N.N." 37/98) temeljem ovlaštenja iz članka 201. stavak 1. Zakona. Ta odluka donijeta je sukladno stajalištu Vlade, pa se kao jednostavnije, brže i dosljednije predlaže da u slučaju ukazane potrebe tijekom razdoblja gospodarskog oporavka do kraja 2002. godine Vlada neposredno, a ne u biti posredno, određuje visinu najniže plaće".

IV.17. Ostvarivanje sindikalnih prava na štrajk

IV.17.1. Sloboda i pravo sindikalnog organiziranja provodi se u skladu s konvencijama Međunarodne organizacije rada 87. i 98. Prema konvenciji MOR-a br. 87. djelovanje sindikata ne može biti uvjetovano nikakvim upisom u registar niti odobravanjem sadržine statuta. Prema odredbi članka 4. Konvencije br. 87. administrativnim putem ne mogu se raspustiti niti suspendirati sindikalne organizacije. Problematična je i pravno upitna formula "većinskog sindikata".

Uz te Konvencije i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (čl. 22.) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (čl. 8.), koji temeljem članka 134. Ustava jesu dio unutarnjeg pravnog pokreta i po svojoj su snazi iznad zakona, garantiraju sindikalna prava. Sindikalna prava, pa i pravo na štrajk mogu se ograničiti samo zakonom radi interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda i zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Povreda navedenih odredbi međunarodnoga prava predstavlja povredu načela vladavine prava iz članka 3. Ustava Republike Hrvatske, kao temeljne vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske.

IV.17.2. Pravo na štrajk

Pravo na štrajk je osnovno radničko pravo i pravo radničkih udruga (sindikata) i to prvenstveno (po nekima samo onda) kada je korišteno u obrani (defending -

eng.) njihovih ekonomskih interesa i socijalnih interesa. To je legitimno sredstvo navedenih subjekata u obrani navedenih interesa. Ali, pravo na štrajk je jedno od osnovnih načina kojim radnici i njihovi sindikati mogu unapređivati i braniti svoje ekonomske i socijalne interese. Pravo na štrajk izvire iz slobode udruživanja (koalicije) prema Konvenciji MOR-a broj 87. o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje.

Ciljevi štrajka su prvenstveno iz ekonomskih i socijalnih razloga. Radni i ekonomski interesi koje radnici brane kroz korištenje prava na štrajk nisu samo oni vezani uz bolje uvjete rada ili kolektivne radne sporove, već i oni koji su vezani uz traženje odgovora na pitanje iz ekonomske i socijalne politike i problemi s kojima se susreću poslodavci, a koji se direktno tiču radnika. To su problemi nastalih trendova socijalne i ekonomske politike koji imaju direktni utjecaj na radnike (posebno kada se radi o zapošljavanju, socijalnoj zaštiti i životnom standardu).⁵

Pravo na štrajk je ustavno pravo i ono se može ograničiti samo na način i u mjeri u kojoj se mogu ograničiti i druga ustavna prava (samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje). (Vidi čl. 11. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)

Pravo i interes zaposlenih je da im poslodavac na vrijeme isplati plaću za obavljeni rad. Ako se u Zakon o radu unese odredba da se štrajk može provesti i u slučaju kašnjenja s isplatom plaće omogućila bi se učinkovitija zaštita zaposlenika i očuvanje njihove egzistencije i egzistencije njihovih obitelji.

Sada je vođenje (organiziranje) štrajka isključeno (nezakonito) zbog neisplate plaća. "Štrajk je pravno dopušteno krajnje sredstvo ako je preuzet sa svrhom zaštite i promicanja gospodarskih i socijalnih interesa članova sindikata, a ne i sa svrhom zaštite ili realizacije već nastalih i pravno uređenih prava iz Kolektivnih ugovora (Vrhovni sud Republike Hrvatske Gž-4/1996-2).

• Predlaže se u članku 210. stavak 1. da se briše točka i dodaju riječi: "ili zbog neisplate plaća odnosno naknade plaće u roku od 30 dana od dana dospijeca", pa ta odredba sada glasi: "Sindikati ili njihove udruge više razine imaju pravo pozivati na štrajk i provesti ga sa svrhom zaštite i promicanja gospodarskih i socijalnih interesa svojih članova ili zbog neisplate plaće odnosno naknade plaće u roku od 30 dana od dana dospijeca".

U obrazloženju prijedloga piše: "Kašnjenje s isplatom plaća i naknada plaća u odnosu na ugovoreni rok (članak 12. stavak 2. Zakona) javljalo se je kod sve većeg broja poslodavaca, pogađalo je sve veći broj zaposlenika i trajalo je sve duže, zbog čega se predlaže da je izuzetno i kašnjenje s isplatom duže od 30 dana od dospijeca opravdani razlog za štrajk".

Mijenja se i odredba članka 217. "Sudska nadležnost za zabranu štrajka i isključenja s rada". Utvrđuje se da županijski sud sudi u vijeću "sastavljenom od tri

⁵ Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966.; Konvencija MOR-a broj 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje; Konvencija MOR-a broj 98 o pravu na organiziranje i slobodno kolektivno pregovaranje i dr.

suca” kada sudi u prvom stupnju. Upitno je zašto je “dokinuta” nadležnost Vrhovnog suda “prenesena” na Županijski sud u Zagrebu kada to mogu raditi i drugi županijski sudovi. Vrhovni sud bio bi drugostupanjski, a odluka o žalbi morala bi se donijeti u roku od 5 dana od “dostave prvostupanjskog predmeta”.

IV.18. Kaznene odredbe

U obrazloženju prijedloga dopune članka 228. Zakona o radu piše: “Prema stajalištu Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, kojeg su se pridržavali prekršajni sudovi, pravne osobe, koje inače zapošljavaju veći dio zaposlenika nisu odgovarale za prekršaje iz članka 228. Zakona, jer nije predviđena novčana kazna za odgovornu osobu pravne osobe”.

Takvo je stajalište, koje je praktično onemogućavalo učinkovit nadzor inspekcije rada nad primjenom Zakona kod pravnih osoba, obrazloženo odredbom članka 16. stavka 2. Zakona o prekršajima, prema kojoj je pravna osoba odgovorna za prekršaj ako je do njega došlo radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora od strane njenog tijela upravljanja ili njoj odgovorne osobe. Stoga se predloženom izmjenom u članku 228. stavak 1. Zakona (zamjena riječi “poslodavac” riječju “pravna osoba”) i novim stavkom 2. osigurava prekršajna odgovornost pravnih osoba, a također se, u skladu s načelnim opredjeljenjem u Zakonu o razlikovanju manjih, srednjih i velikih poslodavaca prema ekonomskoj snazi (time i različitim objektivnim mogućnostima ispunjenja obveza), predviđa razlika u visini i rasponu novčane kazne između pravnih osoba i poslodavaca - fizičkih osoba. Zbog težine posljedica povrede pojedinih odredaba Zakona, predlažu se novi prekršaji (točka 4.a, točka 53.a-c, točka 54.a i točka 65.b), dok se prekršaj iz točke 65.a predlaže jer nema razloga da se kao prekršaj predvidi postupanje protivno odredbama članka 144., a ne i protivno odredbama članka 145. Zakona”.

Bitna je razlika u visini kazni za poslodavce - pravne osobe od poslodavaca fizičkih osoba, pa se i ovdje može postaviti pitanje jednakosti odnosno ravnopravnosti u pravnom prometu.

“Novi su prekršaji” oni koji se odnose na povredu odredbi o: ugovoru o radu na određeno vrijeme, na neuručivanje obračuna plaće, na uskratu plaće i naknade bez suglasnosti zaposlenika, otkazu, o nesavjetovanju i suodlučivanju sa zaposleničkim vijećem i drugi.

Čudno je da se pet godina čekalo s “korekcijom” Zakona o radu u dijelu koji se odnosi na odgovornost odgovorne osobe u pravnoj osobi (slučajno ili namjerno).

Nisu se mijenjale odredbe koje govore o: drugim prekršajima poslodavaca (čl. 228.); prekršajima sindikata i udruga sindikata više razine (čl. 229.); prekršajima udruga poslodavaca i udruga poslodavaca više razine (iako i one imaju odgovorne osobe ?!) (u članku 230.).

IV.19. Prijelazne i završne odredbe

U ovom dijelu brisana je odredba članka 243. o pravu invalida rada u slučaju prestanka radnog odnosa, jer je ta oblast, kako piše u obrazloženju prijedloga

izmjena i dopuna Zakona o radu, uređena od 1. siječnja 1999. godine Zakonom o mirovinskom osiguranju NN 102./98.

Naglasiti je da oblast invalidskog osiguranja nije cjelovito uređena i ta složena oblast ne može se prepustiti pravnoj (a i stvarnoj) praznini.

Ministar nadležan za rad dužan je u roku od šest mjeseci "od dana stupanja na snagu ovoga Zakona" donijeti pravilnik o postupku izbora zaposleničkog vijeća (čl. 38.) i pravilnik o načinu objave kolektivnih ugovora (čl. 50.).

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu stupio bi na snagu "osmog dana od objave u Narodnim novinama" (najkraći *vacatio legis* po Ustavu Republike Hrvatske čl. 90. st. 2.).

Uobičajeno je da se nakon izmjena i dopuna ovlasti Odbor za zakonodavstvo Zastupničkog doma Hrvatskog sabora da "utvrdi i izda pročišćeni tekst Zakona....". Tako je i sada, uz napomenu da pročišćeni tekst nije novi propis već nomotehničko pomagalo za lakše praćenje propisnika u primjeni.

Predloženo je brisanje podnaslova i članka 231. do 241. Zakona o radu, s obzirom da se radi o prijelaznim odredbama kojima su utvrđeni rokovi za usklađivanje propisa sa Zakonom o radu, donošenje određenih propisa, odnosno ostvarenju i zaštiti prava zaposlenika koji su određena prava započeli koristiti po propisima koji su bili na snazi do početka primjene Zakona o radu, tj. do 1. siječnja 1996. "S obzirom da su odredbe navedenih članaka Zakona o radu već konzumirane, tj. da se ne primjenjuju, navedeni članci se brišu."

Člankom 66. dodaju se novi članci 242.a do 242.e, kao prijelazne i završne odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu: propisuje se rok od najduže dvije godine za uvođenje radnog vremena od 40 sati tjedno kao punog radnog vremena; poslodavci su dužni uskladiti pravilnike o radu sa Zakonom o radu u roku od 3 mjeseca od njegova stupanja na snagu; utvrđuje se rok od godinu dana kao krajnji rok za izbor predstavnika radnika u nadzorni odbor trgovačkog društva.

Ministar nadležan za rad donijet će odnosno uskladiti propise s ovim Zakonom u roku od 6 mjeseci uz prethodno mišljenje udruga poslodavaca i sindikata.

Nezavršeni postupci ostvarivanja i zaštite prava dovršit će se po odredbama Zakona o radu "osim ako je ovim Zakonom određeno pravo uređeno povoljnije za radnika".

U Zakonu o radu (N.N. 38/95., 54/95. i 65/95.) u članku 2. u zagradi iza riječi "zaposlenici" dodaju se riječi "namještenik, službenik ili drugi radnik - u daljem tekstu: radnik", pa analogno toj izmjeni u cijelom tekstu Zakona o radu umjesto pojmova zaposlenik, zaposlenica i zaposleničko vijeće, uvode se pojmovi radnik, radnica i radničko vijeće.

Zakon o pravima majke odgojiteljice treba donijeti što prije, a ovim Zakonom nije određen niti rok za njegovo donošenje.

Što se, pak, tiče punoga radnog vremena, rok za usklađivanje ("do dvije godine") treba de facto skraćivati u prvim izmjenama ili donošenju novih kolektivnih ugovora, sporazuma sklopljenih između radničkog vijeća i poslodavca, odnosno ugovora o radu.

Ima i razloga da se sugerira otklanjanje kolizije članka 242.a i članka 242.b, jer je rok za usklađivanje pravilnika o radu kraći. To se odnosi i na rokove iz članka 242.c i 242.d. Rok za usklađivanje pravilnika o radu treba biti isti ili duži od roka predviđenog za donošenje propisa za provedbu ovoga Zakona.

Stanovite probleme u individualnim i kolektivnim radnim sporovima stvorit će i primjena odredbe da se na nedovršene postupke primjenjuje propis u kome je "određeno pravo" povoljnije uređeno.

V. Zaključna mišljenja i prijedlozi

V.1. Prijedlogom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu ušlo se u složene odnose radnih odnosa. Ovim se izmjenama i dopunama neće smanjiti nezaposlenost niti broj individualnih i kolektivnih radnih sporova. One će zahtijevati dosta posla od brojnih subjekata koji se javljaju kao socijalni partneri ili subjekti u radnim odnosima.

V.2. Zanemarena su neka značajnija pitanja, kao npr:

V.2.1. Zakon o radu trebao je propisati (vratiti) opću zdravstvenu sposobnost kao uvjet za zasnivanje radnog odnosa, što bi imalo dalekosežne posljedice za status zaposlenika, ali i prava i dužnosti oba subjekta radnog odnosa (po članku 81. - 86. Zakona o zaštiti na radu NN 59/96., poslodavac mora osigurati službu medicine rada, pa već sama ta činjenica osigurava zdravstveni nadzor svih zaposlenika, a njegova odgovornost za ozljede na radu i profesionalne bolesti, takoreći je neograničena). To je izraženo i u odredbama čl. 18. Zakona o radu.

V.2.2. Preraspodjelu radnog vremena poslodavac treba uređivati i pravilnikom o radu i odlukom uz prethodni postupak (rok, zaposleničko vijeće ili sindikat, objava i dr.).

V.2.3. Trebalo je riješiti radnopravni status zaposlenih u jedinicama lokalne uprave i samouprave, ako se to ne podrazumijeva iz odredbe čl. 1. po kome je Zakon o radu "opći" zakon.

V.2.4. Odredbe o plaći mogu se naći i u pravilnicima o radu, pogotovo tamo gdje nema sindikata i gdje treba analitički urediti kriterije i mjerila raspodjele plaća. Inače, pravilnike o radu treba donositi svaki poslodavac koji zapošljava više od deset zaposlenika, a i drugi ako to proizlazi iz djelatnosti posebnih uvjeta rada (zaštite na radu i sl.) i dr.

V.2.5. Konstatirati je da se nisu koristile odredbe drugih propisa koji su izravno ili neizravno govorili o plaći (Kazneni zakon propisuje da je neisplata plaće k. d.; Stečajni zakon - propisuje uvjete za otvaranje stečaja i dr.).

V.2.6. Nije riješeno pitanje poštivanja (i zaštite) prava na rad (Ustav Republike Hrvatske: čl. 54.).

V.2.7. Zašto je zanemareno autonomno rješavanje individualnih i kolektivnih radnih sporova? Vođenje tih sporova na sudu trebalo je uvjetovati prethodnim "suđenjem" putem mirovnih vijeća i arbitraža. Na taj način smanjili bi se troškovi a prava na radu i u svezi s radom (i dužnosti) redovitije ostvarivala i zaštićivala.

V.2.8. Trebalo je utvrditi rok najdužeg trajanja kolektivnog pregovaranja, kada je ima smatrati da je ono neuspješno. Kolektivni subjekti koji su proveli (i priveli kraju) uspješno kolektivno pregovaranje dužni su sklopiti kolektivni ugovor.

V.2.9. Štrajkovi su legitimne kolektivne sindikalne akcije za zaštitu interesa i prava radnika, kao i na ostvarivanje i zaštitu bilo kojeg prava na radu i u svezi s radom ako se radi o interesu ili pravu koje pogađa zaposlene u većem broju (uskraćivanje plaća, odmora, naknada, otpremnina, otkaza većem broju zaposlenika kojima se protivi zaposleničko vijeće ili sindikat, neplaćanje doprinosa za sve oblike socijalnog osiguranja i sl.).

Treba postrožiti uvjete, rokove i radnje za vođenje štrajka u zaštiti i ostvarenju kolektivnih i individualnih prava jer se može dogoditi da u određenom periodu zbog štrajkova nastupi potpuni kolaps u gospodarstvu i društvenim djelatnostima i drugima.

V.2.10. Treba donijeti Zakon o radnim sudovima, kojim bi se riješila pitanja mirovnih vijeća, arbitraže i posebnih radnih i socijalnih sudova, u skladu s Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Intervencija je sada moguća u odredbama člana 126. - 128. Zakona o radu.

V.2.11. Zakonodavac ponovno griješi. Trebalo je paketom izmjena i dopuna radnog zakonodavstva ići u saborsku proceduru. To se posebno odnosi na Zakon o zapošljavanju, Zakon o državnom inspektoratu (u odnosu na inspekciju rada), Zakon o zaštiti na radu, Zakon o zapošljavanju stranaca i dr.⁶

Ministarstvo nadležno za rad mora ažurirati posao oko Konvencija Međunarodne organizacije rada koje je ratificirala (notifikacija) Republika Hrvatska.

V.3. Radni odnosi su živi, promjenljivi i primjenljivi. Tako treba prihvatiti i potrebu njihova uređivanja i oblikom izmjena i dopuna Zakona o radu i drugih propisa, pa nije bitno da li je to u skladu s mišljenjem (mentora) Odbora eksperata Međunarodne organizacije rada, već da je primjereno nama i našim odnosima koji se kreću u smjeru europskih integracija i globalizacije u općem smislu.⁷

Prenaglašavanje "općih propisa obveznoga prava" može biti štetno za posebnost i originalnost radnopravnih odnosa.

V.4. "Loše funkcioniranje institucija potrebnih za provedbu Zakona o radu" onemogućava realizaciju prava utvrđenih zakonom i narušava "ravnotežu između rada i kapitala".

V.5. Brojna određenja pojmova, kategorija i institucija koji pripadaju radnopravnim odnosima, umjesto u Zakonu o radu, nalazimo u propisima o

⁶ Zakon o zapošljavanju, NN 59/96.; Zakon o zaštiti na radu, NN, 59/96.; Zakon o zdravstvenom osiguranju, NN 1/97. i dr.; Zakon o socijalnoj skrbi, NN 73/97. s kojim su usklađene određene terminološke i druge dosadašnje razlike, a pogotovo tamo gdje se radi o pravima i sredstvima iz socijalne skrbi.

⁷ Konačan prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu (Nacrt od 5. prosinca 2000.) - Republika Hrvatska, Ministarstvo rada i socijalne skrbi; Europska povelja o osnovnim socijalnim pravima radnika, NN 37/91.

dohotku, porezima, zaštiti, osiguranju i sl. (plaća, naknada plaće, ozljeda na radu, osnova osiguranja i sl., dopunski rad u zdravstvu i dr.).

Summary

THE CONTENT AND CHARACTER OF PROPOSED AMENDMENTS TO LABOR LAW

The Labor law was enacted by the Lower Chamber of Croatian Parliament (Sabor) on May 17th, 1995. After five years several revisions and amendments have been proposed.

Draft Law on revisions and amendments has been in legislative procedure since July 3rd, 2000. It contains the constitutional basis for the enactment, current state of labor relationships, proposal for revision and reasons for the proposed amendments accompanied with the expected results. Proposed revisions are related to almost every part (chapter) of the Labor law. The majority of them, based on case-law and other experiences, revise and amend provisions on labor relations, protection of minors, motherhood and disabled persons, while the most important revisions tackle the issues of pay, collective agreement and strike.

This article presents an overview of the proposed revisions and amendments of the Labor law suggesting several improvements.

Key words: *Labor law, revisions and amendments, labor contract, pay, collective agreement, strike.*

Zusammenfassung

INHALT UND CHARAKTER DER VORGESCHLAGENEN ÄNDERUNGEN IM ARBEITSGESETZ

Das Arbeitsgesetz hat das Abgeordnetenhaus des Parlaments der Republik Kroatien am 17. Mai 1995 verabschiedet. Fünf Jahre danach werden Änderungen und Ergänzungen dieses Gesetzes vorgeschlagen.

Das Gesetz über Änderungen und Ergänzungen befindet sich in Form eines Vorschlages seit dem 3. Juli 2000 in parlamentarischer Prozedur. Bestätigt wurde die Verfassungsgrundlage für die Verabschiedung des Gesetzes, die Situation der Beziehungen, der Vorschlag zur Änderung einzelner Verordnungen und die Begründung der vorgeschlagenen Änderungen und Ergänzungen mit den erwarteten Folgen. Fast in jedem Teil (Kapitel) des Gesetzes gibt es Änderungen bzw. Ergänzungen. Am häufigsten sind diejenigen, die, indem sie die Gerichts- und andere Praxis in Betracht ziehen, einzelne Verordnungen zur Gründung eines Arbeitverhältnisses ändern oder ergänzen sowie Verordnungen zum Schutz der Jugend, der Mütter, der Invaliden. Diejenigen jedoch, die sich auf Lohn, Tarifvertrag und Streik beziehen, sind bedeutender.

In dieser Arbeit wird ein Überblick über die vorgeschlagenen Änderungen und Ergänzungen zum Arbeitsgesetz gegeben, und es werden Vorschläge zu ihrer Verbesserung gemacht.

Schlüsselwörter: *Arbeitsgesetz, Änderungen und Ergänzungen, Arbeitsvertrag, Lohn, Tarifvertrag, Streik.*

Sommario

CONTENUTO E CARATTERE DEGLI EMENDAMENTI PRESENTATI ALLA LEGGE SUL LAVORO

La Legge sul lavoro è stata approvata dalla Camera dei rappresentanti del Parlamento della Repubblica di Croazia il 17 maggio 1995. Dopo cinque anni sono state presentate numerose modifiche e integrazioni.

Una Legge sulle modifiche e integrazioni, in forma di progetto, si trova nella procedura legislativa dal 3 luglio 2000. Essa contiene le basi costituzionali per l'approvazione, lo stato attuale delle relazioni del lavoro, le proposte di emendamenti alle singole disposizioni e le ragioni delle modifiche e delle integrazioni presentate, con l'indicazione dei risultati attesi. Le modifiche sono relative a quasi ogni parte (capo) della Legge sul lavoro. La loro maggioranza, fondata sulla giurisprudenza e su altre esperienze, cambia e integra le singole norme sulle relazioni nel lavoro, la protezione dei minori, della maternità e delle persone disabili, mentre le più significative si riferiscono allo stipendio, al contratto collettivo e allo sciopero.

In questo lavoro è presentata una rassegna degli emendamenti e delle integrazioni presentati alla Legge sul lavoro e sono suggeriti diversi miglioramenti.

Parole chiave: *Legge sul lavoro, modifiche e integrazioni, contratto di lavoro, stipendio, contratto collettivo, sciopero.*

UGOVORNE I ZATEZNE KAMATE (propisi, praksa i problemi)

Mr. sc. Miljenko Appio Junio
pomoćnik direktora
Metalmineral d.d. Zagreb

UDK: 347.755
Ur.: 8. siječnja 2001.
Pr.: 22. siječnja 2001.
Stručni članak

Izlažu se značajke kamata kao tzv. sporednih tražbina, navode se pojedine njihove vrste, te se posebno obrađuju ugovorne i zatezne kamate. Pokušavajući zaokružiti kamatnu pravnu problematiku (u okviru svrhe rada i raspoloživog prostora), autor ukazuje na propise i komentira ih, ilustrirajući njihovu primjenu brojnim slučajevima iz sudske prakse. Judikatura se ovdje javlja kao kreator prava ne samo interpretirajući propise, već i popunjavajući pravne praznine. Tako je sudska praksa dala rješenja za ograničavanje ugovaranja kamata (njihove visine), kao i za određivanje visine zateznih kamata na glavnice u stranoj valuti. Autor ukazuje na nejedinstvenost i neprikladnost nekih judikaturnih rješenja (kao precedenata). Kritički analizira i neke stavove izražene u judikaturi i u stručnoj literaturi (osobito one recentnije), posebice u vezi s kapitalizacijom (uglavničanjem) kamata, mjeničnim kamatama, te načinom otklanjanja i sankcioniranja neispravnosti ili opstruiranja kod provođenja kamatnog dijela kondemnatornih isprava (presuda i dr.) u ovršnom postupku. Osvrće se i na akutan problem tzv. zelenaških kamata, dramatično aktualiziran slučajevima ovršne prodaje nekretnina u bescjenje (za jednu kunu).

Ključne riječi: banka, kamate, kapitalizacija, stopa, ugovorna, zatezna.

1. Pojam, vrste i pravne značajke kamata

1.1. Općenito

Kamate¹ se najčešće određuju kao naknada za korištenje tuđeg novca ili drugih zamjenljivih (generičnih) stvari, tj. stvari određenih po rodu. Kamate se

¹ Riječ "kamata(e)" grčkog je podrijetla; **kámatos** znači zaradu, ali, zanimljivo je, također i - umor, muku, napor, naporan rad, bijedu (posebno u množini i - trudovi) (prema Grčko-hrvatskome rječniku S. Senca izdanom u Zagrebu 1910. u nakladi Kr. hrv.-slav.-dalm. zem. vlade. Lat.: **usura(ae)** - poraba, uživanje, napose uživanje pozajmljene glavnice, zatim: kamate od pozajmljene glavnice,

moгу izražavati trojako: kao uvećanje vrijednosti prema pozajmljenoj, kao viša cijena od one u vrijeme ugovaranja te kao kamatna stopa. Ovaj posljednji način u praksi je najčešći i najviše odgovara potrebama financijske, komercijalne, pa i svakodnevne građanske prakse. Ipak, navedena definicija ne odgovara potpuno svim vrstama kamata. Mislimo pri tome u prvom redu na zatezne kamate, čija je funkcija drukčija, složenija, od funkcije ugovornih kamata.

Kamate imaju važnu gospodarsku ulogu, kako u pojedinačnim poslovima, tako i kao regulator gospodarskih kretanja u nacionalnoj ekonomiji. Integracijski i globalizacijski trendovi šire okvir gospodarske, pa i kamatne politike izvan državnih granica. Tako, u sklopu Europske monetarne unije djeluje Središnja europska banka koja utvrđuje kamatnu politiku za svih jedanaest zemalja članica. Kamatama se nije uvijek pridavalo onakvo mjesto kakvo one imaju danas u tržišnom gospodarstvu. U srednjem vijeku kanonsko pravo zabranjivalo je kamate. I u socijalističkom sustavu kamate su, kao "neradni dohodak", bile tretirane poput neke vrste nužnog zla, pa su stoga i bile dopuštane samo u slučajevima i u granicama koje je takvo poimanje prihvaćalo.

Prema različitoj ulozi i načinu ugovaranja, određivanja i izražavanja, izdiferenciralo se u zakonodavstvu, a posebno i u poslovnoj praksi, više vrsta ovoga tzv. sporednog potraživanja.

Tako se razlikuju **aktivne i pasivne kamate**, prema ulozi stranke, davatelja ili primatelja zajma odnosno kredita (ova distinkcija kamata najčešće se vezuje uz banke, jer su one aktivni primatelji depozita i davatelji kredita). Aktivne kamate banka obračunava na dane kredite, a pasivne priznaje na primljene depozite. Aktivne su kamate pravo, a pasivne obveza.

S obzirom na kamatnu stopu, kamate mogu biti **fiksne ili promjenljive**. Fiksne kamate pretpostavljaju fiksnu kamatnu stopu, tj. određeni postotak koji se ne mijenja prema tržišnim prilikama odnosno financijskim kretanjima. Nasuprot tome, promjenljive kamate podrazumijevaju promjenljivu stopu, ovisnu o inflaciji i drugim čimbenicima na tržištu novca.

Mjenične kamate jesu one koje se plaćaju na mjenični dug. Mogu biti ugovorne i zatezne te diskontne.

Interkalarne kamate jesu ugovorne kamate, a predstavljaju naknadu za vrijeme odgođenoga plaćanja glavnice. Kamate se ubacuju u neko međuvrijeme, pa im odatle i ime.² Postoje razne varijante ugovaranja i plaćanja interkalarnih kamata. Tako npr., dužniku može biti odobreno neko vrijeme počeka za otplatu glavnice (tzv. *respiro* odnosno *grace period*), ali se i kroz to razdoblje dug servisira, kamate se otplaćuju. Interkalarne kamate mogu biti primijenjene i kod obročnog plaćanja

dobit (prema Latinsko-hrvatskom rječniku M. Divkovića 2. izdanje, Zagreb 1900. u nakladi Kr. hrv.-slav.-dalm. zem. vlade. Za kamate se rabi i metaforički izraz "civilni plodovi" - *fructus civiles* (za razliku od prirodnih plodova - *fructus naturales*), Romac, str. 218.

² **Interkalar** je svojevrsan umetak, pa se i posljednji dan veljače u prijestupnoj godini, npr. 29.9.2000, zove interkalarom.

(vraćanja u tranšama), ili kod ugovaranja otplata u dužim rokovima, s tim da se interkalarne kamate plaćaju u kraćim razmacima.

Anuitetne kamate izračunavaju se uz glavnice, pa se i otplaćuju zajedno s njom godišnje (ili polugodišnje), tako da su svi anuitetni obroci jednaki, iako se udio kamata u pojedinom anuitetu vremenom smanjuje (budući da se tijekom otplate smanjuje osnovica za obračun kamata).

Prema načinu utvrđivanja kamatnih stopa, kamate mogu biti **zakonske (legalne) ili ugovorne (konvencionalne)**. Toj podjeli bliska je i ona na **službene i tržišne kamate**, tj. kamate određene propisom, odnosno ponudom i potražnjom na tržištu.

Eskontne (diskontne) kamate primjenjuju se kod kupnje nedospjelih tražbina, npr. mjenice prije dospjeća. Kod ovih kamata radi se o svoti (postotku) koja se odbija od nominalne svote tražbine (npr. vrijednosnog papira).

U daljnjem razmatranju najviše nas zanima diferenciranje na **ugovorne i zatezne kamate**. Spomenuta razlika u funkciji ovih dviju vrsta kamata dovodi i do različitih rješenja u njihovom pravnom uređenju. Razlike nisu nebitne, a očituju se najprije u određivanju visine (dakle, kamatne stope), u mogućnosti ugovaranja, kumuliranja, utuživanja i drugom.

Kamatna stopa važan je element izračuna kamata, uz razdoblje ukamaćivanja (odnosno obračunavanja kamata), npr. godišnje (*per annum, p.a.*), mjesečno, dnevno.

Kamatna svota ovisi i o metodi obračuna. Prakticiraju se dva načina obračunavanja kamata, **jednostavni i složeni**. Oba načina mogu se primijeniti **anticipativno i dekurzivno**.

Pokušat ćemo u nastavku obuhvatiti problematiku ugovornih i zateznih kamata, koliko je moguće zaokruženo, slijedeći podnaslov ovoga rada (propisi, praksa i problemi), ali, vodeći računa o tekstualnom limitu, ograničit ćemo se samo na najbitnije, dajući malo više prostora pitanjima koja su, naročito u posljednje vrijeme, sporna u praksi i stručnom izjašnjavanju.

1.2. Ugovorne kamate

Definicija kamata kao naknade (cijene) za korištenje tuđega novca (ili drugih zamjenljivih stvari) odgovara zapravo pojmu ugovornih kamata.³

Odredbe Zakona o obveznim odnosima (ZOO) o ugovornim kamatama (čl. 399. - 402.) redigirane su u funkciji kamata na novčane glavnice. Međutim, te

³ Ugovorne kamate najčešće se ugovaraju, ali atributi "ugovorne" i "ugovorene" nisu sinonimni. Dok pridjev "ugovorni" ukazuje na pripadnost kamata ugovoru, dotle onaj drugi ukazuje na način utvrđivanja kamata. Ugovorne kamate mogu postojati kao zakonske (*ex lege*) i kada nisu ugovorene. Tako, kad se radi o trgovačkim ugovorima (o gospodarskim, o ugovorima u privredi), najmoprimac duguje kamate i onda ako one nisu ugovorene (čl. 558. ZOO). Inače, zajam može biti i besplatan, beskamatan, dok je kod kredita (koji ZOO kvalificira kao bankarski zajam novca, čl. 1065.) ugovorna kamata bitan element posla. Ugovorene kamate mogu funkcionirati i kao zatezne (čl. 277. st. 2. ZOO).

odredbe važe na odgovarajući način i za kamate uz nenovčane obveze, tj. one koje imaju za predmet stvari određene po rodu. No, dok kod novčanih obveza vjerovniku mogu pripadati ugovorne kamate i kada nisu ugovorene, dotle se kod nenovčanih obveza ova sporedna tražbina mora izričito ugovoriti. Pravilo je da se ugovorne kamate mogu ugovarati i ostvarivati samo u istom obliku (predmetu) u kojemu je i glavnica. Ipak, u teoriji je izraženo i mišljenje da se kamate na nenovčane obveze mogu ugovoriti i u novcu.⁴

Stopa ugovornih kamata može se odrediti ugovorom ili propisom (zakonom). Ako se ugovara, visina ne smije prijeći granicu dopuštenu propisom ili pravilima o ravnomjernosti obveza (o tome više u poglavlju o visini kamata). Ugovorne kamate dospijevaju u ugovorenim vremenskim razmacima, a u nedostatku takvog uglavka - istekom godine (čl. 399. st. 3. ZOO). Pod istekom godine treba razumjeti istek jednogodišnjeg razdolja, a ne kraj kalendarske godine.⁵ Ako vraćanje glavnice dospijeva prije isteka godine, kamate dospijevaju zajedno s glavinicom.

U hrvatskome pravu vrijedilo je za ugovorne kamate pravilo da one prestaju teći kada svota dospjelih a neisplaćenih kamata dostigne glavinicu. Brisanjem odredbe čl. 401. ZOO-a (1989.) nestalo je ovog ograničenja.⁶

1.3. Zatezne kamate

1.3.1. Općenito

ZOO odredbe o zateznim kamatama sistematizira odvojeno od onih ugovornih. Dok su ugovorne kamate uređene u Glavi V., u odjeljku o novčanim obvezama, dotle su zatezne kamate regulirane u sklopu Glave III. - Učinci obveza, u odjeljku o vjerovnikovim pravima i dužnikovim obvezama, i to u odsjeku o pravu na naknadu štete, uz opća pravila o toj naknadi i uz odredbe o ugovornoj kazni (čl. 277. - 279.). **Zatezne kamate strogo su vezane uz zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze**, baš kao što je ugovorna kazna isključivo dopuštena uz nenovčanu obvezu. Za razliku od zateznih kamata, ugovorna kazna može biti posljedica ne samo zakašnjelog ispunjenja, već i neispunjenja obveze, a kazna se može sastojati ili u novcu ili u nekoj drugoj materijalnoj koristi. Ugovornu kaznu nije dopušteno ugovarati za novčane obveze (čl. 270. ZOO).

Zatezne kamate tipičan su primjer zakonskih kamata. One se ne ugovaraju i pripadaju po zakonu (*ex lege*). Naime, dužnik koji zakasni s ispunjenjem novčane obveze duuguje uz glavinicu i zatezne kamate (prema čl. 277. st. 1. ZOO).

Vežanost zateznih kamata uz činjenicu zakašnjenja plaćanja zahtijeva da se radi određivanja početka tijeka zateznih kamata ustanovljuje dospelost temeljne obveze. Zatezne kamate teku od prvog sljedećeg dana po dospijeću plaćanja, pa sve do (uključivo) dana plaćanja. Dospelost može biti ugovorena. Problemi se javljaju

⁴ Gorenc, str. 531.

⁵ Tako i Vizner, str. 1374, te Gorenc, str. 529.

⁶ I u rimskome pravu, udvostručenje kamata (*usurae ultra duplum*) - prekidalo je njihov tijek, Romac, str. 610.

kada o tome nema izričitog uglavka, jer ni dispozitivne odredbe ZOO-a nisu dostatno precizne. Ako ugovorom nije određen rok ispunjenja, a svrha posla, priroda obveze i ostale okolnosti ne zahtijevaju stanovit rok za ispunjenje, tada vjerovnik može tražiti da dužnik odmah ispuni obvezu, kao i dužnik da vjerovnik odmah primi ispunjenje (čl. 314.). Posebno, pri kupoprodaji, kupac je dužan platiti cijenu u vrijeme i na mjestu određenom u ugovoru, a u nedostatku takve odredbe ili drukčijih običaja, plaćanje se obavlja u času i u mjestu u kome se obavlja predaja stvari (čl. 516.). Zakonsko rješenje o obvezi plaćanja u trenutku predaje stvari, predviđeno za slučaj kada nedostaje ugovorna odredba ili drukčiji običaj, prihvatljivo je kod prodaje na malo (tada postoji i trgovački običaj promptnog plaćanja), ali je iz praktičnih razloga potpuno neprikladno kod komercijalnih isporuka u trgovini na veliko i slično. U okviru primjene običaja mogu doći u obzir i Opće uzance za promet robom. Prema njima, kupac mora platiti kupovnu cijenu u roku od osam dana od primitka računa, a ako je robu primio poslije računa, onda u roku od osam dana od primitka robe (OU br. 177. st. 1.). Trgovački sudovi u vezi s tim imaju relativno ustaljenu praksu. Tako: ako rok ispunjenja nije ugovoren, vjerovnik po pravilu može zahtijevati ispunjenje obveze odmah, a dužnik dolazi u zakašnjenje kada ga vjerovnik pozove da ispuni obvezu (poziv se može uputiti i dostavom računa).⁷

U hrvatskoj sudskoj praksi čvrsto je izražen stav o **prisilnoj, imperativnoj, kogentnoj naravi odredaba o zateznim kamatama** (*jus cogens*), za razliku od onih o ugovornim kamatama. Zbog toga se ne daje pravna zaštita ugovaranju kamatne stope, bilo više ili niže od propisane. Pravno je ništavo i odricanje od prava na kamate unaprijed (ali se vjerovnik može odreći svoga prava, po dospelosti kamatne tražbine).⁸

Ovako izraženo stajalište o kogentnosti odredaba o zateznim kamatama može se dovesti u pitanje s komparativnog aspekta, ali i u kontekstu ZOO-a. Tako, na primjer, talijanski *Codice civile* (CC) propisuje stopu zakonskih kamata od 2,5% godišnje⁹, koja vrijedi i za ugovorne kamate, ako stranke ne ugovore drukčije. Za valjanost uglavka o kamatama višim od zakonske stope obvezatan je pisani oblik (čl. 1284.). Bez analiziranja drugih komparativnih rješenja, indikativan je tekst UNIDROIT-ovih Načela međunarodnih trgovačkih ugovora (*Principles of International Commercial Contracts*), jer ona predstavljaju sintezu novijih svjetskih nazora. Službeni komentar uz odredbu Načela o visini zateznih kamata kod kašnjenja u plaćanju (čl. 7.4.9.) objašnjava: "Stranke se **naravno** (naglasio M.A.G.) mogu dogovoriti o drukčijoj kamatnoj stopi (pod uvjetima iz čl. 7.4.13.)". Dakle, ne dovodi se u pitanje sloboda ugovaranja (visine) zateznih kamata, pri čemu, dakako, one, kao i ugovorne, podliježu mogućoj sudskoj moderaciji.

⁷ Tako: PS Pž-40/91 od 16.4.1991. PSP 49/127.

⁸ Tako npr. proizlazi iz stava prihvaćenog na sjednici građanskog odjela VS od 5.2.1975. PSP 26/73, zatim iz odluka: VS Gzz-59/86 od 15.10.1986. PSP 34/68, te VS Rev-3135/92 od 12.10.1993. i Rev-120/93 od 14.12.1993. Izbor 95-1/21.

⁹ Prema noveli od rujna 2000.

U kontekstu hrvatskih propisa, kogentnost propisane visine zateznih kamata opovrgava odredba čl. 277. st. 2. ZOO-a, prema kojoj ugovorna (ugovorena) kamatna stopa viša od propisane stope zateznih kamata - ima prednost i primjenjuje se i za vrijeme kašnjenja. Doduše, iz dikcije odredbe dalo bi se razumjeti da u tom slučaju i za vrijeme kašnjenja teku ugovorne kamate, ali je to samo igra riječi. Očito je da se radi o zateznim kamatama, kao što je to, primjerice, i izričito (bolje pogađajući cilj) određeno u čl. 1224. st. 1. talijanskoga CC-a.¹⁰

U teoriji su izražena različita mišljenja o odštetnom značaju zateznih kamata. S jedne strane, ističe se kako su one "svojevrсна **naknada štete** ... i kažnjavanje neurednoga zajmoprimca"¹¹, ili: "po svojoj pravnoj prirodi mogu se tretirati i kao naknada stvarne ili pretpostavljene štete koju trpi vjerovnik zbog dužnikovog zakašnjenja"¹². S druge strane, eksplicitno se tvrdi: "Zatezne kamate nisu naknada štete, jer nema elementa protupravnosti u postupanju dužnika", pozivajući se i na stav Vrhovnoga suda RH (u odluci Rev-1293/89-2 od 5.12.1989.).¹³

Za odgovor na ovo teorijsko pitanje treba razmotriti zakonsku sistematizaciju odredbi o zateznim kamatama, kao i funkcionalnu vezanost tih odredbi uz štetu i njezinu naknadu. Zakonski, odredbe o zateznim kamatama dio su odsjeka o pravu na naknadu štete. Treba zaključiti da zakonodavac zatezne kamate, jednako kao i ugovornu kaznu, tretira kao svojevrсну naknadu štete. Jednako postupaju i spomenuta Načela međunarodnih trgovačkih ugovora, uređujući kamate zbog propusta u plaćanju (čl. 7.4.9. - *interest for failure to pay money*) u sklopu odjeljka br. 4. o šteti (*damages*).¹⁴ U članku 7.4.9. Načela, u stavku 3., propisano je da je oštećena (povrijeđena, *aggrieved*) strana ovlaštena i na dodatnu naknadu štete ako je neplaćanje prouzrokovalo veće oštećenje. Ovoj odredbi odgovara ona iz čl. 278. st. 2. ZOO-a o **pravu na potpunu naknadu**, prema kojoj vjerovnik ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete ako je šteta koju trpi zakašnjenjem veća od svote zateznih kamata. Vjerovnik doista ima pravo na zatezne kamate bez obzira na (ne)pretrpljenu štetu zbog zakašnjenja plaćanja (čl. 278. st. 1. ZOO). Uz to, dužnika zateznih kamata ne oslobađaju od odgovornosti egzoneracijski razlozi koji inače štite štetnika (čl. 263. ZOO i st. 1. čl. 7.4.9. Načela). U ovom kontekstu zanimljiv je službeni komentar uz navedeni članak Načela, prema kojemu, ako je zakašnjenje posljedica više sile, dužnik duguje kamate, ali ne kao naknadu štete već kao kompenzaciju za njegovo obogaćenje nastalo neplaćanjem. Komentar još dodaje: šteta se računa kao paušalna (*is calculated as a lumpsum*).

Smatramo da i našim propisima odgovara prihvaćanje zateznih kamata kao svojevrčne naknade pretpostavljene štete, uz posebnosti (specifičnosti) da se

¹⁰ Ove je kamate izričito nazvao zateznima i PS u obrazloženju odluka Pž-1093/93 od 14.9.1993. Zbirka 1/39 i Pž-442/97 od 4.3.1997. PUG 3/98, str. 417. i Ing SP 4/97-121.31/4.

¹¹ Giunio, Kamate u gospodarstvu, str. 98.

¹² Eraković, str. 17.

¹³ Crnić, str. 50.

¹⁴ Tako i talijanski CC uređuje zatezne kamate u čl. 1224. pod naslovom "Štete kod novčanih obveza".

nastanak štete ne mora dokazivati, a niti ona mora u stvarnosti postojati, te da dužnika od te obveze ne oslobađaju inače propisani odštetni egzoneracijski razlozi. Te kamate imaju, dakako, i kaznenu funkciju koja je temelj i fikciji (pretpostavci) štete.

I vjerovnik može biti u zakašnjenju (*mora creditoris*, čl. 325. i 326. ZOO). On dolazi u zakašnjenje ako bez osnovanog razloga odbije primiti (dužnikovo) ispunjenje ili ga svojim ponašanjem spriječi, ali i kad je spreman primiti ispunjenje, no ne nudi ispunjenje svoje dospjele obveze (kad su obje obveze istovremene).¹⁵
Vjerovnikovo zakašnjenje prekida tijekom kamata.

1.3.2. Zatezne kamate u posebnim slučajevima

Kod raskida ugovora zbog neispunjenja (slučajevi iz čl. 125.-129. ZOO) strana koja vraća novac duguje zatezne kamate od dana njegova primitka, bez obzira na odgovornost za neispunjenje, a kod raskida u drugim slučajevima, pa i u slučaju poništenja ugovora, zatezne kamate duguju se po pravilima o stjecanju bez osnove, tj. prema savjesnosti stjecatelja, od dana stjecanja ili od dana podnošenja vjerovnikovog zahtjeva (čl. 214. ZOO).¹⁶

Na novčanu naknadu nematerijalne štete, kao i nenovčane materijalne štete, zatezne kamate teku od dana donošenja prvostupajnske presude kojom su određene svote naknade. Jedino, ako je oštećeni otklonio štetu prije donošenja sudske odluke, zatezne kamate teku od dana kad je šteta otklonjenja, odnosno od dana kad su učinjeni troškovi radi otklanjanja štete (a dokazuju se računom).¹⁷

Izraženi stav o tijeku zateznih kamata od dana prvostupajnskog presuđenja čini se na prvi pogled protivnim pravilu o dospijeću obveze naknade materijalne štete u trenutku nastanka štete (čl. 186. ZOO). Kasniji početak kamatnog tijeka obrazlaže se odštetnim načelom prema kojemu je odgovorna osoba dužna uspostaviti stanje koje je bilo prije nastanka štete (čl. 185. st. 1. ZOO), a presuđena naknada u visini na dan presude omogućava takvu restituciju *in integrum*. U vezi s tim treba primijetiti da se (prvostupajnska) presuda u odštetnim parnicama donosi najčešće nakon vještačenja, a ono može uslijediti mnogo prije presuđenja, pa u međuvremenu može doći do osjetnih razlika u novčanom izrazu visine štete.

Pri naknadi nematerijalne štete, početak tijeka kamata od dana prvostupajnskog presuđenja obrazlaže se time da štetnik tek tada saznaje visinu štete. Ovaj stav nailazi i na kritiku. Ukazuje se na to da se dužnik potiče na odugovlačenje spora i što kasnije donošenje pravorijeka, pa stoga i plaćanje, jer sve do presude nije opterećen kamatama, iako cijelo vrijeme raspolaže tuđim novcem.¹⁸

¹⁵ Tako VS Rev-353/89 od 12.7.1989. PSP 49/34; te VS Rev-1313/89 od 6.3.1989. PSP 51/59.

¹⁶ Tako: načelni stav sudova od 4. i 5.11.1987. PSP 40/29, te PS Pž-838/91 od 3.3.1992., Informator 4004/5.

¹⁷ Tako: načelni stav sudova od 29.5.1987. PSP 35/71a, VTS Pž-776/92 od 11.5.1993. Ing SP 1/97 121.31/1, VS Rev-1117/88 od 15.11.1988. PSP 43/63, VS Rev-1512/91 od 30.10.1991. PSP 1/25., Okr.s. Zgb Gž-2830/88 od 26.4.1988. Informator 3637., VS Rev-375/87 od 3.6.1987. PSP 306/54, VS Rev-1428/93 od 12.10.1994. Izbor 95-2/13.

¹⁸ Crnić, str. 65. i 66.

Kod **plaćanja kupovnine unaprijed**, kupac ima pravo na kamate prema čl. 32. st. 4. Zakona o trgovini ako prodavatelj prekorači rok ispunjenja (bez obzira na to što se ne radi o novčanoj obvezi).¹⁹

Na **avans** plaćen temeljem ugovora o građenju naručitelj nema pravo na kamate, osim ako je to ugovoreno. Naime, svrha je ovog avansa predujmljivanje izvođaču sredstava za nabavku materijala, plaćanje radne snage i troškova za izvođenje radova.²⁰

Na naknadu nematerijalne štete zbog povrede **autorskog prava** oštećenome pripadaju zatezne kamate od dana prvostupanjskog presuđenja.²¹

Na neisplaćenu **plaću** zbog nezakonitog prestanka rada zatezne kamate teku od dospijeća svakog pojedinog iznosa.²²

1.4. Interferencija ugovornih i zatezних kamata

Iako je ZOO odvojeno sistematizirao ugovorne i zatezne kamate, prve u dijelu koji uređuje učinke obveza, a druge u dijelu koji uređuje odštetu zbog povrede obveznih odnosa, zakonske odredbe, pa i praksa u vezi s njima, ponegdje se isprepleću.

Interferencija je izražena već u čl. 277. st. 2. ZOO-a, koji propisuje prednost više ugovorne kamate za vrijeme zakašnjenja plaćanja pred propisanom stopom zatezних kamata.

Nadalje, zakonska odredba o anatocizmu (tj. o pravu kamata na kamate) u dijelu o zateznim kamatama, obuhvaća kako ugovorne tako i zatezne kamate (kao i druga dospjela povremena novčana davanja - čl. 279. ZOO). Pravilo zapravo određuje tijek zatezних kamata kada glavnica ima svoje podrijetlo bilo u ugovornim ili u zateznim kamatama.

Pravo na početak zahtijevanja zatezних kamata na kamate uređeno je u stavku 2. članka 279. ZOO-a. To pravo pripada vjerovniku od dana kada je sudu podnio zahtjev za isplatu "neisplaćenih kamata", dakle ugovornih ili zatezних (kao i na isplatu povremenih dospjelih novčanih davanja - st. 3. istoga članka).

U odredbama o anatocizmu kod ugovornih kamata (čl. 400. ZOO), za razliku od onih prethodno spomenutih (uz zatezne kamate), nema isprepletanja. One, dakako, uređuju tijek ugovornih kamata (samo) na ugovorne kamate.

U nekim sudskim odlukama konfundiraju se odredbe o ugovornim i zateznim kamatama, ali bi njihova analiza prelazila granice ovoga rada.²³

1.5. Načini obračunavanja kamata

Prema načinu obračuna kamata u gospodarskoj matematici govori se o

¹⁹ VS Rev-3328/93 od 15.1.1997. Izbor 97-1/3 i Ing SP 2/98/2.

²⁰ Tako VS Rev-36/83 od 5.5.1984. i VS Rev-45/83 od 11.5.1983. PSP 23/81.

²¹ Tako VS Rev-117/87 od 3.3.1988. PSP 39/66.

²² VS Rev-1274/89 od 6.2.1990. PSP 50/87.

²³ Vidjeti npr. obrazloženja odluka navedenih u bilješki br. 30, u citiranim izvorima.

jednostavnim i složenim kamatama. I jedne i druge mogu se obračunavati **anticipativno ili dekurzivno.**

Kod anticipativnog obračuna kamate se obračunavaju na početku razdoblja, dok se kod dekurzivnog obračunavaju na kraju razdoblja ukamaćivanja.

Druga je bitna razlika između dvaju obračuna da se anticipativni obračun (na početku razdoblja) obavlja od zaključne glavnice (one s kraja razdoblja), dok se kamate kod dekurzivnog obračuna (na kraju razdoblja) obračunavaju od početne glavnice. Uz isti nominalni fiksni kamatnjak razlika ovih obračuna rezultira višom kamatnom stopom u anticipativnom obračunu. U Hrvatskoj pretežno je u primjeni dekurzivni obračun kamata, pa je stoga za praksu zanimljivija podjela na jednostavne i složene kamate.

Ako se kamate izračunavaju za pojedino obračunsko razdoblje (razdoblje kapitalizacije) od iste glavnice, radi se o jednostavnim kamatama. Naprotiv, ako se kamate za pojedino obračunsko razdoblje (razdoblje kapitalizacije) izračunavaju od promjenljive glavnice, tj. od glavnice koja se uvećava za kamate, radi se o složenim kamatama. Proizlazi da je složenim kamatama imanentno (svojstveno) dodavanje kamata glavnici unutar obračunskog razdoblja. Dakle, matematički se radi o kamatama na kamate, ali takav obračun ne podliježe zakonskoj zabrani. Naime, u pitanju je primjena matematičke metode koja se jedino tako može provoditi. U sklopu složenog ukamaćivanja moguće je postupati po **konformnoj metodi** (konformni obračun). Konformnom metodom utvrđuju se kamatne stope za kraća razdoblja od onoga (npr. godišnjeg) za koje je propisana ili ugovorena određena stopa. Rezultat primjene ove metode na kraju razdoblja za koje je određena kamatna stopa (u našem primjeru jedna godina) jednak je onome koji bi proizvela izravna primjena te (određene, a ne konformne) stope.

Hrvatski propis o zateznim kamatama (o tome više *infra*, u poglavlju o visini zateznih kamata) odredio je da se zatezne kamate u razdobljima kraćim od godine dana obračunavaju po konformnoj metodi. U praksi su se stručnjaci razišli oko načina primjene konformne metode i obračunavanja kamata, s obzirom na kontinuitet ili diskontinuitet tijekom obračuna. Primjena metode na jedan ili drugi način daje bitno drukčije rezultate.²⁴

2. Visina kamata (kamatne stope)

2.1. Općenito

Visinu kamata (kamatne stope) određuju u pravilu stranke svojim ugovorom kad se radi o ugovornim kamatama, a zakon (propis) kad se radi o zateznim kamatama. Visina kamata ovisi o kamatnoj stopi, ali uz to i o visini glavnice, razdoblju ukamaćivanja, a i o načinu obračuna odnosno izračunavanja kamata.

Na visinu kamatne stope utječe funkcija kamata, njezina priroda, te priroda

²⁴ O tome više Banović, str. 495. - 501.

pravnih subjekata, vjerovnika i dužnika. Pravo (propisi i praksa) ograničava visinu kamatnih stopa.²⁵

Kamatna funkcija proizlazi iz konstatacija o njihovoj pravnoj prirodi. Kamate su naknada (cijena) za korištenje tuđega novca (ili drugih zamjenljivih stvari), čimbenik revalorizacije (nominalne) glavnice, kazna, naknada (pretpostavljene odnosno fiktivne) štete. Revalorizacijska funkcija kamata posebno dolazi do izražaja u razdobljima znatnije deprecijacije novca. Tako je kod nas bilo uobičajeno govoriti o revalorizacijskoj i o realnoj kamati, odnosno o revalorizacijskom i realnom elementu u kamatnoj stopi. Pa i danas, kada je propisana jedinstvena (u pravilu) zatezna kamatna stopa, brojčano određena, judikatura jedinstveno prihvaća tu stopu samo za kunske glavnice, a ne i za glavnice u stranoj (čvrstoj) valuti. To je zbog toga što se relativno visoka propisana stopa zateznih kamata smatra primjerenom relativno nečvrstoj valuti.

2.2. Visina ugovornih kamata

2.2.1. Ugovorne kamate između pojedinaca

Slobodu ugovaranja ugovorne kamate "između pojedinaca" zakon ograničava visinom kamatne stope koja se "u mjestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju" (čl. 390. st. 1. ZOO).²⁶ Ovaj kamatni limit primjenjuje se i kao zakonski pretpostavljena ugovorna kamata ako "pojedinci" ugovore kamatnu obvezu, ali bez utvrđenja stope (399. st. 3. ZOO).

Zakonski izraz "pojedinci" u uvjetima tržišnoga gospodarstva treba smatrati anakronizmom, pa ga tumačiti na način da se on odnosi na fizičke osobe koje nisu u ulozi trgovca. Nema logičnog opravdanja jednako tretirati fizičku osobu kada se javlja kao građanin - nepoduzetnik, i onda kad se javlja kao trgovac pojedinac, obrtnik, općenito - poduzetnik.

2.2.2. Ugovorne kamate "između drugih osoba"

Između svih drugih osoba koje nisu "pojedinci", sloboda ugovaranja kamatne stope trebala bi biti ograničena posebnim zakonom (čl. 399. st. 2. ZOO). Iako je ZOO objavljen sredinom 1978. godine, do danas takav poseban zakon nije donesen. Pravnu prazninu nastalu nedonošenjem propisa popunjava sudska praksa. Sudovi se pri tome oslanjaju na dispozitivnu zakonsku odredbu prema kojoj se, u slučaju ugovaranja kamata bez određivanja stope, primjenjuje stopa koju banka plaća odnosno ugovara za takvu ili sličnu vrst posla. Dakle, supsidijarna, dispozitivna zakonska odredba primjenjuje se i kao gornji limit ugovornih kamata između pravnih osoba ("nepojedinaca" - čl. 399. st. 3. ZOO).²⁷

²⁵ U rimskom pravu: *usurae maximae*, v. Romac, str. 610.

²⁶ Tako i revizijske odluke: VS Rev-2664/92 od 21.4.1993. Izbor 94/30 i VS Rev-2327/94 od 14.5.1997. Izbor 97-2/12.

²⁷ Tako VTS Pž-1093/93 od 14.9.1993. Slično, uz nijansnu razliku i revizijski sud, naglašavajući da "u svakom pojedinom slučaju valja ocijeniti ima li stopa ugovorenih kamata

Kod određivanja subjekata za koje vrijedi ovo "povlašteno" limitiranje stope ugovornih kamata nije odlučujuće svojstvo subjekta, kao ni značaj ugovora, tj. nije odlučno radi li se o gospodarskim subjektima, kao ni radi li se o trgovačkom ugovoru.²⁸

2.3. Visina zateznih kamata

Zatezne kamate duguje dužnik koji kasni s ispunjenjem (isključivo) novčane obveze. Ta obveza može imati podrijetlo u ugovoru ili se može raditi o izvan-ugovornoj obvezi (npr. o naknadi štete). **Stopa zateznih kamata utvrđuje se zakonom** (čl. 277. st. 1. ZOO). Zakon o zateznim kamatama propisao je obvezu plaćanja zateznih kamata na novčane obveze, uključujući i one po osnovi poreza, prireza, carine, pristojbi, doprinosa i drugih javnih prihoda, kao i pri povratu više plaćenih pristojbi, i to po stopi koja se određuje Vladinom uredbom. Zatezne kamate u razdobljima kraćim od godine dana obračunavaju se po konformnoj metodi. Konformna metoda primjenjuje se i onda kada za vrijeme kašnjenja teku više, ugovorene (ugovorne) kamate (prema čl. 277. st. 2. ZOO).²⁹

Uredba o visini stope zatezne kamate propisuje stopu zateznih kamata od 18 % godišnje. Jedino se na više plaćene iznose javnih prihoda obračunavaju kamate u visini od samo 6,5 % godišnje.

Već je navedeno da sudska praksa čvrsto stoji na stajalištu o prisilnom značaju propisa o zateznim kamatama, pa ne daje pravnu zaštitu sporazumima o visini njezine stope, bez obzira na to ugovara li se viša ili niža od propisane.³⁰

Iz navedenoga slijedi da su danas u pogledu stope zateznih kamata izjednačeni svi subjekti, bez obzira na to radi li se o "pojedincima" ili o "drugim osobama". Međutim, odredba čl. 277. st. 2. ZOO-a probija i ovo pravilo, kao i ono o kogentnosti stope zateznih kamata. Naime, kako je već rečeno, **ako je stopa ugovorene kamate viša od stope zatezne kamate, ona teče i poslije dužnikova zakašnjenja**. U praksi ovo pravilo dolazi u obzir samo za ugovorne odnose između

elemente zelenaškog ugovora", da bi na kraju obrazložio odbijanje revizijskog prigovora o lihvarskim kamatama uz konstataciju da je ugovorena kamatna stopa bila niža od "kamatne stope koju su u isto vrijeme ugovarale poslovne banke pri davanju novčanih kredita", pa da već ta činjenica upućuje da ugovorena kamatna stopa u konkretnom slučaju ne predstavlja lihvarske kamate - VS II. Rev-74/93 od 21.10.1993. Izbor 95-1/11. Ovakva formulacija upućivala bi i na mogućnost prihvaćanja kao dopuštene i stope koja bi bila viša od one koju ugovaraju poslovne banke pri davanju novčanih kredita.

Zanimljivo je, iako danas neprimjenljivo, ranije stajalište revizijskog suda o maksimiranju ugovorne kamatne stope između nepojedinaca odnosno kod trgovačkih ugovora. Prema stavu Građanskog odjela VS od 25.2.1995. (PSP 26/76) ove su kamate bile ograničene stopom zateznih kamata uvećanom za 8 % (tako i odluka VS II. Rev-63/87 od 17.9.1987. PSP 38/65).

²⁸ Tako VS Rev-1573/89 od 22.2.1990. PSP 50/48.

²⁹ Tako PS Pž-1093/93 od 14.9.1993. Zbirka 1/39.

³⁰ Tako odluke VS Gzz-59/86 od 15.10.1986. PSP 34/43, VS Rev-801/90 od 10.1.1991. PSP 50/62 i VS Rev-1311/93 od 7.9.1993. Ing SP 4/97-811.814/1.

pravnih osoba (tj. onih koje nisu "pojedinci"), jer je stopa ugovornih kamata između pojedinaca zakonski ograničena kamatom na štedne depozite po viđenju.

2.4. Kamate na devizne glavnice

2.4.1. Općenito

Već smo ukazali na to da visina ugovornih ili zatezних kamata na novčane obveze (glavnice) ovisi, uz ostalo, i o vrsti glavnice, tj. o tome o kojoj se valuti radi. Dakle, i teorijski i praktički, kod propisivanja kamata i ograničavanja slobode njihova ugovaranja, vodi se računa o stabilnosti novca koji je predmetom obveze. Ako valuta ugovora odnosno obveze nije i valuta plaćanja, odlučujuća je valuta ugovora (obveze). Stoga se ograničenja koja vrijede za neku valutu jednako primjenjuju i kada se ugovaranje i plaćanje obavlja efektivno u toj valuti, kao i onda kada ona služi samo kao valorimetar, dakle kao mjera vrijednosti valute plaćanja (kod zaštitnih klauzula).³¹

U hrvatskome pravu nema posebnih propisa za kamate na devizne glavnice, pa sudska praksa popunjava prazninu, tumačeći da se propisi o zateznim kamatama primjenjuju samo na glavnice u domaćoj valuti.

U primjeni zaštitnih valutnih klauzula može doći do konverzije strane valute u domaću i prije plaćanja. Stoga unutar razdoblja ukamaćivanja nastaje potreba izračunavanja kamata po različitim stopama, po nižoj za stranu valutu i po višoj za domaću.³² U vezi s tim, ako dužnik kasni s plaćanjem, postavlja se pitanje do kojega trenutka treba primijeniti zaštitnu valutnu klauzulu, tj. na koji dan treba obaviti konverziju, na dan dospijeca ili na dan stvarnog plaćanja. Ovo se pitanje postavlja, dakako, samo ako stranke u tom pogledu nisu ništa izričito ugovorile. Mišljenje Ministarstva financija RH i jedna odluka Vrhovnoga suda čini nam se da nisu dali najbolji odgovor. Naime, pretpostavljajući (zapravo interpretirajući fiktivnu volju stranaka) da je "dan plaćanja" iz zaštitne klauzule dan ugovorenog plaćanja, dakle dan dospelosti po ugovoru, mišljenje i odluka uputili su na to da se konverzija obavlja na dan dospelosti.³³

Navedeno tumačenje omogućava dužniku izigravanje vjerovnika, birajući najpovoljniji trenutak konverzije. Na mnogo prihvatljivije rješenje upućivale su

³¹ Velika praktična važnost vezivanja kamatnih pravila uz valutu aktualizirana je nekim sporovima, u kojima se postavlja pitanje vjerovnikovog prava na (jednostranu) promjenu ugovorene dužnikove obveze u stranoj valuti (kada je ugovaranje plaćanja stranom valutom u skladu s deviznim propisima), i pretvaranje te obveze u domaću valutu, kunsku, dakako uz obračunavanje zatezних kamata po stopi za kune. *Pacta sunt servanda*, pa vjerovniku ne bi trebalo dopustiti takvu (jednostranu) preinaku ugovora. Bitno je različito pitanje vjerovnikovog prava na izbor tečaja konverzije u slučaju dužnikovog kašnjenja, kada je konverzija ugovorena u sklopu zaštitne valutne klauzule, o čemu *infra*.

³² Tako VS Rev-37/87 od 3.6.1997. PSP 36/29.

³³ Mišljenje Ministarstva financija RH klasa 450-08/95-01/109, ur.br.: 513.11/95-2 od 21.11.1995.; odluka VS Rev-3252/94 od 22.1.1998., Informator br. 4642/43 od 2. i 5.9.1998.

međunarodne konferencije o valutnim klauzulama,³⁴ kao i Zakon o mjenici, rađen po ženevskoj Konvenciji o jedinstvenom zakonu o mjenici, iz 1930. g. Prema ZM-u, kad je dužnik u zakašnjenju, a mjenica je plativa u novcu koji nije u tečaju u mjestu plaćanja, mjenična svota može se platiti novcem mjesta plaćanja, ali vjerovnik (imatelj mjenice) može birati tečaj na dan dospelosti ili na dan isplate (čl. 40. st. 1.).

2.4.2. Ugovorne kamate na devizne glavnice

Ugovaranje stope ugovornih kamata između pojedinaca ograničeno je jednako kao i kod kunskih glavnica, tj. visinom kamatnih stopa koje se u mjestu ispunjenja plaćaju na štedne uloge po viđenju (prema čl. 399. st. 1. ZOO). "Između drugih osoba", i ovdje, jednako kao i kod kunskih obveza, sudska praksa ograničava slobodu ugovaranja kamatne stope oslanjajući se na bankarsku praksu (za takvu ili sličnu vrstu posla).³⁵

2.4.3. Zatezne kamate na devizne glavnice

Polazeći od stajališta da Zakon o zateznim kamatama i Uredba o visini stope zatezne kamate ne vrijede za glavnice u stranoj valuti, prevladavajuća sudska praksa prihvaća kao stopu zateznih kamata na devizne glavnice onu stopu koju banke u mjestu ispunjenja priznaju na devizne štedne uloge po viđenju.³⁶ Smatramo da je ovakva praksa potpuno bez uporišta, kako u propisima, tako i u praktičnim potrebama i funkciji zateznih kamata. Zakonska odredba (čl. 399. st. 1. ZOO) koja limitira kamate stopom štednih depozita *a vista* vrijedi samo za ugovorne kamate i samo između pojedinaca. Bilo bi mnogo prihvatljivije rješenje koje je ranije sadržavala odredba čl. 277. st. 1. ZOO-a (do 6.10.1989.) propisujući kao stopu zateznih kamata (osim za obveze proizašle "iz ugovora u privredi") onu koja se u mjestu ispunjenja plaća na štedne uloge nenamjenski oročene preko godine dana. U tom smislu izjasnila se arbitražna Stalnoga izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori u nekoliko pravorijeka.³⁷

³⁴ *International Law Association* - tzv. Bečka pravila iz 1926.: za konverziju se primjenjuje dan efektivnog plaćanja, a vjerovniku pripada i naknada štete ako je zbog tečajne razlike u odnosu na dan dospjeća primio manje (Report of the 34 Conference 1927, Appendix B str. 718. i dalje); na konferenciji u Dubrovniku 1956. ILA je izradila nova pravila kao nacrt konvencije, koja u slučaju dužnikovog kašnjenja u plaćanju zadržavaju konverziju na dan stvarnog plaćanja, naglašavajući da vjerovnik treba dobiti ni više ni manje od onoga što bi bio dobio da je plaćanje bilo uredno o dospjeću, na predviđeni način i u valuti u kojoj je novčana obveza bila izražena (Report of the 47 Conference 1956, str. 296-297).

³⁵ Tako VTS Pž-1093/93 od 14.9.1993. Informator 4157/94, te Pž-1054/94 od 29.3.1994. Informator 4201/94 i Zbirka 2/29. Doduše, jedna odluka istoga suda iz 1993. ograničila je visinu ovih kamata stopom koja se u mjestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju - PS Pž-2296/93 od 12.10.1993. Zbirka 1/58. Treba se nadati da se radi o usamljenom judikatu koji ne bi trebao postati putokazom. Primjena ovoga stava potpuno bi blokirala svako kreditiranje koje se na bilo koji način vezuje za stranu valutu. Kreditiranje bi praktički postalo besplatno.

³⁶ Tako VS Rev-2514/89 od 9.5.1990. u Crnić, ZOO uz čl. 277, VS Gzz-34/91 od 23.10.1991. Izbor 93/33, VS Rev-3576/94 od 5.2.1998. Izbor 98-2/7, PS Pž-2296/93 od 12.10.1993. Informator 4150/94 i VS Gzz-56/93 od 26.1.1994. IngSP 5/97-121.31/5 i Izbor 96-1/22.

³⁷ Tako IS-P-8/95 od 13.5.1996. IngSP 3/97-121.31/3.

Radi komparativne ocjene kritiziranoga stava državnosudske prakse o stopi zateznih kamata na tražbine u stranoj valuti, korisno je osvrnuti se na rješenje u već spomenutim UNIDROIT-ovim Načelima međunarodnih trgovačkih ugovora. Prema članku 7.4.9. st. 2., stopu zateznih kamata određuje prosječna bankarska stopa na kratkoročne zajmove najboljim zajmoprimcima³⁸, koja prevladava za valutu plaćanja u mjestu plaćanja; ako te stope nema - ista stopa u državi valute plaćanja, a ako nema ni jedne ni druge - za kamatnu stopu uzima se odgovarajuća stopa određena zakonom države valute plaćanja.³⁹

2.5. Zelenaški ugovori i moderiranje kamata

U praksi se često postavlja pitanje dopuštenosti visine ugovorenih kamata. Govori se o zelenaškim, lihvarskim kamatama, te se ocjenjuje njihova pravna sudbina. U revizijskoj odluci Vrhovnoga suda RH spomenutoj u vezi s dopuštenom visinom ugovornih kamata "između drugih osoba" (v. bilješku br. 21) upućuje se na potrebu ocjene "ima li stopa ugovorenih kamata elemente zelenaškog ugovora".

Prema ZOO-u, o zelenaškom ugovoru radi se kada netko ugovori (za sebe ili trećega) korist koja je u očitom nerazmjeru s onim što je drugome dao ili učinio (ili se obvezao dati ili učiniti), a da pri tome iskoristi stanje nužde ili teško materijalno stanje drugoga, njegovo nedovoljno iskustvo, lakomislenost ili zavisnost (čl. 141. ZOO). Potrebno je, dakle, postojanje dvaju elemenata za takvu kvalifikaciju ugovora: nerazmjerno ugovorena korist i iskorištavanje tuđega stanja. Na zelenaški ugovor na odgovarajući se način primjenjuju zakonske odredbe o posljedicama ništavosti i o djelomičnoj ništavosti ugovora (čl. 104. i 105. ZOO). No, ako oštećenik zahtijeva da se njegova obveza smanji na pravičan iznos, sud će udovoljiti zahtjevu ako je to moguće, pa tada ugovor s odgovarajućom izmjenom ostaje na snazi. Oštećenikovo pravo zahtijevati smanjenje obveze na pravičan iznos vremenski je ograničeno rokom od pet godina od sklapanja ugovora.⁴⁰

Međutim, za pretjerano visoke ugovorene kamate vrijedi posebno pravilo u sklopu odredaba o ugovornim kamatama. Naime, ako je ugovorena kamata veća od dopuštene, tada se primjenjuje najveća dopuštena kamatna stopa (čl. 399. st. 4. ZOO). Stoga se propisi o posljedicama ništavosti kod (visokih) kamata primjenjuju

³⁸ Engl.: *to prime borrowers*, tal.: *alla migliore clientela*.

³⁹ Poučan je i službeni komentar uz ovu odredbu: "Prosječna bankarska stopa za kratkoročne kredite najboljim zajmoprimcima - čini se najboljim rješenjem za potrebe međunarodne trgovine i najprikladnijim za osiguranje odgovarajuće naknade pretrpljene štete; po ovoj će stopi oštećena strana redovito i uzeti zajam umjesto onoga što nije dobila od druge strane."

⁴⁰ Lihvarski ugovor sankcioniran je i kazneno, člankom 233. st. 1. Kaznenog zakona. Opis djela odnosno ugovora sličan je onome iz ZOO-a (kao pretpostavku ne sadrži "zavisnost", ali uključuje "smanjenu sposobnost za rasuđivanje"). Poseban je oblik ovoga djela "bavljenje davanjem zajmova uz ugovaranje nerazmjerne imovinske koristi", dakle i bez iskorištavanja oštećenikovih posebnih okolnosti (st. 2.). Osnovni oblik djela čini onaj tko ugovori ili primi nerazmjernu imovinsku korist. Stoga bi do kažnjavanja (po osnovi primitka koristi) moglo doći i nakon proteka građanskopravnog petogodišnjeg roka za pravo traženja smanjenja obveze (jer ovaj rok teče od dana ugovaranja, dok primitak koristi može uslijediti kasnije).

na specifičan način, sudskom moderacijom ugovorene stope, a dužnikovo pravo na zahtijevanje umanjenja nije ograničeno rokom od pet godina, jer sud ne smije dati pravnu zaštitu ugovornoj odredbi koja je u suprotnosti s prisilnim propisima. **Nedostatak propisa o najvišoj dopuštenoj kamatnoj stopi otežava sudsku moderaciju i suzbijanje lihvarstva.**

U posljednje vrijeme, naročito u vezi s novinom noveliranoga Ovršnoga zakona (OZ, čl. 97. st. 4.) koja kod trećeg dražbenog ročišta omogućava prodaju nekretnine bez donje granice (dakle, i za jednu kunu), sredstva javnog priopćavanja obavještavaju o ovršnim naslovima s kamatom od 50, 60 i više postotaka godišnje. Postavlja se pitanje kako su mogli nastati takvi ovršni naslovi, s obzirom na prisilnost propisa o visini kamatne stope i na nedopuštenost (neprihvatljivost) drukčijih stranačkih dispozicija. Naime, procesno pravo isključuje davanje pravne zaštite nedopuštenim dispozicijama (čl. 3. st. 3. Zakona o parničnom postupku - ZPP). Stoga i takve tzv. materijalne dispozicije parnične stranke priznanjem tužbenog zahtjeva ili sklapanjem sudske nagodbe sud ne bi smio prihvatiti.⁴¹ Pri tome treba imati na umu i odredbu čl. 10. ZOO-a, prema kojoj sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, ali ih ne mogu uređivati suprotno Ustavu, prisilnim propisima i moralu društva. Osnova i predmet obveze protivni navedenome - bili bi nedopušteni (čl. 49. i 51. ZOO), a ugovor bi bio ništav, ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon ne propisuje drukčije (čl. 103. st. 1. ZOO).

S druge strane, treba brinuti o načelu formalnog legaliteta sudskih odluka. Ono daje stranci pravo na ovrhu (kad se radi o kondemnatornoj osudi) kad presuda postane pravomoćna i ovršna, bez obzira na to je li njezina izreka protivna zakonu.

Pitanje (ne)dopuštenosti stranačke dispozicije protivne prisilnim propisima postavlja se i kod javnobilježničkih isprava s klauzulom ovršnosti (Zakon o javnom bilježništvu, čl. 3. st. 3. i čl. 55.). Ni javni bilježnici, kao ni sud, ne bi smjeli prihvaćati i sankcionirati takve dispozicije autoritetom delegirane državne vlasti. Ipak, kod javnobilježničkih isprava moguća je naknadna sudska korekcija.

3. Kapitalizacija kamata (anatocizam)⁴²

3.1. Kapitalizacija ugovornih kamata

Na dospjele a neisplaćene ugovorne kamate ne teče zatezna kamata, osim kada to zakon određuje (čl. 279. st. 1. ZOO).⁴³

Zakon zabranjuje ugovornu kapitalizaciju ugovornih kamata, određujući da je odredba ugovora kojom bi se predviđalo da će na kamatu po dospijeću početi teći

⁴¹ Tako i revizijska odluka VS Rev-1311/93 od 7.9.1993. IngSP 4/97-811.814/1.

⁴² Lat. *anatocismus, usurae usurarum* = kamate na kamate, pretvaranje dospjelih kamata u glavnicu, v. Romac, str. 42. i 610.

⁴³ Isto se odnosi i na dospjele a neisplaćene zatezne kamate, kao i na druga dospjela povremena novčana davanja.

kamata (ako ne bude isplaćena) - ništava (čl. 400. st. 1. ZOO).⁴⁴ No, dopušteno je uglavničenje (kapitalizacija) neisplaćenih dospjelih ugovornih (kao i zateznih) kamata podnošenjem tužbe (odnosno drugog odgovarajućeg zahtjeva za isplatu) sudu (čl. 279. st. 2. ZOO). Dakle, od dana podnošenja zahtjeva za isplatu tako uglavničenih kamata sudu može se zahtijevati (zatezna) kamata.⁴⁵

Dospjele ugovorne kamate mogu biti samostalno utužene i ukamaćene, bez obzira na plaćanje glavnoga duga.⁴⁶ Za ove kamate ne vrijedi zabrana kapitalizacije utuženjem prije plaćanja glavnice (koju je sudska praksa uvela za zatezne kamate).

Navedena **zabrana ugovaranja anatocizma ne odnosi se na kreditno poslovanje bankarskih organizacija** (čl. 400. st. 3. ZOO). U praksi su zabilježeni različiti odgovori na pitanje odnosi li se ova iznimka (povlastica) samo na banke ili na kreditno poslovanje kao takvo, tj. može li povlasticu koristiti i druga, nebankarska strana kreditnog ugovora.⁴⁷ Restriktivna primjena odredbe čl. 400. st. 3. ZOO-a može dovesti do nelogičnih, nepravičnih i za praksu neprihvatljivih rezultata. Naime, i depoziti pravnih i fizičkih osoba kod banaka predstavljaju svojevrsno kreditiranje banaka, a na te depozite banka daje kamate. Vrlo često ili redovito banke ugovaraju pribrajanje ugovornih kamata glavnici (nakon utvrđenog razdoblja), te daljni tijek kamata na tako uvećanu glavnici. Takvoj praksi svakako treba pružiti pravnu zaštitu. Pravnu zaštitu treba uživati i reprogramiranje duga kada strane ugovaraju konsolidaciju glavnice i dospjelih kamata, pretvarajući ih u novu glavnici na koju teče (nova) kamata. Treba napomenuti da ovaj potonji slučaj i nije obuhvaćen restrikcijom razmatrane odredbe o ništavosti, jer se ona odnosi na **predviđanje**, tj. na ugovaranje anatocizma unaprijed.

3.2. Kapitalizacija zateznih kamata

Na dospjele a neisplaćene zatezne kamate, jednako kao i na ugovorne kamate i druga dospjela povremena novčana davanja, ne teku zatezne kamate, osim kad je to

⁴⁴ Međutim, dopušteno je unaprijed dogovoriti da će se stopa kamata povećati ako dužnik ne isplati dospjele kamate na vrijeme (čl. 400. st. 2. ZOO). No i ove povećane kamate moraju se kretati u okviru dopuštenih granica kamatne stope.

⁴⁵ Latinska terminologija razlikuje *anatocismus coniunctus* i *anatocismus disiunctus*; kod prvoga se dospjele kamate računavaju u glavnici, a kod drugoga se **dospjele kamate smatraju novom glavnicom**, prema: Romac, str. 42.

⁴⁶ Tako VS Rev-1573/89 od 22.2.1990. PSP 50/49.

⁴⁷ Tako revizijski sud: "Okolnost da je jedna ugovorna strana banka ili bankarska organizacija ne daje pravo ugovaranja kamata na kamatu u korist druge ugovorne strane koja nije takva organizacija" - VS II. Rev-18/93 od 27.5.1993. Izbor 94/35. Zatim VTS: "Ništava je ugovorna odredba da će na kamatu koja dospije na isplatu početi teći kamata ako ne bude isplaćena, osim u korist banaka i drugih bankarskih organizacija" - Pž-2360/95 od 30.4.1996. Zbirka 4/13. Ali i: "Odredba o ništavosti ... ne odnosi se na kreditno poslovanje banaka i drugih bankarskih organizacija, pa slijedom toga ni na ugovor o novčanom depozitu ...Kako se radi upravo o vrsti bankarskog poslovanja koje je tuženik vršio, neosnovano se poziva na ništavost takve odredbe ..." - Pž-1640/92 od 22.9.1992. Zbirka 1/59. Zatim VS Rev-723/92 od 29.12.1993. Izbor 96-1/21: "Nakon dospjelosti ugovorne kamate, obračunata i neisplaćena ugovorna kamata pripisuje se glavnici i na tako uglavničeni iznos banka je dužna obračunati ugovornu kamatu."

zakonom određeno (čl. 279. st. 1. ZOO). Tako se (i) na neisplaćene zatezne kamate može zahtijevati zatezna kamata (samo) od dana kad je sudu podnesen zahtjev za isplatu (čl. 279. st. 2. ZOO).⁴⁸ Sudska praksa dopušta (sudsko) zahtijevanje uglavničenih zateznih kamata tek po isplati glavne tražbine, iz koje su te zatezne kamate nastale, odnosno po prestanku toga glavnog potraživanja.⁴⁹

Budući da se kamate na kamate (tj. kamate na uglavničene kamate) u pravilu ostvaruju u sudskom postupku (procesu), uobičajilo se te kamate nazivati **procesnim kamatama**. Sudska praksa ne dopušta daljnje ukamaćivanje obračunatih procesnih kamata.⁵⁰

3.3. Pravna priroda kapitaliziranih kamata

U praksi i teoriji postavilo se pitanje pravne prirode uglavničenih kamata, a posebno u sklopu primjene pravila o uračunavanju djelomičnog ispunjenja tražbine koja se sastoji od više elemenata, tj. glavnice, troškova i kamata (čl. 313. ZOO). Dvojba se svodi na to - postaju li uglavničene kamate glavnica ili ostaju - kamate. Smatramo da **uglavničene kamate postaju glavnica s kamatnim podrijetlom**. Prema ekonomskom, matematičkom, pa i pravnom poimanju glavnice, ona je temelj (osnova, osnovica) za kamatni prirast, tj. za obračunavanje kamata. I sama riječ "uglavničavanje" podrazumijeva baš to da se kamate pretvaraju u glavnicu.⁵¹

U praksi trgovačkih sudova, u vezi s načinom uračunavanja kod djelomičnog plaćanja duga, zauzima se drukčije stajalište. Ono se obrazlaže time da se kod obveze plaćanja uglavničenih kamata sa zateznim (procesnim) kamatama "ne radi o konkurenciji glavnice i kamata", već samo o kamatama, te da zakon ne pravi razliku između "kamate" i "kamate na kamate".⁵²

U tom smislu iznesen je stav i u stručnoj literaturi, te se navode razlozi: a) stajalište da kapitalizirana (obračunata) kamata predstavlja glavnicu nema uporišta u propisima; b) obračunata uglavničena kamata ne gubi svojstvo sporedne tražbine; c) tretman kamata kao glavnice dovodi u pitanje neke druge pravne institute kao što je inokosni sastav suda u trgovačkim sporovima za plaćanje kamata (po čl. 494. ZPP) i trogodišnji zastarni rok (po čl. 372. ZOO); d) nijedan propis ne govori o kamati kao o glavnici; e) izraz "glavni zahtjev" iz ZPP-a (čl. 35. st. 2.) nije isto što i "glavnica".⁵³

⁴⁸ Tako VTS Pž-3209/96 od 8.1.1997. Zbirka 4/9: "Na iznos neisplaćene kamate može se zahtijevati kamata samo od dana kad je sudu podnesen zahtjev za njezinu isplatu i to zahtjev za isplatu kamate koja je obračunata (izražena u apsolutnom iznosu, a ne u postotku)". Zatim PS Pž-2664/88 od 12.9.1989. PSP 43/170.

⁴⁹ Tako VS Rev-47/91 od 3.10.1991. Izbor 93/37, te VS Gzz-33/98 od 27.5.1998. Izbor 89-2/8.

⁵⁰ Tako VS Rev-22/91 od 18.4.1991. Izbor 93/35-A.

⁵¹ O tome više Giunio, Pravni režim...

⁵² Tako VTS Pž-401/94 od 6.9.1995., Pž-2601/94 od 24.8.1995. i Pž-2475/94 od 26.11.1995. Zbirka 3/17.

⁵³ Eraković, str. 41. i 42.

Smatramo da tretman kapitaliziranih (obračunatih) kamata kao glavnice itekako ima uporišta u propisima. Uporište se nalazi baš u prethodno razmatranim odredbama ZOO-a o dopuštenoj kapitalizaciji obračunatih ugovornih i zateznih kamata. Čini se da suprotstavljanje ovakvom stavu teško nalazi podlogu u gospodarsko-matematičkoj logici i pojmovima, pa se razlozi protiv traže na pravnom području. Stoga treba razmotriti navedene argumente.

Procesna odredba o inokosnom suđenju kamatnih sporova bez obzira na vrijednost predmeta spora, kao "tehnička norma" ne smije biti smetnjom bitnom opredjeljenju oko pravnog tretmana kapitaliziranih kamata. Pa i takva tehnička odredba ne dovodi u pitanje bit stvari. Dapače. Prema ZPP-u, kamate izražene kao sporedna tražbina uz glavni zahtjev ne utječu na vrijednost predmeta spora kada se po njoj ravna stvarna nadležnost ili sastav suda (čl. 35. st. 2. ZPP). Dakle, kad su kamate izražene kao sporedna tražbina u postupku, tada su one potpuno neodlučne za navedena procesna pitanja. One u ovome kontekstu postaju relevantne tek kad se izraze kao glavni zahtjev, a to će biti onda kada se obračunaju i samostalno procesno izraze. Pri tome nije odlučujuće jesu li postale glavnicom (jesu li uglavničene), tj. traže li se na njih (zatezne, procesne) kamate, ili se jednostavno, bez uglavničenja, ali obračunate u apsolutnom iznosu, zahtijevaju kao glavna tražbina bez sporednog (kamatnog) dodatka.⁵⁴ Dakle, procesna odredba ne dovodi se u pitanje tretmanom kapitaliziranih kamata kao glavnice. Za primjenu čl. 494. ZPP-a odlučno je (ne)kamatno podrijetlo glavnoga zahtjeva, bez obzira na to radi li se o glavnici ili ne.

Što se tiče zastare, ako je kamatno podrijetlo glavnice u postupku poznato, tada treba primijeniti trogodišnji "kamatni" rok za dio glavnice ili za cijelu glavicu, ovisno o tome koliko je obuhvaćena zastarom. Ako se pak zahtjev za plaćanje uglavničenih kamata zasniva na zasebnoj, apstraktnoj osnovi, npr. na mjenici, tada se sud ne smije upuštati u podrijetlo tražbine i treba primijeniti odgovarajući zastarni rok, u navedenom primjeru - mjeničnoga prava (v. čl. 78. ZM).

Uz argument da nijedan propis ne govori o kamati kao o glavnici, treba primijetiti da nijedan propis ne govori ni o glavnici, a ni o kamati, na način da bi te pojmove objašnjavao. Pojmovi glavnice i kamata i nisu kreacija (građansko)pravnog sustava već gospodarskog, matematičkog odnosno gospodarsko-matematičkog. Kao takvi oni predstavljaju (i pravni) standard.

Još jedan razlog kreće se u parnično-postupovnim okvirima. Naime, prihvaća se da uglavničene kamate u smislu odredbe čl. 35. st. 2. ZPP-a doista predstavljaju "glavni zahtjev", ali se dodaje da glavni zahtjev nije isto što i glavnica. Dva izraza doista nisu sinonimi. Glavni je zahtjev procesni, a glavnica materijalnopравни izraz, ekonomsko-matematičkog podrijetla (koji se, kao i niz drugih, koristi u pravu). Stoga, glavni zahtjev može, ali ne mora, biti glavnica. On će to biti (samo) onda

⁵⁴ Naime, kamate mogu činiti glavni zahtjev (ili njegov dio) i kada nisu uglavničene, tj. kada na njih ne teku kamate. Vidjeti: VS Rev-1486/87 od 4.2.1998. PSP 40/31, VS II.Rev-111/87 od 10.11.1988. PSP 43/64.

kada se uz taj zahtjev ističu i kamate kao sporedna tražbina.

Konačno, tvrdnja da obračunate kamate ne gube svojstvo sporedne tražbine u proturječju je s paralelno izraženim stajalištem da se “nakon isplate glavnice kamata osamostaljuje”⁵⁵, kao i pravnim zaključkom Vrhovnoga suda RH po kojemu se po prestanku glavnog potraživanja **neplaćene zatezne kamate “osamostaljuju i obračunavaju kao glavno potraživanje”**.⁵⁶ U ovome kontekstu “glavno potraživanje” nije ništa drugo nego glavnica, na što upućuje i nastavak sentence: “... na koje se potraživanje može zahtijevati zatezna kamata ...”.⁵⁷

4. Uračunavanje kamata kod djelomičnog plaćanja

Uračunavanje ispunjenja uređeno je samo dvama zakonskim člancima (čl. 312. i 313. ZOO). Prvi nosi naslov “red uračunavanja”, a drugi “uračunavanje kamata i troškova”. Usprkos jasnoći dikcije ovih zakonskih odredbi, u praksi je bilo dosta dvojbi i suprotstavljenih stajališta. Izvor nesporazuma bilo je nerazlikovanje funkcije odredbi jednoga i drugoga članka. Članak 312. uređuje redosljed podmirivanja pri ispunjenju obveza (novčanih i nenovčanih) kada između dužnika i vjerovnika postoji više dospjelih istorodnih obveza, a ispunjenjem se sve ne mogu namiriti. Odredbe o ovom uračunavanju izrazito su dispozitivne. Ako nema sporazuma vjerovnika i dužnika, uračunavanje određuje dužnik svojom dispozicijom (najkasnije prilikom plaćanja), a tek se zatim primjenjuju supsidijarna pravila - redosljed dospelosti obveza, prednost manje osigurane obveze, prednost obveze koja više tereti dužnika (u krajnjoj liniji - razmjerno namirivanje svih obveza).

Nasuprot tome, **odredba o uračunavanju kamata (i troškova) iz čl. 313. ZOO-a naglašeno je imperativna, što ne znači da je kogentna**, tj. da stranke svojim sporazumom ne bi mogle i drukčije utanačiti. Međutim, ovdje je bitno da **dužnik ne može svojom (jednostranom) dispozicijom određivati uračunavanje**.⁵⁸ Zbog toga ne može biti sumnje da je kod ove druge odredbe, za razliku od prve, zakonski cilj zaštita vjerovnika. Vjerovnikov interes nalazi se u tome što bi bez ovakvog uračunavanja dužnik mogao, plaćajući glavnicu, izbjeći plaćanje kamata na kamate, sve dotle dok se vjerovnik ne bi odlučio na samostalno utuženje dospjelih kamata.⁵⁹

⁵⁵ Eraković, str. 26.

⁵⁶ VS Gzz-33/98 od 27.5.1998. Izbor 89-2/8.

⁵⁷ I Romac, objašnjavajući anaticizam, govori o obračunatim dospjelim kamatama kao o **novoj glavnici**, v. bilješku 42.

⁵⁸ Stoga i VTS, nakon ranijih lutanja, sada redovito obrazlaže: “Vjerovnik ima pravo na primjenu uračunavanja po čl. 313. ZOO-a uvijek i bez ispunjenja bilo kakvih uvjeta. Namjena te odredbe jest zaštita vjerovnika i poticanje na disciplinu u plaćanju, pa se pravilo ne smije primjenjivati restriktivno tako da štiti dužnika” - Pž-289/95 od 14.2.1995., Pž-290/95 od 14.2.1995. Informator 4335/95, Pž-1180/98 od 16.3.1999. Zbirka TS 5/9. Tako i VS Gzz-8/98 od 2.4.1998. Izbor 98-2/11: “Prema odredbama o uračunavanju ispunjenja kada dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, prvo otplaćuje troškove, zatim kamate i napokon glavnicu.”

⁵⁹ Rezerve u tom smislu izražava Eraković, posebno u vezi s tretmanom uglavničanih kamata kao glavnice, str. 41. i 42.

Dakle, prema odredbi čl. 313. ZOO-a, kod djelomičnog dužnikovog plaćanja prvo se otplaćuju (troškovi i) kamate, a tek onda glavnica. Automatizam ovoga pravila, za čiju primjenu nije potrebna nikakva vjerovnikova akcija, dolazi posebno do izražaja kod ovrhe, kada se provodi prisilna naplata iz tzv. sredstava na računu. Tada je i organizacija platnog prometa dužna uračunavanje provoditi po čl. 313, ne pitajući dužnika (ovrhovoditelja).⁶⁰ To u praksi redovito i čini.

Drukčije uračunavanje zahtijevalo bi izričit i jasan sporazum, tj. vjerovnikovu suglasnost, jer bi se u biti radilo o vjerovnikovom darovanju dužnika.⁶¹

U sudskoj praksi ostalo je nedosljedno (i neadekvatno) riješeno pitanje uračunavanja u slučaju kada dužnik plati (prvobitnu) glavnica, pa se dug svede na uglavničene kamate kao novu glavnica i na zatezne kamate na tu glavnica. U vezi s tim upućujemo na argumentaciju o kamatama kao glavnici iz prethodnog potpoglavlja o kapitalizaciji kamata. Ovdje dodajemo da sudske odluke koje otklanjaju primjenu čl. 313. ZOO-a u takvim slučajevima, ne upućuju na to kojim bi se redom (umjesto onoga po čl. 313) trebalo obavljati uračunavanje. Apsurdnost takvog stava u praktičnoj primjeni pokazuje primjer iz ovrhe na novčanim sredstvima, kada organizacija platnog prometa dobije na provedbu rješenje o dozvoli ovrhe prijenosom glavnice i kamata. Glavnica čine kapitalizirane kamate, ali se to (redovito) iz rješenja ne vidi. Ako na ovršenikovu računu nema dovoljno sredstava za podmirenje cjelokupne tražbine, nema sumnje da se primjenjuje čl. 313. ZOO-a.

5. Mjenične kamate

5.1. Ugovorne mjenične kamate

Dopustivost unošenja kamata u mjenicu ovisi o načinu na koji je određeno dospijeće mjenične obveze. Načelo određenosti mjenične svote ograničava mogućnost ispunjavanja mjenice na način da mjenična svota nosi ugovorne kamate, osim kad se radi o mjenici po viđenju ili na određeno vrijeme po viđenju (čl. 5. ZM).

Ako bi se, usprkos ovoj zabrani, odredba o kamatama ipak unijela u mjeničnu ispravu, klauzula bi se smatrala nepostojećom.

⁶⁰ OZ to izričito propisuje u kontekstu o zadužnici. Organizacija platnog prometa vraća vjerovniku, na njegov zahtjev, zadužnicu koja se nije mogla u cijelosti naplatiti, naznačujući naplaćeni iznos **troškova, kamata i glavnice** (novelirani čl. 183. st. 6).

⁶¹ Relikt ranijeg, sada napuštenog stajališta trgovačkog sudstva, kada se donekle uvažavala dužnikova dispozicija pri djelomičnom plaćanju, jest ocjena situacije kada dužnik dađe vjerovniku, a ovaj prihvati mjenicu (ranije moguće i akceptni nalog) za osiguranje svoga plaćanja i radi naplate o dospijeću. Trgovački sudovi i danas smatraju da se vjerovnik primajući mjenicu suglasio s drukčijim uračunavanjem, tj. s tim da dužnik plaća glavnica a ne kamate. Zanimajući različite modalitete ove situacije (a naročito u pogledu moguće nepodudarnosti dospijeća iz osnovnog posla i dospijeća mjenice), smatramo ovu praksu neispravnom i nedosljednom. Ona neopravdano slabi vjerovnikovu poziciju i obeshrabruje vjerovnika (koji prati judikaturu) da prihvaća mjenice. Mjenica treba služiti jačanju pravnog prometa i poslovne sigurnosti, a ne njihovom slabljenju.

Navedeno pravilo, međutim, ne znači da mjenica ne može sadržavati (ugovorene) kamate. Naime, s obzirom na to da je kod mjenice *a dato* i kod kalendarske mjenice dospjeće poznato već u trenutku izdavanja, kamatna se svota može izračunati prilikom emitiranja, pribrojiti glavnici i unijeti kao mjenična svota. Tako, zahvaljujući apstraktnosti mjenične tražbine/obveze, mjenične kamate izmiču inače važećoj zabrani anatocizma, zaračunavanja kamata na kamate prije utuženja (čl. 272. st. 2. ZOO).

Kad je mjenica plativa po viđenju ili na određeno vrijeme po viđenju, vrijeme dospjeća plaćanja pri izdavanju nije precizirano, pa stoga nije moguće unaprijed izračunati kamatnu svotu.

Stopa mjeničnih kamata, kao ugovornih, ograničena je općim propisima građanskoga prava. Između pojedinaca ta stopa, dakle, ne može biti veća od stope koja se u mjestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju, a između drugih osoba trebale bi se primjenjivati odredbe posebnog zakona. U nedostatku posebnog zakona, vidjeli smo, sudska praksa po potrebi moderira kamatnu stopu u skladu sa stopama koje banke redovito primjenjuju u sličnim poslovima.

U literaturi je izražen i stav da mjenica ni u kom slučaju ne može izražavati kamate, osim ako su one uključene u mjeničnu svotu.⁶² Tako se i odredba ZM-a u vezi s ostvarivanjem regresa, prema kojoj imatelj mjenice može od regresnog dužnika zahtijevati (uz ostalo) "iznos za koji mjenica nije akceptirana i isplaćena, kao i kamate ako su bile u mjenici određene" (čl. 47. st. 1.), tumači tako da kamate moraju biti sadržane u mjeničnoj svoti. Nema razloga ovako tumačiti navedene zakonske odredbe. Kada bi citirana odredba aludirala na kamate sadržane u mjeničnoj svoti, ne bi bilo nikakve potrebe posebno naglašavati da se uz svotu mogu zahtijevati "i kamate". Stoga se odredba o mogućem određivanju kamata u mjenici u sklopu regresnog zahtjeva odnosi baš na dopustivost određivanja kamatnog prinosa u mjenicama u kojima je dospjeće određeno po viđenju ili na određeno vrijeme po viđenju.⁶³

5.2. Zatezne mjenične kamate

Na mjeničnu obvezu koja ne bi bila plaćena u roku, ovisno o načinu na koji je određena dospelost, vjerovniku pripadaju zatezne kamate, i to u skladu s propisom

⁶² Eraković, str. 43, uz pozivanje i na načelni stav bivših vrhovnih sudova od 6. i 7. 11. 1985. - PSP 29/74.

⁶³ Takav zaključak nije u suprotnosti s načelnim stavom bivših vrhovnih sudova (iz prethodne bilješke), prema kojemu "zatezne kamate iz čl. 277. ZOO koje nisu uključene u mjeničnu svotu imatelj mjenice može zahtijevati samo u redovnom sporu od dužnika s kojim je u dužničko-vjerovničkom odnosu, s tim da kamate po osnovi mjenice i kamate na potraživanje iz dužničko-vjerovničkog odnosa ne mogu zajedno preći najviši iznos zakonom dopuštene kamate". Naime, načelni stav tretira zatezne kamate (po čl. 277. ZOO), a ne ugovorne. Stav se odnosi na vrijeme kada su mjenične zatezne kamate bile određene stopom od 6 % godišnje. Stoga je stajalište da se u sporu temeljem osnovnog posla može od dužnika uspješno tražiti (samo) razlika do "zakonom dopuštene kamate" - razumljivo i prihvatljivo, a neodlučno je za ocjenu pitanja o dopustivosti unošenja kamatne odredbe u mjenicu.

kojim se uređuje visina stope zateznih kamata, dakle prema propisu iz čl. 277. st. 1. ZOO-a. Nekoć su mjeničnim propisom te kamate bile fiksirane stopom od 6 % godišnje, pa se u praksi javljalo pitanje ostvarivanja zateznih kamata iznad te stope. Judikatura je zauzela logično stajalište da se zatezne kamate iznad propisane stope (mjeničnim propisom) mogu tražiti jedino u posebnom sporu iz osnovnog posla (kredita) kada za to postoje pretpostavke.⁶⁴ Ovo pravno stajalište, u drukčijem kontekstu, može biti i danas primjenljivo. Naime, propisana stopa zateznih kamata pravno je ipak supsidijarna, a prednost ima stopa ugovornih kamata kada je ona viša od propisane stope zateznih, pa se ta stopa primjenjuje i kao zatezna (čl. 277. st. 2. ZOO). Stoga bi i danas bilo moguće, kada postoje pretpostavke iz osnovnog posla, ostvarivati razliku zateznih kamata izvan mjeničnog spora.

U vezi s mogućim zakašnjenjem u ispunjenju novčane obveze, za čije je osiguranje predana mjenica, sudska praksa izjasnila se da sama predaja mjenice ne znači plaćanje, već samo njegovo osiguranje, a do plaćanja dolazi tek onda kad se mjenica realizira (putem organizacije platnog prometa).⁶⁵

U praksi je bilo dvojbe smije li se ugovarati da se novčana obveza iz temeljnog posla ispuni po dospijeću mjenice bez zaračunavanja kamata. Dilemu je uzrokovalo stajalište sudova po kojemu je propis o kamatnoj stopi strog i ne dopušta drukčije ugovaranje. Vrhovni sud RH u nekoliko pravorijeka zauzeo je stajalište o dopuštenosti takvog ugovaranja.⁶⁶

Čini se da je bilo i dosta problema oko određivanja trenutka u kojemu dužnik iz osnovnog posla dolazi u zakašnjenje (*mora debitoris*) ako je svom vjerovniku predao mjenicu, ali ju je vjerovnik izgubio, uništio, ili je propustio rok za naplatu. Pitanje je dobilo odgovor na XX. sastanku delegata privrednog sudstva (1987.), i to takav da je time vjerovnik došao u u zakašnjenje (*mora creditoris*), a njegovo zakašnjenje prestaje pozivom dužniku na plaćanje u smislu čl. 324. i 326. ZOO-a.⁶⁷

Mjenični iskupitelj rambursnim regresom može od dužnika zahtijevati ne samo cjelokupnu isplaćenu svotu (koja može uključivati i zatezne kamate), već još i dodatno zateznu kamatu u visini eskontne stope Hrvatske narodne banke.

5.3. Diskontne mjenične kamate

U slučaju regresne isplate prije dospelosti mjenice (čl. 42. ZM), primjenjuju se odbitne kamate. Od mjenične svote odbija se eskont (diskont)⁶⁸, i to po eskontnoj stopi Hrvatske narodne banke koja važi na dan regresa.

⁶⁴ Uz načelan stav bivših vrhovnih sudova naveden u prethodnoj bilješki, v. i revizijsku odluku VS Rev-1451/86 od 16.4.1986. PSP 33/87-154.

⁶⁵ Tako VS II.Rev-29/86 PSP 31/87-69.

⁶⁶ II.Rev-62/87 od 14.7.1987. PSP 37/88-56; II.Rev-103/87 od 15.12.1987. PSP 38/88-101.

⁶⁷ Prema časopisu Privreda i pravo 9-10/1987, str. 540.

⁶⁸ V. natuknicu Eskont (diskont), Dragičević, A. i D., Leksikon ekonomije i informatike, Informator 1999.

6. Posljedice ustupa tražbine, preuzimanja duga i prijebaja na kamate

6.1. Ustupanje (cesija) tražbine

Cesija ili ustupanje tražbine jedan je od mogućih načina ispunjenja obveza, a ostvaruje se promjenom vjerovnika (čl. 436 - 445. ZOO). U ovome kontekstu govorimo samo o ugovornoj cesiji (moguća je i ona po zakonu). Svaka je tražbina u pravilu prenosiva, osim one čiji je prijenos zabranjen zakonom, koja je vezana uz vjerovnikovu osobu ili čija se priroda protivi prenošenju. Za učinak cesije nije potreban dužnikov pristanak, osim ako su dužnik i vjerovnik (potencijalni cedent, ustupitelj) ugovorili neprenošenje ili su ga uvjetovali dužnikovim pristankom.

U kamatnom kontekstu mjerodavna je zakonska odredba prema kojoj s ustupljenom tražbinom prelaze na primatelja (cesionara) i sporedna prava, među kojima su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zalog, prava iz ugovora s jamcem, pravo na kamatu, ugovornu kaznu i slično. Pri tome treba brinuti o pravnoj pretpostavci da se s glavnom tražbinom prenose ne samo buduće kamate (od cesije), već i one ranije dospjele neisplaćene.

Kod naplatnih poslova cedent odgovara cesionaru za postojanje tražbine (njezin veritet), a za naplativost (bonitet) samo ako je to ugovoreno.

6.2. Preuzimanje duga

Za razliku od cesije, kada se u obveznom odnosu mijenja vjerovnik, preuzimanjem duga mijenja se dužnik. Za valjanost ove promjene potreban je vjerovnikov pristanak na sporazum dužnika i preuzimatelja (čl. 446. st. 1. ZOO). To zbog toga, jer se preuzimanjem duga raniji dužnik oslobađa obveze.

Sporedna prava koja postoje uz vjerovnikovu tražbinu preuzimanjem duga ostaju (osim jamstva i zalogu trećih, ako nositelji tih obveza ne pristaju odgovarati za novog dužnika). Međutim, preuzimatelj ne odgovara za nenaplaćene kamate dospjele do preuzimanja (ako nije drukčije ugovoreno - čl. 449. ZOO).

6.3. Prijebaj (kompensacija)

Pravo dopušta jednostrani prijebaj dužnikove tražbine s vjerovnikovom, uz uvjet da su obje tražbine novčane (ili glase na isporuku drugih zamjenljivih stvari istoga roda i kakvoće) i da su obje dospjele. Za nastanak prijebaja potrebna je izjava strane koja želi prijebaj, no učinak kompenzacije nastaje već od časa stjecanja uvjeta (*ex tunc* - 336. i 337. ZOO).

Budući da je prijebaj jedan od načina prestanka obveze, nastankom prijebaja zaustavlja se i tijek kamata (dakle, časom stjecanja uvjeta).

Ako prijebajem nije naplaćena čitava tražbina, treba primijeniti pravila o uračunavanju (čl. 313. ZOO).

7. Zastara kamatnih tražbina

Institut zastare mijenja kakvoću tražbine. Nastupom zastare obveza postaje prirodna (naturalna). To znači da vjerovnik zadržava pravo zahtijevati ispunjenje, štoviše, to pravo može i utužiti, a sud mu je dužan pružiti pravnu zaštitu, osim ako dužnik prigovori zastarjelost. Na građanskopravnu zastaru (za razliku od kaznenopravne) sud ne reagira po službenoj dužnosti. Stoga, i kad su poznate sve činjenice koje ukazuju na zastaru, sud bez dužnikovog prigovora ne može odbiti tužbeni zahtjev. Zakonska odredba prema kojoj "zastarom prestaje pravo zahtijevati ispunjenje obveze" (čl. 360. st. 1. ZOO) neprecizna je, jer ne izražava pravu posljednicu zastare.

Zastara nastaje protekom zakonom određenog vremena, nakon kojega dužnik ima pravo uskratiti ispunjenje obveze zbog vjerovnikove pasivnosti. Ističe se da je zastarni rok - rok materijalnoga prava, za razliku od postupovnih rokova koji u pravilu dovode do prekluzije, tj. do gubitka prava ako se ono ne ostvaruje na vrijeme. Uz to, pravila o zastari ne primjenjuju se ako su zakonom određeni rokovi u kojima treba podići tužbu (ili izvršiti određenu radnju) pod prijetnjom gubitka prava. Ova druga pravila, dakle, imaju prednost.

Zastarne rokove određuje zakon. To znači da stranke ne mogu ugovarati te rokove, produljivati ih ili skraćivati. Ako o tome postoji ugovorna odredba, ona je ništava (ali ugovor ostaje na snazi). Isto tako, dužnik se ne može niti odreći zastare unaprijed, prije nego što ona nastupi. *A contrario*, pošto zastara već nastupi, dužnik se može valjano (s pravnim učinkom) nje odreći i time prirodnu obvezu pretvoriti u obvezu s punim učincima. Odricanje od zastare zapravo znači priznanje zastarjele obveze.

Neki oblici osiguranja tražbine čine je imunom na zastaru. Kad je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom, bez obzira na moguće nastupjelu zastaru, založni se vjerovnik može namiriti iz zaloga, ako založeni predmet "drži u rukama" ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi (hipoteka). Ovo pravilo (čl. 368. ZOO) trebalo bi vrijediti i u slučaju novih oblika osiguranja, sudskoga ili javno-bilježničkog sporazumnog osiguranja, te fiducijarnog prijenosa vlasništva u smislu odredaba Ovršnog zakona. Međutim, ovo pojačano pravo namirenja ne odnosi se na zastarjela potraživanja kamata i drugih povremenih davanja.

Opća pravila o zastari uređena su ZOO-om (čl. 360.-393.). Uz opći zastarni rok od pet godina, te uz kraći trogodišnji zastarni rok za tražbine iz trgovačkih poslova (kad se radi o "međusobnim potraživanjima (društvenih) pravnih osoba iz ugovora o prometu robe i usluga"⁶⁹), zakon za pojedine vrste tražbina određuje i posebne rokove. Za kamatne tražbine mjerodavna je zakonska odredba o "povremenim tražbinama" (čl. 372. ZOO). **Potraživanja povremenih davanja** koja dospijevaju godišnje ili u kraćim vremenskim razmacima, bilo da se radi o sporednim

⁶⁹ Ovom zastarjelom odredbom treba obuhvatiti i trgovce pojedince, odnosno obrtnike i druge pojedince koji u obliku registriranog zanimanja obavljaju neku gospodarsku djelatnost, a tražbine potječu iz predmeta njihovog poslovanja ili su u vezi s njim.

povremenim potraživanjima, **kao što je potraživanje kamata**, ili o takvim povremenim potraživanjima u kojima se iscrpljuje samo pravo (kao što je potraživanje uzdržavanja), **zastarijevaju za tri godine** od dospelosti svakog pojedinog davanja. Budući da su kamate povremena tražbina, trogodišnji zastarni rok vrijedi i za anuitete, kada se u jednakim unaprijed određenim iznosima otplaćuju zajedno glavnica i kamate.

Samo pravo iz kojega proistječu povremene tražbine zastarijeva inače za pet godina, ili u određenom kraćem roku, računajući od dospelosti najstarije neispunjene tražbine, poslije čega dužnik nije plaćao (odnosno obavljao davanja). **Zastarom prava iz kojega proistječu (sporedne) povremene tražbine, vjerovnik gubi i pravo zahtijevanja kamata** kao budućih povremenih davanja i povremenih davanja dospjelih prije zastare (čl. 369. ZOO). To je posljedica akcesornosti kamata (kao i plodova, troškova i ugovorne kazne).⁷⁰

Među povremenim tražbinama kamate su specifične jer teku kontinuirano. No, dok **ugovorne kamate dospijevaju u ugovorenim vremenskim razmacima** (odnosno istekom godine - čl. 399. st. 3. ZOO),⁷¹ zatezne kamate dospijevaju dnevno. Stoga, **zatezne kamate i zastaraju dnevno**, tj. smatra se zastarjelom svaka tražbina izvan trogodišnjeg roka računajući unatrag od dana podnošenja tužbe (ili akta koji je zamjenjuje).

Duži **zastarni rok od deset godina važi za tražbine utvrđene pravomoćnom odlukom** suda ili drugoga nadležnog tijela, odnosno nagodbom pred tim tijelom. To se pravilo primjenjuje bez obzira na podrijetlo tražbine i bez obzira na svojstvo stranaka. Stoga, po isteku desetogodišnjeg zastarnog roka kod ovih tražbina neće biti moguće provesti ovrhu ako ovršenik prigovori zastaru. Naime, ni ovdje sud o tome ne skrbi po službenoj dužnosti. **Međutim, sve povremene tražbine, dakle i one po osnovi kamata**, koje proistječu iz takvih odluka (ili nagodbe), **zastarijevaju u trogodišnjem roku**, osim ako se radi o tražbinama koje su dospjele do trenutka na koji se odnosi pravomoćnost odluke (odnosno na koji se odnosi nagodba).

Tijek zastare moguće je i prekinuti, nakon čega zastarni rok počinje teći iznova, a vrijeme prije prekida ne računa se.

Prekid zastare može nastati dužnikovom ili vjerovnikovom radnjom. Dužnik može prekinuti tijek zastare **priznanjem duga**, a vjerovnik **podizanjem tužbe** ili nekom drugom radnjom protiv dužnika poduzetom pred sudom ili drugim nadležnim tijelom (radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarenja tražbine). Dakle, za prekid zastarijevanja nije dovoljno da vjerovnik samo pozove dužnika na ispunjenje. Poziv mora biti učinjen u kvalificiranom obliku, kao što je podizanje tužbe, prijava u likvidacijskom ili stečajnom postupku.⁷²

⁷⁰ Tako PS Pž-1312/91 od 26.10.1993. Informator 4160.

⁷¹ Tako VS Rev-1573/89 od 22.2.1990. PSP 50/49.

⁷² Talijansko pravo dopušta i jednostavniji način prekida zastare, postavljanjem pisanog zahtjeva (čl. 2943. st. 4., u vezi sa čl. 1219. CC).

Dug se može priznati na razne načine, jer se za to ne zahtijeva poseban oblik. Bitno je da je priznanje dovoljno određeno, jasno, bezuvjetno, dano tijekom zastarnog roka, i da ga daje ovlaštena osoba. Stoga se dug može priznati ne samo izričitom izjavom upućenom vjerovniku, već i posredno, npr. **otplaćivanjem duga, plaćanjem kamata**, davanjem osiguranja (čl. 387. st. 2. ZOO). U praksi se postavilo pitanje obuhvaća li posredno priznanje plaćanjem dijela glavnice - samo glavicu ili i kamate. U literaturi i judikaturi izražen je restriktivan stav po kojemu priznanje (i otplata) glavnog duga ne prekida tijekom zastarijevanja potraživanja kamata⁷³ (jer se "... plaćanjem glavnice ne očituje dužnikova volja da prizna i dug za kamate..."⁷⁴). Čini se prihvatljivijim pozitivan odgovor, također zabilježen u sudskoj praksi.⁷⁵ Čak i ako bi dužnik pri plaćanju (dijela ili cijele) glavnice izričito naglasio da time prizna samo glavicu, bio bi vrlo dvojbjen pravni učinak takve izjave, s obzirom na pravila o uračunavanju kod djelomičnog plaćanja duga (čl. 313. ZOO, o tome više u poglavlju o uračunavanju...).

Izneseni načini priznanja tražbine ne vrijede za priznanje zastarjelog duga. **Zastarjela obveza može se valjano priznati samo u pisanom obliku**, pa se takvo priznanje smatra odricanjem od zastare (čl. 366. ZOO). Pisano priznanje može se učiniti na razne načine, u zapisniku, u poslovnom pismu, izdavanjem priznanice i slično.

8. Kamate u stečajnom postupku

U svim zakonima koji su uređivali stečaj u Hrvatskoj unatrag stotinu godina tradicionalno je vrijedilo pravilo da otvaranjem stečajnog postupka kamate prestaju teći, odnosno da se one koje dospijevaju nakon stečajnog postupka ne isplaćuju iz stečajne mase. To je vrijedilo sve do početka 1990., kada je stupio na snagu Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (preuzet NN 53/91). Odredbom čl. 102. toga zakona bilo je propisano da "danom otvaranja stečajnog postupka ne prestaje teći kamata na potraživanja od dužnika koja se namiruju iz stečajne mase". Ovaj korjenit zaokret u zakonskom tretmanu kamata u stečaju tražila je praksa. Naime, u uvjetima velikog i dnevnog obezvrjeđivanja novca, često se, ili čak u pravilu, događalo da su po završetku stečajnog postupka vjerovnici bili namireni u cijelosti u pogledu glavnice i njihovih tražbina, a u stečajnoj masi preostajao je neisplaćen višak. Deprecijacija novca dovodila je do toga da je prijavljena glavnica (s dospjelim kamatama do otvaranja stečaja) postajala tijekom dugotrajnog stečajnog postupka bezvrijedna, dok bi kamate, da su bile priznate, uspijevale (barem djelomično) sačuvati vrijednost glavnice, jer su uključivale i njezinu revalorizaciju.

⁷³ Vizner, str. 1341. i 1342.

⁷⁴ PS Pž-996/89 od 9.5.1989. PSP 42/135.

⁷⁵ Tako VS II.Rev-24/80 od 17.7.1980. PSP 18/32: "Priznanjem **nezastarjelog** glavnog duga obuhvaćene su i kamate, ako nije izričito drukčije naznačeno. No priznanje **zastarjelog** (naglasio M.A.G.) glavnog duga ne znači i prizna i obveze plaćanja zastarjelih zateznih kamata" (VPS Gž-560/70 od 16.10.1979); isto i Okr.s.Spt Gž-1839/85 od 21.6.1985. PSP 29/45.

Odredba o priznavanju kamata za vrijeme stečajnog postupka nije bila dugo u primjeni. Naime, početkom 1994. izostavljena je iz citiranog članka 102. riječ "ne", pa je nova odredba pozitivno određivala da kamate "prestaju teći". Istovremeno je bilo propisano (čl. 100.) da se i tražbine u domaćoj valuti prijavljuju u stranoj - njemačkoj marci (paralelno s iskazom u domaćoj). Tako se pokušala sačuvati vrijednost glavnice, ali bez priznavanja (realnih) kamata.

Stečajni zakon na snazi nema izričite odredbe o tijeku kamata u stečajnom postupku. Stečajnopravni tretman kamata proizlazi iz zakonskih odredbi o isplatinim redovima (čl. 71. i 72.). Viši isplatin redovi, uz tražbine koje čine prihod državnog proračuna i slične, te uz tražbine zaposlenika, obuhvaćaju sve ostale tražbine prema dužniku, osim onih koje su razvrstane u niže isplatne redove. **Kamate na tražbine stečajnog vjerovnika od otvaranja stečajnog postupka nalaze se među tražbinama nižih isplatin redova** (na prvom mjestu). Tražbine nižih isplatin redova namiruju se prema slijedu redova u zakonskoj odredbi (u okviru jednoga reda - razmjerno), dakako iz sredstava stečajne mase, i to tek ako nešto preostane nakon isplate tražbina viših isplatin redova.

Stečajni zakon ne distingvira ugovorne od zateznih kamata.

Otvaranjem stečajnog postupka dospijevaju i **nedospjele tražbine**. Ranija dvojba oko vrijednosti nedospjelih tražbina i prematurnom tijeku kamata (prije stvarnog dospijeca glavnice obveze) riješena je na način da se tako "artificijelno" (zakonskom fikcijom) dospjele tražbine smanjuju. **Reduciraju se** na iznos koji bi, po uračunavanju zakonskih kamata za vrijeme od otvaranja stečajnog postupka do (stvarnog) dospijeca, odgovarao punom iznosu tražbina (čl. 73. SZ). Pravilo se, međutim, primjenjuje samo "ako se na te tražbine nije plaćala kamata" (misli se vjerojatno na to da kamate nisu pripadale vjerovniku do otvaranja stečaja). Izraz "zakonske kamate" u kontekstu čl. 73. SZ-a nije preciziran. Mogao bi se tumačiti kao - zatezne kamate po propisanoj stopi. Međutim, prirodi ovoga diskonta više bi odgovaralo da se za umanjenje glavnice koristi ugovorna kamata (iz čl. 399. st. 1. i 2. ZOO). I to su "zakonske kamate", a na ovo rješenje upućuje funkcionalna logika. Naime, ako se kod nedospjele tražbine pretpostavlja da sadrži neke kamate, onda to mogu biti samo ugovorne, pa je ovaj diskont bliži toj, ugovornoj, nego zateznoj kamati. Moguće je i treće, vjerojatno najprihvatljivije rješenje (prije *de lege ferenda*, negoli *de lege lata*). To je ono iz mjeničnog zakona, tj. eskont tražbine primjenom eskontne stope HNB. Koliko je poznato, praksa na ovo pitanje još nije dala odgovor. Treba zaključiti da na eskontiranu (umanjenu) tražbinu teku zatezne kamate (kao tražbina nižih isplatin redova) od dana otvaranja stečajnog postupka.

Na **nenovčane tražbine** vjerovniku ne pripadaju zatezne kamate. No, otvaranjem stečajnog postupka te tražbine (kao i one čiji je novčani iznos neodređen) ističu se u vrijednosti na koju se mogu procijeniti u vrijeme otvaranja stečajnog postupka (čl. 77. SZ). Stoga bi i na tako konvertirane nenovčane tražbine trebalo priznavati zateznu kamatu tijekom stečajnog postupka.

Tražbine izražene u stranoj valuti (ili u obračunskoj jedinici) preračunavaju se u kune (po tečaju "mjerodavnom za mjesto plaćanja u vrijeme otvaranja stečajnog

postupka” - čl. 77. SZ). Zbog toga bi, sukladno stajalištu o visini zateznih kamata na glavnice u stranoj valuti, zbog konverzije u domaću valutu, trebalo vjerovniku priznati zatezne kamate (od otvaranja stečaja) po stopi propisanoj za kunske obveze. Problemi bi se mogli pojaviti prilikom konverzije po tečaju u mjestu plaćanja (za inozemnog vjerovnika mjesto plaćanja u pravilu je u inozemstvu, a u tome mjestu kuna i ne mora kotirati na tečajnici), te pri izboru mjerodavnog tečaja (jednoga od triju tečajeva koje utvrđuje HNB ili devizna burza po čl. 18. st. 3. i 21. st. 2. Zakona o osnovama deviznog sustava, deviznog poslovanja i prometu zlatom, ili “prodajnog tečaja ovlaštene banke u mjestu ispunjenja obveze” u smislu čl. 395. ZOO-a).⁷⁶

Kamate koje su tekle prije otvaranja stečajnog postupka obračunavaju se i prijavljuju zajedno s glavnicom. Moglo bi se postaviti pitanje dopustivosti njihove kapitalizacije, tj. tijeka kamata na tako obračunate kamate od dana otvaranja stečajnog postupka. Ne bi trebalo biti sumnje oko pozitivnog odgovora ako su obračunate **ugovorne kamate**. Dvojba bi se mogla pojaviti kod obračunatih **zateznih kamata**, zbog stava da na takve kamate ne teku kamate prije plaćanja glavnice (drugi uvjet - postavljanja zahtjeva pred sudom, ispunjen je prijavom tražbine).

Problematika **zateznih kamata po ugovornoj stopi** (po čl. 277. st. 2. ZOO) reflektira se u stečajnom postupku na specifičan način. Čini se da se praksa opredjeljuje za primjenu samo propisane stope zateznih kamata tijekom stečajnog postupka. Stajalište se opravdavalo time da je položaj svih vjerovnika u stečaju jednak (*conditio omnium creditorum in concursu par est*). Tome bi se moglo prigovoriti. Načelo cilja razmjernom namirenju svih vjerovnika u skladu s mogućnostima, tj. prema veličini stečajne mase. No, visina kamata (kamatna stopa) rezultat je različite vrijednosti pojedinog kredita (tj. njegove skupoće). Vrijednost kredita ima svoje razloge. Stoga bi se moglo zaključiti da baš niveliranje kamatne stope u stečaju, neopravdano izjednačavajući tražbine, remeti princip ravnopravnosti vjerovnika.

Završetak tijeka kamata u stečajnom postupku, u nedostatku zakonske odredbe, riješila je sudska praksa. Načelno, kamate bi trebale teći sve do isplate. No, to je u stečaju neizvedivo, jer je potrebno prije glavne diobe odrediti apsolutne stope za raspodjelu. Stoga se kamate obračunavaju do ročišta za ispitivanje nacrta za glavnu diobu.⁷⁷

9. Kamatni zahtjevi u parnici i ovrsi

Kamatni zahtjevi koji se izražavaju u sudskom postupku moraju biti dovoljno određeni. Praksa je zahtijevala napuštanje ranijeg pravila da se ti zahtjevi ističu samo brojkom. Danas se zahtjev za plaćanje **zateznih kamata** smatra dovoljno određenim i ako upućuje na propis koji uređuje zatezne kamate.

⁷⁶ Mišljenja smo da se SZ trebao opredijeliti za pragmatično rješenje - konverziju po srednjem tečaju HNB (devizne burze).

⁷⁷ Tako PS Pž-735/91 od 10.9.1991. Zbirka 1/247; Pž-45/93 od 9.2.1993. Zbirka 1/246; Pž-1665/93 od 6.7.1993. Zbirka 1/248.

Kod **ugovornih kamata** po prirodi stvari u pravilu ne dolazi u obzir upućivanje na propis, već zahtjev treba izraziti ili brojčanom oznakom ugovornih odnosno ugovorenih kamata, ili formulom uz koju su te kamate ugovorene. Naime, ne samo u domaćoj praksi nego i u svijetu, uobičajeno je da se ugovorne kamate uz brojčano preciziranje određuju i na način da se one vezuju za neku kotirajuću veličinu. Tako se npr. ugovorne kamate određuju: LIBOR + 1(% poen), FIBOR + 0,5, EURIBOR + 0,5 (pretežno u poslovima s elementom inozemnosti), ili se (za domaću uporabu) formula vezuje za neku domaću općepoznatu veličinu kao što je stopa rasta cijena na malo (na mjesečnom nivou). Uporišne veličine, bilo da se radi o stopama deviznih tržišta, statističkim stopama rasta i sl., javno se objavljuju i lako su dostupne ugovornim stranama kao i tijelima koja dolaze u priliku provoditi sudske odluke.

10. Zatezne kamate na parnične i ovršne troškove

Vjerovnikovo pravo na zatezne kamate (koje je obvezan platiti dužnik kada zakasni s ispunjenjem novčane obveze - čl. 277. st. 1. ZOO) zakon ne ograničava samo na neke novčane tražbine. Stoga treba zaključiti da zatezne kamate duguje svaki dužnik koji kasni s ispunjenjem svake novčane obveze. Dosljedno tome, i dužnik troškova postupka (parničnoga, ali i upravnog i kaznenog) trebao bi dugovati zatezne kamate (i kada ne bi bilo odredbe o tome u OZ-u). Ipak, u praksi se to pravo redovito nije ni zahtijevalo, a niti priznavalo, sve do novele Zakona o izvršnom postupku, čijim je čl. 20. st. 2. bilo propisano: ako su u izvršnoj ispravi određeni **troškovi postupka**, sud će, na prijedlog vjerovnika, rješenjem odrediti naplatu zatezne kamate na iznos određenih troškova po propisanoj stopi od dana donošenja izvršne isprave do naplate.

U stručnim raspravama postavljalo se pitanje je li tom odredbom tek uvedeno pravo na zatezne kamate na troškove postupka, ili je njome samo određeno vrijeme početka tijeka zateznih kamata.⁷⁸ U pogledu drugoga dijela pitanja isticalo se da zatezne kamate teku od dospijeca glavnice, a da na dan donošenja izvršne isprave (npr. prvostupanjske parnične presude) još nije dospjela dužnikova obveza plaćanja troškova. Ona će dospjeti tek pravomoćnošću presude i protekom paricijskog roka. S druge strane, vjerovniku koji ima pravo na naknadu troškova postupka ti troškovi nastaju u pravilu već prije donošenja prvostupanjske odluke (izvršne isprave), bilo da se oni sastoje u sudskim ili upravnim pristojbama, odvjetničkim troškovima, troškovima vještačenja i sl. Zbog toga, opredjeljenje za početak tijeka zateznih kamata na ovu specifičnu glavnice - na dan donošenja izvršne isprave, predstavlja prihvatljivo pragmatično rješenje.

Sudska praksa, nakon početnog kolebanja, priznala je i pravo stranke da već u predizvršnom (npr. parničnom) postupku istakne u sklopu svoga zahtjeva i zahtjev za isplatu zateznih kamata na troškove postupka od dana donošenja odluke.

⁷⁸ O tome više Junio, Zatezne kamate na ...

(Novelirani) OZ spomenutu odredbu ZIP-a (pre)redigirao je preciznije: ako plaćanje zatezne kamate na troškove postupka nije određeno već u ovršnoj ispravi, sud će, na prijedlog ovrhovoditelja, u rješenju o ovrsci odrediti naplatu tih kamata po propisanoj stopi od dana donošenja odluke odnosno sklapanja nagodbe - do isplate (čl. 27. st. 3.). Zakonodavac je novom formulacijom isto jasnije uređio, očito radi izbjegavanja nekih dvojbi koje su se javljale u praksi.

Novom odredbom, iako sadržanom u OZ-u, na poseban način uređeno je pravo strane da u prethodnom (npr. parničnom) postupku, ili prilikom sklapanja nagodbe, traži utvrđenje prava na zatezne kamate na troškove već u toj (budućoj ovršnoj) ispravi. Činjenica da se pravo uređuje u ovršnopravnom propisu, kao potencijalna dopuna nepostojećeg dijela izreke u ovršnoj ispravi, ukazuje na to da stranka to pravo ima u prethodnom postupku i bez ove odredbe. Postojanje citirane odredbe u ZIP-u odnosno u OZ-u (samo) proširuje pravo i na slučaj kada obveza plaćanja zateznih kamata na troškove postupka nije (izričito) izražena u izvršnoj (ovršnoj) ispravi.

Praksa je tražila rješenje i za priznavanje zateznih kamata na **troškove ovršnoga postupka**. Naime, često protekne dosta vremena od pokretanja toga postupka, pa i od donošenja dozvole o ovrsci, do realizacije ovrhovoditeljevog zahtjeva. Rješenje je donijela novela OZ-a (čl. 27. st. 4.): na prijedlog ovrhovoditelja sud će odrediti naplatu zateznih kamata na troškove ovršnog postupka i osiguranja po propisanoj stopi od dana kada su ti troškovi učinjeni, odnosno plaćeni, do dana naplate. Dakle, različito je uređen početak tijeka kamata na parnične (i sl.) troškove od onoga na ovršne troškove. U vezi s tim ukazujemo na prethodna razmišljanja i dvojbe oko određivanja početka toga tijeka. Nije, međutim, jasno zbog čega je zakonodavac napravio razliku. Već smo zaključili da je početak tijeka zateznih kamata na troškove parničnog postupka rezultat pragmatične odluke. U drugom slučaju od toga se odstupilo. Ustanovljavanje dana učinjenih troškova (odnosno plaćanja) moglo bi prouzročiti dosta poteškoća i zahtijevati nesvršishodno mnogo vremena.

11. Organizacija platnog prometa u ovrsci

11.1. Organizacija platnog prometa kao ovršenikov dužnik

Ovrha radi naplate novčane tražbine koju ovršenik ima **na računu kod banke ili druge organizacije platnog prometa** (radi pojednostavljenja, u daljnjem tekstu: banka) uređena je kao **ovrha na ovršenikovo novčanoj tražbini** (Glava XII. OZ). Dodatno, u sklopu posebnih odredaba o ovrsci na imovini pravnih osoba (Glava XVI.), uređena je ovrha na sredstvima na računu pravnih osoba (čl. 205. - 216.). Prema pravilima OZ-a, posebne odredbe primjenjuju se dopunski uz one osnovne koje uređuju pojedino područje. Ovdje je OZ i dodatno naglasio da se uz odredbe Glave XVI., ako nije što drugo izrijekom određeno, na ovrhu protiv pravne osobe radi naplate novčane tražbine na odgovarajući način primjenjuju druge odredbe razdjela koji uređuje naplatu novčane tražbine (čl. 216.).

OZ je, za razliku od ZIP-a, izjednačio sve osobe kao ovršenike (dužnike) kod ovrhe na njihovoj novčanoj tražbini po računu. Naime, po ZIP-u, "izvršenjem na potraživanju po računu kod banke" uređivalo se samo izvršenje na novčanom potraživanju koje po računima kod banke (ali ne kao organizacije platnog prometa) ima građanin, dakle fizička osoba.⁷⁹ Posebno je bilo uređeno "izvršenje na društvenim sredstvima radi naplate novčanog potraživanja" (Glava XIV.), kasnije preinačeno u: "Posebne odredbe o izvršenju na imovini pravnih osoba radi naplate novčanog potraživanja". Čini se da su današnje posebne odredbe o "ovrsi na imovini pravnih osoba" relikv zakonskog uređenja izvršenja nad imovinom subjekata društvenog vlasništva.

OZ je, među općim odredbama o ovrsi na ovršenikovim računima kod banke, uz to što je uključio sve potencijalne subjekte kao ovršenike, tj. fizičke i pravne osobe, pojam financijske organizacije proširio, dodajući (uz banku) i drugu pravnu osobu koja obavlja poslove platnog prometa.⁸⁰ To znači da su ovim odredbama (Glave XII. OZ-a) kao predmet ovrhe obuhvaćeni svi depoziti kod financijskih institucija, bilo da se radi o štednim depozitima, tekućim računima, žiro-računima i slično. Odredbama o ovrsi na sredstvima na računu pravnih osoba (Glava XVI.) kao "posebnim" samo se dopunjuju one opće.

Banka (i druga organizacija platnog prometa) nalazi se u ulozi ovršenikovog (ranije: dužnikovog) dužnika.⁸¹

11.2. Utvrđivanje odgovornosti organizacije platnog prometa u kvaziparničnom ovršnom postupku

Opisani položaj banke (organizacije platnog prometa) određuje i njezinu odgovornost. **Banka kao organizacija platnog prometa dužna je u svemu postupiti po rješenju o ovrsi**, dakle, provodeći ovrhu dužna je prenijeti sredstva odnosno isplatiti ovrhovoditelja **u granicama određenim u tom rješenju** (čl. 41. OZ). Moguće bančino nepostupanje po rješenju o ovrsi povlači njezinu odgovornost, za koju su u OZ-u dana jednostavnija i elastičnija rješenja od ranije postojećih. Sada ovrhovoditelj može predložiti da sud u ovršnom postupku rješenjem naloži banci da

⁷⁹ Radi pojednostavljenja ovdje smo izostavili druge dužnike navedene uz građane, praktički zanemarive za razmatranu temu: društvene organizacije, udruženja građana i građanskopravne osobe - čl. 127. st. 1. ZIP-a (građanskopravne osobe u vrijeme postojanja društvenopravnih osoba nisu imale današnje značenje).

⁸⁰ Prema Zakonu o platnom prometu u zemlji ovlaštene organizacije za obavljanje platnog prometa u zemlji jesu: Hrvatska narodna banka, banke, štedionice i štedno-kreditne zadruge i Hrvatska pošta (čl. 5. st. 1.).

Korisnici žiro-računa u platnom prometu mogu imati svoja sredstva po viđenju uključena u depozit drugе depozitne institucije (banke), pa tada pokriće za isplatu mora postojati i na računu platitelja (ev.: ovršenika) i na računu depozitne institucije (čl. 25. st. 2.). Saldo depozitne institucije ne mora postojati, za provedbu plaćanja (isplate), ako je i osoba kojoj se plaća deponent te banke.

⁸¹ Banka nikako nije "produžena ruka suda" u smislu sudskoga izvršnog/ovršnog organa, kako se ponekad pretenciozno pokušavala kvalificirati, naročito u vrijeme monopolskog položaja Službe društvenog knjigovodstva, kasnije transformirane u Zavod za platni promet.

mu isplati sve ono što je propustila isplatiti prema rješenju o ovrsi, a po pravomoćnosti takvog rješenja **ovrhovoditelj može protiv banke tražiti ovrhu u tom istom ovršnom postupku**. Uz propuštenu isplatu banka odgovara ovrhovoditelju i za štetu koju bi ovaj pretrpio bančnim nepostupanjem prema rješenju o ovrsi (čl. 182. u vezi sa čl. 177. i čl. 206. st. 6. i 7. OZ).

Zbog nerazumijevanja koja su se javila u praksi, treba naglasiti bit i implikacije citiranih odredbi OZ-a:

- a) **banka izravno odgovara ovrhovoditelju za isplatu svega propuštenoga**, i to paralelno i istovremeno s odgovornošću ovršenika, koja postojanjem bančine odgovornosti nije prestala (pa ovrhovoditelj može ostvarivati svoje pravo na drugim ovršenikovim predmetima ovrhe, ako ne iskoristi pravo naplate od banke⁸²);
- b) uz to **banka još odgovara i za štetu** koja bi mogla nastati ovrhovoditelju zbog njezinog propusta;
- c) **onaj prvi ovrhovoditeljev zahtjev**, zahtjev za isplatu propuštenoga, **ostvaruje se u istom ovršnom postupku** ishodađenjem posebnog rješenja koje u tom ovršnom postupku ima značenje nove ovršne isprave i služi za ovrhu protiv banke;
- d) **naknadu štete** ovrhovoditelj može ostvarivati **u posebnom postupku**, a kad se radi o ovrsi na sredstvima na računu pravne osobe - u posebnom ovršnom postupku (čl. 206. st. 7. OZ);
- e) u ovom posljednjem slučaju odštetne odgovornosti zakon posebno naglašava bančinu odgovornost za štetu nanесenu povredom odredaba o opsegu, redosljedu i načinu namirenja ovrhovoditeljeve tražbine (čl. 206. st. 6. OZ);
- f) dok je ranije vjerovnik bio upućen na poseban postupak protiv banke, OZ mu omogućava da svoj zahtjev za isplatu propuštenoga ostvaruje u istom ovršnom postupku.

Navedeno u vezi s odgovornošću banke vrijedi za čitavo rješenje o ovrsi. Stoga, kada je u rješenju sadržana i **kamatna obveza**, bančina odgovornost zbog neprovođenja rješenja obuhvaća, dakako, i ovaj dio ovrhovoditeljevog zahtjeva.

11.3. (Ne)mogućnost raspravljanja u ovršnom postupku

Izvan spomenutog incidentalnog, adhezionog, kvaziparničnog postupka u okviru ovršnoga postupka (koji je novina OZ-a), **u ovršnome postupku u pravilu nije dopušteno raspravljanje i utvrđivanje činjenica**, a pogotovu ne nakon pravomoćnosti rješenja o ovrsi. OZ jedino predviđa da sud prvoga stupnja može povodom

⁸² Nitko nema pravo (s uspjehom) inzistirati na tome da bi ovrhovoditelj morao nastavljati ovrhu na drugim predmetima ovrhe ako banka opstruira ovrhu na novčanim sredstvima. Naprotiv, ovrhovoditeljevo je pravo ustrajati na (izravnom) novčanom namirenju i od ovršenikovog dužnika koji ne provodi sudsku odluku. Uostalom, notorni su praktički problemi kod nastavljanja ovrhe na ovršenikovim pokretninama i nekretninama (ili drugim pravima).

ovršnikove žalbe, po potrebi, saslušati stranke i druge sudionike, te obaviti druge izviđaje (čl. 47. st. 3.). Inače, radi utvrđivanja spornih činjenica, ali isključivo u okviru odredaba čl. 46. i 49. OZ-a, sud u ovršnom postupku upućuje ovršenika na parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom (prema čl. 48. i 52. OZ).⁸³

I ove smo zakonske odredbe istaknuli zbog brojnih slučajeva u praksi kada se traži da sud u ovršnom (odnosno izvršnom) postupku utvrđuje način provedbe ovršnog (izvršnog) naslova u pogledu kamatne obveze koja je u njemu sadržana, te da (pa i vještačenjem) utvrđuje visinu kamata. Za takav postupak nema uporišta niti u ZIP-u, a niti u OZ-u. To bi značilo vođenje nove parnice u ovršnom (izvršnom) postupku. **Izračunavanje kamata jest profesionalan, nepravni postupak** koji se provodi po pravilima struke, uz moguću primjenu propisa ako se njima to uređuje. **Kad se radi o ovrsi na ovršenikovo novčanoj tražbini, tada taj izračun obavlja ovršenikov dužnik**, u razmatranim slučajevima banka kao **organizacija platnog prometa**. O njezinom mogućem propustu i posljedicama odlučuje sud, ranije u posebnoj, a sada u ovršnom postupku.⁸⁴ Tek u tom postupku, po potrebi i uz vještačenje, može se utvrditi je li ovršenikov (dužnikov) dužnik korektno proveo rješenje o ovrsi (izvršenju).

12. Zaključak

Ova analiza hrvatskih propisa i sudske prakse u vezi s kamatnim zahtjevima, kao i različitih tumačenja koja se javljaju u stručnim radovima, pokazuje da na tom području ima dosta neriješenih pitanja, legislativno i provedbeno.

Kamate kao sporedno pravo i obveza trebale bi biti uređene jasno i na način da u njihovu ostvarivanju ne bude većih problema i dvojbi. Čini se da to tako i jest u pretežnom dijelu svijeta. Specifični problemi koji nastaju u hrvatskom podneblju⁸⁵,

⁸³ OZ predviđa ročište i radi rasprave o prijedlogu za provođenje osiguranja prethodnom ovrhom, prije odluke (čl. 282. st. 1.). I kod prijedloga za povrat u prijašnje stanje, uz primjenu odredaba ZPP-a (čl. 20. OZ), sud će u ovršnom postupku na ročištu raspraviti opravdanost prijedloga.

⁸⁴ U parnicama koje su se vodile protiv organizacije platnog prometa, ranije pred trgovačkim sudovima, a kasnije (promjenom nadležnosti prema Zakonu o sudovima) pred "redovnim" sudovima, bilo je izraženo nerazumijevanje kako materijalne, tako i postupovne komponente ovoga problema. Nije se razlikovala naknada štete od obveze isplate propuštenoga, a u pogledu postupka ukazivalo se na mogućnost raspravljanja o činjenicama u izvršnom/ovršnom postupku, ne obazirući se na nedostatak zakonskih rješenja za to, te posebno na postojanje izričito propisanog postupka u novome OZ-u (takvi su stavovi došli do izražaja i u jednom novijem stručnom radu: Crnić, str. 81. i 82., ali bez pozivanja na propise koji bi to opravdavali). Novija sudska parnična praksa udovoljava zahtjevima vjerovnika upravljenim prema organizaciji platnog prometa zbog propusta u isplati kamata prema rješenju o dozvoli izvršenja. Ima nekoliko zahtjeva postavljenih i temeljem odredaba OZ-a za rješavanje ovrhovoditeljevih zahtjeva prema organizaciji platnog prometa u ovršnom postupku, ali, koliko je autoru poznato, inercija je do sada bila jača od obveze promptnog rješavanja, koja je u ovršnom postupku još i naglašena.

⁸⁵ Već u susjednoj Sloveniji, koja ima zajednički legislativno-judikaturni pedigree s Hrvatskom, čini se da takvih i tolikih problema s kamatama nema. Ni Agencija za platni promet RS, nakon jednom izraženog pozitivnog stava Vrhovnog suda RH o odgovornosti Agencije u provođenju

a koji vuku svoje korijenje posebno iz vremena kada su kamatni dijelovi tražbina mnogostruko prelazili vrijednost glavnice, mogu se i moraju rješavati realnijim i jasnijim propisima, te usklađenom praksom sudova, ali i stručnjaka i tijela koja primjenjuju gospodarskomatematička pravila kod obračuna kamata. Posebno, nakon inovacijskih rješenja u Ovršnom zakonu,⁸⁶ ne bi više trebalo biti dvojbi oko uloge organizacije platnog prometa u postupku ovrhe na novčanim sredstvima "korisnika" (bilo da se radi o provedbi ovrhe po ZIP-u ili po OZ-u).

Literatura

Zakoni i drugi propisi na koje se poziva u tekstu:

Zakon o obveznim odnosima (ZOO), NN 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99.

Zakon o zateznim kamatama, NN 29/96.

Uredba o visini stope zatezne kamate, NN 76/96.

Zakon o parničnom postupku (ZPP), NN 53/91, 91/92, 112/99.

Zakon o izvršnom postupku (ZIP), NN 53/91, 91/93.

Ovršni zakon (OZ), NN 57/96, 29/99, (US-42/00, čl. 16. st. 4)

Stečajni zakon (SZ), NN 44/96, 29/99, 129/00.

Zakon o javnom bilježništvu (ZJB), NN 78/93, 29/94.

Zakon o mjenici (ZM), NN 74/94.

Zakon o platnom prometu u zemlji (ZPPZ), NN 27/92, 23/99.

Zakon o trgovini (ZT), NN 11/96, 30/99, 75/99.

Zakon o osnovama deviznog sustava, deviznog poslovanja i prometu zlata, NN 91A/93, 36/98.

Kazneni zakon (KZ), NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00.

Temeljna korištena literatura:

Alther/Brem/Bühlmann: Schweizerisches Obligationenrecht, Bern 1994.

A.W.B.: Law of Contract, London 1986.

Banović, D.: Primjena konformne metode kod obračuna zateznih kamata, u časopisu Pravo u gospodarstvu br. 3/2000..

Crnić, I. i J.: Zatezne kamate, u Godišnjaku 7 (Aktualnosti ...) Organizator 2000.

Eraković, A.: Pravni aspekti kamata, u Kamate RiF Zgb 2000.

Giunio, M.: Kamate u gospodarstvu, u Zaštita vjerovnika ... TEB Zgb. 2000.

Giunio, M.: Ovrha i osiguranje tražbina, Mikema Zgb. 1996.

Giunio, M.: Mjenica - instrument kreditiranja i naplate, Informator Zgb. 1999.

Giunio, M.: Pravni režim kapitaliziranih kamata, Pravo u gospodarstvu br. 5-6/96.

Giunio, M.: Zatezne kamate na parnične troškove, Pravo u gospodarstvu, 9-10/96.

Gorenc, V.: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRIF Zgb. 1998.

izvršenja, ne daje više prilike za vođenje postupaka protiv nje (a u postupcima koji su bili u tijeku priznala je tužbene zahtjeve).

⁸⁶ Rješenja postupovnih, ali u kojima se potvrđuje odgovornost dužnikovog dužnika za neisplatu i za štetu; ova odgovornost, dakako, postoji i bez tih procesnih odredbi.

Romac, A.: Rječnik latinskih pravnih izraza, 2. izd., Informator Zgb. 1992.

Vizner, B.: Komentar Zakona o obveznim odnosima, knj. 2. Zgb. 1978.

UNIDROIT: Principles of International Commercial Contracts, Rim 1995.

Glavni izvori sudskih odluka:

PSP - Pregled sudske prakse Vrhovnog suda RH

Izbor - Izbor odluka Vrhovnog suda RH

Zbirka - Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova

IngSP - Sudska praksa Inženjerskog biroa

Informator - časopis

Crnić, I.: ZOO s opsežnom sudskom praksom

Napomena: uz broj publikacije pod kosom crtom navodi se broj sentence (ili stranice)

Kratice

NN = Narodne novine, VS = Vrhovni sud RH, PS = Privredni sud, sada VTS = Visoki trgovački sud RH; kratice zakona v. uz popis zakona.

Summary

**CONTRACTUAL AND STATUTORY INTERESTS
(Regulations, Case-law and Problems)**

The article presents characteristics of interests as, so called, accompanying debts, mentions their groups, and focuses on contractual and statutory interest. In an attempt to circumscribe legal problems of interests (in the view of article's purpose and given spacial limitations), the author discusses regulations, commenting and illustrating their application in a number of actual cases. The case-law in this field presents a process of law creation, not only by interpreting existing provisions but also by filling the legal gaps. Thus, the case-law has established the limitation of contractual interests (their rate), as well as the manner of determining interests when the main debt is in a foreign currency. The author shows inequalities and inadequacy in certain judicial solutions (as precedents). Furthermore, he critically analyzes certain views expressed both in judicial decisions and recent scholarly papers, especially in regard to capitalization of interests, bill of exchange interests, and manner of avoiding and sanctioning of irregularities or obstructions in condemnatory documents enforcement (judgments, etc.) in relation to interests. Special emphasis has been put on the acute problem of, so called, usurious interests that has recently culminated in court selling real estate for unacceptably low price (one kuna).

Key words: *bank, interests, capitalization, rates, contractual, statutory.*

Zusammenfassung

**VEREINBARTER UND ZINSESZINS
(Vorschriften, Praxis und Probleme)**

Es werden Merkmale der Zinsen als sogenannte Nebenforderungen dargelegt, einige Arten davon angeführt und besonders der vereinbarte und Zinseszins bearbeitet. Indem er versucht, die Zinsrechtsproblematik abzurunden (im Rahmen des Zwecks der Arbeit und des zur Verfügung stehenden Raumes) weist der Autor auf die Vorschriften hin und kommentiert sie indem er ihre Anwendung durch zahlreiche Fälle aus der Gerichtspraxis illustriert. Die Judikatur erweist sich dabei als Kreator des Rechts indem nicht nur Vorschriften interpretiert sondern auch Rechtslücken gefüllt werden. So hat die Gerichtspraxis Lösungen für die Begrenzung der vereinbarten Zinsen (ihre Höhe) gebracht wie auch zur Bestimmung der Höhe der Zinseszinsen auf das Grundkapital in ausländischer Währung. Der Autor weist auf die Uneinheitlichkeit und Unangemessenheit einiger judiziellen Lösungen (als Präzedenz) hin. Kritisch analysiert er auch einige Auffassungen aus der Judikatur und aus der Fachliteratur (besonders der neuesten), die vor allem mit der Kapitalisierung der Zinsen (Grundkapitalisierung), den Monatszinsen, der Art der Behebung und Sanktionierung von Unrichtigkeiten und Obstruktionen bei der Durchführung des Zinsteils von Kondemnationsdokumenten (Urteil u.a.) beim Vollstreckungsverfahren verbunden sind. Er behandelt auch das akute Problem der sogenannten Wucherzinsen, d.h. dramatisch aktuelle durch Fälle von Pfandungsverkäufen unbeweglicher Sachen zu Schleuderpreisen (für eine Kuna).

Schlüsselwörter: *Bank, Zinsen, Kapitalisierung, Zinsfuß, vereinbart, Zinseszins.*

Sommario

**INTERESSI CONTRATTUALI E LEGALI
(disposizioni, giurisprudenza, problemi)**

L'articolo presenta le caratteristiche degli interessi cosiddetti accessori del credito, accenna ai loro gruppi, e mette a fuoco gli interessi contrattuali e legali. In un tentativo di circoscrivere i problemi giuridici degli interessi (nella prospettiva dello scopo dell'articolo e dati i limiti di spazio), l'Autore tratta delle disposizioni, commentando e illustrando la loro applicazione in un buon numero di casi giurisprudenziali. La giurisprudenza in questo campo presenta un processo di creazione del diritto non solo attraverso l'interpretazione delle norme esistenti, ma anche colmando le lacune legislative. Così il diritto giurisprudenziale ha stabilito i limiti degli interessi contrattuali (il loro ammontare), come anche il modo di determinare l'ammontare degli interessi sul capitale di valuta straniera. L'autore

mostra le disparità e le inadeguatezze in talune soluzioni giudiziali (come precedenti). Inoltre Egli analizza criticamente alcune posizioni espresse sia in decisioni giudiziali sia in recenti saggi dottrinali, specialmente riguardo alla capitalizzazione degli interessi, agli interessi cambiari, e alla modalità di invalidare e sanzionare le irregolarità o gli impedimenti nell'esecuzione di atti di condanna (sentenze, etc.) in relazione agli interessi. Particolare enfasi è posta sull'acuto problema dei cosiddetti interessi usurari, drammaticamente attuale per un caso di vendita immobiliare ad un inaccettabile prezzo irrisorio (una kuna).

Parole chiave: banca, interessi, capitalizzazione, tasso, contrattuale, legale.

VODE I VODNO DOBRO (neka pitanja pravnog uređenja)

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.247
Ur.: 24. siječnja 2001.
Pr.: 9. veljače 2001.
Stručni članak

Predmet je ovog referata pravni status voda i vodnog dobra, s naglaskom na stvarnopravno i obveznopravno uređenje.

Najvećim dijelom taj pravni status određuje Zakon o vodama ("Narodne novine", broj 107/95.), ali status za vode, kao opće dobro, i za javno vodno dobro, kao javno dobro u općoj upotrebi, proizlazi i iz općih propisa i odredaba Ustava Republike Hrvatske.

Pravno uređenje voda, koje ne mogu biti predmet prava vlasništva, i vodnog i javnog vodnog dobra, koja su predmet prava vlasništva, bitno se razlikuju.

Stoga se pojedina pitanja vezana uz stvarna i obvezna prava, upravljanje, korištenje, koncesije, ograničenja prava vlasnika i korisnika zemljišta i dr. razmatraju odvojeno glede voda i glede vodnog dobra.

Ključne riječi: vode, vodno dobro, pravno uređenje.

I. Uvod

Predmet ovog referata je pravno uređenje voda i vodnog dobra temeljem propisa važećih u Republici Hrvatskoj, s naglaskom na građanskopravna pitanja tog uređenja u svezi s pravnim obilježjima voda i vodnog dobra, upravljanjem, korištenjem i raspolaganjem te pravima i obvezama fizičkih i pravnih osoba na vodama i vodnom dobru.

Pravno uređenje voda i vodnog dobra sadržano je danas u Republici Hrvatskoj u nizu propisa, od Ustava, posebnih zakona, kao što je Zakon o vodama ("Narodne novine", broj 107/95., u daljnjem tekstu: Zakon o vodama) i općih zakona, kao što je npr. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96., 73/00., u daljnjem tekstu: Zakon o vlasništvu) do podzakonskih propisa odnosno akata (npr.: opći akti Hrvatskih voda ili jedinica lokalne samouprave te upravni akti tijela državne uprave ili lokalne samouprave ili Hrvatskih voda).

Najvažniji posebni zakon koji se odnosi na vode i vodno dobro je Zakon o vodama, ali ga u nekim bitnim elementima (kao što je npr. status općeg dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku) dopunjuju opće odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

Kao poseban zakon spomenuli bismo još i Zakon o lukama unutarnjih voda ("Narodne novine", broj 142/98.) te Zakon o financiranju vodnog gospodarstva ("Narodne novine", broj 107/95., 19/96. i 88/98.).

Budući da je Zakon o vodama osnovni posebni propis kojim se uređuje vodno pravo u Republici Hrvatskoj, naše daljnje izlaganje bit će najvećim dijelom vezano uz primjenu Zakona o vodama.

U mjeri u kojoj nam je bila dostupna, izložiti ćemo i sudsku praksu koja se odnosi bilo na primjenu Zakona o vodama bilo na primjenu drugih propisa u toj materiji.

Moramo naglasiti da je ta praksa zaista malobrojna uz iznimku novije prakse Upravnog suda Republike Hrvatske (koja se najvećim dijelom odnosi na plaćanje vodne naknade).

Kako je, međutim, upravna regulativa na tom području u nekim situacijama usko povezana i neodvojiva u primjeni i tumačenju propisa građanskopravne naravi, u mjeri u kojoj je to potrebno za okvire ovog referata, obuhvatit ćemo i upravnopravno područje reguliranja voda i vodnog dobra.

II.1. Vode i vodno dobro kao predmet Zakona o vodama

Istaknuli smo, uvodno, da je Zakon o vodama najvažniji i osnovni posebni zakon kojim se određuje pravni status i niz drugih pitanja vezanih uz vode i vodno dobro.

U primjeni Zakona o vodama osnovno je pitanje koji je predmet njegova reguliranja, odnosno polje i granice njegove primjene.

Prema odredbama čl. 1. st. 1. Zakona o vodama tim se Zakonom uređuje: "*pravni status voda i vodnog dobra, način i uvjeti upravljanja vodama (korištenje voda, zaštita voda, uređenje vodotoka i drugih voda i zaštita od štetnog djelovanja voda), način organiziranja i obavljanja poslova i zadataka kojima se ostvaruje upravljanje vodama; osnovni uvjeti za obavljanje djelatnosti vodnog gospodarstva; ovlasti i dužnosti tijela državne uprave i drugih državnih tijela, jedinica lokalne samouprave i uprave i drugih pravnih subjekata, te druga pitanja značajna za upravljanje vodama.*"

Prema čl. 1. st. 2. "*ovim se Zakonom osnivaju "Hrvatske vode" - pravna osoba za obavljanje poslova upravljanja vodama (u daljnjem tekstu: "Hrvatske vode").*"

Odredbama citiranog čl.1. Zakona o vodama u bitnome je naveden predmet toga Zakona, a to je:

- određivanje pravnog statusa voda i vodnog dobra,
- način i uvjeti upravljanja vodama kroz ovlasti tijela državne uprave, lokalne uprave i samouprave i drugih pravnih subjekata u pogledu tri osnovna pravca: zaštita voda, uređenje vodotoka, korištenje voda i zaštita od štetnog utjecaja voda,

- način organiziranja i obavljanja djelatnosti vodnog gospodarstva,
 - osnivanje pravne osobe "Hrvatske vode" za obavljanje posla upravljanja vodama.
- Prostorno, odnosno teritorijalno određenje primjene Zakona daju i odredbe čl.

2. koje glase:

"Odredbe ovoga Zakona odnose se na:

- površinske i podzemne kopnene vode uključujući ušća rijeka koje se ulijevaju u more i kanala spojenih s morem, do crte razgraničenja iz članka 4. točke 6. ovoga Zakona,

- mineralne i termalne vode, osim mineralnih i geotermalnih voda iz kojih se mogu pridobivati mineralne sirovine ili koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe što se uređuje Zakonom o rudarstvu,

- nalazišta vode za piće u teritorijalnom moru,

- vode mora u pogledu zaštite od onečišćenja s kopna i otoka."

Iz navedenih odredaba proizlazi da se Zakon o vodama odnosi na sve tzv. kopnene vode u Republici Hrvatskoj, a to su: rijeke, povremeni bujični vodotoci, plovni i drugi kanali kojima protječe voda, jezera i druge stojeće površinske vode, podzemne vode što teku ispod zemljine površine ili tvore podzemna jezera, zatim sve takve vode na otocima.

To su i mineralne i termalne vode, osim mineralnih i geotermalnih voda iz kojih se mogu "pridobivati" mineralne sirovine ili koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe, o čemu odredbe sadrži Zakon o rudarstvu.

Zakon o vodama u nekim slučajevima primjenjuje se i na pomorsko dobro i to kad se radi o sljedećem:

- izvoru pitke vode u teritorijalnom moru, što obuhvaća i izvore u kopnenom dijelu pomorskog dobra;

- zaštiti mora od onečišćenja koje nastaje ispuštanjem u more otpadnih voda i drugih tvari što dolaze s kopna;

- vađenju pijeska i šljunka u pojasu mora uz ušća rijeke što se ulijevaju u mora (čl. 53. Zakona).¹

U svezi s iznijetim odredbama ističemo značenje pitanja razgraničenja primjene Zakona o vodama u odnosu na primjenu nekih drugih zakona².

Tu prvenstveno mislimo na razgraničenje između voda i voda mora, odnosno između vodnog i pomorskog dobra, a što znači i razgraničenje u primjeni Zakona o vodama i Pomorskog zakonika (NN 17/94.).³

Pitanje razgraničenja postavlja se međutim i u odnosu na područja druge namjene uz granicu inundacijskog pojasa duž vodotoka i u odnosu na druge zakone

¹ Senka Andrijašević Rac i Damir Panjkota, Razgraničenje vodnog i pomorskog dobra, str. 7. Materijali sa Savjetovanja "Vode i vodno dobro", "Stubičke toplice 23/24. veljače 2000.", u daljnjem tekstu "Savjetovanje 2000."

² Ivan Šimunović i Jasnica Daničić, Zakon o vodama, Tekst Zakona s objašnjenjima, str. 6.

³ Senka Andrijašević Rac, Razgraničenje pomorskog i vodnog dobra, Informator br. 4814, str. 10.

kao što je npr. i Zakon o rudarstvu (NN 27/91., 92/94., pročišćeni tekst NN 35/95.).

Posebno razmatranje, inače vrlo značajnog pitanja razgraničenja u izloženom smislu, prelazilo bi okvire ovog referata.

II.2. Pojam i opći pravni status voda i vodnog dobra

Određivanje pojma i pravnog statusa voda i vodnog dobra od bitnog je značenja za stjecanje prava na njima, za upravljanje i raspolaganje vodama i vodnim dobrom.

Iako bi sistemski bilo ispravnije odvojeno razmotriti pojam određenog pravnog instituta od općeg pravnog statusa tog instituta u ovom slučaju, dakle, kad se radi o vodama i vodnom dobru, učinilo nam se opravdanim povezano obraditi ta pravna pitanja prvenstveno zbog razloga što se zakonske odredbe o tome međusobno dopunjuju, pa njihovo razgraničenje za sam predmet razmatranja ne bi bilo korisno.

Zakon o vodama razlikuje pojam voda od vodnog dobra. Iz toga slijedi, kako ćemo kasnije vidjeti, različitost njihovog statusnog određivanja te specifičnost u upravljanju i korištenju, a što je sve od bitnog utjecaja na njihov vlasničkopravni režim kao i na druga pitanja stvarnopravnog i obveznopravnog reguliranja.

II.2.1. Vode su prema čl. 3. st. 1. i 2. Zakona o vodama “*opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne mogu biti ni u čijem vlasništvu*”, a kao “*opće dobro imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske*”.

Što se tiče same definicije voda u pojmovnom smislu, Zakon o vodama nije dao takvu pravnu definiciju u svojim temeljnim odredbama čl. 3. koje smo naprijed citirali. Tu definiciju Zakon o vodama ne daje niti u čl. 4. u kojem određuje značenje pojedinih izraza u tom Zakonu.

Kad govori o vodama, Zakon o vodama pod tim pojmom podrazumijeva vodu kao dio prirode, odvajajući je od zemljišnih čestica koje čine korito i obale⁴ i koje su, kako ćemo to vidjeti u daljnjem izlaganju, dio vodnog dobra.

Ta okolnost, sama po sebi, u konkretnim situacijama u praksi, nesumnjivo može izazivati sporna pitanja statusa pojedinih voda, primjene propisa i dr.

Prazninu u Zakonu o vodama djelomično će sigurno biti moguće otkloniti kroz odredbe koje uređuju pravni status voda kao općeg dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Nedostatak zakonske definicije voda mogu dijelom otkloniti i odredbe naprijed citiranog čl. 2. Zakona o vodama (II.1.) kojima se pobliže određuje predmet reguliranja tog Zakona određivanjem voda na koje se odnosi Zakon.

Odredbe čl. 3. Zakona o vodama određuju pravni status voda kao općeg dobra, i kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, sa svim pravnim posljedicama koje iz toga proizlaze u reguliranju pravnog režima voda.

⁴ Danica Domjanović, *Stvarna i obvezna prava na vodnom dobru*, str. 1, Savjetovanje 2000.

Zakon o vodama u tom je dijelu u suglasnosti i dopunjuje se odredbama čl. 3. Zakona o vlasništvu i s odredbama čl. 52. Ustava Republike Hrvatske.

Kakav je dakle pravni status voda kao općeg dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku?

Prema čl. 52. st. 1. Ustava Republike Hrvatske mora, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudna blaga kao i druga prirodna bogatstva dobra su od interesa za Republiku Hrvatsku.

Ustav omogućuje da se zakonom proglasi da su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku stvari koje su i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja (čl. 52. st. 1. Ustava Republike Hrvatske).

Nadalje, zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu iskorištavati i upotrebljavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti (čl. 52. st. 2. Ustava Republike Hrvatske).

Dakle, dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu se odrediti neposredno Ustavom ili zakonom. Kad se radi o vodama, za njih je Ustavom određeno da su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Ustav ne sadrži pobliže određenje pravnog statusa u smislu iskorištavanja i uporabe dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. Odredbe o tome trebamo potražiti bilo u posebnom pravnom uređenju općih propisa, kao što je za stvarnopravno uređenje Zakon o vlasništvu, bilo u posebnim zakonima koji se odnose na te stvari kao što je za vode Zakon o vodama.⁵

Ukupnost tih propisa, pri čemu, odredbe posebnih zakona dolaze prvenstveno do primjene, a opća pravila tek supsidijarno, čini posebno pravno uređenje dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Prema čl. 4. st. 1. i 2. Zakona o vlasništvu *“stvari za koje je na temelju Ustava Republike Hrvatske posebnim zakonom određeno da su dobra od interesa za nju pa imaju njezinu osobitu zaštitu, a nisu opća dobra, sposobne su biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava.*

Vlasnici i ovlaštenici drugih prava na stvarima iz stavka 1. ovoga članka smiju se služiti tim svojim pravima u skladu sa zakonom određenim načinom uporabe i iskorištavanja tih stvari, a za ograničenja kojima su time podvrgnuti, pripada im pravo na naknadu određenu zakonom.”

Navedena opća odredba Zakona o vlasništvu jasno pokazuje da je primjena odredaba posebnih Zakona nužna za pobliže određenje pravnog režima pojedinih dobara od interesa za Republiku Hrvatsku.

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu biti:

- opća dobra
- druge stvari odnosno druga dobra koja po svojoj naravi nisu opća dobra.

⁵ Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, izdanje Informator Zagreb, 1998., str. 57.-58.

S obzirom na to načelna je razlika u njihovu stvarnopravnom, odnosno vlasničkopravnom režimu.

Ako su stvari od interesa za Republiku Hrvatsku ujedno i opća dobra, nisu sposobne biti predmetom prava vlasništva i drugih ograničenih stvarnih prava. Naprotiv ako nisu opća dobra, mogu biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava, naravno, uz ograničenja predviđena zakonom.

Navedene odredbe čl. 4. Zakona o vlasništvu slijede pravni status općih dobra kako je on određen u čl. 3. istog Zakona.

Opća dobra, prema odredbama čl. 3. Zakona o vlasništvu, a nabrajaju se vode u rijekama, jezerima, mora, uz atmosferski zrak i morsku obalu, dobra su koja po svojim prirodnim svojstvima ili prema zakonskim odredbama ne mogu biti u vlasništvu niti jedne fizičke ili pravne osobe, a ne mogu biti ni predmet drugih stvarnih prava.⁶

Načelno, status općeg dobra za određene stvari može proizlaziti bilo iz njihovih prirodnih osobina bilo iz zakonskih odredaba. To daje mogućnost zakonodavcu da neke stvari pretvori u opće dobro i ako to ranije nisu bile.⁷

Za razliku od čl. 3. st. 2. Zakona o vlasništvu, koji u pogledu općeg dobra isključuje, kako pravo vlasništva, tako i druga stvarna prava, a prema tekstu čl. 3. st. 1. i 2. Zakona o vodama, vode su opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne mogu biti predmet prava vlasništva dok se druga stvarna prava ne spominju. Takva zakonska formulacija, nadalje, trebala bi značiti da status općeg dobra za vode proizlazi iz njihovih prirodnih svojstava, pa se postavlja pitanje da li to isključuje mogućnost da se zakonom odredi status općeg dobra u nekim situacijama glede određenih voda ili je pozivanje na prirodna svojstva dovoljno sveobuhvatno za sve moguće situacije.

Neovisno o tome u svakom slučaju vode kao opće dobro nemaju sposobnosti biti predmetom prava vlasništva.

Više o stvarnopravnom uređenju glede voda govorit ćemo u dijelu izlaganja koji se odnosi na stvarnopravno i obveznopravno uređenje voda i vodnog dobra.

Ovdje upućujemo i na odredbe čl. 33. Zakona o vlasništvu, a posebno na st. 2. istog članka koje za situaciju kad je zakonom neka stvar pretvorena u opće dobro predviđaju jednake pravne učinke kao da je provedeno izvlaštenje.

⁶ Članak 3. Zakona o vlasništvu u cijelosti glasi:

“(1) Sposobne biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava jesu sve stvari, osim onih kojima njihove naravne osobine ili zakonske odredbe priječe da pripadaju pojedincu.

(2) Nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su to atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, te morska obala (opća dobra).

(3) O općim dobrima vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara Republika Hrvatska, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

(4) Pravno nisu dijelovi općeg dobra one zgrade i druge građevine koje su na njemu izgrađene na temelju koncesije, pa one tvore zasebnu nekretninu dok koncesija traje.”

⁷ N. Gavella i dr., op. cit., str. 54.

Odredbe čl. 33. st. 2. glase: *“Bude li zakonom nekoj vrsti stvari oduzeta sposobnost da bude objekt prava vlasništva, to za dotadašnje vlasnike takvih stvari proizvodi jednake pravne učinke kao da je glede tih stvari provedeno potpuno izvlaštenje.”*

Međutim, okolnost da opća dobra ne mogu biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava ne sprečava postojanje javne vlasti koja vodi brigu i upravlja takvim dobrima⁸ na način da time upravo osigurava uporabu svih na općem dobru.

Zakon o vlasništvu u čl. 3. st. 3. stavlja u dužnost Republike Hrvatske da ona vodi brigu i upravlja općim dobrima u njezinoj vlasti te da za to odgovara *“ako posebnim zakonom nije drukčije određeno”*.

To znači da neposredna briga i upravljanje općim dobrom, pa tako i vodama, može biti povjereno i drugom subjektu, a to je upravo učinio Zakon o vodama osnivajući pravnu osobu *“Hrvatske vode”* za upravljanje vodama, ali i time što je odredio prava i dužnosti odnosno djelokrug drugih tijela u upravljanju vodama, zaštiti voda i dr.

Zakon o vlasništvu sadrži opću odredbu prema kojoj *“tko god odlučuje o općim dobrima ili njima upravlja dužan je postupati kao dobar domaćin i odgovara za to”*.

Odredbama Zakona o vlasništvu ukoliko su one od utjecaja na pravni status voda, bavit ćemo se i pri razmatranju pojedinih pitanja pravnog, odnosno stvarnopravnog statusa i režima voda, vezano uz primjenu Zakona o vodama.

To će pokazati da Zakon o vodama često, a u nekim slučajevima i značajno, odstupa od općih propisa, uspostavljajući tako različit i poseban pravni režim u svezi s predmetom svog reguliranja.

Neovisno o tome, i upravo zbog toga, ovdje smo u bitnome izložili sadržaj tih općih odredaba da bismo pokazali da primjena Zakona o vodama kao posebnog zakona ipak ne bi bila moguća bez primjene općih odredaba sistemskih zakona, kao što je Zakon o vlasništvu. Ona ne bi bila moguća i bez odredaba niza drugih posebnih zakona.

Na to upućuju i odredbe čl. 3. st. 3. Zakona o vodama prema kojima *“za stjecanje i korištenje prava na vodama, pored odredaba ovog zakona moraju biti ispunjeni i uvjeti određeni posebnim zakonima (zaštita prirode, plovidba, ribarstvo, zdravstvo i dr.)*.

II.2.2. Vodno dobro prema Zakonu o vodama je posebna pravna cjelina koja označuje zemljište koje obuhvaća korita voda i pojas uz vodotoke te druge površinske vode za koji važi određeni posebni pravni režim.⁹

Vodno dobro čine, dakle, određene zemljišne čestice, dok vode nisu sastavni dio vodnog dobra.

⁸ N. Gavella i dr., op. cit., str. 55.

⁹ Ivan Šimunović, *Vodno dobro*, Informator br. 4497 od 12. travnja 1997., Male stranice, str. 1.

U svezi s time smatramo potrebnim, kao bitno, naglasiti sljedeće:

- Zakon o vodama prvi puta u našem zakonodavstvu cjelovito regulira institut vodnog dobra, što do sada nije bio slučaj. Djelomično je odredba o vodnom dobru sadržana u Zakonu o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima iz 1974. g., i to vezano isključivo uz unutarnje plovne puteve.¹⁰

- pravni status vodnog dobra bitno je različit od pravnog statusa voda. Dok vode kao opće dobro ne mogu biti predmet prava vlasništva, vodno dobro može biti predmet prava vlasništva iako je ono podvrgnuto različitim ograničenjima, ovisno, prvenstveno, ali ne i jedino, o tome da li se radi o vodnom dobru ili javnom vodnom dobru. S pravom se ističe¹¹ da su na taj način sastavni dijelovi jedne prirodne cjeline, voda, s jedne strane, i njezino korito i obala, s druge strane, različito regulirani.¹²

- dok je u pogledu voda izostala pravna definicija u pojmovnom smislu, definicija vodnog dobra sadržana je u Zakonu o vodama.

Temeljne odredbe o vodnom dobru Zakon o vodama sadrži u čl. 57. do 67.

Prema odredbama čl. 57. st. 1. vodno dobro čini skup zemljišnih čestica koji obuhvaća:

“- *vodonosna i napuštena korita površinskih kopnenih voda,*

- *uređeni inundacijski pojas,*

- *neuređeni inundacijski pojas,*

- *otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode njenom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem.*“

Zakonodavac je, kao što je vidljivo, želio precizno zakonom odrediti što se smatra vodnim dobrom.

Prema odredbi čl. 57. st. 2. “*vodno dobro je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, koje ima njezinu osobitu zaštitu i koristi se na način i pod uvjetima propisanim ovim Zakonom.*”

S obzirom na status vodnog dobra kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku upućujemo na dio izlaganja (II.2.1) kojim smo se poblizhe bavili dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku, kao i na odgovarajuću primjenu i kad se radi o vodnom dobru, ustavnih i zakonskih odredaba koje određuju pojam i status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Prema zakonskim odredbama, dakle, sva zemljišta koja su u neposrednoj svezi s tekućim i drugim površinskim vodama i uz vodotoke, jezera, akumulacije i retencije¹³ vodno su dobro, pravna kategorija za koju vrijedi odgovarajući pravni režim prometa i korištenja.

Kao skup zemljišnih čestica vodno dobro obuhvaća suglasno citiranom čl. 57. Zakona o vodama:

¹⁰ Ivan Šimunović i Jasnica Daničić, op. cit., str. 26.

¹¹ Snježana Frković, Opće uređenje voda i vodnog dobra, str. 5., Savjetovanje 2000.

¹² S. Frković, op. cit., str. 1.

¹³ Ivan Šimunović i Jasnica Daničić, op. cit., str. 26.

- korita površinskih voda (vodonosna i napuštena)
- inundacijski pojas (uređeni i neuređeni)
- otoke u vodonosnom koritu.

Zakon o vodama određuje značenje ili pobliže razrađuje pojedine od ovih pojmova. Čini nam se korisnim izložiti te odredbe jer one služe cjelovitom određenju pojma vodnog dobra.

Tako je **korito** terensko udubljenje kroz koje stalno ili povremeno teku vode odnosno u kojem se nalaze stajace vode (čl. 4.).

Napušteno korito je ono korito vodotoka kojim je voda, zbog presahnuća, nove regulacije ili prirodne promjene toka prestala teći odnosno korito jezera ili druge površinske, stajace vode koje je zbog presahnuća ili drugih razloga trajno ostalo bez vode.

Inundacijski pojas je nova kategorija u našem vodnom pravu i definira se u pravnom smislu¹⁴ kao pojas zemljišta uz vodotoke i druge površinske vode u kojem se zabranjuju ili ograničavaju radnje i ponašanja kojima se može pogoršati stanje vodnog režima i time povećati stupanj ugroženosti od poplava i drugih oblika štetnog djelovanja voda.

Nesumnjivo treba zaključiti da inundacijski pojas svojim prostornim obuhvatom i pravnom regulativom kojoj je podvrgnut, u značajnoj mjeri utječe na stvarna i druga prava vlasnika i korisnika zemljišta koja su tim pojasom zahvaćena.

Članak 85. Zakona o vodama razlikuje uređeni inundacijski pojas i neuređeni inundacijski pojas.

Uređeni inundacijski pojas čini zemljište *“između korita vode i vanjskog ruba pripadajućih mu regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina uključujući i pojas zemljišta potrebnog za njihovo redovno održavanje”* (čl. 85. st. 2.).

Pojas zemljišta potrebnog za redovito održavanje vodotoka i vodnih građevina nije moguće jedinstveno odrediti, već se on razlikuje od slučaja do slučaja vezano s uređivanjem vanjske granice uređenog inundacijskog pojasa.

Neuređeni inundacijski pojas proteže se uz vodotoke i druge vode na kojima nisu izvedeni regulacijski radovi, nasipi, drugi zaštitni radovi, a obuhvaća:

“- zemljište uz vodotoke koje je vodnogospodarskom osnovom, odnosno vodnogospodarskim planom ili dokumentom uređenja prostora rezervirano za građenje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina.

- prirodne i umjetne retencije u granicama utvrđenim vodnogospodarskom osnovom, odnosno vodnogospodarskim planom ili dokumentom uređenja prostora.” (čl. 85. st. 3.).

Uređivanje vanjskih granica uređenog i neuređenog inundacijskog pojasa opsežan je posao, a Zakonom je predviđena nadležnost za utvrđivanje vanjske granice uređenog i neuređenog inundacijskog pojasa na državnim i lokalnim vodama (čl. 85. st. 4.).

¹⁴ Krešimir Filipan, Gorazd Hafner, Utvrđivanje granice inundacijskog pojasa, str. 2. i 3., Savjetovanje 2000.

Otoci su dijelovi kopna iznad razine vode koji su nastali, ili će nastati, prema odredbama Zakona o vodama, u vodonosnom koritu iz razloga koji se navode u čl. 57. st. 1. toč. 4., a to su sljedeći slučajevi:

- presušivanjem vode
- njenom diobom na više rukavaca
- naplavljivanjem zemljišta
- ljudskim djelovanjem.

Postoje znatne razlike u stvarnopravnom uređenju između odredaba Zakona o vodama i odredbama koje Zakon o vlasništvu sadrži pod naslovom "priraštaj zemljišta" o otocima u vodotoku i ostavljenom koritu u članku 145.

Zakonom o vodama predviđen je način na koji će se određivati pripadnost nekog zemljišta vodnom dobru.

Prema odredbama čl. 58. Zakona o vodama pripadnost nekog zemljišta vodnom dobru utvrđuje se prema prethodnom mišljenju "Hrvatskih voda" rješenjem nadležnog tijela.

Kad se radi o vodnom dobru na državnim vodama, kao nadležno tijelo odlučuje Državna uprava za vode, a kad se radi o vodnom dobru na lokalnim vodama, kao nadležno tijelo odlučuje županijski ured odnosno Ured grada Zagreba (čl. 58. st. 2.).

Koje se vode smatraju državnim vodama, a koje lokalnim, određuje čl. 17., koji površinske vode dijeli na vode od značenja za Republiku Hrvatsku, a to su državne vode čiji popis utvrđuje Vlada Republike Hrvatske, a sve ostale su lokalne vode.

Postoji mišljenje¹⁵ da se navedeno rješenje iz čl. 58. Zakona o vodama donosi samo u slučaju dvojbe o pripadnosti određenog zemljišta vodnom dobru. Uzima se pri tome da Zakon o vodama, istina, nije izričito naveo da li se rješenje donosi samo u slučaju dvojbe (kao što je to učinio Pomorski zakon), ali s obzirom na intenciju navedene odredbe kao i ostale odredbe Zakona koje se odnose na vodno dobro, ipak se zaključuje da opisani postupak treba koristiti samo u slučaju dvojbe.

Što se tiče samog postupka donošenja navedenog rješenja, osim što propisuje pribavljanje prethodnog mišljenja "Hrvatskih voda", Zakon o vodama ne sadrži nikakove posebne odredbe o postupku pa se smatra da se na ove postupke supsidijarno primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91.).¹⁶

Za određivanje pravnog režima vodnog dobra od bitnog su utjecaja:

- namjena vodnog dobra
- razlikovanje javnog vodnog dobra i vodnog dobra.

Namjena vodnog dobra određena je čl. 59. Zakona o vodama. Ono služi "održanju i poboljšanju vodnog režima, a osobito je namijenjeno za:

¹⁵ Danica Damjanović, op. cit., str. 2.

¹⁶ Senka Andrijašević Roc, Razgraničenje pomorskog i vodnog dobra, str. 6.

- *građenje vodnih građevina i postavljanje uređaja za uređenje vodotoka i drugih voda,*
- *tehničko i gospodarsko održavanje vodotoka, obala, zaštitnih i regulacijskih vodnih građevina,*
- *tehničko održavanje unutarnjih plovni puteva,*
- *provođenje mjera zaštite od štetnog djelovanja voda i*
- *ostale namjene utvrđene ovim Zakonom i drugim propisima donesenim na temelju ovoga Zakona.”*

Zakon dakle polazi od opće namjene vodnog dobra, da služi održavanju i poboljšanju vodnog režima.

Vodni režim u svom pojmovnom značenju određen je čl. 4. Zakona, prema kojem vodni režim čini prostorni raspored i izgrađenost vodnog sustava te stanje, količina i kakvoće voda na određenom području i u određenom vremenu.

Zakon je nabrojio neke osobite namjene vodnog dobra, ali ne taksativno već je uputio i na ostale namjene utvrđene ovim Zakonom i drugim propisima donesenim na temelju Zakona.

Ostvarivanje namjena vodnog dobra zahtijeva od ovlaštenika prava na zemljištu (vlasnika, korisnika) da dopusti obavljanje određenih radova i činidaba ili da se suzdrže od određenih radnji koje Zakon predviđa kao nedopuštene, s obzirom na svrhu odnosno namjenu zbog koje je zemljište utvrđeno vodnim dobrom.

Takve odredbe sadržane su i razrađuju se naročito u pododjeljku (8), pod nazivom “Korištenje vodotoka i drugih voda i zaštita od štetnog utjecaja voda” (npr. čl. 82. - 95.) i u pododjeljku (9) pod nazivom “Ograničenje prava vlasnika i korisnika zemljišta i posebne mjere radi održavanja vodnog režima” (čl. 106. - 112.).

Upravo te odredbe, koje uključuju i najznačajnija ograničenja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, najbolje pokazuju koliko je zakonom određena namjena vodnog dobra od utjecaja na njegov pravni status.

Više o stvarnim pravima pa i njihovim ograničenjima na vodnom dobru govorit ćemo u daljnjem izlaganju, u posebnom dijelu referata koji se odnosi na stvarna i obvezna prava na vodama i vodnom dobru.

Sve što je do sada navedeno o vodnom dobru, njegovo pravno određenje i definicija u pojmovnom i funkcionalnom smislu, njegov status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, njegova namjena, a sve to gledano u okvirima općih odredaba koje su, načelno, zajedničke za sva vodna dobra, nesumnjive su odrednice koje uspostavljaju pravni status vodnog dobra kako ga je odredio Zakon o vodama.

Međutim, najbitnije određenje tog pravnog statusa proizlazi iz razlikovanja vodnog dobra i javnog vodnog dobra, i to prvenstveno iz razlikovanja njihova vlasničkopravnog statusa iz čega slijedi bitna razlika u daljnjim stvarnim i obveznim pravima na njima.

Posebne odredbe o javnom vodnom dobru Zakon o vodama sadrži u čl. 60. - 65.

Javno vodno dobro kao javno dobro može biti isključivo u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 61. Zakona).

Vodno dobro može biti u vlasništvu drugih pravnih ili fizičkih osoba.

Javno vodno dobro čine iste zemljišne čestice koje čine i vodno dobro, i to one iz čl. 57. st. 1. (dakle vodonosna i napuštena korita površinskih voda, uređeni i neuređeni inundacijski pojas te otoci u vodonosnom koritu).

Međutim, da bi te iste čestice činile javno vodno dobro, prema odredbama čl. 60. Zakona, potrebno je ispunjenje jednog od daljnjih uvjeta, a to su:

- da su do dana stupanja na snagu ovog Zakona (a to je 1. siječnja 1996. g.) bile upisane u zemljišnim knjigama kao javno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo ili vlasništvo jedinica lokalne samouprave,

- da su na osnovu zakona postale vlasništvo države (čl. 60. st. 1.).

Ovaj posljednji slučaj iz čl. 60. st. 1. bitno se razlikuje od prethodnih i odnosi se na situaciju kada je nekretnina *ex lege* postala vlasništvo države, što međutim nije provedeno u zemljišnim knjigama, odnosno, zemljišnoknjižno stanje je drukčije.

Prema odredbama čl. 60. st. 2. postoji zakonska presumpcija da su javno vodno dobro "sve do dokaza suprotnoga zemljišne čestice koje do dana stupanja na snagu zakona nisu uopće bile upisane u zemljišnu knjigu, ili su upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naveden kao njihov vlasnik."

Ovdje treba napomenuti da navedene odredbe Zakona o vodama nisu izuzetak u svezi s djelovanjem predmnjeve o vlasništvu Republike Hrvatske.

Odredbe čl. 362. st. 3. Zakona o vlasništvu također određuju da su vlasništvo Republike Hrvatske sve stvari iz društvenog vlasništva glede kojih nije utvrđeno u čijem su vlasništvu niti djeluje predmnjeva iz st. 1. i 2. istog članka.

Stoga kad se u tumačenju odredbe čl. 60. st. 2. Zakona o vodama postavlja pitanje na koje je situacije zakonodavac mislio glede nekretnine koja je upisana, ali se ne zna tko je vlasnik, prihvatljivim se čini zaključivanje da bi se moglo raditi o nekretnini koja je upisana kao društveno vlasništvo bez oznake korisnika ili kao općenarodna imovina¹⁷.

Ima mišljenja da bi se čl. 60. st. 2. odnosio i na slučaj kad je umro vlasnik, a nema nasljednika¹⁸.

Napominjemo još da je Zakon o vodama u čl. 207. st. 1. odredio da će nadležno javno pravobraniteljstvo podnijeti zahtjev za upis u zemljišne knjige nekretnine iz čl. 60. Zakona o vodama, kao javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske (u roku od jedne godine od dana stupanja na snagu tog Zakona).

U okviru bitnih karakteristika pravnog statusa javnog vodnog dobra osvrnut ćemo se na njegove značajke kao javnog dobra u općoj upotrebi prema općim propisima, a zatim i na posebno pravno uređenje uspostavljeno Zakonom o vodama, koje odstupa od općeg stvarnopravnog uređenja.

¹⁷ Ivan Šimunović i J. Daničić, op. cit., str. 28.

¹⁸ Mr. Jadranko Jug, Uknjižba javnog vodnog dobra u zemljišne knjige, str. 18., Savjetovanje 2000.

Prema odredbama čl. 61. Zakona o vodama, kao što smo već naveli, javno vodno dobro je javno dobro u općoj uporabi i u vlasništvu je Republike Hrvatske.

Prema općim propisima pod nazivom javna dobra podrazumijevaju se sva ona dobra koja su u imovini Države ili drugih javnopravnih subjekata.¹⁹

Odredbe o tome sadrži čl. 35. Zakona o vlasništvu.²⁰

Prema tim odredbama javna dobra mogu biti u vlasništvu:

- a) Republike Hrvatske i
- b) drugih pravnih osoba
 - jedinica lokalne samouprave
 - jedinica lokalne samouprave i uprave i
 - ustanova.

Prema tome javna dobra su objekti stvarnog prava pa tako i prava vlasništva i načelno su izjednačena s drugim stvarima u vlasništvu privatnih vlasnika ukoliko zakonom nije što drugo određeno (čl. 35. st. 1. Zakona o vlasništvu), a to je za javno vodno dobro određeno upravo Zakonom o vodama.

¹⁹ N. Gavella, op. cit., str. 56.

²⁰ Članak 35. Zakona o vlasništvu u cijelosti glasi:

“(1) Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnoga prava koje su nositelji prava vlasništva imaju kao vlasnici u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici, ako zakonom nije što drugo određeno.

(2) Stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske raspolaže, upravlja i koristi se Vlada Republike Hrvatske ili od nje ovlašteno tijelo ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Stvarima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave raspolaže, upravlja i koristi se njezino poglavarstvo, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

(3) Namjenu stvari u vlasništvu Republike Hrvatske određuje zakon ili državno tijelo koje je za to nadležno na temelju zakona.

(4) Svatko ima pravo stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene za uporabu svih (javna dobra u općoj uporabi) služiti se na način koji je radi ostvarenja te namjene odredilo tijelo ili ustanova kojoj su dane na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene, koje njima neposredno upravlja. Ako nije što posebno propisano zakonom, na javna dobra u općoj uporabi na odgovarajući se način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra.

(5) Stvari u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (javna dobra u javnoj uporabi) rabe u skladu s tom namjenom ona tijela i ustanove kojima ih je dalo na upravljanje tijelo nadležno za određivanje namjene, ako ih to tijelo nije zadržalo u svojoj neposrednoj uporabi.

(6) Pravo vlasništva na stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske koje nisu namijenjene za opću ni za javnu uporabu izvršava tijelo nadležno za određivanje namjene, ako to nije povjerilo kojem drugom tijelu, ustanovi ili osobi, a čisti prihod od tih stvari prihod je državnog proračuna.

(7) Tko god odlučuje o općim dobrima ili o stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske, ili njima upravlja, dužan je postupati kao dobar domaćin i odgovara za to.

(8) Na pravo vlasništva jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave na odgovarajući će se način primjenjivati pravila o vlasništvu Republike Hrvatske, ako nije što drugo određeno zakonom, niti proizlazi iz naravi tih osoba. Isto vrijedi i za pravo vlasništva ustanova, te s njima izjednačenih pravnih osoba.”

Prema citiranim općim propisima, s obzirom na namjenu javnog dobra, koju mu određuje zakon ili zakonom ovlašteno tijelo, razlikujemo:

- javna dobra u općoj uporabi (čl. 35. st. 4.)
- javna dobra u javnoj uporabi (čl. 35. st. 5.)
- javna dobra koja nisu namijenjena niti za opću niti za javnu uporabu (čl. 35. st. 6.).

Prema Zakonu o vodama javno vodno dobro predstavlja javno dobro u općoj uporabi.

U smislu čl. 35. st. 4. Zakona o vlasništvu to su dobra koja su namijenjena za uporabu svih i svatko ima pravo služiti se tim dobrima na način određen upravo s obzirom na takvu njihovu namjenu, a sve to uz odgovarajuću primjenu pravila koja vrijede za opća dobra, ako zakonom nije što posebno propisano.

Uzimajući u obzir sve do sada izloženo u pogledu primjene općih propisa glede pravnog statusa voda i vodnog dobra, u daljnjem izlaganju posebno ćemo razmotriti stvarna i obvezna prava na vodama i vodnom dobru u okvirima posebnog uređenja Zakona o vodama.

II.3. Neka pitanja stvarnopravnog i obveznopravnog uređenja na vodama i vodnom dobru

Zakon o vodama, kao temeljni posebni zakon koji uređuje vodno pravo, sadrži i odredbe o nizu pitanja stvarnopravnog i obveznopravnog uređenja na vodama i vodnom dobru.

Kako smo u prethodnim izlaganjima u više navrata već isticali, stvarnopravni i obveznopravni režim voda bitno se razlikuje od stvarnopravnog i obveznopravnog režima na vodnom dobru.

Prvenstveno zbog tog razloga izložit ćemo ih odvojeno.

II.3.1. Vode su prema temeljnim odredbama Zakona o vodama (čl. 3. st. 1.) opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne može biti ni u čijem vlasništvu, što je od bitnog utjecaja za određivanje njihova stvarnopravnog statusa i obveznopravnih odnosa glede voda.

Kao opće dobro one služe zajedničkim potrebama svih ljudi, odnosno svakome mogu služiti za njegove potrebe, a i svima za opće potrebe.

To treba shvatiti tako da opće dobro pa tako i vode služe za opću uporabu, ali na način na koji to dopuštaju njihove prirodne osobine i pod uvjetima koje propisuje zakon²¹.

Pravo na vodu odraz je načela da "voda kao nezamjenjiv uvjet života i rada" (čl. 6. toč. 1. Zakona) mora biti pod jednakim uvjetima dostupna svima i nikome se ne smije uskratiti njezino korištenje pod uvjetima i u granicama koje određuje Zakon (čl. 25. st. 1.).

²¹ N. Gavella i dr., op. cit., str. 54.

Opća dobra, pa tako i vode, kao cjelina ne mogu biti predmet prava vlasništva i ne mogu biti podvrgnute vlasti nijednog građanskopravnog subjekta.

Ipak na izdvojenim dijelovima vode moguće je steći pravo vlasništva, kako ćemo to u nastavku izložiti.

Isto tako postoji javna vlast koja vodi brigu i upravlja općim dobrima, pa tako i kad se radi o vodama.

Zakon o vodama, svojim temeljnim odredbama o vodama kao općem dobru te daljnjim odredbama o upravljanju vodama, zatim o korištenju voda, te o koncesiji na vodama i vodnom dobru i dr., sadrži bitne odredbe koje određuju pravni status vode kao općeg dobra i s tim u svezi uvjete i granice opće uporabe voda.

Stoga, kad govorimo o stvarnim i obveznim pravima na vodama, to se odnosi na stvarnopravno uređenje voda kao općeg dobra i obveznopravno uređenje koje proizlazi iz te bitne karakteristike pravnog statusa voda.

S tim u svezi u daljnjem izlaganju bavit ćemo se sljedećim pitanjima:

- a) upravljanje vodama
- b) korištenje voda
- c) koncesija na vodama i ugovor o zakupu.

II.3.1.a) Upravljanje vodama

Upravljanje vodama prema Zakonu o vodama vrlo je širok pojam, a prema odredbama čl. 5. Zakona, upravljanje vodama *“čini skup aktivnosti, odluka i mjera čija je svrha održavanje, poboljšanje i ostvarivanje jedinstva vodnog režima na određenom području, što se ostvaruje osobito osiguravanjem potrebnih količina vode odgovarajuće kakvoće za različite namjene, zaštitom voda od onečišćenja, uređenjem vodotoka i drugih voda i zaštitom od štetnog djelovanja voda.”*

Naglasak je “osobito” na tri pravca djelovanja, i to:

- zaštita voda
- korištenje voda
- zaštita od štetnog utjecaja voda.

Naprijed smo naveli da je čl. 1. st. 2. Zakona o vodama osnovano javno poduzeće “Hrvatske vode” za upravljanje vodama.

U nizu daljnjih zakonskih odredaba razrađuju se nadležnost i ovlasti “Hrvatskih voda”.

Zakon je u čl. 6. naveo načela na kojima se zasniva upravljanje vodama koja, usprkos njihovoj opsežnosti, smatramo potrebnim navesti u cjelini, jer se na tim načelima zasnivaju i ostale odredbe Zakona o vodama, podzakonski propisi i ostali akti koji se donose u primjeni Zakona. Upravo kroz ta načela ostvaruje se pravni status voda kao “općeg dobra” i njihova opća uporaba.

Prema čl. 6. Zakona o vodama *“upravljanje vodama zasniva se na načelima:*

1. voda je nezamjenjiv uvjet života i rada. Obveza je svih osoba s pažnjom čuvati njezinu kakvoću, štedljivo i racionalno je koristiti, uz jednake zakonom utvrđene uvjete,

2. vodama se upravlja prema načelu jedinstva vodnog sustava i načelu održivog razvoja kojim se zadovoljavaju potrebe sadašnje generacije i ne

ugrožavaju pravo i mogućnost budućih generacija da to ostvare za sebe,

3. teritorijalne jedinice za upravljanje vodama jesu vodna i slivna područja kao hidrografske i gospodarske cjeline. Granice administrativno-teritorijalnih jedinica ne mogu biti zaprekom za integralno upravljanje vodama na tim područjima,

4. u pripremi i donošenju planova koji su osnova upravljanja vodama polazi se od obveze cjelovite zaštite okoliša i ostvarivanja općeg i gospodarskog razvoja Republike Hrvatske,

5. za korištenje voda koje prelaze granice dopuštene opće uporabe, kao i za svako pogoršanje kakvoće vode, plaća se naknada razmjerno koristi odnosno stupnju i opsegu utjecaja na promjene u stanju voda,

6. propisima kojima se utvrđuju zadaci i obveze za ulaganja u poboljšanje vodnog sustava moraju se utvrditi i izvori za njihovo financiranje.”

II.3.1.b) Korištenje voda

U odjeljku pod nazivom “Korištenje voda” Zakon u čl. 24. - 31. sadrži opća načela o korištenju voda. Prvenstveno određuje što se sve smatra korištenjem voda.

To je, dakle, prema odredbama čl. 24. Zakona:

“- zahvaćanje, crpljenje i uporaba površinskih i podzemnih voda za različite namjene (opskrba vodom za piće, sanitarne i tehnološke potrebe, navodnjavanje i dr.)

- korištenje vodnih snaga za proizvodnju električne energije i druge pogonske namjene,

- korištenje voda za uzgoj riba,

- korištenje voda za plovidbu,

- korištenje voda za šport, kupanje, rekreaciju i druge slične namjene.”

Zakon je za određenje pojma korištenje voda primjerice naveo najčešće načine korištenja i namjene voda.

U komentaru uz čl. 5. Zakona o vodama istaknuto je da se pod korištenjem voda podrazumijevaju svi oblici namjenskog služenja vodom neovisno o promjenama koje nastaju na stvari, tj. neovisno o tome da li se i u kojoj mjeri voda “troši” i nestaje kao samostalna tvar ili se mijenja njezin kemijski sastav, izgled, kinetička i druga svojstva.²²

Spominje se čitav niz drugih namjena koje nisu navedene, kao što je npr. korištenje vode za održavanje javnih (komunalnih) površina, za gašenje požara, za liječenje (mineralne i termalne vode) i dr.²³

Dakle, i u drugim sličnim namjenama, a ne samo u onima koje su primjerice navedene u čl. 24. Zakona, primijenit će se opća načela i uvjeti o korištenju voda, a, dakako, primijenit će se i na situacije iz čl. 32. - 52. Zakona.

Zakon je, nadalje u čl. 26. odredio što se smatra “općom uporabom vode”.

²² I. Šimunović i J. Daničić, op. cit., str. 16.

²³ I. Šimunović i J. Daničić, op. cit., str. 16.

To je korištenje vode običnim načinom koji ne zahtijeva posebne naprave i ne isključuje druge od jednakog korištenja (čl. 26. st. 1.).

Opća uporaba voda obuhvaća osobito:

1. zahvaćanje vode, bez posebnih naprava, iz vodotoka i drugih prirodnih ležišta za piće, sanitarne potrebe i druge osobne potrebe domaćinstva,
2. korištenje voda iz rijeka, jezera i drugih površinskih ležišta za kupanje i rekreaciju.”

Nije dakle taksativno već primjerice, uz naznaku “osobito”, navedeno što Zakon o vodama smatra općom uporabom vode.

Zakon nadalje određuje što se smatra “osobnim potrebama domaćinstva”.

To je korištenje vode za piće, održavanje čistoće i slične potrebe u domaćinstvu (čl. 26. st. 3.).

Naprotiv, osobnim potrebama domaćinstva ne smatra se korištenje vode za navodnjavanje te korištenje vode u tehnološkom procesu pri obavljanju gospodarskih djelatnosti (čl. 26. st. 2.).

Osobne potrebe domaćinstva osim onih izričito nabrojanih mogu biti i “druge slične potrebe u domaćinstvu” (kao primjer se navodi napajanje stoke), što otvara mogućnost sporova u praksi.

U svakom slučaju pravo opće uporabe vode priznaje se:

- za određene namjene pod uvjetom da se pri tome ne koriste posebne naprave za zahvaćanje ili odvođenje, osim jednostavnih naprava;
- da se time ne ometa jednako pravo drugih osoba na takvo korištenje voda;
- da se radi o korištenju vode iz njezinog prirodnog ležišta.

Polazeći od takvog određenja pojmova i prava korištenja voda i opće uporabe voda (u komentaru uz taj čl. 24. Zakona navodi se da su izrazi “korištenje” i “uporaba” ustvari istoiznačnice, pri čemu je onaj posljednji tradicionalni naziv za neke oblike korištenja kao što je “opća uporaba voda”²⁴, Zakon određuje da je svakome dopušteno korištenje vode pod uvjetom i u granicama određenim ovim Zakonom” (čl. 25. st. 1.).

Voda se mora koristiti racionalno i ekonomično.

Svaki korisnik vode dužan je koristiti vodu na način i u opsegu u kojem se voda čuva od rasipanja i štetnih promjena njezinih svojstava (kakvoće) i ne onemogućuje zakonsko pravo korištenja voda drugim osobama (čl. 25. st. 2.).

Svakome je dozvoljena, u skladu s propisima, opća uporaba vode (čl. 26. st. 1.).

Ranije smo napomenuli da se opća načela o upravljanju vodama iz čl. 6. Zakona o vodama razrađuju u njegovim daljnjim odredbama, pa tako upravo citirani čl. 26. tog Zakona predstavlja razradu načela iz čl. 6. st. 1. Zakona o vodama, s obzirom na značaj vode kao nezamjenjivoga uvjeta života i rada.

²⁴ I. Šimunović i J. Daničić, op. cit., str. 16.

Zakon o vodama dopušta mogućnost korištenja vode koje prelazi opseg opće uporabe vode.

Međutim, za takvo korištenje vode potrebna je vodopravna dozvola, osim ako je propisano da se voda može koristiti bez vodopravne dozvole (čl. 27. Zakona o vodama).

Prema tome, za razliku od prava opće uporabe vode (čl. 26. Zakona), za koje nije predviđeno pribavljanje vodopravne dozvole, za sve što prelazi opseg opće uporabe vode u načelu je potrebna vodopravna dozvola.

Gradsko odnosno općinsko vijeće po prethodno pribavljenom mišljenju "Hrvatskih voda" može donijeti bliže uvjete o mjestu, načinu i opsegu opće uporabe voda.

Te propise mogu donijeti uz:

- obvezu osiguravanja ravnopravnog i jednakog korištenja voda za sve,
- uvjet da to nije na štetu ostalih posebnih namjena voda određene Zakonom (čl. 27. st. 1.).

Vodopravna dozvola osim za opću uporabu nije pod određenim pretpostavkama potrebna ni vlasniku zemljišta odnosno ovlašteniku drugog stvarnog prava na tom zemljištu jer mu Zakon (čl. 28.) daje pravo da može koristiti, pa i prisvajanjem steći, vlasništvo i to:

- oborinske vode koje se skupljaju na njegovom zemljištu,
- vode koje izviru na njegovom zemljištu, ali samo ako dalje ne otječu nego mu tijek prestaje na njegovom zemljištu,
- podzemne vode na njegovom zemljištu, koje se koriste u granicama osobnih potreba domaćinstva (putem zdenaca, crpki i sl.).

Izvan tih okvira za svako prisvajanje vode nužno je imati posebno pravo na to dobiveno vodopravnom dozvolom, pa je stjecanje vode u vlasništvo prisvajanjem moguće samo na temelju i u granicama vodopravne dozvole²⁵.

Vlasnik međutim, nema pravo da radi prikupljanja takve vode presiječe njezino prirodno otjecanje na drugo zemljište, kako to proizlazi za odredbe čl. 111. Zakona o vodama.

Odlukom gradskog ili općinskog vijeća (čl. 27. st. 2. Zakona o vodama) mogu se propisati uvjeti korištenja vode iz čl. 28.

Neovisno, međutim, o mogućim ograničenjima i nadzoru, odredbe čl. 28. Zakona o vodama iznimke su od pravnog statusa vode kao općeg dobra.

U svezi s time upućujemo na stajalište pravne teorije o mogućnosti postojanja privatne vlasti na izdvojenim dijelovima općeg dobra općenito, pa i na vodama.

Navodi se tako²⁶: "*Voda u rijeci je opće dobro i ne može kao cjelina biti ni u čijoj privatnoj pravnoj vlasti, ali voda koja je izdvojena iz rijeke u posebnu posudu, ili kakav drugi spremnik, nalazi se u vlasti onoga koji ju je za sebe izdvojio. Ono što*

²⁵ N. Gavella i dr., op. cit., str. 371.

²⁶ N. Gavella i dr., op. cit., str. 55.

se izdvojilo iz općeg dobra postalo je time posebna stvar, koja u pravilu može biti objektom subjektivnih stvarnih prava (ne može biti samo ako nije prikladna za to, ili joj to priječe zakonske norme)."

I dalje: "Vode su opće dobro, koje ima osobitu zaštitu Republike Hrvatske. Kako smo već ranije upozorili, izdvajanjem neke količine vode iz općeg dobra nastaje stvar koja može biti u nečijem vlasništvu. Takvo izdvajanje vode za piće, sanitarne potrebe i druge osobne potrebe domaćinstva, njezinim zahvaćanjem bez posebnih naprava iz vodotoka i drugih prirodnih ležišta, te prisvojenje izdvojene vode - slobodno je svakome (čl. 26. Zakona o vodama). To je jedan od dvaju aspekata slobode uporabe voda (drugi je uporaba voda iz rijeka, jezera i drugih površinskih ležišta za kupanje i rekreaciju). Za sve što prelazi okvire opće uporabe voda, u načelu je potrebna vodoprivredna dozvola (čl. 27. Zakona o vodama). Ipak, vodoprivredna dozvola nije potrebna vlasniku zemljišta, odnosno ovlašteniku stvarnog prava na tom zemljištu, jer mu Zakon daje pravo da prisvojenjem stekne vlasništvo a) oborinske vode koje se skupljaju na njegovom zemljištu, b) podzemne vode na njegovom zemljištu, ako to čini u granicama osobnih potreba putem zdenaca, crpki i sl., te c) vode koje izvire na njegovom zemljištu (ali samo ako dalje ne otječu, nego im tijek prestaje na njegovom zemljištu (čl. 28. Zakona o vodama). Inače je za svako prisvajanje vode nužno imati posebno pravo na to dobiveno vodoprivrednom dozvolom, te je stjecanje vode u vlasništvo prisvajanjem moguće samo na temelju i u granicama te dozvole."

II.3.1.c) Koncesija na vodama i ugovor o zakupu

Koncesija i ugovor o zakupu također su jedan od načina korištenja i osnova za stjecanje prava obveznopravnog karaktera na vodama.

U odjeljku IV. pod nazivom "Koncesija na vodama i javnom vodnom dobru" Zakon o vodama sadrži odredbe koje su najvećim dijelom zajedničke, a u nekim slučajevima različite ovisno o tome da li su objekt koncesije vode ili javno vodno dobro.

Koncesiju je Zakon o vodama regulirao u čl. 142. - 155. suglasno ovlaštenju i obvezi koja proizlazi iz Zakona o koncesijama ("Narodne novine", broj 89/92.). Od podzakonskih akata spominjemo još i Uredbu o uvjetima i postupku za dodjelu koncesija na vodama i javnom vodnom dobru ("Narodne novine", broj 99/96. i 11/98.).

Prelazilo bi okvire ovog referata izlaganje instituta koncesije sa stajališta općih odredaba koncesijskog režima u Republici Hrvatskoj, kao i cjelovito izlaganje posebnih odredaba Zakona o vodama koje se odnose na koncesiju.

Za potrebe ovog referata, naglasili bismo pitanja koja se tiču pojmovnog određenja koncesije objekta i predmeta koncesije, načina stjecanja koncesije, kao i ona koja se odnose na ugovor o koncesiji.

Koncesija je prema općoj definiciji tog pojma u najširem smislu određeno odobrenje odnosno dopuštenje za obavljanje određenih gospodarskih i drugih aktivnosti.²⁷

²⁷ Mladen Žuvela, *Koncesije*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 1, siječanj 2001., str. 102.

Koncesijom se naziva akt kojim država (kao koncedent - davatelj koncesije) nekoj pravnoj ili fizičkoj osobi (koncesionar - korisnik koncesije) dodjeljuje pravo iskorištavanja prirodnog bogatstva, zemljišta ili drugog dobra, ili povjerava obavljanje određene djelatnosti od javnog značaja.²⁸

Prema odredbama čl. 142. Zakona o vodama "koncesijom se stječe pravo korištenja voda i javnog vodnog dobra, odnosno pravo obavljanja gospodarskih i drugih djelatnosti na vodama i javnom vodnom dobru".

Iz te zakonske odredbe proizlazi da objekt koncesije prema tom Zakonu mogu dakle biti vode i javno vodno dobro, a neki dodaju i pijesak i šljunak na području od značenja za vodni režim (čl. 53. Zakona) te vodnu snagu.²⁹

Predmet koncesije je pravo korištenja voda i javnog vodnog dobra odnosno pravo obavljanja gospodarskih i drugih djelatnosti na vodama i javnom vodnom dobru uključujući i pravo vađenja pijeska i šljunka.

Za stjecanje prava na koncesiju potrebna su dva akta:

- odluka o dodjeli koncesije
- ugovor o koncesiji.

Okolnost da institut koncesije, kao cjelina, sadrži javnopravne odnosno upravnopravne kao i građanskopravne elemente, potaknula je u teoriji značajne rasprave o pravnoj prirodi koncesije, razlikujući pri tome odluku o koncesiji i ugovor o koncesiji. O tome se izjašnjavao i Ustavni sud Republike Hrvatske.³⁰

Namjene za koje se dodjeljuje koncesija određene su čl. 143. Zakona o vodama.

Koncesija na vodama potrebna je:

1. za zahvaćanje voda za potrebe javne vodoopskrbe;
2. za korištenje vodne snage radi proizvodnje električne energije;
3. za korištenje vodne snage za pogon uređaja (osim proizvodnje električne energije);
4. za zahvaćanje voda za tehnološke i slične potrebe pravnih i fizičkih osoba koje obavljaju gospodarsku ili drugu sličnu djelatnost;
5. za crpljenje mineralnih i termalnih voda;
6. za zahvaćanje voda za melioracijsko navodnjavanje.

Koncesija koja se dodjeljuje i na vodama i na javnom vodnom dobru potrebna je:

²⁸ Ivan Šimunović, *Koncesije o vodama i vodnom dobru*, Informator br. 4395 od 20. travnja 1996., str. 17.

²⁹ I. Šimunović i J. Daničić, op. cit., str. 55.

³⁰ I. Šimunović, *Koncesije o vodama i vodnom dobru*, Informator br. 4395 od 20. travnja 1996., str. 17.; M. Žuvela, op. cit., str. 102.

V. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-II-722/95 od 2.IV.97. (NN br. 41 od 18.4.97.), Rješenje br. U-III-903/2000 od 3.VII.2000. (NN br. 69 od 17.7.2000.), u kojima se odluci o koncesiji daje značaj upravnog akta, dok se u Rješenju br. U-II-1049/2000 od 17.I.2001. (NN br. 7 od 26.1.2001.) ugovoru o koncesiji daje značaj dvostranog javnopravnog posla.

1. za uređenje plovni putova na rijekama i jezerima, građenje umjetnih kanala i drugih građevina za plovidbu;

2. za građenje riječnih luka i lučkih uređaja;

3. za uzgoj riba u zatvorenim vodama i uzgoj riba u gospodarske svrhe u otvorenim vodama.

Postoje i iznimke, kad je korištenje voda moguće i bez koncesije ako se radi o manjem opsegu korištenja (čl. 143. st. 2.).

U takvim slučajevima zaključuje se ugovor o zakupu (čl. 143. st. 2.).

Iz navedenih odredaba proizlazi da koncesija nije potrebna za svako korištenje voda.

Koncesija neće biti potrebna:

- za opću uporabu voda (čl. 26.)

- za korištenje voda iz čl. 28. Zakona

- za manji opseg korištenja za određene namjene (čl. 143. st. 2.)

- za ulaganja i radnje koje se obavljaju u ime i za potrebe države (čl. 143. st.

3.).

Zakonom je propisano kada se za dodjelu koncesije obvezno provodi javni natječaj (čl. 144. st. 1. Zakona o vodama), a u ostalim slučajevima koncesija se dodjeljuje prikupljanjem ponuda ili na temelju neposrednog zahtjeva (čl. 144. st. 2. Zakona o vodama).

Odlukom o dodjeli koncesije (čl. 143. i 145. Zakona o vodama) još nije nastao koncesijski odnos. Potrebno je zaključiti i ugovor o koncesiji.

Na temelju odluke o dodjeli koncesije ugovor o koncesiji zaključuje se između Državne uprave za vode ili u nekim slučajevima "Hrvatskih voda" i korisnika koncesije.

Tim se ugovorom pobliže određuju prava i obveze u koncesijskom odnosu.

Zakon o vodama u čl. 146. - 150. sadrži pobliže odredbe o zaključivanju ugovora, sastojcima ugovora, određivanju visine naknade, prijenosa prava i obveza, prestanku i raskidu ugovora te o imovinskim pravima u svezi s time.

Prema odredbama čl. 146. Zakona o vodama ugovorom o koncesiji u skladu s odlukom o koncesiji obvezno se utvrđuju:

"- pobliže namjene za koje se dodjeljuje koncesija,

- posebni uvjeti kojima u toku korištenja koncesije mora udovoljavati korisnik koncesije,

- visina naknade za koncesiju, uvjeti i način plaćanja naknade,

- jamstva korisnika koncesije,

- druga prava i obveze korisnika i davatelja koncesije,

- način razrješenja odnosa u slučaju prestanka koncesije prije isteka roka na koji se koncesija dodjeljuje."

Iako Zakon govori o sadržaju koji se obavezno utvrđuje, nemaju svi sastojci ugovora značaj bitnih sastojaka ugovora.

Neki to svakako jesu, kao što su oni koji proizlaze iz odluke o koncesiji (namjena) ili iz naprijed citirane Uredbe (naknada koja se precizira ugovorom) ili iz odredaba ovog Zakona.

U pogledu nekih prava i obveza stranaka dopuštene su odredbe dispozitivne naravi.

Zakon sadrži i posebne odredbe o prijenosu prava i obveza korisnika koncesije na drugu osobu i to:

- cesijom, ali samo uz suglasnost davatelja koncesije
- nasljeđivanjem.

U slučaju smrti korisnika koncesije ugovor o koncesiji prestaje važiti. Međutim, prava i obveze mogu nasljeđivanjem prijeći na nasljednika uz kumulativno ispunjenje uvjeta iz čl. 148. Zakona o vodama. U protivnom temeljem čl. 149. Zakona o vodama ugovor o koncesiji prestaje važiti.

Ove su odredbe posljedica činjenice da je koncesija, iako se dodjeljuje na određeno vrijeme, dugoročni odnos, pa je opravdano već prilikom zaključenja ugovora uzeti u obzir različite okolnosti koje mogu utjecati na izvršavanje obveza iz ugovora.

U svezi s time Zakon o vodama sadrži odredbe o prestanku važenja i o raskidu ugovora o koncesiji te o imovinskopравnim odnosima u takvim slučajevima.

U čl. 149. Zakona navedeni su razlozi prestanka važenja ugovora o koncesiji, a za slučaj spora predviđa se nadležnost suda.

Ti su razlozi sljedeći:

1. istekom vremena na koje je koncesija dodijeljena;
2. zbog smrti korisnika koncesija, ako se u skladu sa čl. 148. ovoga Zakona prava i obveze iz ugovora o koncesiji ne prenesu na određenog nasljednika;
3. ako je korisniku koncesije pravomoćnom odlukom suda ili nadležnog tijela uprave trajno zabranjeno obavljanje djelatnosti za koju je koncesija dodijeljena;
4. sporazumnim raskidom ugovora o koncesiji.

Imovinskopравne posljedice ovise o razlozima prestanka važenja odnosno raskida ugovora.

Tako kod prestanka važenja ugovora o koncesiji, istekom vremena na koje je koncesija dodijeljena, Zakon predviđa prelazak prava vlasništva nekretnina, uređaja i dr. na Republiku Hrvatsku ako odlukom i ugovorom nije drukčije određeno. Ovlast na takvo drukčije reguliranje ugovorom u ovom slučaju mora proizlaziti iz odluke o dodjeli koncesije, dok u nekim drugim slučajevima (npr. čl. 149. st. 1. toč. 2. i 3. Zakona, u svezi s obvezom uspostave prijašnjeg stanja) takva ovlast nije potrebna za slobodu drukčijeg ugovaranja.

Raskid ugovora predviđen je kao sporazumni način prestanka ugovora o koncesiji (čl. 149.), i kao posljedica ovlaštenja davatelja koncesije da traži raskid ugovora (čl. 150.), i to u sljedećim slučajevima:

1. ako korisnik koncesije nije u roku započeo, odnosno dovršio radove koje je trebao izvesti u skladu s ugovorom o koncesiji,

2. ako korisnik koncesije prestane kontinuirano obavljati djelatnost za koju je koncesija dodijeljena, a prava i obveze iz koncesije ne preuzme novi korisnik koncesije prema čl. 149. st. 4. ovoga Zakona, po isteku roka od šest mjeseci od dana kada je utvrđen prestanak obavljanja te djelatnosti,

3. ako korisnik koncesije samovoljno učini preinake na uređajima koje koristi pri ostvarivanju koncesije, ne održava građevine i uređaje ili samovoljno mijenja uvjete pod kojima je koncesija dodijeljena, radi čega nastaje opasnost od poremećaja u vodnom režimu ili može doći do povrede zakonitih prava drugih osoba na vodama i vodnom dobru, a u roku koji odredi nadležno tijelo ne uspostavi prijašnje stanje.

Niti u jednom od slučajeva raskida ugovora iz čl. 150. Zakona korisnik koncesije nema pravo na naknadu štete koje je pravo izričito isključeno odredbom čl. 150. st. 4.

Za odlučivanje u sporu o raskidu ugovora nadležan je sud (čl. 150. st. 2.).

Smatrali smo potrebnim istaknuti upravo navedene bitne elemente u svezi s reguliranjem koncesije, a posebno ugovora o koncesiji, s naglaskom na imovinskoppravna pitanja, uzimajući u obzir okvire ovog referata, iako bi institut koncesije na vodama i vodnom dobru zasluživao cjelovito i posebno razmatranje.

Ugovor o zakupu također je jedan od obveznopравnih osnova korištenja voda. Zaključuje se u situacijama kad se radi o manjem opsegu korištenja voda za određene namjene.

Ugovor se zaključuje u skladu s propisima o obveznopравnim odnosima (čl. 143. st. 2.)

II.3.2. Vodno dobro posebna je pravna kategorija, ali u pogledu pravnog statusa, te određenih prava i obveza kao i u pogledu upravljanja, raspolaganja i korištenja Zakon razlikuje javno vodno dobro od vodnog dobra, kao što je to u prethodnom dijelu izlaganja višekratno isticano.

Pri tome su neka temeljna obilježja zajednička, dok u pogledu određenih stvarnih i obveznih prava postoje bitne i značajne razlike.

Osim tih razlika u okviru samog Zakona o vodama, odredbe tog posebnog Zakona o vodnom dobru i javnom vodnom dobru znače uspostavljanje posebnog pravnog režima koji djelomično odstupa od pravnih normi imovinskog (građanskog) prava.

U daljnjem izlaganju razmotrit ćemo upravo te razlike i specifičnosti u pogledu stvarnopравnog i obveznopравnog uređenja u svezi sa sljedećim pitanjima:

- a) vlasništvo i druga stvarna prava na vodnom dobru
- b) korištenje vodnog dobra
- c) koncesija na javnom vodnom dobru i ugovor o zakupu
- d) građenje na vodnom dobru
- e) prestanak javnog vodnog dobra.

II.3.2.a) Vlasništvo i druga stvarna prava na vodnom dobru

Što se tiče prava vlasništva i drugih stvarnih prava, bitna je razlika između vodnog dobra i javnog vodnog dobra.

Vodno dobro kao i javno vodno dobro mogu biti predmet prava vlasništva.

Javno vodno dobro kao javno dobro u općoj upotrebi prema odredbama čl. 61. Zakona o vodama u vlasništvu je Republike Hrvatske.

Javno vodno dobro može, dakle, biti samo u vlasništvu Republike Hrvatske, dok ostala vodna dobra mogu biti u vlasništvu i drugih pravnih i fizičkih osoba.

Pretežni dio zemljišnih čestica koje čine vodno dobro prema čl. 57. Zakona o vodama u vlasništvu je Republike Hrvatske.³¹

Prema odredbama čl. 61. Zakona o vodama javno vodno dobro je neotuđivo, što predstavlja ograničenje prava vlasništva za vlasnika javnog vodnog dobra, dakle za Državu kao nositelja tog prava.

Država kao vlasnik javnog vodnog dobra ne može njime raspolagati na način da ga otuđi, odnosno prenese u vlasništvo drugoj osobi, čime bi došlo do prestanka vlasništva Republike Hrvatske na javnom vodnom dobru.

Nesporno je da se radi o prinudnom pravnom propisu pa bi ugovori zaključeni protivno tim odredbama bili apsolutno ništavi.

Za vodno dobro takvog ograničenja nema, ono dakle nije izvan prometa, ali postoji pravo prvokupa u korist Republike Hrvatske ako se radi o vodnom dobru koje je vlasništvo drugih osoba (čl. 67.).

Realizacijom prava prvokupa u korist Republike Hrvatske vodno dobro postaje javno vodno dobro.

Na javnom vodnom dobru ne može se dosjelošću steći pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo (čl. 62.).

Ove se odredbe odnose na originarno stjecanje prava vlasništva, pri čemu se isključuje dosjelost kao jedan od originarnih načina stjecanja prava vlasništva. Što se tiče drugih stvarnih prava, to se, s obzirom na odredbe Zakona o vlasništvu, odnosi na pravo služnosti, budući da se glede ostalih ograničenih stvarnih prava dosjelošću može stjecati jedno pravo služnosti.

Odredbe čl. 62. Zakona o vodama, odstupaju na taj način od općih odredaba o stjecanju prava vlasništva dosjelošću. Prema odredbi čl. 159. Zakona o vlasništvu na stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske može se, naime, dosjelošću steći pravo vlasništva, ali uz posebne pretpostavke u pogledu vremena dosjelosti. Potrebno je naime dvostruko vrijeme od onog propisanog inače za stjecanje prava vlasništva dosjelošću.

Na javnom vodnom dobru moguće je stjecanje nekog drugog stvarnog prava, dakle ne prava vlasništva, prema odredbama čl. 62. st. 2. Zakona o vodama samo na temelju prethodnog akta "Hrvatskih voda" kojim se utvrđuje da to pravo neće utjecati na ostvarivanje namjena predviđenih Zakonom (čl. 59.), odnosno da neće potpuno isključiti dopuštenu opću uporabu na javnom vodnom dobru.

Prema jednoj novijoj odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Rev 3916/94 od 31. siječnja 1996. g. "na javnom dobru koje je u općoj uporabi ne može se stjecati pravo vlasništva niti dosjelošću niti građenjem".

U obrazloženju presude rečeno je, između ostalog:

"da je tužitelj 1960. g. sagradio kuću za odmor na zemljišnoj čestici koja je u zemljišnim knjigama i u katastarskom operatu upisana kao javno dobro jer pripada

³¹ I. Šimunović i J. Daničić, op. cit., str, 5.

obali rijeke (zemljište nastalo naplavom uz rijeku). Na tom zemljištu nije formirana građevinska parcela Provedbenim urbanističkim planom.

Na tako utvrđeno činjenično stanje sudovi nižeg stupnja pravilno su primijenili materijalno pravo kada su tužitelja odbili s tužbenim zahtjevom, s obzirom na to da se pravo vlasništva na javnom dobru, koje je u općoj uporabi, ne može stjecati dosjelošću, a ni građenjem. Uzurpacija javnog dobra ne mijenja njegovu namjenu.

Okolnost da od nadležnog upravnog tijela nije određeno rušenje spornoga građevinskog objekta, nije odlučna u ovom sporu glede utvrđenja stjecanja prava vlasništva na kući za odmor i zemljištu koje služi za redovnu upotrebu.”

Posebne odredbe Zakona o vodama odnose se na isključenje posjedovne zaštite za osobe koje neovlašteno koriste javno vodno dobro (čl. 64. st. 4.). Smatra se da je to, također, odstupanje od općih odredbi Zakona o vlasništvu (čl. 27.).

Moramo, međutim, istaknuti da dugogodišnja sudska praksa nije priznavala posjedovnu zaštitu na javnom dobru (tako npr. i odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Gzz 22/83 od 16. ožujka 1993. g.).

II.3.2.b) Korištenje javnog vodnog dobra

Što se tiče korištenja javnog vodnog dobra, odredbe Zakona o vodama uspostavljaju također poseban pravni režim koji se razlikuje od onog uređenog naprijed citiranim čl. 35. st. 4. Zakona o vlasništvu.

Prema općim propisima Zakona o vlasništvu javnim dobrima u općoj uporabi, koja su namijenjena za uporabu svih, svatko ima pravo služiti se na način koji je, radi ostvarenja te namjene, odredilo nadležno tijelo.

Zakon o vodama glede korištenja javnog vodnog dobra ne sadrži posebne odredbe o tome što se smatra općom uporabom javnog vodnog dobra kao što je to slučaj s korištenjem voda (čl. 26. Zakona).

Međutim, treba uzeti u obzir opće odredbe čl. 35. st. 4. Zakona o vlasništvu koji propisuje da se na javna dobra u općoj uporabi na odgovarajući način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra ako posebnim zakonom nije što drugo predviđeno ili u ovom slučaju navedeni opći propisi primjenjuju se dakle supsidijarno ako Zakon o vodama ne određuje drukčije.

Što se tiče javnog vodnog dobra, polazeći nesumnjivo od tih pravila, Zakon o vodama predviđa da se svatko pod jednakim uvjetima može služiti javnim vodnim dobrom za odmor i rekreaciju, ali na način i u opsegu koji se propisuje odlukom gradskog ili općinskog vijeća (čl. 63. st. 1.).

Pravo na opću uporabu javnog vodnog dobra može, međutim, biti ograničeno.

Tako bi se moglo ograničiti korištenje za odmor i rekreaciju ako bi se dokazalo da je to štetno za javno vodno dobro (čl. 63. st. 2.).

Izričito je, nadalje, predviđeno (čl. 64. st. 3.) da pravo korištenja stečeno koncesijom ili ugovorom o zakupu može na dijelu javnog vodnog dobra drugim osobama ograničiti ili potpuno isključiti njegovu uporabu.

Zakon je, naime, pravnim i fizičkim osobama istodobno omogućio (čl. 64.) da steknu pravo gospodarskog korištenja dijela javnog vodnog dobra temeljem ugovora o koncesiji ili temeljem ugovora o zakupu (čl. 64. st. 2.).

Isključena je, pri tome, mogućnost da se pravo gospodarskog korištenja temeljem koncesije ili ugovora o zakupu odnosi na namjene predviđene čl. 59. Zakona radi održavanja i poboljšanja vodnog režima.

Zakon o vodama sadrži u čl. 66. i 67. posebne odredbe u svezi s korištenjem zemljišnih čestica koje su vodno dobro, ali ne javno vodno dobro.

Vodno dobro koje nije u vlasništvu Republike Hrvatske, već je u vlasništvu drugih fizičkih i pravnih osoba, može se otuđiti ili dati u zakup.

Na vodnom dobru, međutim, postoji ograničenje prava vlasništva. Vlasnici su dužni dopustiti njihovo korištenje za sve namjene iz čl. 59., dakle one koje služe održavanju i poboljšanju vodnog režima (npr. građenje vodnih građevina, postavljanje uređaja za uređenje vodotoka i dr.).

To je nesumnjivo oblik ograničenja prava vlasništva, o čemu se u daljnjim izlaganjima cjelovitije govori uključujući i pitanje prava na naknadu štete vlasniku, o čemu Zakon u čl. 66. ne sadrži nikakve odredbe.

U slučaju prodaje tih zemljišnih čestica, Republika Hrvatska ima pravo prvokupa, a prelaskom u njezino vlasništvo takve zemljišne čestice postaju javno vodno dobro.

U pogledu tih čestica moguće je izvlaštenje u korist Republike Hrvatske, ako su osobito značajne za održavanje vodnog sustava (čl. 67. st. 1.).

Naknada za izvlaštene nekretnine priznaje se u visini tržišne vrijednosti (čl. 67. st. 2.).

II.3.2.c) Koncesija na javnom vodnom dobru i ugovor o zakupu

Koncesija i ugovor o zakupu također su jedan od načina korištenja i osnova su za stjecanje obveznih prava na javnom vodnom dobru.

U kojim se slučajevima može i mora zasnovati koncesija, a u kojim zakup, ovisi o:

- opsegu korištenja javnog vodnog dobra
- namjeni za koju se koristi javno vodno dobro.

Zavisno o tome bitna je razlika u ovlaštenjima koja pripadaju temeljem koncesije i temeljem zakupa.

Sve ono što je rečeno o koncesiji kad smo govorili o koncesiji na vodama, dakle u dijelu u kojem su te odredbe zajedničke, treba primijeniti i kad se radi o koncesiji na javnom vodnom dobru.

Ovdje ćemo se stoga osvrnuti samo na one odredbe o koncesiji i o ugovoru o zakupu koje se odnose posebno na javno vodno dobro.

Prema odredbama čl. 143. koncesija na javnom vodnom dobru potrebna je za gospodarsko i drugo korištenje javnog vodnog dobra s podizanjem trajnih građevina odnosno izgradnjom uređaja, te za korištenje javnog vodnog dobra za športske i rekreacijske svrhe s podizanjem trajnih građevina, uključujući vađenje pijeska i šljunka (čl. 143. st. 1. toč. 10. - 12.).

Postoje i iznimke, kad je korištenje javnog vodnog dobra moguće i bez koncesije ako se radi o manjem opsegu korištenja bez podizanja trajnih građevina i bez izgradnje uređaja.

U takvim slučajevima zaključuje se ugovor o zakupu (čl. 143. st. 2.).

Koncesija nije potrebna ni za opću uporabu javnog vodnog dobra.

Koncesija nije potrebna niti Državi, odnosno nije potrebna “za ulaganja i radnje iz st. 1. čl. 143., koje se obavljaju u ime i za potrebe Države ako na osnovi toga druge pravne i fizičke osobe ne stječu stvarnopravne ovlasti” (čl. 143. st. 3.).

Iz navedenih odredaba proizlazi da koncesija nije potrebna za svako korištenje javnog vodnog dobra, ali je korištenje javnog vodnog dobra temeljem koncesija pravilo, a temeljem ugovora o zakupu iznimka.

Ugovor o zakupu također je jedan od obveznopravnih osnova korištenja javnog vodnog dobra. Zaključuje se u situacijama kad se radi o manjem opsegu korištenja, bez podizanja trajnih građevina odnosno izgradnje uređaja.

Ugovor se zaključuje u skladu s propisima o obveznopravnim odnosima (čl. 143. st. 2.).

II.3.2.d) Građenje na vodnom dobru

Građenje na vodnom dobru jedan je od oblika korištenja vodnog dobra, ali istovremeno nameće vlasniku odnosno drugom korisniku vodnog dobra ograničenje njegovih prava na nekretnini, a može dovesti do izvlaštenja.

Tako je, npr. odredbama članka 59. Zakona predviđeno, između ostalog, da je vodno dobro osobito namijenjeno za građenje vodnih građevina.

Definiciju vodne građevine Zakon o vodama daje u članku 8.

To su građevinski objekti ili skupovi takvih objekata zajedno s pripadajućim uređajima, koji čine tehničku odnosno tehnološku cjelinu, a služe za uređenje vodotoka i drugih voda, zaštitu od štetnog djelovanja voda, zahvaćanje voda radi njihova namjenskog korištenja i za zaštitu voda.

S obzirom na svoju namjenu podijeljene su u četiri osnovne kategorije (članak 9.) i to:

- regulacijske i zaštitne vodne građevine
- vodne građevine za melioracijsku odvodnju
- vodne građevine za korištenje voda
- vodne građevine za zaštitu voda.

Vodne građevine mogu biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava.

Namjena određuje njihov vlasničkopravni status.

Regulacijske i zaštitne vodne građevine u vlasništvu su države (članak 10. stavak 1.) i njihovo građenje uvijek je *ex lege* u interesu Republike Hrvatske. One su, dakle, dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Iznimno i te građevine mogu biti u vlasništvu drugih osoba pod pretpostavkama da vlasnik na taj način štiti svoje nekretnine i da je gradi na svojoj nekretnini (članak 10. stavak 3.).

Vodne građevine za melioracijsku odvodnju i navodnjavanje u vlasništvu su županije (članak 11. stavak 1.) ili vlasništvu drugih fizičkih i pravnih osoba, a njihovo je građenje u interesu Republike Hrvatske kad je to predviđeno posebnim propisom.

Iz navedenih odredaba proizlazi da Zakon o vodama sadrži odredbe o stvarnopravnim prvenstveno vlasničkopравnim posljedicama građenja na vodnom dobru.

Međutim, te odredbe nisu dovoljne pa će za niz pitanja odgovor trebati tražiti u odredbama o koncesiji, o zakupu, o korištenju vodnog dobra i javnog vodnog dobra i dr.

Polazeći od toga da su vodne građevine građevinski objekti u smislu Zakona o građenju ("Narodne novine", broj 77/92., 82/92., 33/95.) do primjene će doći i načelo jedinstva nekretnine u skladu s kojim treba tumačiti i odredbe svih važećih zakona (čl. 395. Zakona o vlasništvu).

II.3.2.e) Prestanak javnog vodnog dobra

Pod određenim pretpostavkama (čl. 65.) moguće je da zemljišne čestice koje čine javno vodno dobro prestaju biti dijelom javnog vodnog dobra.

Radi se o sljedećim pretpostavkama koje moraju kumulativno³² biti ispunjene:

1. ako se rješenjem Državne uprave za vode utvrdi da je zemljišna čestica postala trajno nepotrebna za namjene iz čl. 59. ovog Zakona i da je uslijed toga prestala biti javnim vodnim dobrom, i

2. ako se u zemljišnoj knjizi briše njezino svojstvo javnog vodnog dobra.

Svojstvo javnog dobra na nekoj zemljišnoj čestici prestat će, dakle, brisanjem toga svojstva u zemljišnoj knjizi na temelju rješenja Državne uprave za vode.

U svezi s primjenom ove odredbe napominje se da bi Državna uprava za vode u svom rješenju, koje ima inače karakter upravnog akta, morala odrediti provedbu rješenja o zemljišnoj knjizi po službenoj dužnosti. Ovim rješenjem, osim brisanja svojstva javnog vodnog dobra, trebalo bi istodobno po službenoj dužnosti odrediti i upis prava vlasništva u korist Republike Hrvatske u slučajevima kada na toj čestici zbog nesređenosti zemljišno-knjižnog stanja ranije nije upisano pravo vlasništva u korist Republike Hrvatske.

Dalje se ističe da je u praksi vrlo rijetka situacija da se ova rješenja donose na inicijativu "Hrvatskih voda", koje su dužne voditi vodne katastre i sređivati ih sa stvarnim stanjem, nego se donose na inicijativu drugih osoba (najčešće uzurpanata na uzurpiranom zemljištu).

Naglašava se i to da glede raspolaganja nekretninama koje su prestale biti javno vodno dobro, važe zakoni koji inače uređuju pitanje upravljanja i raspolaganja drugim nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o Vladi Republike Hrvatske, Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Zakon o šumama), zavisno od toga je li nekretnina koja je prestala biti javno vodno dobro građevinsko, poljoprivredno ili šumsko zemljište³³.

³² Danica Domjanović, *Stvarna i obvezna prava na vodama i vodnom dobru*, str. 4., Savjetovanje 2000.; I. Šimunović, op. cit., str. 4.

³³ Danica Domjanović, op. cit., str. 4.

III. Ograničenje prava vlasnika i korisnika zemljišta

Zakon o vodama sadrži poseban odjeljak (9) pod nazivom "Ograničenje prava vlasnika i korisnika zemljišta i posebne mjere radi održavanja vodnog režima" (čl. 106. - 112.).

Ograničenja prava ovlaštenika stvarnih i drugih prava na zemljištima na koje se odnose odredbe Zakona o vodama nisu sadržana samo u ovom odjeljku.

Niz ostalih odredaba Zakona o vodama predviđa i druga ograničenja prava vlasnika i korisnika zemljišta.

Tako npr. glede služenja tim nekretninama (čl. 25. - 30., čl. 66.), raspolaganja nekretninama (čl. 67.), u svezi sa zaštitom voda od onečišćavanja (čl. 68. - 81.), pristupa na nekretnini bez dopuštenja vlasnika (čl. 30. st. 2.) i dr.

Ograničenja se odnose na vlasnike i korisnike zemljišta, dakle na stvarnopravne ovlaštenike glede zemljišta kao i na one koji temeljem nekog drugog pravnog temelja koriste zemljište ili vode (npr. temeljem ugovora o zakupu ili ugovora o koncesiji).

Ograničenja mogu obuhvaćati vode, zemljišne čestice koje se smatraju vodnim dobrom, ali i zemljišne čestice koje se ne smatraju vodnim dobrom. Ovo posljednje je npr. slučaj iz čl. 109. koji se odnosi na vlasnika i korisnike drugog zemljišta na ugroženom području.

Po svom sadržaju ograničenja mogu biti upravljena na zabranjivanje, sprečavanje ili ograničavanje određenih radnji (npr. čl. 106. Zakona) ili na obvezu vlasnika da dopusti služenje zemljištem na zakonom predviđen način (npr. čl. 109. Zakona o vodama).

Zabrane iz čl. 106. Zakona predviđene su radi očuvanja i održavanja regulacijskih i zaštitnih te drugih vodnih građevina i radi sprečavanja pogoršanja vodnog režima iz čl. 106. st. 1.

Tako je npr. zabranjeno:

1. na nasipima i drugim regulacijskim i zaštitnim vodnim građevinama kopati i odlagati zemlju, pijesak, šljunak, puštati i napasati stoku, prelaziti i voziti motornim vozilima izuzev na mjestima na kojima je to izričito dopušteno, te obavljati druge radnje kojima se može ugroziti sigurnost ili stabilnost tih građevina (čl. 106. st. 1. toč. 1.),

2. u uređenom inundacijskom pojasu orati zemlju, saditi i sjeći drveće i grmlje (čl. 106. st. 1. toč. 2.).

Drugu vrsta ograničenja predviđaju npr. već spomenute odredbe čl. 109. prema kojima su, radi provođenja obrane od poplava vlasnici i korisnici zemljišta na ugroženom području dužni na zahtjev "Hrvatskih voda" dopustiti:

1. korištenje pijeska, šljunka, zemlje i kamena s njihova zemljišta

2. prijelaz osoba i prijevoznih sredstava preko njihova zemljišta.

Zakon o vodama sadrži u nizu odredaba i posebne odredbe o odgovornosti za štetu odnosno naknadi štete i to:

a) o obvezi odnosno pravu na naknadu štete u pojedinim slučajevima,

- b) o načinu popravljivanja štete i o visini naknade,
- c) o nadležnosti za odlučivanje o zahtjevu za naknadu štete.

Te odredbe odstupaju od općih odredaba o naknadi štete. Smatra se da to nije u suprotnosti sa Zakonom o obveznim odnosima budući da se odredbe općeg dijela tog Zakona ne primjenjuju u pitanjima koja su drukčije uređena posebnim zakonom (čl. 24.).³⁴

Što se tiče postojanja obveze odnosno prava na naknadu štete, u nekim odredbama Zakona obveza naknade štete propisana je za štetnika kad je zbog poduzimanja zabranjenih radnji ili propuštanja poduzimanja određenih radnji, nastala šteta (npr. čl. 107.), dok je u drugim slučajevima priznato pravo na naknadu štete zbog ograničenja prava vlasnika i korisnika.

Zakon o vodama u nekim situacijama predviđa način popravljivanja štete, a u nekima ne.

Tako je štetnik dužan uspostaviti prijašnje stanje ili će ti radovi biti izvedeni na njegov trošak, a ako štetu nije moguće popraviti na taj način, tuženik je dužan naknaditi štetu u iznosu koji određuje upravno tijelo (vodoprivredni inspektorat) prema cjeniku koji donose "Hrvatske vode" (čl. 107. Zakona o vodama).

Postoje, dakle, slučajevi (čl. 107. ili čl. 55. Zakona o vodama) u kojima o naknadi štete ne odlučuje sud već nadležno upravno tijelo.

Očito se smatralo da se hitnost postupanja bolje može ostvariti djelovanjem upravnih tijela, a ne suda.

U drugim slučajevima kad se vlasniku odnosno korisniku zemljišta zbog ograničenja njihovih prava priznaje naknada stvarne štete, za slučaj spora predviđena je nadležnost suda (čl. 109., čl. 111.).

Što se tiče opsega i visine naknade štete, kriteriji za njezino utvrđivanje nisu jedinstveni. Negdje su oni predviđeni, a negdje o tome nema odredaba. Tako se visina štete može odrediti:

- prema cjeniku "Hrvatskih voda" (čl. 107.)
- prema kriterijima Zakona o izvlaštenju (čl. 47.)
- prema visini stvarne štete.

U svezi s pitanjem naknade štete istakli bismo još sljedeće:

Zakon o vodama u nekim slučajevima (vidjeli smo čl. 109. čl. 111.) izričito priznaje vlasnicima i korisnicima zemljišta naknadu štete, i to "stvarne štete" zbog ograničenja njihovih prava na zemljištu.

Međutim, u čitavom nizu slučajeva u kojima se također radi o ograničavanju prava vlasnika odnosno korisnika zemljišta, Zakon o tome ne sadrži nikakve odredbe (npr. čl. 66.).

Postavlja se stoga, pitanje da li i u takvim slučajevima ograničavanja prava (npr. čl. 59. i čl. 66.) vlasnicima i korisnicima pripada pravo na naknadu štete. Npr: da li vlasnici vodnog dobra imaju pravo na naknadu u slučajevima kad su zbog

³⁴ I. Šimunović i Jasnica Daničić, op. cit., str. 26.

namjene vodnog dobra dužni trpjeti ograničenja prava vlasništva (npr. nemogućnost gradnje), što uz ostalo, nesumnjivo smanjuje i prometnu vrijednost takvog zemljišta.³⁵

Sigurno je da postoje pravni argumenti u prilog stajališta da vlasnicima i u takvim slučajevima pravo na naknadu daje Ustav (čl. 50.) kao i odredbe Zakona o vlasništvu i Zakona o obveznim odnosima.³⁶

Sljedeće je pitanje da li naknada štete pripada u punom iznosu, što obuhvaća, prema općim propisima stvarnu štetu i izmaklu korist, ili se priznaje samo stvarna šteta. Zakon o vodama spominje samo stvarnu štetu u odredbama u kojima govori o pravu vlasnika ili korisnika na naknadu štete.

Umjesto zaključka otvara se niz pitanja koja u praksi mogu biti sporna. Ograničenja mogu biti značajna kao i nastala šteta.

Međutim, odredbe o naknadi štete u Zakonu o vodama nepotpune su i zasnivaju se na različitim kriterijima priznavanja i utvrđivanja naknade. Zakon ne sadrži odredbu kojom bi se upućivalo na primjenu općih propisa o naknadi štete.

Kao poseban oblik ograničenja prava vlasništva predviđeno je osnivanje služnosti.

Tako je npr. predviđeno (čl. 47.) mogućnost ustanovljavanja služnosti iz čl. 112. u svrhu dovođenja vode u meliorizacijski sustav ili za odvodnjavanje.

Što se tiče postupka i naknade prema čl. 47. Zakona o vodama na odgovarajući se način primjenjuju odredbe Zakona o izvlaštenju, dok je prema odredbama čl. 45. i čl. 112. istog zakona za slučaj spora o "osnivanju služnosti i visini naknade" nadležan odlučivati Županijski ured.

IV. Zaključak

Uvodno smo istaknuli da je naglasak u ovom referatu na stvarnopravnom i vlasničkopravnom uređenju voda i vodnog dobra. Stoga smo u našem izlaganju nastojali obuhvatiti upravo one odredbe Zakona o vodama koje se odnose na to uređenje. U mjeri u kojoj ih u primjeni dopunjuju opći propisi obuhvatili smo i te propise. Čini nam se ipak da se Zakon o vodama kao *lex specialis* kojim je trebalo rješavati niz značajnih pitanja vodnog prava nije upuštao u cjelovito rješenje imovinskopravnih odnosa na vodama i vodnom dobru.

Razumljivo je da se pri tome, i bez izričitog upućivanja na opće propise, u nizu situacija podrazumijeva njihova supsidijarna primjena.

Neovisno o tome pretpostaviti je da specifičnosti predmeta reguliranja Zakona o vodama i na tom području zahtijevaju posebna zakonska rješenja.

Malobrojna sudska praksa ne bi trebala davati osnova za zaključak da u praksi nije bilo sporova odnosno spornih pitanja.

³⁵ I. Šimunović i Jasnica Daničić, op. cit., str. 27.

³⁶ Danica Damjanović, op. cit., str. 3.

Svrha bi ovog referata bila postignuta ako bi pomogao da se bolje uoče i identificiraju pitanja stvarnih i obveznih prava na vodama i vodnom dobru, i to ona koja je Zakon o vodama riješio, tako i ona koja nije cjelovito ili nije uopće riješio.

Summary

WATERS AND WATER DOMAIN (Some Issues of Legal Regulation)

The object of this presentation is legal status of waters and water domains with emphasis on regulation of property rights and obligations. This legal status is mostly regulated by Law on waters ("Official Gazette" 107/95), but the status of common domain and public water domain, as public domain in public usage, derives as well from other general regulations and from the Constitution of the Republic of Croatia.

Legal regulation of water that cannot be object of ownership and of water or public water domain that can, considerably differ. Consequently, the issues of property rights and obligations, management, usage, concessions, limitations to the rights of owner and land user, etc. are discussed separately for waters and water domain.

Key words: *waters, water domain, legal regulation.*

Zusammenfassung

WASSER UND WASSERBESITZ (einige Fragen zur Rechtsregelung)

Gegenstand diese Referats ist der Rechtsstatus von Wasser und Wasserbesitz mit Betonung der sachen- und schuldrechtlichen Regulative.

Zum größten Teil wird dieser Rechtsstatus durch das Gesetz über Gewässer geregelt ("Narodne novine" Nr. 107/95), aber für Wasser als Allgemeingut und als öffentlichen Wasserbesitz, als öffentlichen Besitz in allgemeinem Gebrauch geht er aus den Vorschriften und Verordnungen der Verfassung der Republik Kroatien hervor.

Die Rechtsregelung über Gewässer, die nicht Gegenstand des Eigentumsrechts sein können und von Wasser- und öffentlichem Wasserbesitz, die Gegenstand des Eigentumsrechts sind, unterscheiden sich wesentlich.

Deshalb werden einzelne Fragen, die an Sachen- und Schuldrecht sowie Leitung, Nutzung, Konzession, Beschränkung der Rechte des Eigentümers und Benutzers von Grund u.a. gebunden sind, hinsichtlich Wasser und Wasserbesitz gesondert betrachtet.

Schlüsselwörter: *Gewässer, Wasserbesitz, Rechtsregulative.*

Sommario

ACQUE E BENE DELL'ACQUA (alcune questioni di regolamentazione legale)

L'oggetto di questa presentazione è lo status legale delle acque e dei beni dell'acqua, con enfasi sulla regolamentazione dei diritti reali e obbligatori. Questo status legale è regolamentato soprattutto nella Legge sulle acque ("Gazzetta del popolo", 107/1995), ma la condizione di bene comune e bene pubblico dell'acqua, come bene pubblico di uso generale, deriva anche da altre discipline generali e dalla Costituzione della Repubblica di Croazia.

La regolamentazione legale delle acque che non possono essere oggetto di proprietà e dei beni dell'acqua o beni pubblici dell'acqua che possono esserlo differisce notevolmente. Di conseguenza le questioni dei diritti reali e obbligatori, dell'amministrazione, dell'uso, delle concessioni, dei limiti ai diritti del proprietario e dell'utilizzatore del terreno, etc. sono discusse separatamente per le acque e il bene dell'acqua.

Parole chiave: *acque, bene dell'acqua, regolamentazione legale.*

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 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 članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autora izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje, ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni članci i stručni članci moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi i ključnim riječima (2-3 riječi). Sažetkom se na skraćen način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem licu ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku;
8. Opseg rukopisa koji podliježe kategorizaciji, ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova);
9. Radovi se dostavljaju u tri primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- * original scientific paper
- * preliminary communication
- * review article
- * conference paper
- * professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion, summary and key words (2-3 words).
A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in three copies, one of which must be the original. The written manuscript must be accompanied by a floppy disk with the indication of the word processor used.
10. Manuscripts which do not comply with the above conditions shall be returned to their authors.

HINWEISE FÜR DIE AUTOREN

Die Zeitschrift veröffentlicht Arbeiten, die rezensiert werden und solche, die keine Rezension erfordern. Die rezensierten Arbeiten werden folgendermaßen kategorisiert:

- * wissenschaftlicher Originalbeitrag
- * vorläufige Mitteilung
- * Übersichtsartikel
- * Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- * fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole 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 Wörter) 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 dreifacher 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

POZIV NA PRETPLATU

Iz sadržaja Zbornika vol. 21. br. 2 (2000.)

Članci: *Mijo Biličić, Igor Vio*, Maritime Occupation and Safety; *Isabella Rosoni*, Aspetti logici della teoria della prova indiziaria; *Miomir Matulović*, Rawlsov Politički liberalizam; *Vjekoslav Miličić*, Ćudoredno-deontološka i pravna načela u medicinskoj informatici; *Dragutin Ledić*, Povezana društva i zaštita tržišnog natjecanja; *Ljiljana Mikšaj-Todorović, Zvonimir Dujmović, Dubravka Hajduk-Džaja*, Razlika između alkoholičara počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na preporučenu sigurnosnu mjeru obveznog liječenja od ovisnosti; *Maja Vehovec*, Preferencije na tržištu rada i društvena odgovornost poduzeća; *Anita Kurtović, Ivana Petrić*, Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev i eutanazija; *Dieter Dörr*, Das Wettbewerbsrecht des EGV; *Katherine Shaw Spaht*, Louisiana's Covenant Marriage: A Thoroughly European Idea; *Thomas W. Simon*, United Nations Convention on the Wrongs to the Child; *Vid Jakulin*, Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja v Sloveniji; *Ljiljana Maurović*, Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU; *Nada Bodiroga-Vukobrat*, Proširenje Europske unije; *Dijana Gracin*, Kazne i kažnjavanje u europskom zakonodavstvu od prosvjetiteljskog razdoblja do konca XIX. stoljeća s posebnim osvrtom na kaznu lišenja slobode; *Ivica Kinder, Sven Reinold*, Isključenje od kaznenoga progona pripadnika SFOR-a u Republici Hrvatskoj; *Sanja Barić*, The Philosophical Concepts of Equality; *Velinka Grozdanić*, Pravni status maloljetnih počinitelja kaznenih djela u novom hrvatskom zakonodavstvu; *Sebastiano Tafaro*, Diritto, uomini, persona; *Maria Luisa De Filippi*, Le persone exceptae dal divieto di donazioni della Lex Cincia de donis et muneribus; *Anita Vittoria Nettis*, Le attività economiche delle liberte; *Darko Darovec*, Vpliv rimskoga prava na razvoj srednjeveškega notariata v Istri in Dalmaciji.

PRETPLATITE SE I UŠTEDITE 20%!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po pretplatničkoj cijeni od **140,00 kn**:

Vol. 19 br. 1 i br. 2 (1998.): _____ primjeraka

Vol. 20 br. 1 i br. 2 (1999.): _____ primjeraka

Vol. 21 br. 1 i br. 2 (2000.): _____ primjeraka

Vol. 22 br. 1 i br. 2 (2001.): _____ primjeraka

• po pretplatničkoj cijeni od **210,00 kn**:

Vol. 19 br. 1, br. 2 i Supplement (1998.): _____ primjeraka

Vol. 22 br. 1, br. 2 i Supplement (2001.): _____ primjeraka

• pojedini broj po cijeni od **90,00 kn** (bez popusta):

Vol. ____ br. ____: _____ primjeraka

Vol. ____ br. ____: _____ primjeraka

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

U _____, _____ 2001. godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci, broj: 33800-603-3140.

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel./fax 051/675-121, 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 savjetovanja, komentari i prijevodi strane pravne literature.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika* (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Kriminalistika. 1. Uvod* (unutarnja cijena: 40.00 kn; vanjska cijena: 50.00 kn)
- Lujo Margetić, *Povijest prava i države* (unutarnja cijena: 100.00 kn; vanjska cijena: 140.00 kn)
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo* (unutarnja cijena: 150.00 kn; vanjska cijena: 175.00 kn)
- Berislav Pavišić i Duško Modly, *Kriminalistika* (tvrdi uvez - unutarnja cijena: 123.00 kn; vanjska cijena: 200.00 kn)
- V.Đ. Degan, *Međunarodno pravo* (unutarnja cijena: 250.00; vanjska cijena: 450.00 kn)
- Berislav Pavišić: *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima* (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Kazneni zakon, pročišćeni tekst i stvarno kazalo* (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 49,00 kn)
- V. Hlača, *Hrvatsko prometno pravo i međunarodne konvencije* (unutarnja cijena: 125,00 kn; vanjska cijena: 250,00 kn)

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet* (unutarnja cijena: 40.00 kn; vanjska cijena: 50.00 kn)
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Marinko Učur, *Pomorsko radno pravo* (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* (unutarnja cijena: 60.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika* (unutarnja cijena: 60.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izbor studija* (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra* (unutarnja cijena: 80.00 kn; vanjska cijena: 100.00 kn)
- Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku* (unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)

GODIŠNJA PREDAVANJA:

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest* (unutarnja cijena: 20.00 kn; vanjska cijena: 20.00 kn)

ZBORNICI SA SAVJETOVANJA:

- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro i koncesije* (rasprodano)
- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro. Društveni aspekti upotrebe i korištenja* (rasprodano)

KOMENTARI:

- Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić, *Komentar Zakona o prekršajima* (rasprodano)
- Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić, *Komentar Osnovnoga krivičnog zakona Republike Hrvatske* (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o sigurnosti prometa na cestama* (rasprodano)
- Vinko Hlača i Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)

PRJEVODI:

- Ralph Folsom, Michale Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi* (besplatno izdanje)
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice* (besplatno izdanje)
- R.L. Doernberg, *Međunarodno opozivanje* (besplatno izdanje)

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**
51000 Rijeka, Hahlić 6
Centrala tel./fax: 051/675-121
Dekanat tel.: 051/675-596 fax: 051/675-113

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

Tel./Fax _____

MB/JMBG _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem _____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
br. 33800-603-3140 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

34

ZPFSR

22/01/1

0-1

Prilozi za Savjetovanje:
“Vlasništvo - obveze - postupak”
(Poreč, 4.-6. travnja 2001.)

Mihajlo Dika,
Osnovne procesnopravne i materijalnopravne
otvaranja stečajnoga postupka

Petar Simonetti,
Višestruko ugovaranje otuđenja

Tatjana Josipović,
Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava
(javno vlasništvo)

Igor Gliha,
Pravo umjetnika izvođača u hrvatskom zakonodavstvu

Zvonimir Slakoper,
Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s
posebnim osvrtom na potrošačke ugovore

Gian Antonio Benacchio,
La protezione del consumatore nella Comunità Europea
con particolare riguardo ai contratti

Dragutin Ledić,
Suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima

Dragan Zlatović,
Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu

Petar Simonetti,
Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s
povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla o
otuđenju tuđe nekretnine

Vlado Belaj,
Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla

Aldo Radolović,
Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda

Vesna Crnić-Grotić,
Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu

Jozo Čizmić,
Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva -
ugovor o licenciji žiga i ugovor o know howu

Marinko Đ. Učur,
Sadržaj i karakter predloženih promjena Zakona o radu

Miljenko Appio Giunio,
Ugovorne i zatezne kamate (propisi, praksa i problemi)

Jasna Brežanski,
Vode i vodno dobro (neka pitanja pravnog uređenja)