

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 19

SUPPLEMENT

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 19,
Suppl., str. XVI+713-1172, Rijeka, 1998.

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
RACOLTA 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: doc. dr. sc. Velinka Grozdanić

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Mladen Montana, prof. dr. sc. Petar Simonetti, prof. dr. sc. Dragutin Ledić, prof. dr. sc. Berislav Pavišić, doc. dr. sc. Velinka Grozdanić, 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.

Prijevođi/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris Bremer (za njemački) / doc. dr. sc. Anamari Petranović (za engleski)

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@law.pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Kompjuterska priprema/Layout: Grafika Žagar - Rijeka

Tisak/Print: Graftrade Žagar - Opatija

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *Current Legal Theory*, Tilburg, Netherlands i *Recht in Ost und West*, Berlin, Deutschland.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 19

SUPPLEMENT

RIJEKA, 1998.

SADRŽAJ

<i>Spomenica prof. dr. sc. Đuri Vukoviću</i>	IX
Članci:	
<i>Siniša Triva,</i> Privremene mjere osiguranja u arbitraži (izvorni znanstveni članak)	713
<i>Mihajlo Dika,</i> Vrste privremenih mjera prema Ovršnom zakonu (izvorni znanstveni članak)	745
<i>Krešimir Sajko,</i> Nacionalna i međunarodna zaštita kulturnih predmeta s posebnim osvrtnom na UNIDROIT konvenciju o ukradenim ili ilegalno izvezenim kulturnim predmetima, od 24. lipnja 1995. (izvorni znanstveni članak)	787
<i>Dragutin Ledić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Harmoniziranje europskog prava društava (izvorni znanstveni članak)	817
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Nomotehnika u radnom zakonodavstvu (izvorni znanstveni članak)	831
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Posebnosti međunarodnopravnog položaja žena izbjeglica (izvorni znanstveni članak)	849
<i>Vesna Tomljenović,</i> Posebna međunarodna nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu - neka otvorena pitanja tumačenja i kvalifikacije (izvorni znanstveni članak)	867
<i>Edita Čulinović Herc,</i> Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema Ovršnom zakonu - pravni okvir i primjena (izvorni znanstveni članak)	915
<i>Aleš Galič,</i> Procesna ustavna jamstva v pravdnem postopku - prikaz judikature slovenskega Ustavnega sodišča (izvorni znanstveni članak)	945
<i>Jasna Garašić,</i> O upravnom sporu pred Upravnim sudom RH u svjetlu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (izvorni znanstveni članak)	967

<i>Alan Uzelac,</i> Hrvatsko procesno pravo i jamstvo "pravičnog postupka" iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (izvorni znanstveni članak)	1005
<i>Dragutin Ledić,</i> Razvitak hrvatskog trgovačkog prava s posebnim osvrtom na prilike u Dubrovačkoj Republici (prethodno priopćenje).....	1031
<i>Aldo Radolović,</i> Suđenje osnovom pravičnosti, diskreciono ovlaštenje suca i slobodna ocjena dokaza (prethodno priopćenje).....	1049
<i>Srećko Jelinić,</i> Leasing - od oblikovanja ekonomske ponude do pravnog obuhvata (pregledni članak)	1065
<i>Damir Klasiček,</i> Prijedlog kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu (pregledni članak)	1083
<i>Jozo Čizmić,</i> Uredan poziv - pretpostavka za donošenje presude zbog izostanka (pregledni članak).....	1107
<i>Dionis Jurić,</i> Europski parlament nakon Amsterdamskog ugovora (pregledni članak).....	1135

TABLE OF CONTENTS

<i>Homage to Professor Đuro Vuković</i>	IX
Articles:	
<i>Siniša Triva,</i> Interim Measures of Protection in Arbitration	713
<i>Mihajlo Dika,</i> Provisional Measures under the 1996 Execution Act	745
<i>Krešimir Sajko,</i> National & International Protection of Cultural Objects & Focus on the UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects	787
<i>Dragutin Ledić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Harmonization of European Company Law	817
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Nomotechnica in Labour Legislation	831
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> The Particularities of International Legal Status of Women-Refugees	849
<i>Vesna Tomljenović,</i> Special International Jurisdiction in Disputes ref. Extracontractual Liability (Torts) - Several Questions of Interpretations & Qualifications	867
<i>Edita Čulinović Herc,</i> Voluntary Securities in Movables without Possession Transfer under Law on Execution - Legal Pattern & Application	915
<i>Aleš Galič,</i> Procedural Constitutional Guarantees in Civil Litigation - Case Law of the Slovenian Constitutional Court	945
<i>Jasna Garašić,</i> Judicial Review before the Administrative Court in the Republic of Croatia under the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 6)	967
<i>Alan Uzelac,</i> Croatian (Civil) Procedural Law and the Right to a Fair Trial under the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	1005

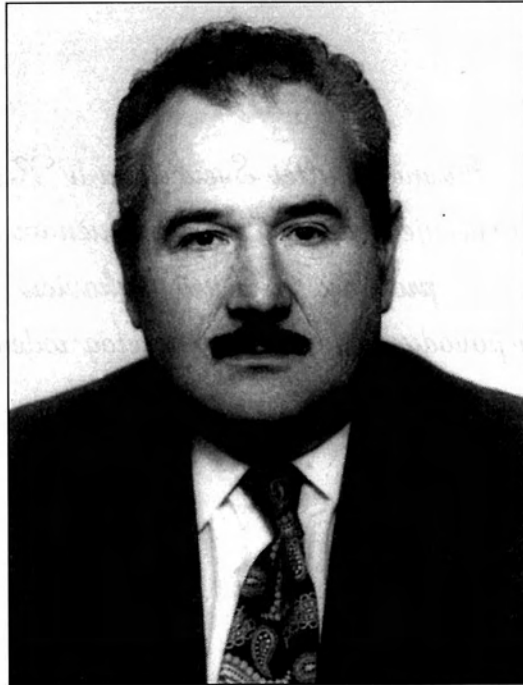
<i>Dragutin Ledić,</i>	
Development of Croatian Trade Law and Particularities from the Republic of Dubrovnik	1031
<i>Aldo Radolović,</i>	
Equity Jurisdiction, Judicial Discretion & Free Establishment of Evidence	1049
<i>Srećko Jelinić,</i>	
Leasing - from Economic Offer to Legal Extent	1065
<i>Damir Klasiček,</i>	
Proposition of Criteria for the Nationality of Company in Croatian Private International Law	1083
<i>Jozo Čizmić,</i>	
The Writ of Summons as a Prerequisite for Default Judgment	1107
<i>Dionis Jurić,</i>	
The European Parliament after the Treaty of Amsterdam	1135

INHALT

<i>Festschrift für Prof. Dr. Đuro Vuković</i>	IX
Aufsätze:	
<i>Siniša Triva,</i> Einstweilige Sicherungsmassnahmen im Schiedsverfahren	713
<i>Mihajlo Dika,</i> Arten einstweiliger Verfügungen gemäss des Zwangsvollstreckungsgesetzes	745
<i>Krešimir Sajko,</i> Nationaler und internationaler Schutz von Kulturgütern unter besonderer Berücksichtigung der UNIDROIT-Konvention über gestohlene oder illegal ausgeführte Kulturgüter vom 24. Juni 1995	787
<i>Dragutin Ledić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Harmonisierung des Europäischen Gesellschaftsrechts	817
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Nomotechnik in der Arbeitsgesetzgebung	831
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Besonderheiten des völkerrechtlichen Status von Flüchtlingsfrauen	849
<i>Vesna Tomljenović,</i> Besondere internationale Zuständigkeit in Prozessen über ausservertragliche Schadenshaftung - einige offene Fragen zur Interpretation und Qualifizierung	867
<i>Edita Čulinović Herc,</i> Freiwillige Forderungssicherung an unbewegliche Sachen ohne Besitzübertragung nach dem Vollstreckungsgesetz - Rechtsrahmen und Anwendung	915
<i>Aleš Galič,</i> Verfahrensgarantien im Zivilprozess - Rechtsprechung des Verfassungsgerichts von Slowenien	945
<i>Jasna Garašić,</i> Über Verwaltungsstreitigkeiten vor dem Verwaltungsgericht der Republik Kroatien im Lichte des Art. 6 Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten	967
<i>Alan Uzelac,</i> Das kroatische Prozessrecht und die Garantie des Fairen Verfahrens in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten	1005

<i>Dragutin Ledić,</i> Die Entwicklung des kroatischen Handelsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Republik von Dubrovnik	1031
<i>Aldo Radolović,</i> Richten aufgrund der Vorschriftsmässigkeit, diskretionäre Befugnis des Richters und freie Beurteilung des Beweises	1049
<i>Srećko Jelinić,</i> Leasing - von der Gestaltung des Wirtschaftsangebots bis zur Rechtsumfassung	1065
<i>Damir Klasiček,</i> Vorschlag für Kriterien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer Handelsgesellschaft im kroatischen und internationalen Privatrecht	1083
<i>Jozo Čizmić,</i> Ordnungsgemässe Vorladung - Voraussetzung für die Verurteilung wegen Nichterscheinens	1107
<i>Dionis Jurić,</i> Das Europaparlament nach dem Amsterdamer Vertrag	1135

*Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
posvećuje ovaj broj svom zaslužnom članu
prof. dr. sc. Đuri Vukoviću
u povodu njegova sedamdesetog rođendana*



Durina

DJELO PROF. DR. SC. ĐURE VUKOVIĆA

Pravni fakultet u Rijeci obilježava prigodnom edicijom Zbornika 70 godina života dr. sc. Đure Vukovića, poštovanog profesora i istaknutog znanstvenika.

Ostvariti ovaj zahtjevni poduhvat značilo je, prije svega, tematski ograničiti autore članaka samo na najvažnija pravna područja kojima se prof. Vuković u svom plodnom djelovanju bavio, a isto tako izdvojiti tek neke od brojnih referenci iz njegova bogatog znanstvenog opusa.

Prof. dr. sc. Đuro Vuković rodio se 1927. godine. Gimnaziju je završio 1947. godine u Zagrebu, a zatim 1952. godine Pravni fakultet također u Zagrebu. Daljnji životni put prof. Vukovića istovremeno je posvećen pravnoj znanosti i praksi. Praksi pristupa sa znanstvenih pozicija, a u znanstvenom radu se koristi iskustvima prakse.

Nakon prakse kao odvjetnički vježbenik, u tada propisanom trogodišnjem trajanju, polaže u Zagrebu odvjetnički ispit 1956. godine. Zatim radi u tadašnjoj Trgovačkoj komori Hrvatske i kao odvjetnik u Zagrebu. Kroz to vrijeme, do odlaska na sveučilište 1975. godine, bavi se i znanstvenim radom. Na Pravnom fakultetu u Zagrebu postiže 1964. godine stupanj doktora pravnih znanosti i objavljuje preko 20 znanstvenih i stručnih radova s područja privatnog prava, građanskog postupovnog prava, međunarodnog prava, nomotehnike i dr.

Godine 1975. izabran je za izvanrednog profesora, a 1981. godine za redovitog profesora na Pravnom fakultetu u Banjaluci. Predaje međunarodno privatno pravo i građansko postupovno pravo na dodiplomskom i poslijediplomskom studiju. Predstojnik je Katedre za međunarodno pravo i u šk. g. 1985./86. i 1986./87. dekan Fakulteta. Utemeljuje i 13 godina uređuje kao stalnu ediciju Godišnjak Fakulteta. Za redovitog profesora na Pravnom fakultetu u Rijeci izabran je 1990. godine za predmet građansko postupovno pravo, na kojoj se katedri i sada nalazi.

Za vrijeme sveučilišnog perioda prof. Vuković se intenzivno bavi znanstvenim radom. Prati domaću i osobito stranu literaturu, legislativu i judikaturu. Objavljuje preko 70 radova u kojima poredbeno i kritički obrađuje razne aktualne pravne probleme de lege lata i de lege ferenda koristeći domaće i strane izvore. Pisao je stručna mišljenja o nacrtima zakona, prevodio tekstove stranih propisa i izrađivao bibliografiju strane stručne literature. Predavao je i sudjelovao u radu na više domaćih i stranih fakulteta i skupova. Član je International Law Associationa i drugih stručnih udruga. Djelovao je kao vanjski stručni suradnik Ministarstva vanjskih poslova i arbitar međunarodne trgovačke arbitraže.

Znanstveni je interes prof. Vukovića širok i njegov se opus proteže na više pravnih područja. U prvom redu je to međunarodno građansko postupovno pravo. Iz ove oblasti prof. Vuković napisao je tri knjige i veći broj drugih radova. Prva je knjiga "Izuzeće od građanske jurisdikcije prema međunarodnom pravu, internim

pravima i sudskoj praksi" ("Informator", Zagreb 1981.). Ovom je monografijom, jedinom u nas, popunjena jedna praznina. U drugoj knjizi, "Priznanje i izvršenje stranih sudskih i drugih odluka koje su sa njima izjednačene" ("Univerzitetska knjiga" - "Glas", Banjaluka 1986.), potpuno je obrađena ova složena problematika od velikog značenja za međunarodni promet. Treća knjiga, "Međunarodno građansko procesno pravo" ("Informator", Zagreb 1987.), udžbenik je, jedini u nas, ali i nezaobilazan priručnik za potrebe prakse.

Pojedina pitanja međunarodnog građanskog postupovnog prava prof. Vuković je detaljno i poredbeno obradio posebnim radovima. Izdajamo radove "Međunarodna nadležnost i novi Zakon o parničnom postupku" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XXV/77.); "Strane isprave kao dokazno sredstvo" (Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru I/79.); "Pravo stranaca da budu oslobođeni prethodnog snošenja troškova građanskog parničnog postupka" ("Advokatura", Sarajevo 1-2/79.); "Osiguranje parničnih troškova" ("Naša zakonitost", Zagreb 5/80.); "Stranačka i parnična sposobnost stranaca" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci III/79.); "Izuzete države ispod građanske jurisdikcije" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Osijeku II/80.); Međunarodna pravna pomoć u građanskopravnim stvarima (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci IV/80.); "Izuzete od građanske jurisdikcije diplomatskih i drugih osoba koje su sa ovima u vezi" ("Advokatura" 3-4/80.); "Pojam strane sudske odluke u građanskopravnim stvarima" ("Odvjetnik", Zagreb 1-2/81. i 3-4/81.); "Odricanje od izuzeta od građanske sudbenosti" ("Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno pravo", Zagreb 15/81.); "Pravomoćnost (konačnost) stranih sudskih odluka kao pretpostavka za njihovo priznanje i izvršenje" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci V/81.); "Uzajamnost kao pretpostavka za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka" (Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru II-III/81.); "Utjecaj promjene jurisdikcije nad državnim područjem i prekida pravnog kontinuiteta na karakter sudskih odluka" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci VI/82.); "Da li se može priznati i izvršiti nagodba sklopljena pred stranim sudom" ("Pravni život", Beograd 3/82.); "Priznanje i izvršenje sudskih odluka u Europskoj zajednici" (Referat na Savjetovanju "Aktualna pravna pitanja suradnje sa Europskom zajednicom, njenim članicama i poduzećima" 1982.); "Prorogacija i derogacija međunarodne nadležnosti" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci VIII/84.); "Litispencencija kod građanskopravnih stvari sa međunarodnim elementom" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci X/86.); "Dokazi i dokazivanje u pravnim stvarima sa međunarodnim elementom" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci XI/87.); "Imunitet konzularnih predstavnika" ("Anali", Beograd 5/89.); te Značajke procesnih odredbi novog švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (Referat na Savjetovanju o međunarodnom privatnom pravu, Pravni fakultet Novi Sad 1989.).

U daljnjoj skupini radova iz opusa prof. Vukovića tretirani su problemi iz drugih pravnih oblasti. S područja međunarodnog kaznenog prava treba spomenuti doktorsku disertaciju "Subjekti međunarodnog krivičnog prava" u kojoj se analizira

problem pasivnih i aktivnih subjekata ove pravne grane. Obradujući više pravnih pitanja prof. Vuković posebno usmjerava ispitivanja na problem kolektivne i individualne odgovornosti. S ovoga područja treba ukazati na još dvije studije o jednom od temeljnih kaznenopravnih problema. To su "Prilog pojmu međunarodnog krivičnog djela" (Jugoslavenska revija za međunarodno pravo 1-3/66.) i "Krivična djela sa međunarodnim elementom u internom i međunarodnom pravu" (Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 3-4/78.).

Prof. Vuković piše i o drugim međunarodnopravnim temama. U radu "Pravni aspekti međunarodnih ekonomskih odnosa" ("Pregled", Sarajevo 6/78.) analizira odnos međunarodnog trgovačkog prava kao javnog prava i međunarodnog trgovačkog prava kao privatnog prava. U studiji "Metode reguliranja pravnih odnosa sa međunarodnim elementom" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci II/78.) razmatra reguliranje ovih odnosa međunarodnim supstancijalnim i kolizijskim normama. Treba ukazati i na radove "Međunarodnopravni aspekt slobode informiranja" (u knjizi "Odgovornost o informativnoj djelatnosti", Zagreb 1978.) i "Radni odnosi sa međunarodnim elementom" (Referat na Savjetovanju "Pravni položaj strane radne snage", Univerzitet Sarajevo 1978.).

Iz područja međunarodnog javnog prava treba spomenuti studije "Rat kao instrument za rješavanje međunarodnih sporova i njegovo ograničenje" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci XII/88.) i "Poseban vid međunarodnopravnog subjektiviteta pojedinca" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci XIII/89.). U radu "Privatnopravni subjektivitet međunarodnih javnih organizacija" (Jugoslavenska revija za međunarodno pravo 3/77.) prof. Vuković piše o problemu kome nije poklonjena dovoljna pozornost i daje originalna rješenja.

U studiji "Prilog pojmu pravnih odnosa" (Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci I/77.) prof. Vuković analizira kaznenopravne odnose sa stajališta teorije prava kao problem o kome postoje znatne kontroverze i o kome je kod nas malo pisano.

Znanstveni interes prof. Vukovića proteže se i na privatno pravo. Prof. Vuković surađuje na izradi dva kapitalna djela. To su knjige "Opći građanski zakonik" ("Školska knjiga", Zagreb 1955.) i "Pravila građanskih zakonika" ("Školska knjiga", 1961.). U drugim radovima s područja privatnog prava prof. Vuković piše o raznim temama. Katkad je riječ o materiji koja je malo poznata, kao u studiji "Kinesko porodično pravo" ("Strani pravni život", Beograd 98/76.) u kojoj je ova materija podrobno analizirana.

Prof. Vuković radi i na izgradnji nomotehnike kao jednog od najmlađih pravnih područja. Koautor je knjige "Znanost o izradi pravnih propisa - Nomotehnika". Četvrto izdanje ove knjige ("Informator", 1997.) temeljito je prerađeno za legislativne potrebe neovisne Hrvatske i samostalan je rad prof. Vukovića.

Kao poznavalac strane pravne literature prof. Vuković je objavio veći broj ocjena i prikaza važnijih knjiga iz više zemalja kao Njemačke, Austrije, Engleske, SAD, Kanade, Indije, Španjolske, Argentine, Meksika, Rusije, Mađarske i dr. Time

je ova djela učinio pristupačnima našoj stručnoj javnosti koja nema uvijek dovoljno mogućnosti da se upozna s dostignućima strane znanosti i prakse.

U svom znanstvenom radu prof. Vukovića osobito privlače pravna pitanja o kojima u znanosti i praksi postoje veće ili manje kontroverze. Ispituje tradicionalna stajališta i ova podvrgava kritici s aspekta suvremenih motrišta i potreba. Daje i originalna rješenja kao svoj doprinos razvoju pravne misli i unapređenja prakse.

Interes prof. Vukovića za znanstveni rad trajan je. Već dulje vrijeme intenzivno je zaokupljen pisanjem aktualnog, ali i veoma složenog djela o pravnoj državi i njenom funkcioniranju. Izražavamo nadu da će taj zadatak dovršiti i njime zaokružiti svoje životno djelo.

Velinka Grozdanić

Članci (Articles, Aufsätze)

PRIVREMENE MJERE OSIGURANJA U ARBITRAŽI

Akademik Siniša Triva
Zagreb

UDK: 347.918
347.952.6
341.985

Ur.: 19. listopada 1998.

Pr.: 26. listopada 1998.

Izvorni znanstveni članak

*Privremenim mjerama osiguranja pridaje se značajna uloga sprječavanja opasnosti da vjerovnik-tužitelj u sporu ne uspije realizirati svoju pobjedu ako se na vrijeme ne poduzmu koraci radi onemogućavanja pokušaja navodnog dužnika-tuženika da osujeti ovrhu na svojoj imovini kad za nju sazriju uvjeti - kad pravorijek izrečen protiv njega postane pravomoćan i ovršiv. Nakon izlaganja temeljnih načela na kojima je izgrađen sistem ovršnih mjera osiguranja ugrožene tražbine, autor prikazuje važeće hrvatsko pravo ovršnog osiguranja s posebnim osvrtom na nastojanja Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori da, u granicama koje dopušta važeće hrvatsko pravo, u pravilniku za arbitraže sa međunarodnim obilježjem utvrdi pravila kojima se to statutarno pravo približava uzorima iz UNCITRAL-ovih Arbitražnih pravila i iz UNCITRAL-ovog Model-zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, kojima posvećuje posebnu pažnju. Autor konstatira da komparativna istraživanja koja je proveo na preko dvadeset pravnih sistema pokazuju kako ima zemalja koje ne dopuštaju arbitrima da izriču privremene mjere osiguranja, ali da je sve veći broj onih koje im takva ovlaštenja priznaju, rezervirajući za sudove isključivo pravo odlučivanja o prisilnom izvršenju arbitrovih mjera i njihovog provođenja. Slijedi kritički prikaz rada Stalnog izbranog sudišta Hrvatske gospodarske komore na izradi skica za Nacrt zakona Republike Hrvatske o arbitraži. U završnom dijelu rasprave izlaže svoja viđenja problema, naročito ona o pravnoj prirodi privremenih mjera i naloga za njihovu ovrhu, o suprotstavljenim tezama o dopustivosti da arbitražni sud izriče privremene mjere, o tezama kojima se nastoje premostiti krize koje bi mogle nastati zbog konkurencije sudskih i arbitražnih mjera u istoj pravnoj stvari, o razlozima za nužno ograničavanje arbitrovih ovlaštenja *ratione personae, materiae et temporis*, o pravnim sredstvima protiv arbitrovih mjera, o stavovima sudova prema izrečenim arbitražnim mjerama osiguranja, o mogućnostima da se o tim mjerama odlučuje po modelima sličnim onima*

koji se primjenjuju u postupku egzekviture stranih i domaćih arbitražnih pravorijeka, o ostvarivanju prava na naknadu štete uzrokovane neutemeljenim mjerama pred sudom ili pred arbitrima te o razlozima zbog kojih se, unatoč skućenijim okvirima u kojima se može kretati arbitar i potencijalnim krizama koje bi mogla izazvati konkurencija arbitražnih i sudskih djelatnosti, ipak sve više zagovara i ostvaruje dopuštanje arbitrima da izriču mjere osiguranja.

Ključne riječi: osiguranje tražbina, arbitraža, državni sud, dozvola izvršenja, dozvola privremene mjere.

1. Opće napomene o privremenim mjerama osiguranja

1.1. Ovrha radi ostvarenja vjerovnikove tražbine može se dozvoliti i provesti tek kad određena kvalificirana isprava stekne svojstva ovršnosti (čl. 23. Ovršnog zakona - OZ).¹ Od isticanja zahtjeva za pružanje kondemnatorne pravne zaštite u sudskom parničnom ili u arbitražnom postupku pa do momenta u kojem će donesena odluka postati ovršna može proteći značajan period vremena, pogotovo ako tuženi dužnik, zlorabeći procesna ovlaštenja, utječe na odugovlačenje raspravljanja i suđenja. Otuda prijeto opasnost da ovrha na temelju sazrelog prava na prisilno ostvarenje tražbine ne postigne efikasnih rezultata jer u vrijeme provođenja ovršnog postupka dužnik više nema sredstava iz kojih bi se ovrha mogla ostvariti. Faktička ili pravna nemogućnost namirenja tražbine može biti posljedica raznovrsnih uzroka, pa i namjernih postupaka dužnika poduzetih radi osujećenja konačne zaštite vjerovnika.

1.2. Sprječavanju nastupanja štetnih posljedica za vjerovnika, do kojih bi moglo doći zbog relativno zakašnjelog sazrijevanja pretpostavaka za provođenje ovrhe, trebala bi poslužiti sredstva **prisilnog osiguranja**, koja se ostvaruju u posebnom postupku. Njihov je cilj da se određenim zahvatima u odnosu na imovinu protivnika predlagatelja osiguranja povećaju izgledi da će vjerovnik u vrijeme kada bude u pravnoj mogućnosti da zatraži prisilno ostvarenje priznatih ovlaštenja moći tu svoju tražbinu u potpunosti ostvariti, odnosno da se smanji opasnost koja tom ostvarenju prijeto.²

1.3. Različiti stupanj zrelosti vjerovnikovog prava na potpuno ispunjenje svoje tražbine u trenutku kada se sudu obraća kao predlagatelj radi osiguranja buduće ovrhe uvjetuje diferenciranje pravne prirode i efikasnosti sredstava osiguranja.

¹ Ovršni zakon RH od 28.6.1996. stupio je na snagu tridesetog dana od objave u "Narodnim novinama" (NNRH 57/96).

² RUBINO-SAMMARTANO, M., U: *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 364, upozorava da privremene mjere osiguranja mogu pokazati i svoje naličje - kad ih se koristi radi nanošenja štete protivniku.

Ograničenje protivnika osiguranja u njegovom pravu da raspolaže svojom imovinom smjelo bi biti samo toliko koliko je neophodno da se predlagatelju pruži razborito efikasno osiguranje. Što je veći stupanj vjerojatnosti postojanja tražbine koja se osigurava, to bi trebalo biti moguće tražiti i dobiti intenzivniji zahvat u sferu prava i interesa navodnog dužnika, protivnika predlagatelja osiguranja. Što je sredstvo osiguranja kvalitativno jače i efikasnije, to bi trebali biti teži uvjeti - čije postojanje pretendirani vjerovnik mora učiniti **vjerojatnim** - koji se po zakonu traže za njegovo odobravanje i ostvarenje.

1.4. Ovršni zakon Republike Hrvatske (RH) uređuje šest sredstava osiguranja: (1) založno pravo na nekretnini (čl. 257-260. OZ); (2) sudsko i javnobilježničko osiguranje na temelju sporazuma stranaka (čl. 261-272. OZ); (3) sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava (čl. 273-279. OZ); (4) osiguranje prethodnom ovrhom (čl. 280-282. OZ); (5) osiguranje prethodnim mjerama (čl. 283-291. OZ) i (6) privremene mjere (čl. 292-299. OZ).^{3 4}

1.5. Prethodne mjere i druge pravno efikasnije mjere koje uređuje Ovršni zakon RH arbitri ne bi mogli određivati jer je za njihovo nalaganje nužno da predlagatelj raspolaže makar imperfektnom ovršnom ispravom, dakle kondemnatornim pravorijekom koji još nije postao ovršan, ili nekom drugom ispravom koja se s njom izjednačava. No u vrijeme nastupanja tog svojstva svoga pravorijeka arbitri više nemaju mandata za suđenje jer im on prestaje činom njegova donošenja. Zbog toga bi samo **privremene mjere osiguranja** uređene u čl. 297. i 299.

³ Sistematika mjera osiguranja Ovršnog zakona Republike Hrvatske tradicionalno se oslanja - još od Ovršnog reda (*Executionsordnung*) od 27.5.1896., koji je prije 1918. bio na snazi u Dalmaciji, Istri i nekim kvarnerskim otocima, Sloveniji i Prekomurju, pa preko Zakona Kraljevine Jugoslavije o izvršenju i obezbjeđenju (*Izvršni postupak*) od 9.7.1930. te Zakona SFRJ o izvršnom postupku od 30.3.1978. - na austrijske modele ovršnog zakonodavstva. - U aktualnom **austrijskom** ovršnom zakonu privremene mjere osiguranja (*Einstweilige Verfügungen*) uređene su u biti na jednak način kao i u Ovršnom Zakonu RH.

⁴ V. UZELAC, A. Axel Bösch (Ur.): *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration. A Practitioner Handbook*, Berlin & New York 1994. U: Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb. 45 (4-5) 609-613 (1995). U prikazu knjige recenzent ukazuje na shvaćanje autora da je asistencija državnog pravosuđa moguća ako su privremene mjere sadržane u tzv. privremenom / preliminarnom pravorijeku izbranog suda (*interim or preliminary award*). Recenzent dodaje da se "...čini da se, na taj način, čak i klasično kontinentalno pravo germanskog kruga polako približava rješenjima zemalja *common law* sustava, koje u pravilu priznaju i izvršavaju privremene mjere izbranih sudova". Dodaje, međutim, da je općenite odgovore teško dati "zbog nejedinstvene prirode privremenih mjera, kojih u svakom od prikazanih pravnih sustava ima više vrsta, kako s obzirom na njihovu svrhu i funkciju, tako i s obzirom na uvjete njihova izdavanja i njihov učinak". - Iscrpe podatke o francuskoj judikaturi u kojoj sudovi određuju mjere osiguranja (*provisions*) koje su bliske institutu *interlocutory measures*, ali i u obliku djelimičnih pravorijeka koji se tretiraju drukčije negoli tzv. *interlocutory injunctions* v. kod RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 354 i dalje.

OZ mogle biti, po prirodi aktualnog konteksta u kome se u njoj tretiraju, objekt istraživanja i razmatranja u ovoj raspravi.⁵

1.6. Sama vjerojatnost da bi vjerovnik mogao uskoro steći pravo na potpuno prisilno ostvarenje svoje tražbine u pravilu nije dovoljna da se u stadiju u kome još nema perfektnog ovršnog naslova poduzimanjem protiv dužnika privremenih mjera osiguranja opravda ograničenje njegovih prava i interesa. Daljnji uvjet za određivanje tog osiguranja je postojanje određene **opasnosti** koja prijeto ostvarenju tražbine. Bez opasnosti od osujećenja namirenja vjerovnik se u pravilu ne izlaže nekom posebnom riziku zbog čekanja na ovršnost odluke kojom se udovoljava njegovom zahtjevu za pravnu zaštitu u glavnoj stvari.

1.7. Jače i efikasnije prethodne mjere mogu se odrediti samo ako se postojanje novčane tražbine čije se osiguranje traži može dokazati kvalificiranom kondemnatornom odlukom koja još nije postala ovršna ili ispravom o tražbini koja još nije dospjela te na temelju postojanja objektivne opasnosti od osujećenja njezinog budućeg namirenja. Na temelju provedene prethodne mjere na određenoj imovini odnosno sredstvima protivnika osiguranja zasniva se založno ili neko drugo pravo koje djeluje apsolutno (prema trećima) (čl. 287. st. 3. OZ). Za razliku od njih, privremene mjere osiguranja mogu se tražiti i provesti i prije pokretanja i u tijeku sudskog ili upravnog postupka te nakon okončanja tih postupaka, sve dok tražbina koja se osigurava ne bude podmirena, pod uvjetom da sud stekne uvjerenje da predlagateljeva tražbina vjerojatno postoji i da, u pravilu, postoji tzv. **subjektivna opasnost** koja prijeto njezinom budućem ostvarenju - opasnost da bi, bez takve

⁵ U zakonima relevantnih zemalja koje sam konsultirao ta je sistematika drukčija, a drukčija su i pravila o nazivlju mjera osiguranja, o njihovom sadržaju, postupku njihovog određivanja i ostvarivanja te o njihovim pravnim učincima. - Tako se u **njemačkom** pravu pod općim nazivom *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*, uređuju *vorläufige oder sichernde Massnahmen* (koje se u engleskom prijevodu označavaju jednim imenom kao *interim measures of protection*, a to su *Arrest* (sudska zapljena) (§ 917. DZPO) te (§ 935. DZPO) *Einstweilige Verfügung (...)* *das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind (...)* *dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten (...)* *Veräusserung, Belastung oder Verpfandung*. - U **francuskom** arbitražnom pravu (*art. 1442-1507. NCPC*) *mesures conservatoires, saisies conservatoires, te saisies (et mesures) conservatoires (toute mesure urgente qui tend à sauvegarder un bien (...)) dans l'intérêt des créanciers (ex. saisie conservatoire)*, ali i *mesures conservatoires* za koje se kaže da su to *mesures avant dire droit invitant les parties à mettre en oeuvre mesure provisoire prise pour la durée d'un procès afin de régler une situation urgente en attendant une décision définitive (ex. mise sous séquestre d'un objet litigieux) en attendant une décision définitive sur le fond de façon à éviter une atteinte irréparable aux droits*, te zapljene *saisies conservatoires (objet et effet de frapper d'indisponibilité le bien saisi) i séquestre (action de confier à la garde d'un tiers d'une chose litigieuse)*. - U **švicarskom** pravu (u engleskom prijevodu izvjestitelja) *interlocutory measures, provisional or conservatory measures, interlocutory injunctions*. - **UNCITRAL Model Law** ih na francuskom jeziku naziva *mesures provisoires ou conservatoires*, da bi ih na engleskom jeziku označio jednim terminom kao *interim measures of protection*. **UNCITRAL Arbitration Rules** naziva ih *conservatory measures*. **Evropska konvencija 1961.** *interim measures, measures of conservation*. **Washingtonska konvencija 1965.** *provisional measures*.

mjere, dužnik svojim radnjama mogao spriječiti ili znatno otežati namirenje tražbine time što bi svoju imovinu mogao otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati na štetu svog vjerovnika (čl. 293-296. OZ).

1.8. Kad nema nikakve autoritativne meritorne odluke o glavnoj stvari koja bi govorila u prilog pretenzija predlagatelja osiguranja, opravdano je dopustiti provođenje samo takvih mjera osiguranja koje na najmanji mogući način zadiru u prava i interese navodnog dužnika, protivnika predlagatelja osiguranja - navodnog vjerovnika (čl. 296-299. OZ). Privremenim mjerama osiguranja, koje su najslabije pravno sredstvo osiguranja, ne stječe se založno pravo na predmetima zahvaćenim osiguranjem (čl. 297. st. 2. OZ)⁶ već samo određeno relativno efikasno faktičko osiguranje, koje se po svojim posljedicama u nekim slučajevima manifestira i kao pravno relevantno osiguranje protiv mogućeg osujećivanja buduće ovrhe dobrovoljnim raspolaganjima protivnika predlagatelja osiguranja. One predlagatelja ne zaštićuju od prisizanja trećih na imovini protivnika koja se na temelju zakona ostvaruju nezavisno od dispozicije protivnika privremene mjere (npr. od ovrhe u korist trećega na istim predmetima na kojima se provodi odobrena privremena mjera). Izvjestan pravni učinak mogle bi postići samo prema trećima koji su bili ili se za njih pretpostavlja da su bili *malae fidei*. Svoju relativnu slabost privremene mjere duguju pravilu po kome ih je moguće tražiti i dobiti i u stadiju koji prethodi pokretanju i provođenju kognicijskog kondemnatornog postupka, već na temelju dokaza o vjerojatnom postojanju tražbine i opasnosti koja prijeti njezinom budućem ostvarenju.

1.9. Privremenim mjerama radi osiguranja tražbine ne bi, po zakonu, bilo mjesta ako bi se "*ista svrha*" (ili još kvalitetnija) mogla postići određivanjem neke prethodne mjere osiguranja (čl. 295. st. 2. OZ). Navedeno pravilo - izvedeno iz načela **pravnog interesa** - ne znači, međutim, da privremene mjere nisu nikako dopuštene nakon što je već objavljena makar prvostupanjska sudska odluka kojom se predlagateljev zahtjev prihvaća kao osnovan pa sve do njezinog potpunog dobrovoljnog ispunjenja ili do njezine ovrhe. Ovršni zakon izričito ovlašćuje sud da uz prethodnu mjeru odredi i neku privremenu mjeru (čl. 287. str. 2. OZ). One bi mogle biti korisne zbog toga što *a priori* ne bi trebalo isključiti mogućnost određivanja neke prikladne privremene mjere ako bi se takvom mjerom moglo ostvariti određeno osiguranje i na planu na kojemu se raspoložive sadržajno taksativno limitirane prethodne mjere ne bi mogle ispoljiti, pa čak i u tijeku ovršnog postupka, ako se prethodnim mjerama ne bi mogla postići ona osiguranja koja bi bilo moguće postići određenom privremenom mjerom (npr. konzerviranjem ugroženog predmeta osiguranja).

⁶ O drukčijim mišljenjima o učinku privremenih mjera u režimu Zakona o izvršnom postupku iz 1978, po kojima se njima stječe i založno pravo, v. TRIVA, S., BELAJEC, V., DIKA, M. *Sudsko izvršno pravo*, 2. izd. Zagreb 1984. § 53/2. Str. 299-392.

1.10. Svrha privremenih mjera ne može biti potpuno ostvarenje, već samo osiguranje budućeg ostvarenja ugrožene tražbine. Zbog toga te mjere *ne bi smjele iscrpiti sadržaj predlagateljevog pretendiranog supstancijalnopravnog ovlaštenja*. Sama privremenost mjera i nepostojanje njihove meritorne pravne snage u pogledu prava koje se njima osigurava ukazuje na nedopustivost njihove identifikacije s potpunim ostvarenjem tražbine, koje je definitivnog, trajnog značenja.

1.11. Osiguranje koje se postiže privremenim mjerama ne mora se svoditi samo na poduzimanje radnja koje su usmjerene na očuvanje predmeta potencijalne ovrhe. Ponekad bi se mogle ispoljiti i kao mjere kojima je cilj konzerviranje postojećih odnosa koji su navodno pravno osnovani, kada bi u tu svrhu trebalo spriječiti nasilje ili nenadoknadivu štetu.

1.12. Provođenje mjera osiguranja mora biti **vremenski ograničeno**, da se i tako izrazi, s jedne strane, nastojanje za koegzistencijom zahtjeva za osiguranje tražbine pretendiranog vjerovnika i, s druge strane, nastojanje za zaštitom prava za sada samo navodnog dužnika. Ako se nakon proteka relevantnog vremena ne ostvare pretpostavke za provođenje ovrhe, ako se, dakle, pokaže da predlagateljeve pretenzije nisu bile osnovane, mjere osiguranja trebalo bi ukinuti i postupak obustaviti.

1.13. Ako pretendirani vjerovnik, predlagatelj privremene mjere, nema ni imperfektne ovršne isprave ili drugih kvalificiranih isprava o svome pravu čije ostvarenje želi osigurati, neophodno je da se odlučivanje o vjerojatnosti postojanja njegove tražbine povjeri sudu osiguranja od koga se traži određivanje privremene mjere. No pri ostvarivanju tog zadatka sud osiguranja ne bi se smio pretvoriti u suca o meritornom pitanju supstancijalnopravne legitimacije stranaka kao o glavnom pitanju, jer bi takvim postupanjem iznevjerio svoju misiju hitnog i efikasnog intervenijenta u otklanjanju krize koja ozbiljnije prijeti budućem, za sada još nedopuštenom konačnom ostvarivanju pretendiranih prava. Sud osiguranja, bez oslonca na temelju koga bi mogao odlučivati po načelu strogo formalnog legaliteta - inače svojstvenog ovršnom postupku - može **o postojanju stvarne supstancijalno-pravne legitimacije stranaka odlučivati samo kao o prejudicijelnom pravnom pitanju** od čijeg rješenja ovisi odluka o njegovoj glavnoj stvari, dakle o dopustivosti i utemeljenosti zahtjeva za izdavanje privremene mjere osiguranja. Radi ostvarenja adekvatne brzine, sud osiguranja mora se ograničiti na to da o zatraženoj privremenoj mjeri odlučuje na temelju same **vjerojatnosti**, a ne na temelju pune izvjesnosti o postojanju relevantnih činjenica. Zbog toga stajalište suda osiguranja o postojanju predlagateljeve tražbine ne može prejudicirati odluku tijela nadležnog za odlučivanje o zaštiti supstancijalnog ovlaštenja kao o glavnoj stvari (*arg. iz čl. 12. st. 2. Zakona o parničnom postupku - ZPP*).⁷

⁷ Zakon o izmjenama Zakona o parničnom postupku od 22.12.1992. NN 91/92.

1.14. Vjerojatnost postojanja tražbine čije se osiguranje privremenom mjerom predlaže moglo bi se dokazivati i nekom deklaratornom domaćom ili stranom odlukom, kojom se samo utvrđuje postojanje određenog prava ili pravnog odnosa, ili konstitutivnom odlukom, kojom se osniva pravni odnos ili određeno pravo čije se osiguranje traži, pa čak i kad nije donesena u sporu između stranaka iz postupka osiguranja. Drukčije će, naravno, biti ako o postojanju tražbine koja se osigurava već postoji kvalificirana ovršna isprava.

1.15. Ovrha strane sudske odluke može se odrediti i provesti samo ako ta odluka ispunjava uvjete propisane međunarodnim ugovorom ili zakonom za njezino priznavanje i ovrhu (čl. 17. OZ).⁸ No u postupku za određivanje privremenih mjera osiguranja ni domaće ni strane meritorne odluke koje još nisu postale pravomoćne (*ayant force de chose jugée*) odnosno konačne (*final, finales*) ili obvezatne (*binding, obligatoires*) u pravilu nemaju kvalitete pravosudnog akta kojim bi ovršni sud bio pravno vezan u pogledu zaključka o postojanju tražbine čije se osiguranje traži, već samo specifičnog materijalnog dokaza koji, pored ostalih, može pridonijeti stvaranju sučevog uvjerenja o vjerojatnosti njezinog postojanja. Zbog toga ne bi trebalo biti zapreke ni za to da se u postupku određivanja privremenih mjera kao dokaz o postojanju tražbine upotrijebi i neka strana odluka koja još ne može biti priznata jer nije postala pravomoćna odnosno konačna ili obvezatna. Kad je već moguće i opravdano da se privremene mjere mogu određivati i bez postojanja kvalificiranog dokaza imperfektnom ovršnom ispravom o visokom stupnju vjerojatnosti postojanja predlagateljeve tražbine, ne bi trebalo biti zapreke da se sudu osiguranja, radi utvrđivanja potrebnog stupnja vjerojatnosti predlagateljevih tvrdnja, predloži kao dokaz ne samo neka strana kondemnatorna odluka još nepodobna za priznanje, već i odluka nadležnog stranog pravosudnog medija o određivanju privremene mjere osiguranja. Od činjenične ocjene suda koji odlučuje o osiguranju privremenom mjerom zavisit će kakvu će dokaznu snagu pridati takvoj specifičnoj indiciji.

2. Aktualno hrvatsko arbitražno pravo

2.1. U višekratno noveliranom **Zakonu Republike Hrvatske o parničnom postupku** od 24.12.1976, (...) 26.6.1991. te 22.12.1992. (ZPP), u Glavi XXXI. o Postupku pred izbranim (*arbitražnim*) sudovima (čl. 468a. do 487. ZPP) nema posebnih odredaba o privremenim mjerama u arbitražnom postupku. No opću odredbu iz čl. 479. st. 2. ZPP, po kojoj prema svjedocima, strankama i drugim osobama koje sudjeluju u arbitražnom postupku izbrani sud ne može upotrijebiti prisilna sredstva niti izricati kazne, neki interpretatori tumače i kao posebno pravilo koje zabranjuje arbitru ne samo da provodi ovrhu izrečene privremene mjere, već i

⁸ Usp. čl. 87. Zakona RH o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (ZRSZ) za sudske odluke te, *arg.a contr.*, čl. 99. st.1. t. 10. ZRSZ. SLSFRJ 43/82, 72/82; NNRH 53/91.

da je izriče. Nema ih niti u odredbama o privremenim mjerama Glave XXXI, čl. 292. do 307. novog **Ovršnog zakona RH** (OZ) od 28.6.1996. Po odredbi čl. 294. st. 3. OZ rješenje o određivanju privremene mjere ima učinak rješenja o ovrsi, za čije je donošenje u ovršnom postupku nadležan sud (čl. 34. OZ). Odluka arbitra o odobravanju privremene mjere osiguranja ima - drže navedeni interpretatori - dvojaku pravnu prirodu: pravosudnog kognicijskog kondemnatornog akta i pravosudnog ovršnog akta, pa dok bi arbitar eventualno i smio donositi kondemnatorni akt kojim određuje privremenu mjeru, on taj akt ne bi smio donositi jer su samo sudovi ovlašteni upotrebljavati prisilna sredstva, a rješenje o ovrsi je incijalni akt prisile.

2.2. Ni u Pravilniku o Stalnom izbranom sudištu pri Hrvatskoj gospodarskoj komori (SIS.HGK) - pročišćeni tekst od 17.9.1993.⁹ - u kome se nalaze odredbe o arbitražnom rješavanju sporova bez međunarodnog obilježja, nema posebnih odredaba o privremenim mjerama.

2.3. U čl. 34. Pravilnika o rješavanju sporova s međunarodnim elementom pred Stalnim izbranim sudištem pri HGK (Zagrebačka pravila - ZP) od 15.4.1992.¹⁰ utvrđena su dva pravila o privremenim mjerama osiguranja:

- ugledajući se na *art. 26/3. UNCITRAL Arbitration Rules (UAR) - Arbitražnih pravila UNCITRAL-a*¹¹ - i na *art. 9. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (UML) - UNCITRAL-ovog Model zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži*¹² - u stavku 2. članka 34. ZP određeno je da zahtjev za privremenu mjeru osiguranja koji neka stranka podnese redovnom sudu nije nespojiv s arbitražnim ugovorom niti se smatra odricanjem od tog ugovora;

- ugledajući se na *art. 26/1. UAR*, u stavku 1. članka 34. ZP određeno je da izbrani sud može, na zahtjev bilo koje stranke, samo preporučiti, dakle ne i narediti, privremenu mjeru koju smatra potrebnom s obzirom na predmet spora, uključujući mjere za očuvanje robe koja je predmet spora, kao što su deponiranje robe kod treće osobe ili prodaja lako pokvarljive robe.

3. Arbitražna pravila i Model zakon UNCITRALA

3.1. UNCITRAL Arbitration Rules (UAR) od 15.12.1976, koja su prethodila UNCITRAL-ovom Model zakonu o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (UML),

⁹ V. NN 113/93, pročišćeni tekst, te 84/96.

¹⁰ V. NN 25/92.

¹¹ SEKOLEC, J. *Arbitražna pravila UNCITRAL (1976) s komentarjem*. Ljubljana 1983. 189 str. Tekstovi Pravila objavljeni su na engleskom, francuskom, ruskom i španjolskom jeziku.

GOLDŠTAJN, A. & TRIVA, S. *Međunarodna trgovačka arbitraža*. Zagreb 1987. Tekst Pravila objavljen je na izvornom engleskom jeziku i u prijevodu na hrvatski jezik. Str. 459-483.

¹² V. op. cit. u noti 12 s tekstom Zakona na engleskom jeziku i u prijevodu na hrvatski jezik uz komentare S. TRIVE. Str. 493-525.

izvorno namijenjena *ad hoc* arbitražama, predstavljaju zbirku arbitražnih pravila koje je preporučila Generalna skupština Ujedinjenih naroda, čija primjena u konkretnom sporu ovisi o dispoziciji stranaka. Optiranja stranaka za njihovu primjenu i u sporovima pred brojnim arbitražnim sudovima konstituiranim u okvirima institucionalnih arbitražnih centara ili instituta, često nazvanim **arbitražna sudišta** (*arbitration courts*), utjecala su na njihovu sve širu primjenu u međunarodnim trgovačkim sporovima. Iako ta pravila nisu u istom hijerarhijskom rangu s nacionalnim zakonima o arbitraži odnosno s međunarodnim konvencijama u tom području, nesumljiv je njihov utjecaj na razvitak međunarodnog arbitražnog prava pa i na sadržaj kasnijeg UNCITRAL-ovog Model zakona iz 1985. U *art. 26. UAR* redigirana su pravila o privremenim mjerama osiguranja, čija mogućnost primjene u konkretnom arbitražnom sporu ovisi o spremnosti nacionalnog zakonodavca da prihvati i prizna stipulacije ponuđene u tim pravilima. Po tim pravilima arbitar bi mogao odrediti neku privremenu mjeru osiguranja tražbine za koju nađe da bi bila potrebna s obzirom na predmet spora, npr. izdati nalog da se roba koja je sporna deponira kod trećega ili da se pokvarljiva roba proda. Naloženu mjeru arbitar bi mogao izdati u obliku privremenog pravorijeka (*interim award*). Arbitar bi bio ovlašten zatražiti osiguranje za pokriće troškova uzrokovanih izdanim mjerama. Zahtjev stranke kojim od suda traži izdavanje privremene mjere osiguranja ne bi se mogao smatrati nespojivim s arbitražnim ugovorom ili s odricanjem od tog ugovora.

3.2. Po odredbi *art. 17. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (UML)* od 21.6.1985. arbitar može, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, na zahtjev jedne od stranaka narediti bilo kojoj stranci da poduzme određenu privremenu mjeru osiguranja za koju arbitar smatra da je potrebna s obzirom na predmet spora. U vezi s izdanom mjerom on može od stranke zatražiti da položi odgovarajuće (primjereno, pogodno - *appropriate*) osiguranje (za naknadu troškova privremenih mjera te za naknadu štete uzrokovane njihovim provođenjem). Stranke bi, dakle, mogle ugovoriti isključenje takve ovlasti arbitra. U Model zakonu nema odredaba o ovlaštenju državnog suda za određivanje takvih mjera. U *art. 9. UML* samo je određeno da, ako po nacionalnom procesnom pravu sud može izdavati takve mjere prije ili u tijeku arbitražnog postupka, postojanje arbitražnog ugovora što su ga stranke u sporu zaključile ne lišava ga tih ovlasti.¹³ U Model zakonu nema odredaba o rješavanju krize koja bi mogla nastati otuda što je jedna od stranaka od arbitra ishodila određenu privremenu mjeru, dok je na traženje protivne stranke sud izdao privremenu mjeru koja je sadržajno u opreci s onom koju je izdao arbitar. Komisija nadležna za redakciju Model zakona nije usvojila prijedlog Indije da potencijalnu krizu treba riješiti u korist mjere koju je naredio sud, smatrajući da reguliranje tog pitanja treba ostaviti nacionalnim zakonima. U pogledu vrste mjera

¹³ Van den BERG, A. J. *Commentary on UNCITRAL Model Law*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. 1989. Suppl. 11. Str. 87-89.

koje bi arbitar mogao narediti, u Model zakonu nema limitirajućih odrednica pa se smatra da bi bilo dopušteno odrediti i mjere radi čuvanja relevantne robe, korištenja ili održavanja strojeva, nastavljanja započete izgradnje objekata radi sprječavanja nepopravljive štete, osiguranja dokaza, čuvanja poslovne tajne itd. No u subjektivnom smislu Model zakon ograničava domet arbitrovih mjera osiguranja samo na stranke u sporu, isključujući pravo na izdavanje takvih mjera koje bi zasijecale u prava trećih subjekata.¹⁴

4. Strano arbitražno pravo

4.1. Danas je relativno malen broj zemalja čija zakonodavstva ne dopuštaju arbitrima da izriču privremene mjere osiguranja. Među njima su, od istraživanih, Austrija, Finska, Grčka, Hrvatska, Italija, Mexico, Slovenija, Švedska, Tajland.

4.1.1. U skladu s odredbama noveliranog *austrijskog* Zakona o građanskom postupku (§ 589. ZPO), arbitri nisu ovlašteni određivati privremene mjere osiguranja. U tijeku arbitražnog postupka arbitar može zatražiti od nadležnog suda da izda takve mjere. Ako bi ih trebalo ishoditi bez odlaganja, i stranke mogu od suda tražiti da ih odredi. Takav zahtjev sud ne može odbaciti pozivajući se na apsolutnu nenadležnost zbog postojanja arbitražnog ugovora.¹⁵

4.1.2. Po *finskom* pravu privremene mjere osiguranja tražbina mogu određivati samo sudovi.¹⁶

4.1.3. Po *grčkom* zakonu arbitri nisu ovlašteni ni određivati niti mijenjati ili opozivati privremene mjere; njih smije određivati samo sud (*art. 889. CCP*).¹⁷

4.1.4. Prema odredbi noveliranog *talijanskog* zakonika o građanskom postupku (*art. 818. CPC*) arbitri ne mogu odrediti zapljenu (*sequestro*) ili neke druge mjere osiguranja (*misure cautelari*), jer u odnosu na *arbitrato rituale*, uređenim procesnim zakonom po kome pravorijek arbitara (*lodo*) može postati pravomoćan i steći svojstva ovršnosti na temelju sudske odluke o njegovoj egzekvaturi, tu ovlast imaju samo sudovi (*art. 700. CPC*).¹⁸ Kad naredi određenu mjeru osiguranja, sud je

¹⁴ HOLTZMANN, M., NEUHAUS, J.E. *A Guide to The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. T.M.C. Asser Institute. The Hague. Str. 530-547. U knjizi su objavljeni svi službeni dokumenti UNCITRAL-a u kojima je registrirano djelovanje radnih grupa zaduženih za izradu tekstova, pa se iz njih mogu pratiti brojne varijante projektiranih pravila koje su se tijekom pet godina rada često mijenjale.

¹⁵ MELIS, W. *Austria*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 1. May 1984. Str. 9. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 347.

¹⁶ AA.VV. *Arbitration Law in Europe*. Paris 1981. No.135. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 347.

¹⁷ FOUSTOUCOS, A.C. *Greece*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 4. November 1985. Str. 15.

¹⁸ *Corte di Cassazione*, 24.3.1962, no. 597. U: *Giurisprudenza Toscana*, 1963, 620.

ovlašten odlučiti i o njezinoj konačnoj valjanosti (*convalida*), ne prejudicirajući sadržaj meritorne odluke o sporu, koja ostaje u nadležnosti arbitara. Nakon što arbitri donesu svoj pravorijek, samo sud može opozvati izrečenu mjeru. Pravila se objašnjavaju nepostojanjem ovlaštenja arbitara da primjenjuju prisilu. Smatra se da nema temelja za to da se stranke sporazumno dogovore da ovlašćuju arbitre za izricanje privremenih mjera osiguranja jer bi takav sporazum vrijeđao zakonske odredbe o isključivoj nadležnosti sudova u toj domeni. Kad bi arbitri ipak odlučivali o privremenim mjerama osiguranja, ne bi bilo zakonskog temelja za traženje egzekvaturu radi ovrhe takvih njihovih odluka pa bi ostvarenje izrečene mjere ovisilo isključivo o dispoziciji stranke kojoj bi bile naređene. No ako su stranke ugovorile *arbitrato irrituale*, za koju ne važe procesna pravila CPC-a pa njezine odluke, utemeljene na odredbama Građanskog zakonika (*art. 1322. Codice Civile*), ne mogu postati ni pravomoćne ni ovršne, one gube pravo tražiti od suda da izrekne privremene mjere osiguranja. - Arbitri bi, međutim, mogli posebnim međupravorijekom (*interim award*) odlučiti o sudbini lako pokvarljive robe.¹⁹

4.1.5. Po meksičkom pravu arbitri nemaju pravosudnih ovlaštenja pa ne mogu određivati privremene mjere osiguranja (*Mexican Commercial Code, Book V, Commercial Arbitration am. 1985*). No arbitri mogu od nadležnog suda zatražiti da izda takvu mjeru osiguranja ako postoji bojazan da bi dužnik mogao izbjeći meksičku sudbenost, ili da bi njegova imovina mogla propasti ili da bi je dužnik mogao otuđiti ili sakriti, ili da bi se njezina svojstva mogla pogoršati. Na traženje arbitara sud bi mogao narediti jednoj od stranaka da položi određenu bankovnu garanciju za eventualnu štetu koja bi mogla otuda nastati, a mogao bi odrediti i popis određene imovine.²⁰

4.1.6. U Švedskoj privremene mjere osiguranja izdaju samo državni sudovi. Arbitri ih ne mogu određivati pa strankama ne preostaje nego da se obraćaju sudovima s prijedlogom za njihovo izricanje i ovrhu.²¹

4.1.7. U Tajlandu stranke iz arbitražnog spora moraju se radi ishoda mjera osiguranja obratiti državnom sudu.²²

4.2. Zakoni zemalja koje dozvoljavaju arbitrima da određuju privremene mjere osiguranja nemaju istovjetna pravila o njihovom izricanju, pravnoj prirodi izreke te o njihovom ostvarivanju.

¹⁹ Odredbe Tit. VIII, *art. 806-831.* talijanskog *Codice di procedura civile* iz 1942. novelirane su Zakonom br. 28 od 9.2.1983. - BERNINI, V.G. *Italy*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb., Suppl. 3, January 1985. Str.1-62 + Annex I,1-7; II,1-10.

²⁰ SIQUEIROS, J.B. *Mexico*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 12. January 1991. Str. 12.

²¹ HOLMBAECK, U. & MANGARD, N. *Sweden*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 1. May. 1984, Str. 11-12. Str. 11. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 347.

²² SIMMONDS, K.R., HILL, B.H., JARVIN, S. *Commercial Arbitration Law in Asia and the Pacific*. Paris 1987. No. 226.

4.2.1. Po pravu koje važi u **Australiji** arbitri nisu ovlašteni izdavati mjere osiguranja tražbina, ali ih stranke u svom arbitražnom ugovoru mogu ovlastiti da privremeno zaštićuju njihova prava pa arbitri tada mogu o tome izdavati "djelimične" pravorijeke (*partial awards*).²³

4.2.2. Po **danskom** pravu stranke mogu sporazumno ovlastiti arbitre da odrede privremene mjere osiguranja. Bez njihovog pristanka arbitri nemaju takvih ovlasti. No i onda kad ih stranke na to ovlaste, arbitri ne mogu odrediti zapljenu dobara (*arrest*) ili izdavati kondemnatorne naredbe (*injunctions*), za koje su nadležni samo sudovi. Ako jedna od stranaka odbije preuzeti pokvarljivu robu za koju tvrdi da ima nedostataka, arbitar bi mogao izreći mjeru kojom se određuje što treba poduzeti u vezi s tom robom. Teško da bi se takva mjera mogla prisilno izvršiti, no protivljenje stranke kojoj je naložena moglo bi se uzeti u razmatranje prilikom donošenja konačnog meritornog pravorijeka. Ako neku zapljenu ili kondemnaciju izrekne sud, a stranke su za slučaj spora ugovorile arbitražu, s izvršenjem izrečene mjere će se zastati do okončanja arbitražnog postupka.²⁴

4.2.3. Novi **engleski** zakon o arbitraži, *Arbitration Act 1996 (AA96* - koji važi u *England, Wales and Northern Ireland*), na snazi od 1.1.1997, u *Section 38. (General Powers Exercisable by the Tribunal)*, propisuje da se stranke mogu sporazumjeti o nizu djelatnosti za čije provođenje mogu ovlastiti arbitra, a arbitar je po zakonu - osim ako stranke drukčije sporazumno ne odrede - ovlašten naložiti tužitelju da položi osiguranje (*security*) za arbitražne troškove; odrediti poduzimanje određenih mjera osiguranja u pogledu stvari na koje se odnosi sporna tražbina, ako su te stvari vlasništvo ili su u posjedu stranke, radi njihovog pregleda, snimanja, čuvanja, održavanja, uzimanja uzoraka, obavljanja ispitivanja ili određenih pretraga na njima, a može izdati i upute radi osiguranja i čuvanja dokaza. Po odredbama *Section 44. AA96* sud može poduzimati navedene mjere na traženje stranke u arbitražnom sporu ako ih je nužno hitno poduzeti (*if the case is one of urgency*), a smatra da su neophodne radi osiguranja dokaza ili imovine. Ako to nije nužno, sud može tako postupati samo na zahtjev stranke (uz obavijest protivniku i arbitru), i to uz dopuštenje arbitra ili uz pismeni pristanak druge stranke. U oba slučaja sud smije poduzimati navedene djelatnosti samo ako to nije ovlašten ili nije u mogućnosti poduzeti arbitar ili osoba koju su stranke za to ovlastile. Ako sud tako odredi, donesene mjere će, na zahtjev arbitra ili posebnog ovlaštenika, prestati djelovati u potpunosti ili djelimično. Za podnošenje žalbe protiv navedenih odluka potrebno je posebno odobrenje suda (*leave of the court*). Komentatori zakona koje sam konsultirao misle da arbitri ne bi imali ovlaštenja za određivanje polaganja garancije za naknadu štete koja bi mogla biti uzrokovana mjerama osiguranja.²⁵

²³ SIMMONDS, F.K. i dr. Op. cit. No.11.

²⁴ PHILIP, A. *Denmark*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 5. May 1986. Str. 15.

²⁵ HARRIS, B., PLANTEROSE, R. & TECKS, J. *The Arbitration Act 1996 - A Commentary*. Blackwell Science. 1996. Str. 157-162, 178-181. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 345.

4.2.4. Po **filipinskom** pravu arbitri mogu izricati i *interlocutory injunctions* i *conservatory measures*.²⁶

4.2.5. Po **francuskom** zakoniku o građanskom postupku (*NCPC*) arbitri mogu određivati privremene mjere osiguranja (*conservatory measures and interlocutory injunctions*). Arbitražni ugovor nije zapreka za to da i sud (*juge de référés*) određuje privremene mjere osiguranja.²⁷ Arbitri izriču privremene mjere posebnim međupresudama (*interim awards*). Objekt na koji se njihove mjere odnose mora biti usko povezan s predmetom spora o kome su ovlašteni suditi. Prekoračenje granica takvih ovlasti moglo bi se pobijati zbog odlučivanja *ultra petita*. - Arbitri mogu odlučiti da se njihov pravorijek privremeno izvrši, vodeći pri tome računa da bi podnošenje pravnog lijeka protiv pravorijeka moglo postati zapreka za njegovo neposredno izvršenje. U takvom slučaju sudac bi mogao osnažiti odluku arbitara o izvršenju unatoč uloženoj žalbi ili zahtjevu za poništaj pravorijeka (*art. 1479. NCPC*).²⁸ - Stranke u praksi ipak daju prednost privremenim mjerama koje izriču sudovi jer su njihovi učinci neposredniji od onih koje imaju odluke arbitara budući da njihovo privremeno izvršenje u svakom slučaju mora odobriti sud.²⁹

4.2.6. Specifične su norme noveliranog **nizozemskog** zakona iz 1986, koje se po svom sadržaju i efektima nalaze negdje između propisa onih zemalja koje ne dopuštaju i onih koje dopuštaju arbitrima da izriču privremene mjere osiguranja (*art. 1051*). Stranke u arbitražnom sporu mogu se sporazumjeti da arbitri odluče o mjerama osiguranja po sumarnom postupku. Ako unatoč takvom sporazumu jedna od stranaka zatraži od nizozemskog suda da izrekne mjeru osiguranja, predsjednik suda bi mogao, na temelju svojih diskrecijskih ovlaštenja, uputiti stranke na sumarni arbitražni postupak ako nađe da bi arbitri bili prikladniji za odlučivanje o takvom zahtjevu. U sumarnom arbitražnom postupku o zahtjevu se donosi pravorijek koji bi se mogao ovršiti kao bilo koji pravorijek. Na zahtjev jedne od stranaka arbitri bi mogli izreći određene privremene mjere osiguranja, npr. radi prodaje pokvarljive robe ili radi izdavanja bankovne garancije. Takve mjere mogu se odrediti u formi međupresude (*interim award*). No budući da se ni za međupresudu o takvim mjerama ne može od nizozemskog suda ishoditi ovrha, smatra se da je obraćanje nadležnom sudu svrsishodnije.³⁰

4.2.7. U noveliranoj glavi desetoj **njemačkog** zakona o građanskom postupku (§§ 1025-1066. *ZPO*), na snazi od 1.1.1998, uređena su nova pravila o arbitražnom postupku (*Schiedsrichterliches Verfahren*). U § 1033. *ZPO* propisano je da arbitražni

²⁶ SIMMONDS, K.R. i dr. Op. cit. No. 184.

²⁷ Cass. Civ. 3.6. i 9.7.1979. U: Rev. Arb. 1980.78.

²⁸ RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluver 1990. Str. 354.

²⁹ DERAİN, J. *France*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. Str. 17-18. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluver 1990. Str. 345.

³⁰ Van den BERG, A. J. *The Netherlands*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 7. Str. 19. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluver 1990. Str. 345.

ugovor ne isključuje mogućnost da sud prije ili nakon pokretanja arbitražnog postupka na prijedlog jedne stranke odredi neku privremenu mjeru osiguranja (*vorläufige oder sichernde Massnahme*) s obzirom na predmet arbitražnog spora. Do navedene novele njemački su sudovi pokušavali, s nategom, priznavati i prisilno izvršavati i takve mjere arbitara, dopuštajući im da ih izdaju u formi "djelimičnog" pravorijeka (*Teilschiedsspruch*) iako za takvo odlučivanje u pravilu nije bilo valjanog pravnog oslonca, jer bi ih u tom obliku bilo moguće izricati samo ako obveza protivnika predlagatelja da je poduzme proizlazi iz spornog ugovornog odnosa. Novela, međutim, prihvaćajući i pravilo iz *art. 17. UML*, napušta dotle dominantno stajalište po kome su za priznanje i provođenje ovrhe podobni samo konačni pravorijeci (*endgültige Schiedssprüche*) te u § 1041. ZPO, po prvi put u njemačkom pravu, propisuje da arbitar može - ako stranke drukčije ne odrede - na prijedlog jedne od stranaka narediti neku privremenu mjeru osiguranja za koju nađe da je s obzirom na predmet spora potrebna te da uz to može od svake stranke zatražiti da dade odgovarajuće osiguranje (kauciju) u vezi s takvom mjerom. Ako nije već ranije od nekog suda zatraženo da takvu mjeru izda, sud će na zahtjev stranke izrečenu mjeru priznati i narediti njezinu ovrhu nakon što prethodno utvrdi valjanost arbitražnog ugovora i umjesnost naložene mjere. Sud može izrečenu arbitrovu mjeru preinačiti ako nađe da bi to bilo nužno radi njezine ovrhe. Na zahtjev stranke sud može svoje rješenje ukinuti ili izmijeniti, naročito ako utvrdi da su razlozi za njezino određivanje otpali ili da su nastale neke nove okolnosti koje je više ne opravdavaju. Ako se pokaže da je naredba o mjeri osiguranja od samog početka bila neosnovana, stranka koja je njezinu ovrhu ishodila bit će dužna svome protivniku naknaditi štetu koja mu je nastala zbog ovrhe ili zbog osiguranja položenog radi izbjegavanja ovrhe. Zahtjev za naknadu štete može se istaći pred arbitražnim sudom dok je arbitražni postupak u tijeku.³¹ Kritika njemačke novele ukazuje na neke probleme za koje u novom tekstu nema izričitog odgovora, kao što su: granice ovlaštenja ovršnog suda da prilikom odlučivanja o zahtjevu za donošenje rješenja o ovrsi ispituje arbitrovu privremenu mjeru osiguranja; ovlaštenje arbitra koji kao privatna osoba sudi o meritumu spora da mijenja privremenu mjeru koju je izdao državni sud; dužnost arbitra da i prilikom odlučivanja o privremenoj mjeri poštuje načelo saslušanja stranaka; pravna sredstva protivnika predlagatelja privremene mjere protiv mjere koju je donio arbitar.³²

4.2.8. Po *indonežanskom* pravu arbitri mogu izdavati samo mjere osiguranja koje se kvalificiraju kao *interlocutory injunctions*.³³

³¹ V. njemački *Begründung des vorbereitenden Entwurfes eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts* vom... di 447.s.a., str. 117-121.

³² ZERBE, G. *Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts auf der Grundlage des UNCITRAL-Modelgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtbarkeit*. Baden-Baden. 1995. Str. 191-201.

³³ SIMMONDS, K.R. i dr. Op. cit. No. 72.

4.2.9. U **Maleziji** arbitri mogu određivati privremene mjere osiguranja samo ako ih stranke na to ovlaste u arbitražnom ugovoru ili u nekom naknadnom sporazumu.³⁴

4.2.10. Po odredbama **norveškog** zakona iz 1915. arbitar može izreći privremene mjere osiguranja samo ako ga stranke sporazumno na to ovlaste, no arbitar ne može narediti i provesti ovrhu izrečene mjere.³⁵

4.2.11. **Pakistanski** propisi ne ovlašćuju arbitre da određuju mjere osiguranja tražbina. No ako im to nije zabranjeno arbitražnim ugovorom, arbitri mogu u tu svrhu izdati "djelimični" pravorijek (*partial award*) pa će sud na temelju tog pravorijeka izreći svoj nalog (*interlocutory injunction*).³⁶

4.2.12. U **portugalskom** arbitražnom pravu nema izričitih odredaba o privremenim mjerama. Ako se potreba za njihovim određivanjem javi prije konstituiranja arbitražnog suda, stranke mogu tražiti da ih odredi nadležni sud jer bi inače morale čekati na prethodno konstituiranje arbitražnog suda, što bi u visokom stupnju moglo ugroziti zaštitu njihovih prava. Iz prava stranaka i arbitara da i nakon konstituiranja arbitražnog suda utvrđuju pravila postupka izvodi se zaključak da su se ovlaštenu sporazumjeti i o ovlaštenju arbitara za izricanje privremenih mjera osiguranja. Ovrhu izrečenih mjera mogao bi provesti samo nadležni sud. Zbog toga se sugerira mišljenje da bi za stranke bilo racionalnije da se i u tom stadiju arbitriranja radi ishođenja mjera osiguranja obraćaju neposredno sudu, koji ih može odmah i provesti po pravilima ovršnog postupka. Specifična narav privremenih mjera koje izriče i provodi sud ne protivi se očuvanju valjanosti arbitražnog ugovora.³⁷

4.2.13. U **španjolskom** zakonu o arbitraži iz 1988. nema odredaba o privremenim mjerama izdanim u arbitražnom postupku. Nema suglasnosti o tome treba li to nepostojanje izričitih propisa protumačiti kao dokaz o suvišnosti takvih posebnih odredaba, jer će suci primjenivati relevantne odredbe Zakonika o građanskom postupku (*Naslov XIV, knjiga II. CPC*), ili je šutnja zakona o arbitraži znak neprihvatanja aktualnog doktrinarnog stajališta, koje se primjenjuje u praksi španjolskih sudova, po kome se i u arbitražnom postupku mogu određivati privremene mjere osiguranja jednako kao i u postupku pred sudom. U novije vrijeme ispoljava se sklonost sudova da arbitrima dopuštaju određivanje takvih mjera. Otuda i sklonost da se šutnja *legis specialis* tumači kao dopuštanje da ih na adekvatan način određuju i arbitri.³⁸

³⁴ SIMMONDS, K.R. i dr. Op. cit. No. 127.

³⁵ HAUG, B. *Norway*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 10. June 1989. Str. 11.

³⁶ SIMMONDS, F.K. i dr. Op. cit. No. 157.

³⁷ CRUZ, F. & VINCENTE, D.M. *Portugal*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 12. Str. 9.

³⁸ CREMADES, B.M. *Spain*. U: Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl. 13. Sept. 1992. Str. 13.
- RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 345.

4.2.14. Art. 183 (1) švicarskog federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu na snazi od 1.1.1989. (*LDIP*) ovlašćuje arbitre - ako se stranke u sporovima koji se provode u Švicarskoj u kojima jedna od njih nema domicila u Švicarskoj drukčije ne sporazume - da izdaju na zahtjev jedne od njih privremene mjere (*provisional conservatory measures*). Ako ih stranka kojoj budu naložene ne ispuni, arbitar može zatražiti pomoć nadležnog suda, koji primjenjuje svoje mjerodavno procesno pravo (*art. 183 (2) LDIP*). - Pravila su u suprotnosti s rješenjem prihvaćenim u *art. 26. interkantonalnog Concordata iz 1969*, po kome samo državna pravosudna tijela mogu određivati takve mjere (*interlocutory measures*). No stranke bi mogle dobrovoljno prihvatiti privremenu mjeru koju im predloži arbitar. - Odluka o privremenoj mjeri ne može se pobijati pravnim lijekovima i nema značenje međupravorijeka (*interlocutory award*). Od predlagatelja mjere mogu se tražiti odgovarajuća osiguranja za štetu koju bi neosnovano izrečene ili provedene mjere mogle uzrokovati (*art. 183 (3) LDIP*).³⁹

4.2.15. Arbitražna praksa u USA pokazuje da se arbitrima priznaju široka ovlaštenja za izdavanje privremenih mjera osiguranja koje bi mogle biti korisne s obzirom na predmet arbitriranja, iako u pretežnom broju federalnih zakona i zakona saveznih država (*state arbitration statutes*) nema o njima izričitih propisa. Tako pravila po kojima se u okrilju *American Arbitration Association (AAA)* vode postupci u nacionalnim i u internacionalnim trgovačkim sporovima predviđaju da arbitri mogu izdavati privremene mjere osiguranja ako se, između ostaloga, pokaže da bi spornu robu trebalo konzervirati tako da se ona povjeri na čuvanje trećemu; da bi trebalo prodati lako pokvarljivu robu; da bi trebalo popisati tuženikovu imovinu kojom bi se moglo osigurati plaćanje naknade štete koja bi predlagatelju mogla biti dosuđena. Ako arbitar izda privremenu mjeru u obliku međuodluke (*interim award*), stranka u čiju je korist takva mjera određena mogla bi tražiti od suda da provede njezinu ovrhu kao što bi to mogla tražiti na temelju bilo kog pravorijeka. U nekim sudskim odlukama utvrđuje se da su sudovi u međunarodnim sporovima ovlašteni narediti popis tuženikove imovine u stadiju iščekivanja ishoda arbitražnog postupka. Vrhovni sud države New York presudio je da u sporu u kome dolazi do primjene Newyorške konvencije o priznanju i ovrši stranih pravorijeka iz 1958. (*NYK58*) sud te države ne bi mogao narediti popis tuženikove imovine jer iz duha te konvencije treba zaključiti da sudovi mogu intervenirati samo radi izdavanja naloga da se provede arbitriranje.⁴⁰ Neki federalni sudovi došli su do istih zaključaka, no neki su drugi sudovi odobrili sudsko popisivanje dužnikove imovine u takvim slučajevima, smatrajući da popisivanje imovine treba tretirati kao ukazivanje pomoći radi osiguranja efikasnog ostvarenja arbitražnog pravorijeka pa su ga stoga proglasili

³⁹ BRINER, R. *Switzerland*. U: *Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl.* 13. Sept. 1992. Str.13. - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 345.

⁴⁰ *Cooper v. Atelires de la Motobecane, S.A.*, 57 N.Y. 2d.408, Ct. of Appeals, 1982. U: *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IX (1984) pp. 482-486.

sukladnim s NYK58.⁴¹ U pomorskim sporovima popis dužnikove imovine predviđaju posebne odredbe *Section 8. FAA*. Stranke koje smatraju da bi popisivanje imovine dužnika radi ukazivanja pomoći arbitrima moglo biti značajno u sporovima o nekim međunarodnim transakcijama, trebale bi se, po mišljenju *H.M. Holtzmanna*, pobrinuti da se takvo ovlaštenje uključi u njihov arbitražni ugovor ili da za svoju arbitražu usvoje arbitražna pravila u kojima su takva ovlaštenja već predviđena, pa tako npr. u *art. 26. UAR* ili u *art. 22. AAA International Rules*.⁴²

5. Skica 1 za Nacrt hrvatskog Zakona o arbitraži

5.1. Prva radna skica Prijedloga za Nacrt Zakona Republike Hrvatske o arbitraži iz 1996. (*Skica 1*), izrađena na inicijativu Predsjedništva SIS.HGK⁴³, uz posebni mandat autoru da u najvećoj mogućoj mjeri slijedi rješenja UNCITRAL-ovog Model zakona, sadržavala je dvije skupine pravila o privremenim mjerama osiguranja.⁴⁴

5.2. U prvoj skupini bilo je izraženo stajalište o dopustivosti da stranke iz arbitražnog ugovora zatraže da nadležni sud izrekne privremene mjere osiguranja unatoč postojanju valjanog arbitražnog ugovora za suđenje o tražbini čije se osiguranje traži. Odgovarajući na taj problem, u članku 10. Skice - preuzetom iz *art. 9. UML* - utvrđeno je da zahtjev jedne stranke upućen sudu prije ili u tijeku arbitražnog suđenja za određivanje privremenih mjera osiguranja i izricanje takvih mjera nije u nesuglasju s arbitražnim ugovorom.

5.3. Stajalište se branilo općesusvojenim razlozima. Mjere osiguranja tražbina ostvaruju se u ovršnom, dakle specifičnom izvanparničnom postupku, dok se

⁴¹ *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co., Ltd.*, 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990). U: *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XVII (1992) pp. 662-665; *Carolina Power & Light Co. v. Uranex*, 451 F. Supp. 1044, N.D. Cal. 1977. U: *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979) pp. 336-337.

⁴² HOLTZMANN, H.M. *United States*. U: *Intl. Handbook on Comm. Arb: Suppl. 13. Sept. 1992. Str. 22.* - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 351.

⁴³ Autor Skice 1 je pisac ove rasprave. Skica 1 s obrazloženjem autora i rezultatima njegovih komparativnih kritičkih istraživanja objavljena je na hrvatskom jeziku u: *Pravo u gospodarstvu 1/1997*, str. 5-49, pod naslovom *Prijedlog za nacrt Zakona Republike Hrvatske o izbranom suđenju - Prva radna skica*, te na engleskom jeziku pod naslovom *First Draft of the Law on Arbitration of the Republic of Croatia* u: *Croatian Arbitration Yearbook Vol. 3/1996*. Str. 217-238.

⁴⁴ V. TRIVA, S. *Arbitražno rješavanje međunarodnih trgovačkih sporova*. U: *Zbornik radova Prvih hrvatskih arbitražnih dana Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori (9-10.12.1993)*, "Međunarodna trgovačka arbitraža u Hrvatskoj i Sloveniji", HGK Komora. 1993. Zagreb 1994, Str. 1-28. - *Arbitral settlement of international commercial disputes*. U: *Croatian Arbitration Yearbook*. vol. 1. Zagreb 1994. Str. 7-18. - *Recepcija UNCITRAL-ovog Model zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži u hrvatsko arbitražno pravo*. U: *Zbornik radova Drugih hrvatskih arbitražnih dana Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori (8-9.12.1994)* - "Reforma hrvatskog arbitražnog prava". *Pravo u gospodarstvu 1-2/1995*. Str. 1-24 i HGK Komora. Zagreb 1994. Str. 1-24. - *Adoption of the UNCITRAL Model Law into Croatian arbitration law*. U: *Croatian Arbitration Yearbook*. vol. 2. Zagreb 1995. Str. 7-26.

arbitražnim ugovorom derogira zakonom uređena kompetencija parničnih, dakle kontencioznih sudova, u korist nedržavnih arbitražnih sudova. Derogacijska arbitražna klauzula odnosila bi se, prema tome, samo na kontenciozni, a ne i na nekontenciozni, ovršni put pravne zaštite. U pravnim sistemima koji ne dopuštaju da arbitri odlučuju o privremenim mjerama utjecanje sudu bilo bi jedino mogući put za ostvarivanje takve vrste pravne zaštite. U sistemima koji - *dato sed non concessio* u okvirima ove argumentacije - dopuštaju da arbitri odlučuju i o privremenim mjerama u stadiju u kome arbitražni postupak još nije ni pokrenut pa stoga još nema ni arbitražnog suda ugovorenog za rješavanje spora, inzistiranje na ostvarivanju privremenih mjera u kompetenciji arbitra pokazalo bi se kontraproduktivnim jer bi zahtjev za brzinom postupanja, jednim od temeljnih postulata izricanja i ostvarivanja privremenih mjera, bio ozbiljno doveden u pitanje zbog uobičajeno nepredvidivog trajanja obično dugotrajnog postupka vezanog uz konstituiranje arbitražnog suda, bez koga o zahtjevu ne bi bilo moguće odlučivati. Nakon donošenja pravorijeka arbitri u pravilu više nemaju ovlaštenja za odlučivanje u spornoj stvari - oni su *functi officio* - pa bi otada samo sud mogao određivati privremene mjere radi osiguranja zaštićene tražbine.

5.4. Zbog bitno različitih pristupa, u komparativno ispitivanim sistemima arbitražnog prava, pitanju dopustivosti da arbitar određuje i provodi privremene mjere osiguranja spornih tražbina, autor *Skice 1* - osobno u dilemi o tome za koje bi se rješenje opredijelio - odlučio je da svojim stavovima ne prejudicira tek započeti rad na redigiranju relevantnih pravila. Zbog toga su u članku 19. *Skice 1* - za drugu skupinu pravila o privremenim mjerama - izložene tri varijante, da se tako pruži prilika za što svestranije i što šire kritičko raspravljanje o pravnoj utemeljenosti, razboritosti i svrhovitosti predloženih solucija.⁴⁵

5.4.1. Varijanta A - po ugledu na odredbu *art. 17. UML* - predviđala je da arbitar može, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, na zahtjev jedne od stranaka, narediti drugoj stranci da poduzme neku privremenu mjeru osiguranja koju arbitar smatra potrebnom s obzirom na predmet spora. Arbitar bi mogao zatražiti od bilo koje stranke da dade odgovarajuće osiguranje u vezi s takvom mjerom.

5.4.2. Varijanta B - oslanjajući se u osnovi na *art. 818. talijanskog CPC* - nije dopuštala arbitru ni da određuje niti da provodi privremene mjere osiguranja, ali mu je dozvoljavala da, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, na prijedlog jedne stranke preporuči drugoj stranci da prihvati predloženu privremenu mjeru osiguranja koju arbitar smatra potrebnom. Zbog njezinog dobrovoljnog izvršenja bilo bi izlišno provođenje ovrhe radi njezinog ostvarenja. Arbitar bi uz to mogao predložiti bilo

⁴⁵ V. TRIVA, S. V. podatke o objavljivanju *Skice 1* u *Noti 42. - Izvještaj o ostvarenjima Radne grupe na izradi nove skice - nazvane Skica 2 - za Nacrt zakona RH o arbitraži*. U: *Peti hrvatski arbitražni dani. Pravo u gospodarstvu*. God. 37, sv.1. Zagreb 1998. Str. 5-25. - *Report on the Achievements of the Working Group for the Reform of the Croatian Arbitration Law*. U: *Croatian Arbitration Yearbook*. Vol. 4. Zagreb 1997. Str. 193-204.

kojoj stranci da dade odgovarajuće osiguranje (polog, garanciju) radi naknađivanja troškova privremene mjere ili štete koju je njezino neosnovano provođenje uzrokovalo.

5.4.3. Varijanta C - inspirirana odredbom art. 183. švicarskog LDIP (*Loi de Droit International Privé*) - predviđala je da arbitar može, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, na zahtjev jedne stranke odrediti mjere za osiguranje tražbine, a ako stranka na koju se te mjere odnose dobrovoljno ne pristane na njihovo poduzimanje, arbitar bi se mogao obratiti nadležnom sudu za pomoć radi njihovog prisilnog provođenja.

6. Skica 2 za Nacrt hrvatskog Zakona o arbitraži

6.1. O solucijama ponuđenim u *Skici 1* u Radnoj grupi SIS.HGK vođene su tijekom sljedeće dvije godine iscrpne rasprave na temelju dragocjenih recenzija i sugestija brojnih stranih arbitražnih institucija i pojedinaca te kritičkih pismenih i usmenih doprinosa sudionika Radne grupe.⁴⁶

6.2. Rezultati tih nastojanja izraženi su u novoj *Skici 2*, koja bi trebala biti prikazana na Hrvatskim arbitražnim danima SIS.HGK i Hrvatske arbitražne udruge (HAU) 10. i 11. 12.1998. u Zagrebu. Uz rezervu da bi prije javne prezentacije *Skice 2* moglo doći do daljnjih inovacija njezinih tekstova, ovdje sam izložio sadržaj aktualnih rješenja odredaba o privremenim mjerama osiguranja, koji će u nastavku ovog rada biti podloga kritičkih analiza.

6.3. *Skica 2* ostaje kod već klasičnog stajališta po kome obraćanje stranke iz arbitražnog ugovora sudu radi izdavanja i ovrhe privremene mjere osiguranja sporne tražbine nije u nesuglasju s arbitražnim ugovorom pa se ne bi moglo kvalificirati kao odustajanje od tog ugovora (čl. 44. st. 2).

6.4. Nova redakcija *Skice 2* o ovlaštenju arbitra da izdaje privremene mjere osiguranja nema varijanata - Radna grupa se opredijelila u korist ovlaštenja arbitra da nalaže poduzimanje privremenih mjera. Odredbe članka 16. *Skice 2* o zahtjevu stranke kojim od arbitražnog suda traži izdavanje privremene mjere osiguranja, o odluci arbitra o tom zahtjevu te o njezinoj ovrši predviđaju da arbitražni sud može, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, na zahtjev jedne od stranaka, narediti drugoj stranci da poduzme neku privremenu mjeru osiguranja koju arbitražni sud smatra potrebnom s obzirom na predmet spora. - Arbitražni sud može zatražiti od bilo koje stranke da dade odgovarajuće osiguranje u vezi s takvom mjerom. - Ako

⁴⁶ O recenzijama na *Skicu 1* v. TRIVA, S. *Izvještaj o ostvarenjima Radne grupe na izradi nove skice - Skica 2 - za Nacrt zakona Republike Hrvatske o arbitraži*. U: Pravo u gospodarstvu. Zagreb 1/1998. Str. 6.

stranka "na koju se te mjere odnose" dobrovoljno ne pristane na njihovo poduzimanje, arbitražni sud može se obratiti nadležnom sudu za pomoć radi njihovog prisilnog provođenja.

7. Zaključci - *parere auctora*

7.1. Nakon uvodnih općih razmatranja temeljnih odrednica instituta osiguravanja ugroženih tražbina u ovršnom postupku, istraživanja hrvatskih i stranih relevantnih propisa o privremenim mjerama u arbitraži te sadržaja *Skice 1 i 2*, u nastavku izlažem svoje gledanje na argumente kojima bi se ponuđene solucije mogle braniti i / ili osporavati.

7.2. *Objekt rasprave*

Područje i predmet istraživanja u ovoj raspravi ograničeno je u dvojakom smislu. U njoj se razmatraju mogućnosti i granice ovlaštenja arbitra da izdaje privremene mjere osiguranja spornih tražbina s obzirom na pravila koja su mjerodavna ili bi to uskoro trebala postati za arbitraže koje se smatraju domaćima u Republici Hrvatskoj (čije se mjesto nalazi na području Hrvatske). U njoj se tretiraju samo privremene mjere osiguranja kako ih uređuje aktualno hrvatsko ovršno pravo.⁴⁷

7.3. *Pravna priroda privremenih mjera i naloga za njihovu ovrhu*

7.3.1. Bitno različita rješenja načelnog pitanja o kompatibilnosti ovlaštenja arbitra da određuje privremene mjere osiguranja s pravnom prirodom arbitraže posljedica su i različitih shvaćanja o pravnoj prirodi odluke o odobravanju odnosno o izricanju privremenih mjera osiguranja kojom se određuje i njihova ovrha.

7.3.2. Nekad klasično i gotovo nesporno evropsko, "kontinentalno", stajalište doktrine i judikature radikalno osporava prihvatljivost teze po kojoj bi i arbitar, a ne samo sud, bio ovlašten određivati privremene mjere osiguranja. Na toj poziciji stoje i danas zemlje kao što su, npr., Austrija, Hrvatska, Grčka, Italija, Meksiko, Slovenija, Švedska. Odluka suda o mjeri osiguranja, kako je to još i danas propisano i u svježem hrvatskom Ovršnom zakonu (čl. 294. st. 3. OZ), nije po svojoj pravnoj prirodi - u koju se ubrajaju i njezini učinci - samo kondemnatorni akt nikao u ostvarivanju kontenciozne, parnične, jurisdikcije, već on ima i "... učinak rješenja o ovrsi", dakle efekte pravosudnog sudskog akta iz domene ovršne sudbenosti. Za

⁴⁷ V. notu 4 o povijesnoj vezanosti hrvatskog ovršnog prava za austrijske modele te notu 6 o tendencijama drukčijih pristupa obrađivanoj materiji - RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 353. Autor upozorava na dužnost arbitara da prije negoli se upuste u određivanje privremenih mjera provjere da li se njihova namjera ne sudara sa procesnim javnim poretkom zemlje u kojoj se nalazi mjesto arbitraže.

ovaj potonji je karakteristično da spada u područje isključivih suverenih ovlaštenja države, među kojima je i ono da smije primjenjivati prisilu radi uspostave, očuvanja i zaštite subjektivnih prava, a time i objektivnog pravnog poretka. Arbitar - za razliku od suca državnog suda - nije eksponent, organ državne vlasti. Ovlaštenje za suđenje u određenim vrstama sporova duguje nositelju državnog suvereniteta, koji mu, uvažavajući suglasnu volju stranaka da prihvate njegov budući pravorijek kao autoritativni regulator spornih odnosa, delegira, ustupa (posuđuje), samo neke od svojih prerogativa. Ovlast je ograničena na pravo odlučivanja o utemeljenosti zahtjeva stranke koja tvrdi da su njezina prava ugrožena ili povrijeđena pa traži da joj se pruži pravna zaštita određenog, u pravilu kondemnatornog, značenja, ali ne i pravo da izrečenu zaštitu ostvaruje primjenom sredstava prisile. Za prisilno ostvarenje arbitrovog višestruko kvalificiranog pravorijeka (pravomoćnog, ili konačnog, ili obvezatnog - kako ga se već naziva u različitim pravnim sistemima - a uz to i ovršnog), nadležan je samo sud. Opravdano se konstatira kako u arbitraži nema posebnog razloga za razlikovanje između naređivanja i preporučivanja određene mjere osiguranja jer mjere koje izriče arbitar i onako nemaju same po sebi svojstva ovršnosti; ta im svojstva može dati samo sud, koji je jedini ovlašten da izrečenu mjeru prisilno ostvari.⁴⁸

7.3.3. No ni oni koji, u suprotstavljenoj, sve brojnijoj skupini pravnih poredaka i doktrinarnih shvaćanja, drže da bi arbitru ipak trebalo dozvoliti da - uz specifične rezerve i ograničenja - izdaje privremene mjere osiguranja spornih tražbina, ne osporavaju monopolistički mandat državnih pravosudnih medija za određivanje i primjenu zakonite prisile. Oni tek smatraju da spregu ovlasti za suđenje i za prisilno ostvarenje presuđenoga u jednom aktu ne bi trebalo tretirati kao nerazlučivu osobinu tih pravosudnih funkcija. Presuđivanje o osnovanosti zahtjeva za pružanje zaštite i pribjegavanje prisilnim sredstvima radi ostvarivanja esencijalne misije pravnog poretka u pravilu se odvija susljedno, a ne sinhrono. Suđenje o supstancijalno-pravnom meritumu prethodi ovrši. Ona uvijek niti ne slijedi to suđenje, već samo u situacijama u kojima subjekti kojima je naloženo da svojim djelovanjem uspostave poremećenu pravnu ravnotežu, čiji je poremećaj doveo do suđenja, dobrovoljno ne pristanu na poštivanje sudske izreke. Kad već odluka o odobrenju privremene mjere osiguranja, nesumnjivo kondemnatorne prirode, nije neraskidivo srasla ni vremenski ni prostorno s eventualnom naknadnom odlukom o njezinom prisilnom izvršenju, nesporno ovršne prirode, ne bi trebalo biti razboritog razloga koji bi govorio protiv mogućnosti da ta dva akta donose različiti pravosudni mediji - prvi arbitar ili sud, drugi - samo sud.

7.4. Privremene mjere arbitra

7.4.1. U diskusijama koje su se o toj temi vodile na Prvim hrvatskim arbitražnim danima SIS.HGK 1994. - o kojima, na žalost, nije ostalo pisanog traga -

⁴⁸ RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 355.

bio sam na strani onih koji nisu prihvaćali koncepciju o arbitru kao potencijalnom donositelju privremene mjere. Danas mi se čini da je takav stav bio determiniran upravo izloženim pravilom o dvojako nerazlučivoj prirodi izrečene mjere, protiv koje u arbitražnoj proceduri stranke ne bi mogle koristiti niti jedno redovno pravno sredstvo, pa bi zbog toga bile diskriminirane u odnosu na one stranke iz arbitražnog postupka kojima je takvu mjeru izrekao sud, a njima su, na odgovarajući način, stajale i danas stoje na raspolaganju žalbe i prigovori propisani za pobijanje rješenja o ovrši meritorne ovršne presude odnosno pravorijeka.⁴⁹ Takvom stajalištu pridonijelo je i dugogodišnje tretiranje arbitražnog suda kao specifične podvrste samoupravnih sudova jedinstvenog državno-socijalističkog pravosudnog sistema u SFRJ, lišenih ovršnih ovlaštenja, pa stoga i ovlasti da donose i provode rješenje o ovrši privremene mjere.

7.4.2. U aktualnom pravnom poretku arbitar se tretira kao nedržavni, *privatni*, pravosudni medij čijim je pravorijecima država, pod određenim uvjetima, u pravilu spremna pridati, doduše samo *inter partes*, snagu pravomoćne sudske presude.⁵⁰ U kontekstu takve kvalifikacije arbitražnog fenomena - bez obzira na to je li, s obzirom na pripadnost državi čijem je pravnom sistemu podvrgnuta arbitraža u kojoj je donesen, domaći ili strani, nacionalni ili internacionalni (s međunarodnim obilježjem), dakle i onaj koji je donesen u Hrvatskoj, i to u sporu sa strankama koje imaju hrvatsku državnu pripadnost - svaki arbitražni pravorijek sa stajališta hrvatskog pravnog poretka trebalo bi tretirati kao akt koji nije proistekao iz sistema državnih pravosudnih medija, dakle, u tom smislu kao strani, nedržavni, "*privatni*" akt. Stoga bi ga, jednako kao što se po danas još uvijek važećim pravilima o sukobu zakona postupa samo sa sudskim i arbitražnim odlukama koje se po zakonu smatraju stranim, trebalo podvrgnuti specifičnom postupku egzekvure⁵¹ - što će, nadam se, biti prihvaćeno u konačnoj redakciji *Skice 2* za Nacrt hrvatskog zakona o arbitraži⁵² - u kome bi sud prisilnog izvršenja bio dužan ispitati sukladnost njegovog sadržaja s temeljnim načelima pravnog poretka (o arbitralnosti spora u kome je donesen i o kompatibilnosti s pravnim poretkom Republike Hrvatske) te ga, po potrebi, sadržajno modificirati.

7.4.3. Iz navedenih temeljnih stajališta dovedenih u vezu sa zakonskim odredbama o uvjetima koje treba ispunjavati strana odluka za koju se traži da bude priznata i prisilno izvršena proizlazi da nije moguće uspješno tražiti egzekvuru strane odluke ako ona nije pravomoćna (*binding, obligatoire, verbindlich* - obvezatna, ili *final, finale* - konačna), a ako se traži i njezino prisilno izvršenje, onda

⁴⁹ V. čl. 244. bivšeg Zakona SFRJ o izvršnom postupku iz 1978. te aktualno važeći čl. 304. OZ iz 1966, NN 57/96.

⁵⁰ V. čl. 483. st.1. ZPP te čl. 36. st. 1. Skice 1.

⁵¹ V. čl. 97.106. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (NN 53/91) te čl. 42. Skice 2.

⁵² V. čl. 36. Skice 2.

i ovršna. Stoga se u postupku egzekvaturе ne može tražiti priznanje odluke koja bi bila zrelа samo za odobravanje prethodnih ili privremenih mjera osiguranja ugrožene tražbine kao akata prihvatljive jurisdikcije njezinog donositelja. No dok se na temelju tzv. imperfektne ovršne isprave⁵³ ne može u tom postupku polučiti pozitivan rezultat, za donekle zaobilazno prihvaćanje strane privremene mjere mogla bi se otvoriti određena šansa. Domaći ovršni sud, pozvan da na temelju privremene mjere koju je izdao strani sud donese rješenje o njezinoj ovrsi, ne bi smio toj odluci pridavati značenje pravosudnog akta kojim bi bio pravno vezan, ali bi, spremajući se na izdavanje svoje odluke o privremenoj mjeri, tu odluku arbitra mogao prosuđivati i vrednovati u ispunjavanju svoga zadatka da u granicama vjerojatnosti utvrdi postojanje relevantnih činjenica na temelju kojih bi, uz ostale činjenice koje bi na taj način utvrdio, mogao zauzeti prejudicijelni pravni stav o vjerojatnosti postojanja ugrožene tražbine i subjektivne opasnosti da se ona kasnije ne bi mogla efikasno namiriti.

7.4.4. Budući da je opravdano svaku odluku arbitra tretirati kao akt stranog tijela u odnosu na državni pravosudni sistem, moglo bi se - *per analogiam* - izvesti zaključak po kome bi se ovršni sud od koga bi se zatražilo da prisilno izvrši arbitrovu privremenu mjeru bio ovlašten i dužan upustiti u autonomno ocjenjivanje pretpostavaka za njezino prihvaćanje i ovrhu, dakle za donošenje odluke kojom bi se, *uno actu*, arbitrova mjera na specifičan način sadržajno prihvatila, ponavljajući njezin sadržaj, a ujedno i naredila njezina ovrha. Izloženom konstrukcijom bilo bi - uz poštivanje načela *vuk sit i koza cijela* - spašeno nekoliko "neprikosnovenih" tradicionalno ukorijenjenih teza od kojih bi se mnogima bilo teško odreći: arbitar bi mogao donijeti samo odluku kojom jednoj od stranaka nalaže poduzimanje privremene mjere, ali ne i odluku kojom se naređuje njezino prisilno izvršenje; sud zemlje ovrhe ne bi smio priznati naredbu arbitra o privremenoj mjeri već bi mogao - nakon što utvrdi postojanje pretpostavaka za njezino izdavanje - svojom odlukom ponoviti njezin sadržaj i narediti njezinu ovrhu. Instrukivan je, za ovo promišljanje, još avangardniji propis §-a 1041. njemačkog ZPO, po kome sud može priznati izrečenu arbitrovu mjeru, ali je može i preinačiti ako nađe da bi to bilo nužno radi njezine uspješne ovrhe, a svoje rješenje o ovrsi može na zahtjev stranke izmijeniti ili čak ukinuti.

7.4.5. Hipotetska konstrukcija izjednačava privremene mjere svih potencijalnih arbitara, bez obzira na to jesu li sudjelovali u aktivnostima domaće ili strane arbitraže. Povodeći se za nekim stranim uzorima, redaktori tekstova za *Skicu 2* Nacrta zakona RH o arbitraži ponudili su rješenje po kome bi se privremena mjera arbitra koji je odlučivao u djelovanju arbitraže koja bi se sa stajališta hipotetskog hrvatskog prava smatrala **stranom** arbitražom u pravilu tretirala kao puka činjenična indicija čije bi značenje trebao prosuditi sudac od koga se traži da *uno actu* izrekne

⁵³ V. TRIVA, S., BELAJEC, V., DIKA, M. *Sudsko izvršno pravo*. 2. izd. Zagreb 1987. § 23/3.2. Str.134.

zatraženu privremenu mjeru i da donese akt o njezinoj ovrši. Drukčiji tretman predložili su za privremenu mjeru arbitra **domaće** arbitraže, dakle one čije se mjesto nalazi u Hrvatskoj.⁵⁴ Njegovu privremenu naredbu, za koju bi bilo mjerodavno ono što je propisano u Zakonu RH o arbitraži, ovršni sudac trebao bi drukčije tretirati jer bi po zakonu koji je za njega mjerodavan taj arbitar bio ovlašten izricati privremene mjere osiguranja kao pravno priznati arbitražni akt, što ipak ne znači da bi za nj bio jednako tako vezan kao za pravomoćni meritorni pravorijek tog istog arbitra. Dok bi, naime, prilikom odlučivanja o zahtjevu za ovrhu njegovog pravomoćnog pravorijeka bio bitno ograničen u ispitivanju njegove podobnosti da bude priznat i ovršen poštivajući pravila o tzv. *contrôle limité*,⁵⁵ u odnosu na privremenu mjeru arbitra domaće arbitraže njegove bi ovlasti trebale biti znatno šire - pri donošenju akta o njezinoj ovrši trebalo bi mu priznati ovlaštenje da preispita valjanost arbitražnog ugovora i konstituiranja arbitražnog suda te rezultate utvrđivanja, do stupnja prihvatljive vjerojatnosti, **činjeničnih sudova** o postojanju ugrožene tražbine, i opasnosti koja prijete njezinom budućem ispunjenju i **pravne konkluzije** do kojih je došao arbitar koji je autor domaće privremene naredbe. Takva gotovo potpuna nevezanost suda za motive i sadržaj arbitrove privremene mjere može se objasniti time što izrečena mjera ne bi mogla postati pravomoćna i obvezujuća u onom smislu u kome je to arbitražni pravorijek, pa osim toga što bi sud mogao, *rebus sic stantibus*, uvažiti žalbu stranke protiv koje je mjera izrečena, u nekim slučajevima nevezan žalbenim rokom, sud bi mogao i preinačiti njezinu izreku zbog izmijenjenih činjeničnih pretpostavaka za njezino donošenje, pa ponekad čak i zbog drukčije ocjene pravnih standarda o kojima ovisi daljnja sudbina izrečene mjere.⁵⁶ Sa stajališta pragmatičkih kriterija teško da bi se mogle uočiti bitne razlike u konsekvencijama takvih sofisticiranih nijansa njihovog režima, no one se nameću kao posljedica nemjerodavnosti hrvatskog prava za držanje arbitra strane arbitraže kao donositelja privremene mjere te mjerodavnosti tog prava za mjeru arbitra domaće arbitraže kome zakon dopušta izricanje privremenih mjera osiguranja. Nema sumnje da bi i arbitru koji je donio privremenu mjeru trebalo osigurati pravo da je u nastavku postupka, sve dotle dok traje njegov mandat, mijenja ili ukida. Režim u načelu rezerviran za domaće arbitraže mogao bi se - što bi bilo *quaestio facti* - prihvaćati i za strane arbitraže ako bi po pravu koje je za njih mjerodavno njihovi arbitri bili ovlašteni izdavati privremene mjere osiguranja te ako bi se moglo zaključiti o postojanju uzajamnosti između zemlje strane arbitraže i Hrvatske kao zemlje specifičnog priznanja i ovrhe strane privremene mjere.

7.4.6. O tome tko je ovlašten zatražiti od suda da donese rješenje o ovrši na temelju privremene mjere koju je izrekao arbitar, u istraživanim modelima nema

⁵⁴ Tako se u točki 2) članka 2. Skice 2 određuje da je "domaća arbitraža" ona čije je mjesto na području Republike Hrvatske.

⁵⁵ V. čl. 98-99. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima te čl. 38-40. Skice 2.

⁵⁶ V. čl. 49, 294, 303, 305. OZ.

jedinstvenog stajališta. U nekima od njih propisano je da to može zahtijevati arbitar koji je izrekao mjeru, u drugima da to može zahtijevati stranka u čiju je korist privremena mjera donesena, u trećima da to mogu tražiti i arbitar i stranka. Redaktori Skice 2 opredijelili su se, nakon određenih kolebanja, za varijantu po kojoj to ovlaštenje pripada samo stranci koja je od arbitra ishodila privremenu mjeru. Držim da za takav izbor govore opravdani razlozi. U okolnostima u kojima se provodi arbitraža nema izgleda da bi se arbitrova naredba mogla izreći i provesti mimo znanja stranke protiv koje je izdana jer se naredba upućuje upravo toj stranci, od koje se traži i očekuje da je ostvari. Od njezinog držanja ovisi hoće li je prihvatiti i dobrovoljno provesti ili će biti potrebno zatražiti od suda da je prisilno provede. Dotle dok se još ne zna kako će se protivnik predlagatelja držati, nema potrebe da se arbitar obraća sudu sa zahtjevom da izrečenu mjeru izvrši. Ako stranka kojoj je privremenom mjerom naloženo određeno držanje ne bi postupila u skladu s primljenim nalogom, dovoljno bi bilo ovlastiti korisnika privremene mjere da odluči hoće li zatražiti intervenciju ovršnog suda ili će se zbog razloga koji za arbitra nisu relevantni suzdržati da to učini. U spornim odnosima dispozitivne prirode oficijozno postupanje arbitra moglo bi biti kontraproduktivno.

7.5. Konkurencija sudskog i arbitražnog postupka

7.5.1. Ako se prihvati teza o potrebi i korisnosti davanja ovlaštenja strankama da od arbitra traže izricanje privremenih mjera osiguranja, otvara se pitanje rješavanja eventualne konkurencije između nadležnosti suda i arbitra za određivanje tih mjera, jer takvo ovlaštenje ne derogira ovlaštenje suda da ih naređuje i provodi. Konkurencija bi mogla uzrokovati i pozitivne i negativne sukobe o nadležnosti pa zbog toga ne bi sama po sebi bila poželjna.⁵⁷

7.5.2. Ni *UML* ni *Skica 2* Nacrta za Zakon RH o arbitraži nemaju odredaba o rješavanju takvog potencijalnog konflikta. Propisuje ih njemački *ZPO* u § 1041/2, u kome je određeno da će sud dozvoliti ovrhu privremene mjere koju je izrekao arbitar ako izricanje takve mjere nije već zatraženo od suda. Privremena mjera koju je već odredio arbitar bila bi, prema tome, irelevantna sa stajališta njezine ovršivosti već zbog toga što je u vrijeme podnošenja zahtjeva za ovrhu te mjere bio pred sudom u tijeku postupak za određivanje adekvatne mjere osiguranja.

7.5.3. Izrazio bih određene rezerve prema favoriziranju suda na način kako je to propisano u § 1041/2. *njemačkog ZPO* (v. t. 4.2.7. ovog rada) jer bi ono dovodilo do obezvrjeđivanja već izrečene arbitrove privremene mjere čak i onda kada joj se ne bi mogli istaći prigovori zbog njezine suštinske nepravilnosti ili nesvrshodnosti. U pretpostavci da takvim prigovorima ne bi bilo mjesta, sudu ne bi preostalo nego da on sam ponovi privremenu mjeru kakvu je već odredio arbitar pa da zatim izda nalog za njezinu ovrhu. Držim da bi bilo racionalnije da sud,

⁵⁷ RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 365.

respektirajući vremensku prednost već donesene arbitrovo mjere, odluči o njezinom priznanju i ovrsi, pa čak i u slučaju kad bi se pokazalo da bi je prethodno trebalo u izvjesnom smislu sadržajno preinačiti radi omogućavanja ili olakšanja njezinog ostvarenja. Inače bih sugerirao rješenje po kome bi - ugledajući se na stajalište koje je došlo do izražaja u odredbi čl. 473. st. 2. ZPP, po kojoj bi sud kome je podnesena tužba u istoj stvari za čije je rješavanje već ugovorena arbitraža bio dužan utvrditi svoju nenadležnost te odbaciti tužbu te na odredbu članka 42. *Skice 2* - trebalo odreći pravo sudu da izrekne privremenu mjeru i prepustiti arbitru da odluči o prijedlogu za njezino određivanje. Bitno drukčiji odnos prema potencijalnom sukobljavanju suda i arbitra pokazuje *engleski Arbitration Act 1996* u *Section 44. AA96* (v. t. 4.2.3. ovog rada). Držim da bi rješenje tog zakona, makar u načelu, bilo na tragu inače ispoljene tendencije favoriziranja arbitraže te da bi pružalo razboritu osnovu za određenu blagonaklonu suradnju suca i arbitra u situacijama koje bi, i uz najrevnije mobiliziranje mašte, bilo teško u svim detaljima prognozirati pa propisati univerzalne apriorne recepte za premošćivanje mogućih kriza na štetu efikasnosti arbitriranja (npr. kome priznati nadležnost za modificiranje mjere koju je izrekao sud; bi li trebalo dopustiti da ista stranka zatraži od arbitra određenu mjeru osiguranja a uskoro zatim od suca neku drugu i drukčiju; je li prihvatljivo da se u sporu u kome se sudi o tužbi i o protutužbi jedna stranka radi određivanje mjera obraća arbitru a druga sucu).

7.6. Ograničenja *ratione personae*

Ograničenje s obzirom na osobe na koje se arbitrova privremena mjera osiguranja odnosi ogleda se u izričito nenapisanom pravilu koje proizlazi iz esencijalnih karakteristika arbitražnog fenomena, po kojima bi se ona mogla izdati samo *strankama arbitražnog ugovora* - subjektima koji su zaključili ugovor o arbitraži iz kojega je nikao arbitražni spor.⁵⁸ To proizlazi iz pravila po kome su stranke ovlaštene ne samo ugovoriti određeno arbitriranje, već i imenovati arbitre svoga povjerenja, utvrditi procesna pravila po kojima će se postupak voditi i supstancijalnopravna pravila po kojima će se o utemeljenosti istaknutih zahtjeva suditi. Zasnovani arbitražni procesnopravni odnos za treće je *res inter alios acta*. Zasniva se, odvija se i djeluje samo u odnosu na one koji su ga sklopili. Treći ne bi bili dužni pristati na pravne konsekvencije suđenja na čiju fizionomiju nisu mogli imati nikakvog utjecaja. To, u krajnjoj liniji, znači da donositelj privremene mjere ne bi mogao izdavati naredbe nekome trećemu koji nije stranka u konkretnoj arbitraži, kao što bi, npr., mogla biti osoba kojoj se sporna stvar povjerava na čuvanje ili održavanje, ili pravna osoba koja obavlja poslove platnoga prometa kojoj bi trebalo narediti da protivniku osiguranja ili nekome trećemu po njegovom nalogu uskrati isplatu s dužnikova računa, ako taj treći ne bi bio voljan prihvatiti funkcije i obavljati djelatnosti koje bi mu se željele povjeriti.⁵⁹ Ni prema strankama ni prema

⁵⁸ RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*. Kluwer 1990. Str. 354.

⁵⁹ V. čl. 297. st. 1. t. 1, 4, 5; čl. 299. st. 1. t. 1, 2, 3, 5. OZ te ostale odredbe o pravnim posljedicama izrečenih mjera o kojima je riječ u citiranim propisima.

trećima arbitar, naravno, ne bi mogao izricati ni novčane ni zatvorske sankcije.⁶⁰

7.7. Ograničenja *ratione materiae*

7.7.1. Nedovoljno supstancirane norme o sadržaju privremenih mjera trebalo bi poboljšati radi izbjegavanja nedoumica o njihovom dometu.

7.7.2. U *Varijanti A Skice 1* za Zakon RH o arbitraži sadržaj mjera koje bi mogao izreći arbitar i osiguranja čije bi polaganje mogao narediti određeni su generalnim formulacijama; u *Varijanti B* nešto preciznije opisan je samo nalog za polaganje osiguranja za naknadu troškova privremene mjere ili štete koju je njezino neosnovano provođenje uzrokovalo; *Varijanta C* ograničila se na navođenje mjera bez indiciranja njihovog mogućeg sadržaja. *Skica 2* zadovoljila se tekstem *Varijante A Skice 1*.

7.7.3. U pomanjkanju preciznijih smjernica u dosadašnjim tekstovima inspirativno je restriktivno francusko pravilo koje upozorava na potrebu da bi sadržaj mjera trebao biti usko povezan s predmetom spora, da se ne bi dalo povoda za njihovo pobijanje zbog odlučivanja *ultra petita*.

7.7.4. Osim generalne norme o sadržaju privremene naredbe koju bi mogao izdati arbitar (onu “... koju smatra potrebnom s obzirom na predmet spora”), u art. 26. UAR posebno se navode određene naredbe “... radi očuvanja robe koja je predmet spora, kao što je nalog da se ona deponira kod treće osobe ili da se lako pokvarljiva roba proda”, zatim naredba da se položi “osiguranje za pokriće troškova privremenih mjera”. U art. 17. UML ne spominje se posebno nijedna konkretna mjera, no izričito se ovlašćuje arbitra da zatraži od stranaka da dadu “odgovarajuće osiguranje u vezi s takvom mjerom”, za koje neki smatraju da obuhvaća i naknadu troškova privremenih mjera te naknadu štete uzrokovane njihovim provođenjem. U *Analytical Commentary* uz UML⁶¹ spomenute su, primjera radi, mjere radi “stabiliziranja” dugoročnih poslovnih odnosa stranaka koje imaju za cilj korištenje i održavanje strojeva ili nastavljanje radova na izgradnji objekata kad bi to bilo potrebno radi sprječavanja nepopravljive štete te osiguranje dokaza koji se bez toga kasnije ne bi mogli pribaviti ili izvesti. Mjere bi se mogle odnositi i na čuvanje poslovne tajne te na “*proprietary informations*”.⁶²

7.7.5. Izbjegavanju polemika i divergentnih tumačenja pomoglo bi detaljnije opisivanje makar onih mjera koje su uobičajene, kao što su čuvanje robe, prodaja lako pokvarljive robe, polaganje kaucije iz koje bi se mogli naknaditi troškovi izdavanja i provođenja mjera, štete uzrokovane njihovim provođenjem ili nepotrebnim polaganjem kaucije, te onih kojima se određuje osiguranje dokaza.

⁶⁰ V. čl. 16. OZ, na koje upućuje odredba čl. 297. st. 7. OZ; v. čl. 479. st. 2. ZPP.

⁶¹ V. Doc. A/CN 9/264, p. 43; para. 2.

⁶² V. BERG, A.J. Op. cit. u noti 14.

7.8. Ograničenja ratione temporis

Arbitar bi mogao koristiti svoje ovlaštenje za izricanje privremenih mjera osiguranja u relativno ograničenom razdoblju ukupnog trajanja arbitriranja shvaćenog u širem smislu - od zaključenja arbitražnog ugovora pa do ostvarivanja pravnih lijekova protiv pravorijeka te njegovog priznanja i ovrhe - samo od konstituiranja arbitražnog suda pa do donošenja pravorijeka. Prije konstituiranja arbitražnog suda imenovani arbitar nije u pravnoj mogućnosti da djeluje; nakon donošenja pravorijeka on, u pravilu, prestaje biti arbitar (mogao bi samo ispravljati ili tumačiti donesenu meritornu odluku te donijeti dopunski pravorijek o zahtjevu o kome omaškom nije odlučio). Izvan tih vremenskih međa samo nadležni sud bi mogao određivati privremene mjere. Inspiriran stajalištem novog engleskog zakona, zagovarao bih tezu po kojoj bi prednost u izricanju mjera trebalo priznavati arbitru, a ne sudu. Stoga držim da interveniranje arbitra u mjeru koju je prethodno odredio sud ne bi predstavljalo povredu državnog suvereniteta. Država ga se uvjetno odriče u daleko značajnijoj sferi - priznavajući prioritet ugovorenom arbitriranju o suštini spora pred inače proklamiranim državnim monopolom za izricanje pravne zaštite u imovinskim sporovima.

7.9. Ovlaštenje za određivanje mjera

U doktrini se diskutira o tome treba li zakonom ovlastiti arbitra da određuje privremene mjere osiguranja ili bi mu to ovlaštenje trebalo priznati samo ako se stranke o tome izričito dogovore. U istraženim zakonima susreću se oba modela. U suštini je svejedno da li se strankama priznaje pravo da svojim ugovorom liše arbitra zakonskog ovlaštenja da te mjere izriče ili pravo arbitra ovisi o sporazumu stranaka bez koga, po zakonu, takve mjere ne bi mogao nalagati. Pledirajući za stimuliranje šanse da arbitri naređuju te mjere, držim da bi bilo svrhovitije da se prihvati prva varijanta, jer bi se inače moglo dešavati da bi stranke, nesklone bogatijim tekstovima ugovora o arbitraži, mogle i nehtijući propustiti stipulirati takvo ovlaštenje u vrijeme kada su za takav dogovor raspoloženja stranaka povoljnija negoli u stadiju u kome suprotstavljanja stranaka odnose prevagu nad zahtjevom za lojalnom kolaboracijom.

7.10. Pravni lijekovi

Skice 1 i 2 ne podržavaju stajalište izraženo u još uvijek važećem propisu članka 483. stavak 1. ZPP po kome pravorijek arbitara postaje među strankama pravomoćni regulator njihovog spora osim ako stranke nisu ugovorom predvidjele "mogućnost njegovog pobijanja pred izbranim sudom višeg stupnja". Jedino pravno sredstvo za pobijanje arbitrovih odluka je tužba sudu za poništaj njegovog pravorijeka (čl. 484-486. ZPP). Iz takvog stajališta slijedi zaključak da stranke ne bi imale mogućnosti ulaganja pravnih sredstava ni protiv arbitrove privremene mjere osiguranja. No svoje pravo na protest protiv njezinog sadržaja mogle bi ostvarivati u postupku pred ovršnim sudom koji odlučuje o zahtjevu za donošenje rješenja o ovrsi i koji provodi izrečenu mjeru - kako to propisuje članak 304. OZ, po kome se

odredbe tog zakona o žalbi i prigovoru protiv rješenja o ovrsi na odgovarajući način primjenjuju i u postupku osiguranja privremenom mjerom. Stranke bi mogle i mimo tih pravnih sredstava podnositi i arbitru i sudu prijedloge za preispitivanje opravdanosti izrečenih mjera pozivajući se na izmijenjene relevantne okolnosti slučaja.⁶³

7.11. Naknada štete uzrokovane privremenim mjerama

7.11.1. U *Skici 1* nije bilo odredaba o naknadi štete uzrokovane privremenom mjerom. Ugledajući se na brojne strane izvore, redaktori *Skice 2* izradili su nekoliko varijacija na tu temu. Posljednja u radu Radne grupe, definirana 29.5.1998, određivala je da je "*arbitražni sud ovlašten u postupku u kojem je privremena mjera određena rješavati i o zahtjevu za naknadu štete uzrokovane privremenom mjerom čije je određivanje od početka bilo neopravdano*". Nezadovoljan takvom solucijom, izborio sam se, u završnim seansama tzv. Uže radne grupe, nadam se konačno, za posvemašnje izostavljanje pravila o naknadi štete iz nacрта za zakon o arbitraži.

7.11.2. Moj prijedlog za izostavljanje pravila o naknadi štete nema za cilj poricanje strankama prava da traže naknadu štete koju su pretrpjeli zbog neosnovanog i protupravnog provođenja privremenih mjera ili zbog davanja osiguranja položenog radi otklanjanja provođenja tih mjera. Takvo pravo strankama pripada po temeljnim pravilima obveznog prava o šteti i njezinoj naknadi. Moja kritika predloženih pravila potječe još od kritičkih stavova u odnosu na odredbe Zakona o izvršnom postupku iz 1978. (ZIP), jer je redakcija članka 260. stavak 4. ZIP u vezi sa štetom uzrokovanom prethodnim mjerama te članka 260. stavaka 5. i 6. ZIP u vezi sa štetom uzrokovanom privremenim mjerama upućivala na zaključak da se o zahtjevu za naknadu štete ne može voditi samostalna parnica budući da o njemu odlučuje, na prijedlog dužnika, svojim rješenjem sud osiguranja, dakle ovršni sud u specifičnom izvanparničnom postupku. Iako se u takvom incidentalnom postupku odlučuje o supstancijalnom građanskopravnom ovlaštenju o kome bi trebalo moći voditi redovitu parnicu, sa svim procesnim garancijama koje su joj svojstvene, ovdje su stranke bile prisiljene da se povinuju odluci suca pojedinca i u stvarima velike vrijednosti, da se odreknu rasprave pred sudom, prava na dvostranu žalbu protiv presude te prava na reviziju i na ponavljanje postupka. Istini za volju, redaktori zakona iz 1978. opravdavali su svoje rješenje tvrdnjom da su ga našli u zakonu iz 1930. (§§ 327. i 343. IP 30), što pokazuje samo to kako je nerazborito, pod utjecajem inercije, nekritički preuzimati iz starih zasada, dobrim dijelom rudimentarnih, i ono što u njima nije bilo prihvatljivo.

7.11.3. Ovršni zakon RH iz 1996. donekle je korigirao stavove Zakona o izvršnom postupku iz 1978. U članku 306. OZ utvrđeno je pravo protivnika

⁶³ O pravnim sredstvima u postupku izdavanja i provođenja privremenih mjera osiguranja po Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. upućuje se na iscrpnije izvode u knjizi TRIVA, S., BELAJEC, V., DIKA, M. *Sudsko izvršno pravo*, 2. izdanje. Zagreb 1984. §§ 52/26 i 53/30-36. Str. 388-389, 407-408.

osiguranja na naknadu štete koja mu je nanesena privremenom mjerom za koju je utvrđeno da je bila neosnovana ili koju predlagatelj osiguranja nije opravdao. U članku 290. stavak 4. OZ, na koji upućuje odredba članka 306. OZ, određeno je da protivnik osiguranja može protiv predlagatelja osiguranja tražiti naknadu štete u postupku osiguranja najkasnije u roku od trideset dana od dovršetka postupka, a nakon toga u parnici. Ispada da bi vjerovnik, želi li za ostvarenje svojih prava koristiti pravni put parnice, u kome mu se osiguravaju daleko efikasniji instrumenti za postizavanje cilja, morao ponekad i poduže čekati s podnošenjem zahtjeva za naknadu u parnici jer bi se u protivnom morao zadovoljiti sa slabijim pravozaštitnim metodama ovršnog procesnog prava.

7.11.4. Ostvarivanje zahtjeva za naknadu štete u arbitražnom postupku pretpostavlja da arbitražni ugovor implicitno sadrži i sporazum o arbitriranju u sporu koji s objektom tog ugovora nije sadržajno supstancijalno pravno povezan. Takva bi konkluzija bila isuviše odvažna da bi je bilo moguće prihvatiti bez naknadnog izričitog sporazuma stranaka o proširenom ili novom arbitražnom ugovoru u kome se utvrđuje nadležnost arbitra i za spor o naknadi štete. Sukcesivno širenje ovlaštenja već instaliranog arbitražnog suda moglo bi za potencijalne stranke biti upitno s obzirom na mogućnost nezadovoljavajućih iskustava s arbitrima u sporu u kome je došlo do štete za koju se traži naknada. Zbog toga bi se podnošenje arbitražne tužbe za naknadu moglo prihvatiti tek pod uvjetom da se obje stranke, ovoga puta u pravilu u izmijenjenim stranačkim ulogama, svjesne svih rizika koje sa sobom nosi arbitraža, dragovoljno i na izričit način opredijele za taj pravosudni medij. Zakon o arbitraži trebao bi im omogućiti, ali ne i nametati taj put pravne zaštite. Prihvati li se takvo rasuđivanje, trebalo bi prihvatiti i brisanje odredaba o ostvarivanju zahtjeva za naknadu štete u arbitražnom postupku u kome je privremena mjera bila određena.

7.12. Iznesena razmatranja obiluju upozorenjima na niz potencijalnih kriznih mjesta u primjeni sistema u kome se arbitra ovlašćuje da - paralelno sa sudom - izriče privremene mjere osiguranja. Zabilježio sam nekoliko primjera iz kojih se razabire da potrošači arbitražnih usluga počesto zaziru od pribjegavanja arbitru sa zahtjevom da izda zatraženu mjeru osiguranja. Čak i među autorima koji se zalažu za potvrdu ovlaštenja arbitra da izdaje privremene mjere ima onih koji ih preporučuju uz ozbiljne rezerve. Ostaje da se utvrde razlozi za njihovu naklonost. Trebalo bi je vidjeti prije svega u činjenici da arbitri u pravilu već dobro poznaju sve bitne elemente spora o kome sude i stranaka kojima sude, pa im ta saznanja znatno olakšavaju zadatak da utvrde postojanje pretpostavaka o kojima ovisi dopustivost izricanja mjera osiguranja i njihov efikasan izbor. U uvjetima sporog hoda državnih sudova, potencijalna brzina arbitražnog suda pribraja se u prilog navedenom temeljnom razlogu. Iako su donekle sputani u ostvarivanju svojih kompetencija i tezama o subjektivnim i onima o objektivnim granicama svojih ovlasti, nema sumnje da bi se relativno meke granice njihovog slobodnog kretanja mogle proširiti zahvaljujući konkludentnom ili čak i izričitom naknadnom pristanku onih na koje bi se takve mjere trebale odnositi pa da se u tom pogledu izjednače sa širim ovlastima sudova.

Summary

INTERIM MEASURES OF PROTECTION IN ARBITRATION

Interim measures of protection are viewed as an instrument that may significantly increase the chances of the winning party (creditor/claimant) to arbitration proceedings to realise the awarded claim. Without such measures, the losing party (debtor/respondent) will often attempt to obstruct the fulfilment of his obligations by concealing his property in the moment when the arbitral award becomes final and binding.

The author analyses the main principles upon which the Croatian system of provisional remedies is rooted and sets out an outline of the current law, i.e. the basic provisions on provisional measures, the correspondent provisions of the UNCITRAL Arbitration Rules of 1976 and UNCITRAL Model Law of 1980. In addition, the author presents a comparison with relevant laws and jurisprudence on provisional measures of 21 different states. A critical survey of the activities of the Working Group on the Reform of Croatian Arbitration Law and its proposals to reform the system of provisional measures is given as well.

Finally, the author presents his views in the main problems concerning interim measures in arbitration. Among other issues, the author discusses the problem of the legal nature of such measures and the orders for their enforcement; the contradicting opinions on the authority of the arbitral tribunals to grant interim protection; concurrence of arbitral interim measures and the measures provided by state courts; the limitations of the arbitrator's authorities *ratione personae, materiae et temporis*; legal remedies against interim measures ordered by arbitrators; compensation of damages caused by unfounded measures. In conclusion, the author sets out reasons why arbitrators should be granted with powers to order interim measures of protection, in spite of potential dangers of conflicting measures in arbitral and state jurisdiction.

Key words: *secured transactions, arbitration, state court, interim measures of protection, provisional remedies.*

Zusammenfassung

EINSTWEILIGE SICHERUNGSMASSNAHMEN IM SCHIEDSVERFAHREN

Den einstweiligen Sicherungsmassnahmen wird eine wesentliche Rolle bei der Verhinderung der Gefahr zugemessen, dass es dem Gläubiger - Kläger im Schiedsverfahren nicht gelingt, seinen Sieg zu realisieren, wenn nicht rechtzeitig Schritte unternommen werden, den Versuch des angeblichen Schuldners-Angeklagten nicht zu ermöglichen, die Zwangsvollstreckung seines Eigentums zu

verhindern, wenn die Bedingungen dafür reif sind - wenn der gegen ihn endgültig ausgesprochene Schiedsspruch rechtskräftig wird. Nach der Darlegung der Grundprinzipien, auf denen das System der Zwangsvollstreckungsmassnahmen zur Sicherung der gefährdeten Forderung basiert, zeigt der Autor das gültige kroatische Recht der Sicherung nach Zwangsvollstreckungsgesetz 1996, die UNCITRAL Schiedsregeln und das UNCITRAL Modell-Gesetz sowie eine Übersicht der relevanten Gesetzgebung und Praxis von einundzwanzig Ländern auf. Es folgt die Darstellung der Arbeit des Ständigen Gerichtshofs der Kroatischen Wirtschaftskammer an der Ausarbeitung der Skizze zum Entwurf des Gesetzes über Schiedsgerichtsbarkeit. Im Schlussteil des Aufsatzes legt er seine Sicht des Problems dar, besonders zur Rechtsnatur der Massnahmen und der Aufforderung zur ihrer Zwangsvollstreckung, zu den widersetzlichen Thesen über die Zulässigkeit der Aussprechung einstweiliger Massnahmen vom Schiedsgericht, zur Konkurrenz gerichtlicher und schiedsgerichtlicher Massnahmen, zur Beschränkung schiedsgerichtlicher Befugnisse *ratione personae, materiae et temporis*, zu Rechtsmitteln gegen schiedsgerichtliche Massnahmen, zur Realisierung des Rechts auf Schadenersatz aufgrund von unbegründeten Massnahmen sowie zu Gründen, aus denen dennoch befürwortet wird, dass es für die Schiedsgerichte zulässig ist Sicherungsmassnahmen auszusprechen.

Schlüsselwörter: *Sicherungsmassnahmen, Schiedsgerichtsbarkeit, Gericht, Vollstreckungsbeschluss.*

VRSTE PRIVREMENIH MJERA PREMA OVRŠNOM ZAKONU

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

UDK: 347.952.6
Ur.: 13. listopada 1998.
Pr.: 23. listopada 1998.
Izvorni znanstveni članak

Institut privremenih mjera osiguranja u hrvatskom je pravu radikalno reformiran Ovršnim zakonom iz 1996. Novo uređenje instituta nametnulo je potrebu preispitivanja tradicionalistički određenog pojma privremenih mjera u domaćoj ovršnopravnoj teoriji. U radu se nastoji taj pojam odrediti u novom ključu koji bi pored klasične konzervacijske funkcije instituta izražavao i njegovu anticipacijsku i regulacijsku funkciju. S time u vezi posebna je pažnja poklonjena promjenama u pravozaštitnoj funkciji privremenih mjera - mogućnosti da one budu određene i radi osiguranja nedospjelih, budućih i uvjetnih tražbina te pravnih odnosa i pravnoga reda, odnosno da budu određene i u povodu deklaratornih te konstitutivnih tužbi.

Prigodom obrade osnovnih kategorija privremenih mjera - onih radi osiguranja novčanih i nenovčanih tražbina te nove kategorije tih mjera radi osiguranja pravnih odnosa i pravnoga reda - najprije su razmotrene opće pretpostavke za njihovo određivanje, pri čemu je posebno mjesto dano utvrđenju značenja pojma vjerojatnosti kao kvalitete uvjerenja o njihovom postojanju te pojma opasnosti kao jedne od tih pretpostavaka.

U vezi s pojedinim od navedenih kategorija privremenih mjera obavljena je analiza pravozaštitnih radnji kojima se one neposredno operacionaliziraju - njihova sadržaja, posebnih pretpostavaka za njihovo određivanje i provedbu te njihovih pravnih učinaka.

Zaključno je izraženo uvjerenje da će novo uređenje privremenih mjera u hrvatskom pravu dovesti do bitnog proširenja zone provizorne represivno-preventivne sudske zaštite i povećati razinu njene pravne učinkovitosti.

Ključne riječi: *privremene mjere, tražbina, vjerojatnost, opasnost, nasilje, nenadoknadiva šteta.*

I. Uvod

1. Reforma prava osiguranja

Reforma hrvatskog ovršnog prava i prava osiguranja provedena je Ovršnim zakonom.¹ Među brojnim institutima hrvatskog ovršnog prava i prava osiguranja koji su tim zakonom radikalno izmijenjeni, posebno mjesto zauzima institut privremenih mjera osiguranja. Izmjenama koje je taj institut pretrpio redefinirane su njegova pravno-teorijska koncepcija i pravozaštitna funkcija. Njima su prevladana neka tradicionalistički determinirana ograničenja u koncipiranju instituta iz ranije važećeg Zakona o izvršnom postupku,² u čemu je novo uređenje slijedilo aktualne tendencije u suvremenom europskom pravu. Te se izmjene u prvom redu tiču vrsta privremenih mjera koje se radi osiguranja određenih pravnih situacija mogu tražiti i određivati te pretpostavaka koje za to trebaju biti ispunjene. Tema su ovoga rada upravo te izmjene.

2. Pojam privremenih mjera

2.1. Klasična domaća teorija

U relativno oskudnoj hrvatskoj literaturi o privremenim mjerama prema ranije važećem pravnom uređenju³ te se mjere u jednom slučaju definiralo kao "sredstva vremenski ograničenog osiguranja budućeg ostvarenja vjerovnikovog potraživanja za čije bi ispunjenje u postupku izvršenja bili nadležni izvršni sudovi ako bi izvršni postupak bio pokrenut, ostvarenje, a isto tako osujećenje kojih može imati određene pravno relevantne posljedice, ali bez apsolutnog pravnog učinka u korist vjerovnika; one se mogu poduzimati prije pokretanja i u toku sudskog ili upravnog postupka, radi zaštite potraživanja koje se osigurava, te nakon okončanja tih postupaka, sve dok izvršenje ne bude provedeno; mogu se odrediti ako se utvrdi da je (a) vjerojatno da postoji vjerovnikovo potraživanje prema dužniku i, u pravilu, da je (b) vjerojatno

¹ NN 57/96. Zakon je stupio na snagu 11. kolovoza 1996. U nastavku će se na odredbe toga zakona u zagradama upućivati naznakom broja članka bez interpunkcije i bez navođenja kratice zakona. Stavci pojedinog članka označavat će se brojem nakon kose crte, dok će točke u okviru pojedinog stavka biti označene brojem koji će od broja stavka biti odvojen točkom. Drugi će propisi biti citirani na odgovarajući način, ali uz navođenje njihove kratice.

² Zakon o izvršnom postupku (NN 51/91; ZIP), čl. 262. do 274.

³ ZUGLIA, Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, II, Izvršno, stečajno i vanparnično procesno pravo, 1938, 178., ne definira izravno pojam tzv. privremenih naredbi prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. (ZIO 30). Ipak, elemente definicije toga pojma po tom autoru moguće je naslutiti iz načina na koji on naznačuje njihovu svrhu i učinke: privremene naredbe (...) služe za osiguranje novčanih i ostalih zahtjeva od opasnosti, koja im prijete od štetnih dispozicija samoga dužnika. Njima tražitelj izvršenja ne stječe nikakvo stvarno pravo ni red prvenstva prema trećim osobama koje će kasnije steći kakvo pravo na dotičnim stvarima putem izvršenja bez dužnikove dispozicije.

da postoji opasnost koja prijeti budućem ostvarenju toga vjerojatnog vjerovnikovog potraživanja”.⁴ Nešto sažetije te su mjere definirane kao “sredstva vremenski ograničenog osiguranja budućeg ostvarenja vjerovnikovog potraživanja koje se mogu odrediti prije pokretanja i tijekom sudskog ili upravnog postupka, te nakon okončanja tih postupaka, sve dok izvršenje ne bude provedeno, pod uvjetom da vjerovnik učini vjerojatnim svoje potraživanje i opasnost da će se inače ostvarenje potraživanja spriječiti ili znatno otežati”.⁵

Iz citiranih određenja pojma privremenih mjera proizlazilo bi da su to sredstva koja imaju za cilj stvaranje uvjeta za buduće ostvarenje tražbina vjerovnika na temelju odluke koja će biti ili koja je već donesena o glavnom pitanju (u glavnom postupku), dakle sredstva kojima bi se eliminirala ili umanjivala mogućnost sprječavanja ili otežanja takvog ostvarenja, sredstva u osnovi akcesornog, supsidijarnog, konzervacijskog karaktera u odnosu na meritorno suđenje.⁶

2.2. Osnove za preispitivanje klasične definicije pojma privremenih mjera

Izloženo određenje svrhe privremenih mjera bilo je još s aspekta ranijeg uređenja izloženo kritici kao nepotpuno jer je obuhvaćalo samo osnovnu i redovnu funkciju toga sredstva osiguranja.⁷ Bilo je prigovoreno da je ono odgovaralo tradicionalističkom klasičnom poimanju instituta, koje je svoje povijesne korijene imalo u mjerama kojima se sprječavalo dužnika da svojim rasipničkim ponašanjem ili bijegom onemogućí namirenje vjerovnika (*suspicio de dilapidatione bonorum seu de fuga*).⁸ Ono je zanemarivalo ili nije uočavalo do kraja značenje okolnosti da je u suvremenim uvjetima zadaća privremenih mjera osiguranja bitno izmijenjena, da se njima, pored njihove klasične funkcije, ostvaruje i jedna drukčija, novija funkcija toga sredstva osiguranja, koja svoje uporište ima u europskom pa i u hrvatskom zakonodavstvu i judikaturi i koja sve više dobiva na značenju⁹ - funkcija brzog i privremenog uređenja odnosa među strankama u sporu radi uspostave pravnoga mira (*Rechtsfriedensfunktion*).¹⁰ Isticalo se da se pored konzervacijske funkcije

⁴ TRIVA-BELAJEC-DIKA, Sudsko izvršno pravo, Opći dio, 1984., 389.

⁵ RUŽDJAK, Prethodne i privremene mjere osiguranja potraživanja, u zborniku radova “Zaštita vjerovnika”, 1994.

⁶ Mjere kojima se ostvaruje takva funkcija nazivaju se *Sicherungsverfügungen* u njemačkoj i austrijskoj, *mesures conservatoires d’attente* u francuskoj, *provvedimenti cautelari conservativi* u talijanskoj doktrini. Usp. TARZIA, Considerazioni conclusive, u “Les mesures provisoires en procédure civile”, Atti del colloquio internazionale, Milano, 12-13 ottobre 1984, 1985, 314.

⁷ Usp. DIKA, Privremene mjere, u “Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse”, Godišnjak 1., Zagreb, 1994.

⁸ Usp.: WACH, Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung, Erster Teil: Der italienischer Arrestprozess, 1868; BAUR, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, 1 i sl.

⁹ Usp. TARZIA, op. cit., 313.

¹⁰ Reprezentativna je u tom smislu generalna odredba paragrafa 940. njemačkog Zivilprozessordnung: Privremene mjere za osiguranje pravnoga mira (*Einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Rechtsfriedens*) dopuštene su i radi privremenog uređenja nekog spornog pravnog

privremenih mjera razvila i tzv. regulacijska funkcija, čija je bit u ovlaštenju suda da određene pravne odnose privremeno uredi više manje prema svojoj slobodnoj ocjeni.^{11 12} Takva su ovlaštenja suda, međutim, izazivala značajne dileme: - je li sudac prigodom privremenog uređenja odnosa vezan materijalnim pravom ili ga nužnost uređenja odnosa oslobađa svakog ispitivanja materijalnopravnoga stanja; - smije li takvo "uređenje" stvoriti ireparabilne odnose u smislu da privremene mjere dovedu do potpunog ili djelomičnog namirenja vjerovnika; - kako se odnose mjere koje sudac izdaje prema sadržaju glavne odluke; - može li se "uređenje" sastojati u utvrđenju ili stvaranju nekog pravnog odnosa, itd.¹³

Odgovori na neke od naznačenih dilema pokušat će se dati tijekom narednoga izlaganja. Za sada tek treba, u svjetlu onog što je rečeno, relativizirati tezu da je jedan od temeljnih postulata (hrvatskoga) prava osiguranja da sredstva kojima se osigurava buduće zadovoljenje vjerovnika trebaju biti dovoljno efikasna da onemoguće neuspjeh ovrhe, ali **nikada toliko ni kvalitativno ni kvantitativno intenzivna da dovedu do potpunog ostvarenja pretendiranog vjerovnikova prava,**¹⁴ odnosno da se privremenom mjerom ne bi smio iscrpiti sadržaj vjerovnikove tražbine, tj. njegovo prijevremeno ostvarenje.¹⁵ Po mnogim europskim pravima (npr. njemačkom, francuskom, švicarskom, belgijskom, austrijskom, talijanskom) privremenim mjerama se ponekad može anticipirati konačna odluka, pružiti vjerovniku (često ireverzibilno) ona zaštita koju bi ostvario na temelju za njega povoljne meritorne odluke.^{16 17} Takav se oblik privremene pravne zaštite, premda je ograničen vrstom tražbine koja se osigurava (u pravilu se taj oblik pravne zaštite pruža radi osiguranja nenovčanih tražbina) i uvjetima koji moraju biti ispunjeni,

odnosa (*Regelung eines einstweilige Zustandes in bezug auf ein Rechtsverhältnis*), ukoliko je to uređenje, osobito kod trajnijih pravnih odnosa, nužno radi otklanjanja nanošenja bitne štete ili radi sprječavanja prijetećeg nasilja ili iz drugih razloga.

¹¹ BAUR, op. cit., 12. i sl.

¹² U teoriji se stoga govori o klasičnoj i novoj filozofiji privremenih mjera. Usp. TARZIA, op. cit., 320. i sl.

¹³ BAUR, op. cit., 2.

¹⁴ Usp. TRIVA, SIP, cit., 366, 393, koji ipak priznaje nužnost izuzetaka od toga pravila, npr. kod osiguranja uzdržavanja vjerovnika, zatim u posjedovnim parnicama.

¹⁵ Usp. RUŽDJAK, op. cit., 53, koji ipak također koncedira mogućnost da u nekim slučajevima svrhu osiguranja neće biti moguće ostvariti na drukčiji način nego da se sasvim (ili privremeno) ostvari vjerovnikova tražbina (npr. u parnicama zbog smetanja posjeda stana isključivanjem struje i vode).

¹⁶ U francuskom pravu takav bi učinak imala npr. *référé provision*, u talijanskom *provvisionale per ordinanza*, u njemačkom *Befriedigungs-* ili *Leistungsverfügung*. Usp. TARZIA, op. cit., 315, 316.

¹⁷ Po mišljenju nekih, takve se mjere mogu smatrati stranim elementom u svakom sistemu privremenih mjera jer one pružaju vjerovniku ono što mu se duguje. Usp. HABSCHEID, *Les mesures provisoires en procédure civile - droit allemand et suisse*, u "Les mesures provisoires en procédure civile", cit., 33. i sl.

pokazuje u znatnoj mjeri autonomnim u odnosu na meritorno suđenje. Njegova je autonomija funkcionalna jer anticipira i supstituira (privremeno) meritornu odluku; ona se očituje i s obzirom na pretpostavke i pravila o postupku - objektom utvrđenja postaje vjerojatnost prava (*fumus boni iuris*) umjesto samoga prava. Ta je autonomija, međutim, bitno relativizirana okolnošću da su privremene mjere vremenski ograničenog trajanja, odnosno time što je njihovo trajanje uvjetovano pokretanjem i odgovarajućim ishodom glavnoga postupka.

Zona primjene regulacijske privremene zaštite sve se više proširuje - ona zahvaća, pored "klasičnih" susjedskih, najamnih i zakupnih odnosa, odnosa bračnoga i obiteljskoga prava te zaštite ličnosti, i područje trgovačkopravnih odnosa, industrijskoga vlasništva, autorskoga prava, prava nelojalne utakmice, radnoga i socijalnoga prava, ustavnoga prava itd.¹⁸

Na komparativnoj razini iskustva nekih zemalja pokazuju da se stranke zadovoljavaju odlukom suda kojom je pružena privremena pravna zaštita i da odustaju od vođenja parnice; privremene mjere tako nadomještavaju meritornu odluku, privremeno uređenje postaje "konačno"; radilo bi se o jednoj svakako izvanredno zanimljivoj pojavi s obzirom na to da u postupku osiguranja pravozaštitne garancije strankama nisu tako potpune kao u glavnom postupku te da je ispitivanje materijalnopravnog stanja reducirano.¹⁹

Proširenje privremenoga pružanja pravne zaštite nije, kako to pokazuju komparativna iskustva, izazvano samo pojačanom potrebom pružanja sigurnosti ili povećanjem konfliktnih situacija u svim područjima života. Na to utječu i neki drugi razlozi. Neki su od njih civilizacijski uvjetovani: - tehnički razvitak dovodi do toga da su pojedinci mnogo više ugroženi protupravnim radnjama nego ranije i da ih je potrebno zaštititi od moguće štete; - sve je više situacija u kojima više osoba participira u korištenju istoga pravnoga dobra (razna društva, zajednice itd.). Privremenim se mjerama tu uspostavlja privremeni *modus vivendi* čija je zadaća da zajednicu učini sposobnom da funkcionira do konačnog uređenja odnosa. Pritom se više vodi računa o interesima svih sudionika, nego o kriterijima od kojih zavisi pružanje pravne zaštite. Druga je grupa razloga psihološki uvjetovana: - nedostatak tzv. *common sensea*, nedovoljno razvijena svijest za pravila *fair play*, s jedne strane, i potreba za autoritetom, s druge. Privremenim se mjerama sudionicima odnosa nameću ona pravila koja su oni sami po sebi mogli slijediti da su se ponašali kao razumni ljudi koji poštuju druge. To vrijedi npr. za odnose roditelja i djece, za odnose konkurencije, odnose u društvima, udrugama, zajednicama, za političku borbu mišljenja. Umjesto da do konačnog razrješenja pravnoga položaja pronađu sami jedan razuman i prikladan *modus vivendi*, oni očekuju da ga sud oktroira. Daljnju grupu razloga treba tražiti u potrebi pružanja socijalne zaštite: - privremenim se mjerama uspostavlja ravnoteža između slabih i jakih, odnosno

¹⁸ Usp. za njemačko pravo BAUR, op. cit., 3. i sl.

¹⁹ Usp. BAUR, op. et loc. ult. cit.

otklanaju se akutna stanja socijalne nužde. Takve bi npr. bile privremene mjere u najamnim i zakupnim odnosima, mjere kojima se nalaže privremeno plaćanje uzdržavanja, davanje rente u sporovima za naknadu štete ili naknada u radnim odnosima i odnosima socijalnoga osiguranja. Među razloge koji dovode do proširenja regulacijske funkcije privremene sudske zaštite treba, zatim, ubrojiti i postojeće stanje u sustavu redovnoga pružanja pravne zaštite, osobito duga trajanja postupaka u kojima se ona pruža. Stranke ne mogu ili ne žele čekati dok sud u redovnom postupku odluči o sporu. Zato teže brzom privremenoj zaštiti. Pritom, one se često zadovoljavaju takvim privremenim odlukama, pa tako privremena zaštita nadomještava redovnu, ponekad i trajno jer stranke privremeno oktroirani model svojih međusobnih odnosa prihvaćaju kao trajni.²⁰

2.3. Pokušaj definiranja pojma u novom ključu

Uzimajući u obzir prethodno izlaganje, a svakako i novo uređenje instituta privremenih mjera u hrvatskom pravu, u koje je izrijeком unijeto pravilo o generalnoj mogućnosti određivanja tzv. regulacijskih mjera uz ispunjenje određenih pretpostavaka (299/2), o čemu će u nastavku biti više govora, moglo bi se ustvrditi da su privremene mjere u pravilu sredstva vremenski ograničenog osiguranja (u nekim slučajevima supsidijarnoga karaktera)²¹ budućeg ostvarenja tražbine (**konzervacijska funkcija**), ali, u određenim slučajevima, i sredstva kojima se ostvaruje vremenski ograničeno, djelomično ili potpuno, namirenje tražbine prije njenoga utvrđenja ovršnom ispravom (**anticipativna funkcija**), odnosno sredstva provizornoga uređenja odnosa među strankama do njihovog konačnog uređenja pravomoćnom ili ovršnom odlukom (**regulacijska funkcija**), koje se, u pravilu, određuju ako se učini vjerojatnim postojanje tražbine te ako se učini vjerojatnim - ili opasnost da bi bez takve mjere bilo onemogućeno ili znatno otežano ostvarenje tražbine, ili da je mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti, ili da je iz drugih važnih razloga potrebno mjerom privremeno urediti sporni odnos među strankama; učinci tih mjera mogu biti neposredno pravni, npr. onda kada se njima izravno ograničava pravo protivnika osiguranja da raspolaže nekim njegovim pravima, kada se uređuju odnosi između sudionika u sukobu, kada se imenuje prisilni upravitelj i sl.; one mogu i posredno proizvoditi razne pravne posljedice, u pravilu, relativnog (obveznopravnog) ali i paraapsolutnog (parastvarnopravnog; parastatusnog) te kaznenopravnog (novčane kazne, kazna zatvora) karaktera; ti se učinci, konačno, mogu sastojati u stvaranju određenih faktičnih situacija kojima se fizički onemogućava ili omogućava poduzimanje određenih radnji i sl.²²

²⁰ Usp. BAUR, op. cit., 4. i sl.

²¹ Privremene mjere nisu dopuštene onda kada se radi postizavanja istoga pravozaštitnoga cilja može tražiti prethodna mjera (295/2).

²² Čini se da je izložena definicija pojma privremenih mjera prihvaćena i u radovima o tom institutu utemeljenim na novom zakonskom uređenju. Usp. : STUHNE, Ovršni zakon s komentarom,

3. Tražbine i druga prava koja se osiguravaju

3.1. Općenito

U Ovršnom su zakonu utvrđene dvije osnovne kategorije privremenih mjera - one radi osiguranja novčanih (296, 297) i one radi osiguranja nenovčanih (298, 299) tražbina, što znači da je podjela privremenih mjera obavljena prema vrsti tražbina koje se osiguravaju. Stoga je za razlikovanje tih dviju kategorija privremenih mjera nužno razgraničiti pojmove novčanih i nenovčanih tražbina. Privremene se mjere mogu odrediti i radi osiguranja nedospjelih i uvjetnih tražbina (295/1). Konačno, mjere kojima se privremeno uređuje sporni odnos među strankama mogu se odrediti i radi sprečavanja nastanka nenadoknadive ili teško nadoknadive štete i nasilja te radi osiguranja pravnoga reda (299/2), dakle neovisno o postojanju konkretne tražbine koje od njih. U tom bi se smislu moglo govoriti o tome da se privremenim mjerama mogu osiguravati i pravni odnosi.²³

3.2. Razgraničenje pojmova novčane i nenovčane tražbine

Za razliku od ZIP-a koji je novčanu tražbinu definirao kao pravo na naplatu određenog novčanog iznosa (15.1), novi zakon pojam tražbine samo općenito definira kao pravo na neko davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje (2.1). Upravo bi stoga pojam novčane tražbine trebalo definirati prema općim kriterijima obveznoga prava (19), prema kojima je novčana ona obveza koja ima za predmet svotu novca koju je dužnik dužan isplatiti, osim ako zakon ne određuje što drugo (394/1 ZOO). Budući da novčanoj obvezi dužnika sadržajno korespondira tražbina vjerovnika, moglo bi se zaključiti da je **novčana tražbina pravo na naplatu određenog novčanog iznosa**. Stoga bi, *a contrario*, sve ostale tražbine bile nenovčane.

Premda bi se razlika između novčanih i nenovčanih tražbina mogla činiti sasvim jasnom, u hrvatskoj je sudskoj praksi bilo u vezi s time određenoga nesnalaženja, koje je osobito došlo do izražaja u slučajevima u kojima se tražilo osiguranje zabranom naplate akceptnoga naloga koja se izricala organizaciji koja obavlja poslove platnoga prometa te onome koji je izdao takav nalog, odnosno zabranom naplate bianco mjenice.²⁴

3.3. Izlučni zahtjevi u stečaju

Izlučni zahtjev u stečaju trebalo bi smatrati nenovčanim i onda kad bi se tražilo novac dobiven prodajom stvari.²⁵

Zagreb 1998, 536., 550. i sl.; RUŽDJAK, Privremene mjere, u zborniku radova "Novo ovršno i stečajno pravo", 1996., 141. i sl.; idem, Prethodne i privremene mjere u ovršnom postupku, u zborniku radova "Ovrha u gospodarskoj i sudskoj praksi", 1998., 96. i sl.

²³ Usp. za austrijsko pravo HOLZHAMMER, op. cit., 431., a za njemačko SCHUSCHKE-WALKER, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozessordnung, Band II Arrest, Einstweilige Verfügung, par. 916-945 ZPO, 1995, 424. i sl.

²⁴ O tome usp. DIKA, Privremene mjere, cit.

²⁵ Usp. ŽILIC-ŠANTEK, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, 1938, 345.

3.4. Tražbine radi uzdržavanja djece

U hrvatskoj praksi postavilo se bilo i pitanje jesu li tražbine radi uzdržavanja djece novčane ili nenovčane tražbine te s time u vezi osiguravaju li se one kao novčane ili nenovčane tražbine. Čini se da je prevladalo shvaćanje da pravo na uzdržavanje samo po sebi nije novčana tražbina.²⁶ Međutim, kad je dužnik osuđen na plaćanje uzdržavanja, tada se izvorno nenovčana tražbina na uzdržavanje pretvara u novčanu i može biti osnovom, prije ovršnosti presude, za izdavanje prethodnih mjera radi osiguranja novčanih tražbina (arg. iz 255 ZBPO).

3.5. Nedospjele tražbine

Mogućnost osiguranja nedospjelih tražbina izričito je predviđena Ovršnim zakonom (294/1); takve odredbe nije bilo u ranije važećem zakonu.

Dopunsku pravno-dogmatsku argumentaciju za osiguranje nedospjelih tražbina bilo bi moguće izvesti, npr., iz odredbe po kojoj se u ovrsi na nekretnini radi naplate novčane tražbine uzimaju u obzir i nedospjele tražbine založnih vjerovnika (112, 113). Dakle, ako se u ovršnom postupku prigodom namirenja uzimaju u obzir i nedospjele tražbine, nema razloga da se tim tražbinama, *argumento a maiori ad minus* i *mutatis mutandis*, ne pruži zaštita i u postupku osiguranja.

Takvo je rješenje u skladu i s osnovnom svrhom instituta privremenih mjera - stvoriti u sadašnjosti uvjete za buduće namirenje tražbine u (eventualnom) ovršnom postupku.

Inovacija se čini osobito opravdanom upravo stoga što je u praksi ali i u teoriji bilo dvojbe može li se tražiti osiguranje tražbina kojima bi se u parničnom postupku mogla pružiti (u pravilu) samo deklaratorna zaštita (326/1 ZPP).

U parničnom postupku sud može naložiti tuženiku da izvrši određenu činidbu u pravilu samo ako je ona dospjela do zaključenja glavne rasprave (326/1 ZPP). Sud samo iznimno smije izreći kondemnaciju prije dospelosti tražbine. Tako je ovlašten obvezati tuženika i na činidbe koje nisu dospjele ako prihvati zahtjev za uzdržavanje (326/2 ZPP); zatim se presuda kojom se tuženik obvezuje da preda ili preuzme stvari dane u najam ili zakup može donijeti i prije prestanka tih odnosa (326/3 ZPP).²⁷ U slučajevima u kojima tražbina nije dospjela moglo bi se tražiti samo njeno utvrđenje, i to kad je to posebnim propisima predviđeno, kad tužitelj ima pravni interes da sud utvrdi njeno postojanje prije nego što ona dospije ili ima drugi pravni interes tražiti takvu zaštitu (arg. iz 187 ZPP). Budući da se privremene mjere mogu tražiti i radi osiguranja nedospjelih tražbina (295/1), trebalo bi zauzeti stav da bi te

²⁶ Usp. DIKA, Privremene mjere radi uzdržavanja djece, ZBO PFZ, 3-4/82, 449. i sl. Takav je stav bio zauzet i u austrijskoj sudskoj praksi, a po uzoru na nju i u starojugoslavenskoj - usp. ŽILIC-ŠANTEK, op. cit., 345.

²⁷ O ostalim slučajevima u kojima je dopušteno pružiti kondemnatornu zaštitu prije nego što utužena tražbina dospije do zaključenja glavne rasprave usp. TRIVA-BELAJEC-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 1986., (GPPP), 323, 324.

mjere bilo dopušteno odrediti i u vezi s parnicama u kojima bi se tražilo utvrđenje postojanja nedospjele tražbine. U takvim bi slučajevima u pravilu održavanje na snazi privremenih mjera trebalo uvjetovati pokretanjem kondemnatorne parnice odmah pošto bi (prethodno pravomoćno utvrđena) tražbina dospjela jer bi se samo dobivanjem ovršne isprave u toj parnici mogla ostvariti redovita svrha osiguranja - stvaranje uvjeta za buduće ostvarenje osigurane tražbine.

U prethodno bi se navedenim slučajevima, uz opće pretpostavke za određivanje takvoga osiguranja, privremena mjera mogla odrediti prije pokretanja (deklaratorne ili kondemnatorne) parnice, ili tijekom deklaratorne i, svakako, kondemnatorne parnice i bila bi na snazi dok se ne bi stvorili uvjeti za traženje ovrhe (303, 305).

O određivanju privremenih mjera u povodu deklaratornih parnica v. ad 3.7.

3.6. Uvjetne tražbine

Ovršni je zakon predvidio i mogućnost osiguranja uvjetnih tražbina (295/2), koju ranije važeći zakon nije poznavao.

Uvjetnom bi trebalo smatrati onu tražbinu čiji nastanak ili prestanak ovisi o neizvjesnoj činjenici. Nastanak tražbina pod odgovnim (suspenzivnim) uvjetom ovisio bi o ispunjenju toga uvjeta. Ako se taj uvjet ne bi ispunio, smatralo bi se da one nisu ni nastale. S druge strane, prestanak tražbina pod raskidnim (rezolutivnim) uvjetom ovisio bi o ispunjenju toga uvjeta. Ako bi se uvjet ispunio, smatralo bi se da tražbina nije ni nastala. (Arg. iz 74 ZOO.)

Dopunsko pravno-dogmatsko opravdanje za osiguranje uvjetnih tražbina moglo bi se, *argumento a maiori ad minus*, pronaći u odredbi po kojoj se u ovrsi na nekretnini radi naplate novčane tražbine mogu uzeti u obzir i uvjetne tražbine osigurane založnim pravom (114), ali i u tretmanu uvjetnih tražbina u stečajnom postupku.²⁸

O osiguranju uvjetnih tražbina u vezi s konstitutivnim tužbama v. ad 3.8.

3.7. Osiguranje prava kojima se zaštita pruža u deklaratornim parnicama

Privremene mjere se u osnovi određuju radi osiguranja tražbine predlagatelja osiguranja, dakle prava na naplatu novca ili na neko drugo činjenje, nečinjenje (propuštanje) ili trpljenje (2.1). Stoga se može postaviti pitanje može li se privremena mjera tražiti radi osiguranja drugih prava čija se zaštita traži (može tražiti) deklaratornom zaštitom. Odgovor na to pitanje ovisio bi o vrsti prava čije se utvrđenje traži, odnosno može tražiti. O mogućnosti da se u povodu deklaratorne parnice traži određivanje privremene mjere radi osiguranja nedospjele tražbine v. ad 3.5.

²⁸ U stečajnom se postupku tražbine vezane uz raskidni uvjet, sve dok uvjet ne nastupi, uzimaju u obzir kao bezuvjetne tražbine (74 SZ), dok se tražbina vezana uz odgovni uvjet pri djelomičnoj diobi uzima u obzir u njenoj punoj visini, s time da se udio koji otpada na tu tražbinu odvaja pri diobi. (187/1 SZ).

U povodu deklaratornih tužbi moguće je u nekim slučajevima odrediti privremene mjere kojima se osiguravaju druga prava, a ne ona čije se utvrđenje traži.²⁹ U vezi sa zahtjevom za utvrđenje određenoga statusa, npr., člana javnog trgovačkog društva u slučaju u kojemu je sporno nastavlja li se takvo društvo s nasljednicima (107 ZTD), može se tražiti određivanje privremene mjere kojom će tužitelj biti ovlašten da obavlja radnje na koje bi ga sporni status ovlašćivao (229/1.9). U sporu radi utvrđenja ima li netko status člana uprave društva s ograničenom odgovornošću (423, 424 ZTD), može se tražiti određivanje privremene mjere postavljanja privremene uprave društvu (299/1.2). Ako je pokrenuta parnica radi utvrđenja ništavosti odluke skupštine društva s ograničenom odgovornošću (447, 448 ZTD), sud može privremenom mjerom zaustaviti primjenu odluke utvrđenje čije se ništavosti traži tužbom - uz uvjet da se učini vjerojatnim da bi se njezinom provedbom društvu mogla pričiniti nenadoknativa šteta (448/3 ZTD), a društvu bi se mogla postaviti, uz ispunjenje općih uvjeta za određivanje privremene mjere, privremena uprava (298, 299/1.2). Itd.

Privremene mjere koje bi se određivale u povodu deklaratornih parnica bi u pravilu bile regulacijskog karaktera - njima bi se privremeno uređivao sporni pravni odnos (299/2; v. *ad VII*).

3.8. Privremene mjere u povodu konstitutivnih parnica

Privremene mjere regulacijsko-konstitutivnog karaktera bilo bi moguće tražiti i određivati i u povodu konstitutivnih zahtjeva. Tako bi, npr., privremene mjere radi smještaja djece bilo moguće tražiti i u parnicama u kojima bi se odlučivalo o razvodu ili poništaju braka njihovih roditelja.³⁰

U sporu radi pobijanja odluke skupštine dioničkoga društva (360-364 ZTD), npr. u slučaju u kojemu se pobija odluka o izboru članova nadzornoga odbora koji je imenovao (protivno statutu) novu upravu, moglo bi se eventualno tražiti zabranu poduzimanja radnji na koje se pobijana odluka odnosi, pa čak i postavljanje privremene uprave društva (299.1.2).

U vezi s konstitutivnim tužbenim zahtjevima usvajanjem kojih bi za tužitelja mogle nastati neke tražbine, moglo bi se tražiti određivanje privremenih mjera radi zaštite tih mogućih budućih tražbina (295/1), ali i radi osiguranja pravnoga odnosa koji bi mogao nastati usvajanjem takvih zahtjeva.

U povodu postupaka za uređenje odnosa između članova raznih pravnih zajednica sud bi radi sprječavanja nastanka nenadoknative štete ili teško nadoknative štete, nasilja te radi osiguranja pravnoga reda kada je to iz drugih

²⁹ Tako se privremene mjere radi smještaja djeteta može odrediti u svakom postupku u kome se po odredbama ZBPO-a odlučuje o pravima i interesima djece (395/1 ZBPO-a), pa stoga i u parnici o utvrđivanju ili osporavanju očinstva.

³⁰ Privremene mjere radi smještaja djece sud može odrediti u svakom postupku u kome se po odredbama ZBPO-a odlučuje o interesima i pravima djece (395/1 ZBPO).

važnih razloga potrebno mogao privremeno urediti sporni odnos među strankama (299/2).

Pravomoćnošću konstitutivnih presuda nastaju, prestaju ili se mijenjaju pravni odnosi odnosno pojedina prava. Upravo stoga donošenje takvih presuda može imati za te pravne promjene značenje jedne neizvjesne činjenice o nastupanju koje bi one ovisile. Ako bi o usvajanju konstitutivnoga zahtjeva ovisio nastanak nekoga prava, pravomoćnost konstitutivne presude imala bi za nastanak toga prava značenje ispunjenja odgovdnoga uvjeta. Ako bi o tome ovisio prestanak nekoga prava, pravomoćnost konstitutivne presude imala bi za prestanak toga prava značenje ispunjenja raskidnoga uvjeta. Budući da bi nastupanjem raskidnoga uvjeta tražbine prestajale te s obzirom na to da se osiguravaju tražbine a ne negativna pravna stanja, u povodu konstitutivne tužbe bilo bi moguće tražiti osiguranje samo onih tražbina čiji bi nastanak bio uvjetovan pravomoćnošću presude kojom bi konstitutivni zahtjev bio prihvaćen.

4. Sadržaj privremenih mjera

Sadržaj privremene mjere ovisio bi o pravozaštitnom učinku koji bi se njome htio postići.

Kad su u pitanju privremene mjere koje bi svoj pravozaštitni učinak iscrpljivale dostavom rješenja kojim su određene stanovitim adresatima, one bi se mogle sastojati u određenoj kondemnaciji ili konstituciji, dakle u nekoj naredbi, zabrani, dopuštenju, imenovanju, normiranju kojega pravnoga odnosa na određeni način, itd. Ako bi privremenu mjeru trebalo provesti upisom u neki upisnik, tada bi određenu kondemnaciju ili konstituciju trebalo kompletirati i odgovarajućom dispozicijom o njenoj provedbi takvim upisom. Međutim, ako je to potrebno, u zahtjevu za osiguranje bi pored kondemnacije³¹ trebalo zatražiti i određivanje sredstava i predmeta osiguranja kojima bi se odnosno na kojima bi se ta kondemnacija prisilno ostvarila, uz odgovarajuću primjenu pravila o sredstvima i predmetu ovrhe. Naznaka sredstva i eventualno predmeta kojim bi se odnosno na kojem bi se privremena mjera prisilno ostvarivala bila bi, dakle, nužna onda kada se pravozaštitni cilj ne bi mogao ostvariti tek dostavom rješenja o osiguranju ili njegovom zabilježbom u određenom upisniku, kada bi se naredba, zabrana ili koja druga pravna dispozicija izrečena kao privremena mjera morala prisilno nametnuti, kada bi ta dispozicija zahtijevala da dodatno budu određena sredstva njezine operacionalizacije. O takvim će slučajevima biti posebno govora u vezi s pojedinim privremenim mjerama.

Predlagatelju bi se osiguranja mogao osporiti pravni interes za traženje nepotpune provizorne pravne zaštite u situaciji kad treba i može tražiti potpuniju. O

³¹ Pod kondemnacijom bi trebalo razumjeti i dispoziciju kojom bi se na konstitutivni način nametala neka obveza, npr. kada bi sud, uređujući među njima odnose, istodobno naređivao ili zabranjivao strankama određena ponašanja.

postojanju dužnosti predlagatelja osiguranja da svoj zahtjev za osiguranje upotpuni i navođenjem sredstava i predmeta osiguranja moguće je zaključiti već iz okolnosti da zakon određuje da on to "mora" učiniti kada je to potrebno (293/2). O kojim bi se sredstvima i predmetu prisilnoga ostvarenja radilo, trebalo bi zaključiti na temelju prirode dispozicije koja čini osnovni sadržaj privremene mjere (zabrana, nalog, ovlaštenje, dopuštenje, uređenje odnosa), dakle svojevrsne kondemnacije, prema kojoj bi trebalo izvršiti izbor sredstava i predmeta osiguranja koji bi bili podobni (koji su predviđeni) za njihovo prisilno ostvarenje u ovršnom postupku.

U određenim bi se slučajevima privremena mjera mogla sastojati samo u određivanju i poduzimanju određenih mjera prisile, neovisno o bilo kakvom nalogu, zabrani ili dopuštenju, npr. u oduzimanju i polaganju gotovog novca, vrijednosnih papira i sl. u sud, odnosno kod javnoga bilježnika (297/1.2). O tim će slučajevima biti govora u vezi s pojedinim privremenim mjerama.

U prijedlogu za osiguranje moguće je kumulirati više zahtjeva za određivanje privremenih mjera. Materijalni kriterij za dopustivost takve kumulacije bila bi potreba da se, s obzirom na okolnosti slučaja, odredi više mjera (302/1). Procesna bi pretpostavka bila da sud od koga se traži određivanje više privremenih mjera bude stvarno nadležan za određivanje svake od tih mjera (*arg. iz čl. 188/1 ZPP, 19, 253*).

5. Selekcija privremenih mjera

Ako je u pojedinom slučaju moguće odrediti više privremenih mjera, sud je dužan odrediti onu koja je najprikladnija da bi se ostvarila svrha osiguranja, a ako su sve jednako prikladne, sud je dužan odrediti onu koja je najmanje tegobna za protivnika osiguranja (302/2).

Navedene kriterije za selekciju privremenih mjera bilo bi moguće dvojako tumačiti. Prvo tako što bi ih se dovelo u vezu s odredbama članka 5. OZ, po kojima sud određuje osiguranje onim sredstvom i onim predmetom koji su navedeni u prijedlogu za osiguranje (5/1), s time da je dužan u slučaju u kojemu je predloženo više sredstava ili predmeta osiguranja, na prijedlog protivnika osiguranja, ograničiti osiguranje samo na neke od tih sredstava odnosno predmeta ako su dovoljni za osiguranje tražbine (5/2). Drugo (u skladu sa stavom prihvaćenim u austrijskom pravu kad je u pitanju osiguranje nenovčanih tražbina)³² tako što bi se uzelo da bi iz odredbe članka 302. stavka 2. OZ proizlazilo da sud nije vezan za prijedlog stranke glede privremene mjere koju treba odrediti - on bi bio ovlašten odrediti privremenu mjeru koja bi bila najprikladnija da bi se ostvarila svrha osiguranja, a ako su sve jednako prikladne, onu koja je najmanje tegobna za protivnika osiguranja. Čini se da bi prva interpretacija više odgovarala duhu OZ-a i naglašenoj dispozitivnosti u određivanju sredstava ovrhe i osiguranja.

³² Par. 392/2 EO. Usp. HOLZHAMMER, op. cit., 427.

Prigodom određivanja privremenih mjera po službenoj dužnosti sud bi svakako mogao sam odrediti privremenu mjeru prema navedenim kriterijima.

U slučajevima u kojima bi se od suca tražilo da privremeno uredi sporni odnos među strankama (299/2), sud bi prigodom određivanja privremene mjere trebao, *mutatis mutandis*, voditi računa o naznačenim kriterijima za njihovo određivanje.

II. Privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine

1. Pretpostavke za određivanje privremene mjere

1.1. Općenito

U pravilu, da bi sud odredio privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine, trebaju biti ispunjene dvije osnovne pretpostavke - predlagatelj osiguranja treba učiniti **vjerojatnim** (1) **postojanje tražbine** i (2) **opasnost** da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će otuđiti svoju imovinu ili na drugi način njome raspolagati (296/1). Međutim, u određenim se slučajevima druga od navedenih pretpostavaka ne mora dokazivati (296/2), odnosno presumira se (296/3); u nekim se, opet, slučajevima njihovo ispunjenje može zamijeniti (301/1) odnosno dopuniti (301/2) davanjem osiguranja.

1.2. Vjerojatnost

Da bi sud u građanskim sudskim postupcima mogao odlučiti o osnovanosti zahtjeva za pružanje pravne zaštite, on mora u pravilu sa sigurnošću utvrditi činjenice na kojima se njegova odluka temelji (arg. iz 221a. ZPP; 19).³³ Smatra se da je neka činjenica sigurno ili izvjesno utvrđena ako nema razumne sumnje u pravilnost zaključka do kojega je sud o njenom postojanju ili nepostojanju došao.³⁴ Iznimno je za donošenje meritornih odluka dostatan niži stupanj uvjerenosti suda u postojanje činjenica na kojima se te odluke temelje - vjerojatnost njihova postojanja. Taj je stupanj uvjerenosti dostatan upravo za utvrđivanje pretpostavaka za određivanje privremenih mjera, dakle za donošenje meritorne odluke o osnovanosti zahtjeva za osiguranje tim mjerama.

Pojam vjerojatnosti u hrvatskom ovršnom pravu nije posebno definiran.³⁵

³³ Prema odredbi članka 221a. ZPP-a, ako sud na temelju izvedenih dokaza (članak 8) ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o postojanju činjenice zaključit će primjenom pravila o teretu dokazivanja.

³⁴ Usp. TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, cit., 393. POZNIĆ, Građansko procesno pravo, (GPP), 1982., 233. i d., izvjesnošću naziva takvo uvjerenje u dokazanost neke tvrdnje koje isključuje svaku mogućnost suprotnog. Uvjerenje suda da je tvrdnja u povodu koje je dokazivanje izvedeno istinita ne bi bila izvjesnost u smislu kako je taj autor definira - za to je dovoljan takav stupanj vjerojatnosti kojim se otklanja svaka razumna sumnja. Po tom bi autoru za meritorno suđenje bio dostatan taj stupanj dokazanosti.

³⁵ Smatra se da je pojam vjerojatnosti bio (posredno) definiran u par. 370. Zakona o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. (SPGP 29) ("Ko ima verovatnim da učini koju činjeničnu

Prema jednom od rijetkih pokušaja zakonskoga određivanja pojma vjerojatnosti uopće u hrvatskom pravu činjenice i okolnosti su učinjene vjerojatnima ako nisu potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju (162 ZOUJ). U navedenoj je definiciji pojam vjerojatnosti dvojako određen - prvo, negativno - kao stupanj uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje nečega koji nema kvalitetu (potpune) dokazanosti; drugo, pozitivno i funkcionalno - kao ona uvjerenost u postojanje ili nepostojanje nečega do koje se došlo posredno, na temelju indicija, neovisno o kvaliteti same uvjerenosti. Funkcionalno određenje bi impliciralo stav da se na temelju indicija ne bi mogla postići tzv. potpuna dokazanost. Iz te definicije, međutim, ne bi proizlazilo da bi se o vjerojatnosti moglo govoriti samo kada bi stupanj uvjerenosti u postojanje neke činjenice bio viši od stupnja uvjerenosti u njeno nepostojanje, dakle kada bi teza o postojanju nečega bila vjerojatnija od teze o njegovom nepostojanju.

U hrvatskoj se doktrini zastupa stav da je vjerojatnost uvjerenje da ima više argumenata u prilog postojanju ili nepostojanju neke činjenice nego onih koji govore protiv njenog postojanja ili nepostojanja.³⁶ U prilog toga stava govore dva argumenta. Zadiranje u pravnu sferu drugih pravnih subjekata, privremeno ograničavanje njihovih prava i/ili faktičkog raspolaganja dijelovima njihove imovine ne može se temeljiti na pukoj mogućnosti postojanja neke tražbine protivnika i opasnosti onemogućavanja ili bitnog otežanja ostvarenja te tražbine u budućnosti. Pretpostavke za takvu intervenciju morale bi biti dokazno supstancirane u mjeri u kojoj bi se mogla nazrijeti ozbiljnost njene potrebe. Takve ozbiljnosti teško da bi bilo ako bi se na temelju raspoloživog dokaznoga materijala moglo zaključiti da je vjerojatnije da nema pretpostavaka za određivanje privremenih

tvrdnju, može se za to poslužiti svima dokaznim sredstvima dopuštenim po ovom zakonu, s izuzetkom dokaza koji se izvodi saslušanjem stranaka. Dokazivanje koje se ne može odmah izvesti, nije pogodno za to da se nešto učini verovatnim.// Izvođenje dokaza, koje biva u cilju da se koja okolnost učini verovatnom, nije vezano za posebne propise o dokaznom postupku.)). Iz tih se odredbi izvodi zaključak da se njima pojam vjerojatnosti definira kao uvjerenje da ima više argumenata koji govore u prilog postojanja ili nepostojanja neke činjenice nego onih koji govore protiv njenog postojanja ili nepostojanja. Usp. TRIVA-BELAJEC-DIKA, SIP, cit., 377. Tako i POZNIĆ, GPP, 242. Međutim, definicija pojma vjerojatnosti koja bi proizlazila iz navedenih odredaba par. 370. ZSPGP 29, ako bi se uopće moglo govoriti o definiciji, bila bi tek funkcionalna utoliko što se u njoj ne govori o samoj kvaliteti uvjerenosti koja se ima smatrati vjerojatnošću, već o putu (postupku) kojim se do te uvjerenosti ima doći. To ne bi trebao biti put strogoga formalnoga dokazivanja. Za dokazivanje vjerojatnosti mogu se koristiti (samo) tzv. likvidni dokazi - oni koji se mogu odmah izvesti. Usp. VERONA-ZUGLIA, Komentar Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama, bez godine izdanja, 470.

³⁶ Tako, čini se, TRIVA, op. et. loc. ult. cit., pozivajući se par. 370. ZSPGP-a. U ranijoj jugoslavenskoj literaturi takvo je stajalište zastupao i POZNIĆ, op. cit. 241. Taj autor razlikuje između višeg i nižeg stupnja dokazanosti. Viši bi stupanj bilo uvjerenje suda da je tvrdnja povodom koje je dokazivanje izvedeno istinita. Za taj bi stupanj dokazanosti bila dovoljna takva vjerojatnost kojom bi se otklanjala svaka razumna sumnja; ne bi bila potrebna izvjesnost kojom bi se isključivala svaka mogućnost suprotnog. Niži bi stupanj dokazanosti bila obična vjerojatnost koja bi postojala kada bi kod suda pretezo dojam da je postojanje činjenice koja je bila predmet dokazivanja moguće.

mjera nego što ih ima. U tom bi slučaju, naime, pravozaštitni interes predlagatelja osiguranja da se osiguranje odredi bio slabiji od pravozaštitnoga interesa protivnika osiguranja da se ne zadire u njegovu pravnu sferu, i to stoga što bi interes prvoga bio slabije supstanciran od interesa drugoga. Izložena argumentacija ima zapravo svoje uporište i u pravilu da je sud, na prijedlog protivnika osiguranja, dužan obustaviti postupak i ukinuti provedene radnje ako protivnik osiguranja učini vjerojatnim da je tražbina u vrijeme donošenja rješenja o određivanju privremene mjere već bila naplaćena ili dovoljno osigurana (290/1.2; 306/2). Dakle, vjerojatnost koju nudi predlagatelj osiguranja morala bi biti jača od one koju (naknadno, ali s obzirom na stanje stvari kakvo je bilo u vrijeme donošenja odluke) nudi protivnik osiguranja da bi privremena mjera ostala na snazi. Iz toga bi, *argumento per analogiam*, trebalo zaključiti da bi u vrijeme odlučivanja o privremenoj mjeri, redovito na temelju jednostranog dokaznog supstanciranja pretpostavaka za donošenje odluke o osnovanosti zahtjeva za osiguranje, sud morao biti uvjereniji u postojanje pretpostavaka o kojima će ovisiti određivanje privremene mjere nego u njihovo nepostojanje.

Trebalo bi uzeti da bi, *argumento a maiori ad minus*, vjerojatnost koja se traži za utvrđivanje neposredno relevantnih činjenica bila dostatna i za utvrđivanje indicija na kojima se to utvrđenje temelji.

1.3. Utvrđivanje vjerojatnosti

Prema već citiranom par. 370. ZSPGP 29, za utvrđivanje vjerojatnosti vrijedila su tri osnovna pravila. Prvo, za to su mogla poslužiti sva dokazna sredstva predviđena tim zakonom, osim dokaza saslušanjem stranaka. Drugo, dokazi koje se nije moglo odmah izvesti (tzv. likvidni dokazi) nisu bili pogodni za to da se nešto učini vjerojatnim. Treće, samo izvođenje dokazivanja nije bilo vezano za posebne propise o dokaznom postupku.

U pogledu vrste dokaza koji su mogli poslužiti za utvrđivanje vjerojatnosti u dijelu se ranije jugoslavenske doktrine utemeljenoj na ZPP-u 76 i ZIP-u smatralo da bi navedena pravila ZSPGP 29 u osnovi trebalo prihvatiti i s obzirom na tada važeće procesno pravo.³⁷ Čini se, međutim, opravdanim prigovor da razloga za diskriminaciju dokaza saslušanjem stranaka nije bilo, da bi se, čak štoviše, iz pravila o utvrđivanju vjerojatnosti u upravnom postupku,³⁸ koja ne predviđaju takvo ograničenje, *argumento per analogiam*, mogao izvesti protivan zaključak.³⁹ Tu bi argumentaciju bilo moguće prihvatiti i s obzirom na važeće ovršno pravo.

Što se tiče tzv. likvidnih dokaza, otklon od izloženih pravila ZSPGP 29 ne bi trebao biti tako radikaln. Izvođenje takvih dokaza, koji se mogu odmah, na brz i

³⁷ Tako POZNIĆ, GPP, cit., 234., smatrajući da se saslušanje stranaka ne bi moglo koristiti za utvrđivanje vjerojatnosti po ZPP-u odnosno ZIP-u.

³⁸ V. ad 1.2.

³⁹ Usp. TRIVA-BELAJEC-DIKA, SIP, cit., 378.

pogodan način izvesti, bilo bi preporučljivije sa stanovišta ostvarivanja načela ekonomičnosti i efikasnosti ovršnog postupka.⁴⁰ Međutim, u prilog inzistiranja na likvidnim dokazima moglo bi se pozvati na odredbu članka 40. stavka 3. ZPP-a, po kojoj je sud dužan brzo i na prikladan način provjeriti točnost naznačene vrijednosti predmeta spora ako posumnja u to da je tužitelj tu vrijednost očito suviše visoko ili suviše nisko naznačio. Budući da se tu radi o jednom od slučajeva u kojima određenu procesnorelevantnu činjenicu treba utvrditi na razini vjerojatnosti, bilo bi moguće iz navedene odredbe izvesti, *argumento a minori ad maius*, orijentacijsko pravilo o načinu utvrđivanja pretpostavaka za određivanje privremenih mjera. Taj bi stav bio potkrijepljen i općim pravilom da je postupak osiguranja hitan (13). Postupak osiguranja ne bi se u svojoj kognicijskoj fazi smio pretvoriti u parnični postupak, u postupak iscrpnog i temeljitog dokazivanja - to bi bilo u protivnosti s njegovom pravozaštitnom funkcijom. U praksi se, međutim, često događa da se, osobito nakon što protivnik osiguranja prigovori pravilnosti utvrđenja o postojanju pretpostavaka za određivanje privremenih mjera, daljnji postupak pretvori u pravi parnični postupak u kojemu se utvrđuje njihova izvjesnost.

Prigodom utvrđivanja vjerojatnosti ne bi se trebalo strogo držati pravila o formi (vremenu, mjestu i načinu) izvođenja dokazivanja.⁴¹ Vjerojatnost pretpostavaka za određivanje privremenih mjera sud utvrđuje na temelju jednostrano dokazno supstanciranog prijedloga predlagatelja osiguranja, pa se već zbog toga mora nužno odstupiti od zahtjeva kontradiktornosti u izvođenju tih dokaza. Kao dokaz bi se mogle koristiti pisane izjave mogućih svjedoka, vještaka ili stranke, eventualno javnobilježnički ovjerene; sud bi o izjavama tih osoba mogao načiniti službenu bilješku; nalaz i mišljenje vještaka mogli bi biti sasvim provizornog karaktera, s težištem na ocjeni o vjerojatnosti postojanja nekih činjenica; zahtjevi u pogledu indicijskoga zaključivanja bili bi bitno blaži; sud bi mogao mnogo elastičnije primijeniti odredbu o utvrđivanju činjenica po slobodnoj ocjeni⁴², itd. Na to upućuju opća pravila o ročištima i o načinu saslušavanja stranaka i sudionika u postupku osiguranja te o tome da sud u tom postupku u pravilu postupa na temelju podnesaka i drugih pismena (7). U prilog deformaliziranja dokazivanja govorilo bi, *argumento per analogiam*, i već citirano pravilo upravnoga postupka da izvođenje dokaza prigodom utvrđivanja vjerojatnosti nije vezano za odredbe o izvođenju dokaza (162 ZOUP).

⁴⁰ TRIVA-BELAJEC-DIKA, SIP, 378. POZNIĆ, GPP, 234, smatra da dokazivanje koje se ne može odmah izvesti nije pogodno za to da se jedna činjenica učini vjerojatnom. Zato ne bi bilo svrsishodno radi toga saslušavati svjedoka koga treba tek pozvati, odnosno tek pribavljati isprave.

⁴¹ Tako i POZNIĆ, GPP, 234.

⁴² Prema odredbi čl. 223. ZPP-a, ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčanu svotu ili na zamjenjive stvari, ali se visina svote odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi s nerazmjernim teškoćama, sud će o tome odlučiti prema slobodnoj ocjeni. Tu bi odredbu sud mogao u prvom redu primijeniti, *per analogiam*, prigodom utvrđivanja vjerojatnosti kvalitete i kvantitete štete koju bi stranke mogle pretrpjeti.

Zanimljiv je stav izražen u ranijoj jugoslavenskoj doktrini da za vjerojatnost nije potrebno obrazloženje, da je dovoljno da se sud pozove na sredstva saznanja iz kojih je o tome izveo zaključak.⁴³ Takav stav ne bi bio prihvatljiv prema hrvatskom važećem pravu osiguranja koje izričito traži da rješenje o osiguranju bude obrazloženo (294/5). Sudac bi bio dužan dati valjane razloge, makar sasvim sumarno, za svoj stav o vjerojatnosti postojanja ili nepostojanja pretpostavaka za određivanje privremenih mjera već zbog toga da bi njegova odluka bila kontrolabilna.

1.4. Utvrđivanje tražbine

Privremene mjere se mogu odrediti prije pokretanja kognicijskoga postupka radi utvrđenja tražbine čije se osiguranje traži, tijekom toga postupka ili nakon njega. Upravo će stoga vjerojatnost postojanja te tražbine biti moguće utvrđivati na razne načine. Prije pokretanja kognicijskoga postupka i tijekom toga postupka sve dok sud ne donese makar nepravomoćnu odluku o postojanju tražbine, vjerojatnost tražbine utvrđivala bi se po izloženim pravilima o sumarnoj kogniciji (v. ad. 1.2. i 1.3.). Nakon što bi sud prvoga stupnja donio odluku o postojanju ili nepostojanju tražbine, takva bi odluka u pravilu bila dostatna osnova za ocjenu vjerojatnosti postojanja ili nepostojanja tražbine.⁴⁴ Ipak, budući da bi nepravomoćna odluka djelovala tek indicično, trebalo bi dopustiti da se, osobito kada bi o prijedlogu za određivanje privremene mjere odlučivao drugi sudac, a ne onaj koji je odluku donio, unatoč postojanju nepravomoćne presude, o vjerojatnosti postojanja tražbine drukčije zaključi. Ako bi postojanje ili nepostojanje tražbine bilo utvrđeno pravomoćnom odlukom, sudskom ili upravnom nagodbom ili javnobilježničkom ispravom, sud koji bi odlučivao o prijedlogu za određivanje privremene mjere bio bi vezan za sadržaj tih isprava (12/1, 230/1 ZPP-a, 19; *argumento a maiori ad minus* odnosno *a contrario* iz 284/1.2,3). Pritom bi svakako trebalo voditi računa i o vremenskim granicama obvezujućeg djelovanja tih isprava.

I strani sudski, upravni i notarski akti koji bi utvrđivali postojanje koje tražbine mogli bi i prije njihova oficijelnoga priznanja indicirati vjerojatnost postojanja tražbine.

1.5. Utvrđivanje opasnosti

1.5.1. Općenito

Druga opća pretpostavka za određivanje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine jeste opasnost da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao naplatu tražbine time što bi svoju imovinu otuđio, prikrio ili na drugi način njome raspolagao (296/1). U pravilu treba učiniti vjerojatnim postojanje te opasnosti (296/1). Međutim, ona se iznimno presumira (296/3). U nekim

⁴³ POZNIĆ, GPP, 234.

⁴⁴ Argument za takav stav bilo bi moguće pronaći, *per analogiam* i *argumento a maiori ad minus*, u pravilu po kojemu se kod prethodnih mjera ne treba učiniti vjerojatnim postojanje novčane tražbine čak ni onda kad se te mjere određuju na temelju nepravomoćnih odluka (arg. iz 284/1.1.).

slučajevima tu pretpostavku ne treba učiniti vjerojatnom ako se može učiniti vjerojatnim postojanje neke druge pretpostavke (296/2).

1.5.2. Dokazivanje opasnosti

Da bi dokazao vjerojatnost postojanja te pretpostavke, predlagatelj bi osiguranja bio zapravo dužan učiniti vjerojatnim (1) da bi protivnik osiguranja mogao poduzeti neku ugrožavajuću radnju, (2) uzročnu vezu između toga ponašanja i posljedice koja bi se sastojala u sprječavanju ili znatnom otežanju naplate njegove tražbine te (3) da bi se predloženom privremenom mjerom nastupanje te posljedice moglo otkloniti.

Ugrožavajuća ponašanja protivnika osiguranja, ona koja su u Zakonu primjerice navedena, ali i sva ona kojima bi on, raspoložujući njima svojom imovinom, mogao spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine, mogla bi biti faktična ponašanja ili pravne raspoložbe. Među faktične bi radnje spadali, npr., prikrivanje, odnošenje ili prenošenje (npr. stvari ili novca u drugo mjesto ili drugu banku), uništenje, oštećenje, prerada dijelova imovine, njihovo neodržavanje, često mijenjanje boravišta; pravnim raspoložbama trebalo bi smatrati otuđenje ili opterećenje dijelova imovine, davanje u zakup ili u najam, razne druge sporazume s trećima o dijelovima imovine, nemarno vođenje poslova, propuštanje prisilnog ostvarenja tražbina, i sl.

Pravozaštitna potreba za prethodnom mjerom kao sredstvom za sprečavanje nastupanja štetne pravne posljedice ne bi postojala onda kada bi predlagatelj osiguranja svoj pravozaštitni cilj mogao ostvariti efikasnijim pravnim sredstvom, npr. prethodnom mjerom, zasnivanjem založnoga prava na nekretnini, ovrhom, odnosno ako bi mu odgovarajuća zaštita već bila pružena, npr. onda kada bi tražio osiguranje zabranom otuđenja ili opterećenja, a već bi bio osiguran (zaštićen) založnim pravom, fiducijarnim vlasništvom, fiducijarnim prijenosom prava ili pridržajem prava vlasništva.

Opasnost nastupanja štetne posljedice bila bi zapravo jedna specifična pravozaštitna pretpostavka, kvalificirani slučaj pravnog interesa za poduzimanje procesnih aktivnosti⁴⁵ koji bi istodobno imao značenje i meritorne pretpostavke za odlučivanje o zahtjevu za određivanje privremene mjere.⁴⁶ Do zaključka o tome dolazilo bi se iz načina na koji je opasnost naznačena kao pretpostavka za traženje privremene pravne zaštite - ona je postavljena kao jedna od pretpostavaka za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje, za njegovo prihvaćanje, ona nije predviđena

⁴⁵ HOLZHAMMER, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 1993., govori s aspekta austrijskoga prava o tzv. *Verfügungsinteresse* kao posebnoj kategoriji pravozaštitnoga interesa.

⁴⁶ U tom bi se smislu pitanje postojanja opasnosti postavljalo na analogan način kao i nedospjelost tražbine kad se odlučuje o kondemnatornom tužbenom zahtjevu. Sud, naime, može, u pravilu, naložiti tuženiku da izvrši određenu činidbu samo ako je ona dospjela do zaključenja glavne rasprave (326/1 ZPP-a). Dospjelost tražbine nije, naime, slijedeći doslovno tekst odredbe članka 326. stavka 1. ZPP, pretpostavka za dopustivost odlučivanja o kondemnatornom zahtjevu, već za njegovo prihvaćanje, za izricanje naloga za izvršenje određene činidbe.

kao pretpostavka (za dopustivost) traženja privremene zaštite.⁴⁷ Upravo se stoga ne čini prihvatljivim tretiranje te pretpostavke kao isključivo procesne pretpostavke zbog nedostatka koje bi prijedlog za osiguranje trebalo odbaciti.⁴⁸ Tome nasuprot trebalo bi, uvažavajući tu dvojaku funkciju opasnosti kao pretpostavke za određivanje privremene mjere, utvrditi kriterij za razlikovanje slučajeva u kojima bi prijedlog za osiguranje zbog nedostatka opasnosti trebalo odbaciti od slučajeva u kojima bi trebalo odbiti zahtjev za osiguranje. Čini se da bi u slučajevima u kojima bi već na temelju prijedloga za osiguranje i priloga uz taj prijedlog bilo moguće ocijeniti da tužitelju nedostaje pravnoga interesa za traženje osiguranja privremenim mjerama - zato što su ispunjeni uvjeti za traženje prethodne mjere ili ovrhe, odnosno zato što bi mu osiguranje već bilo pruženo na koji drugi način - sud bi bio dužan odbaciti prijedlog za osiguranje.⁴⁹ Na takav bi zaključak upućivala (i) zakonska odredba koja govori o **nedopustivosti** privremene mjere u slučaju u kojemu postoje uvjeti za određivanje prethodne mjere (295/2), koju bi, *argumento a minori ad maius*, trebalo primijeniti i na slučaj u kojemu bi postojali uvjeti za ovrhu (290/2, 306/2), odnosno na slučaj u kojemu bi zaštita već bila pružena.

S druge strane, ako bi sud na temelju provedenoga dokazivanja zaključio da nije vjerojatno da postoji opasnost zato što nije vjerojatno da bi protivnik osiguranja mogao poduzeti koju od ugrožavajućih radnji i/ili zato što nije vjerojatno da bi tim radnjama on mogao spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine, premda bi, kada bi te pretpostavke bile ispunjenje, privremena mjera bila potrebna, zahtjev bi za osiguranje trebalo odbiti. Budući da bi ta dva razloga za nepostojanje opasnosti (nedopuštenost privremene mjere, neosnovanost zahtjeva za njenim određivanjem) mogla koincidirati, sud bi, ako bi u tom slučaju došao do zaključka da opasnost nije vjerojatna, trebao odbiti zahtjev za osiguranje, pružajući tako protivniku osiguranja potpuniju pravnu zaštitu.⁵⁰

Opasnost o kojoj se govori u odredbi članka 296. stavka 1. kvalificira se kao konkretna **subjektivna opasnost** - opasnost da bi bez određivanja privremene mjere **protivnik osiguranja** mogao spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što bi svoju imovinu mogao otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati.⁵¹

⁴⁷ Kod tužbe za utvrđenje pravni interes je pretpostavka za to da se takva tužba može "podići" (187/2 ZPP-a). Kod privremenih mjera opasnost je pretpostavka o kojoj ovisi njihovo određivanje (296/1). U prvom slučaju pravni interes je pretpostavka dopustivosti podnošenja tužbe, procesna pretpostavka; u drugom slučaju opasnost je (i) meritorna pretpostavka.

⁴⁸ Tako HOLZHAMMER, op. et. loc. ult. cit.

⁴⁹ Kod deklaratorne tužbe je vjerojatnost postojanja pravnoga interesa procesna legitimacijska osnova zbog nedostatka koje tužbu treba odbaciti (288/2 ZPP-a). Tu bi odredbu o pravnim posljedicama nedostatka pravnoga interesa kao procesne pretpostavke, kao pretpostavke o kojoj ovisi dopuštenost neke procesne aktivnosti, trebalo na odgovarajući način primijeniti i u postupku osiguranja (19).

⁵⁰ Usp. TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 114.

⁵¹ TRIVA-BELAJEC-DIKA, SIP, 394., 395. HOLZHAMMER, op. cit., 423.

Međutim, budući da se ne traži da to ponašanje bude poduzeto radi oštećenja predlagatelja osiguranja, što znači da bi subjektivni odnos (nepažnja ili namjera) protivnika osiguranja prema štetnoj posljedici bio irelevantan,⁵² moglo bi se tek uvjetno govoriti o tome da bi ta opasnost bila subjektivna. Svakako za određivanje privremene mjere bila bi dostatna samo tzv. objektivna opasnost, npr. nepovoljno imovinsko stanje, mogućnost da drugi vjerovnici zatraže ovrhu, opasnost od stečaja.⁵³

1.5.3. Slučaj u kojemu se opasnost ne mora dokazati

Predlagatelj osiguranja ne mora dokazivati opasnost da bi bez određivanja privremene mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao naplatu tražbine ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio **samo neznatnu štetu** (296/2). I u navedenom bi slučaju, međutim, sud bio dužan odbaciti prijedlog ako bi utvrdio da privremena mjera ne bi bila dopuštena zbog nedostatka pravozaštitnoga interesa.

1.5.4. Presumirana opasnost

Postojanje opasnosti se **presumira** ako bi se tražbina imala ostvariti u inozemstvu (296/3). Da bi se opasnost mogla presumirati, bilo bi potrebno da predlagatelj osiguranja učini vjerojatnim da protivnik osiguranja ima imovinu u inozemstvu na kojoj bi se ovrha mogla (u cijelosti ili djelomično) provesti te da protivnik osiguranja u vrijeme kad se protiv njega bude mogla tražiti ovrha neće u zemlji imati imovine iz koje bi se tražbina mogla namiriti. Opasnost bi se mogla presumirati i u slučaju u kojemu bi se moglo učiniti vjerojatnim da bi se protivnik osiguranja iselio iz zemlje i sa sobom odnio svoju imovinu koju u njoj ima ako bi izgubio spor; isto tako i u slučaju u kojemu bi se moglo učiniti vjerojatnim da bi protivnik osiguranja koji je već nastanjen u inozemstvu ili tamo ima poslovno sjedište mogao tamo prebaciti svoju imovinu koju u vrijeme postavljanja zahtjeva za određivanje privremene mjere ima u zemlji.⁵⁴

Presumirana opasnost bila bi zapravo slučaj objektivne opasnosti kao pretpostavke za određivanje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine.⁵⁵ Ratio bi ovoga izuzetka od pravila trebalo tražiti u nastojanju zakonodavca da zaštiti interese domaćih vjerovnika.

Presumpcija iz odredbe članka 296. stavka 1. OZ bila bi **neoboriva** (apsolutna) presumpcija.

1.6. Osiguranje kao uvjet za određivanje privremene mjere

Osiguranje kao uvjet za određivanje privremene mjere može se dvojakom postaviti - kao uvjet za njeno određivanje ispunjenje kojega bi nadomještavalo opće

⁵² Usp. HOLZHAMMER, op. cit., 423.

⁵³ Usp. za austrijsko pravo HOLZHAMMER, op. cit., 424.

⁵⁴ Usp. za austrijsko pravo HOLZHAMMER, op. cit., 412.

⁵⁵ Usp. za austrijsko pravo HOLZHAMMER, op. cit., 424.

pretpostavke za određivanje osiguranja, te kao dopunski uvjet uz te pretpostavke.

Sud može na prijedlog predlagatelja osiguranja odrediti privremenu mjeru i kad nije učinio vjerojatnim postojanje tražbine i opasnost ako prethodno, u roku koji mu je sud odredio, da osiguranje za štetu koja bi protivniku osiguranja mogla nastati određivanjem i provedbom privremene mjere (301/1). Predlagatelj bi osiguranja u svom prijedlogu trebao najaviti svoju spremnost da da osiguranje. Sud ne bi bio dužan prihvatiti osiguranja umjesto ispunjenja općih pretpostavaka. Na to upućuje okolnost da je diskreciji suda ("sud može") prepušteno da o tome odluči. Sud bi rješenjem određivao visinu osiguranja (10/3) protiv kojega bi bila dopuštena nesuspendivna žalba (11/3,4). Ako osiguranje ne bi bilo položeno u određenom roku, sud bi bio dužan odbiti prijedlog za osiguranje (301/1).

Sud može, što znači da to ovisi o njegovoj diskreciji, na prijedlog protivnika osiguranja, prema okolnostima slučaja, određivanje privremene mjere uvjetovati polaganjem osiguranja i kad je predlagatelj osiguranja učinio vjerojatnim postojanje tražbine i opasnosti (301/2.1). Taj bi prijedlog protivnik osiguranja mogao podnijeti prije donošenja rješenja o određivanju privremene mjere ako bi mu bila pružena mogućnost da se prethodno izjasni o prijedlogu za osiguranje, ili tek pošto bi dobio rješenje o osiguranju, ako mu ta mogućnost ne bi bila pružena, odnosno uvijek tijekom postupka kad bi se za to ukazala potreba. O prijedlogu koji bi bio podnesen prije donošenja rješenja o određivanju privremene mjere, sud bi odlučivao tim rješenjem. To znači da bi, ako bi prijedlog prihvatio, u rješenju o osiguranju odredio visinu osiguranja, rok u kojemu ono treba biti dano te da će postupak obustaviti i ukinuti provedene radnje ako uvjet u roku ne bude ispunjen. O prijedlogu koji bi bio podnesen nakon donošenja rješenja o osiguranju, ako bi ga prihvatio, sud bi rješenjem odredio da će obustaviti postupak i ukinuti provedene radnje ako osiguranje ne bi bilo dano u određenom roku (301/2.2). Okolnost da je protivnik osiguranja zatražio davanje osiguranja ne odgađa provedbu postupka osiguranja dok sud ne odluči o njegovom prijedlogu (301/2.3).

Osiguranje se određuje do isteka roka do kojega protivnik osiguranja može u postupku zatražiti naknadu štete (301/3), dakle najkasnije u roku od trideset dana od dovršetka postupka (290/4, 306/2).

2. Vrste privremenih mjera radi osiguranja novčane tražbine

2.1. Općenito

Lista privremenih mjera radi osiguranja novčanih tražbina nije taksativno određena kao što je to bio slučaj s privremenim naredbama po ZIO 30 (par. 331). Umjesto toga prihvaćeno je rješenje iz ZIP-a (266), što znači da je općom formulom predviđeno da se radi osiguranja tih tražbina može odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha takva osiguranja, a zatim su primjerice navedene neke od tih mjera (297/1). Za mjere koje su primjerice navedene nije potrebno dokazivati (učiniti vjerojatnim) da bi se njima *in concreto* postizavala svrha osiguranja, da su funkcionalno podobne za postizavanje pravozaštitnoga cilja privremenih mjera - otklanjanje opasnosti da bi se radnjama protivnika osiguranja spriječila ili znatno

otežala naplata tražbine (arg. iz 296/1). Za ostale bi mjere bilo potrebno učiniti vjerojatnim da su podobne, s obzirom na svoj sadržaj i formu te usklađenost s općim ovršnopравnim sustavom, za postizavanje toga pravozaštitnoga cilja.

Pojedine u Zakonu primjerice navedene privremene mjere, način njihove provedbe i njihovi pravozaštitni učinci bit će u nastavku posebno izloženi, i to s obzirom na predmet osiguranja svake od tih mjera.

Privremenim mjerama radi osiguranja novčane tražbine **ne stječe se založno pravo** (297/2). U tome bi bila kvalitativna razlika između tih mjera i prethodnih mjera (287/3). Opravdanje za tu razliku u pravnim učincima između tih sredstava osiguranja treba tražiti u razlici u kvaliteti pretpostavkama za njihovo određivanje. Prethodne se mjere određuju na temelju isprave koja je potencijalna ovršna isprava; za određivanje privremenih mjera to nije potrebno.

Sve se privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine, u slučaju potrebe, mogu pojačati dopunskim kaznenim mjerama (16, 297/7).

2.2. Privremene mjere na pokretninama

Radi osiguranja novčane tražbine na pokretninama može se:

- (1) zabraniti protivniku osiguranja da ih otuđi ili optereti, te
- (2) odrediti njihovo oduzimanje i povjeravanje na čuvanje predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi (297/1.1).

Navedene privremene mjere mogu se odrediti alternativno ili kumulativno (302).

Privremena mjera koja se sastoji u zabrani otuđenja ili opterećenja pokretnina provodi se dostavom zabrane protivniku osiguranja (297/3). Privremena mjera oduzimanja pokretnina i njihovog povjeravanja na čuvanje predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi provodila bi se tako što bi ih sudski ovršitelj oduzeo od protivnika osiguranja i predao predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi (arg. iz 133/1, 253). Sudski bi ovršitelj rješenje o određivanju privremene mjere predavao protivniku osiguranja neposredno prije nego što bi pristupio njenoj provedbi (arg. iz 130/1, 253). Sudski ovršitelj bi bio dužan sastaviti zapisnik u kojemu bi naveo popis oduzetih pokretnina te kome su i kako predane na čuvanje (arg. iz 138, 253).

Osnovni je učinak provedbe zabrane otuđenja i opterećenja pokretnina u tome da je njihovo otuđenje ili opterećenje koje je protivnik osiguranja obavio protivno zabrani bez pravnoga učinka, osim ako ima mjesta primjeni pravila o zaštiti poštenoga stjecatelja (297/4). Ključni je problem pravnog učinka te zabrane u odnosu na treće nedostatak publiciteta, nedostatak njene odgovarajuće javne evidencije, što bi osobito dolazilo do izražaja u slučajevima u kojemu pokretnine ne bi bile oduzete protivniku osiguranja i povjerene na čuvanje drugoj osobi, kada bi, dakle, činjenica posjeda govorila u prilog neopterećenoga vlasništva protivnika osiguranja. Upravo bi stoga u takvim slučajevima pokretnine koje su ostale kod protivnika osiguranja trebalo na odgovarajući način obilježiti, slično kao kod pljenidbenoga popisa (133/3, 253).

Privremene mjere zabrane otuđenja i opterećenja pokretnina ne mogu spriječiti treće da traže na njima ovrhu ili stječu mimo raspoložbe protivnika osiguranja neka prava.

Navedene se privremene mjere radi osiguranja na pokretninama mogu nadopuniti drugim zabranama, npr., zabranom njihova skrivanja, oštećenja ili uništenja, promjene (prerade), ili nalozima, npr. nalogom da dopusti predlagatelju osiguranja njihov povremeni pregled. Sve bi te razne zabrane mogle biti pojačane prijetnjom izricanja kaznenih mjera (297/7).

2.3. Privremene mjere na novcu i vrijednosnim papirima

Radi osiguranja novčane tražbine na gotovom novcu ili vrijednosnim papirima ili slično sud može odrediti njihovo oduzimanje i polaganje u sud, odnosno kod javnoga bilježnika (297/1.2). Ta bi se privremena mjera provodila tako što bi sudski ovršitelj oduzeo od protivnika osiguranja gotov novac, vrijednosne papire i slično te ih polagao u sud ili kod javnoga bilježnika (arg. 133/1, 4; 253). Rješenje o određivanju privremene mjere predavalo bi se protivniku osiguranja neposredno prije nego što bi se pristupilo pronalaženju i oduzimanju tih vrijednosnica (130/1, 253). O tome bi sudski ovršitelj bio dužan sastaviti zapisnik (138, 253).

2.4. Privremene mjere na nekretninama

Radi osiguranja novčane tražbine na nekretnini upisanoj u zemljišnoj knjizi sud može zabraniti protivniku osiguranja otuđenje ili opterećenje njegove nekretnine ili stvarnih prava koja su na nekretnini uknjižena u njegovu korist, uz zabilježbu te zabrane u zemljišnu knjigu (297/1.3). Ta bi se zabrana provodila dostavom rješenja kojim je zabrana određena protivniku osiguranja, odnosno zemljišnoknjižnom odjelu suda (arg. iz 297/3).

Učinak zabilježbe zabrane u zemljišnoj knjizi bio bi u tome što bi predlagatelj osiguranja mogao predložiti ovrhu radi naplate svoje tražbine kad ona postane ovršiva na nekretnini uknjiženoj u zemljišnoj knjizi ili na pravu uknjiženom na nekretnini, na koje se zabrana odnosi, bez obzira na to što je poslije te zabrane treća osoba na temelju **dobrovoljne raspoložbe** protivnika osiguranja stekla i uknjižila u zemljišnu knjigu neko svoje pravo. Ovrhu na nekretnini, odnosno pravu uknjiženom na nekretnini predlagatelj bi osiguranja mogao predložiti izravno protiv osobe koja je uknjižena kao vlasnik nekretnine odnosno nositelj stvarnoga prava uknjiženog na nekretnini, na temelju ovršne isprave kojom je protiv protivnika osiguranja utvrđena njegova tražbina radi osiguranja koje je zabrana zabilježena te dokaza da je osoba protiv koje se ovrha predlaže stekla vlasništvo nekretnine, odnosno pravo na nekretnini nakon zabilježbe zabrane. (197/1.3, 297/5). Taj bi drugi dokaz bio izvadak iz zemljišne knjige kojim bi se dokazivala osnova i vrijeme otuđenja (arg. iz 77/1, 253).

Zabrana otuđenja nekretnine zabilježena u zemljišnoj knjizi imala bi parastvarnopravni učinak. Tom bi se zabranom stjecalo svojevrsno **uvjetno pravo na namirenje relativnoga djelovanja**. Naime, zabilježbom ovrhe na nekretnini radi naplate novčane tražbine ovrhovoditelj stječe pravo na namirenje - pravo da svoju tražbinu namiri iz nekretnine i u slučaju da treća osoba kasnije stekne vlasništvo te nekretnine (79/2). Zabilježbom zabrane otuđenja nekretnine predlagatelj osiguranja stjecao bi pravo da se prisilno namiri iz nekretnine uz uvjet da stekne ovršnu ispravu

za osiguranu tražbinu, i to, ako nakon zabilježbe zabrane dođe do otuđenja, samo protiv novoga vlasnika ili stjecatelja drugoga prava koji je vlasništvo ili drugo pravo stekao na temelju dobrovoljne raspoložbe dužnika. Budući da zabrana može djelovati samo protiv otuđenja (raspoložbi) do kojih je došlo nakon njene uknjižbe, treći koji su pravo stekli prije toga ne bi bili njome pogođeni iako bi svoje pravo uknjižili kasnije. Ako bi nakon zabilježbe zabrane opterećenja treći stekao na temelju raspoložbe protivnika osiguranja neko pravo kojim bi nekretnina bila opterećena, to se pravo trećega prigodom prisilnog namirenja predlagatelja osiguranja iz nekretnine ne bi uzelo u obzir, ono bi se provelo kao da prava trećega nema.

2.5. Privremena mjera na tražbinama protivnika osiguranja

Radi osiguranja novčane tražbine na (novčanoj ili nenovčanoj) tražbini koju protivnik osiguranja ima prema nekoj trećoj osobi, sud može:

- (1) zabraniti dužniku protivnika osiguranja da dobrovoljno ispuni svoju obvezu protivniku osiguranja,
- (2) zabraniti protivniku osiguranja da primi ispunjenje te obveze,
- (3) zabraniti protivniku osiguranja da raspolaže svojim tražbinama (297/1.4).

Prve bi dvije zabrane imale svoga smisla samo ako bi se kumulativno određivale.⁵⁶ U svakom slučaju zabrana koja ne bi bila notificirana dužniku protivnika osiguranja ne bi mogla proizvoditi relevantni učinak. Premda bi se moglo uzeti da bi zabrana dužniku protivnika osiguranja da ispuni svoju obvezu protivniku osiguranja implicirala i zabranu ispunjenja obveze trećima na temelju raspoložbe protivnika osiguranja, da bi se izbjegla bilo kakva dvojba glede toga, bilo bi korisno uz tu zabranu izričito kumulirati i zabranu dužniku da tražbinu ne ispuni ni trećima na temelju raspoložbe protivnika osiguranja.

Treća bi se zabrana mogla ticati npr. cesije, odreknuća, prijeboja i drugih mogućih raspoložbi koje bi mogle dovesti do prestanka, izmjene sadržaja ili opterećenja tražbine. Trebalo bi uzeti da bi raspoložbe s tražbinom protivno zabrani bile bez pravnoga učinka, osim ako ne bi bilo mjesta primjeni pravila o zaštiti poštenoga stjecatelja (*arg. per analogiam* iz 297/4).

Navedene bi se zabrane smatrale provedenima dostavom rješenja kojim su određene osobi kojoj su izrečene (297/3). Učinak bi tih zabrana bio u tome što bi predlagatelj osiguranja mogao od dužnika protivnika osiguranja tražiti u parnici naknadu štete koju mu je nanio time što je postupio protivno zabrani. Predlagatelju osiguranja bi protiv dužnika protivnika osiguranja, ali i protivnika osiguranja, pripadala i druga prava po općim pravilima obveznoga prava o zabranjenim odnosno protupravnim radnjama. (297/6)

Zabrana dužniku protivnika osiguranja ne može spriječiti treće da traže ovrhu na tražbini ili da na njoj neovisno o raspoložbama protivnika osiguranja stječu neka prava.

⁵⁶ Tako za austrijsko pravo HOLZHAMMER, op. cit., 425, koji govori o *Doppelverbot*.

Dužnik bi se svoje obveze mogao osloboditi njenim polaganjem u sudski ili javnobilježnički polog (164, 253).

2.6. Privremene mjere na računu

Radi osiguranja novčane tražbine na novčanim sredstvima koje protivnik osiguranja ima na računu kod pravne osobe koje obavlja poslove platnoga prometa sud može *naložiti* toj osobi da protivniku osiguranja ili trećoj osobi, na temelju naloga protivnika osiguranja, uskrati s računa protivnika osiguranja isplatu novčanoga iznosa za koji je određena privremene mjera (297/1.5). Taj nalog, koji zapravo ima značenje zabrane (arg. iz 297/6), smatra se provedenim dostavom rješenja kojim je određen pravnoj osobi koja obavlja poslove platnoga prometa (297/3). Njegov bi učinak bio u tome da bi predlagatelj osiguranja mogao od pravne osobe koja obavlja poslove platnoga prometa tražiti u parnici naknadu štete koju bi mu ta osoba nanijela postupivši protivno zabrani (297/6).

Nalog pravnoj osobi koja obavlja poslove platnoga prometa ne može spriječiti treće da provedu ovrhu na novčanim sredstvima na koje se odnosi, odnosno da steknu neka prava neovisno o raspoložbama protivnika osiguranja.

III. Privremene mjere radi osiguranja nenovčanih tražbina

1. Pretpostavke za određivanje privremenih mjera radi osiguranja nenovčane tražbine

1.1. Općenito

Opća je pretpostavka za određivanje privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina vjerojatnost postojanja tražbine (298/1). Za određivanje privremene mjere potrebno je, međutim, da pored te opće pretpostavke budu alternativno ispunjene i ove pretpostavke:

- ili vjerojatnost opasnosti da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari (298/1.1),

- ili vjerojatnost da je privremena mjera potrebna: (a) da bi se spriječilo nasilje ili (b) nastanak nenadoknadive štete koja prijeti (298/1.2.).

Opasnost kao jedna od alternativnih dopunskih pretpostavaka se u određenim slučajevima ne mora dokazivati ako se dokaže postojanje neke druge pretpostavke, a u određenim se slučajevima presumira.

1.2. Vjerojatnost

O vjerojatnosti kao kvaliteti uvjerenosti u postojanje pretpostavaka za određivanje privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina te o njenom utvrđivanju vrijedilo bi, *mutatis mutandis*, ono što je u pogledu toga rečeno u vezi s pretpostavkama za određivanje privremenih mjera radi osiguranja novčanih tražbina (v. ad II.1.1. i II.1.2.).

O utvrđivanju vjerojatnosti postojanja nenovčane tražbine vrijedilo bi, *mutatis mutandis*, ono što je rečeno u pogledu utvrđivanja vjerojatnosti postojanja novčane tražbine (v. *ad* II.1.4.).

1.3. Utvrđivanje opasnosti sprječavanja ili znatnog otežanja ostvarenja tražbine

1.3.1. Dokazivanje opasnosti

Predlagatelj osiguranja koji bi trebao učiniti vjerojatnim opasnost da bi bez prethodne mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje (298/1.1), trebao bi zapravo učiniti vjerojatnim (1) da je protivnik osiguranja poduzeo ili da bi mogao poduzeti neku ugrožavajuću radnju, (2) uzročnu vezu između te radnje (ponašanja) i posljedice koja bi se sastojala u sprječavanju ili znatnom otežanju ostvarenja njegove tražbine, osobito time što bi se promijenilo postojeće stanje stvari, te (3) da bi se predloženom privremenom mjerom nastupanje te posljedice moglo otkloniti.

Ugrožavajuća ponašanja protivnika osiguranja, od kojih je u Zakonu primjerice navedena samo promjena postojećeg stanja stvari, mogla bi biti faktična ponašanja ili pravne raspoložbe. Među faktične bi radnje spadali, npr., prikrivanje, odnošenje ili prenošenje stvari, uništenje, oštećenje, prerada dijelova imovine, njihovo neodržavanje; pravnim raspoložbama trebalo bi smatrati otuđenje ili opterećenje dijelova imovine, nemarno vođenje poslova, propuštanje prisilnog ostvarenja tražbina, i sl.

Pravozaštitna potreba za privremenom mjerom kao sredstvom za sprječavanje nastupanja štetne pravne posljedice ne bi postojala onda kada bi predlagatelj osiguranja svoj pravozaštitni cilj mogao ostvariti efikasnijim pravnim sredstvom, npr. ovrhom, odnosno ako bi mu odgovarajuća zaštita već bila pružena, npr. onda kada bi tražio osiguranje zabranom otuđenja ili opterećenja, a već bi bio osiguran upisom odgovarajuće zabrane.

O značenju opasnosti kao pravozaštitnoj pretpostavci i o reagiranju suda ako utvrdi da ona nije ispunjena v. *ad* II.1.5.2.

Prema odredbi točke 1. par. 332. ZIO 30 radi osiguranja nenovčanih zahtjeva "privremene naredbe" mogle su se izdati, u jednoj alternativni, ako bi postojala bojazan da bi bez takvog osiguranja "protivnik predlagača osujetio ili znatno otežao ostvarenje dotičnog zahtjeva, a to naročito na taj način što bi promenio postojeće stanje stvari". Ta se odredba sadržajno bitno razlikovala od odredbe točke 1. par. 381. AEO, po kojoj se privremena mjera radi osiguranja drugih (nenovčanih) zahtjeva (tražbina) mogla izdati, u jednoj alternativni, ako bi postojala bojazan da bi se sudsko ostvarenje dvojbene tražbine, osobito promjenom postojećeg stanja, onemogućilo ili značajno otežalo. Razlika je dakle bila u tome što je opasnost koju je trebalo i treba učiniti vjerojatnom prema AEO-u bila i jeste tzv. **objektivna opasnost**, dok je opasnost prema ZIO 30 bila **subjektivna**, ovisila je o radnjama protivnika predlagača osiguranja.⁵⁷

⁵⁷ Zanimljivo je da se unatoč opisanoj razlici u uređenju instituta, u sadržaju citiranih odredaba, u doktrini utemeljenoj na ZIO 30 nekritički tvrdilo da je opasnost koju je trebalo učiniti vjerojatnom

ZIP je, za razliku od ZIO 30, kao alternativnu pretpostavku za određivanje privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina uveo **objektivnu opasnost** - te su se mjere mogle odrediti ako bi "vjerovnik učinio vjerojatnim opasnost da će se inače ostvarenje potraživanja spriječiti ili znatno otežati" (267/1).

OZ je, međutim, ponovno preuzeo rješenje iz ZIO 30, pa stoga treba opasnost iz odredbe članka 298. stavka 1. točke 1. OZ smatrati **subjektivnom opasnošću**.⁵⁸ O subjektivnoj prirodi opasnosti kao pretpostavci za određivanje privremene mjere v. ad II.1.5.2.

1.3.2. Presumirana opasnost

Postojanje opasnosti se **presumira** ako bi se tražbina imala ostvariti u inozemstvu (296/3, 298/2). O presumiranoj opasnosti v. ad II.1.5.3.

1.3.3. Slučaj u kojemu ne treba dokazivati opasnost

Predlagatelj osiguranja ne mora dokazivati opasnost da bi bez određivanja privremene mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu (296/2, 298/2) (v. ad II.1.5.4.).

1.4. Utvrđivanje potrebe sprječavanja nasilja ili nastanka nenadoknadive štete

Da bi učinio vjerojatnim da je privremena mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje (298/1.2), predlagatelj osiguranja bi morao učiniti vjerojatnim (na njemu bi glede toga bio teret dokazivanja) (1) da je stvoreno stanje nasilja ili da ono prijete te (2) da je predložena privremena mjera potrebna da bi se spriječilo (otklonilo) već prouzrokovano ili tek prijeteće nasilje.

Da bi učinio vjerojatnim da je privremena mjera potrebna da bi se spriječio nastanak nenadoknadive štete (298/1.2), predlagatelj osiguranja bi morao učiniti vjerojatnim (na njemu bi glede toga bio teret dokazivanja) da (1) prijete nastanak nenadoknadive štete te da je (2) predložena mjera potrebna da bi se spriječio nastanak te štete.

Potreba sprječavanja nasilja se zapravo javlja na dva načina. Prvo, kao potreba sprječavanja već aktualiziranog stanja nasilja, u kojem će slučaju pravozaštitna funkcija privremene mjere biti **represivna** jer će se njome otkloniti aktualno stanje nasilja, i **preventivna** jer će se njome spriječeno nasilje sprječavati i u budućnosti. Drugo, samo kao potreba sprječavanja prijetećeg nasilja, dakle u **preventivnoj** pravozaštitnoj funkciji. U slučajevima u kojima bi se potreba za privremenom mjerom javljala kao potreba za tom mjerom u njenoj preventivnoj funkciji, njome bi se zapravo otklanjala opasnost nasilja, pa bi utoliko u tim slučajevima pretpostavka za određivanje privremene mjere bila **vjerojatnost opasnosti nasilja**.

prema odredbi par. 332. točki 1. bila objektivna. Usp. npr. GORŠIĆ, Tumač Zakona o izvršenju i obezbeđenju (Izvršnog postupnika), 1930, 539.

⁵⁸ Tako i STUHNE, op. cit., 545. Drukčije RUŽDJAK, Prethodne i privremene mjere u ovršnom postupku, u "Ovrha u gospodarskoj i sudskoj praksi", zbornik radova, 1998., 102.

Potreba sprječavanja nastupanja nenadoknadive štete koja prijeto javljala bi se samo kao potreba za privremenom mjerom u njenoj **preventivnoj** funkciji. Utoliko bi **vjerojatnost opasnosti** da bi bez privremene mjere nastupila nenadoknadiva šteta bila zapravo jedna od posebnih pretpostavka za njeno određivanje.

Navedena bi opasnost nasilja i nastupanja nenadoknadive štete bila **objektivna**, što znači da ne bi trebalo učiniti vjerojatnim da bi dužnik svojim ponašanjem prouzrokovao nasilje, odnosno nastupanje nenadoknadive štete, premda će to u pravilu biti slučaj.

U starojugoslavenskoj (pod austrijskim utjecajem, i to samo implicate i u rudimentarnom obliku) i u austrijskoj doktrini i praksi potreba se za privremenom mjerom kao sredstvom za sprječavanje nasilja i nastupanje nenadoknadive štete smatrala pretpostavkom za osiguranje (i) prava i pravnih odnosa, a ne za osiguranje nenovčane tražbine.⁵⁹ Budući da u OZ-u značenje posebne zakonske osnove za privremeno uređivanje pravnih odnosa ima odredba stavka 2. članka 299. (v. *ad IV*), koju naše ranije pravo nije imalo i koju važeće austrijsko pravo nema, domašaj potrebe za privremenom mjerom kao sredstvom za sprečavanje nasilja i nastupanja nenadoknadive štete kao zakonske pretpostavke za određivanje privremene mjere prema odredbi članka 299. stavka 1. OZ, treba ograničiti, u skladu sa dikcijom te odredbe, samo na osiguranje nenovčanih tražbina, dakle prava na neko činjenje, trpljenje ili propuštanje. Tu bi, npr., spadale tražbine da se od nekoga traži da vrati nasilno oduzetu stvar, da nekamo nasilno ne prolazi, ili da nasilno ne sprječava drugoga da nekamo prolazi, da ne čini nešto što bi moglo prouzrokovati nenadoknadivu štetu, ili da poduzme radnje kojima bi se nastupanje takve štete moglo spriječiti. U tim bi slučajevima predlagatelj osiguranja trebao učiniti vjerojatnim postojanje svoje naznačene nenovčane tražbine i okolnost da je u sadašnjosti njeno ostvarenje ugroženo nasilnim ponašanjem, ili da bi zbog odgode ispunjenja njegove tražbine u sadašnjosti mogla nastupiti nenadoknadiva šteta, neovisno o tome postoji li opasnost da bi protivnik osiguranja bez određivanja privremene mjere u budućnosti, kad se ostvare uvjeti za ovrhu, spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje. Dakle, čak i kad bi bilo očito da bi predlagatelj osiguranja mogao bez teškoća doći do stvari koja mu je nasilno oduzeta kad budu ispunjeni uvjeti za ovrhu, on bi mogao tražiti određivanje privremene mjere zato što mu je stvar nasilno oduzeta, ili zato što bi prijeto opasnost da mu bude nasilno oduzeta, ili zato što bi zbog toga što mu je stvar oduzeta ili što bi mu mogla biti oduzeta mogao pretrpjeti neku nenadoknadivu štetu.

⁵⁹ Usp. GORŠIĆ, op. cit., 539. Polazeći od odredbe par. 322/1. ZIO 30, autor kao primjer za uređenje odnosa među strankama navodi, između ostaloga, određivanje provizorija u vezi sa smetanjem posjeda, dopuštenje ženi da odvojeno stanuje za vrijeme spora o rastavi od stola i postelje (par. 107 o.g.z.). S druge strane, ZUGLIA, op. cit., uređenje odnosa uopće ne spominje kao moguću funkciju "privremenih naredbi". Za austrijsko pravo HOLZHAMMER, op. cit., 431., razloge takvom određenju značenja odredbe par. 381/2. EO pronalazi u snažnoj pravozaštitnoj potrebi koja se za time osjetila u austrijskoj praksi. Takvim se tumačenjem, međutim, nepotrebno suzio domašaj navedenih odredbi kao zakonske osnove za osiguranje nenovčanih tražbina.

Funkcija privremene mjere kojom bi se sprječavalo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete ne bi bila (samo) konzervacijskog karaktera u smislu stvaranja uvjeta za buduće ostvarenje tražbine. Ta bi mjera svojim represivno-preventivnim djelovanjem mogla imati i restitucijsku (anticipativnu), i regulacijsku, i konzervacijsku funkciju, već prema prirodi konkretnoga slučaja.

1.5. Osiguranje kao uvjet za određivanje privremene mjere

Osiguranje kao uvjet za određivanje privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine može se dvojako postaviti - kao uvjet za njeno određivanje ispunjenje kojega bi nadomještavalo opće pretpostavke za određivanje osiguranja, te kao dopunski uvjet uz te pretpostavke (301) (v. *ad* II.1.6).

2. Vrste privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina

2.1. Općenito

Lista privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina nije taksativno određena jednako kao što je to bio slučaj i s privremenim naredbama po ZIO 30 (par. 333) i po ZIP-u (268), što znači da je općom formulom predviđeno da se radi osiguranja tih tražbina može odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha takva osiguranja, a zatim su primjerice navedene neke od tih mjera (299/1).

Za mjere koje su primjerice navedene ne bi bilo potrebno dokazivati (učiniti vjerojatnim) da su one *in abstracto* podobne da bi se njima mogla ostvariti zakonom predviđena svrha osiguranja - otklanjanje opasnosti da bi se radnjama protivnika osiguranja spriječilo ili znatno otežalo ostvarenje nenovčane tražbine odnosno da su potrebne da bi se spriječilo nasilje ili nastupanje nenadoknadive štete (arg. iz 298/1, 299/1). Međutim, bilo bi potrebno učiniti vjerojatnim bi se njima *in concreto* postizavala svrha osiguranja, da su *in concreto* funkcionalno podobne za postizavanje naznačenih pravozaštitnih ciljeva privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina (arg. iz 298/1). Za ostale bi mjere bilo potrebno učiniti vjerojatnim da su i *in abstracto* i *in concreto* podobne, s obzirom na svoj sadržaj i formu te usklađenost s općim ovršnopравnim sustavom, za postizavanje tih pravozaštitnih ciljeva (253, 298/1).

Pojedine u Zakonu primjerice navedene privremene mjere, način njihove provedbe i njihovi pravozaštitni učinci bit će u nastavku posebno izloženi.

Privremenim mjerama radi osiguranja nenovčanih tražbina ne stječe se založno pravo. Premda to nije izričito određeno kao u vezi s privremenim mjerama radi osiguranja novčanih tražbina (297/2), trebalo bi *argumento a maiori ad minus* uzeti da pravilo koje to izričito predviđa u vezi s privremenim mjerama radi osiguranja novčanih tražbina vrijedi i za privremene mjere radi osiguranja nenovčanih tražbina. Prvo stoga što se založnim pravom osigurava namirenje iz vrijednosti zaloga **određene novčane tražbine, ili tražbine kojoj je vrijednost izražena u novcu**, dakle novčane protuvrijednosti nenovčane tražbine (arg. iz 301/1 ZVDSP) - izravno se radi osiguranja nenovčane tražbine ne bi moglo zasnovati založno pravo. Drugo, stoga što se stvarna prava mogu steći samo kad su ispunjene sve pretpostavke

određene zakonom (1/6, 305/2), a stjecanje založnoga prava na temelju privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina uopće nije predviđeno zakonom. Treće stoga što se nepostojanje izričite odredbe u OZ-u koja bi isključivala stjecanje založnoga prava na temelju privremenih mjera osiguranja može pripisati redakcijskom lapsusu nastalom u zakonodavnom procesu. Naime, prema odredbi članka 299. stavka 6. OZ odredbe članka 297. stavka 3. i 4. OZ primjenjuju se na odgovarajući način i na privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine. Pritom je očito nepotrebno upućeno na odredbu članka 297. stavka 3. OZ jer identična odredba postoji i u odjeljku OZ-a koji neposredno uređuje privremene mjere radi osiguranja nenovčanih tražbina (299/3). Odredba članka 299. stavka 6. OZ trebala je zapravo umjesto na odredbu članka 297. stavka 3. upućivati na odredbu članka 297. stavka 2. OZ koja izrijeком predviđa da se privremenom mjerom radi osiguranja novčane tražbine ne založno pravo, kao što to pokazuju pripremni materijali za donošenje OZ-a.

2.2. Privremene mjere na pokretninama

Radi osiguranja nenovčane tražbine na pokretninama može se:

- (1) zabraniti protivniku osiguranja da ih otuđi ili optereti, te
- (2) odrediti njihovo oduzimanje i povjeravanje na čuvanje predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi (299/1.1).

Navedene privremene mjere mogu se odrediti alternativno ili kumulativno (302). One bi u osnovi bile **konzervacijskoga** karaktera.

Privremena mjera koja se sastoji u zabrani otuđenja ili opterećenja pokretnina provodi se dostavom zabrane protivniku osiguranja (299/3). Privremena mjera oduzimanja pokretnina i njihovog povjeravanja na čuvanje predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi provodila bi se tako što bi ih sudski ovršitelj oduzeo od protivnika osiguranja i predao predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi (arg. iz 133/1, 253). Sudski bi ovršitelj rješenje o određivanju privremene mjere predavao protivniku osiguranja neposredno prije nego što bi pristupio njenoj provedbi (arg. iz 130/1, 253). Sudski ovršitelj bi bio dužan sastaviti zapisnik u kojemu bi naveo popis oduzetih pokretnina te kome su i kako predane na čuvanje (arg. iz 138, 253).

Osnovni je učinak provedbe zabrane otuđenja i opterećenja pokretnina u tome da je njihovo otuđenje ili opterećenje koje je protivnik osiguranja obavio protivno zabrani bez pravnoga učinka, osim ako ima mjesta primjeni pravila o zaštiti poštenoga stjecatelja (297/4, 299/6). Ključni je problem pravnog učinka te zabrane u odnosu na treće nedostatak publiciteta, nedostatak njene odgovarajuće javne evidencije, što bi osobito dolazilo do izražaja u slučajevima u kojemu pokretnine ne bi bile oduzete protivniku osiguranja i povjerene na čuvanje drugoj osobi, kada bi, dakle, činjenica posjeda govorila u prilog neopterećenoga vlasništva protivnika osiguranja. Upravo bi stoga u takvim slučajevima pokretnine koje su ostale kod protivnika osiguranja trebalo na odgovarajući način obilježiti, slično kao kod pljenidbenoga popisa (133/3, 253).

Učinak bi zabrana koje se tiču pokretnina bio i u tome što bi osobe kojima je zabrana izrečena odgovarale predlagatelju osiguranja za štetu koju bi mu nanijele

time što su, nakon dostave zabrane, postupile protivno zabrani. Osobe kojima je zabrana izrečena mogle bi se osloboditi svoje odgovornosti tako što bi pokretnine na koje se zabrana odnosi položile u sud ako su za to podesne, ili tako što bi ih predale na čuvanje čuvaru ili upravitelju kojega bi na njihov prijedlog odredio sud (299/5).

Privremene mjere zabrane otuđenja i opterećenja pokretnina ne bi mogle spriječiti treće da traže na njima ovrhu ili da stječu mimo raspoložbe protivnika osiguranja neka prava (*arg. a contrario* iz 297/4, 299/6).

Navedene se privremene mjere radi osiguranja na pokretninama mogu nadopuniti drugim zabranama, npr., zabranom njihova skrivanja, oštećenja ili uništenja, promjene (prerade), ili nalogima, npr. nalogom da se dopusti predlagatelju osiguranja njihov povremeni pregled. Sve bi te razne zabrane mogle biti pojačane prijetnjom izricanja kaznenih mjera (*arg. per analogiam* iz 297/7; 16/6).

2.3. Privremene mjere na dionicama, poslovnom udjelu i udjelu

Radi osiguranja nenovčane tražbine na dionicama, poslovnom udjelu ili udjelu, npr. tražbine za prijenos dionica, udjela ili poslovnoga udjela, sud može odrediti:

(1) zabranu otuđenja i opterećenja dionica, udjela ili poslovnoga udjela na koje je upravljena tražbina, uz zabilježbu zabrane u knjigu dionica, udjela ili poslovnih udjela, a po potrebi i u sudskom upisniku;

(2) zabranu korištenja ili raspolaganja pravima po osnovi takvih dionica, udjela ili poslovnih udjela. Treba uzeti da bi i tu zabranu sud mogao osnažiti upisom u knjigu dionica, udjela ili poslovnih udjela te u sudski registar;

(3) povjeravanje dionica, udjela ili poslovnih udjela na upravu trećoj osobi;

(4) postavljanje privremene uprave (trgovačkom) društvu (299/1.2).

Navedene mjere mogu se odrediti alternativno ili kumulativno. One bi bile u osnovi **konzervacijskoga** karaktera, ali bi mogle imati i značenje **regulacijskih** privremenih mjera.

Zabrane sadržane u navedenim mjerama smatraju se provedenima dostavom osobi koje se tiču, odnosno odgovarajućem upisniku (299/3). Trebalo bi uzeti da bi dostavom odgovarajućem upisniku odnosno osobi koje se tiču bila provedena i privremena mjera povjeravanja dionica, udjela i poslovnih udjela na upravu trećoj osobi, između ostaloga i stoga što takva dispozicija implicira zabranu drugima da upravljaju onime što je na upravu povjereno trećem. Prema trećima bi postavljanje privremene uprave djelovalo od upisa u sudski registar, a interno od dostave privremene mjere trgovačkom društvu, odnosno od trenutka u kojemu bi se privremeni upravitelj kao takav legitimirao u društvu.

O učinku navedenih zabrana v. *ad* 2.2.

2.4. Privremene mjere na drugim pravima

Radi osiguranja nenovčane tražbine na drugim pravima na koje je upravljena tražbina, npr. tražbine za prijenos odnosnih prava, može se odrediti:

(1) zabrana otuđenja i opterećenja tih prava, i

(2) povjeravanje uprave tim pravima trećoj osobi (299/1.3).

Premda su navedene mjere određene u Zakonu kumulativno, nema zapreke da

biti određene i alternativno (arg. iz 299/1). One bi u osnovi bile **konzervacijskoga** karaktera.

O provedbi zabrane i odredbe o povjeravanju uprave trećoj osobi v. *ad* 2.2.

O učincima zabrane v. *ad* 2.2.

2.5. Privremene mjere na nekretninama

Radi osiguranja nenovčane tražbine na nekretnini upisanoj u zemljišnoj knjizi, npr. tražbine na prijenos vlasništva i predaje u posjed, sud može odrediti:

(1) zabranu otuđenja i opterećenja nekretnine na koju je upravljena tražbina ili stvarnih prava upisanih na nekretnini na koja je upravljena tražbina, uz zabilježbu zabrane u zemljišnu knjigu;

(2) oduzimanje nekretnine i njezino povjeravanje na čuvanje i upravu predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi (299/1.4).

Navedene bi se mjere mogle odrediti alternativno ili kumulativno (302) i bile bi u osnovi **konzervacijskoga** karaktera.

Zabrana koja bi bila određena u odnosu na nekretninu provodila bi se dostavom osobi koje se tiče odnosno zemljišnoknjižnom odjelu suda (299/3).

Mjera oduzimanja nekretnine i njene predaje na upravu provodila bi se uz odgovarajuću primjenu pravila o ovrsi radi ispražnjenja i predaje nekretnine (225-229; v.).

Učinak zabilježbe zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine bio je u tome što se upisom obavljenim u zemljišnoj knjizi na temelju dobrovoljne raspoložbe protivnika osiguranja, nakon upisa zabilježbe zabrane, mogu steći u odnosu na predlagatelja osiguranja kakva prava na nekretnini ili pravu na njoj upisanom samo ako predlagatelj osiguranja bude pravomoćno odbijen sa svojim zahtjevom u postupku koji je pokrenuo radi ostvarenja tražbine za čije je osiguranje zabilježba upisana.⁶⁰ Na temelju ovršne isprave stečene u postupku koji je pokrenuo protiv protivnika osiguranja radi ostvarenja tražbine za čije je osiguranje zabilježba zabrane upisana te dokaza da je osoba koja je stekla određeno pravo na nekretnini ili pravu upisanom na nekretnini na temelju dobrovoljne raspoložbe protivnika osiguranja to pravo stekla nakon upisa zabrane, predlagatelj osiguranja može izravno protiv te osobe tražiti ovrhu radi ostvarenja svoga prava utvrđenoga ovršnom ispravom. (299/4.) Dokaz o načinu (osnovi) i vremenu otuđenja (stjecanja) bio bi izvadak iz zemljišne knjige (arg. iz 77/1, 253).

O parastvarnopravnom učinku zabrana otuđenja nekretnine zabilježene u zemljišnoj knjizi te o stjecanju na temelju nje **uvjetnog prava na namirenje relativnoga djelovanja** v. *ad* II.2.4.

2.6. Privremena mjera na tražbinama protivnika osiguranja

Radi osiguranja nenovčane tražbine na nenovčanoj tražbini koju protivnik osiguranja ima prema nekoj trećoj osobi, sud može odrediti zabranu dužniku

⁶⁰ Ako bi određena privremena mjera bila ukinuta, zabilježbu bi trebalo brisati neovisno o ishodu parnice. Time bi se anulirali i njeni učinci.

protivnika osiguranja da protivniku osiguranja preda stvari, prenese koje pravo ili obavi koju drugu nenovčanu činidbu na koju je upravljena tražbina (299/1.5). Ta bi se zabrana mogla osnažiti zabranom protivniku osiguranja da primi ispunjenje tražbine te zabranom protivniku osiguranja da njome raspolaže (*arg. per analogiam* iz 297/1.4).

Prve bi dvije zabrane imale svoga smisla samo ako bi se kumulativno određivale. U svakom slučaju zabrana koja ne bi bila notificirana dužniku protivnika osiguranja ne bi mogla proizvoditi relevantni učinak. Premda bi se moglo uzeti da bi zabrana dužniku protivnika osiguranja da ispuni svoju obvezu protivniku osiguranja implicirala i zabranu ispunjenja obveze trećima na temelju raspoložbe protivnika osiguranja, da bi se izbjegla bilo kakva dvojba glede toga, bilo bi korisno uz tu zabranu izričito kumulirati i zabranu dužniku da tražbinu ne ispuni ni trećima na temelju raspoložbe protivnika osiguranja.

Treća bi se zabrana mogla ticati npr. cesije, odreknuća, prijeboja i drugih mogućih raspoložbi koje bi mogle dovesti do prestanka, izmjene sadržaja ili opterećenja tražbine. Trebalo bi uzeti da bi raspoložbe s tražbinom protivno zabrani bile bez pravnoga učinka, osim ako ne bi bilo mjesta primjeni pravila o zaštiti poštenoga stjecatelja (*arg. per analogiam* iz 297/4).

Navedene bi se zabrane smatrale provedenima dostavom rješenja kojim su određene osobi kojoj su izrečene (299/3). Učinak bi tih zabrana bio u tome što bi predlagatelj osiguranja mogao od dužnika protivnika osiguranja tražiti u parnici naknadu štete koju mu je nanio time što je postupio protivno zabrani (299/5). Predlagatelju osiguranja bi protiv dužnika protivnika osiguranja, ali i protivnika osiguranja, pripadala i druga prava po općim pravilima obveznoga prava o zabranjenim odnosno protupravnim radnjama (*arg. per analogiam* iz 297/6).

O učincima zabrana v. *ad* 2.2.

Zabrana dužniku protivnika osiguranja ne može spriječiti treće da traže ovrhu na tražbini ili da na njoj neovisno o raspoložbama protivnika osiguranja stječu neka prava.

Osobe kojima je zabrana izrečena mogu se osloboditi svoje odgovornosti tako da polože u sud predmete na koje se zabrana odnosi ako su za to podesni, ili tako da ih predadu čuvaru ili upravitelju kojega na njihov prijedlog odredi sud (299/5).

2.7. Privremena mjera zabrane štetnih radnji

Radi osiguranja nenovčane tražbine, npr. tražbine da se ukloni izvor opasnosti (156 ZOO), ako se time postiže svrha osiguranja, sud može odrediti zabranu protivniku osiguranja da poduzima radnje koje mogu nanijeti štetu predlagatelju osiguranja (299/1.6).

Ova bi se privremena mjera provodila dostavom zabrane protivniku osiguranja (299/3) i mogla bi biti i **anticipacijskoga** i/ili **konzervacijskoga** karaktera.

O učincima ove mjere v. *ad* 2.2.

U praksi će često ovu privremenu mjeru biti potrebno dopunski osnažiti prijetnjom novčanom kaznom ili kaznom zatvora (233, 253; 16).

2.8. Privremena mjera zabrane promjene na stvarima

Radi osiguranja nenovčane tražbine, npr. na predaju određenih ili zamjenljivih stvari, sud može, ako se time postiže svrha osiguranja, zabraniti protivniku osiguranja da provede promjene na stvarima na koje je upravljena tražbina (299/1.6).

Ova bi se privremena mjera provodila dostavom zabrane protivniku osiguranja (299/3) i bila bi **konzervacijskoga** karaktera.

O učincima ove mjere v. *ad* 2.2.

U praksi će često ovu privremenu mjeru biti potrebno osnažiti prijetnjom novčanom kaznom ili kaznom zatvora (233, 253; 16). Umjesto te mjere predlagatelj osiguranja bi eventualno mogao tražiti oduzimanje stvari i njihovo provjeravanje na čuvanje njemu ili trećoj osobi (299/1.1.; v. *ad* 2.2)

2.9. Nalog za obavljanje određenih radnji

Radi osiguranja nenovčane tražbine sud može, ako se time postiže svrha osiguranja, naložiti protivniku osiguranja da obavi određene radnje potrebne (1) da bi se sačuvale pokretne ili nekretnine ili (2) da bi se održalo postojeće stanje stvari (299/1.7). Tu bi privremenu mjeru bilo moguće dopuniti sredstvom kojim bi se ona prisilno ostvarila (293/2, 294/1). Izbor sredstava prisile ovisio bi o tome radi li se o radnji koju može obaviti samo protivnik osiguranja ili ne. Ako bi se radilo o radnji koju može obaviti samo protivnik osiguranja, sredstvo prisile bi se sastojalo u izricanju novčane kazne (232; 253). Ako bi se radilo o radnji koju bi mogla obaviti i koja druga osoba, tada bi trebalo ovlastiti predlagatelja osiguranja da sam ili preko treće osobe poduzme tu radnju (231, 253; v. *ad* 2.10).

Ova bi se privremena mjera provodila dostavom protivniku osiguranja (334/2 ZPP;⁶¹ 19, 253; 11/4).

Ako protivnik osiguranja ne bi postupio u skladu s nalogom da obavi određene radnje, odgovarao bi za štetu koju bi time prouzrokovao predlagatelju osiguranja po općim pravilima obveznoga prava.

2.10. Ovlaštenje na zadržavanje stvari

Radi osiguranja nenovčane tražbine, ako se time postiže svrha osiguranja, sud može ovlastiti predlagatelja osiguranja da zadrži stvari protivnika osiguranja koje se kod njega nalaze i na koje se tražbina odnosi, sve dok se parnica pravomoćno ne završi (299/1.8).

Ova bi se privremena mjera provodila dostavom strankama (334/2 ZPP; 19, 253; 11/4) i bila bi **konzervacijskoga** karaktera.

2.11. Ovlaštenje na poduzimanje radnji ili na nabavu stvari

Radi osiguranja nenovčane tražbine, ako se time postiže svrha osiguranja, sud može ovlastiti predlagatelj osiguranja da sam ili preko treće osobe (1) obavi

⁶¹ Prema odredbi članka 334. stavka 2. ZPP presuda ima učinak prema strankama tek od dana kad im je dostavljena.

određene radnje ili da (2) nabavi određene stvari, osobito radi uspostave prijašnjega stanja (299/1.9). Radilo bi se u pravilu o privremenim mjerama radi osiguranja tražbina na radnje koju može obaviti i druga osoba (231; 253), tražbine na uspostavu prijašnjega stanja (234; 253), odnosno tražbina na predaju određenih stvari (221; 253).

Ako bi za to bile ispunjene pretpostavke za određivanje privremenih mjera radi osiguranja navedenih nenovčanih tražbina, sud bi uz ovlaštenje dano predlagatelju osiguranja mogao odrediti i privremenu mjeru kojom bi se protivniku osiguranja naložila isplata iznosa potrebnog za obavljanje radnje, uspostave prijašnjega stanja odnosno nabavke određene stvari (221, 231, 234; 253). Nalog za isplatu novca trebalo bi dopuniti određivanjem sredstva kojim bi se na određenom predmetu taj nalog mogao prisilno ostvariti (293/2, 294/1).

Privremena mjera kojom bi se predlagatelj osiguranja na nešto ovlašćivao provodila bi se dostavom predlagatelju osiguranja (334/2 ZPP, 19/1; 11/4).

Privremene mjere predviđene odredbom članka 299. stavka 1. točke 9. imale bi značenje **anticipacijskih** privremenih mjera.

Ono što je rečeno radi osiguranja tražbine radi predaje određenih stvari vrijedilo bi na odgovarajući način i za osiguranje tražbine radi predaje zamjenljivih stvari (232, 233; 253).

2.12. Privremene mjere u radnim sporovima

U vezi s radnim sporovima sud može, već prema prirodi prava koje je ugroženo i koje je posredan predmet spora, odrediti:

(1) privremeno vraćanje zaposlenika na rad,⁶²

(2) plaćanje naknade za vrijeme radnoga spora, ako je to nužno za njegovo uzdržavanje i osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati (299/1.10).

Prva od navedenih privremenih mjera radi osiguranja prava iz radnih odnosa sadržajno bi se podudarala s presudom kojom bi se u radnom sporu nalagalo vraćanje radnika na rad i na temelju koje bi se, nakon njezine pravomoćnosti (i ovršnosti), mogla tražiti ovrha (usp. 239/1). Razlika bi bila tek u tome što bi privremena mjera imala karakter provizorne odluke vremenski ograničenog važenja. Upravo bi zbog te sadržajne podudarnosti uz dispoziciju kojom bi se određivalo vraćanje radnika na rad trebala odrediti i sredstva kojom bi se ona mogla prisilno ostvariti (293/2, 294/1). To bi se postizavalo izricanjem novčanih kazni (239/1; 253).

Druga od navedenih privremenih mjera radi osiguranja prava iz radnih odnosa imala bi zapravo značenje kondemnacije za plaćanje određene svote novca. Zato bi uz tu privremenu mjeru trebalo odrediti i sredstvo kojim bi se ona prisilno ostvarila, dakle koje od sredstava za naplatu novčanih tražbina (293/2; 294/1, 2). Iz sadržaja odredbe članka 299. stavka 1. točke 10. OZ proizlazilo bi da bi naknada čije bi plaćanje bilo određeno trebala odgovarati sredstvima koja bi bila nužna za

⁶² Ta je privremena mjera predviđena i člankom 115. stavkom 2. ZOR.

uzdržavanja predlagatelja osiguranja i osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati.

Obje navedene privremene mjere radi osiguranja prava iz radnih odnosa imale bi značenje tzv. **anticipacijskih** privremenih mjera - privremenih mjera kojima bi se prije ispunjenja uvjeta za ovrhu tražbina prisilno ostvarivala. One bi istodobno imale i značenje **regulacijskih** privremenih mjera jer bi se njima provizorno uređivao odnos među strankama.

U radnim sporovima sud može i po **službenoj dužnosti** odrediti privremene mjere u skladu s OZ-om radi sprečavanja nasilnoga postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete. Protiv rješenja kojim se određuju takve mjere nije dopuštena žalba. (435 ZPP.)

IV. Privremene mjere radi osiguranja pravnih odnosa i pravnoga reda

1. Općenito

Općenita mogućnost privremenog uređenja spornog odnosa među strankama po prvi put je u hrvatskom pravu predviđena Ovršnim zakonom - to sud može učiniti ako je to nužno radi sprečavanja nastanka nenadoknadive ili teško nadoknadive štete, nasilja ili ako je iz drugih važnih razloga to potrebno radi osiguranja pravnoga reda. Citiranjem je odredbom u hrvatsko pravo unesen, uz određena odstupanja, po uzoru na odredbu par. 940. DZPO,⁶³ institut tzv. **regulacijskih privremenih mjera**.

O stavu austrijske teorije i prakse da se na osiguranje prava i pravnih odnosa zapravo odnose privremene mjere koje se određuju radi sprječavanja nasilja ili nastanka nenadoknadive štete koja prijeti (par. 381/2 AEO) v. *ad* VI.1.4.

Uvođenjem opće mogućnosti privremenoga uređenja spornih odnosa bitno su osnažena provizorna preventivna i represivna ovlaštenja suda, njegova je regulacijska funkcija definitivno dobila nespornu opću pravnu osnovu.

Premda se vjerojatnost⁶⁴ postojanja pretpostavaka za određivanje regulacijske privremene mjere izričito ne spominje, ona se sama po sebi podrazumijeva. Prvo stoga što na toj razini uvjerenosti treba utvrditi pretpostavke za određivanje privremenih mjera radi osiguranja tražbina koje same po sebi čine elemente pravnih odnosa (*argumento per analogiam*, *argumento ad minori ad maius* iz 196/1, 198/1); drugo zato što se regulacijska privremena mjera određuje prije nego što su prava stranaka izvjesno (pravomoćno) utvrđena, zbog čega je njezin učinak nužno privremen.

O pojmu vjerojatnosti v. *ad* II.1.2. i II.1.3.

⁶³ Par. 940: Regelungsverfügung. Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regulierung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

⁶⁴ Za njemačko pravo usp. SCHUSCHKE-WALKER, op. cit., 425.

2. Pretpostavke za osiguranje

2.1. Općenito

Opća je pretpostavka za određivanje regulacijske mjere vjerojatnost postojanja nekog spornog pravnog odnosa kao objekta osiguranja.

Pored te opće pretpostavke, alternativno trebaju biti ispunjene tri pretpostavke:

(1) nužnost uređenja spornoga odnosa radi sprječavanja nastanka nenadoknadi-
dive ili teško nadoknadi-
dive štete, ili

(2) nužnost uređenja spornoga odnosa radi sprječavanja nasilja, ili

(3) potreba za osiguranjem pravnoga reda iz drugih važnih razloga (299/2).

2.2. Objekt osiguranja

Prva je pretpostavka za određivanje regulacijskih privremenih mjera **vjerojatnost postojanja određenog spornog pravnog odnosa** među strankama. To znači da bi predlagatelj osiguranja trebao učiniti vjerojatnim (1) postojanje nekog pravnog odnosa i (2) da je on sporan.⁶⁵

Trebalo bi uzeti da bi odnos bio sporan ako bi među strankama bilo sporno njegovo postojanje ili pravna valjanost, odnosno ako bi bila sporna prava i obveze koji iz njega proizlaze. Odnos bi, međutim, bio sporan i onda kada bi protivnik osiguranja jednostavno poduzeo radnju kojom bi ga povrijedio, npr. kada bi susjed s gradnjom prešao među; zatim onda kada bi se protupravnom radnjom pravni odnos tek zasnovao, npr. objavom neistinitog članka; dalje, onda kada bi tek prijetila povreda odnosa, npr. kada bi sudionik na natječaju svojim ponašanjem jasno nagovijestio, recimo odgovarajućim usmenim ponudama, da će u slučaju povoljnoga ishoda dati nedopušteni popust u cijeni. U posljednjem bi slučaju svakako morala neposredno predstojati jedna sasvim konkretna radnja kojom bi se odnos mogao povrijediti, a ne samo jedna općenita bojazan da bi do povrede moglo doći.⁶⁶

Objektom regulacijskoga osiguranja u pravilu će biti trajniji pravni odnosi, npr. ugovorni obveznopravni odnosi poput radnog odnosa, zakupnog ili najamnog odnosa, licencnog odnosa, odnosa o trajnijem obavljanju određenih usluga, o trajnijem isporučivanju određene robe; zatim neki stvarnopravni odnosi poput suvlasništva, stvarne ili osobne služnosti; dalje odnosi u vezi s trgovačkim društvima, ortakluk, obiteljski odnosi. Tu bi spadali i izvanugovorni (zakonski) obvezni odnosi iz društvenoga ili gospodarskoga doticaja kao što su to susjedski odnosi i odnosi iz tržišne utakmice. I odnosi između poslodavaca i sindikata te između zaposlenika i zaposleničkog vijeća bi također mogli biti objektom takve zaštite.⁶⁷

⁶⁵ Za njemačko pravo usp. SCHUSCHE-WALKER, op. cit., 425, 426.

⁶⁶ Usp. za njemačko pravo SCHUSCHE-WALKER, op. cit., 426.

⁶⁷ Za njemačko pravo usp. SCHUSCHE-WALKER, op. cit., 425.

Objektom regulacijske zaštite mogli bi, međutim, biti i pravni odnosi koji nisu trajnijeg karaktera, čiji sadržaj npr. čini jedna jedina tražbina, npr. tražbina na povrat samovlasno oduzete stvari.⁶⁸ Treba se raditi o takvim spornim odnosima iz kojih mogu proizaći konkretne tražbine predlagatelja osiguranja protiv protivnika osiguranja, iako one još uvijek ne moraju postojati. Jer se uređenje spornog odnosa u konačnici tiče osiguranja tih tražbina.⁶⁹ Upravo bi stoga moglo doći do koincidencije objekta regulacijske zaštite i objekta zaštite koja se ostvaruje privremenim mjerama radi osiguranja nenovčanih tražbina, pa bi se stoga te mjere mogle (iako ne bi morale) i sadržajno podudarati.

Budući da bi se privremeno uređenje spornih odnosa u pravilu sastojalo u privremenom određivanju (nekih) prava i obveza koji bi iz njih proizlazili za njihove sudionike, ono bi obuhvaćalo i privremeno određivanje sadržaja tih prava i obveza. Radi osiguranja tako određenih prava (tražbina) bilo bi moguće uz regulacijsku mjeru odrediti i privremenu mjeru radi njihova osiguranja, dakle koju od privremenih mjera kojima se osiguravaju novčane ili nenovčane tražbine.

Regulacijska zaštita bi svakako mogla doći do izražaja u slučajevima u kojima bi se u glavnom parničnom postupku tražila konstitutivna zaštita. Regulacijskom bi se zaštitom nastojalo u sadašnjosti osigurati prava predlagatelja osiguranja koja bi on mogao steći uspješnim okončanjem parničnoga postupka, npr. u slučaju poništaja nekog ugovora (113 ZOO) ili raskida zbog promijenjenih okolnosti (132 ZOO).

Cilj regulacijske mjere nije osiguranje općeg pravnog mira između stranaka u sporu, već osiguranje sasvim konkretnoga odnosa između određenih stranaka, iz kojega mogu proizaći tražbine koje se mogu prisilno ostvariti.⁷⁰

Predlagatelj bi osiguranja bio dužan tako činjenično i dokazno supstancirati svoje tvrdnje o postojanju odnosa koji je objekt osiguranja, o pravima i obvezama koje čine njegov sadržaj te o okolnostima iz kojih proizlazi da je pravni odnos između stranaka sporan, da uvjeri sud u njihovu vjerojatnost.⁷¹

2.3. Nužnost uređenja spornoga odnosa radi sprečavanja nastanka nenadoknadive ili teško nadoknadive štete

Nužnost uređenja spornoga odnosa radi sprečavanja nastanka nenadoknadive ili teško nadoknadive štete jeste prva od tri alternativno predviđenih pretpostavaka

⁶⁸ Usp. za njemačko pravo SCHUSCHE-WALKER, op. cit., 426.

⁶⁹ Usp. SCHUSCHKE-WALKER, op. cit., 426., polemizirajući s BAUMBACH-LAUTERBACH-HARTMANN, Zivilprozessordnung, 53. izd., 1995, kom. uz par. 940, po kojima par. 940. DZPO služi uglavnom osiguranju pravnoga mira (*Rechtsfrieden*). SCHUSCHE-WALKER, op. cit., 426, 427, argument za svoj stav pronalaze u okolnosti da opći pravni mir (*allgemeine Rechtsfrieden*) ne može biti predmetom postupka u glavnoj stvari na koji bi predlagatelj osiguranja trebao biti upućen u povodu izdane privremene mjere (par. 926 DZPO). Tu bi argumentaciju trebalo, čini se, shvatiti u smislu da ono što ne bi moglo biti predmetom zaštite u glavnoj stvari ne bi moglo biti predmetom privremene regulacijske zaštite.

⁷⁰ Usp. za njemačko pravo SCHUSCHE-WALKER, op. cit., 425.

⁷¹ Usp. SCHUSCHKE-WALKER, op. cit., 427.

za određivanje regulacijske mjere (299/2; v. ad 2.1).

Dokazujući vjerojatnost te pretpostavke, predlagatelj osiguranja bi trebao učiniti vjerojatnim (1) **opasnost** nastupanja nenadoknadive ili teško nadoknadive štete i (2) da je predloženo uređenje spornoga odnosa **nužno** radi otklanjanja te opasnosti.

Opasnost koju bi trebalo učiniti vjerojatnom bila bi **objektivna**. O pojmu objektivne opasnosti v. ad II.1.4.

2.4. Nužnost uređenja spornoga odnosa radi sprječavanja nasilja

Nužnost uređenja spornoga odnosa radi sprječavanja nastanka nasilja jeste druga od tri alternativno predviđenih pretpostavaka za određivanje regulacijske mjere (299/2; v. ad 2.1).

Dokazujući vjerojatnost te pretpostavke, predlagatelj osiguranja bi trebao učiniti vjerojatnim (1) da je (1.1) stanje nasilja već nastalo ili (1.2) opasnost njegova nastanka, te (2) da je predloženo uređenje spornoga odnosa **nužno** radi otklanjanja toga stanja ili radi njegovoga sprječavanja u budućnosti. Naime, izraz spriječiti nasilje trebalo bi u kontekstu odredbe članka 299. stavka 2. OZ shvatiti i u njegovom represivnom i preventivnom značenju (v. ad III.1.4.).

Opasnost nasilja koju bi trebalo učiniti vjerojatnom bila bi **objektivna** (v. ad III.1.4.).

2.5. Potreba osiguranja pravnoga reda iz važnih drugih razloga

Potreba osiguranja pravnoga reda iz drugih važnih razloga, dakle ne zbog sprečavanja nasilja i otklanjanja nenadoknadive ili teško nadoknadive štete, jeste treća od tri alternativno predviđenih pretpostavaka za određivanje regulacijske mjere (299/2; v. ad 2.1.).

Dokazujući vjerojatnost te pretpostavke, predlagatelj bi osiguranja bio dužan učiniti vjerojatnim (1) da je iz kojeg drugog važnog razloga (1.1) ugrožen ili (1.2) povrijeđen pravni red te (2) da je uređenje spornoga odnosa potrebno radi osiguranja toga ugroženog pravnoga reda.

Pojam pravnoga reda jeste pravni standard čiji sadržaj nije ni okvirno definiran u Ovršnom zakonu niti ga je sudska praksa imala prilike pobliže utvrditi. Treba uzeti da bi taj pojam implicirao takvo stanje odnosa među pravnim subjektima koje bi karakterizirala pravna izvjesnost, spremnost stranaka da se u ostvarivanju svojih prava i obveza iz određenih odnosa drže pravno utvrđenih kriterija i procedure, nepostojanja akutne opasnosti protupravnoga ponašanja itd.

Stoga bi se akutna stanja pravne neizvjesnosti zbog kojih bi moglo doći do ozbiljnih poremećaja u pravnim odnosima među strankama (kao npr. u slučaju spora o tome: - jesu li odluke kojega tijela dioničkoga društva o imenovanju drugih tijela društva pravno valjane; - treba li i na koji način omogućiti jednom od roditelja da održava kontakte s djecom; - imaju li pravo i uz koje uvjete bračni drugovi tijekom brakorazvodnoga spora koristiti zajedničku imovinu, itd.), nepridržavanje pravno utvrđenih kriterija i procedure u ostvarivanju prava i obveza sudionika nekih odnosa (kao npr. u slučaju spora o tome: - donose li tijela društva odluke koje se tiču

poslovanja, dividendi itd., u supstancijalnom i procesnom smislu, u skladu sa zakonom i autonomnim pravnim izvorima; - pridržavaju li se ortaci ili suvlasnici u svojim međusobnim odnosima i u odnosima prema trećima zakona i autonomnih pravnih akata koji uređuju te odnose, itd.), akutna stanja opasnosti protupravnoga ponašanja koja bi mogla ozbiljno ugroziti prava i obveze sudionika u odnosu (kao npr. u slučaju spora o tome: - smije li jedan od susjeda poduzimati određene radnje; - smije li zakupac poduzimati određene radnje, itd.), itd., mogli smatrati takvim slučajevima povrede ili ugroženosti pravnoga reda koji bi se mogli kvalificirati kao važni razlozi za donošenje regulacijske mjere kojom bi se pravni red ponovno uspostavio ili očuvao.

Regulacijska bi, dakle, zaštita radi uspostave pravnoga reda mogla biti represivna i/ili preventivnoga karaktera, u ovisnosti o tome je li on u konkretnome slučaju povrijeđen ili tek ugrožen. U slučaju ugroženosti pravnoga reda pretpostavka bi za određivanje regulacijske mjere zapravo bila svojevrsna **objektivna opasnost** njegove povrede (v. *ad* III.1.4.). Stanje stvoreno povredom ili ugroženošću pravnoga reda treba biti takvo da opravdava pravozaštitnu (regulacijsku) intervenciju suda - ono mora opravdati **pravni interes** predlagatelja osiguranja za tom intervencijom.

3. Vrste regulacijskih mjera

Pojedine regulacijske mjere nisu ni primjerice određene u Zakonu. To znači da bi te mjere trebalo primjeriti svakom konkretnom slučaju. One se mogu sastojati u normiranju odnosa među strankama konstitutivnim određivanjem njihova sadržaja, u davanju određenih ovlaštenja, izdavanju naloga, zabrana, imenovanju određenih osoba s određenim ovlaštenjima, povjeravanjem određenim osobama obavljanja određenih radnji itd. Pojedine od dispozicija kojima bi se uređivao odnos među strankama mogle bi biti dopunjene određivanjem sredstava kojima će se prisilno ostvariti (293/2, 294/1).

Regulacijska će se zaštita sadržajno često podudarati s privremenim mjerama radi osiguranja novčanih i nenovčanih tražbina,⁷² u pravilu nenovčanih.

Regulacijskim će mjerama biti mjesta, npr., i onda kada bude trebalo urediti odnose među strankama u povodu deklaratornih i konstitutivnih parnica kako bi se mogla zaštititi prava i obveze stranaka koja bi mogla nastati ako deklaratorni odnosno konstitutivni zahtjev bude prihvaćen (v. *ad* I. 2.5-2.8).

Pri određivanju regulacijskih mjera sud je dužan voditi računa (1) o sadržaju pravne zaštite koja se može pružiti u glavnom kognicijskom (parničnom i izvanparničnom) postupku, ostvarivanju koje one trebaju u krajnjoj liniji i služiti, (2) o važećem sustavu ovršnopravnih sredstava kojima se prisilno ostvaruje

⁷² Premda se odredba o regulacijskim mjerama nalazi u odjeljku koji nosi naslov "3. Privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine" (298, 299), što odgovara i redakcijskom pristupu u njemačkom i (uvjetno rečeno) austrijskom pravu, one po svom pravozaštitnom objektu, pretpostavkama, sadržaju i učincima pravozaštitne intervencije služe osiguranju pravnih odnosa iz kojih mogu proizlaziti novčane i nenovčane tražbine.

građanskopravni poredak te (3) o zakonom određenoj funkciji tih mjera.

Funkcija regulacijskih mjera, već prema prirodi konkretnoga slučaja, može biti preventivnog i/ili represivnog, odnosno konzervacijskoga, anticipacijskoga i/ili čistoga regulacijskoga karaktera. Sadržaj i intenzitet zaštite koji se njima pruža treba biti takav da spriječi nastanak nenadoknadive ili teško nadoknadive štete ili nasilja, odnosno da osigura poremećeni ili ugroženi pravni red; u tom smislu ona u pravilu treba biti ispod razine kvalitete i kvantitete zaštite koja se može odrediti u glavnom kognicijskom postupku i koja se pruža ovrhom, premda će se, ako to bude nužno radi osiguranja pravozaštitnoga cilja tih mjera, te dvije razine zaštite ponekad međusobno sadržajno i podudarati. U svakom će slučaju, međutim, učinak regulacijskih mjera biti vremenski ograničen.

U izboru regulacijskih mjera treba nastojati da se, osim kad se to ne može izbjeći, ne određuju mjere ireverzibilnoga, ireparabilnoga učinka. Premise za određivanje i provedbu tih mjera utvrđuju se na razini vjerojatnosti, njihova je funkcija provizornoga karaktera, one u pravilu trebaju samo osigurati uvjete za buduće ostvarenje prava u pravom ovršnom postupku, one tek trebaju (u pravilu) biti opravdane u odgovarajućem kognicijskom postupku.

I pri određivanju regulacijskih mjera treba uzeti u obzir pravilo da u izboru između više mjera koje je moguće odrediti, treba odrediti onu koja je najprikladnija da bi se ostvarila svrha osiguranja, a ako su sve jednako prikladne, onu koja je najmanje tegobna za protivnika osiguranja (302/2).

4. Osiguranje kao pretpostavka za određivanje regulacijske mjere

Osiguranje kao uvjet za određivanje regulacijske mjere može se dvojako postaviti - kao uvjet za njeno određivanje ispunjenje kojega bi nadomještavalo opće pretpostavke za njeno određivanje (300) te kao dopunski uvjet uz te pretpostavke (301) (v. ad II.1.6.).

V. Završne napomene

Izloženo novo uređenje vrsta privremenih mjera i pretpostavaka za njihovo određivanje, osobito privremenih mjera radi osiguranja pravnih odnosa i pravnoga reda trebalo bi dovesti do bitnog proširenja zone provizorne represivno-preventivne sudske zaštite te povećati razinu njene pravne učinkovitosti. Valja ipak pričekati stanovito vrijeme da se do kraja shvate novine koje je glede toga u hrvatsko pravo osiguranja unio Ovršni zakon te da se one provjere i afirmiraju u praksi.

Korisnu ulogu u svemu tome mogli bi imati radovi koji bi prenosili različita komparativna iskustva u primjeni analognih pravnih rješenja. To je uostalom i jedan od ciljeva ovoga članka.

Summary

PROVISIONAL MEASURES UNDER THE 1996 EXECUTION ACT

The Author examines the provisional measures under the 1996 Execution Act, prerequisites for their ordering and their legal effects.

The Article particularly discusses the notion of the claims that could be secured, possibilities of ordering provisional measures in connection with declaratory and constitutive actions and a new institute of provisional measures for securing legal order.

The Author tries to give a definition of the notion of provisional measures according to their recently radically changed protective function.

Key words: *provisional measures, claim, possibility, danger, violence, irrecoverable damage, legal order.*

Zusammenfassung

**ARTEN EINSTWEILIGER VERFÜGUNGEN GEMÄSS DES
ZWANGSVOLLSTRECKUNGSGESETZES**

Es werden Arten einstweiliger Verfügungen der Versicherung gemäss des Zwangsvollstreckungsgesetzes von 1996, Voraussetzungen für ihre Anberaumung und die Rechtswirkungen ihrer Anberaumung betrachtet. Besondere Aufmerksamkeit wird der Bestimmung des Begriffs der Forderung, die versichert wird, gewidmet, den Möglichkeiten zur Anberaumung einstweiliger Verfügungen anlässlich deklaratorischer und konstitutiver Klagen sowie dem neuen Institut einstweiliger Verfügungen zwecks Sicherung der Rechtsgrundlagen und Rechtsordnung. Es wird versucht, den Begriff der einstweiligen Verfügungen unter dem Aspekt der Änderungen ihrer (erweiterten) Rechtsschutzfunktionen zu definieren.

Schlüsselwörter: *einstweilige Verfügungen, Forderung, Wahrscheinlichkeit, Gefahr, Gewalt, unersetzbarer Schaden, Rechtsordnung.*

**NACIONALNA I MEĐUNARODNA ZAŠTITA
KULTURNIH PREDMETA S POSEBNIM OSVRTOM NA UNIDROIT
KONVENCIJU O UKRADENIM ILI ILEGALNO IZVEZENIM
KULTURNIM PREDMETIMA, OD 24. LIPNJA 1995.
(dalje: UNIDROIT KONVENCIJA)¹**

Dr. sc. Krešimir Sajko, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.232
339.19(094.2)
7.025(094.2)
Ur.: 5. lipnja 1998.
Pr.: 20. lipnja 1998.
Izvorni znanstveni članak

Već stoljećima se pravno štite kulturni predmeti. Moderan režim takve zaštite utvrđuju nacionalna prava i određeni broj međunarodnih ugovora.

Sustav nacionalnog prava propisuje privatnopravni ustroj mogućnosti stjecanja i gubitka vlasništva na kulturnim predmetima. Katkada se donose posebni propisi kojima se isključuje ili ograničava primjena općeg stvarnopravnog režima na određene vrste kulturnih predmeta, sve radi zaštite domaće (nacionalne) kulturne baštine. Što se tiče međunarodnih ugovora, njima se ujednačuju među državama ugovornicima razna rješenja u cilju što efikasnije međunarodne zaštite.

U ovom napisu pisac analizira izabrane nacionalne propise, zatim rješenja Europske Unije, da bi potom ukazao na osnovne značajke i važnost UNIDROIT konvencije iz 1995. U zaključnim napomenama se ukazuje na interes Hrvatske da potvrdi (ratificira) navedenu UNIDROIT konvenciju, koja je stupila na snagu 1. srpnja 1998. Tu Konvenciju Hrvatska je potpisala već 24. lipnja 1995.

UNIDROIT konvencija, iako sadrži mnoga kompromisna rješenja, po prvi put na općoj međunarodnoj razini utvrđuje načelo pravne zaštite nacionalne kulturne baštine, omogućuje, pod određenim pretpostavkama, povrat ukradenih i ilegalno izvezenih predmeta. Zbog toga pisac smatra da je od znatnog interesa za Hrvatsku, jednako kao i za druge "države izvoznice" kulturnih predmeta, da postane što prije ugovornica te Konvencije.

¹ Istraživanja vezana uz pripremanje ovog rukopisa potpomogli su UNIDROIT (Rim) i Vijeće Europe (Strasbourg), na čemu im se pisac zahvaljuje i ovom prilikom.

Ključne riječi: pravni režim zaštite kulturnih predmeta, nacionalna kulturna baština, zaštita kulturnih predmeta unutar Europske Unije, UNIDROIT konvencija o ukradenim ili ilegalno izvezenim kulturnim predmetima od 1995., Hrvatska i UNIDROIT konvencija.

Sadržaj

1. Uvodna razmatranja
2. Nacionalna prava
 - 2.1. Privatnopravni propisi o stjecanju kulturnih predmeta od neovlaštene osobe - skica rješenja
 - 2.1.1. Stjecanje prava vlasništva od nevlasnika
 - 2.1.1.1. Stjecanje prava vlasništva pravnim poslom
 - 2.1.1.2. Stjecanje prava vlasništva dospjelošću (usucapio)
 - 2.2. O ograničavanju raspolaganja kulturnim predmetima
3. Zaštita kulturnih predmeta unutar Europske Unije
 - 3.1. Općenito
 - 3.2. Trgovanje s trećim državama
 - 3.2.1. Izvoz u treće države
 - 3.2.2. Uvoz iz trećih država
 - 3.3. Trgovanje unutar Europske Unije
4. UNIDROIT konvencija
 - 4.1. Općenito
 - 4.2. Konvencijska struktura
 - 4.2.1. Općenito
 - 4.2.2. Konvencijsko polje primjene i definicije
 - 4.2.3. Povrat ukradenih kulturnih predmeta; pretpostavke i meritorna rješenja
 - 4.2.4. Povrat ilegalno izvezenih kulturnih predmeta
5. Zaključne napomene

1. Uvodna razmatranja

Ideje o pravnoj zaštiti kulturnih predmeta iznose se već niz stoljeća. Prvi propisi o navedenoj zaštiti donijeti su već u XV. stoljeću,² dok se sustavna zaštita povezuje s papirskim uredbama iz 1802. i 1820., kao i s dekretom E. Pacca iz 1820. godine.³

² Smatra se da takve zaštitne mjere što su se odnosile na zabranu izvoza kulturnih predmeta, po prvi put utvrđuje bula pape Pia II "Cum Almam Nostram" od 28. 4. 1462. U godini 1515. papa Leo X imenovao je Raffaella Sanzija za "ispettore generale delle belle arti" - poblize o tome, Caron: Pacca, Bartolomeo (Cardinale) u: Novissimo Digesto Italiano, XII, 1965, 298. i dalje.

³ Usporedi, Siehr, International Art Trade and the Law, RdC, 243 (1993 - IV), 162. i dalje; Jayme, A. Canova, La Republica delle Arti e il Diritto Internazionale, Rivista di Diritto Internazionale, 1992, (75), 889. i dalje.

Godine 1796. Quatremere de Quincy opisao je štete do kojih je došlo prijenosom kulturnih predmeta iz Italije u Francusku, te predlaže povrat tih predmeta.⁴

Godine 1815. Antonio Canova na pariškim pregovorima o vraćanju umjetnina iz Francuske u Italiju poziva se na pojam "domovine" kulturnog predmeta, što inicira razradu zamisli o zaštiti nacionalne kulturne baštine.⁵

U Grčkoj 1835. godine, dakle ubrzo nakon što je ta država stekla nezavisnost, donosi se sveobuhvatni zakon o zaštiti i korištenju starina.⁶

Kakav je današnji pravni režim zaštite kulturnih predmeta?

Navedenu materiju uređuju nacionalna prava i određeni broj međunarodnih ugovora.

Sustav nacionalnog prava propisuje privatnopravni režim mogućnosti stjecanja i gubitka vlasništva na pokretninama, što se odnosi i na kulturne pokretne predmete, ako drugačije nije propisano. Tako opći stvarnopravni propisi, pored ostaloga, utvrđuju pretpostavke i učinke stjecanja vlasništva na osnovi pravnog posla od nevlasnika. Takva se nacionalna pravna rješenja primjenjuju na situacije koje nisu međunarodno obilježene; npr. primjenjuju se stvarnopravni propisi države A ako se radi o kulturnom predmetu koji je ukraden u toj državi, pa ga je potom nevlasnik prodao kupcu koji ima prebivalište, odnosno sjedište u toj istoj zemlji. Međutim, čim postoji međunarodno obilježje, stjecanje i gubitak vlasništva na kulturnim predmetima uređuju pravila međunarodnog privatnog prava.

Primjer :

Kulturni predmet je ukraden u državi X, u kojoj je potom prodan kupcu koji ga je izveo u državu Y i tamo ga je prodao; kakva su prava prvotnog vlasnika (kojem je predmet ukraden), jesu li prvi i drugi kupac postali vlasnici predmeta? Sva takva pitanja supsumiraju se pod kolizijska pravila međunarodnog privatnog prava određene države te ta pravila upućuju na primjenu mjerodavnog stvarnog prava određene države; ta prava se među-sobno znatno razlikuju, pa je stoga i danas opravdana poznata opaska B. Pascala (1623. - 1662.) o razlikama između pravnih poredaka.⁷

Katkada privatnopravni nacionalni propisi isključuju ili ograničuju primjenu općeg stvarnopravnog režima na određene vrste kulturnih predmeta. Takav pristup nalazimo npr. u talijanskom Građanskom zakoniku iz 1942. godine, o čemu će kasnije biti više govora. Inače, najčešće se posebna zaštita i ograničenja propisuju javnopravnim propisima, npr. ustavnim odredbama o zaštiti kulturne baštine,⁸ određivanjem dijela kulturnih predmeta državnim vlasništvom, tzv. domaine public, sistemom zabrana, odnosno izvoznih dozvola.

⁴ Vidi "Lettres a Miranda sur le Deplacement des Monuments de l' Art de l' Italie", Quatremere de Quincy, Considerations morales sur le destination des ouvrages de l'art, 1989, 187. i dalje.

⁵ Više o tome, Jayme, Antonio Canova (1757 - 1822) als Kuenstler und Diplomat, 1995, 18. i dalje.

⁶ Poblizje o navedenom zakonu, Grammaticaki - Alexiou, The Status of Cultural Property in Greek Private International Law, Revue Hellenique de Droit International, 1994, 141. i dalje.

⁷ B. Pascal, "Pensées" (izd. 1954, No. 230, al. 2): "Plaisante justice qu' une riviere borne! Verité audeça des Pyrénées; erreur audelà"

Međunarodni ugovori, najčešće višestrani,⁹ ujednačuju među državama ugovornicama razna rješenja u cilju što efikasnije zaštite nacionalne kulturne baštine. Navodimo samo sljedeće primjere. Protokol uz Hašku konvenciju o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba iz 1954. godine - koji je na snazi u Hrvatskoj kao i u sedamdesetak drugih država - kontrolira prijenos (removal) i ilegalni izvoz kulturne imovine s okupiranog područja, te utvrđuje vraćanje na područje njihova porijekla (par. I. i II.).¹⁰ S druge strane, UNESCO konvencija o načinima zabrane i sprečavanja ilegalnog uvoza, izvoza i prijenosa vlasništva na kulturnoj imovini od 1970. godine - na snazi u Hrvatskoj i u osamdesetak drugih zemalja¹¹ - uređuje materiju ilegalne trgovine (illegal trade) i krađe. Što se tiče krađe, Konvencija utvrđuje sljedeće:

- (1) Protupravan je prijenos vlasništva na određenoj kulturnoj imovini (čl. 3.);
- (2) Ukradenu kulturnu imovinu treba vratiti uz plaćanje pravedne naknade kupcu (čl. 7. (b) ii);
- (3) Priznaje se klasifikacija o neotuđivosti određene kulturne imovine (čl. 13. d).

Ni navedena UNESCO konvencija, ni neki drugi međunarodni ugovor, ne utvrđuje posebna pravila o privatnopravnim posljedicama međunarodnih ilegalnih poslova kulturnim predmetima. Prema statističkim podacima protupravna trgovina s kulturnim predmetima ogromnih je razmjera i stalno se povećava; tako je godine 1972. iznosila oko 1 milijardu USD, a godine 1990. već je taj iznos udvostručen.¹²

⁸ Ustav Republike Hrvatske od 1990. propisuje da stvari od osobitog kulturnog i povijesnog značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku, imaju njezinu posebnu zaštitu (čl. 52, st. 1). Zaštitu nacionalne kulturne baštine propisuje grčki (čl. 18. i 24.) i turski Ustav (čl. 63.). Čl. 105. grčkog Ustava od 1975. posebno zaštićuje povijesno područje Mont Athosa proglašavajući ga extra commercium.

⁹ Navedena materija je katkada predmet dvostranih konvencija. Tako su SAD zaključile posebni Ugovor o suradnji s Mexicom godine 1970. te "Executive Agreements" s Peruom (1979.), s Ecuadorom (1983.) i s Guatelomom (1984.).

¹⁰ Više o navedenoj Haškoj konvenciji i spomenutom Protokolu, Toman, La protection des biens culturels en cas de conflit armé, 1994, 56. i dalje, kao i 361. i dalje. Vidi tekstove Haške konvencije o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba i navedenog Protokola, S.I.I. bivše SFRJ, MU, br. 4/56.

¹¹ Vidi tekst te Konvencije, S.I.I. bivše SFRJ, MU, br. 50/73.

Među državama ugovornicama su npr. Grčka, Turska, Portugal, Španjolska i Italija, no od najvećih država uvoznica kulturnih predmeta, samo SAD.

¹² V. Church, Evaluating the Effectiveness of Foreign Laws on National Ownership; Cultural Property in U.S. Courts, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 39, 1992, No. 1, bilj. 3. U posljednjih je 40 godina oko polovica nepalskih kulturnih predmeta nestalo - vidi Asian News, Art Theft Continues Anabated in Nepal, Kyodo News Service, April 22, 1991; nadalje, Peru je npr. još 1981. tvrdio da gubi na ilegalnoj trgovini kulturnim predmetima godišnje oko 1 milijardu USD - vidi Merrymann/Elsen, Law, Ethics and Visual Arts, (2nd ed.), Vol. 1, 1987, 59.

Utvrđeno je da je samo u godini 1989. u Europi ukradeno oko 60000 kulturnih predmeta.¹³

Stoga je UNIDROIT, međunarodno tijelo čija je svrha ujednačavanje privatnog prava, sa sjedištem u Rimu, preuzeo zadatak pripremanja konvencije o složenim pitanjima posljedica međunarodne krađe kulturnih predmeta i njihovog ilegalnog izvoza.¹⁴

U ovom napisu, nakon ovih općih napomena, analiziraju se na sumaran način izabrani nacionalni propisi (pod 2), zatim rješenja Europske Unije (pod 3), sve vezano uz utvrđenje pravnog režima zaštite kulturne baštine i kulturnih predmeta, da bi se potom ukazalo na osnovne značajke i važnost rješenja UNIDROIT konvencije (pod 4). Zaključne napomene (pod 5) sažimaju rezultate istraživanja i ukazuju na interes Hrvatske da potvrdi navedenu UNIDROIT konvenciju.

Ovaj napis posvjećujemo kolegi i prijatelju prof. dr. Đuri Vukoviću, redovitom profesoru Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, prizatom i poznatom hrvatskom pravnom teoretičaru i praktičaru međunarodnog privatnog i međunarodnog procesnog prava.

2. Nacionalna prava

Kao što smo već naveli, opća i posebna pitanja vezana uz utvrđenje pravnog režima stjecanja i zaštite kulturnih predmeta uređuju se propisima privatnog i javnog prava. Izlaganja o tome usredotočena su na pravne situacije i rješenja o izvedenom i izvornom stjecanju prava vlasništva na navedenim predmetima.

2.1. Privatnopravni propisi o stjecanju kulturnih predmeta od neovlaštene osobe - skica rješenja

U nacionalnim pravima postoje različita rješenja o stjecanju prava vlasništva na pokretninama od neovlaštene osobe. Dalje navodimo takva rješenja koja se primjenjuju općenito na pokretnine, pa tako i na kulturne predmete. Često u poredbenom pravu takve propise sadrže kodifikacije građanskog prava.

Statistički podaci o uvozu kulturnih dobara u najbogatije države svijeta pokazuju neprekinutu tendenciju porasta. Tako npr. u Japan je 1980. uvezeno tih predmeta u vrijednosti od oko 70 milijuna DM, a 1989., oko 580 milijuna DM - usp. Kono, Kulturgueterschutz im japanischen IPR unter besonderer Beruecksichtigung des Gutglabenserwerb im japanischen Zivilrecht, u: Rechtsfragen des internationalen Kulturgueterschutzes (Hrsgs. Dolzer/Jayme/Mussnug), 1994, 105.

¹³ Usp. Gimbrere/Pronk, The Protection of Cultural Property: from UNESCO to the European Community with Special Reference to the Case of the Netherlands, NYIL, 1992, 226.

¹⁴ UNESCO i UNIDROIT, obje organizacije u okviru svog polja djelovanja, rade i na zaštiti kulturne baštine. O njihovoj međusobnoj suradnji, usp. Prott, UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking on Cultural Objects, Uniform Law Review (dalje: ULR), 1966, No. 1, 59. i dalje.

2.1.1. Stjecanje prava vlasništva od nevlasnika

Stjecanje vlasništva može biti izvorno (originarno) ili izvedeno (derivativno). Dalje će biti riječi o stjecanju prava vlasništva na temelju pravnog posla i dosjelošću.

2.1.1.1. Stjecanje prava vlasništva pravnim poslom

U poredbenom pravu postoje dva ekstremna rješenja. S jedne strane ono što ga utvrđuje talijansko pravo, koje daje punu slobodu stjecanju u dobroj vjeri i na ukradenim kulturnim predmetima, a s druge strane rješenja što se zasnivaju na klasičnom rimskom pravu, koja otklanjaju bilo kakvo stjecanje u dobroj vjeri.

U talijanskom pravu kupac koji je u dobroj vjeri stječe vlasništvo ukradenog predmeta pod pretpostavkom postojanja valjanog ugovora o prodaji (čl. 1153. st. 1. tal. Građanskog zakonika). Stjecatelj je bona fidae, ako ostvaruje posjed tako da pri tome ne zna da povređuje tuđa prava (čl. 1147. st. 1. GZ). Dobra vjera se pretpostavlja. Mala fidae pak postoji, ako se povjerenje u prava otuđioca zasnivaju na gruboj nemarnosti, culpa grava (čl. 1147. st. 2. GZ). Tako je npr. u nedavnoj odluci milanski pretor proglasio kupca, specijalista u trgovanju namještajem određenog stila, mala fidae, jer nije poduzeo potrebna ispitivanja prilikom kupovanja predmeta koji su prethodno bili ukradeni.¹⁵

S druge strane u engleskom pravu, jednako kao i u pravu SAD, na osnovi načela "nemo dat", da nitko ne može prenijeti neko pravo koje nema.¹⁶ Nešto drugačije propisuje hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima od 1996.; po čl. 118. tog zakona, zbog zaštite povjerenja u pravnom prometu, u načelu svaka osoba stječe pravo vlasništva na stvari koju je u dobroj vjeri stekla od nevlasnika u samostalni posjed, no to se ne odnosi na situacije kad je pokretnina bila ukradena njezinu vlasniku ili osobi putem koje je on posjedovao tu stvar.

Međutim po engleskom pravu postoji više odstupanja od navedenog pravila, no te se iznimke ne odnose na ukradene stvari. Ako je vlasnik predmeta stvorio takve okolnosti koje ukazuju na to da je prodavalac bio ovlašten na otuđenje predmeta, npr. ako je vlasnik predao predmet "mercantile agentu" radi prodaje, tada se raspolaganje tog agenta "in the ordinary course of business ..." kvalificira kao da je on "... expressly authorized by the owner of the goods to make the same".¹⁷

Jednako je i po pravu pojedinih država u SAD, gdje načelno nema bona fidae stjecanja vlasništva na ukradenim predmetima. I po Uniform Commercial Codeu,

¹⁵ Poblize o tim pitanjima te općenito o talijanskom pravu stjecanja vlasništva od nevlasnika, usp. npr. Cian/Trabucchi, Commentario breve al Codice Civile, 1997, Art. 1147, 997. i dalje.

¹⁶ Usp. D. L. 50.17.54: "Nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet."

¹⁷ Tako čl. 1, st. 1. i 2. tzv. Factors Acta iz 1889. Nadalje kupac postaje vlasnikom, iako je predmet kupio od nevlasnika, ako je bio bona fidae, te je kupio predmet na "otvorenom tržištu" (market overt), ako nije imao saznanje o prodavaočevom nedostatku prava; usp. odluku u predmetu Reid v. Commissioner of Police of the Metropolis /1973/ 1 Q.B. 551, 559. i dalje.

koji je na snazi gotovo u svim državama SAD, kulturni predmet može se steći u dobroj vjeri jedino ako ga je vlasnik povjerio trgovcu takvih predmeta; traži se dakle da trgovac kulturnim predmetima ima "title" ili bar "voidable title". S druge strane prodavalac umjetnina ne može od privatnika kojem je povjeren kulturni predmet, steći tu stvar u dobroj vjeri (arg. iz UCC par. 2. - 403.).¹⁸

Između izloženih krajnosti nalazimo rješenja mnogih nacionalnih sistema. Tako npr. u švicarskom pravu od kupca i od drugih stjecatelja u dobroj vjeri ukradenog ili izgubljenog kulturnog predmeta koji je kupljen na javnom trgu, na javnoj dražbi ili od trgovca koji trguje takvom vrstom robe, može se tražiti povrat predmeta, no samo uz plaćanje otkupnine u visini kupovnine (nur gegen Verguetung des von ihm bezahlten Preises; à la condition de lui rembourser le prix qu' il a payé - čl. 934. st. 2. švicarskog GZ). Slično propisuje francuski Građanski zakonik iz 1804. Vlasnik čiji je predmet ukraden, pa potom prodan na sajmu, trgu, javnoj aukciji ili od strane trgovca koji trguje takvim predmetima, može tražiti povrat predmeta od posjednika, no samo ako mu naknadi kupovninu (čl. 2280. GZ: "... le prix qu'elle lui a coûté"). Zahtjev za isplatu navedene naknade ima stjecatelj samo ako je u relevantno vrijeme još u posjedu takvog predmeta.¹⁹

2.1.1.2. Stjecanje prava vlasništva dosjelošću (usucapio)

Pravo vlasništvo na pokretninama može se steći i dosjelošću.

Po švicarskom pravu vlasnik ukradenog ili izgubljenog kulturnog predmeta može tražiti njegov povrat u roku od pet godina nakon krađe ili gubitka (čl. 934. st. 1. i čl. 714. st. 2. GZ). Ako to ne učini u navedenom roku, iako je pravni posao otuđenja kulturnog predmeta nevaljan, bona fidae posjednik predmeta nakon petogodišnjeg neprekinutog posjeda steći će pravo vlasništvo dosjelošću (čl. 728. st. 1. GZ).

Što se tiče francuskog prava, osoba koja je kupila pokretninu od nevlasnika uživa znatnu pravnu zaštitu. Francuski GZ određuje da je posjednik pokretnine vlasnik (čl. 2279. st.1: "En fait des meubles, la possession vaut titre"). Utvrđuje se da posjednik predmeta, treba kao vlasnik biti u dobroj vjeri, no to se pretpostavlja, pa protivno treba dokazivati. Ako je međutim predmet izgubljen ili ukraden, njegov vlasnik može tražiti povrat u roku od tri godine od časa krađe ili gubitka, i to od osobe kod koje se ta stvar nalazi (čl. 2279. st. 2. GZ). Pri postavljanju zahtjeva za povratom vlasnik ne treba dokazivati da posjed osobe koja drži predmet ima određene mane (".... la possession de celui qui detient la chose est entachée de

¹⁸ U tom smislu vidi i odluku u predmetu Porter v. Wertz, 416 New York Suppl. 2d 254 (Appellate Div. 1979), affirmed 439 New York Suppl. 2d 105 (Ct of Appeals 1981).

¹⁹ Poblize, Muller, L' acquereur de bonne foi d'un meuble. Vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé, Rev. trim. dr. civ. 1989, 697. i dalje.

Općenito o pravu na kupovninu u poredbenom materijalnom i međunarodnom privatnom pravu, Siehr, Das Loesungsrecht des gutgläubigen Kaeufers im IPR, ZVgl.Rw, 1984, 100. i dalje.

O sličnim rješenjima u austrijskom pravu, koja propisuje par. 367. AOGZ, vidi poblize u: Rummel, Kommentar zum ABGB, 1. Band, 2. Aufl. (Spielbuecher), 1992, 430. i dalje.

vice...).²⁰ Ovdje ponavljamo i sljedeće: vlasnik čiji je predmet ukraden, pa potom prodan na sajmu, trgu, javnoj aukciji ili od strane trgovca koji trguje takvim predmetima, može tražiti povrat predmeta od posjednika koji ima takav predmet, no samo ako mu naknadi kupovninu (čl. 2280. GZ: "... le prix qu'elle lui a coûté"). Zahtjev za isplatu navedene naknade ima stjecatelj samo ako je u relevantno vrijeme još u posjedu takvog predmeta.²¹

Po čl. 159. hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima od 1996. postoje dvije vrste dosjelnosti. Samostalni posjednik čiji je posjed pokretnine zakonit, istinit i pošten stječe dosjelošću u vlasništvo stvar protekom tri godine, a posjednik kojem je posjed barem pošten, stječe dosjelošću vlasništvo pokretnine protekom deset godina.

Navedeni način stjecanja vlasništva važan je posebno za pravna područja unutar SAD, jer u toj državi ne postoji, ponavljamo, mogućnost derivativnog stjecanja vlasništva na ukradenim predmetima.²² Zastarni rokovi za podizanje tužbe za povrat stvari (statute of limitations), utvrđuju se zakonima i međusobno su vrlo različiti. Po pravu države New York taj rok je za pokretnine tri godine.²³ U praksi se vrlo često pojavljuju razna složena pitanja vezana uz utvrđenja početka zastarnih rokova.²⁴

2.2. O ograničavanju raspolaganja kulturnim predmetima

U nekim državama postoje ograničenja što se tiče raspolaganja kulturnim predmetima. Tako se pojedine vrste tih predmeta proglašavaju extra commercium, pri čemu se pobliže utvrđuje tko je njihov vlasnik. Pored navedenih propisa donose se i norme kojima se za određene vrste kulturnih predmeta zabranjuje ili u određenoj mjeri ograničava izvoz. Takve propise povremeno obavljuje UNESCO, pa upućujemo na te izvore. Dalje ukazujemo na takva rješenja u izabranim državama.

Već u XIX. stoljeću na osnovi francuske sudske prakse neke vrste kulturnih predmeta i predmeti što su se izlagali u javnim muzejima i knjižnicama bili su izuzeti od općih propisa o pokretninama što se tiče npr. bona fidae stjecanja ili

²⁰ U tom smislu odluka franc. Kasacijskog suda od 10. 5. 1950 - D. 1950, 429.

²¹ U poredbenom pravu ta ustanova poznata je kao "right to refund", "Loesungsrecht", "droit de remboursement", o čemu je bilo riječi i gore u bilj. 19. O bivšim jugoslavenskim pravnim rješenjima što se tiče stjecanja prava vlasništva savjesne osobe od nevlasnika, usp. npr. čl. 31. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima od 1980. (Sl. l. "SFRJ, br. 6/1980.)

²² O zastari i dosjelnosti po pravu u SAD, usp. npr. Siehr, *Zivilrechtliche Fragen des Kulturgueterschutztes*, u: *Internationaler Kulturgueterschutz* (Hrsg. Reichelt), 1992, 53. i dalje.

²³ Vidi čl. 214 br. 3 newyorškog *Civil Practice Law and Rules* u: *McKinney's Consolidated Law of New York Annotated*, Vol. 7B, 1990, 519.

²⁴ Usp. np. odluku u predmetu *DeWeerth v. Baldinger*, 658 Fed. Suppl. 688 (Southern District New York 1987). Općenito o zastari vlasničkog zahtjeva, umjesto ostalih, Petrovich, *The Recovery of Stolen Art of Paintings, Statues and Statutes of Limitations*, UCLALR, 1980, 1122. i dalje; Bibas, *The Case Against Statutes of Limitation for Stolen Art*, IJCL, 1996, Vol. 5, No. 1, 73. i dalje.

zastare tužbenih zahtjeva za njihovim povratom.²⁵ Kasnije, 1887. godine donijet je zakon o zaštiti umjetničkih predmeta, koji određuje da su pokretnine od povijesnog i umjetničkog interesa što pripadaju državi extra commercium i da se stoga ne mogu stjecati dosjelošću (čl. 10.); slično rješenje sadrži novi zakon o istoj materiji iz 1913. (čl. 18.: "Tous les objets mobiliers clasées sont imprescriptibles.")²⁶

Čl. 20. st. 2. i 3. navedenog zakona od 1913. određuje da kupac koji je u dobroj vjeri ne stječe vlasništvo na zaštićenim predmetima, no isplaćuje mu se naknada u visini kupovnine, ako država bude tražila povrat predmeta.

U talijanskom pravu postoje znatna ograničenja raspolaganja kulturnim predmetima. Čl. 822. st. 1. tal. GZ od 1942. određuje da pod tzv. "demanio pubblico", koji pripada državi, ulaze nekretnine od povijesne, arheološke i umjetničke važnosti, zatim muzejske zbirke, zbirke umjetničkih galerija, arhiva i knjižnica, kao sva druga imovina za koju zakon propisuje posebni pravni režim. Po čl. 823. st. 1. GZ takva je imovina neotuđiva, što znači i to da se ne može steći dosjelošću (usucapione), a ni izgubiti zastarom (prescrizione).²⁷

U grčkom pravu osobito se štite starine; one neotuđivo pripadaju državi i kvalificiraju se kao "res extra commercium".²⁸

3. Zaštita kulturnih predmeta unutar Europske Unije

3.1. Općenito

Rimski ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice od 1957. utvrđuje pored ostalog slobodu protoka roba i usluga (čl. 9., 12. i dalje te čl. 30. i dalje). To načelo ima više iznimaka, koje se odnose i na zaštitu nacionalnih kulturnih predmeta (čl. 36. st. 1.); propisuje se da države ugovornice mogu zabraniti ili ograničiti izvoz ili uvoz, slobodnu trgovinu radi zaštite nacionalnog blaga koje ima

²⁵ Tako npr. odluka Pariškog prizivnog suda od 3. siječnja 1846. objavljena pored ostalog u: Chatlain, Administration et gestion des musées... 1984, 79; radilo se o jednom Molièrovom računu, na koji se nije primijenio čl. 2279. st. 2. franc. GZ što propisuje zastaru, o čemu vidi i gore pod 2.1.1.2.

²⁶ Loi du 31 decembre 1913 (JO 4. janv. 1914).

²⁷ Slična rješenja sadrži španjolski zakon od 1985. o povijesnoj španjolskoj baštini, koji pored ostalog zabranjuje izvoz kulturnih predmeta koji su upisani u "registro general" (čl. 29, st. 1). Važno je spomenuti i portugalski zakon od 1985. koji u prvom redu štiti nacionalni kulturni identitet, no uzima u obzir i inozemne propise; tako propisuje da su u Portugalu ništavni pravni poslovi o kulturnim predmetima koji su inozemnog porijekla, ako se tim poslovima krše unutrašnji propisi države porijekla što se tiču otuđenja ili izvoza takvih predmeta (čl. 31, st. 2). Po indonežanskom zakonu o predmetima kulturnog vlasništva od 1992. te predmete koji se nalaze u Indoneziji kontrolira država (čl. 4, st. 1), a one što su izvan države, nastojat će se povratiti (čl. 4, st. 3).

²⁸ Usp. čl. 1. i 3. zakona br. 5351/52 o starinama (on antiquities), i pojedinosti o tome, Grammaticaki-Alexiou, o. c., gore bilj. 6, 142. i dalje.

umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti. Kasnije izmjene Rimskog ugovora ne odnose se na navedeno rješenje.²⁹

Radi efikasnije zaštite nacionalnih kulturnih predmeta država ugovornica unutar Europskih zajednica donose dva pravna instrumenta koji se odnose na uređivanje izvoza kulturnih dobara (cultural goods) u treće države i o trgovini takvim dobrima unutar Zajednice.

3.2. Trgovanje s trećim državama

3.2.1. Izvoz u treće države

Materiju takvog izvoza kulturnih predmeta uređuje Uredba br. 3911/92. od 9. prosinca 1992. koja je stupila na snagu 30. ožujka 1993. (Council Regulation (EEC) No. 3911/92 on the export of cultural goods).³⁰

Kulturni predmeti koji su kao takvi određeni Dodatkom Uredbe mogu se izvesti u treće države samo ako je izdana izvozna dozvola. Takvu dozvolu izdaju tijela države ugovornice u kojoj je predmet zakonito i konačno smješten (čl. 2. st. 2: "... was lawfully and definitively located ..."). Međutim izvozna se dozvola može odbiti ako se radi o predmetima koji su podvrgnuti posebnoj zaštiti zbog svoje nacionalne umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti (čl. 2. st. 2. (3) Uredbe).

3.2.2. Uvoz iz trećih država

Navedena Uredba iz 1992. ne uređuje uvoz iz trećih država, pa ta pitanja države ugovornice uređuju svojim nacionalnim propisima i međunarodnim ugovorima koji su u njima na snazi.

Samo neke države Europske Unije i članice UNESCO konvencije iz 1970. (Grčka, Italija, Portugal i Španjolska). Nisu nam poznate sudske odluke koje na osnovi primjene UNESCO konvencije određuju povrat inozemnog kulturnog predmeta; do toga nije došlo ni u njemačkoj odluci iz 1972. tzv. Nigerija - predmetu.³¹

²⁹ Čl. 8 A (2) dodan je Rimskom ugovoru 1986. usvajanjem tzv. Single European Acta. Njime se potvrđuje postojanje unutrašnjeg tržišta unutar Europske unije.

³⁰ V. tekst u: O. J. of the EC, No. L. 395/1 of Dec. 31, 1992.

³¹ Odluka Njemačkog saveznog suda od 22. 6. 1972 (BGHZ 59, 82). Radilo se o sljedećim činjenicama: Godine 1967. nigerijski kulturni predmeti prevozili su se brodom iz Port Harcourt (Nigerija) u Hamburg. Putem je nestalo šest brončanih figura koje su bile osigurane, pa stoga tužitelj podnosi tužbu protiv osiguravajućeg društva tražeći naknadu štete. Tuženi ističe prigovor o tome da je ugovor o osiguranju ništav jer su predmeti na koje se ugovor odnosi ilegalno izvezeni iz Nigerije, da dakle takva povreda stranog prava o zaštiti kulturnih predmeta po njemačkom pravu kvalificira ugovor kao nemoralan. Sud je prihvatio takve prigovore i odbio tužbu, utvrđujući da je krijumčarenje i izvoz kulturnih predmeta iz države bez izvozne dozvole nemoralno po par. 138 njem. GZ, pa se stoga takav izvoz ne može osigurati. Posebno Sud ističe da "... die Umgehung eines solchen Schutzgesetzes (scil: propisa države o ograničenju odnosno zabrani izvoza kulturnih predmeta koji potječu s njezinog područja) muss, da sie dem Voelker an der Erhaltung von Kulturwerten an Ort und Stelle zuwiederhandelt, als verwerflich betrachtet werden" (85).

3.3. Trgovanje unutar Europske Unije

O povratu kulturnih predmeta koji su protuzakonito iznijeti s područja jedne države Europske Unije, donesena je Smjernica br. 93/7 15. ožujka 1993. (Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State).³² Države ugovornice su trebale u daljnjoj godini dana na temelju te Smjernice donijeti odgovarajuća nacionalna rješenja, što međutim do konca 1995. nije bilo učinjeno.

Smjernica sadrži definiciju kulturnih predmeta. Po čl. 1, br. 1. traži se kumulacija kriterija: 1) predmet treba biti po pravu države porijekla kvalificiran kao nacionalno kulturno dobro, i to u smislu čl. 36. Ugovora o Europskoj zajednici, te uz to 2) treba biti uvršten u Dodatku Smjernice kao kulturni predmet, ili upisan kao dio "javnih zbirka" ili uveden u popis crkvenih ustanova.

Utvrđuju se u svakoj državi ugovornici središnje vlasti (central authorities) koje ostvaruju svrhu Smjernice, a to je povrat kulturnih predmeta koji su protuzakonito izneseni (čl. 2.).

Država ugovornica može podnijeti zahtjev za povrat kulturnog predmeta protiv vlasnika ili posjednika kulturnog predmeta. Zahtjevu se udovoljava ako su ispunjene sljedeće pretpostavke:

- ako je riječ o kulturnom predmetu kako ga određuje Smjernica
- ako je takav predmet protuzakonito iznesen nakon 1. siječnja 1993. (čl. 13.), a u času iznošenja i podnošenja zahtjeva radilo se o protuzakonitom iznošenju (čl. 7. st. 3),
- ako je zahtjev postavljen najkasnije godinu dana nakon saznanja o mjestu gdje se nalazi kulturni predmet i saznanja o identitetu vlasnika odnosno posjednika (čl. 7. st. 1), s tim da je apsolutni zastarni rok 30 godina, ako se ne radi o dužim rokovima (čl. 7. st. 2.).

Tuženi po čl. 9. st. 1. Smjernice može tražiti primjerenu odštetu ako je pri stjecanju postupao s potrebnom pažnjom ("... exercised due care and attention in acquiring the object"), s tim da je teret dokaza na državi tražiteljici (čl. 9. st. 2.). Država treba platiti odštetu istovremeno s predajom kulturnog predmeta (čl. 9. st. 4.). Nakon povrata predmeta u državu koja je postavila zahtjev, po čl. 12. Smjernice, pitanje vlasništva prosuđuje se po pravu te države; dakle tada se primjenjuju pri utvrđivanju vlasništva opći stvarnopravni propisi, posebni propisi o vlasništvu na kulturnim predmetima ili se pak pitanja vlasništva ocjenjuju po kolizijskim pravilima države koja je postavila zahtjev.

Dalje navodimo više mogućih vrsta situacija i njihova moguća rješenja primjenom navedenog čl. 12. koji - ponavljamo - upućuje na nacionalno pravo država ugovornica.

Ako je vraćen ilegalno izvezen kulturni predmet u državu po čijem je pravu neotuđiv, tada ta država primjenjuje svoje propise o neotuđivosti, te se negira npr.

³² Vidi O.J. of EC, No. 74 of March 27, 1993.

stjecanje bona fidae tog predmeta u inozemstvu po tamošnjem pravu. Time međutim takav stjecatelj ne gubi pravo odštete propisano čl. 9. st. 1. Međutim, ako je ilegalno izvezeni predmet vraćen u državu porijekla, a ne radi se o "res extra commercium", pitanje tko je njen vlasnik prosuđuje se po kolizijskim pravilima države u koju je predmet vraćen.

Naveli smo da se Smjernica primjenjuje samo na određene vrste kulturnih predmeta. Ako su u pitanju predmeti koji ne ulaze u polje primjene, npr. privatne umjetnine, takvi se slučajevi i nadalje rješavaju po nacionalnim kolizijskopравnim propisima.

4. UNIDROIT konvencija

4.1. Općenito

UNESCO konvencija od 1970. kao što smo već naveli, nije gotovo ništa doprinijela sprečavanju sve intenzivnijeg i bezobzirnijeg ilegalnog trgovanja kulturnim predmetima. Stoga se u okviru UNIDROIT rodila ideja o donošenju međunarodnog ugovora kojim bi se otklonile štetne posljedice međunarodnih krađa i ilegalnog izvoza kulturnih predmeta; u svjetskim razmjerima ta se protupravna djelatnost po obujmu poslova nalazi odmah poslije ilegalne trgovine narkoticima.³³

Upravno vijeće UNIDROIT (Governing Council) donijelo je u travnju 1986. zaključak da se predmet međunarodne zaštite kulturnih predmeta stavi u plan rada UNIDROIT-a u razdoblju 1987. do 1989. kako bi se donijela konvencija koja bi dopunila postojeću UNESCO konvenciju od 1970. Ta konvencija, ponovno ističemo, smatra se neuspjelom,³⁴ jer se gotovo uopće ne primjenjuje; to se posebno odnosi na njezin čl. 7. (b) ii, koji obvezuje države ugovornice na suradnju i što se tiče povrata kulturnih predmeta u državu porijekla.³⁵

Godine 1986. UNIDROIT je pripremio prvu studiju o međunarodnoj zaštiti kulturnih predmeta, polazeći od navedene UNESCO konvencije i svog Nacrta ujednačenog zakona o stjecanju pokretnih stvari u dobroj vjeri iz 1974.³⁶ Ubrzo

³³ Usp. npr. Gimbrere/Pronk, o. c., vidi gore bilj. 12, 226. i dalje. Po nekim podacima, godišnja takva trgovina procjenjuje se na 2 do 6 milijardi USD; tako npr. Walsh, It's a Steal: The World's Cultural heritage is Being Looted by Thieves ;Time Magazine, 25. Nov. 1991 (US Ed), 86.

³⁴ O takvoj kvalifikaciji UNESCO konvencije, usp. npr. Lalive, Sur le retour des biens culturels illicitement exportés, u: Hommage a Rigaux, 1993, 287. i dalje.

³⁵ Kao svijetlu točku vezanu uz UNESCO konvenciju navodimo odluku Njemačkog saveznog suda od 22. lipnja 1972 (BGHZ 59, 82), kojom se proglašava ništavim ugovor o osiguranju kulturnih predmeta ilegalno izvezenih iz Nigerije baš pozivanjem na navedenu Konvenciju, iako u to doba Njemačka nije bila konvencijska članica. Međutim u tom predmetu nije došlo do povrata kulturnih predmeta u Nigeriju, već je samo uskraćeno plaćanje osigurnine; usp. gore pod 3.2.2. kao i gore bilj. 31). Više o njemačkom pravu međunarodnih poslova s kulturnim predmetima, Pieroth/Kaufmann, Aussenhandelsbeschränkungen fuer Kunstgegenstaende, NJW, 1990, 1385. i dalje.

³⁶ Vidi UNIDROIT, 1986, Study LXX, Doc. 1.

potom, austrijska profesorica G. Reichert, pripremila je studiju o poredbenom privatnom pravu prijenosa vlasništva na navedenim predmetima.³⁷

Dalje se nižu sljedeće aktivnosti. Studijska grupa koji vodi talijanski prof. R. Monaco, predsjednik UNIDROIT-a, nakon triju zasjedanja donosi koncem siječnja 1990. pripremni nacrt konvencija o ukradenim i ilegalno izvezenim kulturnim predmetima.³⁸ O tom Nacrtu raspravlja se na četiri komiteta vladinih stručnjaka (svibanj 1991., siječanj 1992., veljača 1993. i rujan/listopad 1994.), uvijek pod predsjedavanjem švicarskog prof. P. Lalivea. Na kraju 4. zasjedanja, komitet je prihvatio tekst Nacrta UNIDROIT konvencije.³⁹ Taj je Nacrt Upravni odbor UNIDROIT proglasio u svibnju 1994. zrelim za podnošenje diplomatskoj konferenciji, koju je potom sazvala talijanska Vlada u Rimu od 7. do 24. lipnja 1995. Osnovna svrha donošenja konvencije nije ujednačavanje stvarnopravnih rješenja o stjecanju kulturnog predmeta od nevlasnika ili u slučajevima ilegalnog izvoza, već posredno utvrđivanje posljedica takvih vrsta situacija, sve radi očuvanja i zaštite kulturne baštine država ugovornica.⁴⁰

Na diplomatskoj konferenciji aktivno je sudjelovala i hrvatska delegacija u kojoj je bio i autor ovog napisa.

Prema podacima UNIDROIT-a, do 12. svibnja 1998. Konvenciju su potpisale 22 države, među njima i Republika Hrvatska (24. 6. 1995.), pet država ju je ratificiralo (Litva, Mađarska, Paragvaj, Peru i Rumunjska), a dvije su joj države pristupile (Ecuador i Kina). Taj međunarodni ugovor prema čl. 12. st. 1. stupa na snagu šest mjeseci nakon pete ratifikacije, prihvata ili pristupa konvenciji, a to je bilo 1. srpnja 1998., i to između Ecuadora, Kine, Litve, Paragvaja i Rumunjske, zatim 1. rujna 1998. za Peru te 1. studenog 1998. za Mađarsku.

4.2. Konvencijska struktura

4.2.1. Općenito

Konvencija sadrži Preambulu, pet poglavlja i Dodatak.

U Preambuli se ističe važnost zaštite kulturne baštine i zabrinutost zbog ilegalne trgovine kulturnim predmetima, čime se nanosi nepopravljiva šteta nacionalnim, plemenskim i drugim zajednicama. Zbog tih razloga države ugovornice odlučne su da Konvencijom, donoseći ujednačena pravila o povratu kulturnih predmeta između država, poboljšaju očuvanje i zaštitu kulturne baštine, a to je u općem interesu. Polazeći dakako od neretroaktivne primjene Konvencije, posebno

³⁷ Vidi UNIDROIT, 1988, Study LXX, Doc. 4.

³⁸ Usp. UNIDROIT 1990, Study LXX, Doc. 19.

³⁹ Vidi UNIDROIT, conf. 8/3, Dec. 1994. kao i Explanatory Report prepared by the UNIDROIT Secretariat, u: Diplomatic Conference for the Adoption of the draft UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Acts and Proceedings, 1996, 14. i dalje.

⁴⁰ Općenito o djelatnosti UNIDROIT vezanoj uz pripremanje konvencije, usp. Reichelt, Die Rolle von UNIDROIT fuer den Internationalen Kulturgueterschutz, Fs. von Schwind, 1993, 205. i dalje.

se ističe da se time ne daje nikakvo odobravanje ili legitimitet ilegalnim poslovima zaključenim prije konvencijskog stupanja na snagu. Nadalje se navodi važnost djelovanja drugih tijela radi zaštite kulturne baštine, posebno UNESCO-ve konvencije iz 1970. te se realno utvrđuje da Konvencija ne rješava sva otvorena pitanja, već inicira proces koji će pospješiti daljnju međunarodnu suradnju.

I. poglavlje sadrži polje primjene i definicije (čl. 1. i 2.). U II. poglavlju utvrđuju se odredbe o povratu ukradenih kulturnih predmeta (čl. 3. i 4.), a u III. poglavlju, o povratu ilegalno izvezenih predmeta (čl. 5. do 7.). Slijedi potom IV. poglavlje o općim odredbama (čl. 8. do 10.), te V. poglavlje, sa završnim propisima (čl. 11. do 21.). U Dodatku se daju vrste kulturnih predmeta koji su predmet konvencijske zaštite.

4.2.2. Konvencijsko polje primjene i definicije (čl. 1., 2., 10. i 13.)

Konvencijsko polje primjene *ratione materiae* određuju članci 1. i 2, polje primjene *ratione temporis* utvrđuje čl. 10., dok konvencijski odnos prema drugim međunarodnim instrumentima precizira čl. 13.

Iz konvencijskog naziva izlazi da se tim međunarodnim ugovorom uređuju zahtjevi za povratom ukradenih kulturnih predmeta te za povratom kulturnih predmeta odstranjenih s područja jedne države ugovornice protivno njezinim propisima o izvozu takvih predmeta, sve radi zaštite kulturnog nasljeđa. Takvi zahtjevi trebaju biti od međunarodnog značenja (*of an international character; a character international*); to međutim Konvencija pobliže ne određuje. Općenito konvencijsko tumačenje kao i popunjavanje praznina čine nadležna tijela država ugovornica primjenom svog nacionalnog prava, no pri tome trebaju nastojati da se što više ostvari svrha ujednačavanja navedene materije i postigne u što većoj mjeri ujednačenost konvencijske primjene. Takve izričite smjernice sve se češće uvršćuju u novije višestrane konvencije; sadrži ih npr. u čl. 7, st. 1. Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe od 1980. godine.

Navedena pitanja, povrat ukradenih i ilegalno izvezenih kulturnih predmeta, konvencija ne rješava donošenjem ujednačenih materijalnih pravila, npr. što se tiče stjecanja vlasništva u dobroj vjeri od nevlasnika ili pretpostavaka za izdavanje izvoznih dozvola, već utvrđuje pravne posljedice navedenih dviju vrsta situacija. Pri tome, kao i često kod donošenja drugih međunarodnih ugovora, konvencijske odredbe zrcale kompromisna rješenja. Njezina rješenja naime uzimaju u obzir interes sljedećih osoba: s jedne strane interese vlasnika koji su lišeni posjeda predmeta, i s druge strane interese kupaca takvog predmeta koji je u dobroj vjeri, odnosno države iz koje je povredom njenih javnopravnih propisa izvezen kulturni predmet, no i osoba koje su u dobroj vjeri kupila takav predmet.

Prema statističkim podacima o uvozu i izvozu kulturnih predmeta moguće je sve države podijeliti na zemlje izvoznice i na države uvoznice. To se dakako, *mutatis mutandis*, odnosi i na pravne čine i poslove s tim predmetima unutar konvencijskog polja primjene. Po često prihvaćenoj podjeli države uvoznice su

uglavnom bogate i razvijene države, a izvoznice zemlje u razvoju i mnoge središnje države.⁴¹

Konvencija uređuje pitanja povrata ukradenih i ilegalno izvezenih kulturnih predmeta, što se ostvaruje, ponavljamo, zahtjevima koji imaju "međunarodni značaj" (čl. 1: "... claims of an international character..."). Kad zahtjev ispunjava tu pretpostavku, tj. ima "međunarodni značaj"?

Konvencija ne određuje nikakva ograničenja što se tiče državljanstva, državne pripadnosti, teritorijalne veze osoba i tijela povezanih s postavljanjem zahtjeva. Stoga bi se moglo zaključiti da se ona treba primijeniti, ako postoji bar minimum inozemnog obilježja. Dalje navodimo situacije koje se odnose na ukradene predmete, a potom, na ilegalno izvezene kulturne predmete.

Primjer: Umjetnička je slika ukradena u državi ugovornici A i izvezena potom u državu ugovornicu B. Nakon određenog vremena sliku prodaje osoba koja tvrdi da je njezin novi "vlasnik" na aukciji u državi B. Moglo bi se uzeti da u tom slučaju međunarodni značaj izlazi iz činjenice izvoza slike iz jedne u drugu državu ugovornicu. Eventualno isto državljanstvo prvog i "novog" vlasnika, te osobe koja organizira aukciju, ne bi tom slučaju oduzelo "međunarodni značaj".

Za razliku od Preliminarnog konvencijskog nacrtu iz 1993., u kojem se u čl. 1. (1) utvrđuje primjena Konvencije na zahtjeve međunarodnog značaja radi povrata ukradenih kulturnih predmeta odstranjenih s područja jedne države ugovornice, Konvencija ne sadrži takvo ograničenje polja primjene. Znači da bi se Konvencija primjenjivala i u slučaju kad je predmet ukraden u državi neugovornici, pa je potom prenijet u jednu državu ugovornicu.

Primjer: Konvencija je na snazi, pored ostalog u državama A, B i C. Kulturni je predmet ukraden u državi D koja nije država ugovornica. Nakon određenog vremena prenijet je u državu A. Osoba s prebivalištem u državi D podnosi zahtjev pred nadležnim tijelom država A, tražeći na osnovi Konvencije povrat ukradenog kulturnog predmeta. Smatramo ta takva situacija ulazi pod konvencijsko polje primjene, jer to izlazi iz čl. 10, st. 1. Konvencije, po kojemu, pored ostalog, Konvencija se primjenjuje i na situacije kad se predmet nalazi na području jedne od država ugovornica, pri čemu je irelevantno da li je i ukraden na području jedne od država ugovornica.

⁴¹ Navedena klasifikacija nije opće prihvaćena. Tako npr. Merryman koristi izraze "source nations"; to su države u kojima ponuda kulturnih predmeta nadmašuje unutrašnju potražnju, te na "market nations", u kojima - obrnuto - potražnja nadmašuje ponudu. Usp. Merryman, Thinking about Cultural Property, AJIL, 1986, Vol. 4, 832. Takva je dioba također opravdana, jer ukazuje na mehanizam djelovanja nacionalnog tržišta. U doktrini se još govori o tzv. "transit countries," tj. državama kroz koje se često odvija promet što počinje u državama izvoznicama, a završava u državama uvoznicama; tako npr. Prott, National legal Control of Illicit Traffic in Cultural Property, 2 (bez navoda o godini izdanja).

Što se tiče ilegalno izvezenih predmeta iz jedne države ugovornice, njihov je povrat po čl. 1. (b) uvjetovan povredom propisa kojima se uređuje izvoz baš kulturnih predmeta radi zaštite kulturne baštine ("... removed from the territory of a Contracting State contrary to its law regulating the export of cultural objects for the purpose of protecting its cultural heritage..."). Pri tome treba uzeti u obzir nacionalne propise o kontroli izvoza kulturnih predmeta, o čemu je već bilo riječi.⁴² Da bi izvoz bio dopušten i legalan, potrebno je ispunjenje sljedećih pretpostavki: da je riječ o predmetima koji nisu proglašeni *extra commercium* i da je izdana izvozna dozvola po propisima države izvoznice. Dakako da je legalan i onaj izvoz kulturnih predmeta koji ne podliježu nikakvim izvoznim ograničenjima.

Čl. 2. Konvencije daje autonomnu definiciju kulturnog predmeta. To su predmeti koji su iz religioznih ili svjetovnih razloga važni za arheologiju, pretpovijest, povijest, literaturu, umjetnost ili znanost te ulaze u jednu od kategorija što ih sadrži konvencijski Dodatak koji je identičan onome iz čl. 1. UNESCO-ove konvencije. Takvom definicijom sprečava se primjena različitih nacionalnih definicija, na osnovi primjene nacionalnih prava država ugovornica, što dovodi do ujednačenja konvencijske primjene.⁴³ Nadalje, Konvencija se primjenjuje na povrat kulturnih predmeta koji ulaze pod navedenu definiciju, bez obzira da li su registrirani ili samo označeni u državi u koju se traži njihov povrat, pa u tom pogledu postoji razlika prema UNESCO konvenciji po kojoj se traži da je u pitanju registrirani ili označeni kulturni predmet.⁴⁴

Navedeno konvencijsko polje primjene uređuje se materijalnopравnim i procesnopравnim odredbama. Radi se o rješenjima koja u znatnoj mjeri odstupaju od postojećeg uređenja u nacionalnim pravima o vraćanju ukradenih predmeta.

⁴² Vidi gore pod 2.2. U mnogim državama, npr. Australiji, Finskoj, Grčkoj, Italiji, Portugalu i Rumunjskoj, ilegalni izvoz kulturnih predmeta predstavlja kazneno djelo; pobjliže o tome, npr. Vrelis, *Le statut des biens culturels en d. i. p., Rapport général, XIV Congrès international de droit comparé*, 1994, 5. i dalje.

⁴³ Haškom konvencijom o zaštiti kulturne imovine u slučaju oružanog sukoba od 1954. po prvi put se konvencijski definira ta imovina, odnosno kulturni predmeti. Po čl. 1. te Konvencije u navedenu kategoriju predmeta ulaze oni koji su od velike važnosti za nacionalnu kulturnu baštinu; pobjliže o tome, npr. Nahlik, *La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé*, RdC 120 (1967 - II), 61. i dalje, kao i gore bilj. 9.

Ako u konkretnom predmetu, u kojem se traži povrat ukradenog ili ilegalnog izvezenog kulturnog predmeta, ne dolazi do primjene nijedna međunarodna konvencija koja autonomno definira kulturne predmete, taj pojam se određuje po nacionalnom pravu. Pri tome nastaju dileme o tome da to činimo po pravu države trenutačnog situsa predmeta ili države situsa predmeta u trenutku kad se tvrdi da je nastupila određena pravna posljedica ili pak po pravu države porijekla tog predmeta. To posljednje rješenje zastupa npr. Institut za međunarodno pravo u svojoj Rezoluciji od 1991. (po čl. 1. b) podrazumijeva se pod: "pays d' origine d' un objet d' art, du point de vue culturel, l' objet en question se trouve rattaché par le lien le plus étroit"). Općenito o raznim, često različitim definicijama, usp. Byrne-Sutton, *Le trafic international des biens culturels sous l' angle de leur revendication par l' Etat d' origine*, 1988, 60. i dalje.

⁴⁴ O toj i o drugim razlikama između navedenih konvencija, usp. Prott, *Kulturgueterschutz nach der UNIDROIT Konvention und nach der UNESCO Konvention*, ZVgRWiss, 1996, 190. i dalje.

Konvencijska rješenja utvrđuju potpuno novi pravni režim s obzirom na povrat predmeta izvezenih protivno javnopravnim propisima države "izvoznice".

Dalje o odnosu konvencijskih rješenja i nacionalnih prava navodimo važnije pojedinosti.

Ako Konvencija neka pitanja izričito ne uređuje, a ni njenim tumačenjem se ne može doći do konvencijskih rješenja, tada se praznine trebaju popunjavati na temelju nacionalnih prava, i to po legis fori.

Što se tiče odnosa konvencijskih rješenja prema drugim međunarodnim instrumentima ili ugovorima kojima je vezana neka država ugovornica, a odnosi se na istu materiju, Konvencija takva rješenja ne ukida (čl. 13, st. 1: "... does not affect any international instrument; ne deroge pas aux instruments internationaux).

Takvo je rješenje usvojeno, pored ostalog, zbog postojanja europskog sistema zaštite kulturnih predmeta, o čemu je već bilo govora. Da ponovimo: taj je sistem utvrđen u okviru Europske Unije, Uredbom br. 3911/92. i Smjernicom br. 93/7, pa zato Konvencija u čl. 13. koristi izraz "međunarodni instrument" (international instruments, instruments internationaux), a ne riječi "međunarodni ugovori."

Što se tiče konvencijskog polja primjene *ratione temporis*, polazi se od načela "tempus regit actum", neretroaktivne konvencijske primjene, dakle od nesankcioniranja ilegalnih poslova prije konvencijskog stupanja na snagu. Pri tome se u čl. 10. pobliže određuje vremenska primjena njenih odredaba.

II. poglavlje o ukradenim predmetima primjenjuje se samo što se tiče ukradenih predmeta nakon stupanja Konvencije na snagu u državi gdje je podnijet zahtjev ako je predmet ukraden na području druge države ugovornice nakon stupanja Konvencije na snagu u toj državi ili ako se predmet nalazi u jednoj državi ugovornici nakon stupanja Konvencije na snagu u toj državi. U posljednjem slučaju, pored vremenskog određuje se i teritorijalno konvencijsko polje primjene; konvencijska primjena nije uvjetovana činjenicom da je predmet ukraden u jednoj državi ugovornici već je dovoljno da se nalazi u relevantno vrijeme na području jedne od država ugovornica. Što se pak tiče primjene III. poglavlja, koje se odnosi na povrat ilegalno izvezenih predmeta, Konvencija se primjenjuje na kulturne predmete koji su ilegalno izvezeni nakon što je Konvencija stupila na snagu u državi koja postavlja zahtjev i u državi gdje se postavlja zahtjev. Konvencija se primjenjuje ako je predmet ilegalno izvezen iz jedne u drugu državu ugovornicu (čl. 10. st. 2.). No uz to, taj se međunarodni ugovor primjenjuje, po našem mišljenju, ako je predmet ilegalno izvezen prvo u državu neugovornicu, pa potom prenijet u jednu državu ugovornicu. Takvo tumačenje proizlazi iz rješenja o vremenskom konvencijskom važenju i u skladu je s općim odredbama o povratu ilegalno izvezenih kulturnih predmeta, o čemu će više biti govora dalje pod 4.2.4.

4.2.3. Povrat ukradenih kulturnih predmeta: pretpostavke i meritorna rješenja (čl. 3., 4., 8. i 9.)

Osnovno konvencijsko pravilo o tome utvrđuje čl. 3. st. 1.: posjednik treba vratiti ukradeni kulturni predmet. Pri tome Konvencija ne daje opću definiciju krađe, što je razumljivo, jer je krađa kazneno djelo, a konvencijska meritorna

rješenja usredotočuju se samo na privatnopravne posljedice takvog djela. Defini-ranje pojma krađe je dakle prethodno pitanje koje se ocjenjuje po nacionalnom kaznenom pravu one države gdje se dogodio takav protupravni čin.

Primjer: Ako se traži povrat predmeta iz države A, osoba koja postavlja takav zahtjev treba dokazati da joj je taj predmet ukraden u državi B i da je počinitelj tog djela izvršio djelo koje se kvalificira kao krađa po kaznenom pravu države B. Ako se to ne dokaže, Konvencija se ne primjenjuje.

Konvencija međutim ipak navodi neke primjere protupravnog ponašanja koje smatra krađom. Ako su kulturni predmeti protupravno iskopani ili mada iskopani u skladu s propisima, no protupravno prisvojeni, smatraju se po čl. 3. st. 2. ukradenim, ako je to u skladu s pravom države gdje je iskopavanje poduzeto. Time se po prvi put konvencijskim rješenjima tajna iskopavanja proglašavaju krađom. Naime UNESCO konvencija iz 1970. odnosi se samo na povrat inventiranih predmeta ukradenih iz muzeja i sličnih ustanova (čl. 7. b) ii. u vezi sa čl. 1.), što naravno ne uključuje predmete iz arheoloških nalazišta, koji ako se potajno iskopavaju, očito nisu prethodno inventarizirani, odnosno označeni. Konvencija pri tome polazi od činjenice da po mnogim nacionalnim pravima arheološka nalazišta pripadaju državi, pa prema tome i prisvajanja kulturnih predmeta iz tih nalazišta otkapanjem nije dopušteno, uvjetno se dakle propisuje konvencijska primjena za tako iskopane predmete ako je njihovo iskopavanje protupravno u državi gdje se te radnje poduzimanju.

Primjeri:

- Ako je iskopavanje kulturnog predmeta izvršeno na području države A, po čijem pravu prisvajanje takvog predmeta nije protupravno i ne ocjenjuje se kao krađa, povrat tog predmeta iz države B ne bi se mogao tražiti primjenom navedenih konvencijskih rješenja.
- Ako se u državi A sva arheološka nalazišta proglašavaju državnim vlasništvom, njihovo je neovlašteno iskopavanje zabranjeno. Iskopani kulturni predmeti smatraju se, po čl. 3. st. 2. Konvencije, ukradenim.

Konvencija izričito ne utvrđuje tko je ovlašten tražiti povrat ukradenog predmeta. Iz prirode takvih situacija slijedi da bi to bila osoba kojoj je predmet ukraden, ili druga osoba kojoj je inter vivos ili mortis causa ta osoba prenijela svoja vlasnička prava. U svakom slučaju, važno je utvrditi tko polaže i ima takva vlasnička prava po pravu države na čijem je području došlo do krađe. Takva prava može imati bilo država, javna tijela ili pak druge fizičke ili pravne osobe.

Kojem se tijelu i u kojoj državi treba podnijeti zahtjev (claim, demande, Klage) za povrat ukradenih kulturnih predmeta?

Po čl. 8. st. 1., to su sudovi ili druga nadležna tijela države ugovornice u kojoj se nalazi ukradeni kulturni predmet, no i sudovi i druga nadležna tijela država ugovornica koja su nadležna po propisima država ugovornica ("... courts or other competent authorities otherwise having jurisdiction under the rules in force in Contracting States").

Primjer: Polazimo od pretpostavke da je Konvencija, pored ostalog na snazi u Hrvatskoj i Švicarskoj.

Ako bi predmet bio ukraden u Hrvatskoj i prenijet u Švicarsku, osoba koja je bila njegov vlasnik može podnijeti zahtjev za povrat pred nadležnim tijelom koje određuje Konvencija ili pred tijelom što određuju nacionalni propisi država ugovornica. Naveli smo da čl. 8. st. 1. konvencijski određuje nadležnost *forum rei sitae*, dakle, to bi u ovom slučaju bilo švicarsko tijelo; hoće li to biti sud ili neki drugi državni organ, to zavisi od procesnih švicarskih odredaba. Uz to navedena odredba omogućava utvrđenje nadležnosti po nacionalnim pravima država ugovornica. Tako bi se npr. u tom predmetu mogla uspostaviti na osnovi čl. 53. st. 1. hrvatskog zakona o međunarodnom privatnom pravu od 1991. i nadležnost hrvatskog suda, budući da je šteta nastala na hrvatskom području.

Da u konvencijsko polje primjene ulazi i vođenje postupaka pred tijelima određenim nacionalnim procesnim propisima država ugovornica, slijedi i iz odredba čl. 8. st. 3. o privremenim mjerama što ih predviđa pravo države ugovornice u kojoj se predmet nalazi, ako se postupak vodi pred tijelom neke druge države ugovornice; takva situacija nastaje dakako ako se postupak ne vodi na osnovi konvencijskog ujednačenog rješenja o nadležnosti, pred *forum rei sitae*, već po (drugačijim) nacionalnim propisima država ugovornica.

Pored navedene alternativne nadležnosti, Konvencija predviđa i sporazumno određivanje nadležnosti državnog tijela ili arbitražnog suda. Je li moguća primjena te odredbe što se tiče sporazumnog određivanja nadležnog upravnog tijela, zavisi od nacionalnih propisa kojima se određuje upravni postupak. Po pravima mnogih država, ako je riječ o upravnim predmetima, stranke nemaju mogućnost sporazumnog određivanja nadležnog organa, pa ta konvencijska mogućnost ne će imati širu primjenu. Nadalje, ako po nacionalnim pravima postoji isključiva nadležnost upravnih tijela, time se odstranjuje mogućnost ugovaranja rješavanja sporova arbitražnim putem.

Kako nadležnim tijelima treba podnositi zahtjeve, je li to činiti neposredno ili na neki drugi način?

Odgovor na to pitanje daje čl. 16. Konvencije. Država ugovornica treba se izjasniti o načinu vođenja postupka u trenutku potpisivanja, ratifikacije, prihvata ili pristupa Konvenciji (st. 1.); pri tome može odrediti svoja nadležna tijela (st. 2.).

Što se tiče dostavljanja, država ugovornica može alternativno odrediti sljedeće: neposredno dostavljanje njenim nadležnim tijelima, posredno putem tijela što ih odredi za prihvata zahtjeva, koja potom dostavljaju zahtjeve nadležnim tijelima ili pak diplomatskim putem (st. 1. a, b i c). Navedene izjave međutim ne utječu na rješenja sadržana u međunarodnim ugovorima između država ugovornica (čl. 16. st. 4.).

Navedene se izjave odnose samo na one situacije u kojima se država pojavljuje kao tražitelj povrata. Ako bilo koja druga osoba podnosi zahtjev za povrat ukradenih

predmeta, Konvencija ne propisuje ništa o načinu dostavljanja. Zbog toga se nameće zaključak da u takvim slučajevima dostavljanje zavisi od nacionalnih prava država ugovornica, ako one nisu vezane međunarodnim ugovorima koji imaju prednost pred njihovim unutrašnjim pravom.

Zahtjev za povrat treba podnijeti unutar zastarnih rokova.

Po Konvenciji opći subjektivni zastarni rok iznosi tri godine od trenutka kada je tražitelj saznao gdje se predmet nalazi i od trenutka identifikacije njegovog posjednika, a objektivni je rok 50 godina od trenutka krađe.

Od navedenih rokova postoje određena odstupanja. Tako su zahtjevi za povratom kulturnih predmeta što su sastavni dio identificiranog spomenika ili arheološkog nalazišta (archeological site, site archeologique, archeologische Staette), ili pripadaju javnoj zbirci, podvrgnuti samo navedenom subjektivnom roku od 3 godine (čl. 3. st. 4.). Po pojmom "javne zbirke" podrazumijeva se grupa inventiranih ili drugačije identificiranih predmeta što pripadaju državi ugovornici ili njenim regionalnim ili lokalnim vlastima, nadalje koji su u vlasništvu religioznih ustanova u državi ugovornici ili ustanova osnovanih uglavnom radi kulturnih, obrazovnih ili znanstvenih razloga u državi ugovornici, a koja te države priznaju da služe javnom interesu (čl. 3. st. 7.). Navedena iznimka odnosi se i na zahtjeve o povratu sakralnih i za zajednicu važnih kulturnih predmeta koji pripadaju ili ih koristi plemenska ili urođenička zajednica u državi ugovornici kao dio svog tradicionalnog ili ritualnog običaja (čl. 3. st. 8.). Uz to države ugovornice mogu izjaviti, bilo pri potpisivanju, ratifikaciji, pristupu ili prihvaćanju Konvencije, da je zahtjev podvrgnut zastari od 75 godina ili čak i dužoj zastari koju propisuje njezino pravo; to se odnosi i na zahtjeve koji bi se podnosili u drugim državama ugovornicama što se tiče predmeta odstranjenih sa spomenika, arheoloških nalazišta ili javnih zbirka u državi koja daje takvu izjavu (čl. 3. st. 5. i 6.).

Navedena rješenja o zastari gotovo u potpunosti odgovaraju odredbama sadržanim u Smjernici EU br. 93/7 od 154. 3. 1993. (čl. 7. st. 1.), o kojoj je već bilo riječi.

Iako je na diplomatskoj konferenciji i prethodno tijekom rada posebnih komisija vladinih stručnjaka bilo rasprava o potrebi utvrđenja odredaba o prekidu tečenja zastarnih rokova, npr. zbog izbijanja ratnih sukoba ili prekida diplomatskih odnosa, Konvencija ta pitanja ne rješava. Takve praznine će trebati popunjavati prilikom konvencijske primjene, i to bilo uzimanjem u obzir opće prihvaćenih načela uređenja te problematike ili primjenom nacionalnih materijalnih propisa legis fori; naime zastara se u većini država kvalificira kao materijalnopravno, a ne procesnopravno pitanje.

Ako u državama ugovornicama postoje duži zastarni rokovi, može se na osnovi čl. 9. st. 1. tražiti primjena takvih rješenja koja su dakako povoljnija za povrat ukradenih predmeta. Ta odredba općenito dopušta, umjesto primjene konvencijskih rješenja primjenu povoljnijeg nacionalnog prava što se tiče ukradenih i ilegalno izvezenih predmeta. No u takvim slučajevima, primjenom dake povoljnijeg nacionalnog prava, izlazi se iz konvencijskog polja primjene.

Posjednik ukradenog predmeta je bilo u dobroj vjeri, bona fidae, ili u zloj vjeri, mala fidae. Bilo kako bilo, on po čl. 4. st. 1. treba vratiti ukradeni predmet; dalje se određuje da bona fidae, posjednik istovremeno s vraćanjem predmeta ima pravo na razumno obeštećenje koje mu isplaćuje tražitelj ("... shall be entitled ... to payment of fair and reasonable compensation). Time se utvrđuje kompromisno rješenje između dviju krajnosti, s jedne strane, neograničene zaštite osobe koja je stekla predmet bona fidae a non domino, te - s druge strane - odbijanja davanja takvoj osobi bilo kakve zaštite.⁴⁵ Preteču takve konvencijske odredbe, mutatis mutandis, nalazimo u Haškom protokolu iz 1954. po kojem država ugovornica, čija je obveza spriječiti izvoz kulturnog predmeta s okupiranog područja, treba "platiti obeštećenje bona fidae detentoru kulturnog predmeta koji se vraća", kao i u čl. 7. b) ii. UNESCO konvencije od 1970. koji pored ostalog propisuje pri povratu ukradenog kulturnog dobra da "država moliteljica treba isplatiti pravednu naknadu dobronamjernom kupcu ili legalnom vlasniku tog dobra ...".

Koji je posjednik u dobroj vjeri? Konvencija uopće ne spominje taj izraz, no propisuje pretpostavke ponašanja koje zapravo ukazuju na to, ako su ispunjene, da je posjednik u dobroj vjeri. Čl. 4. st. 1. kumulativno propisuje sljedeće: da posjednik nije znao ni razumno nije mogao znati da je predmet ukraden, te da je pri stjecanju postupao s dužnom pažnjom (due diligence, diligence requisite, gebuehrende Sorgfalt); dalje se navodi, da činjenicu postupanja u relevantno vrijeme s dužnom pažnjom treba dokazati posjednik. S tim u vezi Konvencija navodi elemente koji se uzimaju u obzir pri izvođenju navedenog dokaza; po čl. 4. st. 4. treba uzeti u obzir sve okolnosti stjecanja kulturnog predmeta, uključujući stranačka svojstva, plaćenu cijenu, zatim okolnosti o tome da li je posjednik konzultirao razumno dostupni registar ukradenih predmeta, zatim sve druge relevantne informacije i dokumentaciju koja se razumno mogla dobiti, te da li je posjednik konzultirao dostupne agencije ili poduzeo korake koje bi poduzela razumna osoba u datim okolnostima.

Navedene odredbe o posjednikovu teretu dokazivanja odstupaju od rješenja koja o toj materiji utvrđuju mnoga nacionalna prava. To je namjerno učinjeno kako bi se i time doprinijelo uspješnijoj borbi protiv ilegalne trgovine kulturnim predmetima.⁴⁶

Tužitelj, prvotni vlasnik ukradenog predmeta, koji je posjedniku u dobroj vjeri platio naknadu pri povratu predmeta, ima po čl. 4. st. 3. pravo tražiti od treće osobe obeštećenje. To će biti npr. u slučaju kad je donijeta kaznena odluka koja utvrđuje krađu kulturnog predmeta, pa sud uz to upućuje prvotnog vlasnika da u parničnom postupku ostvaruje svoja građanskopravna potraživanja protiv kradljivca.

Konvencija nadalje daje odgovor na pitanje odnosa između posjednika ukradenog predmeta koji je stekao posjed od druge osobe na osnovi nasljeđivanja ili na

⁴⁵ Takvo kompromisno rješenje već je došlo do izražaja i u nacrtima Konvencije; usp. npr. Explanatory Report of UNIDROIT Secretariat of the Draft UNIDROIT Convention, Dec. 1994, ad Art. 4, No. 58.

⁴⁶ Usp. Explanatory report, gore bilj. 45, No. 64.

drugi nenaplatni način, ako pri stjecanju nije imao znanja o okolnostima pod kojima je njegov prethodnik stekao predmet. Po čl. 4. st. 5. novi posjednik ne uživa bolji pravni položaj nego njegov prethodnik. Pri tome mogu nastati različite situacije, a ovdje navodimo samo sljedeću: ako je npr. sljednik bona fidae, a prednik mala fidae, tada navedena negativna kvalifikacija prelazi na sljednika.

4.2.4. Povrat ilegalno izvezenih kulturnih predmeta

U posljednje vrijeme u međunarodnom privatnom pravu sve je očitija tendencija povremene primjene ili uzimanja u obzir stranog javnog prava. Takva rješenja utvrđuju neka kodificirana međunarodna privatna prava, tako npr. švicarski zakon o toj materiji od 1987. (čl. 19.), te Rimski konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze, od 1980. (čl. 7. st. 1.), koja je na snazi u gotovo svim državama Europske Unije. Smjernicom Europske ekonomske zajednice br. 93/7 od 15. 3. 1993. o povratu kulturnih predmeta koji su protuzakonito izneseni s područja EU, o kojoj je već bilo riječi, također se polazi od primjene javnih propisa država EU.⁴⁷

Konvencija prihvaća navedenu metodu uređivanja privatnopravnih situacija s međunarodnim obilježjem i uz uzimanje u obzir stranog javnog prava kad se utvrđuju pravne posljedice ilegalnog izvoza kulturnih predmeta iz jedne u drugu državu ugovornicu. Kao što smo prethodno naveli, iako mnoga nacionalna prava zabranjuju ili ograničavaju izvoz određenih vrsta kulturnih predmeta, takvi se često izvoze kršenjem navedenih propisa. Takvo stanje Konvencija ne može promijeniti, već svojim propisima nastoji ukloniti posljedice takvog postupanja. Naime Konvencija određuje, polazeći od načelnog respektiranja navedenih nacionalnih propisa o izvozu kulturnih predmeta država ugovornica, pretpostavke i način povrata takvog ilegalnog izvoza, bez obzira da li je na tim predmetima po nacionalnim materijalnim pravima neka osoba u međuvremenu stekla vlasništvo. Takav pristup dolazi do izražaja katkada u sudskoj praksi pojedinih država koja se zasniva na primjena nacionalnog prava.⁴⁸

Tko je po Konvenciji ovlašten tražiti povrat ilegalno izvezenih predmeta?

Za razliku od konvencijskih rješenja koja se tiču povrata ukradenih predmeta, po kojima povrat može tražiti prvotni vlasnik ili osoba na koju su prenijete relevantne ovlasti, povrat ilegalno izvezenih kulturnih predmeta može tražiti država sa čijeg je područja predmet izvezen na navedeni način. Pri tome je pravno nevažno da li je u trenutku ilegalnog izvoza predmet bio njeno vlasništvo ili vlasništvo neke druge osobe. Po nekim nacionalnim pravima ako je predmet izvezen bez državne dozvole, po pravu te države smatra se konfisciranim.⁴⁹

⁴⁷ O tome pobliže, umjesto ostalih, Siehr, Kulturgueterschutz innerhalb des Europaeischen Union, ZVglRW, 1995, 177. i dalje.

⁴⁸ Usp. npr. odluku United States v. Hollinshead, 495 F.2d 1154 (9th Cir. 1974), te odluku u predmetu United States v. McClain, 593 F. 2d 658 (5th Cir. 1979; u oba slučaja država je uspjela postići povrat ilegalno izvezenog kulturnog predmeta, jer je država uvoznica zabranjivala uvoz bez valjane inozemne izvozne dozvole.

⁴⁹ Takva rješenja nameće npr. grčko pravo, o kome je bilo već govora - vidi gore bilj. 6 - kao i

Država tražiteljica može postaviti zahtjev bilo da je predmet samo ilegalno izvezen ili kad je prvo ukraden na njenom području pa potom ilegalno izvezen. Dakle Konvencija se primjenjuje npr. u sljedećim slučajevima.

Primjeri:

- Mozaik iz V. stoljeća iz crkve u državi A ukraden je, pa je potom ilegalno izvezen u državu B.
- Mozaik iz VI. stoljeća što se nalazio u privatnom muzeju u državi A prodan je u toj državi na osnovi valjanog ugovora, no potom je ilegalno izvezen u državu B.

Po čl. 5. st. 1. zahtjev za donošenje odluke o povratu ilegalno izvezenog kulturnog predmeta podnosi se sudu ili drugom nadležnom tijelu. Odredbe o nadležnosti su međutim sadržane u čl. 8. koji, jednako kao i kad se radi o povratu ukradenih kulturnih predmeta, propisuje alternativne nadležnosti; određuje se po st. 1. nadležnost sudova odnosno drugih nadležnih tijela države gdje se ilegalno izvezeni predmet nalazi, alternativno uz nadležnost onih tijela koja određuju nacionalna prava država ugovornica, s tim da st. 2. daje strankama mogućnost zaključenja ugovora o sudskoj odnosno arbitražnoj nadležnosti. Iz praktičkih razloga trebalo bi gotovo isključiti nadležnost tijela izvan države u kojoj se ilegalno izvezeni predmet nalazi. Naime zahtjeva se povrat predmeta (čl. 5. st. 1: "... to order the return of a cultural object illegally exported from the territory of the requested State; ... d'ordonner le retour d'un bien culturel...; ... die Anordnung der Rueckfuehrung eines ... ausgefuehrten Kulturgut...), a to može najefikasnije učiniti tijelo države situsa predmeta. Ako pak pretpostavimo nadležnost tijela države u kojoj se ilegalno izvezeni predmet ne nalazi, te da je nadležno upravno tijelo po svojim nacionalnim propisima (koji propisuju nadležnost foruma laessi ili foruma tuženikova prebivališta), mnoga otvorena pitanja bi se postavila u vezi s priznanjem i izvršenjem takve upravne odluke u državi gdje se predmet nalazi. Za sada države nisu zaključile nijednu višestranu konvenciju o međusobnom priznanju upravnih odluka.

Pod kojim pretpostavkama će nadležno tijelo države kojoj je postavljen zahtjev za povrat zahtjevu udovoljiti? Kad je u pitanju kulturni predmet unutar konvencijskog polja primjene, o čemu je već bilo riječi. Povrat će se po čl. 5. st. 3. narediti za onaj predmet za koji država tražiteljica utvrdi da njegovo odstranjenje s njezinog područja bitno oštećuje jedan ili više sljedećih interesa:

- a) materijalno održavanje predmeta
- b) integritet složenog predmeta
- c) očuvanje informacija, npr. znanstvenog ili povijesnog značaja
- d) tradicionalno ili ritualno korištenje predmeta od strane urođenika ili plemena, odnosno ako država tražiteljica utvrdi da je za nju taj predmet od bitne kulturne važnosti (significat cultural importance, importance culturelle significative, von wesentlicher kultureller Bedeutung).

Navedene pretpostavke ne polaze od toga da je država tražiteljica nužno i zemlja porijekla ilegalno izvezenog predmeta. Država porijekla može biti svaka druga država, pa čak i država u kojoj se nalazi ilegalno izvezeni kulturni predmet; dakle ni ovdje nije usvojen kriterij "države porijekla", o čemu je bilo govora i pri prethodnim razmatranjima o povratu ukradenih predmeta.

Primjer:

Ako je slika francuskog impresionista, nakon što je desetljećima bila vlasništvo muzeja u državi A, ilegalno izvezena u Francusku, država A pozivom na svoje propise o zabrani izvoza takvih kulturnih predmeta i dokazavši da je ispunjena jedna od pretpostavki iz navedenog čl. 5. st. 3., imala bi pravo na povrat te slike.

Teret dokazivanja postojanja pretpostavki iz čl. 5. st. 3. leži na državi tražiteljici. Konvencija doduše ne govori o tome da jednu od pretpostavki treba dokazati, već "utvrditi" (establish, establir), što se može smatrati gotovo sinonimom. Čl. 5. st. 4. dalje određuje da je država tražiteljica dužna u zahtjevu ili uz zahtjev navesti sve činjenične i pravne informacije koje mogu omogućiti nadležnom tijelu da odredi jesu li ispunjene navedene pretpostavke. U svakom slučaju treba dokumentirati da je predmet izvezen protivno izvoznim propisima donijetim radi zaštite kulturne baštine. Pri tome se ne treba uvijek pozivati na takve posebne propise; ako je riječ o predmetu koji je po nacionalnim propisima u državnom vlasništvu i smatra se extra commercium, već se iz toga nedvojbeno zaključuje da je to predmet čiji je izvoz zabranjen. S druge strane, ako je to predmet koji je u privatnom vlasništvu i može se izvesti samo pod pretpostavkom da nadležno tijelo izda posebnu dozvolu, pa ta u konkretnom slučaju nije izdata, takvo pravo stanje treba dokumentirati.

Može li nadležno tijelo odbiti povrat ilegalno izvezenog predmeta i iz drugih razloga, a ne samo onih što se navode u Konvenciji?

Odgovor na postavljeno pitanje negativan je, osim ako se ne radi o zaštiti javnog poretka države foruma. Korištenje tog mehanizma, ako bi se dozvolilo, treba biti vrlo ograničeno, jer konvencija uglavnom ne upućuje na primjenu stranog prava koje bi eventualno moglo biti protivno javnom poretku legis fori, već sadrži ujednačena materijalna i procesna pravila. Uzimanje u obzir stranog prava, što utvrđuje čl. 5. st. 3. temelji se na opće prihvaćenim načelima međunarodne zaštite nacionalne kulturne baštine, pa bi teško bilo zamisliti da bi takva nacionalna pravna rješenja države tražiteljice mogla država foruma olako proglasiti protivnim svom javnom poretku.

Daljnja pretpostavka za povrat ilegalno izvezenog predmeta odnosi se na pravovremeno postavljanje zahtjeva. Po Konvenciji subjektivni zastarni rok iznosi tri godine od trenutka kad je država saznala za mjesto gdje se nalazi predmet i za identitet njegova posjednika, a objektivni rok je 50 godina i teče od trenutka ilegalnog izvoza, odnosno od trenutka kad je predmet trebao biti vraćen, ako je to legalno izvezen no ne vraćen predmet (čl. 5. st. 5.).

Način dostave zahtjeva, jednako i onih zahtjeva o povratu ukradenih predmeta o čemu je prethodno bilo riječi, sadrži čl. 16.; država u času potpisivanja, ratifikacije ili pristupa Konvenciji, treba odrediti jedan ili više načina dostave (neposredno, posredno ili diplomatskim putem), a može utvrditi i stvarno i mjesno nadležna tijela (sudove ili druga tijela) za donošenje odluke o povratu predmeta (st. 1. i 2.).

Konvencija izjednačuje s ilegalno izvezenim kulturnim predmetima takve predmete koji su privremeno izvezeni uz dozvolu s područja jedne države ugovornice, npr. radi izlaganja ili restauracije, no nisu potom u skladu s izdatom dozvolom pravovremeno vraćeni (čl. 5. st. 2.). Pri tome se polazi od pretpostavke da je izvoz ilegalan u trenutku kad se postavlja zahtjev za povrat predmeta. S druge strane, ako je izvoz ilegalan kad je predmet izvezen, a potom je takav izvoz postao legalan, Konvencija se ne primjenjuje (čl. 7. st. 1. a). Nadalje, Konvencija se ne primjenjuje ni na ilegalni izvoz kulturnih predmeta živih autora, ni unutar 50 godina nakon autorove smrti (čl. 7. st. 1. b). To se međutim ne odnosi na predmete člana ili članova plemenske ili urođeničke zajednice, koje zajednica koristi u ritualne svrhe; u tom slučaju predmeti se vraćaju zajednici (čl. 7. st. 2.).

Država upućuje zahtjev nadležnom tijelu te traži, ponavljamo, da joj predmet vrati posjednik kulturnog predmeta, tj. osoba kod koje se nalazi ilegalno izvezeni predmet. Radi li se pri tome o parničnom ili upravnom postupku i kako će se izvršiti dostava zahtjeva, to zavisi po čl. 16. od države foruma, o čemu je već bilo riječi, pa upućujemo na ta izlaganja. Posjednik treba vratiti predmet, ako su ispunjene navedene pretpostavke iz čl. 5. Hoće li pri tome dobiti razumnu naknadu, to zavisi od toga da li je u času stjecanja predmeta bio u dobroj vjeri. Konvencija daje elemente dobre vjere, no ne spominje taj pojam, dakle jednako kao u slučaju povrata ukradenih kulturnih predmeta, o čemu je bilo prethodno govora. Posjednik ima navedene kvalitete, ako u času stjecanja predmeta nije znao niti je trebao znati da je predmet ilegalno izvezen (čl. 6. st. 1.). Međutim, za razliku od odredbe iz čl. 4. st. 1., gdje se utvrđuje vezano uz povrat ukradenih predmeta da je teret dokaza o postojanju dobre vjere na posjedniku predmeta, to je ovdje izostavljeno. Smatra se stoga da se teret dokazivanja treba prosuđivati po općim načelima procesnog prava države foruma, jednako kao što je to određeno Smjernicom Europske zajednice br. 93/7 od 15. ožujka 1993. o povratu nezakonito iznesenih kulturnih predmeta s područja jedne države ugovornice (čl. 9. st. 2. Smjernice). Iz navedenog proizlazi da se dobra vjera pretpostavlja, država koja postavlja zahtjev treba dokazati zlu vjeru. S tim u vezi čl. 6. st. 2. određuje da pri određivanju postojanja dobre vjere treba uzeti u obzir okolnosti stjecanja predmeta, uključujući nepostojanje izvozne dozvole koju propisuje pravo države koja postavlja zahtjev.

U svakom slučaju, posjednik treba vratiti predmet državi koja je postavila zahtjev. Ako je pak posjednik u navedeno relevantno vrijeme bio u dobroj vjeri, bez obzira da li je takav ostao sve do pokretanja postupka, ima pravo na razumnu naknadu koju mu država treba isplatiti istovremeno s vraćanjem predmeta (čl. 6. st. 1.). Pri tome je pravno nevažno da li je u međuvremenu takav pošten posjednik postao vlasnikom predmeta; u to Konvencija ne ulazi, već samo uređuje pravne

posljedice ilegalno izvezenih predmeta. Međutim, ako se utvrdi da je posjednik u međuvremenu postao vlasnikom predmeta, Konvencija takvoj osobi daje sljedeće opcije: ako se stranke sporazumiju, on može zadržati predmet, ili može naplatno ili besplatno prenijeti stečeno vlasništvo na treću osobu koja prebiva u državi koja je postavila zahtjev, ukoliko ta dade potrebne garancije (čl. 6., st. 3.). Ako se pak predmet vraća u državu koja je postavila zahtjev, naknadu i trošak povrata snosi navedena država, što ne utječe na njezino pravo traženja tih troškova od bilo koje treće osobe (čl. 6. st. 4.).

5. Zaključne napomene

Analize poredbenopravnih propisa ukazuju na znatne razlike između nacionalnih rješenja o stjecanju i gubitku vlasništva na ukradenim i ilegalno izvezenim kulturnim predmetima. Kad su to situacije s međunarodnim obilježjem, unaprijed se ne može sa sigurnošću utvrditi da li će se primijeniti materijalno pravo određene države, jer to zavisi od kolizijskopravnih propisa države čiju su sudovi u konkretnom slučaju nadležni. Mnoga otvorena pitanja vezana uz navedene situacije utvrđenja pravnih posljedica međunarodne krađe i ilegalnog izvoza kulturnih predmeta uređuje UNIDROIT Konvencija; stoga će njeno stupanje na snagu 1. srpnja 1998.⁵⁰ sigurno povećati između država ugovornica pravnu sigurnost i predvidljivost u važnoj materiji očuvanja nacionalne kulturne baštine.

Hrvatska je navedenu Konvenciju potpisala 24. lipnja 1995., no do sada je nije potvrdila. Postavlja se pitanje je li u hrvatskom interesu, kao državi "uvoznici" kulturnih predmeta, pristupanje tom međunarodnom ugovoru, tim više što UNESCO konvencija od 1970., kao što smo prethodno isticali, ne daje odgovarajuća rješenja za situacije sve učestalije međunarodne krađe i ilegalni izvoz kulturnih predmeta.

Analizirani konvencijski tekst, iako sadrži mnoga kompromisna rješenja kako bi bio lakše prihvatljiv državama uvoznicima i izvoznicima kulturnih predmeta, po prvi put na općoj međunarodnoj razini utvrđuje načelo pravne zaštite nacionalne kulturne baštine; omogućuje, pod određenim pretpostavkama, povrat ukradenih i ilegalno izvezenih predmeta. Zbog toga smatramo da je od znatnog interesa za Hrvatsku, kao i za druge "države izvoznice" kulturnih predmeta, da postane što prije država ugovornica te Konvencije.

Po švicarskom GZ (čl. 933. i 714, st. 1) kupac u dobroj vjeri stječe vlasništvo pokretnine koja mu je predana u posjed od nevlasnika kojemu je vlasnik tu stvar povjerio (anvertraut, confiee). U pravilu se dobra vjera pretpostavlja i ocjenjuje po objektivnim kriterijima (čl. 3, st. 1. GZ). Međutim po sudskoj praksi, u slučaju sumnje u kvalitete otuđioca, kupac se ne smije zadovoljiti činjenicom da prodavalac posjeduje predmet, već treba istražiti da li je prodavalac ovlašten raspolagati sa stvari ("...il a alors l' obligation de s' assurer de l' existence ceelle du droit de

⁵⁰ Podatke o stanju potpisa, potvrde i pristupa toj Konvenciji kao i o njenom stupanju na snagu, vidi gore pod 4.1. ovog napisa.

disposer...“).⁵¹ Kupac je uz to u zloj vjeri, ako je na osnovi svog osobnog iskustva trebao sumnjati, polazeći od vrste kupljenog predmeta, u okolnosti prodaje i prodavaočevih svojstava kao i u pravnu valjanost prodavaočevog posjeda.

Po austrijskom pravu, bona fidae kupac stječe vlasništvo kulturnog predmeta kupljenog na javnoj dražbi od trgovca koji uobičajeno trguje takvom vrstom predmeta ili od osobe kojoj je vlasnik povjerio predmet (par. 367. austrijskog GZ). Pri tome se pretpostavlja dobra vjera (Redlichkeit) posjednika i ta se objektivno procjenjuje. Takav posjednik može valjano prenijeti vlasništvo na treće osobe (par. 328. GZ). Nepostojanje dobre vjere treba dokazati. Tako ako se dokaže da je kupac trebao sumnjati u dobru vjeru svog posjeda, zbog očito niske cijene, osobnih svojstava svog prednika ili iz drugih razloga, kupac nije u dobroj vjeri pa treba stvar vratiti njenom vlasniku (par. 368. GZ).

Nadalje ističemo sljedeće: Bona fidae posjednik kulturnog predmeta kojeg je npr. kupio od nevlasnika, postaje njegovim vlasnikom dosjelošću nakon tri godine neprekinutog posjeda (par. 1460, 1461. i 1466). Po austrijskoj praksi smatra se da je posjednik u dobroj vjeri ako nije stekao pozitivno znanje o tome da njegov posjed nije na zakonu osnovan ili ako je saznao o takvim okolnostima koje bi mu dale povod da sumnja u zakonitu osnovanost svog posjeda.⁵² Međutim ako je kulturni predmet npr. ukraden, pa ga je potom posjednik koji je u zloj vjeri prodao kupcu koji je u dobroj vjeri, taj postaje dosjelošću vlasnikom nakon isteka od šest godina (par. 1476. GZ).

Što se tiče francuskog prava, osoba koja je kupila pokretninu od nevlasnika uživa znatnu pravnu zaštitu. Franc. GZ 8 (Code civil) određuje da je posjednik pokretnine vlasnik (čl. 2279, st. 1: “En matiere des meubles, la possession vaut titre”). Utvrđuje se da posjednik koji posjeduje predmet kao vlasnik treba biti u dobroj vjeri, no ta se pretpostavlja, pa protivno treba dokazivati. Ako je međutim predmet izgubljen ili ukraden, njegov vlasnik može tražiti povrat u roku od tri godine od časa krađe ili gubitka i to od osobe kod koje se ta stvar nalazi. Pri postavljanju zahtjeva za povratom vlasnik ne treba dokazivati da posjed osobe koja drži predmet ima određene mane (“... la possession de celui qui detient la chose est entachee de vice...”).⁵³

Vlasnik čiji je predmet ukraden, pa potom prodan na sajmu, trgu, javnoj aukciji ili od strane trgovca koji trguje takvim predmetima, može tražiti povrat predmeta od posjednika koji je takav predmet kupio, no samo ako mu naknadi kupovninu (čl. 2280. GZ: “... le prix qu'elle lui a coute”). Zahtjev za isplatu navedene naknade ima stjecatelj samo ako je u relevantno vrijeme još u posjedu takvog predmeta.⁵⁴

⁵¹ Odluka švic. Saveznog suda od 1944 (ATF 70 II 103).

⁵² Vidi komentar i sudsku praksu uz par. 1463. GZ, Kommentar des ABGB (Hrsg. Rummel), II, 1990, i dalje.

⁵³ U tom smislu odluka franc. Kasacionog suda od 10. 5. 1950 - D. 1950, 429.

⁵⁴ Poblize, Muller, L' acquerer de bonne foi d'un meuble. Vers un nouvel equilibre entre ses droits et ceux du proprietaire injustement depouille, Rev. trim. dr. civ. 1989, 697. i dalje.

O pravu u SAD navodimo sumarno sljedeće: U pravilu ne postoji mogućnost stjecanja vlasništva na ukradenim kulturnim predmetima. Po Uniform Commercial Codeu (UCC) može se pravnim poslom bona fidae steći vlasništvo, ako je vlasnik povjerio predmet trgovcu. Traži se da trgovac ima "title" ili da se radi bar o "voidable title". Ako trgovac otuđi neovlašteno povjereni kulturni predmet, njegov vlasnik ima pravo tražiti od stjecatelja u dobroj vjeri povrat predmeta (UCC, par. 2 - 403). Ni po pravu Louisiane nije moguće derivativno stjecanje vlasništva na ukradenim kulturnim predmetima. Pod određenim pretpostavkama pravo vlasništva zastarjeva. Rokovi su različiti, npr. po pravu države New York, predviđa se trogodišnji rok za podnošenje tužbe za povrat pokretnina (par. 214 No. 3 Civil Practice Law and Rules).

Summary

NATIONAL & INTERNATIONAL PROTECTION OF CULTURAL OBJECTS & FOCUS ON THE UNIDROIT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL RETURN OF STOLEN OR ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL OBJECTS (hereinafter the UNIDROIT CONVENTION)

The course of protection of cultural objects, lasting several centuries, currently involves the segment of modern regime established by national law pattern and distinct number of international treaties.

National legal system proscribes private law pattern of property ref. the cultural objects (modes of acquisition & termination of ownership).

Supplemental acts / regime of additional provisions designed to improve the protection of domestic (national) cultural inheritance sometimes purposely interfere in the regime of property rights (cession of restriction) ref. the explicit categories of cultural objects. International treaties, determined to elevate the system of international protection, do accordingly adjust and standardize various options suggested by the member states.

The Article covers selected national provisions and the arguments of the European Union, finally evaluating the fundamental item of the UNIDROIT Convention (1995.). The Author's concluding remarks approve the ratification of cited Convention (entry into force: July, 1st, 1998) perceiving that Croatia has already signed the Convention (time of signature: June, 24th, 1995).

The UNIDROIT Convention, although incorporating numerous compromise

Općenito o pravu na kupovninu u poredbenom materijalnom i međunarodnom privatnom pravu, Siehr, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Käufers im IPR, ZVgl.Rw, 1984, 100. i dalje.

solutions, has established for the first time on the international level the principle of legal protection of national cultural inheritance providing (under certain circumstances) the return of stolen or illegally exported cultural objects.

Considering the corresponding status of State-Exporter, the Author does accordingly assert the Croatian interest ref. the ratification of the UNIDROIT Convention.

Key words: *legal regime of protection of cultural objects, national cultural inheritance, protection of cultural objects within the European Union, UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Croatia and the UNIDROIT Convention.*

Zusammenfassung

NATIONALER UND INTERNATIONALER SCHUTZ VON KULTURGÜTERN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER UNIDROIT-KONVENTION ÜBER GESTOHLENE ODER ILLEGAL AUSGEFÜHRTE KULTURGÜTER VOM 24. JUNI 1995 (im weiteren Text: UNIDROIT KONVENTION)

Schon seit Jahrhunderten werden Kulturgüter rechtlich geschützt. Die modernen Bedingungen solchen Schutzes werden durch nationales Recht und eine bestimmte Anzahl internationaler Verträge geregelt.

Das System des Nationalrechts schreibt die privatrechtliche Struktur der Möglichkeiten zum Erwerb oder Verlust des Eigentums kultureller Güter vor. Von Zeit zu Zeit werden besondere Vorschriften erlassen, durch die die Anwendung des allgemeinen Sachenrechts ausgeschlossen oder auf besondere Kulturgüter beschränkt wird, und das alles zum Schutz des einheimischen (nationalen) Kulturerbes. Was die internationalen Verträge betrifft, so werden damit die verschiedenen Lösungen der Vertragsstaaten mit dem Ziel eines umso wirksameren nicht nationalen Schutzes vereinheitlicht.

In diesem Aufsatz analysiert der Autor ausgewählte nationale Vorschriften, sowie die Lösungen der Europäischen Union, um danach auf die Grundmerkmale und die Wichtigkeit der UNIDROIT Konvention von 1995 hinzuweisen. In den Schlussbemerkungen wird das Interesse Kroatiens erwähnt, die angeführte UNIDROIT Konvention zu ratifizieren, die am 1. September 1998 in Kraft getreten ist. Diese Konvention hat Kroatien schon am 24. Juni 1995 unterschrieben.

Die UNIDROIT Konvention reguliert - obwohl sie viele Kompromisslösungen enthält - zum ersten Mal auf internationaler Ebene das Prinzip des Rechtsschutzes von nationalem Kulturerbe; ermöglicht, unter bestimmten Voraussetzungen, die

Rückgabe gestohlener oder illegal ausgeführter Gegenstände. Deshalb ist der Autor der Auffassung, dass es für Kroatien von bedeutendem Interesse ist - gleich anderen „Ausfuhrstaaten“ von Kulturgütern - umso früher ein Vertragsstaat dieser Konvention zu werden.

Schlüsselwörter: *Rechtsschutz von Kulturgütern, nationales Kulturerbe, Schutz von Kulturgütern innerhalb der Europäischen Union, UNIDROIT Konvention über gestohlene oder illegal ausgeführte Kulturgüter von 1995, Kroatien und die UNIDROIT Konvention.*

HARMONIZIRANJE EUROPSKOG PRAVA DRUŠTAVA

Dr. sc. Dragutin Ledić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 34::061.1EU
347.72(4)
Ur.: 17. srpnja 1998.
Pr.: 3. rujna 1998.
Izvorni znanstveni članak

U cilju jamčenja tržišne utakmice i osiguranja temeljnih sloboda u Europskoj uniji od Osnivačkih ugovora pa do danas vrši se harmoniziranje europskog prava društava.

U radu se ukazuje na razvitak europskog prava društava, posebno naglašavajući razdjelne točke u tom razvitku. Također, iznosi se i moguća klasifikacija europskog prava društava u pojmovnom smislu.

Autori posebno ističu značaj smjernica kao sredstva harmoniziranja i njihove provedbe, raščlanjujući s teorijskog i praktičnog stajališta. U tom kontekstu iznose kritiku sve učestalijih "amerikaniziranih" stajališta u europskom pravu društava. Konstatiraju kako harmoniziranje mora ići u duhu europske pravne tradicije ukazujući na prioritete u tom procesu.

Ključne riječi: harmoniziranje, smjernice, europsko pravo društava.

I. Uvod

Od Osnivačkih ugovora pa do danas jedan je od najvažnijih ciljeva stvoriti između država članica pravne i stvarne (činjenične) odnose zajedničkog tržišta; zapravo stvoriti uvjete za poslovanje bez zapreka, kao da se radi o području jedne države. Jamčeći tržište bez unutarnjih zapreka (granica) i stvarajući gospodarske odnose zasnovane na temeljnim slobodama, organi Europske zajednice razvijali su širok zakonodavni program glede carina i tržišnih propisa.

U klasičnom smislu nije stvorena kodifikacija sustavnih pravila i zbirka propisa. Ali, zapravo stvorena su "razasuta" pojedinačna pravila, tako da se europsko pravo društava razvija po pojedinim oblastima i dijelovima. To su zapravo eklektički stvarana pojedinačna pravila (propisi), ali koja vremenom sve više narastaju u jednu cjelinu.

II. Razvitak europskog prava društava

U europskom pravu društava smjernice (*Directives, Richtlinien*) su najčešće sredstvo harmoniziranja i odnose se na društva od njihova osnutka pa do likvidacije.¹

Razvitak europskog prava društava može se označiti u tri etape. Razdjelne točke su od Rimskih ugovora do 1985. godine, od 1985. godine do početka devedesetih i vrijeme od 1995. godine do danas.

Prva promišljanja iznose Ulmer² i Sanders³ i u literaturu uvode termin "societas europea".

Početkom 1964. godine u javnosti se pojavljuje prijedlog 1. smjernice (smjernice publicitete). Njenim usvajanjem 1968.⁴ godine otvara se novo poglavlje u razvitku europskog prava društava. Kao i kod drugih "pravnih ujednačavanja" postupalo se stupnjevito i sasvim polako. Potrajalo je desetak godina do usvajanja 4.,⁵ 7.,⁶ i 8.⁷ smjernice.

Proces standardiziranja i harmoniziranja u najvažnijim oblastima prava društava bio je blokiran (npr. pravo organiziranja dioničkih društava 5. Strukturna smjernica), kao i 9. smjernica (jer se Komisija nije mogla usuglasiti oko takvog jednog prijedloga), te 10. smjernica (pogranična fuzija).

Komisija EZ je 1985. godine započela s realiziranjem ideje "Europa 1992." i provođenjem njezina djelovanja za unutarnje tržište. Bijela knjiga⁸ sadrži ono što je u tom trenutku bilo pragmatički poželjno "*weniger Rechtangleichung tatsächlich zu möglich gehalten Fortschritten in der Rechtangleichung.*"⁹

Jedinstveni europski akti iz 1986. godine tada novouvedenim čl. 100a. pomogli su ostvarenju zajedničkog unutarnjeg tržišta,¹⁰ tržišta bez granica koje omogućuje slobodan protok roba, ljudi, usluga kapitala.

Kao pravni instrumenti predviđene su uredbe, smjernice i odluke. U tumačenju čl. 100a, Vijeće naglašava da će se Komisija u prvom redu služiti smjernicama.¹¹

¹ Opširnije vidi: Hopt / Wymeersch, eds. *European Company and Financial Law*, 2nd ed., Berlin / New York, 1994.; Lutter, *Europäische Unternehmensrecht*, 4. Auflage, Suderheft 1, str. 4., Berlin / New York, 1996.

² Ulmer, *Wege zu europäischer Rechtseinheit*, Rektoratsrede vom 14. 11. 1959., Münchener Universitätsreden N. F., Heft 26, München, 1960.

³ Sanders, *Vers une société anonyme européenne?*, Riv. Soc. 1959., 1163.

⁴ 1. Smjernica od 9. 3. 1968. (68/151/EWG), Abl EG, Nr. L 65 od 14. 3. 1968., str. 8.

⁵ 4. Smjernica od 27. 5. 1978. (78/660/EWG), Abl EG, Nr. C 321. od 12. 12. 1991., str. 9.

⁶ 7. Smjernica od 13. 6. 1983. (83/394/EWG), Abl EG, Nr. C 75 od 26. 3. 1977.

⁷ 8. Smjernica od 10. 4. 1984. (18/253/EWG), Abl EG, Nr. L 193. od 18. 7. 1983., str. 1.

⁸ EG-Komision, *Vollendung des Binnenmarktes*, Weißbuch der Kommission an der Europäischen Rat, Luxemburg, 1985., str. 67.

⁹ Vidi: Hopt, ZHR, 1992., str. 265.

¹⁰ Vidi: Hayder, *Rabels Z* 53 (1989), 622, 641.

¹¹ Grabitz, *Langenheine*, EWG Vertrag, Art. 100a.

Od ovoga perioda slijedile su u nizu Uredba o europskom gospodarskom udruženju, o podružnicama (filijalama), dioničkim društvima jedne osobe, smjernica transparentnosti i tzv. "Insider" smjernica.¹²

Komisija se nije mogla složiti niti usvojiti prijedloge 5. smjernice (1991.),¹³ 10. smjernice o međunarodnoj fuziji i 13. smjernice o prihvatu ponude. (1989. i 1990.).

Od kraja 1995. godine Komisija pokušava stvoriti nove poticaje i koncepte europskog prava društava.

III. Što danas obuhvaća europsko pravo društava

Sistematizirati i klasificirati u znanosti nije nikada jednostavan niti zahvalan posao. Međutim, u europskom pravu društava većina autora priklanja se Lutterovoj¹⁴ klasifikaciji. Prema sadašnjim propisima u pojmovnom smislu europsko pravo društava obuhvaća:

- sadržajno harmoniziranje i koordiniranje nacionalnih prava društava (posebice dioničkih društava i dijelom trgovačkih društava sa ograničenom odgovornošću)
- obostrano priznanje nacionalnih trgovačkih društava
- uspostavljanje pravnih mogućnosti za nacionalna trgovačka društva, pod podnošljivim u praksi izvedivim uvjetima dobivanja dozvola za osnivanje filijala (podružnica) u drugim državama, osnivanje kćerki društava, fuzioniranje i promjena sjedišta
- stvaranje supranacionalnih normi prava trgovačkih društava
- suodlučivanje
- jamčenje tržišne utakmice
- posebna pitanja kreditnih instituta i drugih financijskih instituta
- burze
- pitanja oporezivanja.

IV. Smjernice - sredstvo harmoniziranja i njihova provedba

Svaka usvojena (donijeta) smjernica obvezuje državu članicu Europske unije na odgovarajuće harmoniziranje nacionalnog prava. Državama članicama je uvijek bio ostavljen primjereni rok da usklade nacionalno pravo, zapravo izvršiti prilagodbu. Smjernice nemaju izravno djelovanje, one, zapravo, obvezuju države članice da ih se pridržavaju. Države imaju mogućnost izbora forme i sredstava na koji način smjernice sprovesti u svom pravnom sustavu.

¹² Više pojedinosti Lutter (fusnota 17) i Hopt / Wymeersch (fusnota 17).

¹³ Lutter, u: Festschrift Brandner, Köln, 1996., str. 81.

¹⁴ Lutter, Europäische Unternehmensrecht, 4. Auflage, Suderheft 1, str. 4., Berlin / New York, 1996.

Države članice sukladno vlastitim ustavnim propisima konkretiziraju sadržaj smjernica i uvode ih u svoj pravni sustav, te tako čine primjenjivima. Međutim, postavlja se pitanje što činiti kada dođe do sukoba nacionalnog prava i europskoga prava. Najeklatantniji je primjer **Karella & Karellas**.¹⁵

Tako, 2. smjernica (smjernica kapitala) iz 1976. godine propisuje da se sve izmjene statuta i s tim u svezi povećanja kapitala moraju donijeti na glavnoj skupštini dioničara. To isto traži grčko pravo. Neko vrijeme po donošenju smjernice došlo je u Grčkoj do gospodarskih poteškoća i radi spašavanja velikih društava od stečaja donijet je Zakon o sanaciji. Tim je Zakonom ovlaštena gospodarska vlast države povećati kapital nekog društva koje se nalazi u krizi, "izigravajući" glavnu skupštinu.

Tako se dogodilo i u ovome slučaju; protiv takve odluke podnio je tužbu dioničar Karella, nadležnom grčkome sudu.

Grčko pravo i drugostupanjski sud procesuirali su mjeru nadležnog tijela vlasti pravno valjanom. Vrhovni sud obratio se pak Europskom sudu pitanjem da li se nacionalno pravo može primijeniti ukoliko proturječi smjernici.

Europski sud je ustanovio da je pak za usklađivanje istekao rok, te da je 2. smjernica za Grčku postala obvezujućom.¹⁶ Sud je nadalje utvrdio da grčki nacionalni propis proturječi 2. smjernici. Kako je riječ o nadležnosti grčkog javnog poretka, Sud je samo mogao ustanoviti da se tužitelj može sasvim ispravno pozvati na njemu povoljniju odredbu smjernice. To je imalo za posljedicu da je odredba smjernice potisnula (stavila van snage) kasnije nacionalno grčko pravo.

Nadnacionalno europsko pravo ne priznaje djelovanje nacionalnog prava koje mu proturječi.

Europski sud je zauzeo stajalište da se ne dopušta primjena novoga nacionalnog prava ako i kada je ono suprotstavljeno smjernicama, a to ovdje znači i da sporne mjere grčkih tijela vlasti nemaju djelovanja.

Ako promatramo slučaj **Karella & Karellas**, posve je razumljivo da se u ovim isprepletenim putevima tumačenja nacionalnog prava pozivom na smjernice, odnosno smjernicama djelomice potisnuto djelovanje nacionalnog prava, de facto materijalno usuglašavanje prava društava mora ostvariti.

Harmoniziranje ima za posljedicu da u istom opsegu države članice preuzmu smjernicu. Zbog dinamičnosti ove oblasti to se ponekad čini vrlo problematičnim.

Problem s kojim se suočava Komisija nadalje su kasnije izmjene i dopune, kao i prava inicijative koju ima samo Komisija, a nikako države članice (**Karella & Karellas**).

Jedan od zasigurno najtežih problema s kojim se susreću države članice jest pitanje da li smjernice koje su donijete u svrhu harmoniziranja sadrže samo minimalne standarde ili su istovremeno gornja granica harmoniziranja.¹⁷

¹⁵ Vidi: Presuda Europskog suda od 30. 5. 1991., RS C 19/90, 20/90 (**Karella & Karellas**), Slg. 1991., str. 2691.

¹⁶ 2. Smjernica od 13. 12. 1976. (Smjernica kapitala), (77/91/EWG).

¹⁷ Vidi: Lutter, *Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien*, u: *Festschrift Everling*, Baden-Baden, str. 765.

Često u smjernicama na ovo pitanje nailazimo na vrlo izričit odgovor. (Tako npr. u 3. smjernici¹⁸ u čl. 7. izlikom se utvrđuju minimalna pravila 2/3 za suglasnost. U njemačkom pravu iznosi ³/₄ i dopušteno je kao takvo.)

U smjernicama se često utvrđuje izlikom i limitira gornja granica ponašanja (*Hochsstrengregel*). Ilustracije radi u 3. smjernici u čl. 22. nabrojani su razlozi ništavosti.

Nacionalni zakonodavac ne može uvoditi više razloga ništavosti nego što je utvrđeno ovom smjernicom.¹⁹

Za to je ilustrativan slučaj “*Marleasing*”.

Ranije španjolsko pravo d.d. temeljilo se, kao i sva romanska prava o trgovačkim društvima, na ugovornoj volji. To je imalo za posljedicu, da su mnogi uzroci, zbog kojih bi očitovanje volje ili ugovor mogli biti nevaljani, također mogu utjecati na osnivanje d.d. Kad je Španjolska ušla u Europsku uniju, morala je cijelo i do tada razvijeno i ostvareno pravno stanje preuzeti (tzv. “*acquis communautaire*”).

Tome pripada također 1. smjernica (smjernica publiciteta) iz 1968. godine, koja uzroke ništavosti drastično ograničava. Španjolska je pokazala volju poslije ulaska u EZ ispuniti svoje pravne obveze tako što bi cjelovitom reformom prava d.d. uskladila svoj pravni sustav u cjelini. Za takvo što je trebalo puno vremena, pa je ugovorom o pristupu i odobren rok za isto prilagođavanje.

I tako je došlo do sljedeće pravne situacije. U jednom sasvim običnom postupku gdje je vjerovnik određenog španjolskog d.d. trebao doći do naplate svoga potraživanja u novcu, izjasnilo se tuženo d.d. da ono uopće ne postoji, njegovo je osnivanje ništavo. Uzrok ništavosti odgovarao je doduše još uvijek vrijedećem španjolskom pravu. Ali, takav se uzrok ne nalazi u katalogu 1. smjernice.

Španjolski je sudac zastao sa postupkom i postavio sljedeće pitanje Europskom sudu: Kako se on sada ima ponašati; s jedne strane smjernica zabranjuje takav uzrok ništavosti, a rok za usuglašavanje već je istekao. S druge strane obrazložio je da prema vrijedećem španjolskom pravu d.d. zapravo je ništica i nepostojeće.

Europski sud je ustanovio, prije svega, još jedanput, da je u međuvremenu 1. smjernica postala vrijedeće pravo u španjolskoj i da španjolski zakonodavac nije svoju pravnu obvezu u roku ispunio. Nadalje je sud utvrdio da u odnosu dvije privatne osobe ne dolazi u obzir izravna primjena smjernice, dakle, smjernica u odnosu dviju privatnih osoba ne može svojim djelovanjem istisnuti nacionalno španjolsko pravo. Temeljem takvih razloga Europski se sud izjasnio. Španjolski sudovi su dio španjolskog javnog poretka. Prema čl. 5. Ugovora o EZ svi su pak dijelovi tog poretka dužni korektno ispunjavati pravo Zajednice, i primarno i sekundarno. Tako i španjolski sudac, te njegovoj skrbi pripada usklađivanje i tumačenje španjolskog nacionalnog prava sukladno vlastitim mogućnostima kako bi se otklonila proturječnost između nacionalnog španjolskog prava i europskog prava.

¹⁸ 3. Smjernica od 9. 10. 1978. (78/855/EWG), Abl EG. L. 295, 20. 10. 1978.

¹⁹ Case *Marleasing*, RS C 106/89, 13. 11. 1990., Slg. 1990., str. 1990., str. 4144.

Španjolski sudac je postupio tako što je nacionalno španjolsko pravo tumačio sukladno smjernici i sporni uzrok ništavosti proglasio nepostojećim, zapravo pravno nevaljalim. Ako iz teksta smjernice ne možemo dobiti naputke kako tumačiti smjernicu, onda nam preostaje tumačenje.

Prilikom tumačenja u obzir moramo uzeti autentični tekst smjernice, kontekst i njenu povezanost s ostalim smjernicama.

Kada govorimo o europskom pravu društava, uvijek moramo imati na umu da je riječ o nacionalnom pravu kojega primjenjuju nacionalni sudovi, čija je sadržina europski standardizirana, harmonizirana sukladno smjernicama, u čijem tumačenju Europski sud polazi od zapovijedi sukladnosti smjernicama Europske zajednice. (*Gebot zu richtlinienformer Auslegung*). Sud zapravo u ovome slučaju ima i kontrolnu funkciju.²⁰

IV.1. Osnivanje d.d.

Svima nama je poznat postupak donošenja statuta u propisanom obliku s također propisanim minimalnim odredbama (sadržajem), preuzimanje dionica, imenovanje organa ovlaštenih za zastupanje, postupak prijavljivanja u sudski (trgovački) registar s konstitutivnošću upisa u registar, te uključujući javnost (publicitet), i otklanjanje mogućih učinaka ništavosti. Ovaj postupak osnivanja d.d. posebno je uređen 1. i 2. smjernicama i na taj način europski standardiziran i prema tome danas je osnivanje d.d. u Europi s 15 zemalja-članica materijalno uređeno na jednak način, preostale razlike su marginalne i bez osobitog značenja. I ne treba zaboraviti da je cijeli postupak sjedinjen tumačenjem sukladno smjernicama u svih ovih 15 nacionalnih prava.

IV.2. Pravo zastupanja

Pravo (ovlast) zastupanja nadležnih organa, dakle uprave d.d. i posloводства u d.o.o. znači osobitu zaštitu nacionalnog i međunarodnog gospodarskog prometa. Iz toga slijedi da se poslovni svijet informira i da postoje informacije, dakle postoji povjerenje u podatke upisane u registar. Zapravo, to je već bio predmet 1. smjernice iz 1968. s tri temeljna aspekta:

1. Obveza ovlasti na zastupanje za javnost registra: posve ispravno s registrom moraju se označiti osobe i sadržaj. Sukladno ovome aspektu bila je ranija odluka Europskog suda u predmetu "HAAGA"²¹: temeljem prijedloga Saveznog vrhovnog suda Njemačke isti je sud odlučio da se ovlasti na zastupanje člana uprave ili poslovođe imaju označiti posve istovjetno s registrom, odnosno da ovlasti na zastupanje poslovođe pojedinca moraju biti u registru izričito navedene.

²⁰ Vidi: Lutter, *Europäische Unternehmensrecht*, 4. Auflage, Suderheft 1, str. 4., Berlin / New York, 1996., str. 26.; Bleckmann, *Europarecht*, 5. Auflage, Köln, 1990., str. 136.; Presuda od 10. 4. 1984., RS 14/83. (Colson & Kamman), Slg. 1984., str. 1891.

²¹ EuGH Urteil od 12. 11. 1974., RS 32/74 (Haaga), Slg., 1974., str. 1201.

2. Zaštitu povjerenja u tako objavljenoj stvari: Art. 8. 1. EZ-smjernice izričito propisuje da se osobi poslovnog partnera s povjerenjem u registar ne moraju suprotstaviti nedostaci u imenovanju ili kasniji opoziv sve dok se isti podaci ne upišu u registar i ne objave. To znači da se poslovni partner iz Torina može pozvati u registar iz Kopenhagena: što je tamo upisano mora vrijediti i za društvo, što nije upisano, ne može se prigovarati poslovnom partneru s povjerenjem u registar.
3. I, konačno, Art. 9. 1. EZ-smjernice propisuje da se ovlast za zastupanje uprave d.d. i poslovođe d.o.o. stvarno ne može ograničiti. Ovo, u Njemačkoj već odavno poznato, načelo neograničene ili ograničenju nepodložne ovlasti zastupanja nije poznavalo anglosaksonsko pravo. Tamo je vrijedila tzv. "ultra vires teorija" sa sadržajem da je predmet poslovanja društva istovremeno propisivao i granice ovlasti zastupanja njegovih organa. To je danas (kao i u Republici Hrvatskoj) napušteno.

Ovo načelo o zaštiti prometa vodi, naravno, do povećanog rizika članova društva i dioničara.

IV.3. Kapital, stvarno ulaganje i očuvanje kapitala

Ako je time zaštita prometa i vjerovnika kroz dva prethodna i važna aspekta europski standardizirana te valjanost osnivanja s povjerenjem (pouzdanjem) u ovlasti zastupanja ostaje kao treći aspekt zaštita vjerovnika d.d., temeljni kapital te osiguranje njegovog stvarnog unošenja i očuvanja. Taj je aspekt neobično dobro i pomno uređen 2. smjernicom iz 1976.²² Ova smjernica sadrži jako puno detalja, uistinu vrlo opsežan sustav zaštite kapitala a time posredno i zaštite vjerovnika. Evo i pojedinosti:

1. Najniži temeljni kapital je 25.000 ECU.
2. Prije upisa mora se uplatiti najmanje 25% temeljnog kapitala (članak 179./3. ZTD).
3. Osim novca može obveza ulaganja sadržavati i druge predmete (ulaganje stvari). U tom se slučaju u ispravi osnivanja moraju dati točni podaci te dopunsko ispitivanje po vještaku o tome da li te stvari imaju svoju naznačenu vrijednost, dakle da li se njima pokriva veličina kapitala.
4. Ako se pojave nedostaci ovakve vrste, za nastale razlike odgovaraju uz ulagatelja osobno i svi članovi uprave.
5. To ne važi samo za osnivanje, već također i kod povećanja kapitala, kada zakon propisuje i pravo prvenstva, pored ostaloga, za zaštitu dioničara.

Ovim je pojedinačnim propisima širom Europe osigurana skrb za stvarno, materijalno unošenje kapitala u njegovoj utvrđenoj visini, ali je drugi korak u svemu i očuvanje kapitala. Ovdje naravno, također, vrijedi načelo da kapital ne može ostati na štednom računu, već je to odmah obrtna glavnica društva. Doduše, ostaje rizik

²² 2. smjernica od 13. 12. 1976. (smjernica kapitala), 77/91/EWG

njegova gubitka. Vjerovnici moraju biti zaštićeni da se ovaj kapital izravno ili posredno isplati natrag članovima društva.

1. Prije svega prema odredbama 4. smjernice o polaganju računa i financijskim izvješćima. Tamo je određeno da se kapital ima voditi kao pasiva izvješća koja se u istoj visini mora vezati za aktivna sredstva; tek ako se ostvari višak aktive iznad stvarne pasive i kapital se može iskazati može se podijeliti dobit.

2. Smjernica izričito propisuje i to da se kapital samo u okvirima formalnog smanjenja kapitala smije isplatiti natrag, zabrane vode k jamstvu (odgovornosti) svih sudionika.

3. I konačno, 2. Smjernica uređuje također još detalja, problem stjecanja vlastitih dionica i, naravno, također, problem stjecanja dionica vladajućeg društva kroz ovisno društvo. Ovakvo stjecanje moguće je samo slobodnim sredstvima, dakle sredstvima, koja također kao dobit smiju biti podijeljena dioničarima.

Po sebi je jasna zabrana izdavanja fiktivnih dividendi, to se samo po sebi razumije.

IV.4. Dionice

U nacionalnim kodifikacijama mogu se naći odjeljci "Dionice i njihov prijenos". O tome se u spomenutim smjernicama ne mogu naći nikakve odredbe: pojedini su sadržane u prijedlogu 5. smjernica.²³ Do sada, već dugi niz godina, na njima se radi bez uspjeha.

Ostalim svojim sadržajem odjeljak "Dionice i njihov prijenos" mogao bi se bliže s europskog pravnog motrišta naći u sklopu odjeljka o burzama. Na žalost i u svezi ujednačavanja nacionalnih burzovnih prava u Europi, kao i kod dionica i obveza (obveznog prava), nema uspjeha - valjda će i to jednom biti.

IV.5. Organi d.d.

Odredbe o upravi, nadziranju i glavnoj skupštini pripadaju prijedlogu 5. EZ (strukturne) smjernice, koja se zbog skopčanosti s pitanjima suodlučivanja već godinama ne može uspješno raspravljati. Zbog toga nema do danas standardiziranih pravila o imenovanju i opozivu članova uprave i članova nadzornog odbora; to je razlog što nema nikakvih pravila o sazivanju, pravu glasa i nadležnosti glavne skupštine, kao ni o pobožnosti i ništavosti njenih odluka.

IV.6. Polaganje računa, revizija (ispitivanje) i javnost

Odredbe odjeljka o godišnjem polaganju računa društva, ispitivanju ovog polaganja i njihovoj javnosti (publicitetu) kao vrlo široko i značajno područje opsežno je ujednačeno kroz 4. i 8. EZ smjernicu, dakle smjernice o godišnjim izvješćima i njihovu ispitivanju putem podobnih revizora, kao i odgovarajućom

²³ Vidi: treći izmijenjeni prijedlog 5. Smjernice od 20. 11. 1991. (Strukturna smjernica), Abl. Nr. C 269 od 14. 10. 1991., str. 48.

javnošću. Ovaj odjeljak ujednačavanja prava društava u Europi bio je najprije veliki uspjeh: na žalost, napuštanje prije svega 4. smjernice zbog pojave velikog broja nacionalnih prava izbora, koji su kao npr. u Njemačkoj vodili k tomu da još uvijek u velikoj količini mogu se stvarati tzv. tajne pričuve. To vodi k problemu prava SAD o polaganju računa, jer su te odredbe mjerodavne za pristup dionica na njujoršku burzu. Ovaj pristup je važniji i za velika europska d.d. To bi posve značilo da u dogledno vrijeme treba utvrditi izmjenu 4. smjernice sukladno standardima američkog polaganja računa.

IV.7. Izvješće na razini koncerna

Poseban uspjeh za pravo poduzeća u Europi bilo je donošenje 7. smjernice EZ o godišnjem izvješću. Ovo izvješće nije u opreci s pojedinačnim izvješćem ustanovljenja dobiti koja se može isplatiti iz ostatka. Ovo izvješće ima štoviše zadaću obavijestiti vjerovnike i ulagače koncerna - vladajućeg društva i isto tako eliminirati međudobiti. Izvješće koncerna je mnogo važnije od pojedinačnog, jer se time daje obavijest o cijeloj gospodarskoj situaciji, kao što je Daimler koncerna u Njemačkoj, General motorsa u SAD. Postavlja se velik broj pitanja kod pojedinačnog izvješća različitih promatranja u Europi, s jedne strane i SAD-u s druge strane. U Europi se može govoriti u ovo vrijeme o pitanju trebaju li se europska pravila o koncernima usuglasiti s onima u SAD-u.

IV.8. Izmjene statuta

Izmjene statuta, a poglavito povećanje i smanjenje kapitala, spajanje i pripajanje, sve ove osobito važne strukturalne izmjene u životu jednoga društva vrlo su brižljivo ujednačene u 2. (kapital) smjernici, 3. (spajanje) smjernici i 6. (fuzije) smjernici. Ovdje su u sasvim visokoj mjeri prisutni europski standardi.

IV.9. Likvidacija

Kao posljednje ostaje spomenuti odjeljak o likvidaciji. Nema do danas niti jedne smjernice koja se time bavi, postoji samo prijedlog nacрта (prednacr).

IV.10. D.d. jedne osobe

Nadalje je smjernicom iz 1989., koja nosi naslov o d.o.o. s jednim osnivačem (osobom), dopušteno diljem Europe osnivanje i postojanje takvog društva s jednom osobom. To je za slučaj za srednja poduzeća od sasvim velikog značenja. Za zemlje kao što je Njemačka to nije bio nikada i nikakav problem, dok su romanske zemlje uvijek razumijevale društvo s jednom osobom kao *contradictio in adjecto*. Sada je to prevladano, jednako kao i stara *ultra vires* teorija.

Dioničko društvo jedne osobe kritizirano je u teoriji od strane Luttera²⁴ kao nazadnjaštvo.

²⁴ Lutter, op. cit. str. 63. i 64.

Treba razmisliti: u cijeloj Europi i u 15 zemalja članica EU moguće je danas da samo jedna osoba osnuje d.o.o., i to tako da se postiže oslobađanje dotičnog poduzetnika vlastitog jamstva. I to je jednako moguće stjecanjem svih poslovnih udjela već postojećeg d.o.o.

Zemlje članice mogu isto pravilo uvesti za d.d.; Njemačka i druge zemlje to su već postigle, tako da se u ovim zemljama ne samo d.o.o. s jednom osobom, već i d.d. s jednom osobom može jednostavno osnivati.

V. Teorija i politika ujednačavanja i harmoniziranja

Pitanje ujednačavanja prava trgovačkih društava je danas ponovno vrlo intenzivirano.

U "zlatnom periodu" harmoniziranja, sedamdesetih godina, smatralo se kako je ujednačavanje potrebno u svim oblastima koje omogućavaju stvaranje, realiziranje i funkcioniranje zajedničkog tržišta (čl. 100. Ugovora o EZ). Postojala je težnja Komisije k optimalnim europskim pravilima.

To je posebno vidljivo u pitanjima zaštite članova društva, vjerovnika.

Ali, zadnjih godina se u europskom pravu društava sve više u stručnoj javnosti i znanosti insistira na ugledanju na uzor iz SAD, zapravo težište se ne stavlja na potrebitost, nego na smisao prava društava. Čini se da je ironija da se ta pitanja tako postavljaju i da je uzor pravo SAD.

Jer pitanje na kojoj razini normirati i ujednačavati jest pitanje upućeno zakonodavcu glede prava društava i tržišnog natjecanja.²⁵

Odgovori su potpuno dijametralni. Prvo je stajalište kako ne bi trebalo ujednačavanje na razinama država, nego se prepustiti tržišnom natjecanju koje vodi pravim rezultatima (*race to the top*).²⁶

Nasuprot je uobičajena predodžba o Delaware i njegovim posebnim fiskalnim interesima, koji kroz olakšice za osnivače društava privlači kapital i društva iz cijele Amerike (*Carrey: Competition of laxity i race to the bottom*).²⁷

Zagovornici amerikaniziranja europskog prava društava zaboravljaju kako su prognoze "workable competition" u pravu društava (*race to the bottom i race to the top*), čak i teže u Americi nego u Europi.²⁸

Ova "amerikanizirana" stajališta, kao i ona sklonija europskom rješenju, ne mogu dati recepte, opća rješenja za različite pravne oblasti, institucije i komplekse

²⁵ Everling, *Europäische Integration als Herausforderung des Rechts: Mehr Marktrecht - weniger Einzelgesetze*, Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung, Essen, 1991., str. 41.; Hopt, J. K., *ZHR* 161 (1997), str. 381.

²⁶ Romano, *The State Competition Debate in Corporate Law*, 8. *Cardozo L. Rev.* 709 (1987), Winter: *The Race for the Top Revisited: A Comment on Eisenberg*, *Colum. L. Rev.* 89(1989), 1526.

²⁷ Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, *Yale L. J.* 83(1974) 663. i Shapiro, *The Most-Cited Articles from The Yale Law Journal*, *Yale L. J.* 100(1991), 1449.

²⁸ Vidi: Merkt, *Rabels Z* 59(1995), str. 45.

pravila. Izostajanje pravnog ujednačavanja i harmoniziranja na tržištu EZ imalo bi za posljedicu nedostatke koji se odnose na nedostatnu transparentnost, kao i pravnu nesigurnost na tržištu.

To bi vodilo povećanim transakcijskim troškovima, velikom broju sudskih sporova i posebnim problemima zaštite za dioničare, ulaganja i ulagače.

Politika pravnog ujednačavanja nakon Ugovora iz Maastrichta ogleđa se u ostvarenju načela supsidijarnosti.

Od njegova kodificiranja u čl. 3b. Ugovora o EZ izazvao je čitavu bujicu europskih, ustavnopravnih i gospodarskih stajališta.

Stajalište je Komisije da je pravno ujednačavanje glede tržišta Zajednice u isključivoj ovlasti Zajednice.

Zapreke koje sobom nosi načelo supsidijarnosti materijalno su i procesno ograničene. Organi EZ imaju zacrtane ciljeve pred sobom. Ostvarenje ciljeva, zapravo njihovo realiziranje u državama članicama sukladno čl. 3b. st. 2. je vrlo diskutabilno.

Prihvatanje američkog pristupa bilo bi teško i zbog tradicije prava europskih zemalja, bilo da je riječ o teoretskim problemima ili praktičnim rješenjima. To bi zahtijevalo duboke i korjenite promjene u obrazovanju pravnika, zakonodavstvu, poslovnoj i sudbenoj vlasti.

Prijedlog 10. internacionalne fuzijske smjernice²⁹ i prednacrta o promjeni sjedišta 14. smjernice³⁰ po rangu su hitnosti ispred 5. smjernice.

Zajedno s 13. smjernicom, o prihvatu ponude u programu europske Komisije za harmoniziranje, 5. smjernica nalazi se pri vrhu liste prioriteta.

Ali, njeno realiziranje zavisi od pitanja suodlučivanja.

Također, predstoji rad na moderniziranju 1. smjernice (elektronski trgovački registar) i 2. smjernice (ovlaštenje država članica za prilagodbu i preinaku sustava na euro).

VI. Zaključak

Nastojeći oživotvoriti temeljne slobode EZ, danas EU, usvajala je smjernice kojima je harmonizirala i koordinirala nacionalna prava društava, te stvarala supranacionalne norme društava koje će jamčiti tržišnu utakmicu.

Smjernice obvezuju države - članice na harmoniziranje nacionalnog prava.

Danas je u pravu europskih društava sve više javljaju zagovornici "amerikaniziranja" prava društava (race to the top i race to the bottom).

Međutim prevladavaju stajališta koja inzistiraju na daljnjem harmoniziranju europskog prava društava u najboljim europskim tradicijama.

Područje njihova unutarnjeg ustroja (društava), njihovih organa i nadležnosti istih sve je zakonito uređeno u europskom pravu d.d. Obuhvaća izjednačavanje

²⁹ Prijedlog 10. smjernice od 14. 1. 1985., Abl EG NrC 23/11, od 25. 1. 1985.

³⁰ Vidi cijeli tekst u ZIP 1997., str. 1721.

sukladno klasičnoj kodifikaciji nacionalnog prava d.d. i doista je veliko, poglavito kada je riječ o zaštiti vjerovnika gotovo u cijelosti ujednačenom, što naprotiv nije slučaj i kod zaštite manjinskih dioničara.

Razvitak europskog prava društava sada se nalazi na raskrižju. Unificiranje i harmoniziranje prava društava vezano je i uz harmoniziranje europskog privatnog prava.

Na tom putu javljaju isti poticaji ali i teškoće.

Pitanje stvaranja europskih pravnih temelja, instrumenata i sadržine u narednom periodu obilježit će proces unificiranja europskog prava društava. Odgovori su na ova pitanja višeslojni, multidisciplinarni i odredit će u velikoj mjeri daljnji tempo razvitka integracija u Europskoj uniji.

Summary

HARMONIZATION OF EUROPEAN COMPANY LAW

Promotion of marketing rivalry and the security of fundamental freedoms in the European Union, comprise the permanent (since Rome Treaties) harmonization of the European Company Law.

The Article covers the development process (particularly observing the course of defined segments) indicating & proposing the classification of the European Company law (conception).

The Authors particularly accentuate the significance of the directives as the instruments of harmonization, analysing the practical & theoretical aspect(s) of their implementation. In that respect, the Authors' criticism & comments concern the accustomed "Americanized" perception ref. the European Company Law. The concluding remarks indicate the incorporation of European legal tradition (as) relevant to harmonization process, designating ref. priorities.

Key words: *harmonization, directives, European Company Law.*

Zusammenfassung

HARMONISIERUNG DES EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFTSRECHTS

Mit dem Ziel den Handelswettbewerb zu garantieren und die Grundfreiheiten zu sichern, wird in der Europäischen Union von den Gründungsverträgen bis heute die Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts durchgeführt.

In der Arbeit wird auf die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts hingewiesen, indem die fraglichen Punkte in dieser Entwicklung besonders betont werden. Es wird außerdem eine mögliche Klassifizierung des europäischen Gesellschaftsrechts im begrifflichen Sinne dargelegt.

Die Autoren betonen besonders die Bedeutung der Richtlinien als Mittel zur Harmonisierung und ihrer Durchführung indem sie sie vom theoretischen und praktischen Standpunkt aus analysieren. In diesem Kontext melden sie ihre Kritik an immer häufigeren „amerikanisierten“ Auffassungen im europäischen Gesellschaftsrecht an. Sie stellen fest, dass die Harmonisierung im Geist der europäischen Rechtstradition geschehen muß, indem sie die Prioritäten in diesem Prozess aufzeigen.

Schlüsselwörter: *Harmonisierung, Richtlinien, europäisches Gesellschaftsrecht.*

NOMOTEHNIKA U RADNOM ZAKONODAVSTVU*

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 351.83
340.134
Ur.: 28. svibnja 1998.
Pr.: 19. lipnja 1998.
Izvorni znanstveni članak

Radno zakonodavstvo zahtijeva veliku i složenu normativnu aktivnost svih triju socijalnih partnera. Zapošljavanje, rad, radni odnosi, zaštita na radu, nadzor nad propisima u oblasti rada i radnih odnosa dio su socijalnog zbivanja, u određenoj mjeri reguliranog i izraženog u navedenom zakonodavstvu. Propis i ponašanje se isprepleću i međusobno uvjetuju. Najbolji primjeri za to su brojni odnosi u koje ulaze još brojniji subjekti: država (kao zakonodavac i kao poslodavac), poslodavci i njihove udruge, nezaposlene osobe, zaposlenici i njihove udruge, inspekcije rada i brojni drugi.

Nomotehnika (kao posebna znanstvena disciplina) omogućava da se propis donese i realizira kako se očekuje u sve složenijim društvenim zbivanjima. To se odnosi i na heteronomne i na autonomne propise, koji moraju biti donijeti na određeni način i međusobno usklađeni. Koristeći jedinstvo nomotehnike, kao znanosti o jezičnom, logičkom i političkom izražavanju, u ovome se radu analiziraju propisi u oblasti rada i zapošljavanja.

Ključne riječi: *nomotehnika, radno zakonodavstvo, zapošljavanje, radni odnos, zaštita na radu.*

I. Uvod

Nomotehnika u propisima u oblasti rada i radnih odnosa, ili još restriktivnije, u radnom zakonodavstvu Republike Hrvatske jest izazovna, složena i zahtjevna tema, korisna ne samo za radnopravnu teoriju i praksu već i za praksu znanstvenog normiranja uopće. U tim propisima uređuju se živi društveni odnosi u permanentnom kretanju, promjeni i primjeni. Svojim značenjem "ulaze" u faze svih drugih društvenih odnosa, izravno i neizravno, negdje tako snažno da te druge odnose determinira, a negdje zahtijeva drugu i drukčiju normu njihova uređivanja.

U radu se ne govori izravno o materijalno-pravnom značenju i sadržaju

* Prof. dr. Đuri Vukoviću dugujem zahvalnost za prve korake nomotehničkog znanstvenog uobličavanja onoga što sam u heterogenoj pravničkoj praksi radio i učio u izradi pravnih propisa (kao praktičar, pravni teoretičar i profesor nomotehnike).

pojedinih normi u radnom zakonodavstvu, iako je to nezaobilazno, već o nomotehničkom aspektu jezičnog, logičkog i političkog istraživanja tih propisa. Daju se i osnovne napomene o pojmovima i kategorijama koje se u tim propisima koriste.

Proces donošenja radnog zakonodavstva poseban je i složen proces. Kada se propisi donesu, oni postaju dio pravnog sustava Republike Hrvatske. Njihova forma je zahtjevna, tehnička izrada originalna, postupak specifičniji od drugih postupaka donošenja drugih propisa. Okvir u kome se ovi propisi donose zadan je, manje ili više spoznan.

Opseg tih propisa je često upitan, kao i njihovo prostorno i vremensko važenje. Nedovoljno se vodi briga o kumulaciji jezičnog i logičnog istraživanja.

Očekivanja su od ovih propisa velika pa su time, pored ostalih razloga, učinci nepovoljnije ocijenjeni. U ovim propisima dolazi do izražaja projekt i uzročno posljedična veza ekonomskih i pravnih odnosa.

Brojni subjekti u čije se ime propisi donose, a još brojniji čija ponašanja reguliraju norme radnog zakonodavstva, u neraskidivoj su uzročno-posljedičnoj vezi u cijelosti društvenih odnosa suvremene države. Opseg i oblik toga zakonodavstva je određen ili odrediv, a bit normi prepoznatljiva (originalna ili "prepisana"). Uspješnost normativnog izražavanja određenih "ideja" i "ciljeva" na stalnom je ispitu. Ispit polazu i stvaraoci normi i "adresati na koje se pravni propisi odnose".

Donošenje propisa u oblasti rada i radnih odnosa jest proces i odnos u kome se sučeljavaju stvarni društveni odnosi koje zakonodavac želi "urediti", "uklopiti" strogim jezikom i formom različitom od drugih državnih aktivnosti i aktivnosti drugih subjekata koji uređuju rad i radne odnose i rezultata tih aktivnosti. Te aktivnosti analiziraju se po različitim kriterijima: (a) prema subjektima koji tu djelatnost obavljaju: heteronomnu (državnu) i autonomnu, i (b) prema vrstama propisa koji se donose: opći (generalni) i pojedinačni.

Bez obzira na tu kvalifikaciju radi se o najodgovornijem i najsloženijem poslu pravnog stvaranja.¹

Po donošenju jednog zakona u oblasti rada i radnih odnosa (zapošljavanje, radni odnosi, inspekcija rada, zaštita na radu i dr.) slijedi ogroman posao na normativnom uređivanju tih odnosa podzakonskim aktima i autonomnim normama, ali i njihovo realiziranje u svakodnevnom životu sve zahtjevnijem spram načela ustavnosti i zakonitosti u cjelovitom pravnom sustavu. Svaka površnost i nedorečenost opasna je, skupa i kao virus teška za identifikaciju i "izlječenje".

Ne umanjujući niti jedan posao u pravnoj struci, naglašava se osjetljivost i značenje normativne aktivnosti, stvaranja još nestvorenog prava (pravne norme), jer u tom procesu i odnosu sučeljavaju se brojni subjekti i čimbenici što okružuju čovjekovo postojanje i rad.

Kvalitetno "izrađeni" propisi u oblasti rada i radnih odnosa veća su garancija njihove potpunije i pravilnije primjene. Teško je navesti što sve spada u tu kvalitetu (jasan stil, preglednost, jasnost i preciznost ciljeva "državne" politike u zapošljavanju i radnim odnosima, sposobnosti, znanja, spoznaje društvenih odnosa od onih što norme "stvaraju"). Predlagatelji i donositelji propisa moraju poznavati i poštivati

¹ BORKOVIĆ, Ivo, Postupak i tehnika izrade pravnih propisa, Informator, Zagreb, 1987., str. 1.

načela izrade pravnih propisa, jer neznanstveno normiranje narušava odnose među ljudima. U ovim odnosima zahtijeva se specifična pravna regulativa.

Poseban problem je odnos heteronomih (državnih) normi i autonomnih normi u kolektivnim ugovorima i pravilnicima o radu i drugim općim aktima poslodavca i drugih subjekata u ovim odnosima. Iskustva se trebaju poštivati, tražiti bolja i nova rješenja da se ne "upada u drugu krizu".

Primjedba na jezično, logično i političko izražavanje u zakonima iz oblasti rada i radnih odnosa ima na pretek. To je, pored ostalog, posljedica nepoštivanja tih zahtjeva dok su bili u fazi prijedloga i svih meritornih metodoloških elemenata pripreme i izrade pravnih pravila i pravnih akata uopće.²

Na stvaranje i obradu propisa u oblasti rada i radnih odnosa treba koristiti najvišu pravnu tehniku u obavljanju normativne funkcije, jer iza toga slijede brojni autonomni akti i još brojnija praksa i judikatura. Načela jasnoće, kvalitete i kvantitete stila ne smiju se zanemariti, a brojne objektivne i subjektivne pretpostavke za izradu propisa jednak su preduvjet toga stvaranja, usavršavanja i izgradnje radno-pravnih odnosa.

U stvaranju propisa u oblasti rada i radnih odnosa poseban je zahtjev u objektivnim pretpostavkama za taj proces. Zakone donosi Hrvatski državni sabor, a podzakonske akte Vlada i ministarstva (ministri). Kolektivne ugovore i pravilnike o radu donose i sklapaju poslodavci i sindikati, ali i država kada se javlja kao poslodavac ili kad donosi odluku o oktroiranju određenog kolektivnog ugovora.

II. O ustavu i zakonima - pojmovno

Ustav je osnovni političko-pravni dokument u državi. Učeci njegovo uže, "tehničko-pravno značenje" to povežujemo s ustavnošću i ustavnim poretkom koji se temelji na pisanom ustavnom tekstu, koji predviđa sadržaj i okvir (granice) svih ovlasti državnih i drugih tijela i udruga ali i građana. Za nomotehniku su bitne "proceduralne" osnove Ustava: tko ga donosi, kako se donosi, kako se mijenja Ustav i druga pitanja. Riječ je o osnovnom i najvišem zakonu u jednoj zemlji, koji pravno regulira osnovne društveno-političke odnose, osobito pitanje formiranja, funkcioniranja i ovlasti političke vlasti, postavljajući istovremeno i granice akcije i vlasti u odnosu na društvo, a posebno na izvjesnu sferu koja jamči integritet osobe čovjeka i osnovna ljudska i politička prava, koja su ujedno i sredstva ograničenja vlasti.

Ustav se donosi u fazama: redovitim i mogućim.³

Faze usporavaju (ili treba da uspore) brze promjene ustava, pa neke mogu trajati dugo i ekstenzivno. Nomotehnika te faze uči sa stajališta njihove forme,

² HORVAT, Vladimir, *Nomotehnika*, Osijek, 1980., str. 6.

³ "... konačno bitnije je ući u suštinu društvenih zbivanja koja se nametala, nego poznavati samo formulaciju koja je u krajnjoj liniji samo tehnika, a ona može biti više ili manje uspješna... jer je forma bez sadržaja samo amorfn masa" - LAUC, Zvonimir, *Društveni razvoj i ustavne promjene*, CITRO, Osijek, 1988., str. 40.

tehnike izrade i s gledišta postupka donošenja ustava. Kada Ustav bude donijet slijedi put usklađivanja "nižih" propisa "u najširem obliku sadržajne ovisnosti (što) znači obavezu davanja takvog sadržaja akta što ga donosi koji će biti u svemu usklađen s odredbama višega pravnog propisa". Ta usklađenost je i s općim načelima i osnovnim postavkama koje Ustav proklamira.⁴

II.1. Temeljna određenja Ustava u radnim i socijalno pravnim odnosima

Polazišta Ustava Republike Hrvatske pružaju zadovoljavajuću osnovu za razvijanje gospodarskog sustava na osnovama privatnog vlasništva i tržišne ekonomije, primjereno suvremenim demokratskim društvima, s naglašavanjem razvojne i socijalne komponente. "Zakazalo se, međutim, u primjeni tih načela", a naročito u tekućoj ekonomskoj politici, koja je "u nekim bitnim aspektima u naglašenoj suprotnosti s ustavnim i drugim programskim osnovama".⁵

Ekonomski položaj poslodavca iznimno je težak (uništeni su segmenti proizvodnje, došlo je do smanjenja vrijednosti - osnovnog proizvodnog kapitala), pa bez vlastitih sredstava poduzetnika nemoguće osigurati značajniji pomak u proizvodnji i zapošljavanju. Razina i struktura potražnje usko su povezani, međuovisni, s razinom i strukturom proizvodnje i zaposlenosti. Njihova analiza moguća je kad bi se raspolagalo s vjerodostojnim i ažurnim podacima, a kako su ovi skoro nedostupni, analiza se obavlja po Ustavu i zakonima kao programskoj orijentaciji funkcioniranja i unapređivanja nacionalnoga gospodarstva.

Od ukupno 142. odredbe (1990.) Ustav Republike Hrvatske gotovo u jednoj sedmini (izravno u 21 odredbi) regulira pitanja rada i radnih odnosa: o određivanju Republike Hrvatske kao socijalne države (čl. 1. st. 1.); o socijalnoj pravdi i vladavini prava kao najvišim vrijednostima ustavnoga poretka (čl. 3.); o dopuštenim ograničenjima sloboda i prava zajamčenih Ustavom (čl. 16. i 17.); o zabrani prisilnog i obveznog rada (čl. 23. st. 2.); o pravu na slobodno udruživanje (čl. 43.); o slobodi poduzetništva (čl. 49.); o pravu na rad i slobodi rada (čl. 54.); o pravu na zaradu koja osigurava posloprimcu i njegovoj obitelji slobodan i dostojan život (čl. 55. st. 1.); o ograničenju radnog vremena (čl. 55. st. 2.); o pravu posloprimca na tjedni i godišnji odmor (čl. 55. st. 3.); o mogućnosti posloprimca da, u skladu sa zakonom, sudjeluje u odlučivanju u poduzeću (čl. 55. st. 4.); o pravu posloprimca i članova njegove obitelji na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje (čl. 56. st. 1.); o pravima u svezi s porođajem, materinstvom i njegovom djece (čl. 56. st. 2.) o pravu nezaposlenih na pomoć za podmirenje osnovnih životnih potreba (čl. 57. st. 1.); o posebnoj skrbi Republike za invalidne osobe (čl. 57. st. 2.); o pravu na zdravstvenu zaštitu (čl. 58.); o pravu na sindikalno organiziranje (čl. 59.); o pravu na štrajk (čl. 60.); o najnižoj dobi za zaposlenje, te zabrani zapošljavanja djece na poslovima

⁴ BORKOVIĆ, I. cit. str. 40.

⁵ SIROTKOVIĆ, Jakov, Razina i struktura potražnje kao ograničavajući ili poticajući faktor oporavka i rasta hrvatskoga gospodarstva, Hrvatska gospodarstvena revija, 4/1998. Inženjerski biro, Zagreb 1998., str. 430.

štetnim za njihovo zdravlje ili ćudoređe (čl. 64. st. 2.); te posebnoj zaštiti na radu mladeži, majki i invalidnih osoba (čl. 64. st. 3.); i druge odredbe koje govore o ovim odnosima.

Na jednoj strani su proklamacije i načela, a na drugoj stvarnost (politička, ekonomska, socijalna, kulturna); na jednoj strani su brojne norme koje propisuju prava, obaveze i odgovornosti, a na drugoj "živ" odnos poslodavaca i zaposlenika i njihovih udruga.⁶

II.2. Okvir u kome su zakoni donijeti

Brojni neizostavni i kumulativni elementi čine okvir u kome su donijeti zakoni u oblasti rada, zapošljavanja i radnih odnosa. To su postojeći društveno-ekonomski i politički odnosi, utvrđeni, prvenstveno, Ustavom Republike Hrvatske.⁷

Tu je i društvena svijest, moral, etika, ekonomske zakonitosti, pravni sustav, ustavni poredak Republike Hrvatske, osnovni ekonomski, politički i pravni instituti, znanost, pravna doktrina, stupanj društveno-ekonomskog razvoja društva u cijelosti. Ovaj okvir deformira ciljeve koji se žele ostvariti donošenjem "radnog zakonodavstva i njihovo stvaralačko, regulativno, zaštitno i odgojno značenje u demokratskom društvu".

U pojedinim propisima ima nesigurnog - nestručnog reguliranja. To se odnosi na opseg pojedinih normi. Tekstovi imaju ponavljanja, a nestručno reguliranje ima za posljedicu i veća financijska opterećenja. Praksa rada i radnih odnosa je "surova i sirova", proizvodnost rada pada, rješenja su prakticistička, a ima i improvizacije.⁸

To je složen odnos kolizije propisanog i praktičnog, kao posljedica činjenice da praksa i teorija nisu zajednički davale odgovor o sadržaju i opsegu pitanja i odnosa koje treba riješiti u tim zakonima.⁹

Zakonodavstvo mora biti "naslonjeno" na univerzalne izvore radnoga prava i na brojne konvencije i preporuke Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, ITO).

⁶ UČUR, Marinko, *Vrela radnoga prava i promjene u radnim odnosima*, Pravni fakultet, Rijeka, 1996., str. 31.

⁷ Ustav Republike Hrvatske (proč. tekst), "N.N." 8/98.

⁸ Investicije u Hrvatskoj su 1997. godine bile približno 10% razine iz 1990. U građevinarstvu je 1997. radilo 57.920 zaposlenika (55% manje nego 1989. g.). U listopadu 1997. bilo je 284.562 nezaposlena (stopa 17,4%), među kojima je 99.099 osoba koje prvi put traže zaposlenje. Među nezaposlenima je 18.808 sa visokoškolskim obrazovanjem. Od ukupnog broja nezaposlenih samo 17,5% imali su novčanu naknadu (MSI/11, 1997., str. 73. "Main statistical Indicators", vol. No. 9. Nacional Bank of Croatia, Zagreb, 1997., str. 34 i 59. - Sirotković, Jakov - cit.)

⁹ - Zakon o radu "N.N.", 38/95.

- Zakon o zapošljavanju, "N.N." 59/96.

- Zakon o zaštiti na radu, "N.N." 59/96.

II.3. Opseg zakona

O opsegu propisa govori se u tehničkom i u sadržajnom smislu. Opseg je kriterij za klasifikaciju pravnih propisa "da se uklone nepotrebne društvene suprotnosti ili istaknu ondje gdje su one potrebne".¹⁰

Pod norme "radnog zakonodavstva" podvodi se neograničeni broj konkretnih slučajeva, pojmova, sudova, zaključaka ili propisa u radnopravnim i socijalnopravnim odnosima.

Opseg Zakona o radu je generalni (*lex generalis* - opći) jer se njime utvrđuje cijeli niz slučajeva. Ta širina normi Zakona čini ih sadržajno praznijim. Trebalo bi da sadržaj olakša apercipiranje tih normi. One su često nepregledne. U tehničkom smislu Zakon o radu je napisan u 245. članku, raspoređena u XXVII glava.

U pojedinim člancima ima nekoliko stavaka i podstavaka teških za apercipiranje: članak 10. s pet stavaka, a samo u stavku prvom ima šest podstavaka (alineja); članak 11. ima sedam stavaka i članak 12. u stavku prvom ima devet točaka; u članku 22. ima sedam stavaka, kao i članak 35. itd. U članku 62. ima samo jedan stavak s 56 riječi, članak 67. ima sedamdeset i jednu riječ; članak 95. stavak drugi ima 57 riječi, a stavak prvi članka 238 ima osamdeset osam riječi itd.

U Zakonu o zapošljavanju pojedini članci pisani su narativno, kao priče sa šest, devet i više podstavaka (čl. 17.; čl. 19.; čl. 23.; čl. 30.; čl. 49. i čl. 56. itd.), a u Zakonu o zaštiti na radu isti je slučaj u odredbama čl. 5., 9., 17., 18., 21., 50., 52., 57. i drugima.

Kada se govori o opsegu Zakona u sadržinskom smislu, onda imamo u vidu sve zatečeno u ukupnosti društvenih odnosa i subjekata koji su ovim propisima obuhvaćeni zbog "širine" kruga slučajeva na koje se ti propisi odnose, odnosno brojnosti subjekata koji su dužni postupati prema njihovim odredbama.¹¹

Zakonske odredbe osnov su analiza i ocjena (stručnih i znanstvenih) brojnih aspekata određenih pojmova i instituta u velikom broju odnosa koji se realiziraju i zaštićuju.

Predmet Zakona o radu nije rad već radni odnosi (I. Opće odredbe članak 1. "Predmet Zakona o radu").

U Zakonu o radu odvojeni su pojmovi: "osoba koja traži zaposlenje" od "osoba koju se zaposli (zaposlenik)". U Zakonu o zapošljavanju, govori se o "nezaposlenoj osobi", a osobe koje su zaposlene jesu "zaposlenici u radnom odnosu" (čl. 1., 2., 5. i dr.). U Zakonu o zapošljavanju stranaca kaže se "stranac može zasnovati radni odnos, ili raditi u Republici Hrvatskoj...". U tom Zakonu ugovor o radu zove se ugovor o zapošljavanju (st. 1. članka 5.); govori se o ugovoru o obavljanju privre-

¹⁰ VUKOVIĆ, M. i VUKOVIĆ, Đ., *Izrada pravnih propisa - Nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1981.

¹¹ Republika Hrvatska imala je 1996. godine cca 4,5 milijuna stanovnika, a nominalni BDP (u mlrd US \$) 19,1., odnosno po stanovniku BDP 4.244,4 US\$. Krajem XI/1997. godine bilo je zaposleno 1.344.000 osoba, a bilo je evidentirano 281.000 nezaposlenih. Bruto plaće bile su 605,00 US\$. 1995. godine bilo je 59.922 aktivnih poduzeća u gospodarstvu Hrvatske, sa 769.889 zaposlenih.

menih i povremenih poslova (čl. 15); a nadležni ministar je “ministar rada, socijalne skrbi i obitelji”. Bez obzira na činjenicu da su propisi donijeti u različito vrijeme, to se moglo i trebalo uskladiti.¹²

No, to nisu jedine primjedbe o ovim propisima kojima se uređuju brojni odnosi što, opet, izravno utječu na osobna prava i slobode čovjeka.

II.4. Prostorno i vremensko važenje zakona

Zakone u oblasti rada i radnih odnosa karakterizira i njihovo prostorno i vremensko važenje. To su koordinate zbivanja (Vuković). Koordinate prostora (*spatium*) znače “poredak u tim društvenim odnosima” na cjelokupnom području Republike Hrvatske, a osnova su za djelovanje poslodavaca, zaposlenika, nezaposlenih osoba i brojnih drugih subjekata u tim odnosima.

Vrijeme (*tempus*) u ovim zakonima jest “koordinata” kontinuiteta, jer se donose da traju, da žive i da se ih primjenjuje (bez obzira na osporavanje njihove “dugovječnosti”). Koliko će dugo trajati i primjenjivati se ovi zakoni, ovisi od velikog broja čimbenika, ali vrijeme primjene čini ih autoritativnijim. Vrijeme je posebna vrijednost u propisima. Često donošenje ovih zakona, pa i njihovih izmjena (i dopuna), pored pozitivnih ima i negativne učinke, pa makar i privremeno (neujednačenost prava, obaveza i odgovornosti, pravne praznine, neusklađenost, nesigurnost u pravnim odnosima, usporavanje rada i neažurnosti u sudovima i dr.) i u ostvarivanju drugih ciljeva koji su u tim zakonima postavljeni.

Zakon o radu objavljen je u “Narodnim novinama” broj 38. od 8. lipnja 1995. godine. Stupio je na snagu 16. lipnja 1995. Zakon se primjenjuje od 1. siječnja 1996. godine. Uzimajući u obzir svu složenost radnih odnosa, razuman je rok od šest mjeseci za pripremu primjene Zakona o radu, bez obzira što je stupio na snagu 16. lipnja 1995. (“oživljavanje” Zakona o radu trajalo je nepunih šest mjeseci).

U tom vremenu trebalo je donijeti brojne podzakonske akte (do 16. prosinca 1995.), odnosno uskladiti pravilnike o radu, registrirati udruge i sklopiti ugovore o radu u obliku i sa sadržajem propisanim u Zakonu o radu (od 1. siječnja do 1. travnja 1996.) i drugo.

Zakon o zapošljavanju stupio je na snagu osmoga dana od dana objave u “Narodnim novinama”, kao i Zakon o zapošljavanju stranaca. Zakon o zaštiti na radu tek se počeo primjenjivati 1. siječnja 1997., iako je stupio na snagu šest mjeseci ranije. U odredbama članka 120. i 121. Zakona o zaštiti na radu učinjena je velika nomotehnička pogreška jer “na dan stupanja na snagu ovoga Zakona, prestaje važiti Zakon o zaštiti na radu (“Narodne novine” br. 19/83., 17/86., 46/92., 26/93. i 29/94.)”, a “vrijeme” od stupanja na snagu do početka primjene “novog” Zakona o zaštiti na radu nije pravno bilo “pokriveno”.¹³

¹² *Lex posterior derogat priori* kao notorno pravilo temelji se na zakonitosti vremena, ali za praktičara je potrebno da se red i redosljed donošenja i objavljivanja propisa dosljedno poštuje.

¹³ “Zahtjev kontinuiteta ima posebno značenje i za pravna pravila, jer sigurnost poretka traži da se pravna pravila primjenjuju jednako na jednake slučajeve za sve vrijeme dok su na snazi”. VUKOVIĆ, M. i Đ. Znanost o izradi pravnih propisa - Nomotehnika, Informator, Zagreb, 1997., str. 17.

Stanovite manjkavosti mogle su se ukloniti, pored ostalog, da se donio "paket" propisa u oblasti radnog i socijalnog zakonodavstva; da su se pravovremeno "notificirale" konvencije i preporuke Međunarodne organizacije rada (a kasnije i objavile); izradila načela na kojima navedeni Zakoni počivaju; uz prijedlog zakona izradilo kompletnije obrazloženje i drugo.

Zakonom o radu trebalo je jasnije izraziti hijerarhiju (konzistentnost) propisa kojima se uređuje radni odnos: konvencije Međunarodne organizacije rada, Ustav, drugi zakoni, *lex specialis*, kolektivni ugovor, pravilnici o radu, a onda i ugovor o radu.¹⁴

Rokovi utvrđeni Zakonom o radu za donošenje pravila o poslovima koji se ne smiju prekidati za vrijeme štrajka i isključenja s rada (čl. 233.) i za donošenje propisa za provedbu ovoga Zakona (čl. 237.) nisu poštovani. To se odnosi i na rok za donošenje pravilnika o radu (i sklapanje ugovora o radu, čl. 214. u skladu s člankom 235.) "sve do 1. travnja 1996. godine". Bez obzira što se jedan broj tih akata donosi za neznatan broj subjekata, s malim prostornim i vremenskim važenjem donijetog akta (kolektivnog ugovora, pravilnika o radu, sporazuma poslodavca sa zaposleničkim vijećem i dr.), njihova izrada, primjena i promjena zahtijeva znanja nomotehnike. Te specifične postupke određuju: subjekti nadležni za donošenje, nazivi akata, sadržaj, postupak usvajanja (donošenja) ili potpisivanja, način objavljivanja, tumačenja, rješavanja sporova i drugo. Oni su vrelo prava.

Zakon o zapošljavanju ima 86. članaka raspoređenih u deset glava. To je jedan od propisnika čiji je cilj uspostava socijalno reguliranog tržišta radne snage i gradnja sustava i strategije gospodarsko-socijalnog razvoja. Pojam posredovanja pri zapošljavanju treba precizno, vrlo restriktivno koristiti. To nije posredovanje u radnom angažiranju uopće, pa u tom smislu ne odgovaraju pravnoj naravi zapošljavanja odredbe podzakonskih akata o zapošljavanju studenata, učenika i drugih.¹⁵

Statut Hrvatskog Zavoda za zapošljavanje donesen je sa godinu dana zakašnjenja.¹⁶

Još je složenija situacija u zaštiti na radu. Norme kojima se uređuje zaštita na radu heteronomne su i autonomne naravi, generalni ili partikularni propisi, od univerzalnih do onih koji važe za samo jednog poslodavca. Zakon o zaštiti na radu sustav pravila zaštite na radu određuje ovako: osnovna pravila i posebna pravila koja čine propisana pravila u zakonskim i podzakonskim aktima; ugovorena pravila

¹⁴ UČUR, M., Ugovor o radu u Prijedlogu Zakona o radu Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 14, str. 143.-158. (1993.).

¹⁵ - Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju redovitih studenata "N.N." 16/96.; 125/97.
- Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju redovitih učenika srednjoškolskih ustanova "N.N." 1/97.
- Pravilnik o opsegu, uvjetima i načinu obavljanja poslova posredovanja pri zapošljavanju kad te poslove obavljaju pravne i fizičke osobe izvan Hrvatskog zavoda za zapošljavanje "N.N." 82/96.

¹⁶ Statut Hrvatskog zavoda za zapošljavanje, "N.N." 4/98. (vidi članak 82. Zakona o zapošljavanju, "N.N." 59/96.)

(prvenstveno u kolektivnim ugovorima); priznata pravila zaštite na radu; naređene mjere inspekcije rada i autonomni akti poslodavaca. "Nadležni" ministar dužan je donijeti skoro 20 novih provedbenih propisa, a na snazi su brojni podzakonski akti "ukoliko nisu u suprotnosti sa zakonima Republike Hrvatske i propisima donesenim na temelju Zakona".¹⁷ I ovdje je evidentno nepoštivanje rokova donošenja podzakonskih akata.¹⁸

III. Izražavanje u propisima u oblasti rada i radnih odnosa

"Propisi se izražavaju s pomoću oblika koji je i u društvenoj kulturi i u pravnom poretku određen".¹⁹ Pravni propisi u oblasti rada i radnih odnosa priopćavaju se pisano u odgovarajućem nomotehničkom obliku. Taj oblik je bitan kao materijalni izraz propisa. "Za redigiranje pravnih propisa bitan je samo pisani jezik... Pismo je najbolje sredstvo da se održi kontinuitet pojmova i sudova od kojih su propisi sastavljeni."²⁰ Propisi moraju imati mjeru: bez suvišnih i neodgovarajućih izraza. To zahtijeva dobro poznavanje jezika i precizne formulacije. Pravila gramatike moraju se poštivati u propisima. Svaka riječ mora imati svoje značenje, pravilnost i određenu snagu izraza. Riječi moraju imati društveno značenje i takvim riječima treba pisati propis. Svaka riječ u Zakonu o radu, Zakonu o zapošljavanju, Zakonu o zaštiti na radu, Zakonu o inspekciji rada i Zakonu o zapošljavanju stranaca trebalo bi da ima jednako značenje. A nije tako. Pored ovoga redaktori propisa moraju poznavati i sintaksu (kao znanost o rečenici, njezinim dijelovima i o redu riječi u rečenici). Izrazi u radnom zakonodavstvu imaju svoje značenje (bili oni obični ili terminološki). Kako stiliziranje ima posebno značenje u izradi propisa, a propisi u oblasti rada i radnih odnosa imaju brojne adresate i adresante, to ih treba pisati lako i razumljivo, s prihvatljivim stilom, a u Zakonu o zaštiti na radu, pa i u Zakonu o radu ima nejasnosti, dvosmislenosti i razvučenog stila s difuznim izrazima, homonimima i sinonimima uz evidentne praznine.

Logično je izražavanje pravnih propisa u pojmovima, prosudbama (sudovima) i zaključcima, a političko izražavanje u radnom zakonodavstvu je upućeno na "zemlje političke demokracije i tržišnog gospodarstva". Osnovni ton Radnog zakonodavstva jest civilistička koncepcija radnog odnosa. Međutim, u propisima je puno javnopravnih elemenata i kogentnih normi s dosta državnog utjecaja na rad i radne odnose. To se u Zakonu o radu odnosi na ova pitanja i odnose: osiguravanje uvjeta za siguran rad (čl. 3.); uvjete rada (čl. 7.); posebne uvjete za sklapanje ugovora o

¹⁷ Zakon o zaštiti na radu: čl. 114.

- UČUR, M. Materijali iz radnog i socijalnog prava (IV.), Pravni fakultet Rijeka, 1997., str. 14.-19.

¹⁸ Zakon o zaštiti na radu: čl. 18.-25. i Pravilnik o izradi procjene opasnosti, "N.N." 48/97.

¹⁹ VUKOVIĆ, cit., str. 38.

²⁰ ibidem str. 42.

radu (čl. 18.); zaštitu života, zdravlja i privatnosti zaposlenika (čl. 21.-22.); probni rad (čl. 23); puno radno vrijeme (čl. 30); prekovremeni rad (čl. 33.); odmori i dopusti (čl. 36.-50.); zaštita majčinstva (čl. 55.-72.); plaća (čl. 81.-88.); zabrana utakmice (čl. 92.-97.); prestanak radnog odnosa (čl. 103.-122.); donošenje pravilnika o radu (čl. 123. i 124.); sudjelovanje zaposlenika u odlučivanju (čl. 144.-155.); sindikati (čl. 163.-182.); kolektivni ugovori (čl.185.-202.); štrajk (čl. 210. i dr.); nadzor i dr.

U Zakonu o zaštiti na radu pojedini su pojmovi neadekvatno definirani. Svrha je Zakona "sprečavanje ozljeda na radu, profesionalnih bolesti, drugih bolesti u svezi s radom, te zaštita radnog okoliša", a po Konvenciji o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj okolini broj 155., od 22. lipnja 1981. godine, svrha bi trebala biti i "svodeći na najmanju moguću mjeru, koliko je to izvodljivo, uzroke opasnosti u radnoj okolini". "Opasnosti na radu" širi su pojam od ozljede na radu, profesionalne bolesti, drugih bolesti u svezi s radom. Difuzni izrazi su: "povoljniji", "stariji", "suradnja", "stručnjak", "odmah" i drugi. Poseban problem je i u pojedinim pojmovima koji su korišteni u podzakonskim aktima starim više od 20 godina, a ovi su još na snazi (čl. 113. Zakona).

Zakon o zapošljavanju "N.N." 59/96., upotrebljava pojam "posredovanje pri zapošljavanju" i definira ga u članku 5. ovako: "Posredovanje pri zapošljavanju je djelatnost kojom se osigurava stalna stručna pomoć nezaposlenim i drugim osobama u izboru i pronalaženju zanimanja i zaposlenja koje odgovara njihovim stručnim i drugim radnim sposobnostima, a poslodavcima osigurava popunu radnih mjesta."

Sadržaj posredovanja dat je u Zakonu o zapošljavanju.²¹ Isti zakon definira i pojam nezaposlene osobe, a u provedbenim propisima toga Zakona i jedan i drugi pojam se ekstenzivno i nedosljedno, pa i protuustavno koriste.²²

U radnom zakonodavstvu pravni pojmovi su izrazi koji se ne "izmišljaju". Njih je stvorila teorija i praksa (međunarodna i nacionalna) radnoga prava i radnoga zakonodavstva. Od pojmova nastaju sudovi (pravila) i pravno pravilo kao oblik (forma) zakona, u njihovim odredbama - iskazima.²³

Pravna terminologija u radnom zakonodavstvu mora biti suvremena i jedinstvena. Glomazne i razvučene rečenice s puno ponavljanja, dodataka i fraza bez funkcije treba iz teksta zakona izbaciti. Norme treba da budu jednostavne, jasne, kratke i lako pojmljive i shvatljive, da proizlaze iz društvene zbilje i života, a misli

²¹ Zakon o zapošljavanju, cit. čl. 6.-9., govori o "profesionalnom odabiru", "obrazovnim djelovanjima", "profesionalnom usmjerenju", "profesionalnoj rehabilitaciji" i dr.

²² - Pravilnik o opsegu, uvjetima i načinu obavljanja poslova posredovanja pri zapošljavanju kada te poslove obavljaju pravne i fizičke osobe izvan Hrvatskog zavoda za zapošljavanje "N.N." 82/96.

- Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju redovitih studenata "N.N." 16/96.

- Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju redovitih učenika srednjoškolskih ustanova "N.N." 1/97.

²³ MILIČIĆ, Vjekoslav, *Dogmatski sastav i oblikovno uređenje sustava prava, Vladavina prava, Zagreb (1998.), god II. br. 2. str. 7.-42.*

u njima iskazane cjelovito i zaokruženo. Nejasni propisi stvaraju neodgovornosti i sporove. Radni sporovi su česti, skupi i dugotrajni. Ciljevi i sadržaj radno pravnih odnosa teško su ostvarljivi.

Zakoni u oblasti rada i radnih odnosa moraju biti tako izrađeni da se što potpunije ostvaruje bitna primjena Ustava i ustavnih načela i instituta i naglašena ustavnost i pravna sigurnost. Među tim propisima mora vladati usklađenost da se svojim unutarnjim proturječnostima ne protive sami sebi. Neke norme u tim propisima su "puki opis željenog društvenog odnosa" (zaštita nezaposlenih, posredovanje u zapošljavanju, zaštita majčinstva, zaštita na radu i dr.)

U kolektivnim i individualnim radnim odnosima evidentno je nesuglasje između ekonomskih i pravnih odnosa. Ono se ne može "brisati" ni najboljim nomotehničkim rješenjima u propisima, ali se može smanjiti odmjerenim i objektivnim političkim izrazom. Novi radni odnosi zahtijevaju novu filozofiju, nova znanja i sposobnosti za njihovo razumijevanje. To se napose odnosi na precizno utvrđivanje nadležnosti (ovlasti) za donošenje propisa u oblasti rada (zakona, podzakonskih akata, kolektivnih ugovora, pravilnika o radu i drugih), procesa i metoda za njihovo normiranje, sve do "preciznog izvedbenog projekta" u ostvarivanju i zaštiti prava subjekata pravnih odnosa uređenih tim propisima.

Radni odnosi i odnosi iz rada su živi, konkretni, primjenljivi i promjenljivi. Njih ne treba uređivati generalizirajućim i principijelnim normama, već konkretnim (naređujućim, zabranjujućim, ovlašćujućim) normama o ponašanju ne samo subjekata radnog odnosa, subjekata u odnosima posredovanja u zapošljavanju, zaštite na radu i dr., već i brojnih drugih koji izravno ili neizravno sudjeluju u reguliranju, reduciranju i zaštiti prava, obaveza i odgovornosti na radu i u svezi s radom. To zahtijeva velika nomotehnička znanja.

U praksi se ukazuje na praznine, nesavršene formulacije i nedosljednosti, koje su, između ostaloga, posljedica prakticizma i "odabranih uzora" za takva rješenja. Ovi su odnosi heterogeni, preosjetljivi i mnogostruki. To je poseban izazov nomotehničarima, ali i svima drugima koji su sudionici tih složenih i odgovornih poslova. Novi pojmovi i instituti nisu jasno izraženi i određeni. Izostalo je šire stvaralačko sudioništvo znanosti i struke u stvaranju novoga prava. Zbog razlike u "autorima" i vremenu nastajanja tih propisa potrebno je njihovo usklađivanje, racionalizacija i konzistentnost u demokratskom procesu izgradnje suvremenog, usklađenog, racionalnog, realnog i efikasnog radnog zakonodavstva.

IV. Izgradnja sustava radnog zakonodavstva

Doneseni propisi i oni koje je trebalo donijeti u oblasti zapošljavanja, rada i radnih odnosa brojni su. Nisu sređeni i treba ih srediti u jednu preglednu cjelinu kako bi se gradio sustav radnog zakonodavstva. "Sustav je rezultat radnje koja se naziva sistematiziranjem."²⁴

²⁴ VUKOVIĆ, M. i VUKOVIĆ, Đ., *Nomotehnika, Informator, Zagreb, 1997.*, str. 117. i dr. "Sustav ili sistem (dolazi od gr. *systema*=poredak), jeste skup pojedinosti, kao i prema cjelini ima svoje određeno mjesto".

U donošenju radnog zakonodavstva materiju zapošljavanja, rada i radnih odnosa zakonodavac mora urediti "sistematski i u cjelini", da sačinjavaju "sistematsku, logičnu cjelinu koja će obuhvatiti cjelokupnu materiju koja je predmet reguliranja...."²⁵. Na taj način će se propisi lakše pamtili i upoznati, kako pojedini u njima tako i odnos pojedinih i cjeline. Sređivanje pojedinih propisa treba biti usporedno i kombinirano, jer imaju više vrijednosti (zapošljavanje, radni odnos, zaštita na radu i dr.) i treba ih srediti u "višu vrijednost" - radno zakonodavstvo. Ovaj sustav nije dat za uvijek. Na njega djeluju dvije suprotne tendencije: tendencija primjene i održanja i tendencija aktivnosti u promjeni. Već je rečeno da su u pitanju živi odnosi i njihove promjene su neminovne.

Sustav radnog zakonodavstva nije potpun, iako čini cjelinu.²⁶ Ona je relativna. Brojne pojedini u ovim pravnim odnosima ostale su izvan propisa. Precizan cilj državne politike određuje i precizan sadržaj propisa. Među njima treba uspostaviti ravnotežu. Sustav mora biti pregledan i kumulativno povezan, ne isključujući supsidijarnu povezanost svih ovih propisa (zapošljavanje, radni odnos, nadzor i dr.) Zbog toga moraju biti međusobno usklađeni, da se između pojedinih propisa uklone sve kontradikcije i ostale nesuglasnosti "koje ometaju njihovu svrsishodnu primjenu sukladno s ustavnim poretkom."²⁷

Izgradnja sustava radnog zakonodavstva vezana je i za njegovu kodifikaciju. Međutim, učinjeni su manji pomaci, a veće razlike (državni službenici, rješenja o prijemu u državnu službu, ugovori o radu, zapošljavanje, sudjelovanje u odlučivanju, štrajk i dr.)

Zakon o radu nije *codex* jer ne obuhvaća sve institucije i propise u oblasti rada. One se nalaze i u drugim zakonima. Nije uspostavljena pravna sistematika, što otežava pravilnu i uspješnu primjenu prava, preglednost i poznavanje novostvo-renog prava. Zakon o radu ima dijelove koji nisu kodificirani (o ugovoru o radu, o štrajku, o sindikatima).²⁸ To je parcijalni zakonik. Dugo će se tražiti put kodifikacije radnog zakonodavstva, jer su radni odnosi srce društvenih odnosa u kojima nastaju i u kojima se primjenjuju. Međutim, može se pristupiti kodifikaciji na drugi način, sređivanjem i sistematiziranjem propisa: a) u oblasti zapošljavanja (Zakon o zapošljavanju, Zakon o zapošljavanju stranaca, Statut Hrvatskog Zavoda za zapošljavanje, odluke o pojedinim pravima nezaposlenih osoba, novčana naknada, dokvalifikacije i prekvalifikacija, rad učenika i studenata); b) u oblasti rada i radnih odnosa (Zakon o radu, evidencije u oblasti rada, pravo na štrajk, kolektivni ugovor, sindikat, radno

²⁵ TINTIĆ, N., *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I.), Narodne novine, Zagreb, 1969., str. 48.

²⁶ VUKOVIĆ - cit. str. 119. "Potpunost je ujedno cjelina, ali svaka cjelina ne mora biti ujedno i potpuna".

²⁷ ib idem - str. 122.

²⁸ TINTIĆ, N. - cit. "Kodifikacija je jedan od oblika sistematizacije zakonodavstva, ali i unifikacije osnovnih načela i institucija zahvaćene materije, ne samo u duhu jedinstvenosti i racionalizacije već i metodičnosti i efikasnosti same kodifikacije".

sudstvo, obrazovanje i osposobljavanje za rad, stručni ispiti, stručna sprema i dr.); c) zaštita na radu (Zakon o zaštiti na radu, podzakonski akti u oblasti zaštite na radu; zaštita na radu žena, mladeži, invalida i starijih zaposlenika) i tako redom.

V. Prijedlozi i zaključci

V.1. Ustavom Republike Hrvatske i Ustavnim zakonom određeni su rokovi usklađivanja radnog zakonodavstva s odredbama tih propisa.²⁹

Bez novoga radnoga zakonodavstva nije bilo moguće funkcioniranje drugih segmenata gospodarsko-pravnog sustava Republike Hrvatske nakon državno-pravnog osamostaljenja i promjene ustavnog poretka. Nakon donošenja Zakona o radu, Zakona o zapošljavanju, Zakona o zaštiti na radu, Zakona o inspekciji rada (a ranije i Zakona o zapošljavanju stranaca) očekuje se da će profunkcionirati tržište rada na suvremenim tržišnim osnovama, jer je pravno uređen sustav radnih odnosa i drugih odnosa na radu i u svezi s radom. To bi trebalo analizirati i sa socijalnim zakonodavstvom. Radno zakonodavstvo precizira ovlasti, ulogu, prava, obaveze i odgovornosti socijalnih partnera: države, poslodavca i zaposlenika, odnosno njihovih udruga. Bez tih subjekata, nema stvaranja novoga radnoga zakonodavstva, ali nema ni njegove primjene ni zaštite.

V.2. Izvršene su radikalne promjene u svim segmentima odnosa u Republici Hrvatskoj. To se odnosi i na radno zakonodavstvo. Postavljeni ciljevi nisu smjeli zanemariti zahtjeve nomotehnike kao znanosti o izradi pravnih propisa.

U fazi izrade Zakona o radu i drugih važnih funkcija potrebna je i pravna znanost. U toj fazi pravnog reguliranja (stvaranja novog prava) trebalo je postaviti izrazite pravne probleme i analizirati rješenja tih problema kao pomoć onima koji su bili redaktori tih propisa u konkretnim društvenim odnosima Republike Hrvatske.

U kreiranju (izgradnji) radnih odnosa treba da sudjeluju pored države i poslodavci i zaposlenici, zbog specifičnosti kolektivnih i individualnih radnih odnosa (za razliku od upravno-pravnih, kazneno-pravnih i dr.).

V.2.1. Osnovni zahtjev nomotehnike jest da zakon mora biti jednostavan i razumljiv, bez "konfliktnih" normi. Zakon o radu mora biti "tender" za kolektivne ugovore (kao profesionalna pravna pravila) i za brojne pravilnike i druge opće akte (kao autonomna pravna pravila). Nerazumljive norme u Zakonu o radu su, pored ostalih, i ove o pisanoj potvrdi poslodavca, koja zamjenjuje ugovor o radu, o zaposleničkom vijeću, o otkazima ugovora o radu, o štrajku i druge. U Zakonu o zaštiti na radu to su odredbe o stručnjaku zaštite na radu, o izradi procjene opasnosti i druge, a u Zakonu o zapošljavanju odredbe o posredovanju u zapošljavanju i pravima evidentiranih nezaposlenih osoba i druge. Zakonu o inspekciji rada prigovara se na veliki radikalizam i ovlasti te način rada inspektora rada.

²⁹ Ustav Republike Hrvatske i Ustavni zakon za provedbu Ustava Republike Hrvatske utvrđuju "Zakoni, drugi propisi i opći akti moraju se uskladiti s Ustavom u roku godine dana od dana proglašenja Ustava" (čl. 4. Ustavnog zakona... "N.N." 56/90.).

V.3. Donosilac zakona morao je uzimati u obzir: tehničku bazu rada (tehniku proizvodnje, organizaciju rada, tehničku podjelu rada i druge); društvenu strukturu (društvene odnose u vlasništvu, društvenu podjelu rada); suprastrukturu (ideologiju, politiku, državne institucije i sl.). Zaobiđeni su neki od subjekata proizvodnih snaga u suvremenoj organizaciji rada (posloprimce, znanost i tehniku rada).

V.4. U izradi radnog zakonodavstva treba poštivati suvremena rješenja i univerzalna vrela radnoga prava, a napose konvencije i preporuke Međunarodne organizacije rada. Ova oblast pravnih odnosa ne trpi "prepisivanje zadaća". Originalnost je nužna i nezaobilazna zbog originalnih promjena u pretvorbi društvenog vlasništva i trgovačkim društvima, zbog promjena u ustanovama i drugim organizacijama; zatečenog stupnja tehnike i tehnologije; profesionalnih i drugih odnosa u Republici Hrvatskoj (ekonomska osnova, zatečena zanimanja, proizvodnost rada, višak zaposlenika, sve veća nezaposlenost i drugo).

Pretpostavke za izradu ovih propisa su i u sociologiji rada (kolektivnim odnosima iz rada, karakteru rada, motivaciji, profesijama u suvremenoj organizaciji rada), u stečenim pravima, dostignutom standardu radnog vremena, odmora i dopusta, zaštite na radu, zaštite posebnih kategorija zaposlenika i dr. Na ovaj način približit će se cilj zakonodavca (kao politički izraz u pravnoj normi) i spajati praksu i rezultate sa pravnom normom.

U primjeni ovih propisa moraju se evidentirati i analizirati manjkavosti kako bi bile otklonjene u izmjenama i dopunama, kada na njih dođe red.

V.5. Radni odnosi u Republici Hrvatskoj uređeni su s dvije skupine zakonskih propisa. Prvu skupinu čine propisi općeg karaktera koje određuje Zakon o radu, a drugu skupinu čine zakoni u posebnim djelatnostima (Zakon o državnim službenicima i namještenicima i o plaćama nositelja pravosudnih dužnosti, "N.N." 75/93., Zakon o unutarnjim poslovima, Zakon o obrani, Zakon o sustavu državne uprave, "N.N." 75/93., Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi, "N.N." 90/92.-5/97., propisi u oblasti obrazovanja, zdravstva i dr.).³⁰

Navedeni propisi zahtijevaju dobro poznavanje i uzimanje u obzir (primjenu) objektivnih pretpostavki za njihovo donošenje. Objektivne pretpostavke nisu iste naravi, značenja, uloge i utjecaja na pripremu, izradu i donošenje propisa. Međutim, one su međusobno uvjetovane i čine "mrežni plan" u tom procesu. To se odnosi na nadležnost donosioca propisa (ovlasti), na koju se mora paziti od početka do kraja; na proceduru (postupke za njihovo donošenje); na sadržaj propisa (jer "dati odgovarajući sadržaj jednom pravnom propisu znači obuhvatiti njegovim odredbama onu oblast društvenih odnosa koja odgovara nadležnosti njegova donosioca"), te na djelovanje propisa u prostoru i vremenu.³¹

³⁰ "Ovim Zakonom se uređuju radni odnosi u Republici Hrvatskoj, ako drugim zakonom ili međunarodnim ugovorom, koji je sklopljen i potvrđen u skladu s Ustavom, te objavljen, nije drukčije određeno" - čl. 1. Zakona o radu.

³¹ BORKOVIĆ, I., cit. - str. 62.

Pored njih jednako su važne subjektivne pretpostavke za donošenje zakona: pravna svijest, znanje (opće i specijalno, znanje materijalnog prava, znanje nomotehnike i dr.); priprema građe i timski rad.³²

V.6. Propisi u oblasti rada i radnih odnosa u primjeni treba da jamče pravnu sigurnost, kao stanje u kojemu su ta pravila dostupna brojnim subjektima, a njihova primjena izvjesna i točna. Nezaposlenima i zaposlenima, poslodavcima i drugim subjektima ovih odnosa država treba da garantira dosljednu primjenu prava, ostvarivanje propisanih prava, obaveza i odgovornosti. Pravna sigurnost je temelj funkcioniranja pravne države i poštivanja načela legaliteta.³³

To će omogućiti i posebno istraživanje uloge politike rada u promociji ekonomskog razvoja, utvrđivanje načina povezivanja ekonomskog razvoja i socijalne politike u globalnim promjenama tržišta i proizvodnje. U tom sustavu su i novi oblici zapošljavanja, rješavanja problema nezaposlenosti, uvjeti rada u skladu s međunarodnim radnim standardima (konvencijama i preporukama MOR-a), dalji razvoj zdravih industrijskih odnosa i tripartitnom odnosu države, poslodavca i zaposlenika. U ovome se očituje međusobna uzročna - posljedična veza živih društvenih odnosa i stvorenih pravnih normi.³⁴

Ta veza je u odnosima nezaposlenosti, zapošljavanja, rada i radnim odnosima još naglašenija.

V.7. Propisi u oblasti rada i radnih odnosa izraz su višeg stupnja društvene kulture, snage poslodavca i zaposlenika i njihovih udruga, autonomne normative originalnosti (u kolektivnim ugovorima i pravilnicima), ali i još uvijek snažne državne intervencije u ovoj oblasti. Ovi propisi još nisu stabilizirani kao ni odnosi koji su njima uređeni.

Društvenu kulturu u propisima prepoznamo i po suvremenom jeziku ali i po logičkim izrazima pravilnosti života i rada te dosljednom poštivanju univerzalnih vrela i načela suvremenog prava demokratskog političkog sustava.

Forma propisa u oblasti rada i radnih odnosa je zahtjevna, tehnika izrade originalna, postupak specifičniji od drugih postupaka pri izradi i donošenju drugih propisa. Očekivanja od ovih propisa velika su.

Očekivati je da će se pristupiti usklađivanju, racionalizaciji i konzistentnosti u izgradnji realnog i efikasnog radnog zakonodavstva. Treba stvoriti sređen sustav radnog zakonodavstva, ali ne statičan već primjenljiv i promjenljiv, prepoznatljiv sustav normi u tom zakonodavstvu.

Konačno, nužno je svestranije praćenje i analiza propisa na snazi, sudske prakse i prakse poslodavaca, zaposlenika i njihovih udruga, te traganje za boljim i potpunijim nomotehničkim oblikovanjem propisa u oblasti zapošljavanja, rada i radnih odnosa.

³² UČUR, M., *Nomotehničke pretpostavke za zaključivanje kolektivnih ugovora*, Pravni vjesnik, Pravni fakultet, Osijek, 11.(1-4), 112-126, 1995.

³³ MARNIERRE, E. S., de la, *Eléments de méthodologie juridique*, Paris, 1976.

³⁴ PLATON, *Zakoni*, Zagreb, 1957.

Literatura

1. Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Pravni fakultet, Split, 1996.
2. Borković, Ivo, *Postupak i tehnike izrade pravnih propisa*, Informator, Zagreb, 1992.
3. Horvat, Vladimir, *Nomotehnika*, Osijek, 1980.
4. Ivančević, Velimir, *Nomotehnika*, Zagreb, 1988.
5. Pusić, Eugen, *Nauka o upravi*, Zagreb, 1981.
6. Ravnić, Anton, *Društveno-radni odnos*, Radno pravni odnos, Pravni fakultet Zagreb, 1982.
7. Tintić, Nikola, *Radno i socijalno pravo*, knjiga I: Radni odnosi, Narodne novine, Zagreb, 1969.
8. Učur, Marinko, *Vrela Radnog prava i promjene u radnim odnosima*, Pravni fakultet, Rijeka, 1996.
9. Učur, Marinko, *Pomorsko radno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka, 1997.
10. Visković, Nikola, *Jezik prava*, Zagreb, 1989.
11. Vuković, Mihajlo i Vuković, Đuro, *Izrada pravnih propisa*, *Nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1981.
12. Vuković, Mihajlo i Vuković, Đuro, *Izrada pravnih propisa*, *Nomotehnika* (četvrto izdanje), Informator, Zagreb, 1997.
13. Ustav Republike Hrvatske - proč. tekst, "Narodne novine", 8/98.
14. Zakon o radu, "Narodne novine", 38/95.
15. Zakon o zapošljavanju, "Narodne novine", 59/96.
16. Zakon o zaštiti na radu, "Narodne novine", 59/96.
17. Zakon o inspekciji rada, "Narodne novine", 59/96.
18. Zakon o zapošljavanju stranaca, "Narodne novine", br. 19/92., 33/92., 89/92., 52/94.
19. Pravilnik o načinu objave Pravilnika o radu, "Narodne novine", 8/96.
20. Pravilnik o vođenju evidencije i objavi kolektivnih ugovora, "Narodne novine", br. 14/96.

Summary

NOMOTECHNICA IN LABOUR LEGISLATION

Labour Legislation demands for the complex normative activity of three social partners.

Employment, work, labour relations, work safety, control scheme of legal rules ref. work / labour relations, do indicate social situation (partially covered by related legislation). Inter-dependence of legal rule / behaviour becomes proved through numerous relations of various subjects: state (legislator & employer), employers & their organizations, unemployed persons, employees & their organizations, labour inspection etc.

Nomotehnika (Legislative Techniques as scientific discipline) provides drafting & enactment of legal rule(s) considering complexity of current social circumstances and covering (both) heteronomous & autonomous regulation - enactment procedure & coordination.

The Article analyses labour & employment segment of legislation, according to the unity of nomotehnika as the science of linguistic, logical & political discourse.

Key words: *Nomotechnica, labour legislation, employment, legal relation, work safety.*

Zusammenfassung

NOMOTECHNIK IN DER ARBEITSGESETZGEBUNG

Die Arbeitsgesetzgebung erfordert große und komplexe normative Aktivität aller drei Sozialpartner. Einstellung, Arbeit, Arbeitsverhältnis, Arbeitsschutz, Kontrolle der Vorschriften im Bereich der Arbeit und Arbeitsverhältnisse sind Teil sozialer Geschehnisse, die in einem bestimmten Maß durch die angeführte Gesetzgebung reguliert und ausgedrückt werden. Vorschrift und Verhalten sind miteinander verwoben und gegenseitig bedingt. Die besten Beispiele dafür sind die zahlreichen Verhältnisse, in die noch zahlreichere Subjekte eintreten: der Staat (als Gesetzgeber und als Arbeitgeber), die Arbeitgeber und ihre Verbände, unbeschäftigte Personen, Arbeitnehmer und ihre Verbände, Arbeitinspektionen und viele anderen.

Die Nomotechnik (als gesonderte wissenschaftliche Disziplin) ermöglicht es, dass eine Vorschrift so erlassen und realisiert wird wie man es in allen komplexen gesellschaftlichen Geschehnissen erwartet. Das bezieht sich sowohl auf heteronome als auch auf autonome Vorschriften, die auf eine bestimmte Art erlassen und miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Indem eine einheitliche Nomotechnik als Wissenschaft des sprachlichen, logischen und politischen Ausdrucks benutzt wird, werden in dieser Arbeit Vorschriften aus dem Bereich der Arbeit und der Beschäftigung analysiert.

Schlüsselwörter: *Nomotechnik, Arbeitsgesetzgebung, Beschäftigung, Arbeitsverhältnis, Arbeitsschutz.*

POSEBNOSTI MEĐUNARODNOPRAVNOG POLOŽAJA ŽENA IZBJEGLICA¹

Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.215.43
396.2
325.254
Ur.: 2. veljače 1998
Pr.: 5. lipnja 1998.
Izvorni znanstveni članak

Pravni položaj izbjeglica u međunarodnom je pravu uređen Konvencijom i Protokolom o statusu izbjeglica iz 1951., odnosno, 1967. godine. Tim su međunarodnim aktima postavljeni temelji za zaštitu takvih osoba. Praksa je pokazala da u toj skupini već ugroženih ljudi, postoji posebno težak položaj žena i djece, kao njezinih najranjivijih pripadnika. Međutim, tek su od 1985. godine žene izbjeglice postale zaseban predmet zaštite međunarodnih organa. U radu se ispituje kakve su mogućnosti uvažavanja posebnih zahtjeva žena izbjeglica u okviru postojećih međunarodnopravnih mehanizama.

Ključne riječi: izbjeglice, žene.

Problem izbjeglica u međunarodnom pravu postao je zasebno pitanje nakon Drugog svjetskog rata, iako su i raniji ratovi i drugi sukobi uvijek sa sobom nosili i posljedicu zbjegova civilnog stanovništva. No, tek je Drugi svjetski rat postavio problem izbjeglica na globalnu razinu, da bi danas pitanje izbjeglica predstavljalo jedno od najsloženijih i najtežih problema s kojima se međunarodna zajednica susreće. Podaci kojima raspolaže UN, kao i oni dostupni putem masovnih medija, ukazuju na milijunske brojke ljudi prisiljenih da bijegom iz vlastitih domova potraže dvojbenu sigurnost u drugim zemljama. Procjenjuje se da je 1951. godine, kada je utemeljen UNHCR, odnosno, Visoki povjerenik UN za izbjeglice, njegovom brigom bilo obuhvaćeno oko milijun izbjeglica. 1994. godine taj je broj narastao do 17,5 milijuna, uz dodatnih 2,5 milijuna izbjeglica kojima je pomoć pružala Agencija UN za pomoć palestinskim izbjeglicama UNRWA. Računa se da je iste godine bilo i oko 25 milijuna prognanika unutar pojedinih država.² Taj broj ne obuhvaća

¹ Rad je nastao u okviru znanstvenoistraživačkog projekta "Pravni, ekonomski i društveni položaj žene u Hrvatskoj" br. 011502 Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske.

² Ljudska prava i izbjeglice, Publikacija br. 20., Rijeka 1994, str. 2.

najnoviji milijunski val izbjeglica u Zairu koje je na bijeg natjerao građanski rat u toj afričkoj državi.

Što se tiče Hrvatske, ona je prošla dvostruku kalvariju zemlje žrtve napada, čija je populacija našla sklonište od agresije bilo kao izbjeglice bilo kao prognanici, te zemlje primateljice izbjeglica. U vrijeme najžešćih sukoba 1992. godine u Hrvatskoj je bilo oko 265.000 prognanika i oko 350.000 tisuća izbjeglica iz Bosne i Hercegovine. Nakon smirivanja situacije u Bosni, te povratka dijela okupiranih krajeva Republike Hrvatske pod njezinu vlast, ostalo je u Hrvatskoj oko 170.000 izbjeglica, uglavnom bosanskih Hrvata, ali i još uvijek velik broj prognanika.³

Svi pokazatelji ukazuju na to da su od svih ljudi pogođenih izbjeglištvom u najtežem položaju mlade djevojke, starije udovice ili samohrane majke, odnosno, žene. Prema procjenama, žene u pratnji malodobne djece čine od 75 pa čak do 90% populacije u izbjeglištvu, budući da su muškarci ili ubijeni ili zarobljeni, ili pak unovačeni u oružane snage.⁴ Žene bez pratnje izuzetno su često meta svih mogućih napada i zloupotreba, najčešće seksualne naravi, tj. one postaju žrtve silovanja, prisilne prostitucije ili pružanja tzv. "seksualnih usluga". Ta okolnost kao primarno nameće potrebu njihove zaštite. U svakom im se trenutku mora jamčiti zaštita od spolnog nasilja i iskorištavanja, što se pokazalo nužnim u svim dosadašnjim primjerima, ali i udovoljavanje posebnim zahtjevima za skloništem, zdravstvenim mjerama, te opskrbom.

Pojam izbjeglice u međunarodnom pravu

Izbjglicom se smatra svaka osoba koja se zbog utemeljenog straha od progona zbog svoje rase, vjeroispovijesti, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti nekoj društvenoj skupini ili zbog svojih političkih mišljenja, nađe izvan zemlje čije državljanstvo ima i koja ne želi ili, zbog tog straha, neće tražiti zaštitu te države. Takvu definiciju donosi Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, nadopunjena Protokolom o statusu izbjeglica iz 1967. godine.⁵ Osim toga, Konvencija obuhvaća i

³ Podaci UNHCR-a za 1994. god. govore o 3.792.000 prognanih i izbjeglih osoba na području bivše Jugoslavije. Nakon akcije "Oluja" u ljeto 1995. god. broj prognanih ljudi uvećan je za oko 170.000 Srba izbjeglih iz Krajine. Samo se manji dio njih za sada vratio u Hrvatsku. Procjena UNHCR u studenom 1996. godine govori o oko 180.000 prognanika u samoj Hrvatskoj. Opš. o situaciji u Hrvatskoj v. PULJIZ, V.: Hrvatsko društvo i izbjeglice, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (dalje: ZPFZ), br. 2-3/1993, str. 153-159; GATARIĆ, Đ.: Pravni aspekti položaja izbjeglica i prognanika, ZPFZ, br. 2-3/1993, str. 181-195.

⁴ Usp. drukčiju sliku prognanika u Republici Hrvatskoj kod MILINKOVIĆ, D.: Stari ljudi - prognanici, ZPFZ, br. 2-3/1993, str. 251-260, na str. 255. Žena je 1992. godine bilo oko 60% u odnosu na muškarce.

⁵ Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori (dalje: SL-MU), br. 7/60, nadopunjena je Protokolom o statusu izbjeglica iz 1967. godine, SL-MU br. 15/67. Za slučaj da takva osoba nema državljanstvo, Konvencija koristi poveznicu "stalnog boravišta", a za osobe s više državljanstava prihvaća se državljanstvo svake zemlje čije državljanstvo ima. Do rujna 1998. godine Konvenciju i Protokol su prihvatile 132 država.

osobe koje su se smatrale izbjeglicama temeljem predratnih sporazuma o zaštiti izbjeglica nastalih u okviru Lige naroda.⁶ Konvencija i Protokol glavni su, ali ne i jedini međunarodnopravni dokumenti koji se odnose na zaštitu izbjeglica.

Konvencija je predstavljala odmak od predratne prakse kada se zaštita pružala samo određenim izbjeglicama. Tako je Liga naroda postavila F. Nansena za Visokog povjerenika za ruske izbjeglice 1921. godine, pružajući zaštitu osobama izbjeglim nakon Oktobarske revolucije. Godine 1924. njegov je mandat proširen i na armenske, a 1928. godine i na asirske, asirsko-haldejske i turske izbjeglice. Kako se pogoršavala situacija u nacističkoj Njemačkoj, došlo je do potrebe da se posebno zaštite i njemačke izbjeglice. U istu svrhu utemeljeno je i posebno tijelo, Međuvladin odbor za izbjeglice, 1938. godine, sa svrhom olakšavanja prisilne emigracije iz Njemačke te Austrije.

Nakon Drugog svjetskog rata Ujedinjeni narodi su bili suočeni s ogromnim brojem izbjeglica u čitavom svijetu. Osnovali su najprije Međunarodnu organizaciju za izbjeglice. Ona je u svom Statutu odredila kategorije izbjeglica kojima će pružati pomoć (Dio 1., Odjeljak A), pa su tamo bile navedene žrtve nacističkih, fašističkih i kvislinskih režima, kao i španjolski republikanci i druge žrtve falangističkog režima u Španjolskoj. Na zaštitu su imale pravo i neke osobe židovskog porijekla, kao i stranci ili osobe bez državljanstva, žrtve nacističkog režima. Konačno, pod pojmom izbjeglice smatrale su se i osobe koje su taj status imale prije Drugog svjetskog rata.⁷

Novo vrijeme donijelo je i novi pristup problemima izbjeglica. Rezolucijom Opće skupštine br. 428(V), od 14. prosinca 1950. godine, utemeljen je Visoki povjerenik UN za izbjeglice (UNHCR).⁸ Svrha toga tijela je nepolitičko i humanitarno djelovanje na zaštitu izbjeglica i na rješavanju njihovih problema, a odnosit će se, "kao pravilo, na skupine i kategorije izbjeglica".⁹ Statutom ureda Visokog povjerenika određena je njegova ovlast da pruža zaštitu izbjeglicama određenima ranijim međunarodnim pravilima te osobama koje su to postale zbog događaja od prije 1. siječnja 1951. godine, kao i svim osobama koje ne uživaju zaštitu zbog "dobro utemeljenog straha od progona zbog rase, vjere, narodnosti ili

⁶ Aranžman o izdavanju osobnih isprava ruskim i armenskim izbjeglicama od 12. svibnja 1926., League of Nations, Treaty Series (dalje: LON TS), 84, No. 2004; Aranžman o protezanju na druge kategorije izbjeglica izvjsnih mjera poduzetih u korist ruskih i armenskih izbjeglica od 30. lipnja 1928., LON TS, 89, No. 2006; Konvencija o međunarodnom položaju izbjeglica od 28. listopada 1933., LON TS, 159, No. 3663; Konvencija o položaju izbjeglica iz Njemačke od 10. veljače 1938., LON TS, 192, No. 4461. Ova je konvencija iduće godine proširena na austrijske izbjeglice Dopunskim Protokolom od 14. rujna 1939., LON TS, 198, No. 4634. Osim navedenih, bilo je još tzv. aranžmana kojima su se rješavale pojedine izbjegličke skupine.

⁷ Constitution of the International Refugee Organization, 1946, United Nations Treaty Series (dalje: UNTS), Vol. 18, 3.

⁸ Organizacija je nasljednik Međunarodne organizacije za izbjeglice, koja nije uspjela dobiti podršku čitavih UN. Njezin Statut, naime, prihvatilo je samo 18 država.

⁹ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, GA Res. 428(V) of 14 December 1950, Annex.

političkog mišljenja”.¹⁰ No, međunarodni organizmi ovlašteni su samo za pružanje pomoći u novcu, hrani ili smještaju, dok je pitanje pravnog statusa u isključivoj nadležnosti pojedinih država.

Godinu dana kasnije usvojena je Konvencija o pravnom položaju izbjeglica, koja je stupila na snagu 1954. godine, kao rezultat međunarodne konferencije u Ženevi. Konvencija je usvojila pojam izbjeglice te njihova osnovna prava i obveze. U ranim određenjima pojma izbjeglice središnje je bila odsutnost zaštite njegove države. Tek je nakon Drugog svjetskog rata definicija uzimala u obzir opasnost od progona kao bitan razlog i element izbjeglištva.¹¹ Time su problemi izbjeglica postavljeni odvojeno od problema osoba bez državljanstva koje, u pravilu, nisu u takvoj opasnosti. Izbjeglica ne mora dokazivati konkretnu opasnost, dovoljno je da učini vjerojatnim okolnosti koje ga mogu ugroziti. U novije vrijeme, kada je izbjeglištvo masovan fenomen, a ne više čin pojedinca ili skupine, takve okolnosti, u pravilu, nije teško dokazati. Međutim, masovno kretanje izbjeglica, osobito nakon 1991. godine, dovelo je do novog razvoja međunarodnog prava o izbjeglicama. Prije svega, na masovne se zbjegove pravila i kriteriji iz Konvencije sve rjeđe primjenjuju. Zatim, formalizira se ranija neformalna praksa davanja privremenog utočišta, postavljaju se stroža pravila i primjenjuje se češće negoli davanje trajnog azila. Konačno, međunarodna zajednica sve više insistira na tzv. “sigurnosnim zonama” u matičnim zemljama, mada je njihova “sigurnost” ponekad vrlo upitna u okolnostima oružanog sukoba i genocidne politike. Ovakav je razvoj primjetan osobito kod zemalja koje su tradicionalno pružale utočište, odnosno, SAD i zemalja Europske unije.¹²

Temeljem Konvencije izbjeglica svoj status stječe ukoliko ispunjava predviđene kriterije, i to prije vremena u kojem je formalno utvrđen status izbjeglice. Priznanje statusa ima samo deklaratorno značenje. Drugim riječima, osoba ne postaje izbjeglica zato što mu je priznat status, već mu se status priznaje zato što je izbjeglica. Određenje izbjegličkog statusa, u pravilu, se odvija u dvije faze: u prvoj se utvrđuju bitne činjenice, a u drugoj se na utvrđene činjenice primjenjuju odredbe Konvencije, odnosno, Protokola.

Odredbe Konvencije glede određivanja statusa sastoje se od tri dijela, odnosno, od odredaba o “uključenju”, “prestanku” i “isključenju”. Prvi dio sadrži odredbe o kriterijima pod kojima se osoba smatra izbjeglicom, drugi dio govori o uvjetima prestanka izbjegličkog statusa, a treći dio isključuje određene kategorije

¹⁰ Goodwin-Gill smatra da je Statut sam sa sobom u neskladu, budući da, s jedne strane, obećava zaštitu “skupinama i kategorijama osoba”, dok, s druge strane, traži da osoba dokazuje svoj utemeljeni strah od progona. GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996, str. 8.

¹¹ DIMITRIJEVIĆ, V.: *Međunarodna zaštita izbjeglica*, ZPFZ, br. 1-2/1972, str. 96.

¹² FITZPATRICK, J.: *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary “Refuge” and Local Responses to Forced Migrations*, 35 *Virginia Journal of International Law* (dalje: *VJIL*) 1994, 1, str. 13-70, str. 15-16.

osoba, iako bi inače ispunjavale uvjete za izbjeglički status. To su osobe koje su počinile zločin protiv mira, ratni zločin ili zločin protiv čovječanstva, kao i osobe koje su počinile težak zločin prema međunarodnom pravu prije dolaska u zemlju utočišta. One nemaju pravo na status izbjeglice ni na zaštitu koju takav status donosi.¹³

Izbjeglički status traje do nastanka okolnosti koje Konvencija predviđa kao razloge zbog kojih je neka osoba izuzeta od pozivanja na Konvenciju. To su tzv. klauzule o prestanku i sadržane su u čl. 1. toč. C. Konvencije. Ukratko, osoba gubi pravo na status i prava izbjeglice ukoliko se ponovno i dobrovoljno podvrgne zaštiti države iz koje je izbjegla ili ukoliko su prestale postojati okolnosti temeljem kojih je dobila status izbjeglice. Klauzule o prestanku su po svojoj naravi negativne i taksativne, pa ih stoga valja restriktivno tumačiti. Nikakvi se razlozi ne mogu izvoditi analogijom kojima bi se opravdalo oduzimanje izbjegličkog statusa.¹⁴

Konvencija sadrži vremensko i prostorno ograničenje pojma izbjeglice na vrijeme prije "1. siječnja 1951. godine" i na "događaje u Evropi". Protokolom od 4. listopada 1967. godine ukinuta su ta ograničenja.¹⁵

Važno je napomenuti da ni Konvencija niti Protokol ne dopuštaju rezerve na temeljne odredbe tih ugovora, a to su odredbe o definiciji izbjeglice, zabrani diskriminacije, slobodi vjeroispovijesti i pristupu sudu, te na iznimno važno pravilo o zabrani prisilnog vraćanja, tzv. *non refoulement* pravilo.

Zaštita izbjeglica usko je povezana sa zaštitom ljudskih prava. Jedno od temeljnih ljudskih prava koje se jamči i Općom deklaracijom o pravima čovjeka je "pravo tražiti i uživati utočište u drugim državama i zaštitu od progona, s tim da se to pravo ne može koristiti u slučajevima gonjenja zbog nepolitičkih krivičnih djela, kao niti u slučajevima djela suprotnih svrsi i načelima UN" (čl. 14.). Članak 9. istog akta zabranjuje samovoljno uhićenje, zatočenje ili izgon, dok članak 13. jamči slobodu kretanja i nastanjivanja unutar granica pojedine države, kao i pravo na napuštanje svake države, i povratak u svoju. Izrijeком navedeno pravo na utočište nalazimo, međutim, još samo u Američkoj konvenciji o ljudskim pravima iz 1969. god. (čl. 22. toč. 7.) ili u Afričkoj povelji o pravima čovjeka i naroda iz 1981. god. (čl. 12. toč. 3.)¹⁶ Nema ga ni u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine,¹⁷ niti u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹⁸

¹³ Čl. 1. toč. F. Konvencije iz 1951. godine.

¹⁴ Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, UNHCR 1979, reedited Geneva 1992, <http://www.unhcr.ch/refworld>. (dalje: Handbook)

¹⁵ Konvencija ne definira pojam "događaji", ali se smatra da su to "događanja velike važnosti koja uključuju teritorijalne ili duboke političke promjene, kao i sistematske programe proganjanja kao posljedica ranijih promjena". UN Document E/1618, str. 9.

¹⁶ Tekstovi objavljeni u Jugoslavenskoj reviji za međunarodno pravo (dalje: JRMP) br. 1-2/1989. godine. Usp. NGUYEN Q.D., DAILLER, P., PELLET, A.: *Droit International Public*, 5^e éd., Paris 1994, str. 663. kako je pravilo o davanju utočišta postalo sastavnim dijelom regionalnog običajnog prava u Južnoj Americi, budući da je potvrđeno i u nekim ranijim konvencijama.

¹⁷ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. prosinca 1966., SL-MU, br. 7/71.

¹⁸ Međutim, IV. Protokol uz tu konvenciju zabranjuje "kolektivni progon stranaca". Hrvatski Sabor prihvatio je Evropsku konvenciju 17. listopada 1997. godine. NN-MU, br. 18/1997.

Od ostalih međunarodnih instrumenata koji se odnose na izbjeglice, izravno ili posredno, navodimo najvažnije. Pravila o postupanju s izbjeglicama sadrži IV. Ženevska konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata u čl. 44.¹⁹ Sila koja drži zaštićene osobe neće s izbjeglicama koje stvarno ne uživaju zaštitu niti jedne vlade postupati kao da pripadaju neprijateljskoj državi ukoliko je to samo *de jure* pripadnost. Položaj osoba koje su se prije izbijanja neprijateljstava smatrale izbjeglicama ili apatridima štiti i I. Dopunski Protokol uz Ženevske konvencije iz 1977. godine.²⁰ Konvencija o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva iz 1961. godine predviđa obvezu stranaka da daju svoje državljanstvo djetetu rođenom na njihovu području koje bi inače ostalo bez državljanstva.²¹ Konačno, Opća skupština je 1967. godine usvojila Deklaraciju o teritorijalnom azilu u kojoj se ističe da je davanje utočišta miran i humanitaran čin kojeg niti jedna druga država ne može smatrati neprijateljskim.²² Od evropskih instrumenata, pored ranije navedenih, važni su još i Evropski sporazum o uklaňanju viza za izbjeglice od 20. travnja 1959., Sporazum Vijeća Evrope o izbjeglicama, od 16. listopada 1980., a na položaj izbjeglica značajno utječe i novi režim granica u okviru Evropske unije, utemeljen Sporazumom iz Schengena od 14. lipnja 1985., kao i dopunska konvencija od 19. lipnja 1990. godine, te kasniji Ugovor iz Amsterdama od 2. studenog 1997. godine.²³ Svi ti sporazumi teže ujednačavanju pravila evropskih država glede izbjeglica, a stvarno im zatvaraju vrata ili barem bitno otežavaju pristup. Osim toga, tim su sporazumima evropske države suglasne da niti jedna od njih neće primati izbjeglice iz vlastita kruga, jer da sve one predstavljaju tzv. sigurne zemlje.²⁴

Temeljem Konvencije iz 1951. godine države nemaju obvezu dopustiti ulazak izbjeglicama niti dati azil nekoj osobi, ali je jasna njihova obveza da ne smiju vraćati osobu u zemlju u kojoj joj je ugrožen život ili sloboda uslijed u Konvenciji navedenih razloga.²⁵ Prilikom usvajanja Konvencije 1951. godine, usvojen je i završni akt Konferencije kojim je, između ostalog, preporučeno državama da primaju izbjeglice na svoje područje i da sporazumno, u duhu međunarodne solidarnosti, osiguraju izbjeglicama prebivalište i egzistenciju.²⁶ No, poteškoće izaziva sve veći broj osoba koje traže utočište, a dolaze iz različitih kategorija

¹⁹ Ženevska konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata, NN - MU, br. 5/1994.

²⁰ Ibid.

²¹ Convention on the Reduction of Statelessness, UN TS Vol. 989, stupila je snagu 1975. godine. Do danas ima 19 stranaka, među kojima nije Hrvatska.

²² UNGA Resolution 2312(XXII) od 14. prosinca 1967. godine.

²³ Svi dokumenti dostupni su na Internetu: <http://www.europa.eu.int>

²⁴ Usp. BHABHA, J.: European Harmonisation of Asylum Policy: A Flawed Process, 35 VJIL 1994, 1, str. 101-114.

²⁵ Usp. FULLERTON, M.: A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group, 26 Cornell International Law Journal, Symposium 1993, No. 3, str. 505-564, na 510.

²⁶ Završni akt Konferencije o statusu izbjeglica, SL-MU, br. 15/67.

izbjeglica, prognanika ili drugih osoba koje bježe od neke nevolje. Primjetan je i veliki broj tzv. ekonomskih izbjeglica, koje nisu u opasnosti od progona, ali su u potrazi za boljim životom. No, uočene su i nove vrste progona, poput silovanja i prisilnih trudnoća, tijekom rata u Bosni i Hercegovini.²⁷

Država na čije područje dođe izbjeglica udovoljit će njezinu zahtjevu za utočištem ukoliko za to ispunjava uvjete. Uvjeti su navedeni Konvencijom, ali svaka država ima i svoje posebne propise o izbjeglicama koji moraju biti u skladu s međunarodnim propisima. U svakom slučaju, pravo na utočište imat će tzv. "prave izbjeglice", odnosno, osobe koje mogu dokazati opravdani strah od progona u vlastitoj zemlji. Zatim će to pravo uživati osobe za koje se može utvrditi ili pretpostaviti da ne uživaju zaštitu svoje vlade, a nalaze se na području druge države bježeći od nekog sukoba ili radikalnih promjena u svojoj zemlji iz straha od nasilja.²⁸ Uočeno je, na žalost, da države svojim zakonodavstvom, postavljaju sve više prepreka ostvarenju prava na utočište, daju privremeno utočište ili traže da tražitelj ostane u "prvoj zemlji utočišta".

Pravna zaštita izbjeglica

Osoba kojoj se prizna položaj izbjeglice, uživa, temeljem Konvencije i Protokola, neka temeljna prava i pravnu zaštitu. Najvažnija pravila, na koja je, kako smo ranije rekli, Konvencija zabranila stavljanje rezervi, jesu sljedeća:

1. Zabrana diskriminacije glede rase, vjere ili zemlje porijekla (čl. 3.). Takva je zabrana utemeljena na pravilu općeg međunarodnog prava koje zabranjuje diskriminaciju.²⁹
2. Pravo na slobodnu vjeroispovijest i vjerski odgoj djece, u istoj mjeri kao i vlastitim državljanima (čl. 4.). I ta je sloboda utemeljena na ranijoj Deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948. godine.
3. Pravo na pristup sudu, odnosno, na sudsku zaštitu (čl. 16.). Na taj se način sprječava rješavanje statusnih pitanja pred administrativnim organima.
4. Zabrana prisilnog vraćanja izbjeglice na područje gdje bi njegov život ili sloboda bili ugroženi zbog njegove rase, vjere, državljanstva, pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili njegovih političkih mišljenja (čl. 33/3x). To se pravo ne odnosi na osobe koje se "iz ozbiljnih razloga" mogu smatrati opasnim za sigurnost zemlje koja

²⁷ Usp. BERTRAND, P.: An Operational Approach to International Refugee Protection, 26 Cornell Int. Law J. 1993, 3, str. 495-504, na 497.

²⁸ GOODWIN-GILL, op. cit., bilj. 10, str. 29. Radi se o tzv. *displaced persons* ili *persons of concern* prema praksi UNHCR. Za prvi je izraz uobičajen prijevod na hrvatski jezik *prognanici*, no prognanik se još uvijek nalazi unutar granica svoje države i pod njezinom je skrbi. Bolji je izraz *raseljene osobe*. U novijoj praksi i prognanici u svojoj državi sve više primaju pomoć UNHCR-a.

²⁹ Uočava se da nije uključena zabrana diskriminacije po spolu, kao što je to uobičajeno u nekim drugim temeljnim dokumentima o zaštiti ljudskih prava.

im je pružila utočište.³⁰ Ova odredba se, međutim, ne može tumačiti kao zabrana svakog povratka, već je treba čitati u kontekstu odredaba o prestanku statusa izbjeglice. Ukoliko se ostvare uvjeti za povratak, tj. prestanak opasnosti, izbjeglica može biti i prisilno vraćen u zemlju porijekla.

Osim tih temeljnih prava, svaka osoba koja se smatra izbjeglicom ima pravo na svoj osobni status, kao i prava koja iz njega proistječu, prema zakonima njegove domicilne države. Izbjglicama se jamči povoljan postupak glede stjecanja imovine. Zaštićuje se njihovo intelektualno i industrijsko vlasništvo, te jamči pravo na nepolitičko i nelukrativno udruživanje. Međutim, izbjglicama se dopušta obavljanje lukrativnih poslova, u pravilu pod istim uvjetima kao ostalim strancima. Države članice Konvencije dužne su izbjglicama osigurati osnovno obrazovanje pod istim uvjetima kao i svojim građanima, a glede srednjeg i višeg obrazovanja pod uvjetima kao za ostale strance.

Obveza je svakog izbjeglice prema zemlji u kojoj se nalazi da poštuje zakone i propise, kao i mjere za održavanje javnog reda. Izbjglice imaju pravo na slobodu kretanja, te na izbor mjesta boravka u skladu sa propisima za strance. Na izbjglice koje su na područje države ušle bez potrebnih isprava neće se primjeniti kaznene mjere ukoliko su ušle izravno s područja na kojem im je prijetila pogibelj u skladu s čl. 1. Konvencije.

Države članice Konvencije dužne su surađivati s UNHCR i dostavljati mu obavijesti i statističke podatke o broju i statusu izbjeglica, o primjeni Konvencije u praksi, te o zakonima i drugim propisima kojima se uređuju pitanja izbjeglica (čl. 35.). Države su, također, dužne obavještavati glavnog tajnika UN i dostavljati mu tekstove zakona i propisa koje bi mogli usvojiti radi osiguranja primjene ove Konvencije (čl. 36.).

Posebnosti pravnog položaja žena izbjeglica

I muškarci i žene izbjeglice izloženi su uglavnom istim nevoljama i problemima. No, u mnogim situacijama su žene izložene posebnim problemima upravo zbog toga što su žene. Iako je problem žena izbjeglica bio prisutan kroz dugi niz godina, Izvršni odbor UNHCR-a, i to Pododbor za međunarodnu zaštitu, stavio je taj problem na dnevni red tek 1985. godine. Prema njihovu tada usvojenom izvješću žene izbjeglice susreću se sa dva glavna i vrlo teška problema.³¹ Kao prvo, teško se narušava njihov fizički integritet i sigurnost, a to uključuje silovanja,

³⁰ Usp. čl. 3. Konvencije protiv mučenja i drugog okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. prosinca 1984. godine, koji zabranjuje protjerivanje, prisilno vraćanje ili izručenje ako postoje opravdane sumnje da će osoba biti izvrgnuta takvom postupku. Konvencija je objavljena u: NN - MU, br. 9/1991.

³¹ Executive Committee of the High Commissioner's Program (dalje: EXCOM), Sub-Committee of the Whole on International Protection: Note on Refugee Women and International Protection, EC/SCP/39, 8 July 1985, UNHCR REFWORLD.

seksualno iskorištavanje i prostituciju. Kao drugo, uočeno je da žene izbjeglice ne ostvaruju svoje pravo na jednaki postupak, iako ni Konvencija niti Protokol ne prave razliku između muškaraca i žena izbjeglica. Do takvih situacija dolazi najčešće zbog zaostalih shvaćanja bilo u zemlji porijekla ili u zemlji utočišta.

Nadalje, u istom je izvješću uočen i jedan bitan nedostatak Konvencije iz 1951. i naknadnog Protokola iz 1967. god. Naime, među razlozima za dobivanje izbjegličkog statusa ne navodi se opravdani strah od progona temeljenog na spolu. Međutim, u nekim su državama žene bile izlagane grubom i nehumanom postupanju kada se smatralo da su prekoračile zadane društvene granice.³² Takvim ženama Konvencija nije omogućavala da traže i dobiju azil u nekoj drugoj državi iz tih razloga.

Izvršni odbor UNHCR-a nastavio je s praćenjem situacije glede žena izbjeglica. U sljedećim izvješćima i zaključcima ponavljao se poziv svim tijelima, državama i organizacijama da vode pojačanu brigu o njihovu posebnom položaju, potrebama i opasnostima, a posebno je pozvao UNHCR da izradi smjernice o zaštiti žena-izbjeglica.³³ Odboru se priključio i Pododbor za međunarodnu zaštitu, a i neka druga međunarodna tijela, poput Gospodarskog i socijalnog vijeća, te Komisije UN za pravni položaj žena.

U izvješću Visokog povjerenika iz 1990. god. ukazuje se na posebne potrebe žena-izbjeglica, počevši od zaštite njihove sigurnosti i određivanja izbjegličkog statusa, pa do njihovih posebnih potreba glede obrazovanja i traženja trajnih rješenja.³⁴ Konačno, 22. srpnja 1991. godine Izvršni odbor programa Visokog povjerenika, odnosno, Pododbor za međunarodnu zaštitu usvojio je na svom četrdesetdrugom zasjedanju "Smjernice UNHCR-a o zaštiti žena izbjeglica".³⁵ U tom se dokumentu na detaljan način ukazuje na najvažnije probleme s kojima se susreću žene izbjeglice, te na njihova moguća rješenja u zadanim pravnim okvirima. Uvijek se iznova ukazuje na njihovu posebnu ranjivost, posebno mladih djevojaka i žena, te žena-hraniteljica obitelji, kao i na njihovu posebnu osjetljivost kod svjedočenja o doživljenom nasilju. U većini kultura današnjega svijeta, naime, žena-žrtva je kriva skoro koliko i nasilnik.

Osnovni problem kojeg treba riješiti jest fizička zaštita žena od različitih oblika nasilja.³⁶ Žene su podložne nasilju zbog mnogih razloga. Prije svega, zbog svojih spolnih obilježja izložene su silovanju ili genitalnom sakaćenju. Zbog svog

³² Na primjer, položaj žena u nekim muslimanskim državama ukoliko ne poštuju društvena pravila o oblačenju ili zaposlenju i sl. V. dalje.

³³ EXCOM Concl.: No. 54 (XXXIX) - 1988 - Refugee Women, No. 60 (XL) - 1989 - Refugee Women, No. 64 (XLI) - 1990 - Refugee Women and International Protection.

³⁴ Note on Refugee Women and International Protection, EC/SCP/59 od 28. kolovoza 1990. godine. U izvješću se tvrdi da nasilje i diskriminacija prema ženama-izbjeglicama ima "endemske razmjere" u gotovo svim zemljama.

³⁵ Information Note on UNHCR'S Guidelines on the Protection of Refugee Women (submitted by the High Commissioner), EC/SCP/67 od 22 srpnja 1991. godine. (Dalje: Guidelines)

³⁶ Usp. EXCOM Conclusions, No. 73 (XLIV)-1993, Refugee Protection and Sexual Violence.

položaja prema muškarcu trpe kućno nasilje ili se čak, npr. kod nekih naroda u Indiji, prakticira obredno spaljivanje nakon smrti muža (tzv. *sati*). Zbog pripadnosti određenoj društvenoj skupini žene se izlažu nasilju kao sredstvo ponižavanja te skupine, kao što su silovanja u vrijeme oružanog sukoba ili etničkih nemira. Žene su podvrgnute nasilju u obitelji (premlaćivanje, seksualno zlostavljanje ženske djece, nasilje povezano s udovištvom, incest, uskraćivanje hrane, silovanje u braku, genitalno sakaćenje), nasilju u zajednici (silovanje, seksualna zloupotreba, seksualno zlostavljanje, trgovina ženama, prisilna prostitucija), pa čak i državnom nasilju koje se očituje u držanju i silovanju žena u vrijeme oružanog sukoba.³⁷

Kada se žene nalaze u izbjeglištvu, njihova izloženost nasilju postaje još veća. Prilikom bijega iz svoje zemlje, žene u zbjegu mogu biti žrtve pirata na moru koji otimaju i seksualno zlostavljaju žene, a nisu rijetki niti primjeri ubojstava. Pripadnici različitih vojnih formacija, milicija, graničara, pa i drugi muškarci u zbjegu skloni su napadima na žene ili traženju različitih seksualnih usluga. Po dolasku u zemlju mogućeg utočišta, obično se izbjeglice smještaju u logore, koji nimalo ne podržavaju socijalnu strukturu u kojoj su ti ljudi do tada živjeli. Gube se obiteljske veze i tradicionalne vrijednosti, a na njihovo mjesto dolazi sklonost nasilju i kriminalu. I opet žene, a osobito djevojke i mlade žene, te udovice bez muške zaštite, postaju najčešće žrtve. Sklonost nasilnom ponašanju češća je što je duži boravak u logoru. Žene prepuštene same sebi, dakle, suprotno svom dotadašnjem položaju u društvu, prinuđene su svoju egzistenciju tražiti u prostituciji. Praksa pokazuje da su tome sklone posebno majke-hraniteljice koje nemaju drugih sredstava za život. Pružanje usluge seksualne naravi može, na žalost, biti jedini način preživljavanja za nju i njezinu djecu.³⁸

Određivanje pravnog položaja žene izbjeglice

Kao što smo ranije naveli, žene izbjeglice suočavaju se s nekim posebnim problemima već kod samog utvrđivanja pravnog položaja izbjeglice. Prema praksi UNHCR-a, nekoliko je glavnih problema: progon na temelju diskriminacije po spolu nije predviđen kao samostalan razlog traženja azila, a nije predviđeno niti ujedinjenje obitelji. Nadalje, žena nema izjednačen položaj pri traženju azila s muškim članovima obitelji.

Prije svega, progon na temelju diskriminacije po spolu nije predviđen kao razlog traženja azila ni u Konvenciji niti u Protokolu. Zabrana diskriminacije po spolu dio je šire zabrane diskriminacije predviđene u mnogim temeljnim aktima o

³⁷ UN Doc. E/CN.4/1995/42, 22 November 1994, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Fiftieth session, Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1994/45.

³⁸ V. bilj. 34. i 35.

zaštiti ljudskih prava. Sadrži je Opća deklaracija o pravima čovjeka iz 1948. god. u čl. 2., kao i Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima (čl. 2.), a nalazimo je i u čl. 3. Međunarodnog Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda također sadržava tu zabranu u svom čl. 14., kao i Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. god. (čl. 1.) i Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda iz 1981. god. (čl. 2.). Deklaracijom iz 1993. godine na Svjetskoj konferenciji o ljudskim pravima države-sudionice su priznale ženska prava kao "neotuđiv, cjelovit i nedjeljiv dio univerzalnih ljudskih prava" i obvezale se na njihovo ispunjenje.³⁹ Velika četvrta Svjetska konferencija UN o ženama koja se održala 1995. godine u Pekingu potvrdila je njihovo, barem verbalno, zalaganje za ostvarenje "ženskih prava".⁴⁰

Nadalje, na snazi je i čitav niz posebnih ugovora koji se odnose na zaštitu prava žena,⁴¹ od kojih je temeljna Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama iz 1979. god.⁴² Ta konvencija definira deskriminaciju prema ženama kao: "svako razlikovanje, isključivanje ili ograničenje na temelju spola i kojem je posljedica ili svrha da ženama ugrozi ili onemogućiti priznanje, ostvarenje ili obavljanje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili bilo kojem drugom polju, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovi ravnopravnosti muškaraca i žena."

³⁹ SULLIVAN, D.J.: Women's Human Rights and the 1993 World Conference on Human Rights, 88 American Journal of International Law (dalje: AJIL), 1994, 1, str. 152-167. Tekst Bečke deklaracije i akcijskog programa UN Doc. A/CONF.157/23 (1993) objavljen je u 32 International Legal Materials (dalje: ILM), 1993, str. 1661. Obuhvaćena su sljedeća glavna pitanja: nasilje prema ženama, uključivanje ženskih prava u glavne aktivnosti UN, vjerska i kulturna praksa ograničavanja ženskih ljudskih prava, implementacija Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama iz 1979. god., te ostvarivanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava i prava na razvoj.

⁴⁰ Konferencija je usvojila Deklaraciju i Akcijsku platformu, UN Doc. A/CONF.177/20 od 17. listopada 1995. i A/CONF.177/20/Add.1 od 27. listopada 1995. Tekstovi su objavljeni u 35 ILM 1996, str. 401-482. U istom su broju objavljene i Rezolucije Opće skupštine UN Res. 50/202 i 50/203 o izmjeni čl. 20. Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije prema ženama i usvajanju Pekinške Deklaracije i Platforme od 22. prosinca 1995. Indikativno je da su već na samoj konferenciji mnoge države stavile rezerve na oba dokumenta, u kojima se pokazuju "vjerske i kulturne" razlike glede ostvarenja ženskih ljudskih prava.

⁴¹ U ovom kontekstu važne su i Konvencija o političkim pravima žena iz 1953. god. (SL-MU, br. 7/54), Konvencija o pristanku na brak, minimalnoj starosti za sklapanje braka i registraciju brakova iz 1962. (SL-MU, br. 13/64), Konvencija o državljanstvu udete žene iz 1957. (SL-MU, br. 7/58), pa i Konvencija o pravima djeteta iz 1989. (SL-MU, br. 15/90). Usp. čOK, V.: Ravnopravnost žene u sistemu prava čovjeka, ZPFZ, 39, Suppl. 5-6, 1989., str. 745-754.

⁴² Usvojena rezolucijom Opće skupštine UN GA Res. 34/180 18. prosinca 1979. god., a stupila je na snagu 3. rujna 1981. god., SL-MU, br. 11/81. 1997. godine imala je 156 stranaka. Zanimljivo je da ta Konvencija, u usporedbi s drugim konvencijama UN o ljudskim pravima, ima najviše rezerva, jer je čak 66 različitih država izjavilo brojne rezerve i deklaracije, od kojih su neke i jasno nespojive s predmetom i svrhom tog ugovora. Usp. COOK, R.: Reservations to the Convention on all Forms of Discrimination against Women, 30 VJIL 1990, str. 643-716, CLARK, B.: The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination against Women, 85 AJIL 1991, str. 281.

Sama diskriminacija, međutim, ne bi mogla predstavljati dovoljan razlog za traženje utočišta, ukoliko se intenzitetom i po svojim posljedicama ne može izjednačiti s progonom. Istraživanja Amnesty International pokazuju da je diskriminacija "smrtonosna bolest" koja svakodnevno odnosi mnogo ženskih života. Dapače, "više žena i djevojaka umire svakoga dana od različitih oblika spolne diskriminacije i nasilja, negoli od ijednog drugog oblika kršenja ljudskih prava."⁴³ Misli se pritom na ubijanje ženske novorođenčadi, obiteljsko nasilje, ubijanje udovica po smrti muža, kupovinu i prodaju u bijelo roblje radi seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja, spaljivanja ili sakaćenja u ime tradicije, kao i izvrgavanje ponižavajućem postupku utvrđivanja djevičanstva, te drugim oblicima nasilja prema ženama kao takvima.⁴⁴

Poseban problem predstavljaju i žene za koje "tradicija" društva u kojem žive smatra da su prekoračile zadana pravila društvenog ponašanja za žene. U nekim su zemljama žene izložene vrlo okrutnim postupcima zbog kršenja pravila o oblačenju ili pokrivanju lica, o ponašanju na javnom mjestu, o bračnoj, ali i udovičkoj vjernosti ili ukoliko su se upustile u lezbijski odnos. Često su puta okrutnostima i poniženju izložene i žene-žrtve silovanja.

Na žalost, niti jedan od gore navedenih razloga nije predviđen u Konvenciji, odnosno, Protokolu o pravnom položaju izbjeglica kao razlog za traženje utočišta od progona. UNHCR uočio je taj nedostatak već u svom prvom posebnom bavljenju ženama izbjeglicama. Pod-odbor za međunarodnu zaštitu Izvršnog odbora je preporučio državama da slijede praksu Europskog parlamenta, koji je usvojio stajalište da se takve žene mogu smatrati da pripadaju "posebnoj društvenoj skupini" u smislu čl. 1. A (2) Konvencije.⁴⁵

Prema Priručniku UNHCR, pripadnost, odnosno, članstvo u posebnoj društvenoj skupini normalno uključuje osobe sličnog porijekla, navika ili društvenog statusa. Neki pisci ističu da nije sasvim jasno što su tvorci Konvencije imali u vidu, ali smatraju da bi se, s obzirom na vrijeme nastanka, moglo govoriti o pripadnicima npr. bivših kapitalista i njihovih obitelji u novim socijalističkim društvima, tzv. klasnih neprijatelja.⁴⁶ No, i taj je pojam podložan dinamičkom tumačenju s obzirom na potrebe novog vremena. Prema stajalištima većine pisaca, pripadnici posebne društvene skupine mogu biti povezani čimbenicima izvan njihove kontrole, ali i čimbenicima na koje oni mogu voljno utjecati. U prve bi se

⁴³ Human Rights are Women's Rights, Report by Amnesty International. RefWorld/Refmonde CD-ROM, 1995.

⁴⁴ V. npr. HOWLAND, C.W.: The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: An Analysis under the United Nations Charter, 35 Columbia Journal of Transnational Law 1997, 2, str. 271-378; PASSADE CISSÉ, B.: International Law Sources Applicable to Female Genital Mutilation: A Guide to Adjudicators of Refugee Claims Based on a Fear of Female Genital Mutilation, Ibid, str. 429-451.

⁴⁵ European Parliament: Resolution on the application of the 1951 UN Refugee Convention, 13 April 1984. EXCOM Concl. No. 39/1985.

⁴⁶ GOODWIN-GILL, op. cit., bilj. 10., str. 46-47.

ubrajala pripadnost nekoj skupini samom činjenicom rođenja (npr. pripadnik plemstva), a u drugoj bi se nalazila povezanost nekim zanimanjem, obrazovanjem ili sl.⁴⁷ U svakom slučaju, pripadnici iste skupine moraju imati nešto zajedničko što ih razlikuje od ostatka stanovništva i što je uzrok progona bilo stoga što vlast nema povjerenja u odanost te skupine ili stoga što se politički izgledi, prethodnici ili gospodarske aktivnosti članova, pa i samo postojanje te skupine smatra preprekom ostvarenju vladine politike.⁴⁸ Gubitak tog svojstva ili je nemoguć ili bi traženje odricanja predstavljalo kršenje ljudskih prava pripadnika skupine.⁴⁹

Evidentno je da postoje kategorije žena koje bi se mogle smatrati "pripadnicima posebne društvene skupine", ne samo po činjenici da su rođene kao žene. Naprotiv, kanadski *Federal Court of Appeal* izrijekom je bio protiv tvrdnje da bi žene *en masse* činile posebnu društvenu skupinu u smislu Konvencije.⁵⁰ To mogu biti neudate žene u nekim muslimanskim društvima ili djevojke i žene za udaju u nekim zemljama Afrike.⁵¹ Žene izložene seksualnom zlostavljanju i prinudnoj trudnoći u oružanom sukobu ili "samo" obiteljskom nasilju mogle bi, također, imati obilježja društvene skupine, kao i žene-samohrane majke ili one kojima se sprječava stjecanje obrazovanja stoga što su žene.⁵²

No, sama pripadnost ovoj skupini nije dovoljna osnova ukoliko se ne može dokazati i "dobro utemeljeni strah od progona". Strah od progona zbog ovog razloga obično se preklapa s nekim drugim osnovama (rasa, vjera ili nacionalnost), tvrdi se u Priručniku UNHCR-a. Dostupna sudska praksa, čini se, potvrđuje ovakvo gledanje.⁵³

⁴⁷ FULLERTON, op. cit., bilj. 25., str. 517. U tamo navedenoj sudskoj praksi Njemačke i Italije, pripadnost skupini priznata je kao osnova dobivanja izbjegličkog statusa u slučaju nezavisnih *businessmena*, zatim bivšim kraljevskim vojnim časnicima i diplomatima, te bivšim kapitalistima. Zabilježen je i slučaj Kineza izloženog maltretiranju, jer je pripadao obitelji bivših zemljoposjednika, iako je i bez roditelja i bez djeda i bake ostao kada je imao samo 5 godina. Ibid, str. 514-515.

⁴⁸ Handbook, § 78.

⁴⁹ Usp. slučaj *Matter of Acosta, The Board of Immigration Appeals 1985, Int. Dec. 2986*. Kao primjer u odluci se navodi spol, boja, rodbinske veze ili neko zajedničko prošlo iskustvo, kao što je vojno rukovodstvo ili posjed zemlje.

⁵⁰ Spor *The Minister of Employment and Immigration v. M. Mayers, A-544-92* (Nov. 5, 1992).

⁵¹ V. bilj. 44. FULLERTON, op. cit., bilj. 25, str. 540. navodi primjer kanadske odluke iz 1993. u slučaju žene iz Saudijske Arabije, pripadnice skupine "emancipiranih žena", tj. onih koje odbijaju pokrивati lice, žele putovati same i steći visoku naobrazbu po svom izboru.

⁵² Usp., međutim, negativno rješenje američkog *Federal Court, 2nd Cir. 1991* u sporu *Gomez v. INS* gdje je sud smatrao da žene koje su gerilci silovali i tukli ne čine posebnu skupinu jer nisu prepoznatljiva i diskretna skupina, odnosno, ne može se reći da su one više izložene progono od bilo koje druge žene. Za žrtve obiteljskog nasilja v. GOLDBERG, P.: Anyplace but Home: Asylum in the United States for Women Fleeing Intimate Violence, 26 Cornell International Law Journal, Symposium 1993, No. 3, str. 565-604.

⁵³ Za pregled sudske prakse o društvenim skupinama v. GOODWIN-GILL, op. cit., bilj. 10., str. 358-366. i FULLERTON, op. cit., bilj. 25., 531-561. Zanimljiv je primjer iz američke sudske prakse *Lazo-Majano v. INS, 813 F.2d 1432 (9^d Circuit 1987)* naveden u KELLY N.: Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women, 26 Cornell International Law Journal,

Kad su u pitanju žene kao pripadnici posebne društvene skupine, i one moraju dokazivati svoj "dobro utemeljen strah od progona". To je, uostalom, ključni element kod određivanja statusa izbjeglice. No, budući da je strah subjektivan, onda će i dodjeljivanje statusa ovisiti o procjeni tog subjektivnog osjećaja. Objektivni element nalazi se u potrebi da taj strah bude "dobro utemeljen", odnosno, da se može utvrditi na objektivni i jasan način. Strah se ne mora dokazivati na vlastitom primjeru, već je to moguće i na primjerima pripadnika iste skupine, prijatelja, rođaka, sumješšana i sl.⁵⁴

Strah mora biti od "progona", a ne od teških, pa čak i po život opasnih situacija, kao što je to velika glad ili prirodna katastrofa. Značenje pojma "progon" (*persecution*) može se tumačiti kao prijetnja životu ili slobodi zbog rase, vjere, nacionalnosti, političkog mišljenja ili pripadnosti posebnoj društvenoj skupini. Progonom se mogu smatrati i druga ozbiljna kršenja ljudskih prava, ali se ponekad mora uzeti u obzir i ukupno stanje u nekoj državi, pa se odluka donosi na temelju kumulativnog postojanja svih razloga.⁵⁵ Silovanje žena, kao najčešći oblik kršenja ženskih ljudskih prava, ali i mnogi drugi oblici seksualnog zlostavljanja⁵⁶ mogu se utemeljeno smatrati progonom u smislu Konvencije i Protokola. Silovanje je čin nasilja prema ženi i njezinoj osobi, ponižavajući i degradirajući, pa se može smatrati i oblikom postupanja zabranjenog Konvencijom UN o zabrani mučenja i drugog okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, od 10. prosinca 1984. godine.⁵⁷ Konvencija, zapravo, razrađuje zabranu ovakva postupanja navedenu već u Općoj deklaraciji o pravima čovjeka te kasnijem Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (čl. 7.). Pakt od ove zabrane ne dopušta odstu-

Symposium 1993, No. 3, str. 625-674. na 641-642. Tražiteljica azila bila je domaćica naredniku salvadorske armije i izložena stalnim silovanjima, okrutnim prijetnjama i fizičkom zlostavljanju, te strahu od policije. Sud je uvažio njezin strah kao utemeljen, ali iz razloga izražavanja političkog mišljenja. Njezino bi mišljenje, prema stajalištu suda, bilo protivljenje dominaciji muškaraca nad ženama, a to je mišljenje, očito, zastupao njezin tlačitelj. No, drugi sud nije priznao takav strah drugoj ženi iz El Salvadora koja je bila silovana kao svjedok političkog i okrutnog ubojstva svojih rođaka, budući da je njezin silovatelj, koji joj je kasnije prijetio i pljačkao je, bio drugi rođak, čiji motivi nisu bili politički. Slučaj *Campos-Guardado v. INS*, 809 F.2d 285 (5th Circuit 1987). Ibid, str. 638-639.

⁵⁴ V. primjere kod KELLY, op. cit., bilj. 53.

⁵⁵ Handbook, §§ 51-53.

⁵⁶ Guidelines, § 59. navodi različite do sada zabilježene oblike seksualnog progona žena: "Metode mučenja mogu se sastojati od silovanja, korištenja električne struje na spolnim organima, mehaničke stimulacije erogenih zona, manualne stimulacije erogenih zona, umetanje predmeta u tjelesne otvore (predmeta od metala ili drugih materijala na koje se kasnije spoji električna struja), prisilno gledanje 'neprirodnih' spolnih odnosa, prisilna masturbacija ili izlaganje masturbaciji, felatio i oralni snošaj, te konačno, opća atmosfera seksualne agresije i prijetnje gubitka sposobnosti radanja ili budućeg uživanja u spolnim odnosima."

⁵⁷ Mučenje, prema konvenciji, može počinuti svaka službena osoba ili osoba koja djeluje po njegovu nalogu ili pristanku, ukoliko nekoj osobi namjerno nanosi velike fizičke ili psihičke patnje radi iznuđivanja obavijesti ili priznanja, kažnjavanja za počinjeno djelo ili radi zastrašivanja ili iz nekog drugog razloga (čl. 1.). Op. cit., bilj. 30.

panje, čak ni “u doba izvanredne javne opasnosti koja ugrožava opstanak naroda”, što govori o njezinoj kogentnoj prirodi. Slično određuje i članak 15. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Mučenje se zabranjuje i ženevskim humanitarnim konvencijama iz 1949. godine.⁵⁸ Četvrta ženevska konvencija određuje u svom čl. 27. da će žene biti zaštićene od bilo kojeg napada na njihovu čast, a osobito od silovanja, prisilne prostitucije, te drugog nepristojnog napada. Članak 147. iste Konvencije, pri nabrojanju teških povreda, navodi i “namjerno nanošenje velikih patnji i ozbiljnih povreda tijelu ili zdravlju”, a to se, prema mišljenju koje zastupa Međunarodni odbor Crvenog križa, odnosi i na silovanje.⁵⁹

Vijeće sigurnosti UN je svojom rezolucijom 827 (1993) o osnivanju Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (ICTY) navelo “silna, organizirana i sustavna zatočenja i silovanja žena” kao zločin protiv međunarodnoga humanitarnog prava. Istom rezolucijom usvojeni Statut ICTY kvalificira u članku 5. toč. g) silovanje počinjeno u oružanom sukobu, kako međunarodnom tako i unutarnjem, upereno protiv civilnog stanovništva kao zločin protiv čovječnosti.⁶⁰

U progonu mora, na neki način, sudjelovati vlast dotične zemlje, bilo da njezini agenti sami sudjeluju u tom progonu, bilo da ga namjerno toleriraju, odnosno, ukoliko odbijaju ili nisu u stanju pružiti učinkovitu zaštitu.⁶¹ I sam pojam

⁵⁸ Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu (Prva konvencija), Konvencija za poboljšanje ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru (Druga), Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima (Treća), te Konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata (četvrta konvencija). Službeni prijevodi svih konvencija, kao i Dopunskih protokola iz 1977. g. na hrvatski jezik objavljeni su u: NN - MU, br. 5/1994.

⁵⁹ UN Doc. E/CN.4/1995/42, op. cit. bilj. 37.

⁶⁰ Svi dokumenti objavljeni su u KRAPAC, D.: Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Zagreb, 1995. V. također izvješća posebnog izvjestitelja za ljudska prava T. Mazowieckog: Situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia, Final periodic report on the situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, pursuant to paragraph 42 of Commission resolution 1995/89, E/CN.4/1996/9 22 August 1995 COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Fifty-first session Item 12 of the provisional agenda. U njima se, pored mnogobrojnih drugih zločina, ističu i masovna silovanja djevojaka i žena. [gopher.un.org:70/11/esc]. Usp. i osudu sadržanu u Rezoluciji 37/3 Komisije za pravni položaj žena UN: Rape and abuse of women in the territory of the former Yugoslavia na 37. zasjedanju 1993. g. u kojoj se takvi čini, korišteni u svrhu etničkog čišćenja, smatraju zločinom po međunarodnom pravu. [gopher.un.org:70/11/esc/cn6/1997]

⁶¹ Handbook, § 65. Progonitelji mogu spadati u “običan” narod, npr. skupinu vjerskih fanatika u inače sekularnoj državi. Vlast je tada odgovorna zbog nepružanja zaštite. Usp. presudu njemačkog suda VG Ansbach od 4.01.1985. No. AN 1269-XII/79. Ženi iz Indije bilo je priznato da je izložena maltretiranju zbog sklapanja braka s muškarcem iz niže kaste i zbog rada u ženskom pokretu, ali da se te akcije ne mogu pripisati vlasti. To što joj policija nije pružila zaštitu više je rezultat neučinkovitosti, loše uprave i korumpiranosti, a ne propusta vlasti. U nekoliko primjera iz američke prakse odbijen je zahtjev za utočištem mada su progonitelji pripadali strukturama vlasti, vojske ili policije, jer su sudovi smatrali da se radi o privatnim motivima. Od tražitelja azila redovito se traži da dokažu neki interes ili bitan propust vlasti u vršenju progona. Usp. KELLY, op. cit., bilj. 53., str. 636-641.

“vlasti” je podložan tumačenjima. U slučaju oružanog sukoba na terenu, pojam “vlast” odnosi se na svakoga tko na određenom području stvarno vrši nadzor i ima mogućnost ugrožavanja tuđih prava s pozicije vlasti.⁶²

Drugi veliki problem s kojima se susreću žene pri traženju azila je njihov nejednak položaj u odnosu na muške članove obitelji. Naime, kao tražilac utočišta obično se pojavljuje muški član obitelji, ispituju se njegovi razlozi za “dobro utemeljen strah od progona” i njemu se dodjeljuje status izbjeglice. Ukoliko to zakon države dopušta, azil će obuhvatiti i sve članove njegove obitelji. No, ujedinjenje obitelji nije predviđeno kao razlog za davanje utočišta samom ženevskom Konvencijom iz 1951., ni Protokolom iz 1967. godine. Neke države članovima obitelji ne daju puni izbjeglički status, pa su oni izloženi mjerama prisilnog izгона. Također, u slučaju raskida braka, žena često ne ostvaruje više nikakva prava iz izbjegličkog položaja supruga, što je ponovno stavlja u vrlo ranjivu poziciju, izloženu svakakvim napadima i iskušenjima.

S druge strane, žena često uopće ne podnosi samostalan zahtjev za izbjegličkim statusom, iako su njeni razlozi jednako opravdani kao i oni njezina muža, brata ili oca. Ženina je aktivnost, naime, u većini društava usmjerena na dom i djecu, a ne na javni politički angažman, pa su i njezini razlozi za strah od progona mnogo puta, iako opravdani, teško dokazljivi. U praksi UNHCR-a utvrđeno je, nadalje, da će žena koja je bila žrtva spolnog nasilja, biti inhibirana slobodno govoriti o svojim lošim iskustvima i traumama, osobito ukoliko je ispitivač muškarac.⁶³

Zaključak

Sva dosadašnja iskustva pokazuju da na teškom izbjegličkom kruhu najtvrdja kora zapada žene, koje se, pored svih problema izbjeglištva, moraju suočiti i s dodatnim problemima vezanima uz spol.

Izloženost nasilju i svim oblicima zlouporaba najveći je problem žena izbjeglica, ali ne i jedini. One su suočene i sa specifičnim pravnim problemima na koje međunarodno pravo ne pruža izravan odgovor. Prilikom odobravanja izbjegličkog položaja ženama se mora priznati pripadnost posebnoj društvenoj grupi, jer je to jedina osnova koju pruža Konvencija iz 1951. godine i njezin Protokol iz 1967. Na takav zaključak navodi praksa UNHCR-a, ali i praksa pojedinih država.

Takav zaključak nije u suprotnosti s Konvencijom, već je to, naprotiv, tumačenje Konvencije u skladu s općim pravilom o tumačenju međunarodnih ugovora, kako ga navodi Bečka konvencija o pravu ugovora iz 1969. god. u čl. 31. st. 1.:

⁶² Usp. presudu Administrativnog suda u Würzburgu (Ref: 15 Mar 1994, Verwaltungsgericht Würzburg W 9K 92.30416). Muslimanskoj obitelji iz BiH bio je priznat strah od progona od strane “vlasti” bosanskih Srba koji su vršili stvarni nadzor nad područjem uz granicu Srbije. To ne znači priznavanje te vlasti, ali znači priznavanje njihove stvarne mogućnosti da ugroze život i slobodu tražitelja azila.

⁶³ Guidelines, § 58-62.

“Ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.”⁶⁴ Možemo poći od osnovne svrhe konvencijskog sustava, a to je pružanje zaštite osobama koje su zbog nekog svog svojstva izložene opasnosti od progona. Ukoliko se progon temelji na nekom svojstvu vezanom uz pripadnost ženskom spolu, onda to mora biti dostatan razlog za pružanje utočišta takvoj osobi, tj. ženi. Nadalje, u tumačenju se vodi računa i o naknadnoj praksi stranaka u primjeni ugovora. Iz pregledane prakse nacionalnih sudova država koje uglavnom pružaju azil izbjeglicama može se zaključiti da, iako relativno rijetka, postoji praksa dodjeljivanja ženama izbjegličkog statusa temeljem “pripadnosti posebnoj društvenoj skupini”.

Summary

THE PARTICULARITIES OF INTERNATIONAL LEGAL STATUS OF WOMEN-REFUGEES

Legal status of refugees in International Law has been approved under Convention / Protocol to the Convention on Refugee Status from 1951/1967. These international acts (thus) denote fundamentals of their current/prospective protection and/or assistance. Practice and actual observance indicate women & children as the most vulnerable component of ref. (already imperilled) category. However, women-refugees did not achieve distinct treatment of the international protection until 1985.

The Article examines the evaluation options considering the specific demands of women refugees under current mechanisms q.v. International Law.

Key words: *refugees, women.*

Zusammenfassung

BESONDERHEITEN DES VÖLKERRECHTLICHEN STATUS VON FLÜCHTLINGSFRAUEN

Die Rechtlage von Flüchtlingen wird durch das Völkerrecht in der Konvention und dem Protokoll über den Status von Flüchtlingen von 1951 bzw. 1967 geregelt. Durch diese internationalen Akte sind die Grundlagen zum Schutz solcher Personen gelegt worden. Die Praxis hat gezeigt, daß in dieser Gruppe bereits gefährdeter Menschen die Situation der Frauen und Kinder als ihre am verletzlichsten Angehörigen besonders

⁶⁴ Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, NN-MU, br. 16/93.

schwer ist. Doch erst seit 1965 wurden Flüchtlingsfrauen zum besonderen Gegenstand des Schutzes internationaler Organe.

In der Arbeit wird untersucht, welche Möglichkeiten es zur Beachtung der besonderen Forderungen von Flüchtlingsfrauen im Rahmen der völkerrechtlichen Mechanismen gibt.

Schlüsselwörter: *Flüchtlinge, Frauen.*

POSEBNA MEĐUNARODNA NADLEŽNOST U SPOROVIMA IZVANUGOVORNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU - NEKA OTVORENA PITANJA TUMAČENJA I KVALIFIKACIJE

Dr. sc. Vesna Tomljenović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.96
341.981
Ur.: 21. rujna 1998.
Pr.: 1. listopada 1998.
Izvorni znanstveni članak

Učinkovitost pravnog mehanizma naknađivanja štete, u situacijama gdje je odnos izvanugovorne odgovornosti za štetu međunarodno obilježen, uvelike ovisi o tome da li je moguće ustanoviti međunarodnu nadležnost hrvatskog suda da odlučuje o osnovanosti tužbenog zahtjeva. U radu se analiziraju dileme koje se javljaju u primjeni pravila posebne međunarodne nadležnosti za izvanugovornu odgovornost za štetu prema kojem međunarodna nadležnost hrvatskog suda postoji ako je šteta nastupila na području Hrvatske (čl. 53. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima). Ukazuje se na složenost kvalifikacije i tumačenja dvaju pojmova sadržanih u odnosnoj odredbi "izvanugovorna odgovornost za štetu" i "mjesto nastanka štete", te na nužnost njihove pravilne primjene.

Ključne riječi: međunarodna nadležnost, izvanugovorna odgovornost za štetu, kvalifikacija, mjesto štete.

Sadržaj

1. Uvodna razmatranja
 - 1.1. Važnost odredbi međunarodne nadležnosti za rješavanje sporova izvanugovorne odgovornosti za štetu;
2. Međunarodna nadležnost hrvatskih sudova u materiji izvanugovorne odgovornosti za štetu - Opća međunarodna nadležnost;
3. Posebna međunarodna nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu
 - 3.1. Posebna međunarodna nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu u poredbenom pravu i doktrini - primjena principa *locus delicti commissi*;

- 3.2. *Otvorena pitanja ustanovljavanja posebne međunarodne nadležnosti u materiji izvanugovorne odgovornosti za štetu;*
 - 3.3. *Kvalifikacija spornog odnosa kao odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu;*
 - 3.3.1. *Međusobni odnos i interakcija ugovorne i deliktne odgovornosti u doktrini;*
 - 3.3.2. *Individualizacija odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu - problem kvalifikacije;*
 - 3.3.3. *Kvalifikacija spornog odnosa kao odnosa "izvanugovorne odgovornosti za štetu" u judikaturi;*
 - 3.4. *Problem tumačenja sadržaja poveznice locus delicti;*
 - 3.4.1. *Sadržaj pojma locus delicti i njegovo tumačenje;*
 - 3.4.2. *Doktrinalna stajališta - Teorija akcije - Teorija štete - Ubikvitetna teorija;*
 - 3.4.3. *Kako problemu lokalizacije mjesta delikta pristupa judikatura;*
 - 3.4.4. *Još o tumačenju pojma locus damni - daljnja, indirektna šteta;*
 - 3.4.5. *Štetne posljedice koje se manifestiraju u dvije ili više različitih država;*
 - 3.4.6. *Kako se pojam locus delicti tumači u hrvatskom pravu.*
4. *Zaključak*

1. Uvodna razmatranja

Suvremeni život - gdje objektivna odgovornost sve više potiskuje subjektivnu, a kolektivna individualnu¹, i novi, masovniji i razorniji oblici šteta, koje je teško podvesti pod zajednički nazivnik, a još teže teritorijalno lokalizirati, potiskuju klasične oblike štetnih događaja kod kojih se šteta manifestira u okvirima istog pravnog sustava - nalaže preispitivanje principa *locus delicti commissi*, koji se u sporovima proizašlim iz deliktne odnosa s međunarodnim obilježjem koristio za ustanovljavanje međunarodne nadležnosti te za izbor mjerodavnog prava.

U složenim štetnim događajima kod kojih se štetne posljedice ne manifestiraju u istoj državi u kojoj je štetnik djelovao, ili, pak u situacijama u kojima teritorijalno određenje mjesta delikta nema veze s faktičkim mjestom djelovanja štetnika, mjesto delikta teško se utvrđuje. Takve situacije nisu rijetkost, te se one, na žalost, ne moraju više objašnjavati veoma rijetkim ili hipotetičkim slučajevima. Štete uzrokovane: radioaktivnim zračenjem, industrijskim onečišćenjem okoliša i mora naftom ili drugim opasnim tvarima, upotrebom neispravnih proizvoda izvan države porijekla, povredom prava osobnosti putem javnih medija, neloyalnom tržišnom utakmicom, prometnim nesrećama najčešće su dislocirane od mjesta štetnog događaja.

¹ KLARIĆ, P., ODŠTETNO PRAVO, 1991., str. 13.-16.

U takvim je situacijama preduvjet primjene pravila o međunarodnoj nadležnosti, pa tako i pravila o izboru mjerodavnog prava, u sferi međunarodnih delikata upravo ispravna lokalizacija delikta, budući da se pomoću poveznice *locus delicti commissi* određuje međunarodno nadležni sud kao i mjerodavno pravo prema kojem će se riješiti sporni odnos. Kako se princip *locus delicti commissi* ne može više ravnopravno nositi sa zahtjevima koji mu nameću novonastale situacije odgovornosti za štetu, doktrina potaknuta potrebama judikature od sredine ovog stoljeća počinje pokazivati golem interes spram međunarodno privatnopravne regulative izvanugovornih, pogotovo deliktних odnosa, kojim je ova materija dovedena u središte znanstvenih rasprava, gdje se i danas nalazi².

1.1. Važnost odredbi međunarodne nadležnosti za rješavanje sporova izvanugovorne odgovornosti za štetu

Dok se pitanju izbora deliktного statuta u posljednje vrijeme posvećuje velika pažnja, problematika međunarodne nadležnosti nije, međutim, izazvala toliku pozornost, iako su se i u ovom segmentu događale značajne promjene.

Međutim, regulativa sukoba nadležnosti od jednake je važnosti za konačno rješenje sporova s međunarodnim elementom kao i ona sukoba prava. To je poznato svakom dobrom praktičaru koji zna da uspjeh u sporu uvelike ovisi o tome pred sudom koje države se postupak pokreće. Razlozi koji tužitelja privlače sudovima određenih država nisu uvijek samo u materijalnom pravu. Čak i kada je kolizijsko pravo potencijalno mjerodavnih pravnih sustava identično, nema garancije da će u konkretnom slučaju konačno rješenje biti isto bez obzira pred sudom koje od tih država se postupak pokreće. Razlozi tužiteljeva *forum shoppinga* najčešće su procesnopravne naravi. Različita nacionalna regulativa u pogledu mnogih postupovnih pitanja, kao na primjer, dokaznog postupka, odlučivanja porote itd., mogu imati i te kakvog utjecaja na konačni ishod spora. S druge, pak, strane, na odluku o tome u kojoj će se državi pokrenuti postupak obeštećenja utječe i vjerojatnost prisilnog izvršenja odluke izvan države u kojoj je donijeta. Iako je za hrvatskog tužitelja postupak obeštećenja jednostavnije pokrenuti pred hrvatskim sudom, pitanje je da li je promatrano s aspekta prisilnog izvršenja hrvatske odluke u inozemstvu to i najučinkovitije. Da bi izbjegao složen postupak priznanja strane odluke, svaki bi tužitelj već u trenutku pokretanja postupka za naknadu štete, odnosno izbora sudstva države pred kojim će pokrenuti postupak, morao voditi računa ne samo o tome da li je pravo foruma za njega povoljnije, već i o tome da se odluka može bez problema prisilno izvršiti u državi gdje se nalazi imovina štetnika.

² O tome koliko je međunarodno privatnopravna problematika deliktних odnosa složena, pokazuje judikatura koja je, pogotovo u anglo-američkim sustavima, svojim odlukama probijala put posve novim idejama o novim i elastičnijim pristupima izboru mjerodavnog prava. Ne začuđuje stoga izjava poznatog engleskog suca Lorda Denninga o tome da je problem izbora mjerodavnog prava u području delikata "... one of the most vexed questions in the conflict of laws...", *Boys. v. Chaplin* (1968) 2 QB 1, str. 20.

Sva ova pitanja s kojima se pri reguliranju sporova s međunarodnim elementom suočavaju stranke i sudovi dovoljno jasno ilustriraju međusobnu povezanost i suptilnu međuzavisnost postupovnih pravila o međunarodnoj nadležnosti, kolizijskih odredbi o izboru mjerodavnog prava te odredbi o priznanju stranih odluka. Navedena se pitanja, iako sva ne ulaze u predmet međunarodnog privatnog prava, razmatraju u okviru međunarodno privatnopravne problematike, budući da su, kao što smo vidjeli, u međusobnoj zavisnosti³.

2. Međunarodna nadležnost hrvatskih sudova u materiji izvanugovorne odgovornosti za štetu

Prvo pitanje s kojim se suočava hrvatski sud u sporovima čije činjenične okolnosti prelaze granice jednog pravnog sustava jest ono međunarodne nadležnosti. Suočen s tužbenim zahtjevom hrvatski sud mora ocijeniti da li je u konkretnom slučaju međunarodno nadležan odlučivati o meritumu spora. Odluku o tome sud donosi primjenom odredbi hrvatskog međunarodnog postupovnog prava⁴, to jest,

³ U poredbenom pravu ne postoji jedinstveno stajalište o tome što se smatra predmetom međunarodnog privatnog prava. Svi se slažu da predmet međunarodnog privatnog prava čine odredbe o određivanju mjerodavnog prava i posebna materijalna pravila (KATIČIĆ, N., *OGLEDI O MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU*, 1971., str. 72., LOUSSOURAN, Y., BOUREL, P., *DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, 1993., str. 3. i dalje). Tako restriktivno viđenje predmeta međunarodnog privatnog prava zastupaju njemački autori. Međutim, s druge strane, pogotovo u anglo-američkim pravima, prisutna su shvaćanja prema kojima predmet međunarodnog privatnog prava čine i odredbe o međunarodnoj nadležnosti. Francuska doktrina predmet međunarodnog privatnog prava tumači šire i u njega svrstava odredbe o pravnom položaju stranaca te odredbe o državljanstvu.

U hrvatskoj doktrini Katičić ukazuje na tu problematiku ističući da se pojedine kategorije spomenutih odredbi, kao primjerice odredbe o međunarodnoj nadležnosti i odredbe o određivanju mjerodavnog prava razlikuju po svojoj pravnoj prirodi, te da stoga, iako su od iznimne važnosti za međunarodno privatno pravo, odredbe o međunarodnoj nadležnosti pripadaju postupovnom pravu; Katičić, *Ogledi o međunarodnom privatnom pravu*, 73.

Činjenica je međutim, da su danas u suvremenim kodifikacijama međunarodnog privatnog prava sadržana ne samo pravila o sukobu zakona već i pravila o međunarodnoj nadležnosti te priznanju stranih odluka. Takav je pristup prihvatio i hrvatski zakonodavac. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (NN 53/91, u daljnjem tekstu ZRSZ), kao opći kodifikacijski akt međunarodnog privatnog prava, obuhvaća odredbe o međunarodnoj nadležnosti, sukobu zakona i priznanju stranih odluka. Sajko to tumači na sljedeći način: "... međunarodno procesno pravo, koje uglavnom sadrži pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova i drugih tijela, o postupku i priznanju stranih sudskih i arbitražnih odluka, usko je funkcionalno povezano s međunarodnim pravnim pravom, pa se izučava unutar tog predmeta.", SAJKO K., *MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO*, opći dio, 1996., str. 8. O tome da bi međunarodno građansko postupovno pravo trebalo smatrati dijelom međunarodnog privatnog prava izjašnjava se i Vuković, VUKOVIĆ, Đ., *MEĐUNARODNO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO*, 1987., str. 3.- 4.

⁴ Odredba čl. 27. *Zakona o parničnom postupku* (NN 53/91; 91/92, u daljnjem tekstu: ZPP.) glasi: "... Hrvatski sud nadležan je za suđenje kad je njegova nadležnost u sporu s međunarodnim

odredbi sadržanih u: dvostranim ili višestranim međunarodnim konvencijama (ako se radi o pitanju koje je pokriveno konvencijskim pravilima), ZRSZ, te drugim zakonima. Ukoliko za određenu vrstu spornog odnosa nema pak odredbi međunarodnog ugovora ili zakona, međunarodna nadležnost hrvatskog suda može se utemeljiti na odredbama hrvatskog prava o mjesnoj nadležnosti suda⁵.

• *Opća međunarodna nadležnost*

ZRSZ predviđa opće kriterije na temelju kojih se za sve sporove s međunarodnim obilježjem utemeljuje međunarodna nadležnost. Dakle, bez obzira na to o kojoj se vrsti spora radi. Posljedično se tome ti opći kriteriji primjenjuju između ostaloga i za ustanovljavanje međunarodne nadležnosti u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu.

Opće je pravilo da je hrvatski sud međunarodno nadležan kada se na području Hrvatske nalazi prebivalište, odnosno sjedište tuženoga. Tada postoji opća međunarodna nadležnost (*forum rei*)⁶. Ovo se opće pravilo razrađuje dopunskim kriterijima opće nadležnosti.

Tako, ako tuženik nema prebivalište u Hrvatskoj, kao ni u drugoj državi, hrvatski sud će biti međunarodno nadležan ako tuženik u Hrvatskoj ima boravište⁷. Opća međunarodna nadležnost hrvatskog suda postoji i kada su parnične strane hrvatski državljani i kada tuženik, koji inače ima prebivalište u nekog drugoj državi, ima boravište u Hrvatskoj⁸.

U slučaju materijalnih suparničara dovoljno je da barem jedan od suparničara ima svoje prebivalište, odnosno sjedište na području Republike Hrvatske⁹.

U sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu hrvatski sud može svoju međunarodnu nadležnost utemeljiti i na činjenici da je tuženik neosporavanjem nadležnosti hrvatskog suda dao svoj pristanak na nadležnost tog suda (čl. 50. ZRSZ), te ako je tuženik hrvatski državljani koji živi u inozemstvu gdje je upućen na službu ili rad, a imao je prebivalište u Hrvatskoj (čl. 52. ZRSZ).

Zanimljivo pitanje u svezi s međunarodnom nadležnosti u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu svakako je ono da li u takvim sporovima parnične stranke mogu sporazumom prorogirati međunarodnu nadležnost domaćeg

elementom izričito određena zakonom ili međunarodnim ugovorom ili ako ta nadležnost proizlazi iz odredba zakona o mjesnoj nadležnosti suda Republike Hrvatske.”

⁵ Detaljnije o odnosu mjesne i međunarodne nadležnosti vidjeti: GRBIN, I., “Nadležnost sudova u građanskim stvarima s međunarodnim elementom”, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse., 1995., str. 230., 233. i dalje.; VUKOVIĆ, Đ., Međunarodno građansko procesno pravo, str. 23.; CIGOJ, S., »Ali se međunarodne jurisdikcijske norme dopolnjujejo z normami o krajevni pristojnosti«, Pravnik, 1983., str. 377.-388.

⁶ Odredba čl. 46. st. 1. ZRSZ

⁷ Odredba čl. 46. st. 2. ZRSZ

⁸ Odredba čl. 46. st. 3. ZRSZ

⁹ Odredba čl. 46. st. 4. ZRSZ

ili stranog suda¹⁰. Naime, odredbom čl. 49. ZRSZ izričito se predviđa da prorogirati međunarodnu nadležnost stranog suda stranke mogu samo ako je jedna od njih strana osoba s prebivalištem odnosno boravištem u inozemstvu, te ako ne postoji isključiva međunarodna nadležnost hrvatskog suda, a domaćeg suda samo ako je jedna od stranaka domaća fizička ili pravna osoba. Povrh toga, zakonodavac je izričito ograničio mogućnost stranaka da sporazumom odrede međunarodno nadležni sud u materiji porodičnih odnosa¹¹. Da je zakonodavac htio isključiti prorogaciju nadležnosti u materiji izvanugovorne odgovornosti za štetu takvo bi ograničenje izričito predvidio. Kako to nije učinio, moglo bi se zaključiti da je prorogacija dopuštena, pogotovo stoga što ZRSZ za odnose izvanugovorne odgovornosti za štetu ne predviđa isključivu međunarodnu nadležnost. Povrh toga, samim je ZRSZ odredbom čl. 53. st. 1. posredno dopuštena prešutna prorogacija u ovim sporovima¹², pa stoga nema razloga ne prihvatiti izričiti sporazum stranaka u tom pogledu. Kako se doktrina u tom pogledu izričito ne izjašnjava¹³, a judikatura ne priznaje prorogacijskoj klauzuli učinke u materiji izvanugovorne odgovornosti za štetu¹⁴, ovom bi pitanju trebalo posvetiti mnogo više pažnje. Međutim, zbog teme i okvira ovog rada, ovdje to ne možemo učiniti.

3. Posebna međunarodna nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu

Pored kriterija opće međunarodne nadležnosti ZRSZ predviđa i dodatne alternativne kriterije, koji se razlikuju ovisno o vrsti spornog odnosa¹⁵.

Posebnu međunarodnu nadležnost za sporove izvanugovorne odgovornosti za štetu ustanovljava odredba čl. 53. st. 1. ZRSZ, koja uvodi mjesto delikta, odnosno preciznije, "mjesto nastanka štete"¹⁶ kao poseban kriterij međunarodne nadležnosti. Ako je šteta nastala na području Republike Hrvatske oštećeni može pred hrvatskim sudom pokrenuti postupak obeštećenja (*forum delicti commissi*) bez obzira da li tuženik ima u Hrvatskoj prebivalište ili boravište.

¹⁰ Vidjeti WEDAM-LUKIĆ, D., MEDNARODNA IN MEDREPUBLIŠKA PRISTOJNOST, 1983., DIKA i ostali; itd.

¹¹ Prorogacija međunarodne nadležnosti u materiji porodičnih odnosa (u stvarima iz čl. 61.-70. ZRSZ) izričito je isključena odredbom čl. 49. st. 3. ZRSZ. Vidjeti detaljnije: VUKOVIĆ, Đ., MEĐUNARODNO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO, 1987., str. 27.; DIKA, M., i ostali, KOMENTAR ZAKONA O MEĐUNARODNOM PRIVATNOM I PROCESNOM PRAVU, 1991., str. 178. i dalje.

¹² Odredba čl. 50. ZRSZ u svezi s odredbom čl. 53. st. 1. ZRSZ.

¹³ U doktrini nema jasnog stava o tome, vidjeti WEDAM-LUKIĆ, D., MEDNARODNA I MEDREPUBLIŠKA PRISTOJNOST, 1983., str. 84. i dalje.

¹⁴ Vidjeti odluku Trgovačkog suda u Rijeci, III P-4723/93-45.

¹⁵ DIKA, M., i ostali, KOMENTAR ZAKONA O MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU, 1991., str. 156. i dalje.

¹⁶ Odredba čl. 53. st. 1. glasi:

Drugim stavkom iste odredbe primjena odnosnog rješenja proširuje se i na sporove protiv zajednice osiguranja imovine i osoba radi naknade štete trećim osobama na temelju propisa o neposrednoj odgovornosti te zajednice, kao i na sporove o regresnim zahtjevima po osnovu naknade štete protiv regresnih dužnika.

3.1. Posebna međunarodna nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu u poredbenom pravu i doktrini - primjena principa *locus delicti commissi*

U poredbenom se zakonodavstvu također, brojnim nacionalnim, ali i međunarodnim, pravilima za deliktne sporove ustanovljava posebna međunarodna nadležnost. Opće je prihvaćeno da se posebna nadležnost temelji na poveznici *locus delicti commissi*. U tom se smislu izjašnjavaju francuski¹⁷ i njemački¹⁸ zakon o građanskom postupku, engleska *Rules of the Supreme Court - Order 11.r.1. (f)*¹⁹. Američki Restatement of Conflict of Laws, Second, u glavi 3. u odjeljku B (*»Bases of Judicial Jurisdiction Over Individuals«*)²⁰ također predviđa da je sud određene države nadležan ako je između ostalog (h) događaj nastupio u toj državi i (i) ako su u toj državi nastupile posljedice događaja koji je nastupio u nekoj drugoj državi²¹.

“U sporovima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu nadležnost suda Republike Hrvatske postoji ako ta nadležnost postoji prema odredbama čl. 46. i članaka od 50. do 52. ovog zakona ili ako je šteta nastala na teritoriju Republike Hrvatske”

¹⁷ Odredba čl. 46. novog francuskog Zakona o građanskom postupku glasi:

«Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur:

.... - *en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle (Décr. no. 81-500 du 12 mai 1981) «dans la ressort de laquelle le dommage a été subi»*; Nouveau Code de procédure civil, Dalloz 1996., str. 63.

¹⁸ Odredba čl. 32. ZPO određuje alternativnu nadležnost za tužbe povodom protupravnih čina, utvrđujući nadležnost suda mjesta počinjenja pravnog čina, s time, da se u doktrini smatra da takva nadležnost postoji i u mjestu gdje je nastupila štetna posljedica, ali ne i mjestu daljnjih štetnih posljedica (indirektna šteta); vidjeti detaljnije SAJKO, K., “Perspektiva razvoja međunarodnog privatnog prava: o Briselskoj i Lugano konvenciji o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima i kako Hrvatsko pravo uskladiti s tim konvencijama”, GAVELLA i drugi, HRVATSKO GRAĐANSKOPRAVNO UREĐENJE I KONTINENTALNO-EUROPSKI PRAVNI KRUG, 1994., str. 238.

¹⁹ Engleski sud nadležan je odlučiti u sporu, te pokrenuti postupak protiv tuženika koji se ne nalazi na području Velike Britanije : *»...If the claim is founded on a tort and the damage was sustained, or resulted from an act committed, within jurisdiction«*, vidjeti, McCLEAN, J.D., MORRIS: THE CONFLICT OF LAWS, London, 1993., str. 71.

²⁰ American Law Institute, Restatement of the Law, Second, 1971., odredba § 27., 36., 37. str. 120., 147.-162.

²¹ § 36. Doing an Act in State

(1) *A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who has done, or has caused to be done, an act in the state with respect to any cause of action in tort arising from the act.*

(2) *A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who has done, or has caused to be done, an act in the state with respect to any cause of action not in tort arising from the act*

Nadalje, *locus delicti* kao poseban kriterij međunarodne nadležnosti prihvaćaju zakoni međunarodnog privatnog prava: Italije²², Švicarske²³, Rumunjske²⁴.

Identično rješenje usvajaju i međunarodne konvencije. Višestranih konvencija kojima se općenito unificiraju postupovna pravila nema mnogo, izuzev onih regionalnog karaktera: kao što je na primjer *Code of Private International Law*²⁵, ili za nas mnogo zanimljivija *Konvencija o međunarodnoj nadležnosti i priznanju stranih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968. godine* (u daljnjem

unless the nature of the act and of its individual's relationship to the state and to other state make the exercise of such jurisdiction unreasonable.

§ 37. Causing Effects in State by Act Done Elsewhere

A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who causes effects in the state by an act done elsewhere with respect to any cause of action arising from these effect unless the nature of the effects and of the individual's relationship to the state make the exercise of such jurisdiction unreasonable.

²² Odredbom čl. 3. st. 2. talijanski *Zakon međunarodnog privatnog prava*, od 1995. godine, uvodi u talijansko međunarodno postupovno pravo posebne kriterije nadležnosti iz Briselske konvencije od 1968. godine (o čijim će rješenjima kasnije biti više rečeno), a među kojima i *locus delicti* za odnose izvanugovorne odgovornosti za štetu.

²³ Švicarski *Zakon međunarodnog privatnog prava*, od 1987., detaljno uređuje međunarodnu nadležnost švicarskih sudova za sporove izvanugovorne odgovornosti za štetu (čl. 129., 130., 131.).

Prema odredbi čl. 129. švicarski sud međunarodno je nadležan kada tuženik ima u Švicarskoj sjedište, prebivalište, a u nedostatku ovog, redovno boravište. Ako pak tuženik nema u Švicarskoj prebivalište, redovno boravište, ili, sjedište, postupak se može pokrenuti pred švicarskim sudom ako je u Švicarskoj mjesto štetnog događaja ili mjesto štetnih posljedica (čl. 129. st. 2.)

Međunarodnu nadležnost švicarskih sudova u specifičnim sporovima deliktne odgovornosti regulira odredba čl. 130. i 131. Za odlučivanje o šteti uzrokovanoj nuklearnim postrojenjem ili prijevozom nuklearnih tvari međunarodno je nadležan švicarski sud kada je u Švicarskoj počinjen štetni akt ili kada su u Švicarskoj nastupile štetne posljedice (čl. 130. st. 1.). Ako se to mjesto ne može odrediti tužba se može podnijeti švicarskom sudu ako se na njegovu području nalazi industrijsko postrojenje koje je uzrokovalo štetu.

Za direktnu tužbu protiv osiguratelja međunarodno je nadležan švicarski sud ako osiguratelj ima svoj poslovni nastan u Švicarskoj, ili ako je u Švicarskoj mjesto štetnog događaja ili mjesto štetnih posljedica (čl. 131.).

²⁴ Posebna međunarodna nadležnost rumunjskog suda da odlučuje u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu postoji ako su mjesto gdje je nastala pravna činjenica iz koje proizlazi obveza izvanugovorne odgovornosti za štetu, ili mjesto nastupanja štetnih posljedica u Rumunjskoj (odredba čl. 149. st. 5. Zakona o međunarodnom privatnom pravu od 1992.).

²⁵ *Code of Private International Law* (u daljnjem tekstu *Código Bustamante*), usvojen 20.2.1928. godine u Havani kao Aneks Konvenciji o međunarodnom privatnom pravu. *Código Bustamante* primjenjuje se u Boliviji, Brazilu, Čileu, Domenikanskoj Republici, Ekvadoru, Guatemali, Haitiu, Hondurasu, Kostariki, Kubi, Nikaragui, Panami, Peru, u Salvadoru i Venezueli. Prema podacima SAJKO, K, MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO, Zagreb, 1996., str. 45.

Prema odredbi čl. 331. kod sporova iz obveznih odnosa sud je nadležan, izuzev sporazumne nadležnosti, i ako se na području suda obveza ima izvršiti, odnosno ako je na tom području nastupio štetni događaj iz kojega obveza proizlazi.

tekstu: *Briselska konvencija*²⁶, usvojena u okviru EEZ. Iako je riječ o međunarodnoj konvenciji koja ne obvezuje Hrvatsku, već samo države EEZ, u daljnjem ćemo se tekstu osvrnuti na njeno rješenje iz odredbe čl. 5.3. (posebna međunarodna nadležnost za izvanugovornu odgovornost za štetu)²⁷, budući da se konvencijska rješenja primjenjuju u svim državama članicama Europske Unije²⁸. U istom kontekstu treba spomenuti i *Konvenciju o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim stvarima*, od 1988. godine²⁹ (u daljnjem tekstu: *Lugano konvencija*) zaključenu između država članica Europske Unije i država članica EFTA-e³⁰. *Lugano konvencija* naziva se još i "paralelnom konvencijom" jer su mnoge od njenih odredbi gotovo identične onima *Briselske konvencije*, čime se primjena principa ove posljednje širi i na europske države koje nisu članice Europske Unije.

Pravila o međunarodnoj nadležnosti za izvanugovornu odgovornost za štetu sadrže i konvencije kojima se reguliraju određena pitanja složenih i učestalih oblika izvanugovorne odgovornosti, kao na primjer sudara brodova, onečišćenja mora naftom s brodova, nezgoda cestovnog saobraćaja, itd.³¹. Tim se konvencijama *mjestu delikta* također pridaje karakter posebnog kriterija međunarodne nadležnosti.

²⁶ Konsolidirana verzija *Briselske konvencije* objavljena u O.J. 1990 C 189/1. Detaljnije o njenom usvajanju, o naknadnim pristupima pojedinih zemalja Europske zajednice te s tim u svezi novijim verzijama *Briselske konvencije* vidjeti: SAJKO K., "Perspektiva razvoja međunarodnog privatnog prava: O *Briselskoj i Lugano konvenciji o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima i kako Hrvatsko pravo uskladiti s tim konvencijama*", *Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug*, 1994., str. 209.-212.

²⁷ Odredba čl. 5.3. "Posebne nadležnosti" glasi kako slijedi:

"osoba s prebivalištem u državi ugovornici može biti tužena u drugoj državi ugovornici: ako se radi o predmetima izvanugovorne odgovornosti ili sličnim predmetima, ili ako su zahtjevi iz takvih radnji predmet postupka (in matters relating to tort, delict or quasi delict), pred sudom mjesta gdje se dogodila štetna radnja (harmful event occurred; le fait dommageable c'est produit)"; SAJKO, Međunarodno privatno pravo, str. 281.

Odredba čl.5(3) *Briselske konvencije* glasi u izvorniku:

»A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State be sued:

(3) in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred«.

FLETCHER, F.I, *CONFLICT OF LAWS AND EUROPEAN COMMUNITY LAW*, With special reference to the Community Conventions on private international law, 1982, str. 281.

²⁸ Zbog velikog broja europskih država u kojima se primjenjuje, *Briselska se konvencija* često naziva aktom koji regulira "europski građanski postupak". KONSTATINOS K., "Recenti sviluppi della competenza giurisdizionale in materia extracontrattuale nella Convenzione di Bruxelles", *Rivista di diritto processuale*, 1995, 4, str. 1161.

²⁹ *Lugano konvencija* je objavljena u O.J. 1988. L 319/9; detaljnije o državama koje su je usvojile i onima koje su joj naknadno pristupile vidjeti: SAJKO, *Perspektiva razvoja međunarodnog privatnog prava*, str. 243.-252.

³⁰ Članice EFTA-a su u to vrijeme bile Austrija, Finska, Island, Norveška, Švedska i Švicarska.

³¹ Od ostalih višestranih međunarodnih konvencija odredbe o posebnoj međunarodnoj nadležnosti sadrži: *Konvencija o izjednačavanju nekih propisa o građanskoj nadležnosti kod sudara*

Od dvostranih međunarodnih ugovora koji obvezuju Hrvatsku odredbe o međunarodnoj nadležnosti sadrže brojni dvostrani međunarodni ugovori o pružanju pravne pomoći, no jedino *Ugovor o međunarodnom pravnom prometu*, koji je na snazi između Hrvatske i Poljske³², sadrži odredbe o međunarodnoj nadležnosti za izvanugovornu odgovornost za štetu.

Iz kojih se razloga mjesto delikta prihvaća brojnim nacionalnim i međunarodnim propisima kao poseban kriterij nadležnosti kada su u pitanju deliktne sporovi?

Tradicionalna rasprostranjenost principa *locus delicti commissi* opravdava se u doktrini prirodnom "vezom" koja postoji između štetnog događaja i države u kojoj je štetni događaj nastupio³³. Kako se u najvećem broju slučajeva materijalni elementi delikta manifestiraju u okviru pravnog sustava države u kojoj je štetnik djelovao, primjena kriterija *locus delicti* opravdava se teorijom suvereniteta, prema kojoj je samo »suveren« unutar čijih granica je nastupio štetan događaj stvarno zainteresiran za pravno reguliranje štetnog događaja kao i svih posljedica koje iz njega izvire³⁴. Interes je svake države da na svom području osigura poštivanje svojih pravila ponašanja. Taj interes opravdava nadležnost njenih sudova da reguliraju pravne posljedice štetnog događaja koji je na njenom teritoriju nastupio³⁵.

Kako je *locus delicti* zasigurno okolnost koja najbolje karakterizira bit odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu, između suda mjesta delikta i spornog odnosa zasigurno postoji uska "veza" koja funkcionalno i bitno opravdava tu nadležnost. Primjena poveznice *locus delicti* nalazi svoje opravdanje i zbog lakog i jednostavnog pristup dokazima, saslušanju svjedoka i svim okolnostima relevantnim za sam štetni događaj. Primjena ovog kriterija udovoljava osnovnim procesnim načelima: ekonomičnosti, efikasnosti, a pogotovo dobre organiziranosti i vođenja postupka.

3.2. *Otvorena pitanja ustanovljavanja posebne međunarodne nadležnosti u materiji izvanugovorne odgovornosti za štetu*

Pravilna primjena odredbe čl. 53. ZRSZ kojom se *locus delicti* ustanovljava kao poseban kriterij međunarodne nadležnosti ovisi o ispravnom tumačenju pojmova u njoj sadržanih kao i ispravnoj kvalifikaciji, odnosno supsumiranju

brodova, od 1954. (Sl. l. FNRJ MU 12/67; NN MU 1792.); Konvencija o građanskopravnoj odgovornosti za štetu uzrokovanu onečišćenjem mora naftom od 1968. godine (Sl. l. SFRJ MU 7/77, NN MU 1/92.) u odredbi čl. IX. st.1.; Konvencija o građanskopravnoj odgovornosti za nuklearnu štetu od 1963., (Sl. l. SFRJ MU 5/77, NN 12/93) u odredbi čl. XI.; Konvencija o međunarodnom cestovnom prometu od 1968., (Sl. l. SFRJ MU 6/78, NN MU 12/93) u odredbi čl. 21.

³² *Ugovor o međunarodnom pravnom prometu*, (Dod. Sl. l. br. 5/63), odredba čl. 34.

³³ BALLARINO, T., DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO, 1996., str. 690.

³⁴ MORSE, TORTS IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 1978., str. 13.

³⁵ RABEL, E., CONFLICT OF LAWS, A Comparative Study, vol. 2., 1960., str. 251.-252.

spornih odnosa i činjenica pod te zakonske pojmove. Praksa je pokazala da su dva momenta primjene odnosne odredbe od posebne važnosti: tumačenje kategorije vezivanja "izvanugovorna odgovornost za štetu" i kvalifikacija spornog odnosa pod tu kategoriju, s jedne strane, a s druge, tumačenje sadržaja pojma *locus delicti*.

Budući da odredba čl. 53. ZRSZ regulira posebnu međunarodnu nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu, preduvjet je njene primjene da se sporni odnos može podvesti pod kategoriju vezivanja "izvanugovorna odgovornost za štetu". Kvalifikacija često nije potrebna budući da sve relevantne okolnosti ukazuju na to da je sporni odnos nedvojbeno odnos izvanugovorne odgovornosti za štetu. Međutim, u području suvremenog međunarodnog gospodarstva i trgovine sve su učestaliji štetni događaji kod kojih to razgraničenje neće biti nimalo jednostavno.

Nakon što individualizira sporni odnos kao odnos izvanugovorne odgovornosti za štetu i time utvrdi da se radi o slučaju koji ulazi u polje primjene odredbe čl. 53. st. 1. ZRSZ, da bi se mogao proglasiti međunarodno nadležnim sud mora utvrditi da li je šteta nastupila na području Republike Hrvatske. Naime, ZRSZ definira mjesto delikta kao - *mjesto nastanka štete*.

Probleme koje smo otvorili s kojima se može suočiti hrvatski sud primjenjujući odredbu čl. 53. ZRSZ, najbolje ilustrira slučaj *Gulin protiv Taty One Limited, Malta*³⁶, o kojem odlučivao Trgovački sud u Rijeci. Relevantne su sljedeće činjenice slučaja:

Tužiteljica i njena malodobna kćerka, obje hrvatske državljanke s prebivalištem u Rijeci, podnijele su Trgovačkom sudu u Rijeci tužbeni zahtjev za naknadu štete protiv malteške kompanije, brodarka broda PUPPY F, na kojem je u nezgodi izazvanoj eksplozijom stradao njihov suprug i otac G.M. Brod je za vrijeme nezgode bio usidren u Francuskoj.

Stradali pomorac i brodar zaključili su Ugovor o zapošljavanju u Rijeci. Ugovorom nije bilo predviđeno mjerodavno pravo, ali su za slučaj spora stranke ugovorile nadležnost strane arbitraže³⁷.

Tuženik od samog početka postupka osporava nadležnost hrvatskog suda ističući da je u konkretnom sporu nadležna arbitraža. Trgovački sud se međutim, rješenjem proglašava međunarodno nadležnim, a na koje (iako protiv prvostupanjskog rješenja nije dopuštena posebna žalba) tuženik podnosi žalbu Visokom trgovačkom sudu Republike Hrvatske, koji žalbu odbacuje te potvrđuje rješenje prvostupanjskog suda³⁸.

³⁶ *Gulin vr. Taty One Limited, III P-4723/93.*; Trgovački sud Rijeka, III Pž-4723/93-8.

³⁷ Arbitražna klauzula glasi kako slijedi:

"Nastane li bilo koji spor u svezi s tumačenjem i (ili) primjenom ovog Sporazuma, stranke će prvo nastojati postići sporazum njihovih nesuglasica mirnim putem. Ukoliko u tome ne uspiju, spor će biti podvrgnut zajedničkoj arbitraži čija odluka će biti konačna.

Arbitražni sud će se sastojati od dva predstavnika svake stranke sporazuma i predsjednika zajednički izabranog po objema strankama. Ugovorne strane će odlučiti da li će Basel ili Geneva biti sjedište arbitražnog suda. U slučaju da nisu u mogućnosti da to učine, zatražit će od zajednički imenovanog predsjednika da o tome odluči."

³⁸ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Rješenje II Pž-913/95-2 od 20.6.1995.

Nakon provedene rasprave Trgovački sud donosi presudu kojom usvaja tužbeni zahtjev³⁹, a tužitelj ulaže žalbu Višem trgovačkom sudu. Tijekom postupka pred Višim trgovačkim sudom, parnične su stranke sklopile nagodbu.

U konkretnom slučaju nije postojala opća međunarodna nadležnost hrvatskog suda jer tuženik nije imao u Hrvatskoj prebivalište, odnosno boravište. Sud je stoga morao ispitati da li se njegova nadležnost može utemeljiti na nekom od posebnih kriterija koje ZRSZ usvaja ovisno o vrsti pravnog odnosa (ugovorni, izvanugovorni, porodični, stvarnopravni odnosi itd.). Odluku o tome koji se posebni kriterij treba primijeniti sud nije mogao donijeti bez prethodne kvalifikacije spornog odnosa, odnosno bez njegovog supsumiranja pod neku od gore spomenutih kategorija vezivanja.

O prirodi tužbenog zahtjeva sud se je posredno izjasnio razmatrajući osnovanost prigovora kojim je tuženik osporavao nadležnost hrvatskog suda pozivajući se na ugovorom predviđenu nadležnost arbitraže u Londonu. Sud je istakao sljedeće: *"... Arbitražna klauzula koju je potpisao G.M. o nadležnosti stranog izbranog suda odnosi se na rješavanje sporova između njega i tuženog broдача kao njegovog poslodavca, a pravni osnov je ugovor o zaposlenju sklopljen između njih. Međutim, ovdje su tužiteljice, dvije fizičke osobe, na koje se arbitražna klauzula ne odnosi, posebno zbog toga što je osnov tužbenog zahtjeva, drugi pravni osnov (izvanugovorna, deliktna odgovornost tuženika za smrt GM), s naslova naknade materijalne i nematerijalne štete zbog izgubljenog uzdržavanja i pretrpljenih duševnih bolova"*⁴⁰. Slijedom kvalifikacije spornog odnosa kao odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu, utvrdivši da je šteta nastupila u Hrvatskoj, sud se proglašava međunarodno nadležnim pozivajući se pri tome na odredbu čl. 27. u svezi odredbe čl. 52. st. 1. ZPP-a⁴¹!

Od samog početka postupka tuženik prigovara, a kasnije i osporava presudu prvostupanjskog suda ističući, između ostaloga, činjenicu da je brođareva odgovornost ugovornog karaktera (odgovornost brođara za slučaj smrti bila je ugovorom ograničena). Kako je ugovorom za slučaj spora bila predviđena nadležnost arbitraže, tuženik je osporavao međunarodnu nadležnost hrvatskog suda. Povrh toga, tuženik je isticao da je sud pogrešno lokalizirao mjesto nastupanja štete. Smrt pomorca nastupila je na panamskom brodu koji se je u trenutku nezgode nalazio u francuskim teritorijalnim vodama. Prema mišljenju tuženika šteta koja je nastupila u Hrvatskoj posljedična je šteta (gubitak izdržavanja), i kao takva ne može

³⁹ Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, III P-4723/93-45 od 25. lipnja 1996.

⁴⁰ Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, III P-4723/93-45, str. 4-5; Rješenje Višeg trgovačkog suda Republike Hrvatske II Pž-913/95-2 str. 3.

⁴¹ Odluku o ustanovljavanju međunarodne nadležnosti Trgovački sud u Rijeci obrazlaže citatom iz rješenja Višeg trgovačkog suda: *"...za takav slučaj (izvanugovorne odgovornosti za štetu) nadležan je po čl. 27. ZPP-a u vezi čl. 52. st.1. ZPP-a sud na čijem području je štetna radnja počinjena ili sud na čijem je području posljedica nastupila. U predmetnom slučaju predleži ovaj posljednji slučaj jer je štetna posljedica za tužitelja nastupila na području prvostupanjskog suda u Republici Hrvatskoj..."*, Presuda Trgovačkog suda u Rijeci, III P-4723/93., str. 5.

se podvesti pod pojam poveznice "mjesta nastanka štete" iz odredbe čl. 53. ZRSZ.

Može li se tužbeni zahtjev za naknadu štete uzrokovane tjelesnom povredom ili smrću pomorca kvalificirati kao zahtjev ugovorne ili, pak, izvanugovorne odgovornosti? Na koji je način sud pristupio kvalifikaciji spornog odnosa, odnosno primjenom kojeg prava? Zbog čega se slijedom kvalifikaciji spornog odnosa sud poziva na odredbu o mjesnoj nadležnosti hrvatskog suda (čl. 52. st. 1. ZPP) te da li se općenito, uz odredbu čl. 53. ZRSZ, sud može pozivati na odredbe ZPP o mjesnoj nadležnosti? Da li se šteta koja je za tužiteljice nastupila u Hrvatskoj može podvesti pod poveznicu *mjesta nastanka štete* u smislu odredbe čl. 53. st. 1. ZRSZ?

Odgovoriti na postavljena pitanja nije jednostavno ni lako. Radi bolje razumijevanja problematike potrebno je prethodno osvrnuti se na neke od problema kvalifikacije spornog odnosa kao odnosa "izvanugovorne odgovornost za štetu" (3.3.), s jedne strane, a s druge na problem tumačenja poveznice "mjesto delikta" (3.4.). S tim u svezi analizirat ćemo stajališta doktrine, i judikature, dok će centralno mjesto pripasti raščlambi sudskih odluka *European Court of Justice* (u daljnjem tekstu: *Europskog suda*)⁴² nadležnog za donošenje preliminarnih odluka o tumačenju odredbi Briselske konvencije.

3.3. Kvalifikacija spornog odnosa kao odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu

Već je bilo govora o tome da u velikom broju sporova neće biti potrebno pristupiti kvalifikaciji budući da će relevantne okolnosti ukazivati nedvojbeno na to da se radi o odnosu ugovorne ili, pak, izvanugovorne odgovornosti za štetu. Međutim, u pojedinim, složenijim situacijama razgraničenje neće biti nimalo jednostavno.

3.3.1. Međusobni odnos i interakcija ugovorne i deliktne odgovornosti u doktrini

Iako građanska odgovornost, kao obveznopravni odnos, ima dvostruko ishodište: u ugovoru i deliktu⁴³, u pravnoj teriji i poredbenom zakonodavstvu, režim ugovorne odgovornosti tradicijski se razlikuje od režima deliktne odgovornosti⁴⁴. U

⁴² Da bi se osigurala ispravna i jednoobrazna primjena *Briselske konvencije* Protokolom o tumačenju, koji je zaključen 1978. godine u Luksemburgu, Europski sud postaje nadležan donositi prejudicijalne odluke o tumačenju pojmova odredbi Briselske konvencije, ali i odredbi samog Protokola. Detaljnije o odredbama Protokola i nadležnosti Europskog suda vidjeti: SAJKO, *Pretpostavke razvoja međunarodnog privatnog prava*, str. 213.-216.

⁴³ "...Contract and tort are... twin pillars of civil liability...", COLLINS L, "Interaction Between Contract and Tort in the Conflict of Laws", *International Comparative Law Quarterly*, 1967., str. 103; BURROWS A.S, *REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACT*, 1987., str. 3.

Zakon o obveznim odnosima tretira ugovor i delikt kao "jednake izvore" obveznopravnih odnosa (čl. 26.), Vidjeti: VIZNER, B, *KOMENTAR ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA*, I, knjiga 1., Zagreb 1978., str. 632.

⁴⁴ VIZNER, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 632; RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo*, str. 180.

posljednje se vrijeme, međutim, razmišlja o izjednačavanju ova dva režima, i to posebno u područjima u kojima dolazi do interakcije ugovorne i deliktne odgovornosti. Suvremeno shvaćanje o jedinstvenom *ratu* pravne regulative građansko-pravne odgovornosti, kako ugovorne, tako i izvanugovorne, koja se očituje u ideji o pravilnoj i pravednoj distribuciji rizika i zaštite slabije strane, razlogom je da se u pogledu određenih pitanja supstancijalna regulativa režima izvanugovorne i ugovorne odgovornosti izjednači⁴⁵.

No, i pored sve izraženije tendencije njihova približavanja⁴⁶, teorijsko razlikovanje ova dva režima odgovornosti⁴⁷ prisutno je u suvremenoj teoriji i praksi⁴⁸.

Različitost režima ugovorne i izvanugovorne odgovornosti u građanskom pravu prihvaća i međunarodno privatno i građansko postupovno pravo. Međunarodno građansko postupovno pravo kao i međunarodno privatno pravo svrstavaju ugovorne i deliktne obveze u posebne kategorije za nadovezivanje te za njih ustanovljavaju posve različita pravila posebne međunarodne nadležnosti, odnosno različita kolizijska rješenja⁴⁹.

⁴⁵ Tako se, na primjer, režim ugovorne i deliktne odgovornosti u pomorskom pravu izjednačava u pogledu primjene odredbi o ograničenju brodarove odgovornosti. PZ odredbom čl. 408. predviđa primjenu odredbi o ograničenju brodarove odgovornosti "...bez obzira na temelj odgovornosti...", koji može biti ugovorni, ali i izvanugovorni.

⁴⁶ "...Since the adjustment of universal risk has become a major policy of both the law of contract and of tort, it is not surprising that the rules which govern them have moved closer together...", COLLINS, *Interaction between Contract and Tort*, str. 103-104.

⁴⁷ *Neminem laedere*, obveza da se drugome ne nanosi šteta može biti opća (apsolutna) i posebna (relativna). Opća je ona koju ima svaki pravni subjekt prema drugom pravnom subjektu, a posebna ona koju imaju samo određeni subjekti prema drugim, također određenim subjektima. Povredom opće obveze da se drugom ne pričinjava šteta nastaje izvanugovorna odgovornost, koja dakle, nastaje bez posebnog pravnog odnosa počinioca štete i oštećenog prije nastanka štete. Ugovorna obveza nastaje povredom neke posebne obveze (ugovorne). Ugovorna odgovornost dakle, pretpostavlja postojanje odranije posebnog pravnog odnosa između oštećenog i štetnika (RADIŠIĆ, *Obligaciono pravo*, str. 179-180.). Osnovna razlika ugovorne i izvanugovorne odgovornosti, iz koje proizlaze sve ostale, jest u tome što ugovorne obveze nastaju, mijenjaju se i prestaju očitovanom voljom ugovornih strana, dok kod izvanugovornih obveza takve volje nema. One nastaju na temelju postojećih pravnih činjenica i stanja.

Detaljnije vidjeti: PROSSER AND KEETON ON TORTS, V izd., 1984., str. 655. i dalje; VIZNER, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 625. i dalje; KLARIĆ, *Odštetno pravo*, str. 34.

⁴⁸ Praktične razlike između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti od posebne su važnosti za sudionike obveznog pravnog odnosa. Deliktna odgovornost šira je od ugovorne, teret dokazivanja izvanugovorne odgovornosti je, u pravilu, na oštećenom, dok kod ugovorne na štetniku; subjekti odnosa izvanugovorne odgovornosti mogu biti i poslovno nesposobne osobe, dok to nije slučaj s ugovornom odgovornošću. Odredbe izvanugovorne odgovornosti imperativnog su karaktera, što znači da ne postoji mogućnost da se ona sporazumno isključi ili ograniči, što je čest slučaj kod ugovorne odgovornosti; razlike postoje u pogledu zastarnih rokova odnosnih obveza, a i u pogledu momenta od kojih se oni računaju. I konačno, razlike postoje, što je od iznimnog praktičnog značenja, i u pogledu opsega i vrsta naknade štete.

⁴⁹ Tradicionalna kolizijska rješenja ugovorne i deliktne odgovornosti polaze od različitih poveznica. Opće je prihvaćeno da ugovorne strane imaju pravo izbora prava prema kojem će se

Ispravna kvalifikacija tužbenog zahtjeva, odnosno pravilan izbor pravne osnove (ugovor ili delikt), važna je za stranke, ali i za forum, koji ovisno o kvalifikaciji tužbenog zahtjeva primjenjuje odgovarajuća pravila o međunarodnoj nadležnosti, a potom odgovarajuća kolizijska rješenja na temelju kojih određuje mjerodavno pravo.

3.3.2. Individualizacija odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu - problem kvalifikacije

Već je istaknuto da kvalifikacija spornog odnosa neće, u pravilu, biti problematična budući da je crta razgraničenja ugovorne od izvanugovorne odgovornosti teorijski jasno postavljena⁵⁰. Međutim, moguće su situacije, koje ulaze u tzv. *granično područje (borderland of contract and tort)*⁵¹, u kojem ugovorna i izvanugovorna odgovornost nisu tako jasno razdijeljene⁵², a još su složenije situacije u kojima dolazi do preklapanja ugovorne i izvanugovorne odgovornosti to jest, njihove kumulacije.

Određivanje pravne prirode tužbenog zahtjeva predstavlja problem kvalifikacije spornog odnosa, čija je svrha individualiziranje odgovarajućih pravila o međunarodnoj nadležnosti i kolizijskopравnih rješenja, odnosno mjerodavnog

prosudivati njihov ugovorni odnos. Riječ je o kolizijskom principu "autonomije volje" stranaka. Za izvanugovornu odgovornost za štetu još se uvijek kao općeprihvaćeni kolizijski standard primjenjuje teritorijalna poveznica *locus delicti commissi*. Različitost kolizijskih rješenja posljedica je teorijskih i praktičnih razlika ugovornih i izvanugovornih obveza, ili bolje rečeno njihove različite pravne prirode, COLLINS, *Interaction between Contract and Tort*, str. 103. Tendencija približavanja ugovornog i izvanugovornog režima odgovornosti odražava se prihvatanjem opće iznimke od primjene *lex loci delicti commissi*, tzv. *akcesornog upućivanja*. Kada se između ugovornih strana vodi spor o naknadi štete s osnove delikta, kolizijski princip akcesornosti rezultirat će primjenom prava koje je *legis causae* ugovornog odnosa. Povrh toga, kao opća iznimka od primjene *lex loci delicti commissi* u poredbenom se pravu pojavljuje i stranačka autonomija volje, koja je inače do sada bila imanentna samo reguliranju sukoba zakona kod ugovornih odnosa.

Međutim, kako su i akcesorno upućivanje i stranačka autonomija prihvaćeni samo kao iznimke od načelne primjene *lex loci delicti commissi*, ispravnom utvrđivanju deliktneog statuta u spornim situacijama prethodi kvalifikacija štetnog događaja kao delikta.

⁵⁰ Očitovanje volje ugovornih strana osnova je ugovornih obveza. Ugovorne strane očituju svoje namjere i obvezuju se da će u trenutku zaključenja ugovora, kao i ubuduće, ispunjavati ono što su obećale. Deliktne odgovornost svoju osnovu nalazi u samom zakonu. Odvojena je i nezavisna od očitovanja volje stranaka. Naime, između delikta koji je generator obveze i pravnog odnosa koji je njime uzrokovan nema identiteta, stoga je intervencija zakona i više nego potrebna. Osnovna svrha deliktne obveze je nametanje opće dužnosti nenanošenja osobne ili materijalne štete drugima; PROSSER, KEETON, *On Torts*, str. 356.

⁵¹ Područje interakcije ugovorne i deliktne odgovornosti široko je. U tu se kategoriju ubrajaju odnosi vezani za ugovor o prijevozu, osiguranju (u kojem se području javlja niz zanimljivih pitanja direktne tužbe, regresnih tužbi itd.), ugovore o radu, odgovornost proizvođača, itd. Vidjeti: FERRARI BRAVO, *RESPONSABILITÀ CIVILE E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO*, 1973., str. 42-43; COLLINS, *Interaction Between Contract and Tort*, str. 104.

⁵² VIZNER, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 629.

prava⁵³. Problem kvalifikacije otežava činjenica da pravni sustavi nisu jedinstveni u pitanju da li se određeni događaj treba kvalificirati kao povreda ugovorne obveze ili, pak, kao delikt⁵⁴.

Kvalifikacija spornog odnosa kao deliktnog ili ugovornog vrši se prema pravu koje se u pravilu primjenjuje za kvalifikaciju. U najvećem broju sustava kvalificira se primjenom *lex fori*⁵⁵, odnosno prema rješenjima kojima se prema *pravu foruma* vrši kvalifikacija.

U hrvatskoj pravnoj doktrini preteže stajalište o stepenastoj kvalifikaciji, što znači da se kvalificira prema pravu koje je poznato organu primjene u trenutku kvalifikacije⁵⁶. Međutim, za razliku od kvalifikacije pojedinih dijelova kolizijskog pravila, pri tumačenju pravila o nadležnosti, koja su sastavni dio međunarodnog postupovnog prava koje je javnopravne prirode, tumačenje poveznica, odnosno okolnosti na kojima se uspostavlja međunarodna nadležnost (kao npr. prebivalište, boravište, u našem slučaju mjesto štete) vrši se prema propisima *legis fori*⁵⁷. Međutim, pojedini autori koji su se u doktrini zalagali za *lege fori* pristup kvalifikaciji pojmova pravila o međunarodnoj nadležnosti napominju da se zbog povezanosti materijalno-pravnog i postupovnog odnosa, kao i potrebe da se pojmovi kvalificiraju na jedinstven način pri kvalifikaciji kolizijskih pravila i pravila o međunarodnoj nadležnosti, mora postupati na isti način, dakle da se pojmovi mogu kvalificirati i prema stranom pravu⁵⁸, odnosno pravu najbliže veze.

3.3.3. Kvalifikacija spornog odnosa kao odnosa "izvanugovorne odgovornosti za štetu" u judikaturi

Iako je kvalifikaciju pomoću *lex fori* najčešća, pogotovo kada je riječ o kvalifikaciji pojmova pravila o međunarodnoj nadležnosti, u praksi se, u cilju

⁵³ S tim u vezi pojavljuje se jedno drugo zanimljivo pitanje, naime, tko određuje pravnu osnovu tužbenog zahtjeva? Da li je to obaveza tužitelja, ili isključiva ovlast suda? Poredbenopravna rješenja se razlikuju. Na primjer, u Engleskoj je to obaveza stranaka, dok je u Hrvatskoj to isključiva ovlast suda. Kako je, međutim to pitanje koje prelazi okvire ovog rada, na njemu se nećemo zadržavati. S tim u vezi vidjeti: u KHAN-FREUND, "Delictual Liability and the Conflict of Laws", Recueil des Cours de droit international, 1968., II. Tome 124., str. 132.

⁵⁴ McLACHLAN C., NYGH P., TRANSNATIONAL TORT LITIGATION: JURISDICTIONAL PRINCIPLES, 1996., str. 89.-90.

⁵⁵ "...Whether an action for damages is delictual or contractual is a matter of classification, which in my opinion can only be decided by the court in the light of its own law...", KHAN-FREUND, Delictual Liability, str. 130.

⁵⁶ SAJKO K., Međunarodno privatno pravo, str. 116.-125.

⁵⁷ Naime, tumačenjem se određuje pojam kategorije vezivanja pravnog pravila čime se ono razlikuje od drugih pravila. Kako se tumačenjem određuje sadržaj i opseg zakonskog pojma kategorije vezivanja, ono se čini uglavnom prema *legis fori*. Kada je riječ o poveznicama, smatra se da se one kao pravno relevantne činjenice mogu tumačiti prema pravu zemlje koje je u najbližoj vezi, SAJKO, Međunarodno privatno pravo, str. 119.

⁵⁸ PAK, MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO, 1985., str. 55.

postizanja uniformnosti ili pravednosti rješenja, sve češće ukazuje na potrebu tzv. *autonomne kvalifikacije*⁵⁹.

Za *autonomnu kvalifikaciju* pojmova odredbi sadržanih u Briselskoj konvenciji opredijelio se i Europski sud, što je logično s obzirom da se radi o međunarodnom forumu čiji je zadatak promoviranje uniformnih rješenja Briselske konvencije⁶⁰. Iako, kao što je već navedeno, Briselska konvencija ne obvezuje Hrvatsku, smatramo potrebnim detaljnije se osvrnuti na odluke Europskog suda o tumačenju polja primjene odredbe čl. 5.3., budući da prejudicijalne odluke Europskog suda obvezuju nacionalni sud država ugovornica, a njih je veliki broj.

Svoje stajalište o nužnosti *autonomne definicije* pojma "delikti i kvazi-delikti" Europski sud iznio je u odluci *Kalfelis/Schroderöder*⁶¹ od 27.9.1988. godine.

Zbog financijskog gubitka na burzovnim poslovima koje je tijekom 1980. godine povjerio banci *Schröder, Münchmeyer, Hengst International S.A.* sa sjedištem u Luksemburgu, kao posredniku i podružnici banke *Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, sa sjedištem u Frankfurtu na Majni, a za čije je usluge platio luksemburškoj banci 344 868,52 DEM, gospodin Kalfelis podnosi njemačkom sudu tužbeni zahtjev protiv obje banke kao solidarnih dužnika ističući kao pravni osnov svog zahtjeva: (1) povredu ugovorne odgovornosti (povreda obveze informiranja),

⁵⁹ Autonomnu kvalifikaciju kategorije vezivanja u smislu određivanja da li je sporno pitanje ugovornog ili deliktneog karaktera, prihvatili su sudovi pojedinih država, kada se sporni odnos kvalificira radi individualizacije kolizijskih pravila. No takve su odluke rijetke. Zanimljiva je u tom smislu odluka Višeg suda Šangaja donesena u sporu *Société Nippon-Européenne de Transport vr. Société de Coopération Scientifique de la Région Ningde* 1989. godine, (Clunet, 1994., 1, str. 187-195). Da bi utvrdio mjerodavno pravo, to jest, koja kolizijska rješenja treba primijeniti, sud je prethodno morao utvrditi da li štetni događaj (prijevremeno potpisivanje teretnice) predstavlja delikt ili, pak, povredu ugovorne obveze. S tim u vezi postavilo se pitanje prema kojem pravu treba izvršiti odnosnu kvalifikaciju.

Japansko pravo (čl. 6. i 7. Zakona o međunarodnom pomorskom prijevozu), i *Međunarodna konvencija o ujednačenju nekih pravila o teretnicama*, od 1924. godine (čl. 3. st. 7), prijevremeno potpisane teretnicu tretiraju kao teretnicu izdanu za robu koja je ukrcaja za prijevoz. Potpisivanje teretnice 26 dana prije ukrcaja tereta predstavlja stoga, protupravno ponašanje prijevoznika. Kinesko pravo o spornom pitanju nije sadržavalo nikakvih odredbi. Kvalificirajući sporno pitanje sud se rukovodio idejom o međunarodnoj svrsi upućivanja (*finalité internationale du rattachement*), te je sporno pitanje kvalificirao koristeći se, nezavisno od nacionalnih pojmova, autonomnom kvalifikacijom, koja proizlazi iz međunarodne konvencije.

Kvalificiravši sporno pitanje kao delikt, sud je primijenio kolizijske odredbe čl. 146. kineskog Građanskog zakona za deliktne odgovornost, koja upućuje na mjerodavnost prava države u kojoj je delikt izvršen (osim kada obje stranke imaju zajedničko državljanstvo, ili kada imaju redovno boravište u istoj državi. U tom slučaju se primjenjuje pravo njihova zajedničkog državljanstva ili redovnog boravišta). Budući da je štetna posljedica nastupila u Kini, sud je kao mjerodavno primijenio kinesko pravo.

⁶⁰ Vidjeti SAJKO; Perspektiva razvoja međunarodnog privatnog prava, str. 215.

⁶¹ *Athanasios Kalfelis v. Bankhous Schröder, Münchemeyer, Hengst and Co.* od 27.9.1988., O odluci vidjeti detaljnije GAUDEMET- TALLONH., *Revue critique de droit international privé*, 1989., str. 112.-123.

(2) deliktnu odgovornost (tuženice su mu svojim ponašanjem protivnim dobroj vjeri nanijele štetu), i (3) obogaćenja bez pravnog osnova (burzovni ugovori prema kogentnim njemačkim pravilima ne obvezuju stranke te stoga mogu zahtijevati povrat isplaćenog novca).

Banka Münchmeyer iz Luksemburga od samog početka postupka osporava međunarodnu nadležnost njemačkog suda. Zbog dileme vezane za tumačenje polja primjene odredbi čl. 6. i čl. 5(3). Briselske konvencije Bundesgerichtshof se obraća Europskom sudu. Jedno od pitanja postavljenih Europskom sudu bilo je kako definirati pojam "deliktne i kvazi-deliktne odnosi" iz odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije, da li autonomno ili, pak, u zavisnosti od prava države koje je mjerodavno u konkretnom slučaju (*lex causae*). U kakvom su odnosu posebni kriteriji nadležnosti u slučaju kada se tužbeni zahtjev temelji na ugovornoj, kvazi ugovornoj i deliktnoj odgovornosti⁶², dakle u slučaju konkurencije tužbenih zahtjeva?

Pojam "deliktne i kvazi-deliktne odnosi", prema mišljenju Europskog suda, treba tumačiti autonomno, nezavisno od sadržaja koja mu pridaju nacionalna prava država ugovornica Briselske konvencije. Budući da nije moguće ustanoviti jedinstveno rješenje koje bi obuhvatilo različite slučajeve izvanugovorne odgovornosti, koje bi se uklapalo u različite pravne sustave država ugovornica, autonomno tumačenje predstavlja prema stajalištu Europskog suda najbolje rješenje. Ono se može primijeniti u svim državama ugovornicama, te u najvećoj mjeri osigurava uniformnu primjenu konvencijskih odredbi⁶³.

Pristupajući na taj način tumačenju sadržaja kategorije vezivanja iz odredbe čl. 5.3. - "predmeti deliktne i kvazideliktne odgovornosti" - Europski se sud odlučuje za negativnu definiciju: *deliktna i kvazideliktna odgovornost tuženika postoji u svim onim situacijama u kojima ne postoji njegova ugovorna odgovornost u smislu odredbe čl. 5. st. 1. Briselske konvencije*⁶⁴. Tako se odlukom *Kalfelis* utvrđuje primat kriterija nadležnosti za ugovornu odgovornost u odnosu na kriterij koji Briselska konvencija predviđa u pogledu izvanugovorne odgovornosti⁶⁵. Pojam

⁶² Povrh toga, sud je morao utvrditi intezitet veze između tužbenih zahtjeva protiv različitih tuženika, koji opravdava da se na temelju odredbe čl. 6. Briselske konvencije dopusti atrakcija nadležnosti, u smislu da sud koji je nadležan za jednog od tuženika odlučuje o tužbenom zahtjevu protiv drugotuženika.

⁶³ Razlog je svakako taj što autonomno tumačenje konvencijskih odredbi znači utvrđivanje njihova sadržaja, primjenjujući opće prihvaćene principe prava država ugovornica u skladu s općim načelima Briselske konvencije; HONORATI, C, "Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ai sensi della convenzione di Bruxelles del 1968", *Rivista di diritto internazionale privato ed processuale*, 1994., 2., str. 284.-285.

⁶⁴ Odredbom čl. 5. st. 1. Briselska konvencija određuje poseban kriterij nadležnosti za sporove koji proizađu iz materije ugovornih odnosa.

⁶⁵ "Il y a donc de répondre a la premiere da la question que la notion de matiere delictuelle ou quasi-delictuelle au sens de l'article 5. paragraphe 3. de la convention, doit etre considerée comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise a mettre en jeu la responsabilité d'un defendeur et qui ne se rattache pas a la "matiere contractuelle" au sens de l'article 5. paragraphe 1.", *Točka 18. odluke Europskog suda u slučaju Kalfelis*, *Revue critique de droit international privé*, 1989, 1, str. 116.

deliktne odgovornosti dobiva značenje supsidijarne, rezidualne kategorije budući da se izvanugovornom odgovornošću smatra svaka odgovornost koja se ne može okvalificirati ugovornom⁶⁶. Takav pristup odnosu ugovorne i izvanugovorne odgovornosti u području međunarodne nadležnosti podudara se s pristupom koji prevladava u romanskoj doktrini građanskog prava, prema kojoj u slučaju konkurencije ugovorne i deliktne odgovornosti postojanje ugovorne odgovornosti isključuje delikt⁶⁷.

Zbog negativne definicije sadržaja kategorije vezivanja "delikti i kvazi-delikti" polje primjene odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije postalo je veoma široko. Naime, tako definirana odredba čl. 5. st. 3. obuhvaća sve obvezne odnose koji se ne mogu kvalificirati kao ugovorni. Osim zbog širine polja primjene odredbe čl. 5.3., negativna definicija koju je sud primijenio u slučaju *Kalfelis* kritizira se i zbog toga što ne postoji potpuna i precizna definicija materije "ugovorne odgovornosti", što još više aktualizira problem definiranja polja primjene odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije.

Tako elastično postavljene granice polja primjene odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije Europski sud kasnije, međutim, korigira odlukama *Consorts Reichert v. Dresdner Bank*⁶⁸ i *Jakob Handte*⁶⁹ iz 1992. godine. Ilustracije radi, navest ćemo relevantne okolnosti posljednjeg slučaja.

Tužitelj (kupac) i tuženik (proizvođač), iako nisu direktno zaključili ugovor o kupoprodaji, pojavljuju se kao strane ugovornice različitih, ali međusobno povezanih ugovora. Kada između dva ili više ugovora postoji uska gospodarska veza, prema francuskom pravu, ekonomski je realistično, a i u skladu s principom opravdanih očekivanja stranaka, kvalificirati sporni odnos između strana ugovornica tih različitih ugovora, kao ugovorni. Kada se ugovori međusobno isprepliću, odnosno kada čine dio istog ugovornog lanca, francuska judikatura smatra pravednim svim tim strankama involviranim odnosnim ugovorima pružiti istu pravnu zaštitu⁷⁰. S druge je, pak, strane, tuženik, pozivajući se na odredbe

⁶⁶ KERAMEUS K, "Recenti sviluppi della competenza giurisdizionale in materia extracontractuale nella convenzione di Bruxelles", *Rivista di diritto processuale*, 1995., 4., str. 1169.

⁶⁷ KERAMEUS, *Ibid.*, str. 1170. U tom smisli vidjeti također: TORMAN, M, "Jedinstvo i dualitet ugovorne i deliktne odgovornosti i mogućnost njihove kumulacije", *Zbornik radova o stranom i uporedom pravu*, 1963., 2., str. 153.-157.; FERARI BRAVO, "Rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé, *Recueil des Cours d'Académie de droit international*, 1975., III., str. 348.

⁶⁸ *Consorts Reichert v. Dresdner Bank*, 26.3.1992, detaljnije vidjeti: ANCEL B., *Revue critique de droit int. privé*, 1992., str. 714.- 726.

⁶⁹ *Société Jacob Handte, Cie GmbH c. Société Traitements Mécano-chimiques des Surfaces*, ECJ, case 26/91, od 17.6. 1992, vidjeti detaljnije GAUDEMT-TALLON., *Revue critique de droit international privé*, 1992., str. 726.- 738.

⁷⁰ Detaljnije o tome vidjeti: DECKER M, "Contract or Tort: a Conflict of Characterisation", *International and Comparative Law Quarterly*, 1993., 366-369.

njemačkog prava, inzistirao na izvanugovornoj kvalifikaciji tužbenog zahtjeva.

U dvojbi da li je u konkretnom slučaju pravni osnov tužbenog zahtjeva ugovorna ili izvanugovorna odgovornost, francuski Kasacioni sud obraća se Europskom sudu sa zahtjevom da ovaj prejudicijalnom odlukom kvalificira sporni odnos⁷¹.

Kvalifikaciji spornog odnosa Europski sud pristupio je rukovodeći se potrebom autonomnog tumačenja pojma "izvanugovorni - deliktни odnosi", nezavisnog od nacionalnih prava zainteresiranih država. Bez obzira na stavove francuske doktrine i judikature, Europski sud zaključuje kako u konkretnom slučaju parnične strane nisu bile u direktnom ugovornom odnosu, te da se posljedično tome tužbeni zahtjev ne može kvalificirati kao ugovorni.

Odlučivši da tužba za naknadu štete oštećenog protiv proizvođača od kojega nije direktno nabavio proizvod ne može imati svoj pravni osnov u ugovoru, te da slijedom toga nema mjesta primjeni odredbe čl. 5. st. 1.⁷², Europski se sud nije, međutim, izričito izjasnio o tome da li to znači da se sporni odnos automatski treba kvalificirati kao odnos izvanugovorne odgovornosti, te da se slijedom toga u konkretnom slučaju treba primijeniti odredba čl. 5. st. 3. Briselske konvencije. Ako se uzme u obzir tumačenje Europskog suda dato u odluci *Kalfelis*⁷³, tada bi se moglo zaključiti da se isključenjem ugovorne kvalifikacije tužbenog zahtjeva isti može automatski kvalificirati kao zahtjev izvanugovorne odgovornosti za štetu. Kako se, međutim, Europski sud nije u tom smislu uopće izjašnjavao, smatra se da je time korigirao svoje prethodno stajalište iz odluke *Kalfelis* prema kojem se svaka odgovornost koja nije ugovorna može automatski kvalificirati kao izvanugovorna. Restriktivniji stav, prema kojem odgovornost koja se ne smatra ugovornom ne dobiva automatski predznak *izvanugovorna*, značajno sužava polje primjene

⁷¹ Naime i ovdje je pitanje kvalifikacije bitno zbog toga što o njoj ovisi da li će sud međunarodnu nadležnost utemeljiti na posebnim kriterijima koje Briselska konvencija u čl. 5.1. usvaja za ugovorne odnose, ili pak na temelju kriterija kojeg odredbom čl. 5.3. usvaja u pogledu izvanugovorne odgovornosti.

⁷² Smatrajući da bi nadležnost foruma ustanovljena na temelju odredbe čl. 5. st. 1. bila inkompatibilna s principom pravne sigurnosti Europski sud ustanovljava dodatni novi princip tumačenja odredbi Briselske konvencije. Tumačenje odredbi Briselske konvencije mora omogućiti tuženiku da može razumno predvidjeti pred kojim bi se forumom, osim onog opće nadležnosti (države u kojoj ima prebivalište) mogao protiv njega pokrenuti postupak obeštećenja, *GAUDEMET-TALLON H, LES CONVENTIONS DE BRUXELLES ET DE LUGANO*, 1993., str. 134.

⁷³ U konkretnom su slučaju ispunjena oba uvjeta postavljena odlukom *Kalfelis* na temelju kojih se određeni odnos može kvalificirati kao izvanugovorni: ne radi se o materiji ugovorne odgovornosti, s jedne strane, a s druge, zahtjev je usmjeren ka odgovornosti tuženika. Pitanje francuskog Kasacijskog suda upućeno Europskom sudu bilo je da li se odnosni zahtjev treba kvalificirati kao deliktни i u tom smislu da li potpada pod polje primjene čl. 5. st. 3. na temelju kojeg svoju međunarodnu nadležnost može ustanoviti sud države na području koje je došlo do štete.

odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije. Europski sud tako definira novi pristup problematici delimitacije ugovorne i deliktne odgovornosti odustajući od svog prethodnog stava da deliktnu odgovornost identificira isključivo u funkciji ugovorne odgovornosti⁷⁴. No nejasno i neprecizno izražavanje suda o tako važnom pitanju kao što je to tumačenje sadržaja pojedinih odredbi o međunarodnoj nadležnosti, prema mišljenju doktrine opasno je jer dovodi do još veće neujednačenosti judikature u pogledu kvalifikacije tužbenog zahtjeva kao deliktnog u situacijama kada se isključuje njegova ugovorna priroda.

Zanimljivo je da su odluke Europskog suda u pogledu tumačenja odredbi Briselske konvencije relevantne samo u sferi međunarodne nadležnosti⁷⁵. Posljedično tome nacionalni sud koji je od Europskog suda zatražio odluku o tumačenju pojma "izvanugovorna odgovornost za štetu" s ciljem individualizacije posebnog kriterija međunarodne nadležnosti, nije vezan kvalifikacijom Europskog suda pri odlučivanju o meritumu tužbenog zahtjeva. Zbog toga je moguće da sud svoju nadležnost izvede iz kriterija koji je ustanovljen za deliktnu odgovornost, a da pri rješavanju merituma radi izbora mjerodavnog prava primijeni kolizijska rješenja koja se primjenjuju za ugovornu odgovornost i obratno.

U svezi s odlukom *Kalfelis* potrebno je ukazati na još jedan moment o kojem je odlučivao Europski sud. Riječ je o pitanju na koji način se u sferi međunarodne nadležnosti odražavaju implikacije fenomena kumulacije, odnosno konkurencije tužbenih zahtjeva. Kao pravnu osnovu tužbenog zahtjeva *Kalfelis* navodi: ugovornu, izvanugovornu odgovornost i obogaćenje bez pravnog osnova. Bundesgerichtshof se stoga Europskom sudu obratio s pitanjem kako definirati odnos odredbi čl. 5. st. 1. i čl. 5. st. 3., to jest, odnos posebnih kriterija nadležnosti za ugovornu i deliktnu odgovornost. Da li sud koji je svoju međunarodnu nadležnost utemeljio na odredbi čl. 5. st. 1. (u pogledu ugovorne tužbe) može odlučivati i o deliktnom zahtjevu, i obratno.

Negativnom definicijom materije izvanugovorne odgovornosti (odgovornost koja nije ugovorna je izvanugovorna) Europski sud ustanovljava implicate i primat kriterija ugovorne nadležnosti nad kriterijem koji je usvojen za sporove koji proizlaze iz deliktних, izvanugovornih odnosa. Slijedom toga, sud koji je svoju nadležnost utemeljio na kriteriju za deliktnu odgovornost ne može odlučivati o tužbenom zahtjevu koji svoj pravni osnov ima u ugovoru⁷⁶. Obrazlažući svoju odluku Europski sud naglašava potrebu restriktivnog tumačenja konvencijskih odredbi kojima se ustanovljava posebna nadležnost, budući da one derogiraju odredbu o općoj međunarodnoj nadležnosti⁷⁷. Takav stav, međutim, povećava rizik

⁷⁴ KERAMEUS, *Recenti sviluppi della competenza giurisdizionale in materia extracontrattuale*, str. 1173.

⁷⁵ GAUDEMET-TALLON H, *Les conventions de Bruxelles et de Luagno*, str. 134.-135.

⁷⁶ Točka 19. odluke *Kalfelis*, vidjeti bilješku odluke u *Revue critique du droit international privé*, 1989, str. 116.

⁷⁷ GAUDEMET TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, str.109; HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione*, str. 289.

proliferacije nadležnih sudova u različitim državama. Vođenje različitih parnica u različitim državama povodom spora između istih stranaka, protivi se ciljevima efikasnosti, ekonomičnosti i jedinstvenosti foruma koji se promoviraju Briselskom konvencijom. Ne bi li se ublažio nastali problem, predlaže se da u slučaju kumulacije ugovorne i izvanugovorne odgovornosti, sud koji je svoju nadležnost utemeljio na kriteriju za ugovorne odnose (čl. 5.1.) odlučuje i o deliktnom zahtjevu⁷⁸. Međutim, takvo stajalište Europski sud nije prihvatio, budući da se jedinstvenost foruma može postići drugim sredstvima: pokretanjem postupka pred sudom opće međunarodne nadležnosti (čl. 2. Briselske konvencije), ili tako da sud koji je nadležan na temelju jednog od kriterija (za ugovorne ili deliktne odnose) odlučuje o svim zahtjevima između parničnih stranaka između kojih postoji koneksitet (odredbe čl. 22. Briselske konvencije).

Da je, međutim, restriktivno stajalište Europskog suda prihvatila i nacionalna judikatura pokazuje i slučaj *Hobby-Time Bastel System GmbH contro s.r.l. Aurelio Giannobi* o kojem je odlučivao talijanski Kasacijski sud⁷⁹.

Zbog raznovrsnosti oblika u kojima se danas manifestiraju štetni događaji, problem delimitacije ugovornog i izvanugovornog režima odgovornosti, pogotovo u slučaju njihove konkurencije, postaje sve složenijim pa možemo očekivati da će se Europskom sudu postavljati još mnoga zanimljiva pitanja u pogledu kvalifikacije spornog odnosa. Jedan od zanimljivih primjera koji to potvrđuje svakako je slučaj

⁷⁸ Argumente za ovakav stav kojim se čl. 5.1. dopušta atrakcija treba tražiti u činjenici da ugovorni odnos ima atrakcijski snagu u odnosu na ostale zahtjeve koji se mogu pojaviti između parničnih stranaka, te činjenici da je i Europski sud negativnom definicijom deliktne odgovornosti prednost dao ugovornoj, vidjeti: GAUDEMET TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, str. 109; HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione*, str. 297.

⁷⁹ *Hobby-Time Bastel System GmbH contro s.r.l. Aurelio Giannobi*, Kasacioni sud odluka od 4.1.1993.n.l.

Njemačko poduzeće zaključilo je s talijanskim ugovor o isključivoj distribuciji svojih proizvoda na talijanskom tržištu. Međutim, nakon određenog vremena njemački partner osniva vlastito poduzeće u Italiji i prestaje s isporukom svojih proizvoda talijanskom partneru. Pri tome zadržava podatke i listu klijenata koje je za njega na talijanskom tržištu prikupio talijanski distributer, čime ovom posljednjem nanosi veliku štetu. Ugovor o distribuciji sadržavao je prorogacijsku klauzulu u korist nadležnosti njemačkog suda. Međutim, talijanski partner pokreće postupak protiv njemačkog poduzeća pred talijanskim sudom zahtijevajući naknadu štete s osnova povrede ugovora te nelojalne tržišne utakmice. Naime, tužitelj je mogao birati pravni osnov tužbenog zahtjeva zbog toga što je ponašanje njemačkog poduzeća imalo za posljedicu akte koji su se mogli okvalificirati kao povreda ugovorne obveze i kao akti nelojalne tržišne utakmice. Tuženik na početku postupka ističe prigovor nenadležnosti talijanskog suda pozivajući se na prorogacijsku klauzulu. Talijanski sud odbacuje prigovor tuženika, ali samo u odnosu na dio tužbenog zahtjeva koji svoj osnov ima u ugovoru, dok se pozivajući se na odredbu čl. 5. st. 3. Briselske konvencije proglašava međunarodno nadležnim za dio tužbenog zahtjeva koji svoju osnovu ima u deliktnoj odgovornosti, odnosno odgovornosti za akte nelojalne tržišne utakmice, budući da su se akti nelojalne tržišne utakmice i štetne posljedice manifestirali na području Italije. Odluku je povodom priziva potvrdio i talijanski Kasacijski sud. Vidjeti, *Rivista di diritto internazionale privato ed processuale*, 1994., str. 344.-348.

*La Réunion européenne et autres c. Spliethoff's Bevrachtingskantor BV*⁸⁰, koji se vodi pred francuskim Kasacijskim sudom, a gdje je upravo zbog nejasnoća u primjeni odredaba Briselske konvencije (između kojih i odredbe čl. 5.3.) od Europskog suda zatraženo da se preliminarnom odlukom izjasni o tome da li brodar koji nije izdao teretnicu, ali je faktički prevoznik, odgovara primatelju tereta na osnovu ugovorne ili izvanugovorne odgovornosti⁸¹. Biti će zanimljivo vidjeti kako će Europski sud pristupiti prije svega pitanju kvalifikacije spornog odnosa (ugovorna ili kvazideliktna odgovornost), pitanju atrakcije međunarodne nadležnosti u slučaju više materijalnih suparničara, te pitanju lokalizacije mjesta nastanka štete⁸².

Očekujući odluku Europskog suda, ostanimo u materiji pomorstva i pokušajmo odgovoriti na pitanje koje smo postavili na početku rada u vezi s odlukom *Gulin* Trgovačkog suda iz Rijeke. Da li je sud pravilno kvalificirao tužbeni zahtjev kao zahtjev izvanugovorne odgovornosti za štetu?

⁸⁰ *La Réunion européenne et autres c. Spliethoff's Bevrachtingskantor BV*, Cour de cassation, 28. siječanj 1997., *Revue critique de droit international privé.*, 1997, 1., 101.-106.

⁸¹ Relevantne okolnosti slučaja su sljedeće:

Brodom "Alblasgracht VOO" iz Melburna (Australija) prevezen je teret do Roterdama (Nizozemska) a potom cestom do Rungisa (Francuska), gdje je teret predan primatelju, francuskom poduzeću Brambi. Nakon isporuke, Brambi ustanovljava štetu na teretu. Štetu mu nadoknađuje osiguravajuće društvo *La Réunion européenne* sa sjedištem u Francuskoj. Osiguratelj, *La Réunion* pokreće postupak naknade štete pred francuskim sudom Créteil protiv australijskog poduzeća Refrigerated Container Carriers (RCC), sa sjedištem u Sydneyu (koje je ispostavilo teretnicu u svoje ime), protiv nizozemskog poduzeća *Spliethoff's*, sa sjedištem u Amsterdamu (kao faktičkog prijevoznika koji je stvarno "osigurao i izvršio prijevoz" upravljajući brodom kojim je teret prevezen, iako se u teretnici uopće ne spominje), te protiv kapetana broda s prebivalištem u Nizozemskoj, kao zastupnika brodara, zakupnika i vlasnika broda.

Francuski sud se proglašava međunarodno nadležnim u odnosu na prvotuženo australijsko poduzeće (na temelju odredbe čl. 42. Zakona o građanskom postupku, koja priznaje francuskom tužitelju pred francuskim sudom tužiti stranca), dok tužbeni zahtjev prema drugotuženom (nizozemski prijevoznik) i trećetuženom (kapetan broda s prebivalištem u Nizozemskoj) odbacuje kao međunarodno nenadležan sud. U svojoj žalbi tužitelj, međutim, ističe da se međunarodna nadležnost francuskog suda prema drugom i trećetuženom, u nedostatku opće međunarodne nadležnosti, treba ustanoviti na temelju posebnih kriterija iz odredbe čl. 5. Briselske konvencije, zbog čega je potrebno (da bi se utvrdilo da li se radi o ugovornom ili izvanugovornom odnosu) kvalificirati sporni odnos.

Prema francuskom pravu tužba primatelja tereta protiv faktičkog prijevoznika ugovorne je prirode. Naime, prijevoznik odgovara ugovorno za gubitak, oštećenje ili manjak tereta bez obzira na to da li je izdao teretnicu.

Kasacijski sud, međutim, svojom odlukom od 1997. odlučuje cijelu stvar uputiti Europskom sudu sa pitanjima: da li je tužba primatelja, odnosno njegovog osiguratelja, protiv faktičnog prijevoznika (koji nije izdao teretnicu, ali je brodom naznačenim u teretnici izvršio prevoz tereta) ugovorna ili izvanugovorna, i drugo, pod pretpostavkom da je izvanugovorna, da li se mjesto u kojem je konstatirana šteta na teretu (Francuska) može u smislu odredbe čl. 5.3. smatrati mjestom nastupanja štetnog događaja, te konačno da li francuski sud, koji je nadležan za prvotuženoga, može na temelju atrakcije odlučivati i o tužbenim zahtjevima protiv nizozemskog prijevoznika i kapetana broda?

⁸² Odluka će biti zanimljiva pogotovo u pogledu kvalifikacije odgovornosti pomorskog prijevoznika u situacijama u kojima faktički prijevoznik nije ujedno i izdavatelj teretnice. Na koji će

Odgovoriti na postavljeno pitanje neće biti ništa jednostavnije ni nakon što smo se osvrnuli na teorijske postavke problema delimitacije ugovorne i izvanugovorne odgovornosti i s tim u svezi kvalifikacije spornog odnosa, te nakon što smo analizirali neke od ključnih odluka Europskog suda u tom segmentu. Razlog tome svakako je činjenica što hrvatski sud mora pri kvalifikaciji spornog odnosa poći od primjene lege fori, odnosno hrvatskog prava. A ovo mu svojom regulativom ne daje jasne smjernice u tom pogledu.

Tjelesne povrede i smrt pomoraca najčešće su posljedica nezgoda na radu. Budući da se pomorcem, odnosno članom posade broda, postaje zasnivanjem radnog odnosa s brodarom (poslodavcem), u trenutku nezgode između pomorca i brodara, postoji otprije ustanovljeni ugovorni (radnopravni) odnos⁸³. Zbog toga u području odgovornosti za tjelesne povrede i smrt pomoraca dolazi do interakcije ugovorne i izvanugovorne odgovornosti⁸⁴. Kvalifikacija pravne osnove na kojoj će se temeljiti tužbeni zahtjev za naknadu te problem interakcije režima odgovornosti značajni su za primjenu odredbi o međunarodnoj nadležnosti, ali i odredbi o mjerodavnom pravu.

U poredbenom se pravu kvalifikaciji tužbenog zahtjeva za naknadu štete u slučaju tjelesne povrede i smrti pomorca prilazi različito. U nekim zemljama, npr. u Francuskoj, ti se odnosi kvalificiraju kao ugovorni⁸⁵. S druge strane, u američkom općem i statutarnom pravu odgovornost brodara za naknadu štete zbog tjelesnih povreda i smrti pomorca tretira se kao izvanugovorna odgovornost⁸⁶. U engleskom, pak, pravu oštećeni ima pravo izbora između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti štetnika, a pogotovo kada je do povrede došlo nepažnjom poslodavca⁸⁷.

Kako se prema hrvatskom pravu kvalificira zahtjev za naknadu štete u slučaju tjelesne povrede i smrti pomorca? Odnosno pitanje *PZ-om* nije izričito regulirano. Zakonodavac se ograničio samo na ustanovljavanje kriterija odgovornosti brodara za tjelesne povrede i smrt pomorca⁸⁸, ali ne i njegove pravne osnove. U doktrini su

način sud u konkretnom slučaju pronaći što su opće prihvaćeni principi koji će mu omogućiti autonomnu kvalifikaciju, pogotovo stoga što se propisi država u tom pogledu razlikuju

⁸³ GRABOVAC I: PERLAIN, PRAVA I DUŽNOSTI POMORACA, 1978., str. 83.

⁸⁴ O odnosu sustava socijalnog osiguranja i deliktne odgovornosti vidjeti detaljnije FLEMING J.G., "Tort Liability for Work Injury", International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XV, Chapter 9, 1975., str. 3.-4.

⁸⁵ BOUREL P., LES CONFLITS DES LOIS EN MATIERE D'OBLIGATIONS EXTRA-CONTRATUELLES, 1961., str. 169.; BATIFFOL H.; LAGARDE P., DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, I., 1983., str. 333.

⁸⁶ Merchant marine Act od 1920, poznatiji pod nazivom Jons Act priznaje mornaru, ako je do nezgode došlo zbog nepažnje poslodavca, pravo na naknadu štete sa osnova deliktne odgovornosti. Odgovornost je nametnuta "...by tort law as an incident to the relationship of the seamen to the vessle", MARAIST F.L., ADMIRALTY IN A NUTSHELL, II, 1988., str. 196. vidjeti detaljnije, TOMLJENović, V., "Strani pomorci pred američkim sudovima", Pomorski zbornik, 1994., str. 261.-263.

⁸⁷ COUPLAND v. Arabian Gulf Oil Company (1983) 1 WRL 1136, 1153.

⁸⁸ Brodar za štetu uzrokovanu tjelesnim povredama i smrti pomorca odgovara prema principu presumirane krivnje; odredba čl. 61. Pomorskog zakonika.

se autori o ovom problemu rijetko izjašnjavali. Jakaša ističe da odgovornost za tjelesne povrede i smrt, u pogledu njene osnove, treba tretirati na isti način kao i odgovornost za povrede i smrt putnika: brodar za povrede putnika odgovara ugovorno (za podnošenje tužbe aktivno je legitimiran samo putnik, to jest, pomorac), a u slučaju putnikove smrti odgovornost je izvanugovorna⁸⁹. Na taj je način Jakaša isključio konkurenciju ugovorne i deliktne odgovornosti. S druge strane u doktrini su međutim, prisutna i drugačija razmišljanja prema kojima pomorac može zahtijevati naknadu štete po obje osnove⁹⁰.

U sferi, pak, međunarodno privatnopravne regulative, sva su se pitanja koja proizlaze iz radnih odnosa pomoraca, s ciljem izbora mjerodavnog prava, supsumirala pod kategoriju "radni odnosi pomoraca". "Radnopravni statut", odnosno pravo mjerodavno za radne odnose prema dominantnom stavu hrvatske doktrine, mjerodavan je, ne samo za prava i obveze ugovornih strana, već za sve aspekte radnopravnih odnosa, dakle i nezgode na radu⁹¹. Na neki način hrvatska se doktrina time približila ugovornoj kvalifikaciji odgovornosti brodarica i u pogledu nezgoda koje uzrokuju tjelesne povrede i smrt pomoraca. S druge strane, također s ciljem izbora mjerodavnog prava, judikatura, međutim, ne oklijeva odgovornost brodarica za tjelesne povrede i smrt pomoraca kvalificirati kao izvanugovornu odgovornost⁹². U odluci *Gulin* Trgovački sud odgovornost brodarica za smrt pomorca kvalificira kao izvanugovornu odgovornost ističući kao relevantnu okolnost da su tužbeni zahtjev podnijele tužiteljice koje s brodarom nisu bile u ugovornom odnosu. Takvo obrazloženje daje naslutiti da se sud priklonio stajalištu Jakaše, prema kojem je odgovornost ugovorna samo kada tužbeni zahtjev podnio pomorac. Međutim, to nije konzistentan stav judikature, budući da je sud sklon odgovornost brodarica kvalificirati kao izvanugovornu i u slučaju kada tužbu za naknadu štete uzrokovanu tjelesnim povredama podnosi sam pomorac⁹³. Nepostojanje pozitivnih propisa, nejedinstvenost doktrine, te nekonzistentnost judikature u pogledu kvalifikacije tužbenog zahtjeva (iako se on u posljednje vrijeme kreće ka kvalifikaciji odgovornosti kao izvanugovorne) u ovom uskom segmentu pravnih odnosa dovoljno zorno

⁸⁹ JAKAŠA, B., UDŽBENIK PLOVIDBENOG PRAVA, 1979., str. 138., 290., 292.

⁹⁰ TERZIĆ, B., Odgovornost brodarica za štete uslijed povrede i smrti člana posade i osiguranje, 1969., str. 3.

⁹¹ KATIČIĆ, N., NOVI OGLEDI, str. 124.; BOSNIĆ, P., MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO POMORSKIH ODNOSA, str. 62.

⁹² Odluka Višeg privrednog suda Hrvatske, Presuda III-Pž 639/78-2 od 26.6.1979.

⁹³ Taglič protiv Cresswell Navigation Monrovia, Trgovački sud Rijeka, III P-6731/92-28 od 17.1.1996. Za izvanugovornu odgovornost u slučaju tjelesne povrede zadobivene na radu opredijelio se i Viši trgovački sud Republike Hrvatske odlučujući povodom žalbe na prvostupanjsku presudu u sporu Aleksić protiv Ethiopian Shipping Lines (Trgovački sud Rijeka III P-6028/91). Stav Višeg trgovačkog suda je sljedeći: "Predmetni spor je spor člana posade broda protiv brodarica radi naknade štete zbog tjelesne povrede koju član posade trpi zbog nesreće koja se dogodila na tuženikovu broda. Radi se o izvanugovornoj odgovornosti za štetu...", Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, VI Pž-3618/95-2, str. 4.

pokazuje s kakvim se problemom moraju suočiti sudovi i prije nego što se upuste u meritorno razmatranje spornih odnosa s međunarodnim obilježjem.

Da je, međutim, pitanje kvalifikacije tužbenog zahtjeva u sferi ustanovljavanja međunarodne nadležnosti od iznimne važnosti, pokazuje i činjenica da bi kvalifikacija tužbenog zahtjeva kao ugovornog u slučaju *Gulin* imala za posljedicu odbacivanje tužbenog zahtjeva jer bi se sud, zbog postojanja arbitražne klauzule, morao proglasiti međunarodno nenadležnim.

3.4. Problem tumačenja sadržaja poveznice *locus delicti*

3.4.1. Sadržaj pojma *locus delicti* i njegovo tumačenje

Kvalifikacija spornog odnosa kao odnosa izvanugovorne odgovornosti za štetu omogućuje tužitelju da postupak pokrene pred hrvatskim sudom, iako nema opće međunarodne nadležnosti, ako je šteta nastupila na području Hrvatske. Izvođeci svoju međunarodnu nadležnost iz odredbe čl. 53. ZRSZ sud mora prethodno utvrditi da se mjesto nastanka štete nalazi u Hrvatskoj.

U najvećem broju slučajeva, lokalizacija delikta ne predstavlja poseban problem budući da se svi elementi štetnog događaja manifestiraju unutar granica iste države. Međutim, kada se konstitutivni elementi delikta (štetni događaj i šteta) manifestiraju u dvije ili više država, postavlja se pitanje treba li pojam *locus delicti* identificirati s mjestom protupravnog događaja, ili, pak, s mjestom nastupanja štetnih posljedica? Sličan problem prisutan je u situacijama kada se štetna radnja ili šteta manifestiraju u dvije ili, pak, više različitih država.

Da i najjednostavniji slučaj može postati sporan, pokazuje već spominjana odluka *Gulin* Trgovačkog suda u Rijeci. Podsjetimo se relevantnih činjenica: u eksploziji na brodu panamske državne pripadnosti hrvatski je pomorac zadobio teške povrede i preminuo; brod se u trenutku nezgode nalazio u francuskim teritorijalnim vodama; nasljednice preminulog pomorca, udovica i maloljetne kćerke pokreću zbog materijalne i nematerijalne štete koju su pretrpjele postupak obeštećenja pred hrvatskim sudom s obrazloženjem da je za njih štetna posljedica nastupila u Hrvatskoj. Pozivajući se na odredbe čl. 27. u svezi čl. 52. st. 1. ZPP-a, te činjenicu da je šteta nastupila na teritoriju Republike Hrvatske, ustanovljava svoju međunarodnu nadležnost.

Odluku Trgovačkog suda zanimljivo je analizirati iz više različitih aspekata. Jedno od pitanja na koje se je pokušalo odgovoriti svakako je ono za nas najzanimljivije, gdje je u smislu odredbe čl. 53. st. 1. ZRSZ nastupila šteta za oštećene: da li u francuskim teritorijalnim vodama gdje se nalazio brod u trenutku nezgode, ili, se, kada je mjesto nezgode na brodu, treba rukovoditi principom *locus bandi*, te mjestom nezgode smatrati državu čiju zastavu brod vije, ili su, pak, štetne posljedice za tužiteljice nastupile u Hrvatskoj gdje se nalazi njihovo prebivalište? Da li se šteta koju su nasljednice preminulog pomorca pretrpjele može smatrati direktnom štetom ili je to šteta koju bismo mogli kvalificirati kao indirektnu, posljedičnu štetu? S druge strane, ništa manje nije zanimljivo ni pitanje da li u konkretnom slučaju ima mjesta primjeni odredbi ZPP o mjesnoj nadležnosti?

Prije nego što pokušamo odgovoriti na postavljena pitanja, potrebno je vidjeti kako se problem utvrđivanja mjesta delikta u situacijama kada se mjesto štetnog događaja i mjesto štetnih posljedica ne nalaze u istoj državi, rješava u poredbenoj doktrini i judikaturi.

3.4.2. Doktrinalna stajališta

U doktrini međunarodnog privatnog prava mnogo se polemiziralo o ispravnosti interpretacije pravnog izraza - *locus delicti commissi*. U načelu su se iskristalizirale tri teorije koje su odraz drugačijeg viđenja svrhe i funkcije deliktneog prava.

3.4.2.1. Teorija akcije

Većina je starijih europskih autora pojam *locus delicti* izjednačavala s mjestom u kojem je izvršena štetna radnja, odnosno mjestom gdje se u trenutku štetnog događaja nalazio štetnik (*teorija akcije*)⁹⁴.

Snažan utjecaj na razvoj ove teorije imalo je, danas napušteno, shvaćanje o prvenstveno kaznenoj, to jest, odgojnoj ulozi deliktneog prava. Tako su talijanski zastupnici teorije akcije primjenu prava države u kojoj je izvršena štetna radnja opravdavali protupravnošću štetnog događaja⁹⁵. Osnovni element deliktne odgovornosti protupravno je ponašanje štetnika. Krivnja, kao voljni element, subjektivna je okolnost koju najbolje mogu prosuđivati organi države u kojoj se u trenutku događaja nalazio štetnik⁹⁶. Nadležnost organa države u kojoj je štetna radnja počinjena argumentira se principom zaštite opravdanih očekivanja stranaka, u ovom slučaju štetnika. Kvalificirati ponašanje štetnika kao protupravno prema *lex damni*, iako se prema pravu države u kojoj je djelovao, ono takvim ne bi moglo okvalificirati, bilo bi za štetnika neopravdano, a posebno, onda kada je mjesto nastupanja štete slučajno. Štetnik ima pravo računati na nadležnost sudova države u kojoj je djelovao koji će primjenom svojih standarda procjenjivati protupravnost njegova ponašanja. Ako subjekti određene zakone trebaju na određenom području poštivati, onda im ti isti zakoni moraju osiguravati zaštitu⁹⁷.

⁹⁴ Da je u starijoj doktrini *teorija akcije* bila prihvaćena kao pravilo, pokazuje sam naziv koji su autori označavali svoj stav, nazvavši ga "*civil law rule*"; RABEL, *The Conflict of Laws*, str. 303; CIGOJ S., *MEĐUNARODNO ZASEBNO PRAVO*, knjiga 2, Ljubljana 1979., str. 139.

⁹⁵ Morelli, Zioccardi, Monaco, Sperduti, detaljnije vidjeti VITTA, *DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO*, III., 1975., str. 497.-498; FERRARI B., "Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato", *Rivista di diritto civile*, 1961., 1, str. 89.-90.

⁹⁶ MORSE, *Torts in Private International Law*, str. 113. Zanimljivo je stajalište *De Nove* koji smatra da lokalizaciju delikta treba uvjetovati karakterom protupravnog ponašanja štetnika. Ako protupravno ponašanje štetnika sadrži elemente *culpa gravae* ili *dolosa*, *locus delicti* biti će mjesto izvršenja, a ako sadrži elemente *culpae levis* ili se radi o objektivnoj odgovornosti, *locus delicti* je mjesto nastupanja štetnih posljedica, *De NOVA R.*, "Obligazioni - Diritto internazionale privato" *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, 1979., 491. Autor ističe da takvo rješenje izbora mjerodavnog prava neće biti moguće praktično primijeniti u tzv. sivim zonama u situacijama, kada je teško odrediti težinu protupravnog ponašanja.

⁹⁷ RABEL, E, *The Conflict of Laws*, , str. 301.

Mjesto štetne radnje favorizira se kao poveznica zbog praktičnih razloga. Mjesto štetnog događaja lakše je utvrditi od mjesta nastupanja štetnih posljedica. Pogotovo u situacijama kada štetne posljedice nastupaju u više zemalja ili, u slučaju indirektno daljnje štete koju pretrpe druge osobe. Mjesto nastanka štete može biti ponekad posve slučajno. Tada forum damni sa spornim odnosom ne povezuje ona bitna, uska veza koja postoji između spora i suda mjesta štetnog događaja koja opravdava nadležnost ovog posljednjeg.

3.4.2.2. *Teorija štete*

I pored navedenih nedostataka, *mjesto nastanka štete* sve je prisutnija poveznica, pogotovo kod distancionih delikata, u poredbenom zakonodavstvu. Njena se funkcija ne svodi samo na kriterij ustanovljavanja međunarodne nadležnosti, već je sve relevantnija i kao kriterij ustanovljavanja mjerodavnog prava.

Značajan argument na kojem se temelji *teorija štete* postavka je prema kojoj šteta predstavlja zajednički element objektivnoj i subjektivnoj odgovornosti⁹⁸, odnosno postavka prema kojoj deliktna odgovornost, bez obzira na njen pravni osnov (krivnja ili uzročnost) ne postoji sama po sebi⁹⁹. Naime, bez štete nema deliktne odgovornosti. Slijedom toga *locus delicti* sadržava u sebi i mjesto štetnih posljedica¹⁰⁰.

U novijoj se doktrini u prilog *teorije štete* ističe argument suvremene svrhe deliktnog prava koja prvenstveno polazi od nužnosti pravedne distribucije rizika i efikasnog obeštećenja osobe koja je pretrpjela štetu. U tom kontekstu međunarodna nadležnost za odlučivanje o naknadi štete pripada nedvojbeno sudovima države u kojoj se šteta manifestirala. Logično je, i u skladu s principom opravdanih očekivanja stranaka, da o svim spornim pitanja obeštećenja odlučuju organi države u kojoj je šteta nastupila, budući da se u toj državi najčešće nalazi i centar životnih aktivnosti štetnika.

Za razliku od europske, u američkoj je teoriji, a i judikaturi, odavno prihvaćeno stajalište prema kojem je središte, "centar" deliktnog odnosa u državi u kojoj je nastupila šteta¹⁰¹. Takvo je stajalište, unatoč kritika, bilo prihvaćeno i Prvim

⁹⁸ Balladore Palieri naglašava da je ustanovljena šteta osnova i mjerilo odgovornosti za naknadu i za imputiranje odgovornosti, tj., da bi se odredilo je li štetnik nastalu štetu obvezan naknaditi, što ima posebnu važnost u slučajevima u kojima je ponašanje štetnika posve irelevantno (objektivna odgovornost), BALLADORE PALIERI, DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO, 1974., str. 357.

⁹⁹ Štetan događaj, čak iako je protupravan, ako nema štete sam po sebi, nije delikt. Važnost mjesta štetnih posljedica proizlazi i iz činjenice da se u državi u kojoj je nastupila šteta nalazi, u pravilu, prebivalište, odnosno boravište oštećenoga. Opravdano je da se pitanje naknade štete prosuđuje prema pravu države u kojoj se nalazi centar životne aktivnosti oštećenoga. U pravilu je to ujedno i mjesto gdje se nalazi i oštećeno dobro; RABEL, *The Conflict of Laws*, str. 303.

¹⁰⁰ Budući da bez verificiranja štete nema ni deliktne odgovornosti, mjesto nastupanja štetnih posljedica predstavlja okolnost koja karakterizira odnos deliktne odgovornosti, stoga se mjesto štetne radnje može okvalificirati kao *locus delicti*, VITTA, *Diritto internazionale privato*, str. 504.

¹⁰¹ RABEL, *The Conflict of Laws*, str. 301.

Restatementom, tzv. pravilom zadnjeg događaja (*last event rule*)¹⁰².

S obzirom na činjenicu da su argumenti na kojima se temelji *teorija štete* bliski svrsi deliktne pravne - pravedna distribucija rizika i pravedna naknada, te napose zaštita oštećenog - ne začuđuje da se pri ustanovljavanju nadležnosti kao i pri izboru mjerodavnog prava¹⁰³ mjestu nastupanja štete pridaje sve veća pažnja u suvremenim rješenjima poredbenog prava.

3.4.2.3. Princip ubikviteta - sistem elektivne kumulacije

Zbog prednosti, ali i nedostataka koje doktrina ističe, kako u pogledu *teorije akcije* tako i *teorije štete*, sve je zastupljenije kompromisno rješenje koje pridaje jednaku važnost i jednoj i drugoj okolnosti (*teorija ubikviteta*).

Teorija ubikviteta, koja svoj izvor nalazi u njemačkom pravnom modelu¹⁰⁴, polazi od ravnopravnosti mjesta štetne radnje i mjesta nastupanja štetnih posljedica, te slijedom toga tužitelju priznaje izbor njihove alternativne primjene. Ova teorija sve je prisutnija u novijim kodifikacijama međunarodnog privatnog prava u rješenjima sukoba¹⁰⁵, a kao što ćemo vidjeti i sukoba nadležnosti.

Izbor poveznice *locus damni* u sferi izbora mjerodavnog prava u nekim se pravnim sustavima uvjetuje okolnošću da je odnosno pravo povoljnije za ošteće-

¹⁰² Restatement of Law, First, Conflict of Laws 1934. u paragrafu 377. određuje: "...Mjesto delikta je u državi u kojoj je nastupio zadnji događaj o kojem ovisi odgovornost počinitelja...". *Last event* pravilo temeljilo se na postavci prema kojoj oštećeni stječe pravo na naknadu štete u momentu u kojem su ispunjeni svi elementi delikta, dakle, kada je nastupila šteta, jer jedino u tom slučaju postoji pravni osnov za tužbu. Štetni događaj, čak iako je protupravan, sam po sebi, nije delikt, ako nema štete. Usvajanjem Drugog Restatementa, koji u području deliktne odnosa usvaja elastično kolizijsko pravilo - the most significant relationship - last event pravilo gubi na važnosti i zbog toga što lokalizacija delikta postaje samo jedan od elemenata koji se pri izboru mjerodavnog prava, može, ali ne mora, uzimati u obzir.

¹⁰³ Mjesto štetnih posljedica kao poveznica koja upućuje na izbor mjerodavnog prava ima prednosti spram mjesta štetnog događaja prema: turskom Zakonu međunarodnog privatnog prava (čl. 25.), rumunjskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (čl. 108.), talijanskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu, gdje se primjena *lex damni* uvjetuje dispozicijom oštećenog.

¹⁰⁴ Reichgericht je formulu "mjesto delikta je svako ono mjesto na kojem je nastupio bilo koji od njegovih konstitutivnih elemenata" ustanovio davne 1905. godine radi određivanja međunarodne nadležnosti, ali se ona primjenjivala i za potrebe izbora mjerodavnog prava; RABEL, *The Conflict of Laws*, str. 305.

¹⁰⁵ Rješenje elektivne kumulacije danas je široko prihvaćeno pri izboru deliktne statuta, prema kojem se kao mjerodavno može primijeniti ili pravo države u kojoj je nastupila šteta ili, pak, pravo države u kojoj su nastupile štetne posljedice. Kolizijsko rješenje koje omogućuje oštećenom da između *lex loci actus* i *lex loci damni* izabere pravo koje je za njega povoljnije, nalazi svoje opravdanje u svrsi deliktne pravne - zaštiti oštećenoga. U području odgovornosti proizvođača i onečišćenja formulirani su specifični režimi odgovornosti i naknade štete radi zaštite oštećenih. Materijalno-pravni princip - zaštite oštećenog - očituje se u sferi sukoba zakona u pravu oštećenoga da u situaciji kada se za rješavanje spora može primijeniti više prava, izabere ono, koje je za njega najpovoljnije, odnosno ono koje će mu osigurati najprikladniju naknadu za štetu koju je pretrpio; DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé", *Recueil de Cours de droit international*, 1991., IV tome 229., str. 287-288.

nika¹⁰⁶, ili se, pak, izbor sužava na točno određena prava (s kojima je deliktno ponašanje činjenično ili pravno povezano)¹⁰⁷. U tom se smislu razmišlja o tome da mjesto nastupanja štete samo po sebi ne može biti odlučujuće za izbor mjerodavnog prava. Primjena *lex loci damni* ovisi i o tome da li između oštećenoga i te države postoji bitna veza koja opravdava primjenu tog prava, čime se izbjegavaju negativnosti mehaničkog određivanja mjerodavnog prava.

Nadalje, izbor primjene mjesta štete kao relevantne poveznice za izbor mjerodavnog prava uvjetuje se i predvidivošću u smislu da je štetnik mogao predvidjeti da će šteta nastupiti upravo u određenoj državi (švicarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu¹⁰⁸ i portugalski Građanski zakon¹⁰⁹), što pogotovo vrijedi za područje posebnih delikata, i to: za odgovornost proizvođača¹¹⁰, ili, pak, štetu zbog povrede prava ličnosti¹¹¹.

¹⁰⁶ Rješenje prema kojem izbor između *lex loci actus* i *lex damni* ovisi o tome koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenog, prihvaćaju hrvatski (odredba čl. 28. st. 1. ZRSZ) i mađarski zakoni o međunarodnom privatnom pravu (Iako je za deliktnu odgovornost načelno mjerodavno pravo države mjesta štetnog događaja (radnje ili propusta) prema odredbi čl. 32. st. 2. "....Ako je to povoljnije za oštećenog primijeniti će se pravo države na čijem su se teritoriju materijalizirali štetni učinci delikta...").

¹⁰⁷ Tako na primjer, odredba čl. 138. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu ograničava taj izbor za štetu uzrokovanu imisijama na švicarsko pravo ako je ono ujedno i pravo države u kojoj se nalazi nekretnina ili pravo države na području koje je nastupila štetna posljedica.

¹⁰⁸ Švicarskim Zakonom o međunarodnom privatnom pravu primjena *lex loci damni*, umjesto *lex loci actus*, dopušta se samo ako je štetnik mogao predvidjeti da će šteta nastupiti u toj državi (odredba čl. 133.2.). Teret dokaza je na štetniku, DUTOIT, COMMENTAIRE DE LA LOI FÉDÉRALE DU 18 DECEMBRE 1987., 1996., str. 356.

¹⁰⁹ U slučaju kada je štetnik deliktno odgovoran po pravu države u kojoj je šteta nastupila, ali ne i prema pravu države njegova djelovanja, primijenit će se *lex damni*, samo ako je štetnik mogao predvidjeti da će šteta nastupiti u toj drugoj državi (čl. 45/2).

¹¹⁰ O zaštiti opravdanih očekivanja osobe koja je odgovorna za štetu posebno se vodilo računa u slučaju odgovornosti proizvođača za štetu koju uzrokuju njegovi proizvodi. Tako su Haškom konvencijom o pravu koje se primjenjuje na odgovornost proizvođača za štetu od njegovih proizvoda, iz 1973. godine, kao mjerodavna prava predviđena ona o kojima je proizvođač mogao i morao unaprijed voditi računa. S tim je ciljem u Konvenciju uvrštena odredba čl. 7., koja određuje da se pravo mjesta redovnog boravišta neposredno oštećene osobe (čl. 5.) i pravo mjesta gdje se dogodila štetna činjenica (čl. 4. i čl. 6.) neće primijeniti ako osoba za koju se smatra da je odgovorna za štetu dokaže da nije mogla razborito predvidjeti da će proizvod o kojem se radi, ili drugi njegovi proizvodi istog tipa, biti dostupni u toj državi putem redovnih trgovačkih kanala. Vidjeti: MATIĆ, MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO, 1982., pravo, str. 105-106.

Predvidivost kao subjektivno ograničenje primjene mjerodavnog prava usvaja u slučajevima odgovornosti proizvođača švicarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu, koji odredbom čl. 135.1.(b) određuje kao mjerodavno (po izboru oštećenog) pravo države gdje je proizvod nabavljen, osim ako proizvođač dokaže da se je proizvod našao na tržištu odnosno države bez njegovog znanja. Takvo je rješenje prihvaćeno talijanskim (čl. 63) i rumunjskim Zakonom o međunarodnom privatnom pravu (čl. 114.b).

¹¹¹ Švicarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu za povredu osobnih prava kao mjerodavno ustanovljava alternativno pravo države u kojoj oštećeni ima svoje redovno boravište, pravo države u kojoj su nastupile štetne posljedice i pravo države u kojoj osoba koja je odgovorna za

Takvim se dodatnim okolnostima ne uvjetuje primjena poveznice mjesta štete u funkciji kriterija ustanovljavanja međunarodne nadležnost i jedna od rijetkih iznimka švicarski je Zakon o međunarodnom privatnom pravu, koji dopušta izbor između *locus actus* i *locus damni* samo ako su šteta ili štetni događaj nastupili u Švicarskoj¹¹².

3.4.3. Kako se u judikaturi pristupa lokalizaciji delikta?

Da li kod multilokalnih delikata *locus delicti* predstavlja mjesto u kojem je izvršena štetna radnja, ili, mjesto na kojem su nastupile štetne posljedice pitanje je o kojem se u praksi različito izjašnjavalo¹¹³. Lokalizacija delikta ovisila je velikim dijelom o konačnom rezultatu: kada je mjesto štetnog događaja bilo ujedno i mjesto foruma, sudovi su to mjesto izjednačavali s *locus delicti*, ali isto tako nisu oklijevali, ako su se, pak, štetne posljedice manifestirale u državi foruma, *locus delicti* definirati kao mjesto nastupanja štetnih posljedica¹¹⁴.

O problemu tumačenja pojma *locus delicti* kada su mjesto štetnog događaja i mjesto štete u različitim državama, sudovi su se izjašnjavali u sporovima naknade štete uzrokovane javnim medijima, onečišćenjem, ili, pak, nelojalnom tržišnom utakmicom. U ovom su kontekstu zanimljive odluke Europskog suda, o tumačenju poveznice *locus delicti* iz odredbe čl. 5.3. *Briselske konvencije*¹¹⁵.

U slučaju dislokacije mjesta štetnog događaja i mjesta štete, tumačeći pojam "mjesto štetnog događaja" Europski se sud priklonio teoriji ubikviteta (ili kako se u doktrini još naziva teoriji elektivne kumulacije).

U tom se kontekstu najčešće citira odluka donijeta u već spomenutom sporu *Handelswekerij G.J. Bier B.V. i Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsaces* iz 1976.¹¹⁶ Činjenice slučaja bile su sljedeće:

štetu ima svoje poslovno sjedište, ili redovno boravište. Koje će se od tih prava primijeniti ovisi o izboru oštećenog. Međutim, pravo države u kojoj su nastupile štetne posljedice, kao ni pravo države u kojoj se nalazi redovno boravište oštećenog, neće se primijeniti ako štetnik nije mogao predvidjeti da će šteta nastupiti u tim državama (čl. 139.1.).

Odredbu istog sadržaja sadrži i rumunjski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (čl. 112).

¹¹² Vidjeti bilj. 27. i 28.

¹¹³ *Strömholm* koji je u svojoj raspravi o deliktном statutu pokušao dati opći pregled rješenja prihvaćenih u poredbenoj judikaturi, ukazao je na to da o tome kojem se mjestu, kod multilokalnih delikata pridaje karakter poveznice, ne postoji univerzalno pravilo, STROMHOLM, TORTS IN THE CONFLICT OF LAWS, 1961., str. 117.

¹¹⁴ STROMHOLM, TORTS IN THE CONFLICT OF LAWS, str. 117.

¹¹⁵ U tom su smislu zanimljivije sljedeće odluke *Bier B.V. i Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, 30. studeni 1976., (21/76.); (1976.) ECR 1735, NJ 1977., 494; *Athanasios Kalfelis v. Bankhaus Schröder, Münchemeyer, Hengst and Co.* vidjeti RCDIP, 1989., str. 112; *Dumez France s.a. and Tracoba v. Hessische Landesbank (HELABA)* 11, 1990., (C-220/88.), NILR, 233-240.

¹¹⁶ Detaljnije o odluci i njenom obrazloženju vidjeti BOUREL P, Cour de justice des Communautés européennes - 30.11.1976, Soc. Handelswekery G.J. Bier et Fondation Reinwater c. Mines de Potasse d'Alsace, Revue critique de droit int.privé, 1977., str. 567.

Francuski rudnik *Mines de Potasse d'Alsace S.A.* sa sjedištem u Mulhouse, ispustio je u Rajnu kloride i time je onečistio (povećana slanost vode umanjila je mogućnosti iskorištavanja kultivirane zone uz Rajnu). Holandska pivska industrija, odnosno poduzeće *Soc.Handelskwekery G.J.Bier*, vlasnik rasadnika u okolici Rotterdama (koje se bavi uzgojem hmelja), i *Reinwater*, nizozemsko udruženje osnovano sa svrhom zaštite i poboljšanja kvalitete vode u bazenu Rajne, zbog štete koja je nastala zbog onečišćenja, pokrenuli su pred roterdamskim sudom postupak za naknadu štete protiv *Mines de Potasse d'Alsace*.

Tuženik je, pozivajući se na odredbu čl. 5.(3) *Brisleske konvencije*, istaknuo prigovor međunarodne nenadležnosti navodeći da je francuski, a ne nizozemski sud međunarodno nadležan da odlučuje o spornom odnosu budući da se štetni događaj (ispuštanje štetnih tvari) dogodio u Francuskoj. Prvostupanjski sud, pozivajući se na odredbu čl. 5.(3), usvaja prigovor te odbacuje tužbu.

Protiv prvostepene odluke tužitelji podnose žalbu Apelacijskom sudu iz Haga, pozvavši se na odredbu čl. 5.(3), ističući da pojam "mjesto gdje se dogodila štetna radnja" (*lieu ou le fait dommageable s'est produit*) ne označava samo mjesto štetnog događaja (mjesto gdje je štetnik djelovao (ili nije djelovao), već i mjesto gdje se je manifestirala šteta, odnosno gdje su nastupile štetne posljedice.

Nizozemski Apelacijski sud, na temelju odredbe čl. 2. i 3. Protokola iz 1971. godine, upućuje Europskom sudu pitanje tumačenja sadržaja termina *locus delicti* iz odredbe čl. 5.(3).odredbe Briselske konvencije.

Pojam "mjesto gdje se dogodila štetna radnja" iz odredbe čl. 5.(3), u slučajevima dislokacije štetne radnje i štete, Europski sud protumačio je tako što je tim pojmom obuhvatio, kako mjesto štetnog događaja, tako i mjesto štetnih posljedica¹¹⁷. Slijedom toga tužitelj može postupak za naknadu štete pokrenuti po svom izboru bilo pred sudom države gdje je nastupio štetni događaj, bilo pred sudom države u kojoj je nastupila štetna posljedica¹¹⁸.

O slučaju *Reinwater* odlučivali su nizozemski prvostupanjski, Apelacijski i Vrhovni sud. Roterdamski okružni sud svoju je odluku donio 16.12.1983.; Haški Apelacijski sud odlučio je povodom žalbe vratiti predmet roterdamskom sudu radi ponovne procjene štete odlukom od 10.9.1986. godine (19 Netherlands Yearbook of International Law, 1988, str. 496.-503; i konačno postupak pred Vrhovnim sudom završen je odlukom od 23.9.1988. godine, Netherlands Yearbook of International Law, 1990., str. 434.-451.

¹¹⁷ Takvo rješenje, koje je Europski sud zauzeo posve nezavisno od rješenja prisutnih u nacionalnim pravima država ugovornica a u skladu je sa stajalištem prema kojem se pojmovi sadržani u odredbama Briselske konvencije moraju autonomno tumačiti. Autonomna kvalifikacija, nezavisna od nacionalnih rješenja nužna je posljedica procesa unifikacije, što je uostalom i osnovni cilj svake, pa tako i Briselske konvencije

¹¹⁸ BOUREL P, Cour de justice des Communautés européennes - 30.11.1976, Soc.Handelskwekery G.J.Bier et fondation Reinwater c. Mines de Potasse d'Alsace, Revue critique de droit international privé, 1977., str. 567.

Svoju odluku Europski sud donosi rukovodeći se prvenstveno specifičnim *rationem* odredbe čl. 5.(3), svrhom Brisleske konvencije, ne zanemarujući pri tome ni općenito svrhu deliktne prava. Poseban utjecaj na odluku imala je okolnost da su nacionalni propisi država ugovornica u tom segmentu različiti, kao i činjenica da odredba čl. 5.3. pokriva različite slučajeve izvanugovorne odgovornosti (deliktne i kvazi-deliktne, kvazi-kontraktne, obogaćenje bez pravne osnove itd.), što nalaže što je moguće elastičniju definiciju pojma *locus delicti*. Elastična formulacija mjesta delikta - "*place where the harmful event occurred*" - u odredbi čl. 5.3. smatrana je najpogodnijom iz više razloga. Prema shvaćanju doktrine takvom se "neutralnom" definicijom pojma *locus delicti* željelo pod njega podvesti što više različitih nacionalnih rješenja država ugovornica Briselske konvencije¹¹⁹ i na taj način omogućiti sudovima država ugovornica da sadržaj odnosnog pojma odrede prema *legis fori*.

Odredbom čl. 5.3. Briselske konvencije, kojom se određuje međunarodna nadležnost *ratione loci* u materiji izvanugovorne odgovornosti, trebalo je ustanoviti poseban kriterij međunarodne nadležnosti koji će omogućiti tužitelju da postupak naknade štete osim pred sudom opće međunarodne nadležnosti, po svom izboru, pokrene i pred sudom države na području koje je nastupio štetni događaj, ako je to za njega povoljnije, čime je udovoljeno temeljnoj svrsi deliktne prava - zaštititi oštećenog. Proširiti pojam "mjesto nastupanja štetnog događaja" i na "mjesto nastupanja štetnih posljedica" samo je logički slijed tako privilegiranog statusa oštećenog. Međutim, uvođenjem mjesta nastanka štete kao posebnog kriterija željelo se osigurati što efikasnije i pravičnije odvijanje i organizacija postupka (*bon administration du justice*).

Europski sud tumačeći pojam *locus delicti* zaključuje da su za promoviranje spomenutih ciljeva, odnosno postupovnih načela¹²⁰ jednako važni i mjesto štetnog događaja i mjesto nastupanja štetnih posljedica. Naime, promatrano s aspekta zaštite oštećenog, ali i pravilnog odvijanja i organizacije postupka rješenje ne može biti jednoznačno u smislu favoriziranja jedne od tih dviju okolnosti.

Šteta i štetna radnja imaju podjednako značenje u dokaznom postupku te pri vođenju postupka općenito. Nisu opravdane tvrdnje da kod skrivljenih delikata prednost treba dati mjestu štetne radnje, zbog toga što, o čemu je već bilo govora, *forum actus* može najbolje procijeniti protupravnost štetnog događaja. Priroda delikta ne bi sama za sebe trebala biti relevantna za izbor kriterija međunarodne nadležnosti, pogotovo stoga što se u velikom broju slučajeva sudovi suočavaju s objektivnom odgovornošću. Da bi ustanovio razumljive i univerzalne kriterije, Europski sud kvalificira "štetu i događaj koji je istu uzrokovao" kao konstitutivne elemente izvanugovorne odgovornosti, čime se odgovornost reducira na njene bitne i neodvojive elemente, koji vrijede kako za različite vrste odgovornosti: subjektivnu

¹¹⁹ BOUREL, Cour de justice des Communautés européennes - 30.11.1976 P., 1977, 3, 569.

¹²⁰ BOUREL, Cour de justice des Communautés européennes, Revue critique de droit international privé, 3, 1977, str. 571.

i objektivnu¹²¹. Naime, polje primjene odredbe čl. 5.3. treba definirati na način da se njime obuhvate različite vrste i oblici štetnog ponašanja.

Mjesto nastanka štete kao poveznicu međunarodne nadležnosti treba promatrati i kroz strukturu odredbi Briselske konvencije. Kako je mjesto štetnog događaja najčešće u državi čiji je sud u isto vrijeme (u najvećem broju slučajeva) i sud opće međunarodne nadležnosti (štetnik najčešće djeluje u državi u kojoj se nalazi njegovo prebivalište ili sjedište), svesti pojam *locus delicti* isključivo na mjesto štetnog događaja, značilo bi oduzeti operativni smisao odredbi čl. 5.3. Kao što je već rečeno, svrha odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije ostvaruje se prvenstveno kroz privilegirani položaj oštećenoga da bira između dva različita foruma: između *forum rei* i *forum delicti*. Time se prvenstveno nastoji olakšati njegova pozicija pri pokretanju postupka budući da se mjesto štetnih posljedica najčešće podudara s mjestom njegova prebivališta.

No, rješenje elektivne kumulacije često se kritizira upravo zbog toga što oštećenog stavlja u privilegirani položaj, jer se njime neposredno prihvaća *forum actoris* koji konvencija nastoji eliminirati. Tom se prigovoru, međutim, suprotstavlja tvrdnja da se Briselskom konvencijom *forum actoris* prihvaća samo u strogo ograničenim slučajevima, u koje se ubrajaju deliktne i quazi deliktne odnose. Povrh toga u mnogim se situacijama mjesto štete ne poklapa s mjestom tužiteljevog prebivališta. Tada će za tužitelja biti povoljnije postupak pokrenuti pred sudom države u kojoj je nastupio štetni događaj, odnosno pred sudom opće međunarodne nadležnosti. S druge, pak, strane, elektivna kumulacija implicira proliferiranje alternativnih foruma što se, također, nastojalo izbjeći. Proliferacija foruma, odnosno mogućnost da više sudova različitih država odlučuje o različitim segmentima istog spornog odnosa, stvara rizik nekoherentnosti odluka, pravne nesigurnosti i nepredvidivosti¹²².

Unatoč nedostacima koje za sobom nosi primjena poveznice *locus damni*, Europski je sud prihvaća kao ravnopravan kriterij međunarodne nadležnosti i odlukom u sporu *Netherlands State v. Rüffer*¹²³.

U slučaju *Rüffer* Nizozemska je država podnijela regresnu tužbu radi naknade troškova vađenja broda koji je potonuo nakon sudara, a koji se nisu mogli pokriti sredstvima dobivenim od prodaje broda. Polazeći od činjenice da je u konkretnom slučaju došlo do dislokacije mjesta štetne radnje (do sudara je došlo na otvorenom moru) i mjesta nastanka štete (Nizozemska), tužiteljica je isticala da se *mjestom*

¹²¹ KERAMEUS, Recenti sviluppi della competenza giurisdizionale in materia extracontrattuale, str. 1163.-1164.

¹²² U tom smislu ukazuje se na jezičnu formulaciju čl. 5.(3) koja govori samo o jednom forumu (...juge du lieu ou le fait dommageable s'est produit...), dok elektivna kumulacija omogućuje više foruma. Međutim, i ovom se prigovoru ističe protuargument prema kojem takva situacija postoji i u slučajevima kad je *locus delicti* mjesto štetnog događaja, a štetni događaj je izvršen u više zemalja.

¹²³ *Netherlands State v. Rüffer*, 16.12.1980., br. 814/79., detaljnije o odluci vidjeti: BISCHOFF J.M., Journal du droit international, 1982., str. 463.-473.; Hartley T., European Law Review, 1982., str. 360.

delikta mora smatrati mjesto u kojem se nalazi sjedište vlade, jer je u tom mjestu fiktivno smještena državna imovina, ili, pak, supsidijarno, mjesto u kojem je izvršena licitacijska prodaja, budući da je tada postalo jasno da sredstva dobivena prodajom broda neće biti dostatna za pokriće troškova koje je država imala vađenjem potonulog broda. Iako Europski sud nije, na žalost, donio odluku u pitanju sadržaja pojma mjesta delikta (jer u konkretnom slučaju nije se radilo o sporu koji bi se mogao podvesti u polje primjene Briselske konvencije - nije se naime radilo o sporu iz materije građanskog i trgovačkog prava), o lokalizaciji mjesta delikta ipak se raspravljalo. Na pitanje može li se pri tumačenju pojma *mjesta nastanka štete* ići tako daleko i pod taj pojam podvesti, na primjer, mjesto u kojem je za oštećenoga nastala financijska šteta u smislu izgubljene dobiti, ili pak, mjesto u kojem se nalazi imovina oštećenog, pravobranitelj Warner, u svojem zaključku jasno odbacuje kao neosnovano tako široko i višeznačno tumačenje pojma *locus damni*, a pogotovo presumpciju da se prebivalište ili sjedište tužitelja, odnosno mjesto gdje se nalazi njegova imovina, ima automatski smatrati mjestom nastanka štete. Intencija suda nije bila, prihvaćajući sustav elektivne kumulacije, izjednačiti mjesto prebivališta tužitelja, ili mjesto u kojem se nalazi njegova imovina, s mjestom nastanka štete.

Rješenje ustanovljeno odlukom Europskog suda u slučaju *Mines de Potasse* slijede sudovi država ugovornica Briselske konvencije. Kao primjer možemo navesti odluku francuskog suda u poznatom sporu *Soc.Montedison vr. Département de la Haute Corse, Département de la Corse, Prud'Homie des Pecheurs de Bastia*¹²⁴. Relevantne činjenice slučaja jesu sljedeće:

Talijansko poduzeće *Montecatini Edison (Montedison)* osnovalo je u Scarilnu, Toscana (1976.) tvornicu za proizvodnju bioksid titanijuma. Taj proizvod pokazao se štetnim za okoliš, a posebno njegov industrijski otpad, za čije bi recikliranje trebala velika financijska sredstva. Zbog ekonomičnosti proizvodnje nadležni organi Montedisona odlučili su se za varijantu izbacivanja opasnih tvari u more.

S tom je svrhom *Montedison* dao izgraditi dva specijalna broda-cisterne *Scarlino I i II*, kao i dvostruki cjevovod dugačak 1 kilometar koji je tvornicu povezivao s obalom Follonice. Unatoč negativnim reakcijama javnog mijenja, intenzivne diplomatske aktivnosti francuske vlade s ciljem da se takvo odlaganje otpada spriječi, talijanska vlada dopustila je odlaganje štetnih tvari u Tirensko more.

Usljedilo je odlaganje štetnih tvari na otvorenom moru 70 km udaljenom mjestu od Toscanne, ali svega 40 km udaljenog od Korzike. Supstance

¹²⁴ *Soc.Montedison vr. Département de la Haute Corse, Département de la Corse, Prud'Home des Pecheurs de Bastia*, Cour d'Appel de Bastia, odluka od 28.2.1977, bilješka Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1978., str. 189-192.

nužne za proizvodnju bioksidnog titana, bijelog praha, plavo su zelene boje, a u doticaju s morem zbog fizičke i kemijske reakcije ostavljaju na vodi crvenkaste mrlje tzv. *crveni mulj*, pod kojim je nazivom ovaj slučaj poznat u doktrini.

Protiv Montedisona pokrenuto je nekoliko postupaka za utvrđivanje kaznene i građanske odgovornosti zbog onečišćenja mora i morskog okoliša.

Štiteći interese svojih članova Udruženje Prud'Homme des Pecheurs pokrenulo je protiv talijanskog poduzeća Montedison postupak naknade štete pred francuskim sudom. Kao intervenijenti na strani tužitelja umiješali su se Département de la Haute Corse i Département de la Corse du Sud, zahtijevajući naknadu štete uzrokovane morskim okolišu i štetu koju su pretrpjeli zbog loše turističke sezone, što je usporilo gospodarski razvoj tog područja.

Odlučujući povodom zahtjeva za naknadu štete francuski se sud na samom početku postupka suočava s pitanjem međunarodne nadležnosti, odnosno s problemom tumačenja pojma *locus delicti*. Montedison ulaže prigovor nenadležnosti francuskog suda pozivajući se na odredbu čl. 2. i 5.(3) Briselske konvencije, ističući da je sporno odlaganje štetnih tvari izvršeno na otvorenom moru, te da je stoga za postupak obeštećenja međunarodno nadležan talijanski sud, kao sud opće međunarodne nadležnosti¹²⁵. Bastijski sud odbacuje prigovor tuženog s obrazloženjem da tužitelj može birati da li će postupak za naknadu štete pokrenuti pred sudom države na teritoriju koje je šteta nastupila ili, pak, pred sudom države na području koje je izvršena štetna radnja¹²⁶.

3.4.4. Još o tumačenju pojma *locus damni* - daljnja, indirektna šteta

Mjesto nastanka štete kao alternativni kriterij međunarodne nadležnosti otvara, međutim, nove probleme tumačenja odnosnog pojma. Naime, kako postupiti u situacijama gdje inicijalna šteta koja se dogodila u jednoj državi uzrokuje daljnju, indirektnu štetu u drugoj državi. Da li mjesto nastupanja daljnje, neizravne štete može također funkcionirati kao kriterij ustanovljavanja međunarodne nadležnosti u postupku obeštećenja protiv štetnika? Nadalje, postavlja se pitanje kako postupiti kada je posljedičnu, daljnju štetu pretrpila neka druga osoba a ne izravno oštećeni?

¹²⁵ Povrh toga tuženik ističe da se na temelju koneksiteta o naknadi štete treba odlučivati pred talijanskim sudom iz Livorna budući da taj sud odlučuje o njegovoj kaznenopravnoj odgovornosti. U protivnom dvije različite odluke o istoj stvari mogu, ako su oprečne, rezultirati pravnom nesigurnošću.

¹²⁶ Odluka suda temelji se na odredbi čl. 5.(3) Briselske konvencije, ali i odredbi čl. 46. francuskog Zakona o građanskom postupku. Vidjeti bilješku o odluci Revue critique de droit int. privé, 1978, str. 192.

Europski se sud o problemu prolongirane, daljnje štete izjasnio u odlukama *Soc. Dumez France c. Soc. Tracoba* od 1990. godine¹²⁷, te *Marinari v. Lloyd's Bank* od 1995. godine¹²⁸. Relevantne okolnosti slučaja *Dumez* jesu sljedeće:

Dva francuska poduzeća Sceper i Tracoba, supsidijari francuskih poduzeća majki, Dumez i Oth Infrastructure, potpisuju 1971. ugovor o gradnji velikog stambenog kompleksa u Njemačkoj s njemačkim partnerom. Francuski partneri s tim ciljem osnivaju zajedničku grupaciju l'Arge. Temeljem ugovora grupacija l'Arge mogla je svoja prava i obveze iz ugovora prenijeti na svoje supsidijare osnovne sa tom svrhom u Njemačkoj, Sceper Baugesellschaft mbH, i Tracoba Baugesellschaft mbH.

Jedna od ugovornih klauzula predviđala je za slučaj spora nadležnost suda u Bremenu.

Radi izvršenja poslova predviđenih ugovorom, njemački je promotor osigurao od nekoliko njemačkih banaka kredite. Kako se, međutim, poslovi nisu najbolje odvijali, banke su obustavile plaćanje daljnih tranši kredita. Sukladno tome njemački promotor proglašava stečaj. Sceper GmbH i Tracoba GmbH njemački supsidijari francuskih poduzeća prisiljeni su zatvoriti gradilište. Zbog gubitaka nastalih zatvaranjem gradilišta francuska poduzeća majke pokreću postupak naknade štete pred sudom u Bremenu protiv njemačkog promotora. Odluka donijeta u njihovu korist bila je praktički neizvršiva zbog toga što je tuženik proglasio stečaj. Stoga, Dumez i Tracoba pokreću postupak za naknadu štete protiv njemačkih banaka pred sudom u Parizu, s obrazloženjem da su banke jednostranim raskidom svojih obveza prema njemačkom promotoru, grubom nepažnjom uzrokovale za njih financijsku štetu. Postupak su pokrenuli pred francuskim sudom na temelju odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije, ističući da je financijska šteta za njih nastupila u mjestu njihova sjedišta, te da je stoga francuski sud u konkretnom slučaju međunarodno nadležan kao *forum damni*.

Francuski Trgovački sud odbacuje prigovor nenadležnosti, a njegovu odluku potvrđuje Apelacijski sud. Odlučujući po prizivu, Kasacijski sud postavlja, međutim, Europskom sudu prejudicijalno pitanje da li se u konkretnom slučaju na temelju okolnosti nastupanja štete u Francuskoj može ustanoviti međunarodna nadležnost francuskog suda u smislu odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije.

Raspravljajući u slučaju *Dumez* o odnosu direktne i indirektno štete te odredbe

¹²⁷ *Soc. Dumez France c. Soc. Tracoba*, odluka Europskog suda od 11.1.1990., bilješka o odluci GAUDEMMENT-TALLON H. u *Revue critique de droit int. privé*, 1990., 2, str. 363.- 379.

¹²⁸ *Marinari v. Lloyd's Bank* od 19.9.1995. godine, C-364/93, vidjeti detaljnije: HARTLEY T., *European Law Review*, 1996., str. 164.-166.; BISCHOFF J.M., *Journal du droit international*, 1996.

čl. 5.3. Europski sud ističe da se osoba koja je pretrpjela indirektnu štetu može koristiti odredbom čl. 5(3), samo onako kako bi se tom odredbom mogao koristiti direktno oštećeni. Dakle, izbor postoji samo između mjesta (suda) države u kojoj je protupravna radnja izvršena i mjesta (suda) države u kojoj su nastupile direktne posljedice takvog protupravnog ponašanja. Mjesto daljnje, indirektno štete ne može se tretirati kao mjesto štete u smislu odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije¹²⁹.

U doktrini se ističe da rješenje elektivne kumulacije iz odluke Europskog suda *Mines de Potasse* treba promatrati u kontekstu činjeničnog sklopa za koji je odluka donijeta. U slučaju *Mines de Potasse* štetni događaj (izlivanje štetnih tvari u francusku Rajnu) i šteta (onečišćenje kultivirane zone u Nizozemskoj) fizički su odvojeni. U slučaju *Dumez* direktna je šteta nastupila u istoj državi u kojoj je izvršena štetna radnja, međutim, daljnja, prolongirana šteta manifestirala se kasnije u drugoj državi te u drugačijem obliku, a k tome štetu je pretrpjela sasvim druga osoba - indirektno oštećeni (francuska poduzeća majke). Kod te indirektno štete karakteristično je da ona čak nema uzrok u istom štetnom događaju, iako je u izvoru obje štete isti štetni događaj¹³⁰. Upravo stoga Europski sud u odluci *Dumez* ističe važnost činjenice da je direktna posljedica (štetnog) djelovanja banaka nastupila u Njemačkoj, a da je šteta koja je u Francuskoj nastala za francuska poduzeća majke indirektna posljedica financijske štete koju su njihovi njemački supsidijari pretrpjeli u Njemačkoj. U takvom činjeničnom sklopu prema stajalištu Europskog suda kada direktno oštećeni pretrpi štetu uzrokovanu protupravnim događajem u jednoj zemlji, odredba čl. 5.3. ne daje osnove da se u nekoj drugoj državi nadležnost njenih sudova ustanovi na temelju okolnosti što je druga osoba (indirektno oštećeni) u toj drugoj državi pretrpjela štetu (koja je indirektna posljedica štete koju je pretrpio direktno oštećeni)¹³¹.

U drugom slučaju, *Marinari v. Lloyd's Bank*, sporno je bilo također pitanje da li se mjesto indirektno štete može podvesti pod pojam "mjesto nastanka štete" iz odredbe čl. 5.3. Briselske konvencije. Ovdje se, međutim, za razliku od prethodnog slučaja radilo o situaciji lančane štete, ali gdje i direktnu i indirektnu, daljnju štetu trpi ista osoba. Činjenice su slučaja sljedeće:

Gospodin Marinari je 1987. godine u filijali Lloyd's Bank u Manchesteru uložio mjenice u vrijednosti od 752 milijuna dolara, koje su u korist bejrutske kompanije izdane na Philippinima. Na poziv banke stigla je policija i uhitila gospodina Marinaria. On je ubrzo pušten, međutim,

¹²⁹ Koppenol-Laforce ME, "The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 1968 - Article 5(3) Torts" *Netherlands Int. Law Review*, 1990, str. 237.

¹³⁰ BOUREL P, "Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé", *Recueil des Cours, Académie de droit international de la Hay*, 1989., vol. 214., str. 361.

¹³¹ HARTLEY, *European Law Review*, 1996., str.164.-165.

obveznice mu nisu vraćene. Zbog navedenih događaja gospodin Marinari pokreće pred talijanskim sudom postupak protiv Lloyd's Bank za naknadu štete koju je pretrpio zbog navedenih događaja: isplate nominalne vrijednosti obveznica, štete koju je pretrpio zbog uhićenja, naknadu štete zbog raskida brojnih ugovora te za štetu koja je nanijeta njegovu ugledu. Prema njegovu mišljenju talijanski sud je kao forum damni međunarodno nadležan odlučivati o njegovu zahtjevu. Štetni događaj koji je nastupio u Engleskoj, uzrokovao mu je financijsku štetu u Italiji, gdje se nalazi njegova financijska imovina.

Tuženik je uložio prigovor međunarodne nenadležnosti talijanskog suda te se je talijanski Kasacijski sud obratio Europskom sudu radi prejudicijalne odluke o tome da li se pojam iz odredbe čl. 5.3. "mjesto nastanka štete" odnosi samo na mjesto u kojem se je manifestirala fizička, materijalna šteta osobe ili stvari, ili i na mjesto u kojem se je manifestirala "ekonomska šteta".

Europski je sud istaknuo da se pravo izbora tužitelja koje mu priznaje odluka *Mines du Potasse* ne smije tumačiti elastično te da se u situacijama gdje je šteta nastupila primarno u jednoj državi, sud druge države u kojoj je nastupila posljedična šteta ne može proglasiti nadležnim pozivajući se na odredbu čl. 5.3. samo na temelju činjenice da se u odnosnoj državi manifestirala financijska šteta (financial loss) kao rezultat primarne štete, čak iako je u oba slučaja štetu pretrpjela ista osoba.

Sukladno tome indirektno oštećeni ne može pokrenuti postupak pred sudom na čijem je području nastupila indirektna šteta. Mjesto nastanka indirektno štete ne može se stoga podvesti pod pojma *locus delicti* iz odredbe čl. 5(3). *Briselske konvencije*. Mogućnost da se postupak obeštećenja pokrene u državi u kojoj je indirektno oštećeni pretrpio štetu (a pozivanjem na čl. 5(3).) odbačeno je i zbog toga što je Europski sud okvalificirao mjesto delikta kao mjesto u kojem je taj štetni događaj, bilo da je riječ o fizičkom događaju ili samo financijskoj šteti, nastupio. Definicija pojma *locus delicti* kao kriterija međunarodne nadležnosti prvenstveno je teritorijalna i pretpostavlja da je šteta u uskoj efektivnoj vezi s geografskim koordinatama, to jest, da je materijalnog karaktera, zbog čega se inzistira na materijalizaciji štete, odnosno materijalizaciji delikta. Samo mjesto direktne, materijalne štete, zbog njegove geografske povezanosti s konstitutivnim elementima izvanugovorne odgovornosti dopušta sudu upoznavanje s osnovnim činjeničnim i pravnim postavkama spora. Naglasak je na razlikovanju mjesta u kojem je šteta nastupila od mjesta u kojem se šteta kasnije manifestira, odnosno od mjesta u kojem su se manifestirale sukcesivne štetne posljedice. Relevantnost mjesta inicijalne štete naglašava novi francuski Zakon o parničnom postupku (čl. 46.)¹³².

¹³² Upravo zbog tog razloga francuski zakonodavac mijenja odredbu čl. 46. Zakona o parničnom postupku, u smislu utvrđivanja nadležnosti suda države u kojoj je šteta nastupila. Termin "nastupa"

3.4.5. Štetne posljedice koje se manifestiraju u dvije ili više različitih država

Sudovi pojedinih država izjašnjavali su se o naknadi štete zbog povrede prava privatnosti uzrokovane putem tiska, a gdje se šteta manifestirala u dvije ili više zemalja. Nedavno se o tom problemu imao prilike izjasniti i Europski sud povodom slučaja *Shevill v. Press Alliance* od 1995. godine¹³³.

Uzrok spora je članak tiskan u novinama *France Soir* u kojem se opisuje policijska akcija usmjerena k borbi protiv droge, koja je odvijala u prostorijama jedne mjenjačnice u Parizu. S tim se u vezi u novinskom članku spominje naziv poduzeća Chequepoint SARL, koje vodi mjenjačnicu kroz koju se navodno prao novac dobiven prodajom droge, kao i što spominje ime gđe. Fione Shevill, engleske državljanke koja je privremeno bila zaposlena kod spomenutog poduzeća. Odmah po objavljivanju članka gđa Shevill vratila se u Englesku.

Smatrajući da im je objavljivanjem njihova identiteta nanijeta velika šteta, gđa Shevill, Chequepoint SARL, te još dva poduzeća iste grupe poduzeća, tužili su pred engleskim sudom izdavačku kuću Press Alliance S.A. zahtijevajući obeštećenje. Tužbenim zahtjevom tražila se naknada štete uzrokovane publiciranjem novina u Francuskoj, kao i štete uzrokovane publiciranjem lista u drugim europskim državama.

Tuženik ulaže prigovor nenadležnosti engleskog suda ističući da su i štetni događaj i šteta nastupili samo u Francuskoj. High Court i Court of Appeal odbijaju prigovor tuženika, međutim, House of Lords se obraća Europskom sudu s pitanjem tumačenja odredbe čl. 5.3., odnosno sadržaja pojma *locus delicti* u konkretnom slučaju.

“Mjesto u kojem je nastupio štetni događaj” iz čl. 5.3. u slučaju klevete putem novinskog članka koji je pušten u prodaju u različitim državama treba, prema mišljenju Europskog suda tumačiti u smislu da oštećeni može pokrenuti postupak za naknadu štete protiv izdavača bilo pred sudom države u kojoj se nalazi poduzeće izdavača spornog članka, koji može odlučiti o naknadi cjelokupne štete, bilo, pred sudom bilo koje države u kojoj je novina stavljena u optičaj i gdje je nanijeta šteta ugledu oštećenog, a koji će odlučivati samo o opsegu štete koja je nastupila na njihovom području.

zamijenjen je terminom “je nastupila”, čime je data prednost trenutku nastupanja štetnih posljedica nad kontinuitetom, što je od posebnog značenja za situacije štetnih događaja u kojima ima više povrijeđenih s prebivalištem u različitim državama. Vidjeti bilješku br. 21. U trenutno važećoj odredbi čl. 46. koristi se svršeno vrijeme “... la dommagę a ętę subi...”, čime se naglašava da je relevantno mjesto gdje je šteta nastupila, za razliku od prethodne odredbe u kojoj je korišten prezent odnosnog glagola.

¹³³ *Shevill v. Press Alliance*, odluka od 7.3.1995., C-68/93; vidjeti detaljnije: SARAVALLE A., “Forum damni o fora damni”, *Il foro italiano*, 1995., 11., str. 332.-343.

Ovom odlukom Europski sud potvrđuje stajalište prisutno u poredbenom pravu, prema kojem sud države u kojoj je nastupila djelomična šteta ne može odlučivati o cjelokupnoj šteti, dakle i onoj koja se je manifestirala izvan područja njegove jurisdikcije. No, prisutna su i oprečna razmišljanja¹³⁴, a u prilog kojeg govori i činjenica da bi to bilo u interesu oštećenog, s jedne strane, a s druge, da bi to bilo u skladu s principom jedinstvenosti foruma, odnosno time da isti sud odlučuje o sporu u cijelosti.

Takav se stav međutim, ne podudara s funkcionalnom svrhom kriterija *locus damni*. Naime, nadležnost suda države u kojoj je nastupila šteta opravdava se principom pravilnog odvijanja postupka, jer je sud države na čijem se je području šteta manifestirala najpogodniji da odlučuje o naknadi takve štete (zbog vođenja dokaznog postupka, saslušanja stranaka itd.). Dakle, između spornog odnosa i nadležnog suda postoji uska veza koja se manifestira u činjenici da je šteta nastupila na području odnosnog foruma. Polazeći od takvih postavki, opravdana je ograničena nadležnost sudova na čijem je području šteta djelomično nastupila u smislu da sud mjesta štete može odlučivati samo o šteti koja je nastupila na njegovom području.

S druge se strane, međutim, ističe da *forum actus*, dakle sud države na području koje je izvršena štetna radnja ima globalnu nadležnost, što znači da može odlučivati o šteti, iako je ona nastupila na području neke druge države¹³⁵.

3.4.6. Pojam “nastanka štete” prema hrvatskom pravu

Locus delicti, kao poseban kriterij međunarodne nadležnosti ZRSZ definira odredbom čl. 53. st. 1. kao “mjesto nastupanja štete”. S obzirom na dosad navedeno čini nam se da odnosna definicija nije dovoljno precizna.

Prije svega, postavlja se pitanje da li je intencija zakonodavca bila ta da definirajući mjesto delikta kao mjesto nastupanja štete isključi “mjesto štetnog događaja” ili se, pak, primjena ovog posljednjeg zbog njegove neosporne važnosti sama po sebi podrazumijeva?

Ako se opredijelimo za jezično tumačenje odnosnog zakonskog termina, to bi značilo da oštećeni ne može pokrenuti postupak obeštećenja pred hrvatskim sudom kada je štetna radnja počinjena u Hrvatskoj, ako ujedno šteta nije nastupila u Hrvatskoj. Čini nam se da to ipak nije bila intencija zakonodavca.

Eksplícitan odgovor na postavljeno pitanje ne daje ni doktrina, budući da u tom pogledu nije jedinstvena. S jedne se strane smatra, a s tim bismo se mišljenjem složili, da se pojam *locus delicti* iz odredbe čl. 53. treba tumačiti u smislu da su njime obuhvaćeni kod multilokalnih delikata i mjesto nastanka štete i mjesto štetnog

¹³⁴ Tako BOUREL, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, str. 353.; GAUDEMET- TALLON, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, str. 142.

¹³⁵ Tako BOUREL, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, str. 354.

događaja¹³⁶. S druge, pak, strane prisutno je restriktivnije stajalište koje striktno polazi od formulacije odredbe čl. 53. st. 1., te poveznicu *locus delicti* izjednačava samo s mjestom u kojem su nastupile štetne posljedice¹³⁷.

Bez obzira na intenciju zakonodavca, ne smatramo opravdanim *mjesta delikta* reducirati samo na *mjesto nastanka štete*. Već je bilo govora o tome da kod distancionih delikata obje poveznice, i mjesto štetnog događaja i mjesto nastupanja štetnih posljedica, imaju podjednako značenje. Uvedena kao kriterij međunarodne nadležnosti poradi dobre organizacije postupka, s jedne strane, a s druge, zbog dodatne zaštite oštećenog, a poveznica *locus delicti* podrazumijeva kako mjesto štetnog događaja tako i mjesto nastupanja štetnih posljedica. Stoga se priklanjamo mišljenju da bez obzira na formulaciju iz odredbe čl. 53. st. 1. mjesto delikta treba tumačiti u smislu da se pod odnosni pojam podvode i mjesto nastupanja štetnih posljedica i mjesto gdje je štetna radnja počinjena. Osobito zbog toga što, kao što smo vidjeli, sudu nadležnom na temelju poveznice mjesto štetnog događaja priznaje nadležnost za odlučivanje o cjelokupnoj šteti. Mjesto štetnog događaja ponekad je u bližoj vezi s deliktним događajem od mjesta gdje je šteta nastupila.

Drugo, ništa manje zanimljivo, pitanje u svezi s tumačenjem pojma "mjesto nastanka štete" jest ono kako tumačiti pojam "nastanka štete". U pogledu tog se pitanja u nekoliko navrata izjašnjavala hrvatska judikatura.

U već spomenutom slučaju Gulin, tužiteljice, hrvatske državljanke s prebivalištem u Hrvatskoj, pokrenule su pred hrvatskim sudom postupak protiv stranog broдача radi naknade štete koja je za njih nastupila smrću supruga, odnosno oca, koji je smrtno stradao na brodu tuženika od eksplozije dok se brod nalazio u Francuskoj. Međunarodnu nadležnost hrvatskog suda tužiteljice su temeljile na činjenici da je za njih šteta (nematerijalna i materijalna) nastupila u Hrvatskoj, iako se eksplozija u kojoj je stradao preminuli pomorac dogodila na panamskom brodu u trenutku dok se ovaj nalazio u Francuskoj.

Prvostupanjski sud proglašava se međunarodno nadležnim, a na temelju odredbe o mjesnoj nadležnosti hrvatskog suda (čl. 52. st. 1. ZPP): "*...ovdje je osnov tužbenog zahtjeva ... izvanugovorna - deliktна odgovornost tuženika s naslova naknade materijalne i nematerijalne štete zbog izgubljenog izdržavanja i pretrpljenih duševnih bolova. Za takav slučaj nadležan je po čl. 27. ZPP i čl. 52. ZPP-a sud na čijem je području štetna radnja počinjena ili sud na čijem je području štetna posljedica nastupila. U predmetnom slučaju predleži ovaj posljednji slučaj jer je štetna posljedica za tužiteljice nastupila na području prvostupanjskog suda u*

¹³⁶ WEDAM-LUKIĆ, MEĐUNARODNA IN MEDREPUBLIŠKA PRISTOJNOST, 1983., str. 87.-88.

¹³⁷ DIKA, M., i ostali, KOMENTAR ZAKONA O MEĐUNARODNOM PRIVATNOM I PROCESNOM ZAKONU, 1991., str. 197.

*Republici Hrvatskoj...*¹³⁸.

S tim u vezi postavlja nam se pitanje u kakvom su odnosu odredba o mjesnoj nadležnosti čl. 52. st. 1. ZPP u sporovima za naknadu štete, i odredba čl. 53. ZRSZ¹³⁹.

Odredba čl. 27. ZPP, o čemu je bilo riječi na početku rada, predviđa da u slučajevima kada za određenu vrstu spora ne postoji odredba o međunarodnoj nadležnosti (sadržana u međunarodnoj konvenciji ili zakonu), hrvatski sud može svoju međunarodnu nadležnost utemeljiti na odredbi o mjesnoj nadležnosti. Da li se pri ustanovljavanju međunarodne nadležnosti sud može i pored odredbe čl. 53. ZRSZ pozivati podredno i na odredbu čl. 52. ZPP¹⁴⁰, koja je mnogo šira od odredbe ZRSZ?

Prema shvaćanju hrvatske doktrine, kada bi hrvatski sud ustanovio svoju međunarodnu nadležnost na poveznici, odnosno kriteriju sadržanom u odredbi o mjesnoj nadležnosti (kao što bi to bio slučaj s odredbom čl. 52. st. 2. ZPP), a koji kriterij ne poznaje odredba o međunarodnoj nadležnosti, tada se analogna primjena odredbi o mjesnoj nadležnosti ne bi smatrala ispravnom. Naime, prema mišljenju Grbina svrha odredbe čl. 27. ZPP, koja u pogledu ustanovljavanja međunarodne nadležnosti predviđa analognu primjenu odredbi o mjesnoj nadležnosti, jest u popunjavanju pravnih praznina. Dakle, odredbe o mjesnoj nadležnosti primjenjuju se samo u slučajevima kada za određenu vrstu spora nema izričitih odredbi o međunarodnoj nadležnosti. Kada u protivnom te odredbe postoje, tada nema razloga za primjenu odredbi o mjesnoj nadležnosti¹⁴¹. Da je zakonodavac želio preuzeti kriterije iz odredbi o mjesnoj nadležnosti i predvidjeti ih kao kriterije za ustanovljavanje međunarodne nadležnosti, to bi i učinio. Kako je, kada je riječ o odnosima izvanugovorne odgovornosti za štetu, preuzeo samo jedan kriterij, a to je mjesto nastanka štete, to znači da je upravo to i želio¹⁴².

¹³⁸ Presuda Trgovačkog suda Rijeka, 25.6.1996., III P-4723/93-45, str. 5.

¹³⁹ Detaljnije o tome vidjeti: TOMLJENović, V., "Pravila o mjesnoj nadležnosti u funkciji pravila o međunarodnoj nadležnosti - kada i kako?", *Vladavina prava*, 3.-4., 1998., str. 93. - 110.

¹⁴⁰ Odredba čl. 52. st. 1. i 2. ZPP glasi:

"Za suđenje u sporovima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu, osim suda općemjesne nadležnosti, nadležan je i sud na čijem je području štetna radnja počinjena, ili sud na čijem je području štetna posljedica nastupila.

Ako je šteta nastala zbog smrti ili teške tjelesne ozljede, nadležan je pored suda iz st. 1. ovog članka i sud na čijem je području tužitelj imao prebivalište odnosno boravište". Odredba o mjesnoj nadležnosti šira je od one čl. 53. ZRSZ budući da sadrži i dodatni kriterij nadležnosti prebivalište tužitelja koje ne poznaje ZRSZ. Također, za razliku od ZRSZ, ZPP mjesto delikta definira mnogo preciznije kao mjesto štetnog događaja i kao mjesto nastupanja štete.

¹⁴¹ GRBIN, *Nadležnost sudova u građanskim stvarima s međunarodnim elementom*, str. 230.-231.

¹⁴² Detaljnije o problemu odnosa vidjeti CIGOJ, Ali se međunarodne jurisdikcijske norme dopunjuju z normami o krajevni pristojnosti, str. 386. Međutim, u doktrini prisutno je i oprečno razmišljanje prema kojem u svim situacijama postojanja mjesne nadležnosti hrvatskog suda postoji i njegova međunarodna nadležnost. Vidjeti, VUKOVIĆ, *Međunarodno građansko procesno pravo*, str. 23.

S ovakvim bi se, međutim, stavom složili samo u pogledu moguće analogne primjene odredbe čl. 52. st. 2. ZPP, koja bi u područje međunarodne nadležnosti posredno uvela *forum actoris*. Time bi se međunarodna nadležnost hrvatskih sudova u području izvanugovorne odgovornosti za štetu proširila u mjeri koju hrvatski zakonodavac zasigurno nije želio. Međutim, mišljenja smo da bi smo se pri tumačenju odredbe čl. 53. st. 1. ZRSZ, odnosno pri tumačenju značenja poveznice "mjesto nastanka štete", mogli analogno pozvati i na odredbu čl. 52. st. 1. ZPP, budući da je svrha obje odredbe ista: ustanoviti *locus delicti* kao kriterij međunarodne, odnosno mjesne nadležnosti.

Odluku prvostupanjskog suda u slučaju Gulin, kojom se isti proglašava međunarodno nadležnim, a na temelju okolnosti što je u Hrvatskoj nastupila šteta, odnosno štetna posljedica potvrđuje Visoki trgovački sud¹⁴³. Međutim, Visoki se trgovački sud ne poziva na odredbu čl. 52. st. 1. ZPP, već na odredbu čl. 53 ZRSZ, ističući da je za tužiteljice šteta nastupila u Hrvatskoj "*... jer je šteta gubitak uzdržavanja smanjenje imovine tužiteljica, a do tog umanjenja je došlo na teritoriju Hrvatske, jednako kao i duševnu bol tužiteljice trpe na teritoriju Republike Hrvatske*".¹⁴⁴

Isti obrazac primijenio je Visoki trgovački sud u skoro identičnom slučaju o kojem je odlučivao Trgovački sud u Splitu¹⁴⁵. I Trgovački sud u Splitu i Visoki trgovački sud prihvaćanju međunarodnu nadležnost hrvatskog suda u sporu naknade štete koju zahtijevaju nasljednici nastradalog pomorca, izvodeći međunarodnu nadležnost, između ostaloga, iz odredbe čl. 53. ZRSZ, odnosno činjenice da je šteta za tužiteljice nastupila u Hrvatskoj (izgubljeno uzdržavanje), iako je štetni događaj nastupio u inozemstvu¹⁴⁶.

Nedavno, pak, objavljena odluka Vrhovnog suda Hrvatske ne slijedi dosadašnju praksu hrvatske judikature. Posve drugačije tumačenje pojma "mjesta nastupanja štete" iz odredbe čl. 53. ZRSZ Vrhovni sud Republike Hrvatske daje u svojoj odluci od 1997. godine¹⁴⁷ ističući sljedeće:

¹⁴³ Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, XV Pž-2468/96-2 od 27.11.1997. godine.

¹⁴⁴ Ibid, str. 5.

¹⁴⁵ Trgovački sud Split, IX P-2624/95 od 25.8. 1997.

¹⁴⁶ Nezavisno od tumačenja pojma *locus delicti*, te slijedom toga primjene odredbe čl. 53. ZRSZ, Visoki trgovački sud u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu ukazuje na mogućnost ustanovljavanja međunarodne nadležnosti na temelju odredbe čl. 58. st. 3. ZPP, koja za sporove iz obveznih odnosa uvodi mjesto ispunjenja obveze (*forum solutionis*) kao poseban kriterij međunarodne nadležnosti. O tome detaljnije vidjeti TOMLJENović, Pravila o mjesnoj nadležnosti u funkciji pravila o međunarodnoj nadležnosti - kada i kako?

¹⁴⁷ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 2390/94, od 3.9.1997. Rezime odluke objavljen u Sudska praksa, 1998., br. 4. (I.VII. - 31.VIII), str. 91.

“Pod nastankom štete podrazumijeva se ozljeda tijela, smrt ili oštećenje stvari. Zato, ako se štetni događaj u kojem je smrtno stradala osoba zbog čije smrti tužitelj traži odštetu zbio u inozemstvu, tamo je nastala i šteta, bez obzira na to što su troškovi pogreba te osobe nastali u Republici Hrvatskoj”.

Čini nam se da svojom odlukom Vrhovni sud ne negira mogućnost ustanovljavanja međunarodne nadležnosti hrvatskog suda na temelju činjenice da je u Hrvatskoj nastupila štetna posljedica. Naglasak u odluci Vrhovnog suda jest na definiranju štete, odnosno razlučivanju direktne od indirektno štete. Da je riječ o složenom problemu, vidjeli smo i iz odluka Europskog suda.

Kakve bi bile posljedice primjene odnosnog stava Vrhovnog suda u slučaju Gulin? Da li je šteta koju su tužiteljice pretrpjele u Hrvatskoj gubitak uzdržavanja, itd., direktna, ili, pak, indirektna, daljnja šteta?

Nije nam intencija ulaziti u raspravu o tome koja se šteta smatra direktnom, a koja ne, budući da granice ovog rada to ne dopuštaju. Međutim, potrebno je napomenuti da definicija direktne / indirektno štete još više otežava ovaj problem. Naime, direktna šteta definira se kao “šteta koja je u potrebnoj uzročnoj vezi sa štetnikovim postupkom”¹⁴⁸. Kako se nigdje jasno ne precizira “potrebna uzročna veza”, odnosno kako u znanosti ne postoji jedinstveni stav o “uzročnosti”, odnosno o tome koji je od niza događaja pravno relevantan za određivanje uzroka određene posljedice¹⁴⁹, sudovi kvalificiraju što je direktna, a što indirektna šteta u kontekstu okolnosti svakog pojedinog slučaja.

Objašnjavajući koja je šteta, kao direktna, relevantna da bi se mjesto gdje je ona nastupila smatralo kriterijem ustanovljavanja međunarodne nadležnosti, doktrina se služi hipotetičkim primjerima, od kojih okolnosti jednog u potpunosti odgovaraju slučaju *Gulin*. Tako na primjer, Bourel smatra da ako je automobilska nesreća nastupila u državi X, te ako je u toj nesreći stradao državljani iz države Y, gubitak uzdržavanja koji nastupi za njegove nasljednike koji imaju prebivalište u državi Z treba tretirati upravo kao posljedičnu, indirektnu štetu, u kojem se slučaju mjesto nastanka te posljedične štete ne bi moglo podvesti pod pojam *locus damni*¹⁵⁰. Isti pravac slijedi i američka doktrina gdje događaji koji su uslijedili nakon direktne štete ne rezultiraju nikakvim važnijim teritorijalnim poveznicama - nije bitno gdje je

¹⁴⁸ Pravna enciklopedija, str. 264.

¹⁴⁹ VEDRIŠ M., KLARIĆ, GRAĐANSKO PRAVO, 1995., str. 435.-437.

¹⁵⁰ BOUREL, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, str. 361. Isto tako komentirajući odluku *Marinari v. Lloyd's Bank* u časopisu *European Law Review*, da bi što slikovitije objasnio razliku između direktne i indirektno štete, u kojem se slučaju mjesto gdje se posljednja manifestirala ne može smatrati kriterijem ustanovljavanja nadležnosti prema štetniku, Hartley navodi sljedeći hipotetički slučaj: “It would also seem that if an Ontario resident is killed in another jurisdiction, his widow can sue for loss of support in Ontario on the ground that she suffered harm there. *Marinari v. Lloyd's* makes clear that the court of justice would not follow these cases”, str. 166.

netko umro već to gdje je došlo do tjelesne ozljede koja je uzrokovala smrt¹⁵¹.

Čini nam se međutim, da u konkretnom slučaju nema većih dilema jer hrvatsko pravo izričito predviđa da osoba koju je poginuli uzdržavao ili redovito pomogao, a i ona koja je po zakonu imala pravo zahtijevati uzdržavanje od poginuloga, ima pravo na naknadu štete koju trpi gubitkom uzdržavanja odnosno pomaganja¹⁵². Dakle, radi se o direktnoj šteti koju kao štetnik, odnosno osoba odgovorna za smrt nastradalog mora nadoknaditi. Stoga se mjesto gdje je ta šteta nastupila, a to je nedvojbeno Hrvatska, može podvesti pod poveznicu iz odredbe čl. 53. st. 1. ZRSZ "mjesto nastanka štete".

4. Zaključak

Ispravna primjena odredbe čl. 53. ZRSZ ovisi o ispravnom tumačenju pojmova u njoj sadržanih te ispravnoj kvalifikaciji relevantnih činjenica pod te pojmove. Posljedice neispravnog tumačenja i kvalifikacije u sferi međunarodne nadležnosti takve su da o njima ovisi uopće da li će se o konkretnom spornom odnosu odlučivati ili ne. A o tome da li će o spornom odnosu odlučivati pred sudom jedne ili pak neke druge države, ovisi pravni položaj stranaka u postupku, dokazni postupak, koja će se pitanja za naknadu štete smatrati procesnopravnim a koje materijalnopravnim, te konačno prema kojem će se pravu primijeniti meritorno regulirati sporni odnos. Svaki od navedenih faktora može i te kako utjecati na konačni ishod spora.

Stoga je od posebne važnosti na koji će način sud pristupiti podvođenju spornog odnosa pod kategoriju vezivanja "izvanugovorna odgovornost za štetu", a kod delikata kod kojih se mjesto štetnog događaja i mjesto štetnih posljedica ne nalaze u istoj državi, biti će od neizmjerne važnosti ispravno prosuditi značenje poveznice "mjesta nastanka štete".

Pri tumačenju i kvalifikaciji pojmova "izvanugovorna odgovornost za štetu" te "mjesta nastanka štete" hrvatska se judikatura mora kretati u granicama koje joj nameće hrvatsko pravo. Međutim, rješenja hrvatskog međunarodnog postupovnog prava treba svakako komparirati s rješenjima prisutnim u suvremenom poredbenom pravu. Posebno su značajna u tom smislu rješenja do kojih se došlo primjenom odredbi čl. 5(3) *Briselske i Lugano konvencije*. Od tih rješenja ne bi trebalo bez razloga odstupati, pogotovo ako se želi ući u već razrađen sustav "europskog postupovnog prava", čiji pravni okvir predstavljaju spomenute međunarodne konvencije.

¹⁵¹ Vidjeti RABEL E., *THE CONFLICT OF LAWS, A Comparative Study*, vol.2. 1960., str. 323.-327.

¹⁵² Odredba čl. 194. st. 1. *Zakona o obveznim odnosima*, NN 53/91.

Summary

SPECIAL INTERNATIONAL JURISDICTION IN DISPUTES REF. EXTRA CONTRACTUAL LIABILITY (TORTS) - SEVERAL QUESTIONS OF INTERPRETATIONS & QUALIFICATIONS

The efficiency of the legal mechanism of indemnity or compensation, in situations when extracontractual liability for torts does presume the implication of international elements, notably depends upon the decree of international jurisdiction (if) predicted for the Croatian Court ref. the cause of action.

The Article observes dilemma in application of ref. regulation (special international jurisdiction for extracontractual liability for torts) considering the imposed criterion: tort committed on the territory of the Republic of Croatia (Law on Settlements in Conflict of Domestic Law and Foreign Regulation in Defined Relations, Article 53).

Indicating considerable difficulties in qualifications & interpretations of two legal notions comprised in cited provision - "extracontractual liability for torts" and "the place of the tort" (the place where a tort is committed), the Article accordingly accentuates the demand of their rightful & proper application.

Key words: *international jurisdiction, extracontractual liability for torts, qualificaton, place of the tort.*

Zusammenfassung

BESONDERE INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT IN PROZESSEN ÜBER AUSSERVERTRAGLICHE SCHADENSHAFTUNG - EINIGE OFFENE FRAGEN ZUR INTERPRETATION UND QUALIFIZIERUNG

Die Erfolgsmäßigkeit des Rechtsmechanismus Schadensersatz hängt in Situationen, in denen das Verhältnis der außervertraglichen Haftung international gekennzeichnet ist, zum grossen Teil davon ab, ob es möglich ist, die internationale Zuständigkeit eines kroatischen Gerichts für die Berechtigung der Klage festzustellen. In der Arbeit werden die Schwierigkeiten analysiert, die bei der Anwendung der besonderen internationalen Zuständigkeit für Schaden auftauchen, bei denen die internationale Zuständigkeit des kroatischen Gerichts besteht, wenn der Schaden auf dem Gebiet Kroatiens entstanden ist (Art. 53 des Gesetzes über die Lösung von Gesetzeskonflikten mit den Vorschriften anderer Länder in bestimmten Verhältnissen). Es wird auf die Komplexität der Qualifizierung und Interpretation

zweier Begriffe, die in der bezüglichen Bestimmung und zwar als „außervertragliche Schadenshaftung“ und „Entstehungsort des Schadens“ enthalten sind, hingewiesen, sowie auf die Notwendigkeit ihrer richtigen Anwendung.

Schlüsselwörter: *internationale Zuständigkeit, außervertragliche Schadenshaftung, Qualifizierung, Ort des Schadens.*

DOBROVOLJNO OSIGURANJE TRAZBINA NA POKRETNIM STVARIMA BEZ PREDAJE U POSJED PREMA OVRŠNOM ZAKONU - PRAVNI OKVIR I PRIMJENA

Dr. sc. Edita Čulinović Herc, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.764
347.766
347.232.3
Ur.: 30. svibnja 1998.
Pr.: 3. lipnja 1998.
Izvorni znanstveni članak

U radu se iznose mogući pristupi pravnog reguliranja zaloga bez predaje u posjed na pokretnim stvarima koji postoje u usporednom pravu. Ispituje se na koji način fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima funkcionira u njemačkom pravu, uz navođenje rješenja konkretnih pitanja koja se u primjeni ovog oblika osiguranja pojavljuju. Posebice se ukazuje na sporna pitanja postizanja načela određenosti objekta prava fiducijarnog vlasništva na stvarima koje se nalaze u skladištu, utjecaja ništavosti temeljenog pravnog posla, pitanje (ne)akcesornosti fiducijarnog vlasništva spram tražbine. U hrvatskom se pravu utvrđuje paralelizam fiducijarnog i založnopravnog osiguranja usvojen Ovršnim zakonom koji se primjenjuje i kod osiguranja tražbina pokretnim stvarima. Iznose se osnovna obilježja odnosnih dvaju institucionalnih okvira (založno pravo i fiducijarno vlasništvo) i načina njihova osnivanja (pred sudom ili javnim bilježnikom) te se ukazuje na međusobne razlike. Kod fiducijarnog osiguranja ispituju se mogućnosti recepcije pojedinih rješenja iz njemačke poslovne prakse. U završnom se dijelu ispituje zastupljenost pojedinih oblika osiguranja u primjeni Ovršnog zakona analizom oglasa o provedenim postupcima osiguranja objavljenih u "Narodnim novinama" kako bi se uočili dominantni oblici i problemi u primjeni.

Ključne riječi: fiducijarno vlasništvo, zalog, pokretne stvari, Ovršni zakon, osiguranje tražbina.

1. Usporednopravni okvir

Zalaganje pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika važan je instrument osiguranja (posebice novčanih) kredita čije je osnovno obilježje da se

vjerovnikova novčana tražbina osigura zasnivanjem stvarnog prava na (pokretnim) stvarima dužnika, a da pri tom dužnik ima mogućnost da iste stvari koristi, odnosno da ostane u njihovu neposrednu posjedu. Radi postizanja ovog ekonomskog cilja u inozemnim se pravnim sustavima upotrebljavaju različiti pravni instituti.

U pravilu dolazi do zasnivanja stvarnog prava na tuđoj (pokretnoj) stvari. Tu se prvenstveno misli na založno pravo i njegove ekvivalente u usporednom pravu (*charge, security interest*), pri čemu je u pravilu riječ o registarskom založnom pravu, dakle takvom kod kojeg predaja u posjed biva zamijenjena upisom takva (založnog) prava u određeni upisnik.

Osim osnivanja stvarnog prava na tuđoj stvari u usporednom se pravu koriste različiti oblici osiguranja čija se pravna konstrukcija temelji na vlasništvu, bilo da se zadržava vlasništvo na pokretnoj stvari, bilo da se ono prenosi u svrhu osiguranja.¹ Osim instituta zadržanja prava vlasništva, koji je osobito pogodan za osiguranje robnih kredita odnosno tražbina prodavatelja iz ugovora o prodaji u širem smislu i kod *leasinga*, vlasništvo ostaje kod davatelja *leasinga*, ali se *leasingu* u usporednom pravu ne priznaje obilježje stvarnopravnog sredstva osiguranja.² Kada se vlasništvo prenosi radi osiguranja ono obavlja funkciju založnog prava jer se ono ne prenosi radi trajnog stjecanja već samo dok traje osiguravajuća kauza. Kada ona prestane postojati vlasništvo se vraća prvotnom vlasniku (dužniku). Iako vlasništvo u tom slučaju obavlja funkciju založnog prava ono se od njega razlikuje u nekoliko bitnih točaka. Premda privremeno ono pribavlja imatelju punopravni naslov vlasnika pa sva ograničenja u ostvarivanju tog prava koja proizlaze iz njegove osiguravajuće svrhe imaju učinak samo između stranaka, ali ne i prema trećim osobama. Iz toga proizlazi zaključak da vjerovnik dobiva više nego što mu je potrebno za osiguranje tražbine, a to je pravo prvenstvenog namirenja iz vrijednosti založene stvari. Fiducijarovo postupanje protivno svrsi osiguranja nije stvarnopravno sankcionirano već eventualno dovodi do odgovornosti za štetu i/ili kaznenopravne odgovornosti. Tretiranje fiducijarnog vlasnika kao punog (iako privremenog) vlasnika stvari ima i svoje postupovnopravne konotacije (aktivna legitimacija u parnici, izlučno pravo povodom ovrhe). Pored toga po načinu prisilne realizacije fiducijarno vlasništvo ne podrazumijeva uvijek prodaju, odnosno unovčenje stvari već vjerovniku stoje na raspolaganju i druge mogućnosti. Neke od tih mogućnosti (namirenje kroz zadržanje) dolaze primjerice u sukob s izričitom zakonskom zabranom *lex commissoriae* karakterističnom za založno pravo. Konačno, fiducijarno vlasništvo od založnog prava odvaja njegova neakcesorna narav, o čemu će biti govora kasnije.

S obzirom da je u većini zakonodavstava zemalja kontinentalnog kruga prihvaćena zabrana *lex commissoriae*, u pojedinim se zakonodavstvima zadržao hostilan stav prema fiducijarnim pravnim poslovima, posebice u zemljama

¹ DALHUISEN, J. H., *Security in Movable and Intangible Property, Finance Sales, Future Interest and Trusts*, u: "Towards European Civil Code", Nijmegen, Dodrecht, 1994., str. 345.

² Umjesto svih vidi: GIOVANOLI, M., *Le credit bail en Europe: Developpement et nature juridique*, Paris, 1980., str. 9. i dalje.

romanskog kruga. Primjerice, u francuskom se pravu svi pravni poslovi usmjereni na zasnivanje založnog prava na pokretnoj stvari nemaju učinak prema trećima (*l'opposabilité*) ako pokretna stvar nije predana u posjed vjerovniku odnosno ako su odredbe ugovora u suprotnosti sa zabranom *lex commissoriae*.³ Međutim i u tim je pravnim sustavima uzeta u obzir gospodarska potreba zalaganja pokretnih stvari bez predaje u posjed pa je takva mogućnost ustanovljena kao iznimka, odnosno predviđena je samo za neke pokretne stvari. Nedostatak publiciteta nadoknađuje se upisom takvog osiguranja u odgovarajući registar.⁴

Fiducijarni poslovi u svrhu osiguranja doživjeli su veću afirmaciju u zemljama germanskog kruga, posebice u Njemačkoj gdje je taj institut u širokoj primjeni. Uvođenjem fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima htjelo se odstupiti od prisilnih zakonskih odredi BGB-a koje su se ticale načina provedbe založnopravnog namirenja na pokretnim stvarima - javne prodaje. Pojavom ovog instituta u poslovnoj praksi postavilo se pitanje predstavlja li njegova primjena zaobilazjenje zakonske zabrane *lex commissoriae*, stoga fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima nikad nije dobio svoje mjesto u BGB-u već ga je sankcionirala sudska praksa. S druge strane, u doktrini su se formirale različite pravnodogmatske konstrukcije fiducijarnog vlasništva, koje su se mijenjale i usavršavale nastankom novih pojava oblika u poslovnoj praksi.⁵ Najteže je bilo podržati teorijsku konstrukciju prijenosa vlasništva u situaciji kada ono još nije niti stečeno. To je u poslovnoj praksi bila česta situacija: dužnik je kupio stvar od prodavatelja koji je zadržao pravo vlasništva, a tu je istu (pokretnu) stvar htio iskoristiti kao osiguranje bankarskog kredita. Da bi se takvo "zalaganje" omogućilo, uveden je pojam "*Anwartschaftsrecht*", koji je označavao pravo čekanja postati vlasnikom, odnosno vlasništvo *in statu nascendi*. Ima shvaćanja da je uvođenjem ovog koncepta neobično važno za razumijevanje cijelog instituta probijen u njemačkom pravu *numerus clausus* stvarnih prava.⁶ Cijela konstrukcija odnosno pravnog posla nije ni dan danas *jus civitate positum*, ako se izuzme zakonodavna regulativa općih uvjeta poslovanja (AGBG), koja predstavlja limitirajući faktor za oblikovanje ugovornog sadržaja.

Pravni temelj ovaj institut crpi iz odredbi o prijenosu vlasništva uz korištenje posjedovnog konstituta kao načina predaje pokretne stvari u posjed vjerovnika. Primjena posjedovnog konstituta upravo odgovara navedenoj pravnoj situaciji: prednik (dužnik) ostaje u neposrednom posjedu stvari, a na vjerovnika se prenosi vlasništvo i posredni posjed, odnosno viša pravna vlast. Dužnik ostaje u neposrednu posjedu pokretne stvari na temelju nekog drugog ugovora koji se fingira (ostava). S ispunjenjem osiguravajuće svrhe prijenosa vlasništva nastaje obveza fiducijarnog vlasnika da izvrši povrat

³ Vidi CABRILLAC, M. /MOULY, C., *Droit des suretes*, Paris, 1995., str. 446. Poblize WITZ, C. *La fiducie en droit francais*, Paris, 1981.

⁴ CABRILLAC, M. /MOULY, C., *Droit des suretes*, Paris, 1995., str. 571-580.

⁵ REICH, N., *Funktionanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, AcP, 169, str. 247-270.

⁶ HORN /KÖTZ / LESSER, *German Private and Commercial Law*, Oxford, 1982., str. 184.

vlasništva dužniku, osim ukoliko nije ugovoren prijenos vlasništva pod rezolutivnim uvjetom, u kojem slučaju se vlasništvo s ispunjenjem tražbine *eo ipso* vraća dužniku. Iz ove značajke izvodi se bitna razlika fiducijarnog osiguranja prema založnopravnom. Ako je ugovoren prijenos vlasništva pod rezolutivnim uvjetom, tada je prijenos vlasništva akcesorne naravi jer ispunjenjem tražbine dolazi do "automatskog" povrata vlasništva. U suprotnom slučaju prijenos vlasništva je neakcesorne naravi, jer s ispunjenjem tražbine nastaje tek obveza fiducijarnog vlasnika da izvrši povrat. U njemačkom pravu neakcesornu narav prijenosa fiducijarnog vlasništva podržava apstraktna narav translativnog akta (tradicije) kojim se stječe (fiducijarno) vlasništvo. Tradicija se do te mjere osamostaljuje od osnovnog pravnog posla da nedostaci valjanosti osnovnog pravnog posla (titulusa) ne utječu na stvarnopravni učinak prijenosa. Nastanak, promjena ili prestanak tražbine ne utječe na nastanak promjenu ili prestanak stvarnopravnog osiguranja. Na taj način vjerovnik dobija čvrsto osiguranje koje ne biva dovedeno u pitanje ako naknadno bude utvrđeno da je osigurana tražbina nevaljana. Ponekad primjena načela apstraktnosti ide toliko daleko da je prijenos vlasništva stvarnopravno učinkovit, iako tražbina nije ni predumljena dužniku, što *reductio ad absurdum* predstavlja negaciju same kauze pravnog posla. Stoga je u nekim presudama njemačkih sudova došlo do probijanja načela apstraktnosti prijenosa vlasništva u situaciji kada tražbina nije niti predumljena, ali je trend ostao u čvrstom poimanju apstraktnog načela.⁷

Naime, načelo apstraktnosti duboko je ukorijenjeno u njemačkom stvarnom pravu. Njegov je smisao zaštititi treću osobu od nedostaka valjanosti osnovnog pravnog posla.⁸ Zaštita trećeg stjecatelja putem apstraktnog ugovora o prijenosu vlasništva dobila je od 1900. g. novu dimenziju, jer su u BGB unijeta pravila o stjecanju u dobroj vjeri. Tom se prilikom propustilo razmotriti na koji će način pravila o stjecanju u dobroj vjeri interferirati s pravilima o apstraktnom stvarnopravnom ugovoru. Posljedica je bila ta da je apstraktni stvarnopravni ugovor štiti i nesavjesnog stjecatelja vlasništva, kao i njegove vjerovnike.⁹

U današnje vrijeme u Njemačkoj sve više dolazi do izražaja ideja o potrebi napuštanja ove koncepcije. U poslovnoj praksi negativni se učinci stvarnopravnog ugovora o prijenosu vlasništva ublažavaju izričitim ugovaranjem kauzalnosti. U

⁷ Proboj načela apstraktnosti izvršen je tumačenjem prešutno ugovorene kauzalnosti. BGH NJW 1982., 275. Presuda se ne odnosi izravno na prijenos vlasništva već na ustup tražbina radi osiguranja. Neki su se autori izjasnili za mogućnost da se apstraktno načelo probije samo kroz izričito ugovorenu kauzalnost. POTTSCHEIDT / ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 207.

⁸ Teoriju o ugovoru koji proizvodi stvarnopravni učinak uveo je *von Savigny* polovinom XIX. stoljeća kako bi se izbjegli negativni učinci pravila *nemo dat quod non habet*, koje je u njemačkom pravu prihvaćeno recepcijom rimskog prava. Prema tom pravilu stjecatelj vlasništva na temelju nevaljanog pravnog posla ima valjani titulus za prijenos vlasništva dok god nije izvršio povrat prava vlasništva izvornom otuđitelju. Shodno tome vjerovnici kasnijeg stjecatelja mogli su se namiriti iz predmeta koji je na taj način stečen. DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht, 1994., str. 358.

⁹ FERRARI, F. *Vom Abstraktionsprinzip und Konsenzualprinzip zum Traditionsprinzip*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, t 1993., str. 65.

našem pravu, naprotiv, vrijedi načelo kauzalne tradicije, što znači da se stvarno-pravni učinak prijenosa vlasništva vezuje za valjani titulus. U nastavku se iznose osnovna pitanja koja se pojavljuju u primjeni fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima u njemačkoj poslovnoj praksi.

2. *Pristup njemačke poslovne prakse*

2.1. *Pravni okvir*

U njemačkom se pravu pravni posao fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima (*Sicherungsübereignung*) promatra kroz tri razine pravnih odnosa. Ugovor o kreditu (*Darlehen*) kojim nastaje osigurana tražbina promatra se odvojeno od ugovora o osiguranju tražbine (*Sicherungsvertrag*, *Sicherungsabrede*)¹⁰ u kojem stranke ugovaraju da će radi osiguranja tražbine prenijeti vlasništvo na stvari (*titulus*). S druge strane ugovor o osiguranju tražbine promatra se odvojeno od ugovora o stvarnopravnom prijenosu vlasništva (*Übereignung*), koji predstavlja modus stjecanja vlasništva na pokretnoj stvari.

Ugovor o osiguranju tražbine ima ulogu pravnog temelja (*Grundgeschäft*) za prijenos prava vlasništva. On se ne može poistovjetiti s ugovorom o zajmu (*Darlehen*) iz kojeg izvire osigurana tražbina, ali oba ugovora mogu biti sadržana u jednom. Dužnik iz ugovora o zajmu ne mora ujedno biti osoba koja prenosi vlasništvo na pokretnoj stvari (*Sicherungsgeber*). Za *Sicherungsübereignung* vrijedi inače sloboda forme.¹¹

Obveznopravna razina odnosa (učinak *inter partes*) nastaje sklapanjem osnovnog ugovora o zajmu i ugovora o osiguranju tražbine (*Sicherungsvertrag*). Stvarnopravni učinak prijenosa vlasništva nastupa sklapanjem ugovora kojim se prenosi vlasništvo (*Einigung*). To je odraz prihvaćanja tradicijskog načela, tj. da prijenos vlasništva nastupa bilo predajom stvari, bilo prijenosom posjeda.

Stvarnopravni *Einigung* može biti kauzalan i apstraktan. Ako je kauzalan, njegova valjanost ovisi o valjanosti osnovnog ugovora.¹² U njemačkom pravu postojanje i valjanost *Einigung*-a ne ovisi o prethodnoj i kontinuiranoj valjanosti osnovnog ugovora. Ovo shvaćanje nije eksplicitno izraženo u BGB-u, ali je jednoglasno prihvaćeno u sudskoj praksi i doktrini.¹³

¹⁰ U sporazumu o osiguranju mogu biti sadržane, primjerice, sljedeće odredbe: obveze davatelja osiguranja, obveza uredne upotrebe i osiguranja stvari, dužnost obavještanja vjerovnika o poduzetoj ovisi na predmetu od strane treće osobe, ugovaranje načina prisilnog namirenja osigurane tražbine nakon nastupa dospijeća, reguliranje obveze vraćanja predmeta nakon ispunjenja osigurane tražbine itd. Vidi BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 561.

¹¹ WEBER, Hj. *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120. Samo kod primjene par. 311 BGB (prijenos vlasništva na nekretninama) postoji obvezna pismena forma ugovora.

¹² Ovo je shvaćanje zastupljeno u nizozemskom pravu. Vidi čl.3:84, par. 1 Nizozemskog građanskog zakonika.

¹³ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht, 1994., str. 356.

2.2. Pravna tehnika

Fiducijarni se prijenos vlasništva može prema njemačkom pravu realizirati na tri načina: primjenom par. 929, par. 930 i par. 931 BGB-a.

Prema **par. 929 BGB-a** do prijenosa vlasništva dolazi kada su se fiducijant i fiducijar suglasili o prijenosu vlasništva, a fiducijant je predao stvar fiducijaru (*Einigung und Übergabe*).¹⁴ Predaja obuhvaća stvarnu predaju (*traditio vera*) (par. 929/1 BGB) i predaju samim sklapanjem ugovora, jer fiducijar može već imati stvar u svom posjedu (*traditio brevi manu*) (par. 929/2 BGB).

U praksi se rijetko primjenjuje prijenos vlasništva prema par. 929 BGB-a. Njegova je primjena ograničena na situacije kada je predmet pokretna stvar koja je negdje uskladištena, odnosno koja je u prijevozu (*res in transitu*). Predaju samih stvari zamjenjuje predaja robnih dokumenata (teretnica, skladišnica) koji postoje u obliku vrijednosnih papira (na donositelja). Institut nalazi svoju primjenu kod trgovačkih poslova s inozemnim elementom.¹⁵

Kada se pokretna stvar nalazi u neposrednom posjedu treće osobe, vlasništvo će se na njoj prenijeti prema **par. 931 BGB-a**. Za to treba postojati sporazum o prijenosu (*Einigung*) i ustup zahtjeva za predaju (*Herausgabeanspruch*) predmeta koji se nalazi kod treće osobe.¹⁶ Zahtjev za predaju koji se ustupa obveznopravne je naravi. Fiducijant će, primjerice, ustupiti zahtjev za predaju kojeg ima prema skladištaru. Fiducijant ne može ustupiti stvarnopravni zahtjev za predaju (*rei vindicatio*) jer taj zahtjev prati vlasnika.¹⁷ Doktrina starijeg datuma odricala je mogućnost prijenosa vlasništva na stvarima koje nisu u neposrednom posjedu fiducijanta, jer je to prema njihovu shvaćanju predstavljalo rušenje tradicijskog načela. Sudska praksa i novija doktrina prihvatile su to stajalište.¹⁸

Nedostatak prijenosa vlasništva primjenom par. 929 i 931. BGB sastoji se u tome što fiducijant nije uopće zaštićen od ponašanja fiducijara koja su suprotna naravi fiducije. Otudi li fiducijar vlasništvo koje mu je prenjeto radi osiguranja, takvo će otuđenje biti stvarnopravno učinkovito, a ono će se moći uspješno osporiti samo u iznimnim slučajevima.¹⁹

¹⁴ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 208. KREBS, E., *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 44 i dalje.

¹⁵ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 208.

¹⁶ BGH WM 1959, 813. KREBS, E., *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 49. Autor iznosi primjer prijenosa vlasništva na kranu (dizalici) kojeg je vlasnik (*Baumeister*) iznajmio drugom majstoru i predao mu posjed. Vlasnik je banci prenio vlasništvo i zahtjev za predaju kojeg ima prema najmoprimcu. Vidi još POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 209.

¹⁷ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht, 1994., str. 352.

¹⁸ Vidi kod AVENARIUS, M., *Übereignung besitzloser Sachen und Vindikationzession*, JZ, 10/1994., str. 511.

¹⁹ QUACK, F. u: *Münchener Kommentar zum BGB, Sachenrecht*, 2. izd. München 1986., str. 769. par. 31.

U najvećem broju slučajeva fiducijarno se vlasništvo prenosi primjenom par. 930 BGB-a. U njemačkom je pravu prihvaćeno stajalište da fizička predaja može biti zamijenjena ugovorom između fiducijanta i fiducijara.²⁰ Prema tom ugovoru fiducijaru se prenosi vlasništvo na stvari i posredan posjed, a fiducijant ostaje u (kontinuiranom) neposrednom posjedu stvari na temelju nekog fingiranog pravnog odnosa (npr. ostava). Ovo pravilo je degeneriralo u puku formalnost.²¹ Prema par. 930 BGB prijenos vlasništva nastupa samim sklapanjem ugovora. U tom trenutku fiducijar postaje posredan posjednik (*constitutum possessorium, Besitzkonstitut*), a fiducijant ostaje u neposrednom posjedu pokretne stvari. Posjedovni konstitut mora biti konkretan (određen), u suprotnom se ugovor smatra ništavim.²² Pri tom se fingira da su ugovorne strane sklopile jedan od imenovanih ugovora uz koji se uobičajeno ugovara posjedovni konstitut,²³ ali to ne utječe na sam pravni posao prijenosa vlasništva. Bitno je da posjedovni konstitut bude takav da fiducijantu prizna pravo na posjed (*Besitzrecht*) i iskorištavanje (*Nutzungsrecht*) stvari, a fiducijaru pravo zahtijevati predaju (*Herausgabeanpruch*).²⁴ Posjedovni konstitut treba biti sadržan u samom ugovoru o osiguranju tražbine.²⁵ Nije dopušteno njegovo naknadno ugovaranje. U ugovorima koje su između sebe sklopili netrgovci ili pravni laici ovakva je odredba često izostajala, pa je cijeli pravni posao fiducijarnog prijenosa vlasništva smatran ništavim.²⁶ U današnje se vrijeme već i postojanje odnosnog uglavka o posjedovnom konstitutu smatra dostatnim za njegovu inkorporaciju u ugovorni tekst.²⁷ U formularnoj praksi banaka uobičajeno je pozivanje na neke od imenovanih ugovora, (*sog. Verkehrüblicher Typ der Sicherungsübereignung*).²⁸ Kada se prenosi vlasništvo na stvarima čiji se sastav

²⁰ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht 1994., str. 352.

²¹ *loc.cit.*

²² POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 210, KREBS, E. *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 44 i dalje. WEBER, Hj. *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120.

²³ QUACK, F. u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd. München, 1984., str. 768, imenovane ugovore naziva "Verkehrüblicher Typ der Sicherungsübereignung".

²⁴ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 211.

²⁵ *Ibid.*, str.210; WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120.

²⁶ DROBNIG, U., *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, RabelsZ, 44, 1980., str. 794.

²⁷ Primjer ugovora: "Die Vertragsparteien einigen sich dahin, dass das Eigentum an den Sachen mit Abschluss des Vertrages auf die Bank übergeht. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, dass die Bank dem Sicherungsgeber die übereigneten Sachen leihweise belässt und ihm die Weiterbenutzung gestattet. Die Bank kann das Besitzrecht widerrufen, wenn sie dies für erforderlich halten darf. Der Sicherungsgeber verpflichtet sich, die Sachen sachgemäß zu verwahren, auf Seine Kosten instand zu setzen und pfleglich zu behandeln." Cit. prema: WEBER, Hj. *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120.

²⁸ "Die Übergabe wird... dadurch ersetzt, dass der Sicherungsgeber sich verpflichtet, das Sicherungsgut für den Sicherungsnehmer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und unentgeltlich zu verwahren." Vidi POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U. *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 211.

mijenja, tada se ugovara **anticipirani posjedovni konstitut** (*vorweggenommene Besitzkonsitut*), pa pravni učinak prijenosa vlasništva nastupa u budućnosti, onoga trenutka kada fiducijant na tim stvarima stekne svoje vlasništvo.

2.3. Rezolutivni uvjet kao sastojak pravnog posla

U ugovoru o osiguranju tražbine može stajati klauzula da se vlasništvo prenosi **pod rezolutivnim uvjetom** (*auflösend bedingter Übereignung*). To znači da se s ispunjenjem osiguravajuće svrhe, odnosno nastupom uvjeta, vlasništvo "automatski" vraća fiducijantu. S druge strane, izostane li ovaj uglavak nakon ispunjenja duga, dužnik raspolaže samo s obveznopravnim zahtjevom za povratom prenetog vlasništva (*Rückübertragunganspruch*).²⁹ Razlike u pravnom položaju fiducijanta koji je vlasništvo na stvari prenio sa rezolutivnim uvjetom ili bez njega vrlo su značajne. Kad se prijenos vlasništva sklapa pod rezolutivnim uvjetom, fiducijant zadržava na predmetu pravo na čekanje.³⁰ Pravo na čekanje postati vlasnikom (*Anwartschaftsrecht*) poistovjećuje se sa stvarnim pravom.³¹ Fiducijant koji raspolaže s *Anwartschaftsrecht* zaštićen je od vjerovnikovih raspolaganja predmetom suprotnih fiducijarnoj obvezi (*treuwidrige Verfügungen*). Osim toga, fiducijant koji ima *Anwartschaftsrecht* može ga iskoristiti kao podlogu za pribavljanje drugog kredita (*Anschlusskreditaufnahme*) i tako u potpunosti iskoristiti vrijednost predmeta osiguranja.

Prema općim uvjetima poslovanja banaka ništav je onaj fiducijarni prijenos vlasništva koji nije sklopljen pod rezolutivnim uvjetom (ispunjenje osigurane tražbine). Stoga, ako se na pravni odnos primjenjuje Zakon o općim uvjetima poslovanja (AGBG), fiducijarni je prijenos vlasništva akcesorne naravi i njegoa opstojnost ovisi o opstojnosti tražbine.³²

Kada rezolutivni uvjet nije ugovoren, fiducijant raspolaže samo s obveznopravnim zahtjevom za povratom prijenosa vlasništva (*Rückübertragunganspruch*). Ako fiducijant ima samo obveznopravni zahtjev prema fiducijaru, to fiducijara ne sprečava da otuđi stvar, a takvo je stvarnopravno otuđenje učinkovito. Osim toga, fiducijant koji nema *Anwartschaftsrecht*, ne može iskoristiti otplaćeni dio kredita kao podlogu za pribavljanje novog kredita (od drugog zajmodavca),³³ već je jedino u mogućnosti ustupiti svoj obveznopravni *Rückübertragungspflicht*. Obzirom da ustup obveznopravnog zahtjeva za povrat prava vlasništva nema značenje

²⁹ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212-213.

³⁰ Vidi BGH NJW 1984, 1184, i POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212.

³¹ Time je u njemačkom pravu *de facto* probijeno načelo *numerus clausus* stvarnih prava. HORN, N./ KÖTZ, H. / LESSER, H.G., *German Private and Commercial Law*, Oxford, 1982., str. 184.

³² Tako POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U. *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212 i QUACK, F., u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd. München, 1984., str. 788, par. 122. Suprotno BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 558, koji tvrdi da se zakonom ne može izmijeniti neakcesorna narav *Sicherungsübereignung-a*.

³³ Vidi BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 558.

stvarnopravnog osiguranja tražbine, drugi zajmodavac u pravilu neće biti zainteresiran za takvo osiguranje. Prihvati li drugi zajmodavac ipak takvo osiguranje, treba biti svjestan da u slučaju provedbe ovrhe na predmetu neće moći, kao što to može fiducijar, spriječiti njezinu provedbu (jer nije stvarnopravni ovlaštenik). Naprotiv, bude li mu prenijet *Anwartschaftsrecht*, njegov će procesni položaj u slučaju ovrhe na predmetu biti u potpunosti izjednačen s položajem vjerovnika kojem je prenijeto vlasništvo (pod rezolutivnim uvjetom).³⁴

U poslovnoj praksi prevladava fiducijarni prijenos vlasništva bez rezolutivnog uvjeta.³⁵

2.4. Utjecaj ništavosti temeljnog pravnog posla

Ugovor o zajmu i ugovor o osiguranju tražbine iz zajma u odnosu su kauzalnosti. Ako osigurana tražbina još nije nastala, tada se smatra da ne postoji predmet ugovora o osiguranju tražbine. Ako je ništav zajam, ništav je i ugovor o osiguranju tražbine (par. 139 BGB). Zbog apstraktne naravi translativnog akta prijenosa vlasništva sporno je, da li je prijenos vlasništva valjan ako tražbina koja se osigurava nije ni nastala. Iako je uvijek iznova naglašavana apstraktnost *Übereignung-a*, glede ovog pitanja došlo je u sudskoj praksi do proboja načela apstraktnosti i neakcesornosti. Tumači se da prijenos vlasništva ne može ni nastati ako nije nastala osigurana tražbina. Nakon nastanka vlasništvo se u potpunosti osamostaljuje od tražbine koju osigurava, pa prijenos i prestanak tražbine ne utječu na vlasništvo na taj način kao što na njega utječe nastanak tražbine.

Tako se kauzalnost fiducijarnog prijenosa vlasništva u jednoj rješidbi BGH pokušala tumačiti putem ugovorene akcesornosti. Naime, ako su strane ugovorile da će prenijeti vlasništvo pod odgovnim uvjetom isplate osigurane tražbine, tada ništavost tog ugovora pogađa i ništavost ugovora o prijenosu vlasništva. Međutim, tumačenje BGH ide i dalje, jer se, u slučaju da ugovorne strane nisu ništa ugovorile, predmnijeva da prijenos vlasništva nastaje samo pod odgovnim uvjetom isplate osigurane tražbine.³⁶ Predmnijevanjem akcesornosti nastojale su se ispraviti distorzije koje izrastaju iz stroge primjene apstraktnog načela, ali su kriteriji primjene takvi da ne predstavljaju objektivno mjerilo (pretpostavljena volja ugovornih strana). Jedna rješidba novijeg datuma vraća se na načelo apstraktnosti, odnosno neakcesornosti, što znači da fiducijant mora dokazati nepostojanje tražbine.³⁷

Sporno je također pitanje utječe li ništavost ugovora o osiguranju tražbine na prijenos vlasništva. Mišljenja se razilaze. Dosljednim tumačenjem apstraktnog načela razlozi nevaljanosti pravnog posla tj. ugovora o osiguranju tražbine ne bi

³⁴ POTTSCHEMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 214.

³⁵ *loc.cit.*

³⁶ Vidi BGH NJW 1982., 275. Rješidba se neposredno odnosi na *Sicherungsabtretung*. Za njezinu prihvatljivost u domeni *Sicherungsübereignung-a* izjašnjavaju se neki autori. Dio tih autora prihvaća samo izričito ugovorenu kauzalnost (akcesornost). Vidi: POTTSCHEMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 207.

³⁷ BGH NJW 1991, 353

smjeli utjecati na valjanost prijenosa vlasništva, bez obzira kakvi su razlozi u pitanju. Prema onima koji zastupaju ovo shvaćanje, fiducijant bi se u tom slučaju jedino mogao poslužiti kondikcijom.³⁸ Prema drugima, odgovor na ovo pitanje nije jednoznačan. Treba uzeti u obzir koja je pravna tehnika prijenosa vlasništva korištena u konkretnom slučaju. Ako je vlasništvo prenjeto primjenom par. 930 BGB-a, tada ništavost ugovora o osiguranju tražbine zahvaća i prienos vlasništva, jer je ništav i ugovorni zahtjev za predaju (*Herausgabeanspruch*), koji se posjedovnim konstitutom treba prenijeti stjecatelju. Stoga nemogućnost valjanog ustupa zahtjeva za predaju stvari povlači nevaljanost prijenosa vlasništva.³⁹ S obzirom da se vlasništvo na pokretnoj stvari najčešće prenosi putem par. 930 BGB, ništavost će osnovnog pravnog posla, prema ovom shvaćanju, utjecati na prienos vlasništva. Naprotiv, ako je *Sicherungsübereignung* nastao primjenom par. 929 BGB-a (simbolička tradicija dokumenata koji predstavljaju robu), prienos vlasništva ima pravni učinak, a fiducijant će biti prisiljen da povrat onoga što je stečeno bez pravnog temelja zahtjevom kondikcijom (*Leistungskondition*). Ista razmatranja vrijede ako nastupi naknadni nastanak uzroka ništavosti (npr. pravni posao koji je temelj nastanka prijenosa vlasništva bude uspješno pobijen).⁴⁰

2.5. Razlozi ništavosti

Ugovor o osiguranju može biti ništav zbog suprotnosti dobrim običajima (*Sittenwidrigkeit*) - par. 138 BGB. Kako dužnik može prenijeti vlasništvo radi osiguranja samo jednokratno (za razliku od založnog prava koje omogućava višekratno zalaganje do iscrpljenja vrijednosti zalogu), u sudskoj se praksi pomno prati odnos iznosa tražbine koja se osigurava i vrijednosti predmeta koji osigurava tražbinu. Veliki otkloni (u pravilu na štetu fiducijanta) sankcionirani su ništavošću, jer imaju za posljedicu gospodarsko okivanje dužnika i njegovu financijsku ovisnost o jednom vjerovniku. Dva su činjenična sklopa sankcionirana ništavošću, a odnose se na stavljanje fiducijanta u nepovoljan ekonomski položaj. To su gospodarsko okivanje (*Knebelung*) i preosiguranje (*Übersicherung*). Suprotnost dobrim običajima time nije iscrpljena, jer se ona može iskazivati kao nanošenje štete interesima drugih vjerovnika, pa se u sudskoj praksi ovaj činjenični sklop prepoznaje kao ugrožavanje vjerovnika (*Gläubigergefährdung*).⁴¹ Prvenstveno se misli na vjerovnike čije tražbine nisu osigurane.⁴²

³⁸ WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 126.

³⁹ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 561. Na isto pitanje ukazuje i QUACK, F., u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd. str. 770, par. 35

⁴⁰ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München 1985, str. 561.

⁴¹ WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 126-127; BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 565.

⁴² Valja primijetiti da apstraktna opasnost ugrožavanja neosiguranih vjerovnika proizlazi iz načela odgovornosti dužnika svojom imovinom (*Vermögenshaftung*), iako ona nije eksplicitno naglašena u BGB-u, kao što je to slučaj u francuskom pravu (*gage commun*). Usporedne naznake vidi kod: TUCCI, G. *Garanzia, Diritti di garanzia. Diritto comparato e straniero* u: *Enciclopedia giuridica*, Vol. XIV Roma, 1989., str. 3.

2.6. Razvijeni oblici prijenosa vlasništva

Prijenos vlasništva primjenom navedenih odredbi BGB predstavlja inicijalni pravnotehnički okvir ostvarenja fiducijarnog prijenosa vlasništva. U praksi je prisutna veća diferencijacija pravnih tehnika, čija primjena prvenstveno ovisi o naravi predmeta na kojem se prenosi vlasništvo. Prijenos vlasništva na stvarima koje nisu još u vlasništvu fiducijanta, odnosno koje je fiducijant kupio uz pridržaj prava vlasništva (*Anwartschaften*), odvija se po istim pravilima kao i kod stvari koje su u vlasništvu, osim što se vrijednost predmeta obračunava na način da se od njegove tržišne vrijednosti odbije iznos dijela kupovne cijene koju fiducijant još treba platiti prodavatelju.⁴³

Sudska praksa BGH-a nastojala je prilagoditi postulat određenosti objekta stvarnog prava (*Bestimmtheitsgrundsatz*) kada se kao predmet fiducijarnog prijenosa vlasništva pojavljuje skladište čiji se sastav mijenja (*Warenlager mit wechselndem Bestand*). Vlasništvo po naravi stvari mora obuhvaćati točno određeni predmet,⁴⁴ a načelo određenosti predmeta traži da predmet *Sicherungsübereignung*a bude određen u vrijeme sklapanja ugovora, i to u mjeri da se stvari na kojima je prenijeto vlasništvo mogu bez poteškoća razlikovati od drugih stvari već iz samog ugovora.⁴⁵ Pri prijenosu vlasništva na stvarima koje se nalaze u skladištu treba prvenstveno biti jasno jesu li tim režimom obuhvaćene sve ili samo neke stvari. S druge strane, obzirom da se sastav stvari mijenja iz dana u dan, potrebno je definirati nastupom kojeg vanjski raspoznatljivog događaja će se smatrati da je i na tim stvarima fiducijar stekao pravo vlasništva.⁴⁶ To znači da se i *titulus* (*Sicherungsabrede*) i *modus* (*Besitzkonstitut*) moraju odnositi na određenu stvar. Smatrat će se da su stvari u skladištu dovoljno određene ako se one mogu identificirati iz samog ugovora, a ne iz nekih vanjskih okolnosti. S tim u svezi postoje određene dvojbe o dopustivosti pojedinih ugovornih tehnika određivanja: je li dostatno ugovoriti da se prenosi vlasništvo na svim stvarima koje su u skladištu; može li se prenijeti vlasništvo na stvarima u postotku, može li se vrijednost stvari na kojima se prenosi vlasništvo vezivati za iznos osigurane tražbine, odnosno, može li se ograditi poseban dio skladišta?⁴⁷

U sudskoj su praksi došla do izražaja sljedeća shvaćanja. Pokretne stvari koje su predmet prijenosa vlasništva trebaju biti u ugovoru dostatno određene. Gola određenost nije dostatna.⁴⁸ Prijenos vlasništva na predmetu koji nije dostatno određen nema pravni učinak.⁴⁹ Nije potrebno navoditi pravnu kvalifikaciju stvari.⁵⁰

⁴³ POTTSCHEIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212.

⁴⁴ BGH NJW 58, 1133, 1134; BGH NJW 84, 803, 804.

⁴⁵ BGH WM 1986., 594; BGH NJW 1983., 1409; BGH NJW 1991., 2144.

⁴⁶ BGH WM 1986., 594; 1979., 557. KREBS, E., *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 33.

⁴⁷ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 559-560.

⁴⁸ BGH NJW 1984., 803.

⁴⁹ POTTSCHEIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 218.

⁵⁰ Razlikovanje punog vlasništva od *Anwartschaftsrecht*-a ukinuto je presudom BGH iz 1958.

Kao modus stjecanja budućih stvari pojavljuje se anticipirani posjedovni konstitut. Dostatan je određen izraz "cijelo skladište".⁵¹ U praksi se koriste dvije metode ugovornog određivanja predmeta fiducijarnog prijenosa vlasništva: *Raumsicherungsvertrag* i *Markierungsvertrag*.

Kod *Raumsicherungsvertrag* fiducijant i fiducijar određuju dio skladišnog prostora i ugovaraju prijenos vlasništva svih stvari koje se u tom prostoru nalaze ili se u njemu naknadno zateknu.⁵² Ugovoru obavezno prileži skica skladišta s posebno ucrtanim skladišnim dijelom koji podliježe posebnoj režimu. Skladišni dio koji podliježe režimu fiducijarnog prijenosa vlasništva može biti ustanovljen i na zemljištu koje je u dostatnoj mjeri individualizirano, ako su sve stvari koje se na tom zemljištu nalaze prenjete u vlasništvo fiducijara.⁵³

Međutim, fiducijar treba imati na umu da u situaciji kada fiducijant nije vlasnik skladišta već samo njegov zakupac, zakupodavac ima zakonsko založno pravo (*Pfandrecht des Lagerhalters*) na inventaru radi osiguranja naplate zakupnine (par. 421 HGB). Stoga će se njegova tražbina namiriti prije tražbine osigurane *Sicherungsübereignungom*, čak i na predmetima koji su naknadno unijeti u skladište u okviru redovitog poslovanja.⁵⁴ Ova se metoda postizanja načela određenosti koristi uglavnom za pokretne stvari koje su namijenjene prodaji.

Kod *Markierungsvertrag* fiducijant i fiducijar ugovaraju da svaki poseban komad sadašnjeg i naknadno stečenog predmeta treba na poseban način biti obilježen. U obzir dolaze različiti oblici označavanja: stavljanje naljepnica ili nekih drugih znakova, privjesaka i tome slično. Bitno je da takav oblik označavanja omogućava razlikovanje predmeta na kojima je prenjeto vlasništvo od onih na kojima nije.⁵⁵

Podoblik *Markierungsvertraga* je *Listenvertrag*, kod kojeg se predmetom fiducijarnog prijenosa vlasništva smatraju sve stvari koje su prema ugovoru upisane u odgovarajući popis, ili će tek biti upisane. Uklanjanje ili izmjena znaka ne utječe na valjanost prijenosa vlasništva.⁵⁶ Ovaj se oblik uglavnom koristi za strojeve i opremu s kojima fiducijant obavlja poslovnu djelatnost.

Postoji i *Mantelübereignung*⁵⁷. Kod ovog se oblika ne ugovara anticipirani

(BGH 28, 16, NJW, 58 1133). Dovoljno bi određen bio predmet fiducijarnog prijenosa vlasništva kod kojeg bi dužnik prenio vlasništvo ili *Anwartschaftrecht* na svim svojim sirovinama, poluproizvodima i gotovim proizvodima koji leže na tvorničkom zemljištu čija je skica priložena ugovoru. Vidi KREBS, E. *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 35.

⁵¹ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 121.

⁵² BGH NJW 1958., 1133; BGH WM 1979., 300. Vidi POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 218.

⁵³ OLG Köln, WM 1985., 119.

⁵⁴ BGHZ 117, 200. Vidi WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 122. i tamo citiranu literaturu.

⁵⁵ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 220.

⁵⁶ *loc.cit.*

⁵⁷ *loc.cit.*

prijenos vlasništva stvari koje će tek biti stečene, već se fiducijant obvezuje da će u budućnosti prenositi vlasništvo fiducijaru, a pri tom se istodobno ugovara način (*modus*) prijenosa vlasništva na naknadno stečenim pokretnim stvarima. Vlasništvo se smatra prenijetim prihvaćanjem skladišne liste u kojoj su popisane stvari. Do toga se trenutka fiducijant smatra vlasnikom pokretne stvari.

Kao i pri zadržanju prava vlasništva, i pri fiducijarnom prijenosu vlasništva postoje vertikalno produžene i horizontalno proširene klauzule. Neke od tih su: *Nachschubklausel* - prema kojoj fiducijar stječe vlasništvo i na stvarima koje su naknadno unijete u skladište; *Ersatzklausel* - prema kojem fiducijar postaje vlasnikom i onih stvari koje su zamijenile ili su nadomjestile stvari na kojima je prenijeto vlasništvo kao i *Erlösklausel*, kod kojih fiducijar postaje vlasnik prihoda koji je ostvaren prodajom pokretne stvari na kojoj je prenijeto vlasništvo, odnosno ako prihod nije naplaćen, postaje vjerovnik te tražbine.⁵⁸ Isto tako, postoji mogućnost ugovaranja *Herstellerklausel*, prema kojoj fiducijar neposredno stječe vlasništvo na prerađenoj stvari (par. 950 BGB).

2.7. *Supsidijarna primjena pravila o ručnom zalogu?*

S obzirom da za ugovor o osiguranju tražbine vrijedi sloboda forme, postavlja se pitanje na koji će se način urediti odnosi između fiducijanta i fiducijara ako je sklopljen usmeni sporazum ili ako ugovorne strane nisu pismenim ugovorom regulirale određena pitanja. Mogu li se na njihov pravni odnos primijeniti na odgovarajući način odredbe BGB-a o ručnom zalogu? Neakcesornost i apstraktnost ovog osiguranja tražbine upućivala bi na otklanjanje analogne primjene pravila o ručnom zalogu. Za supsidijarnu primjenu odredbi o ručnom zalogu posebice se zalažu oni autori koji pravnodogmatski nastoje institut prijenosa vlasništva tumačiti kao atipično založno pravo, uz objašnjenje da oba instituta obavljaju istu ekonomsku funkciju.⁵⁹ Ima stajališta koja prihvaćaju analognu primjenu.⁶⁰ Prema drugom shvaćanju analogna primjena ne dolazi u obzir, osobito glede pravila o prisilnom ostvarenju osigurane tražbine⁶¹, jer je otklanjanje provedbe prisilne javne prodaje jedan od razloga nastanka ovog instituta. Podijeljena su stajališta oko pitanja treba li analogno primijeniti zabranu *lex commissoriae* (*Verbot der Verfallklausel*).⁶² Prevladava shvaćanje o dopustivosti primjene *lex commissoriae* uz distinktivne kriterije.⁶³

⁵⁸ QUACK, F. *Münchener Kommentar zum BGB, Sachenrecht*, 2. izd. München, 1986., str. 777, par. 71.

⁵⁹ Vidi REICH, N., *Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, 17 AcP, 169 Heft 3, str. 257; gdje navodi slijedeće autore, mahom procesualiste: Jäger-Lent, Stein-Jonas, Baumbach-Lauterbach, itd.

⁶⁰ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 562.

⁶¹ WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 129.

⁶² Umjesto svih vidi QUACK, F., u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd., München, 1984., str. 780, par. 86.

⁶³ Vidi POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, 4. izd. München, 1992., str. 241.

3. Pravni okvir hrvatskog prava

Kada je u pitanju domaće pravo, prema tipologiji Ovršnog zakona naš se zakonodavac opredijelio za usvajanje paralelizma instituta namijenjenih osiguranju, predvidio je različite mogućnosti njihova nastanka (pred sudom i javnim bilježnikom) te je ugovoru dodao određene procesnopravne učinke. Potonje obilježje predstavlja jedinstveno usporednopravno rješenje.

Tipologija sredstava osiguranja prema Ovršnom zakonu predstavljaju sponu između novog i starog. Naime, učinak dobrovoljnog zalaganja pokretne stvari bez predaje u neposredni posjed vjerovnika mogao se u vrijeme Zakona o izvršnom postupku⁶⁴ postići primjenom sudskog osiguranja tražbine na temelju sporazuma stranaka zasnivanjem založnog prava na pokretnoj stvari. Institut založnopravnog osiguranja preuzet je u Ovršni zakon⁶⁵ bitno usavršen i doraden (čl. 261-272 OZ). Međutim, u novom se zakonu na istim osnovama regulira i *javnobilježničko* založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka.⁶⁶ Uvođenje sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari apsolutna je novina (čl. 273 - 279. OZ).⁶⁷

I Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁶⁸ u dijelu kojem regulira založno pravo unosi izmjene glede tipologije jer razlikuje sudsko dobrovoljno od sudskog prisilnog založnog prava. Uvodi blanketnu mogućnost osnivanja registarskog založnog prava te na novim temeljima regulira izvansudsko založnopravno namirenje. S druge strane, ZV dotiče se i fiducijarnog vlasništva i to u odredbama čl. 34. koji nosi naziv "Ograničenja (prava vlasništva) na temelju pravnog posla". Odredbe čl. 34. ZV šireg su polja primjene jer osim pravnih učinaka *prenesenog* vlasništva reguliraju i pravne učinke *pridržanog*, odnosno *oročenog* vlasništva, pa je ovo uređenje *lex generalis* za sve oblike ograničenja prava vlasništva na temelju pravnog posla. S druge strane, odredbe Ovršnog zakona predstavljaju *lex specialis* za one *prijenose* prava vlasništva koji su sklopljeni pred sudom ili javnim bilježnikom.

Uvođenje novih i razrada već postojećih instituta za osiguranje tražbina pruža suugovarateljima nekoliko različitih mogućnosti. Oni se mogu opredijeliti za založnopravno osiguranje pri čemu mogu sporazum sklopiti pred sudom ili javnim bilježnikom, a ista takva im mogućnost stoji na raspolaganju ako se opredijele za

⁶⁴ NN, 53/91

⁶⁵ NN, 57/96.

⁶⁶ Iscrpnu raščlambu sudskog i javnobilježničkog založnopravnog osiguranja vidi u: DIKA, M. *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996, str. 75-98. Vidi i MATKO-RUŽDIJAK, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb 1997. str. 345-357.

⁶⁷ Iscrpnu analizu ovog instituta vidi kod: BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996, str. 99-140.

⁶⁸ NN, 91/96.

prijenos vlasništva. Izbor odgovarajućeg instituta namijenjenog osiguranju ovisit će pregovaračkom položaju dužnika i vjerovnika. Pretpostavlja se da će jači kreditori biti skloniji prijenosu vlasništva, jer im titulus vlasnika, makar i privremenog pribavlja bolji postupovni položaj. Primjerice, kada treći pokušava provesti ovrhu na predmetu osiguranja, vlasnik, pa i onaj fiducijarni, može spriječiti provedbu ovrhe (čl. 55. st. 1. OZ), dok založni vjerovnik to ne može - on ima samo pravo da se povodom te ovrhe namiri prema svom prvenstvenom redu (čl. 145. st. 1. OZ).

U nastavku se iznosi način osnivanja pojedinih instituta prema odredbama Ovršnog zakona.

3.1. Založnopravno osiguranje

Iako su sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje regulirani u istoj glavi Ovršnog zakona (Glava XXVII), položaj se stranaka donekle razlikuje provede li se osnivanje pred sudom ili javnim bilježnikom.

Sudsko osiguranje zasnivanjem založnog prava na pokretnoj stvari osniva se pred sudom na čijem se području nalaze pokretne stvari (čl. 126. st. 1. OZ). Postupak se pokreće prijedlogom za osiguranje, kojim predlagatelj i protivnik osiguranje suglasno zahtijevaju od suda da odredi i provede pljenidbu pokretnih stvari protivnika osiguranja (čl. 262. t. 3. OZ). Povodom prijedloga sud određuje ročište i u zapisniku utvrđuje sporazum stranaka. Treba postojati suglasnost stranaka u pogledu postojanja tražbine i vremena njezina dospijeca, kao i suglasnost da se radi osiguranja iste tražbine osnuje založno pravo (čl. 263. st. 1. OZ). Sudsko dobrovoljno založno pravo nastaje kada sud po službenoj dužnosti provede radnje osiguranja (čl. 264. st. 3. OZ), a na temelju potpisanog zapisnika. Zapisnik je izjednačen sa sudskom nagodbom (čl. 263. st. 2. OZ), pa stoga predstavlja pravomoćnu konstataciju o postojanju tražbine i o uvjetima njena namirenja, odnosno ovršnu ispravu. Putem kvalitete ovršne isprave postiže se učinak maksimalnog ubrzanja ostvarenja osigurane tražbine jer se time zaobilazi vođenje parničnog postupka. Naime, ovrha se određuje i provodi već na prijedlog predlagatelja osiguranja, pod uvjetom da je sporazum postao ovršan (čl. 267. st. 1. OZ). O provedbi osiguranja sud objavljuje oglas u "Narodnim novinama" i po potrebi u drugim sredstvima javnog priopćavanja (čl. 266. st. 1. OZ). Ova odredba predstavlja također novost u odnosu na ranije uređenje. Objava oglasa je u funkciji publiciteta i ona je zasad nadomjestak za upisnik. Nakon osnivanja upisnika objava oglasa više neće biti potrebna. S druge strane, objava oglasa ima deklaratorni značaj, a propuštanje te dužnosti ne povlači za sobom nevaljanost sporazuma.

Na **javnobilježničko osiguranje** se na odgovarajući način primjenjuju odredbe o sudskom osiguranju. Po sadržaju, sporazum stranaka pred javnim bilježnikom podudara se sa sporazumom stranaka pred sudom (čl. 269. st. 1. OZ). Sporazum može biti u obliku javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave (čl. 269. st. 1. OZ). U sporazumu treba biti sadržana suglasnost dužnika da se na nekom njegovom predmetu osnuje založno pravo radi osiguranja određene novčane tražbine vjerovnika (čl. 269. st. 1. OZ). Umjesto suda pljenidbu pokretnih stvari poduzima

javni bilježnik, na način na koji to poduzima sud, ali uvijek uz suglasnost stranaka. Zbog toga je javni bilježnik dužan o svakoj radnji koja zahtijeva suradnju stranaka sastaviti zapisnik koji stranke moraju potpisati. Radnje poduzete bez suglasnosti stranaka nemaju pravni učinak. (čl. 269. st. 3. OZ). Ako dužnik uskrati suradnju u provedbi pljenidbe putem javnog bilježnika, provedbu je pljenidbe moguće zatražiti od suda na temelju javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave. Na taj će se način spasiti neuspjeli pokušaj provedbe javnobilježničkog osiguranja. U tom slučaju ovršni sud provodi radnje osiguranja po službenoj dužnosti (čl. 271. st. 1. OZ). Javni je bilježnik dužan o svakom provedenom osiguranju dostaviti otpravak sudu (čl. 272. st. 1. OZ). I javnobilježničko osiguranje objavljuje se u "Narodnim novinama" (čl. 271. st. 1. u vezi s čl. 266. st. 1. OZ).

Mogućnost osnivanja dobrovoljnog založnog prava na pokretnim stvarima dužnika bez predaje u posjed vjerovniku i pred sudom i pred javnim bilježnikom otvara pitanje **pravnih razlika** ovih dvaju načina nastanka. U čemu će se razlikovati pravni položaj založnog vjerovnika koji je svoju tražbinu osigurao pred sudom od onoga koji je to učinio pred javnim bilježnikom? Na pravnu razliku između sudskog i javnobilježničkog osiguranja ukazuje se u odredbi čl. 271. st. 1. OZ, u kojoj se propisuje da se na javnobilježničko osiguranje primjenjuju sve odredbe sudskog osiguranja osim odredbe čl. 267. st. 1. OZ.⁶⁹ Riječ je o redakcijskoj omašci, stoga valja citirani zakonski članak zamijeniti s čl. 264. st. 1. OZ.

Temeljem odredbe čl. 264. st. 1. OZ proizlazi da se razlika između sudskog i javnobilježničkog založnog prava osiguranja sastoji u tome što sud rješenjem određuje i provodi mjere osiguranja nakon sklapanja sporazuma, a javni bilježnik to uvijek čini uz suglasnost stranaka. Suglasnost stranaka treba biti materijalizirana u obliku zapisnika, a njegovim potpisivanjem stranke sporazumno priznaju pravni učinak poduzete radnje (čl. 269. st. 3. i 4. OZ). Stoga takav zapisnik nema učinak rješenja o osiguranju.

S druge strane, kod sudskog se dobrovoljnog založnog prava, nakon potpisivanja zapisnika, sudske radnje osiguranja poduzimaju po službenoj dužnosti (čl. 264. st. 1. OZ). Obzirom na ulogu suda u postupku osiguranja, postavlja se pitanje hoće li mješovita priroda ovog pravnog instituta utjecati na njegovu sudbinu u nekoj daljnjoj fazi ugovornog odnosa, odnosno u slučaju da nad dužnikom bude otvoren stečajni postupak.

Naime, prema čl. 97. SZ razlučno ili slično pravo koje je neki stečajni vjerovnik stekao tijekom posljednjih trideset dana **sudskom ovrhom ili osiguranjem** prestaje otvaranjem stečajnog postupka. Znači li to da će prestati razlučno pravo stečeno **sudskim** osiguranjem na temelju sporazuma stranaka? Naime, sudsko osiguranje na temelju sporazuma stranaka (glava XXVII. Ovršnog zakona) sustavno je obuhvaćeno postupcima osiguranja (dio III. Ovršnog zakona).

⁶⁹ Redaktorima zakona potkrala se greška, jer čl. 271. st. 1. govori o otklanjanju primjene odredbi "o rješenju o osiguranju" iz čl. 267. st. 1. OZ, dok čl. 267. st. 2. pojašnjava da rješenje iz dotičnog stavka ima važnost "rješenja o ovrši". Stoga bi valjalo ukloniti ovu redakcijsku omašku upućivanjem da se "na javnobilježničko osiguranje na odgovarajući način primjenjuju sve odredbe, osim odredbe stavka 1. članka 264. ovog Zakona o rješenju o osiguranju.

Na ovu nedoumicu ukazuju i sami tvorci zakona.⁷⁰ Citiranu bi se odredbu moglo tumačiti na dva načina. Prema doslovnoj literarnoj interpretaciji prestanak bi zahvaćao i dobrovoljna i sudska založna prava. Prema teleološkoj interpretaciji prestanak bi se odnosio samo na sudska (prisilna) založna prava. Javnobilježničko dobrovoljno založno pravo bilo bi izvan dosega ove odredbe. Oprezan bi vjerovnik trebao stoga, za svaki slučaj, koristiti javnobilježničko osiguranje ako njegovu dužniku, odnosno zalagodavcu prijeti opasnost otvaranja stečajnog postupka.

Ipak čini se da bi minimalna intervencija *de lege ferenda* mogla na zadovoljavajući način riješiti ovo pitanje. Treba, naime, početi od toga da se i sudske i javnobilježničko osiguranje temelje na sporazumu stranaka. Stoga bi ih u stečajnom postupku valjalo tretirati na isti način, jer bi u protivnom izbor načina sklapanja ugovora, koji bi mogao biti uvjetovan razlikama u iznosu sudskih, odnosno, javnobilježničkih pristojbi, imao dalekosežne posljedice na opstojnost stvarnopravnog osiguranja.

S obzirom da dobrovoljna sredstva osiguranja nisu prestajala niti u vrijeme važenja ZPNSL, u čl. 97. SZ, korisno bi bilo unijeti dopunu da prestaju razlučna prava stečena sudskom ovrhom ili osiguranjem **“bez pristanka ovršenika”**, kako bi se naglasilo da ova posljedica (otvaranje stečajnog postupka) pogađa samo prisilno založno pravo.

Druga bi razlika između sudskog i javnobilježničkog osiguranja proizlazila iz okolnosti da dužnik pri javnobilježničkom osiguranju ne bi imao pravo na žalbu niti drugi pravni lijek u postupku “javnobilježničkog osiguranja”, već bi morao pokrenuti parnicu, dok bi trećima bilo dopušteno da prigovore protiv javnobilježničkog osiguranja ostvaruju pred sudom (osiguranja) koji bi bio nadležan da osiguranje nije proveo javni bilježnik (čl. 271. st. 3. OZ). Razlika je utemeljena na shvaćanju da javni bilježnici nisu tijela državne vlasti i svoje službene radnje u postupku osiguranja mogu provoditi isključivo na temelju pristanka stranaka.⁷¹

3.2. *Osiguranje prijenosom vlasništva*

Fiducijarnim se prijenosom vlasništva u nas po prvi put uvodi institut fiducije u stvarno pravo. Fiducijarni pravni poslovi nisu u domaćoj literaturi bili često tretirana tema.⁷² S donošenjem Zakona o obveznim odnosima u naše su obvezno pravo uvedeni fiducijarni pravni poslovi inkaso cesije (čl. 444. st. 2. ZOO) i cesije radi osiguranja (čl. 455. ZOO).⁷³

Kada su u pitanju pokretne stvari, institut sudskog i javnobilježničkog

⁷⁰ DIKA, M. *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka*, u: Zbornik radova “Novo stečajno i ovršno pravo”, Zagreb 1996., str. 91.

⁷¹ DIKA, M. *Pravni lijekovi u ovršnom postupku i postupku osiguranja*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 3, 1996., str. 201.

⁷² ŠMALCELJ, Ž. *Fiducijarni ugovori (ugovorni povjerenja) u imovinskom pravu*, Naša zakonitost 1969., str. 119. i dalje.

⁷³ GRBIN, I. *Ustupanje potraživanja ugovorom*, Zakonitost, 9-10/1991., str. 1048. i dalje.

osiguranja prijenosom vlasništva inspiriran je rješenjima njemačkog *Sicherungsübereignung-a*, koji se *via facti* razvio u poslovnoj praksi i kojeg je sudska praksa sankcionirala, a da nikad formalno nije dobio svoje mjesto u njemačkom građanskom zakoniku.⁷⁴

3.2.1. *Pravni okvir*

U načinu osnivanja osiguranja tražbine prijenosom vlasništva pred sudom i javnim bilježnikom ne postoje razlike kakve se pojavljuju u založnopravnom osiguranju. Kao i pri osnivanju založnog prava pred sudom, postupak se pokreće prijedlogom. Za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje prijenosom vlasništva na (pokretnoj) stvari mjesno je nadležan sud gdje se pokretne stvari nalaze (čl. 273. OZ). U povodu prijedloga sud određuje ročište na kojem se u zapisnik unosi njihov sporazum da se radi osiguranja novčane tražbine predlagatelja osiguranja (fiducijara) prenese na njega vlasništvo na nekoj (pokretnoj) stvari protivnika osiguranja (fiducijanta). U sporazum treba biti unijeto vrijeme dospijeca, odnosno način njegova određivanja. Protivnik osiguranja ne mora biti osobni dužnik (čl. 274. st. 1. OZ).

Predlagatelj osiguranja postaje vlasnik potpisivanjem zapisnika. Zapisnik ima snagu sudske nagodbe. Ako je u zapisnik unijeta izjava protivnika da pristaje da se neposredno na temelju zapisnika zatraži protiv njega prisilna ovrha radi predaje pokretne stvari u posjed (nakon dospijeca), zapisnik se smatra ovršnom ispravom (čl. 274. st. 7. OZ).

O prijenosu vlasništva na pokretninama objavljuje se oglas u "Narodnim novinama" (čl. 274. st. 9. OZ).

3.2.2. *Ugovorni sadržaj*

Postavlja se pitanje na koji će način ugovorne strane oblikovati odnos osiguranja prijenosom vlasništva. Zakon propisuje obvezne sastojke ugovora, koji se tiču ugovornih strana, tražbine i predmeta, a o kojim je ranije bilo govora, pa je unošenje tih podataka uvjet valjanosti pravnog posla (*essentialia negotii*). Zakon, međutim, u pojedinim propisima dispozitivne naravi rješava određena pitanja ugovornog odnosa, čiju primjenu mogu stranke drukčijim sporazumom otkloniti (*naturalia negotii*). To se posebno odnosi na propis sadržan u čl. 274. st. 6. OZ, prema kojem se vlasništvo smatra prenesenim kada obje stranke potpišu zapisnik u kojem je sadržan njihov sporazum. Naime sporazum o osiguranju može se sklopiti, iako tražbina nije egzistentna. To u konkretnom slučaju znači da zajam nije još isplaćen, odnosno da nije došlo do predujmljivanja kredita. Stranke mogu u tome slučaju uvjetovati trenutak prijenosa vlasništva trenutkom isplate zajma (suspenzivan uvjet). Dispozitivne je naravi i propis prema kojem je dužnik (fiducijant) ovlašten i dalje koristiti stvar, iako je ona vlasništvo fiducijara, a fiducijar nije ovlašten tu stvar

⁷⁴ Usporednopravnu analizu ovog instituta vidi u: ČULINOVIĆ-HERC, E. *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika* (doktorska disertacija), Zagreb 1997., 442. str.

otuđiti ili opteretiti (čl. 275. st. 1. OZ). Stranke, dakle mogu ugovoriti i drukčije, da će stvar biti kod fiducijara, odnosno da je fiducijar ovlašten otuđiti ili opteretiti stvar.

Za potpuno oblikovanje ugovornog odnosa bit će u pravilu potrebno da stranke riješe mnoga druga pitanja, koja po naravi stvari ne može rješavati zakonodavac. U tom smislu naprijed navedena rješenja u njemačkoj poslovnoj i sudskoj praksi mogu poslužiti kao vrijedna orijentacija. U prvoj fazi recepcije ovoga instituta postojat će i povećana potreba da se posegne za tim rješenjima dok se ne oblikuje autohtona domaća poslovna i sudska praksa. Recepciji rješenja valja pristupiti selektivno, obzirom da u obilježjima samog instituta kao i u nekim drugim načelima stvarnopravnog uređenja postoje određene razlike.

3.2.3. *Osporavanje valjanosti ugovora*

Za razliku od njemačkog prava, u domaćem pravu fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima strogo je formalni ugovor, koji se sklapa pred određenim tijelom (sudom ili javnim bilježnikom) i proizvodi određene procesnopravne učinke. Zaodjenutost ugovora u procesnu formu, odnosno njezino poistovjećivanje sa sudskom nagodbom (potencijalnom ovršnom ispravom) čini upitnim način njegovog pobijanja. Ima shvaćanja da ne bi bilo dopušteno dokazivati da sadržaj pravnog posla nije onakav kako su ga stranke sporazumom uredile, već bi se takva nagodba mogla pobijati samo u posebnoj parnici.⁷⁵ U znanosti građanskog procesnog prava sporno je može li se sudska nagodba pobijati samo izvanrednim pravnim lijekovima (i kojima) ili se ona zbog svoje mješovite naravi može osporavati i materijalnoopravno. Ima shvaćanja da se uvjeti pravovaljanosti sudske nagodbe procjenjuju prema pravilima materijalnog i procesnog prava.⁷⁶ Ona bi se mogla osporavati nekim izvanrednim pravnim lijekovima,⁷⁷ ali i zbog postojanja razloga ništavosti.

3.2.4. *Razlozi ništavosti*

Iz ranijeg prikaza rješenja u njemačkom pravu vidljivo je da su najčešći razlozi poništenja ovih ugovora preosiguranje vjerovnika i gospodarsko okivanje dužnika. Ovi činjenični sklopovi mogli bi se u našem pravu supsumirati pod pojam zelenaškog ugovora (čl. 141. ZOO).⁷⁸ Za razliku od njemačkog prava, gdje osim jake sudske kontrole ugovora postoji i jaka zakonodavna (preventivna) kontrola općih

⁷⁵ MATKO-RUŽDIJAK, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, Godišnjak 4, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse 1997., str. 356.

⁷⁶ JELČIĆ, O. *Ugovor o nagodbi*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 2, 1995., str. 176.

⁷⁷ TRIVA / DIKA / BELAJEC, *Građansko parnično procesno pravo*, 6. izd., Zagreb 1986., str. 477. Autori predlažu da to budu oni izvanredni pravni lijekovi koji se mogu istaknuti protiv presude na temelju priznanja.

⁷⁸ BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996., str.

uvjeta poslovanja kroz prisilne odredbe Zakona o općim uvjetima poslovanja, u nas je naglasak na sudskoj kontroli *a posteriori* koja ulazi u polje primjene čl. 142-144. ZOO. Kako je najosjetljivije pitanje, pitanje uspostavljanja ugovorne ravnoteže između stranaka u situaciji kada fiducijar već po samoj naravi prava koje mu je preneseno dobija više nego što mu je potrebno za osiguranje tražbine. Zbog toga je fiducijant (odnosno protivnik osiguranja) ovlašten prema čl. 276. st. 1. OZ zahtijevati povrat onog što je predlagatelju prenijeto ako mu to više nije potrebno za osiguranje tražbine. Unošenje odredbe kojom bi se ovo pravo isključilo bilo bi protivno načelu poštenja i savjesnosti stoga bi takav uglavak bio ništav.⁷⁹ Zakonodavcu bi se u ovoj domeni moglo preporučiti pojačanje zakonodavne kontrole općih uvjeta poslovanja (banaka), na način kako je to učinjeno u njemačkom zakonodavstvu. Druge strane, bankarsko bi se formularno pravo moglo koristiti kao uzor domaćim gospodarskim subjektima obzirom da je ono "usklađeno" sa strogim standardima njemačkog Zakona o općim uvjetima poslovanja (AGBG).

Imajući u vidu ograničene i kvalifikatorne pretpostavke pobijanja ovog ugovora u našem pravu zbog njegovih procesnih svojstava, valjalo bi napomenuti da bi u našem pravu za razliku od njemačkog uvijek bilo moguće pobijati ugovor o osiguranju tražbine (koji je sklopljen pred sudom ili javnim bilježnikom) bude li valjanost temeljnog ugovora (kojim nastaje osigurana tražbina) dovedena u pitanje. Razlog tome je načelo kauzalne tradicije domaćeg prava prema kojem je za valjano stjecanje stvarnog prava (u ovom slučaju vlasništva) potreban osim modusa i valjani titulus. Suprotno tome u njemačkom je pravu modus apstraktan, odnosno samostalan prema titulusu, stoga prema prevladavajućem stajalištu u njemačkoj sudskoj praksi pravni posao prijenosa vlasništva (a to je osamostaljeni modus) jedva može biti doveden u pitanje.

3.2.5. Određenost predmeta prijenosa vlasništva

Zakonski okvir nalaže da predmet osiguranja tražbine (pokretna stvar) treba biti do te mjere određen da se bez poteškoća može utvrditi njegova istovjetnost (arg. iz čl. 266. st. 2. OZ). Skupne stvari ne mogu biti predmet osiguranja tražbine. Međutim kako OZ nabraja široku lepezu mogućih predmeta osiguranja, kombinacijom njihove primjene može se postići učinak vrlo sličan zalaganju aktive, s tom razlikom da predmet zalaganja ne smije biti neodređen. U protivnom postoji opasnost od primjene čl. 452. ZOO u smislu da se smatra da je vjerovnik tim pravnim poslom primio neku imovinsku cjelinu, pa odgovara i za dugove koji se odnose na tu cjelinu, a ta se odgovornost ne može niti ograničiti niti isključiti. Njemačko pravo sadrži istu zabranu, stoga se u takvoj situaciji primjenjuje institut preuzimanja imovine. Zahtjev za individualizacijom pokretne stvari na kojoj se prenosi vlasništvo dolazi u sukob s gospodarskim interesom da se omogućiti zalaganje stvari koje ne ostaju trajno u posjedu fiducijanta već se njihov sastav mijenja, odnosno stvari koje još nisu u posjedu fiducijanta, a koje predstavljaju

⁷⁹ BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996., str. 119.

dostatnu vrijednosnu podlogu za osiguranje tražbine. To je posebno interesantno pri zalaganju stvari koje se nalaze u skladištu, pri čemu neke stvari ulaze a neke izlaze iz skladišta. Iz prikaza je vidljivo da je u njemačkoj poslovnoj praksi došlo do probijanja načela određenosti korištenjem posebnih tehnika individualizacije: označavanjem, izdvajanjem pa se postavlja pitanje je li to moguće i u nas. Iz diktije čl. 274. st. 9. OZ u kojem se navodi da se pokretnine koje su predmet osiguranja moraju navesti u oglasu izvodi se zaključak da su to individualno određene stvari koje se u trenutku sklapanja sporazuma o osiguranju tražbine nalaze u posjedu dužnika. Buduće bi stvari prema ovoj diktiji bile isključene.

S druge strane obzirom da su u pitanju generičke stvari mogao bi se prihvatiti pristup da je dopušteno njihovo zalaganje pod uvjetom da se one mogu individualizirati bilo izdvajanjem ili označavanjem, ali ta dva oblika nisu osobito sigurna za vjerovnika. Dok je raniji ZOVO dopuštao i takve oblike predaje, u novom ZV nema o tome nikakvih odredbi pa je upitno je li takva predaja valjana. Drukčija je situacija ako se predaje isprava odnosno vrijednosni papir koji zamjenjuju odnosne stvari u pravnom prometu. Kriteriji za ovaj oblik predaje u posjed (koja je uvjet za prijednos vlasništva) propisani su u čl. 14. ZV.

3.2.6. Razvijeni oblici

U njemačkom je pravu moguće prijenos vlasništva na pokretnoj stvari fiducijanta, koja je kupljena uz klauzulu o zadržanju prava vlasništva, iako osoba koja prenosi vlasništvo nije (još) aktualni vlasnik stvari. Po svojim učincima takav je prijenos izjednačen s prijenosom vlasništva na stvari koja u potpunosti pripada fiducijantu. Smatra se da fiducijant ima tzv. pravo na čekanje (postati vlasnikom) koje se "ponaša" kao stvarno pravo. U primjeni Ovršnog zakona interesantno je pitanje je li dopušten prijenos vlasništva one stvari na kojoj je prodavatelj zadržao pravo vlasništva. Na ovo se pitanje daje potvrđan odgovor. Pravo na čekanje, odnosno pravo očekivanja prenosi se na isti način kao i vlasništvo.⁸⁰ Prema tome ista pokretna stvar može poslužiti za osiguranje robnog i novčanog kredita. Vrijednost stvari koja je predmet osiguranja određuje se na način da se od ukupne vrijednosti oduzme onaj dio kupovne cijene koji još nije isplaćen prodavatelju. Problem nastaje ako dužnik ne isplati u potpunosti prodavatelja jer će prodavatelj vjerovatno zahtijevati povrat stvari. U tom su slučaju prava fiducijara slabija od prava prodavatelja koji je zadržao pravo vlasništva, jer nitko ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima, stoga je fiducijant koji prenosi pravo na čekanje pravnotehnički gledano nevlasnik, pa pri procjeni fiducijarovog pravnog položaja valja primijeniti odredbe o stjecanju vlasništva od nevlasnika. Fiducijar bi svakako imao interes iskupiti stvar umjesto kupca-fiducijanta.

3.2.7. Komisorna klauzula

Praktično i teoretski interesantno je pitanje bi li stranke mogle sporazumom o osiguranju ugovoriti *lex commissoria*. Povijesni su razlozi nastanka *lex*

⁸⁰ BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb, 1996., str. 107.

commissoriae dobro poznati, kao je što poznato da se u fazi sklapanja ugovora o osiguranju dužnik, odnosno fiducijant nalazi pod jakim psihološkim pritiskom, pa je spreman, da bi dobio kredit, pristati i na tegobne uvjete. Ovo je pitanje također aktualno u njemačkom pravu, a o tom se pitanju treba odrediti i naša poslovna i sudska praksa.

Kao što je već napomenuto u prevladavajućem dijelu njemačke doktrine polazi se od selektivne dopustivosti ugovaranja *lex commissoriae*. Općenito se smatra da je nastanak prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima rezultat otpora poslovne prakse prema načinu namirenja koji je predviđen za založno pravo na pokretnim stvarima (javna prodaja). Iz toga je nadalje slijedilo pitanje može li se osim obvezatnosti prisilne prodaje zaobići i zakonska zabrana *lex commissoriae*. Slijedeći u osnovi liberalan stav u pitanjima načina namirenja prevladalo je shvaćanje da je *lex commissoria* dopustiva. Međutim, dopustiva je samo ona *lex commissoria* kod koje se vrijednost tražbine stavlja u vezu s vrijednosti predmeta, pa fiducijar postaje puni vlasnik predmeta osiguranja samo u onom dijelu koji odgovara osiguranoj tražbini, a ostatak treba vratiti fiducijantu.

Sporno je međutim, je li ovaj uglavak moguće ugovoriti tek o dospijeću, ili već prilikom sklapanja ugovora. U dijelu usporednopravnih sistema zabrana *lex commissoriae* traje za vrijeme čitavog ugovornog odnosa, dok je taj uglavak prema drugima dopušteno ugovoriti nakon sklapanja ugovora. U tom je svjetlu nužan i komentar odredbe čl. 274. st. 7. OZ, prema kojem je moguće *ab initio* ugovoriti da će se neposredno na temelju zapisnika moći zatražiti prisilna ovrha radi predaje pokretne stvari. Ovu bi odredbu trebalo tumačiti na način da bi predaja stvari u posjed vjerovnika imala smisao predaje radi **provedbe** namirenja iz vrijednosti predmeta (prema hodogramu koji predviđen ugovorom ili zakonom), a ne predaje radi **zadržanja** predmeta radi namirenja, kakva mogućnost postoji u nekim pravnim sustavima. Predajom stvari u posjed vjerovnika na temelju sporazuma kao ovršne isprave, vjerovnik može steći mogućnost da se namiri kroz gospodarsko iskorištavanje predmeta bez potrebe da ga prisvoji sa sebe. To će biti slučaj kod velikih investicijskih zahvata.⁸¹ Ako bi naprotiv predaja tumačila kao prisvajanje, ova bi klauzula imala značaj *lex commissoriae*, a nju bi ipak i kod ovog sredstva osiguranja tražbine trebalo smatrati zabranjenom u vrijeme sklapanja ugovora.⁸²

⁸¹ *Ibid.*, str.134.

⁸² Prema našem je pravu komisorni uglavak zabranjen. Nije jedino izvjesno odnosi li se ta zabrana za cijelo vrijeme trajanja založnog odnosa (talijansko pravo) ili ona vrijedi samo kod osnivanja (francusko pravo), odnosno do dospijeća (njemačko pravo). U našoj literaturi je došlo do izražaja stajalište da bi se nakon osnivanja *lex commissoria* mogla ugovoriti kao *datio in solutum*. Vidi RAJAČIĆ, Č. *Stvarno pravo - predavanja*, Zagreb 1956, str. 332, kao i stajalište da bi se *lex commissoria* mogla ugovoriti nakon osnivanja založnog prava. Vidi: VEDRIŠ, M./ KLARIĆ, P. *Građansko pravo*, Zagreb, 1996., str. 254.

4. Odabir sredstva osiguranja tražbine

U novom okruženju sredstava osiguranja odluku o tome hoće li se koristiti prijenosom vlasništva ili založnim pravom da bi osigurali svoju tražbinu, vjerovnici će donijeti nakon što se opredijele oko niza pitanja. Žele li sredstvo osiguranja koje će u pravilu biti neakcesorno, tada će pribjeći prijenosu vlasništva. Isto će učiniti žele li osigurati tražbine koje još nisu egzistentne. S druge strane, koriste li oblike produljenog i proširenog prijenosa vlasništva, (iako ta tehnika neće uvijek biti sigurna za vjerovnika), mogu postići učinak tekućeg zalog, ako za to postoji interes. Sljedeće pitanje oko kojeg se ugovorne strane trebaju opredijeliti je način provedbe prisilnog namirenja, koje se pri založnopravnom osiguranju ostvaruje u postupku ovrhe, dok se kod osiguranja prijenosom vlasništva ostvaruje izvan-sudskim putem.

Otvaranjem različitih opcija u domeni prisilnog namirenja, i to, uvođenjem novog instituta (prijenosa vlasništva), kao i propisivanjem da se provedba prisilne ovrhe pri založnopravnom osiguranju može povjeriti javnom bilježniku, u našem će pravnom sustavu omogućiti da se predmet unovči učinkovito i pod što povoljnijim uvjetima. S druge strane, na odluku o izboru pojedinog sredstva osiguranja tražbine utjecat će i visina troškova sudskog, odnosno javnobilježničkog namirenja.

Kada se u primjeni bude koristio fiducijarni prijenos vlasništva valjat će imati na umu da će se pojedina rješenja njemačke poslovne prakse moći primjenjivati selektivno s obzirom da se instituti razlikuju u nekoliko točaka. Ishodišna se razlika pojavljuje u pogledu forme ugovora o osiguranju tražbine prijenosom vlasništva, koji je u njemačkom pravu neformalan dok kod nas ne samo da se sklapa u pismenoj formi već i pred određenim organom (sudom ili javnim bilježnikom).⁸³ Zahtjev ispunjenja kvalificirane forme proizlazi i iz pravnih učinaka koje proizvodi taj ugovor. On naime ima snagu sudske nagodbe, a ona se nalazi u krugu potencijalnih ovršnih isprava (čl. 21. OZ). Iz toga proizlaze i određene razlike u pogledu osporavanja tog ugovora koji je zaodjenut u procesnu formu. *Stranke bi samo u posebnoj parnici mogle pobijati takvu nagodbu, a sve dok ne bi bila donesena o tome pravomoćna sudska odlukasporazum bi dokazivao ono što je njime određeno sa snagom njesumnjive isprave.*⁸⁴ Stranke mogu dati sporazumu o osiguranju šire značenje ugovorivši da će se, primjerice, neposredno na temelju zapisnika moći zatražiti prisilna prodaja radi predaje pokretne stvari (čl. 274. st. 7. OZ). Naprotiv, u njemačkom pravu fiducijar treba predaju stvari u posjed zahtijevati uvijek sudskim putem (izostane li dobrovoljna predaja od strane fiducijanta).⁸⁵

⁸³ *Ibid.*, str.115-125 i 155-159.

⁸⁴ Vidi MATKO-RUŽDIJAK, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb 1997., str. 356.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 291.

Unošenjem uglavka iz čl. 274. st. 7. OZ za vjerovnika se otvara mogućnost zaobilaženja parničnog postupka radi predaje stvari u posjed. Pri založnopравnom osiguranju ovakav uglavak nije niti potreban, obzirom da se nastupom ovršnosti sporazuma o osiguranju postupak osiguranja nastavlja u ovrhu (čl. 267. st. 1. OZ) u kojoj se provodi založno namirenje.

Vjerovnik kojem je radi osiguranja prenijeto vlasništvo raspolagat će nemalim prednostima u odnosu na založnog vjerovnika. U situaciji kada treća osoba zahtijeva provedbu ovrhe na toj pokretnoj stvari, založni vjerovnik neće moći spriječiti provedbu ovrhe već će se samo povodom ovrhe trećeg moći namiriti po prvenstvenom redu koji mu pripada. Naprotiv, ulaganjem izlučnog prigovora (čl. 55. OZ) fiducijar će biti u stanju spriječiti provedbu ovrhe, bez obzira što njemu ne bi trebalo priznati više od prava da se poput založnog vjerovnika prvenstveno namiri, jer je vlasništvo stekao radi osiguranja.

5. Pokazatelji u primjeni

Primjena se postupaka osiguranja pred sudom ili javnim bilježnikom može pratiti zahvaljujući tome što se navedeni sporazumi o osiguranju objavljuju u "Narodnim novinama" (čl. 266. st. 1. i 274. st. 9. OZ). Tekstovi objavljenih oglasa lakonski reproduciraju bitne sastojke sporazuma o osiguranju. Tome unatoč, može se uočiti struktura kreditnih odnosa: iznosi kredita koji se osiguravaju, instituti kojima se krediti osiguravaju, predmeti koji se najčešće koriste, tijela pred kojima postupci osiguranja provode. U ovom je radu obrađeno prvih stotinu oglasa objavljenih u "Narodnim novinama" do 30. listopada 1996. što ujedno ukazuje na prva dva mjeseca primjene.⁸⁶

Tko su osobe koje se pojavljuju kao kreditori, odnosno predlagatelji osiguranja? To su najčešće banke, a rjeđe druge pravne i fizičke osobe. Riječ je pretežito o domaćim bankama. Strane pravne i fizičke osobe pojavljuju se kao kreditori u četiri slučaja. Treba li nezatnu zastupljenost stranih vjerovnika pripisati početku primjene reformiranog zakonodavstva osiguranja tražbina? Ne treba naime dvojiti učinkovitost nove tipologije osiguranja jer se u našem pravnom poretku veliki pomaci u učinkovitosti postižu izjednačavanjem sporazuma o osiguranju sa sudskom nagodbom, čime dolazi do zaobilaženja parničnog postupka. Da bi se moglo utvrditi je li nova pravna infrastruktura djelovala kao činitelj privlačenja stranog kapitala, potrebno je promatrati provedene postupke u duljem vremeskom razdoblju.

Među četiri strana kreditora, tri su pravne i jedna je fizička osoba. U dva slučaja su predmet osiguranja bile pokretne stvari, dok su u ostala dva slučaja

⁸⁶ Ovršni zakon objavljen je u "Narodnim novinama" 12. srpnja 1996., a stupio je na snagu tridesetog dana od dana objave.

predmetom bile nekretnine. U slučajevima gdje je predmet bila nekretnina osiguranje je provedeno osnivanjem založnog prava, a ne prijenosom vlasništva.⁸⁷

Kada je u pitanju osoba dužnika, odnosno protivnika osiguranja, koji mogu, ali i ne moraju, biti osobni dužnici založnog vjerovnika ili fiducijara pojavljuju se ravnomjerno pravne i fizičke osobe. U 45 slučajeva dužnici, odnosno zalagodavatelji su fizičke osobe. U 8 slučajeva pored pravne osobe kao protivnika osiguranja pojavljuje se jedna ili više fizičkih osoba. Radi se uglavnom o situacijama gdje je jedan od protivnika osiguranja društvo s ograničenom odgovornošću (samo u jednom slučaju protivnik osiguranja je dioničko društvo). U dva slučaja nije u oglasu navedeno ime protivnika osiguranja. U preostalih 45 slučajeva dužnici su pravne osobe.

Kakvi se sve predmeti nude kao osiguranje? U većini objavljenih provedenih postupaka osiguranja predmet osiguranja bila je nekretnina (63 slučaja). U dva slučaja postupak je osiguranja proveden kao da je riječ o pokretnoj stvari, iako je u pitanju priraštaj nekretnine. Riječ je osnivanju založnog prava na suncokretu koji je zasijan na određenim površinama (oranicama). Zasijani suncokret je neodvojivi dio zemljišta, a **“dio stvari koji se ne može od stvari fizički odvojiti a da ne bude time uništen on ili sama stvar (bitni dio) ne može biti samostalnim objektom stvarnih prava...”** (čl.6.st.1. ZV). Čini se da iz toga treba izvesti zaključak da založno pravo nije ni nastalo te da bi ga trebalo provesti onako kako se to čini za nekretnine, pa bi osim oglašavanja bilo potrebno provesti upis u zemljišne knjige (tek bi taj upis bio konstitutivan). Inače upravo za ova dva slučaja karakteristično je da su vjerovnici izričito ovlastili založnog dužnika (davatelja osiguranja) da može raspolagati predmetom unutar redovitog poslovanja, kako bi iz cijene postignute prodajom otplatio iznos kredita. Ovakav je režim vrlo liberalan i pogodan za založnog dužnika, iako za vjerovnika stvara opasnost da treća osoba kojoj je dužnik otuđio predmet stekne na njemu vlasništvo bez tereta založnog prava, pa da vjerovnikovi izgledi založnog namirenja iz predmeta budu na taj način osujećeni. Stoga ovaj model zahtijeva pojačani “monitoring” dužnika od strane vjerovnika.

U ostalim slučajevima predmet osiguranja bile su mahom pokretne stvari, dok su u 4 slučaja predmet osiguranja bile dionice. Od pokretnih stvari pojavljuju se motorna vozila (9 slučajeva). Kada je motorno vozilo predmet osiguranja, tražbina se osigurava i osnivanjem založnog prava i prijenosom vlasništva. Kod motornih se vozila može uočiti da se u situacijama kada se radi o kreditu za kupnju motornog vozila (koju financira treća osoba) više koristi fiducijarni prijenos vlasništva. To svakako predstavlja nov pristup osiguranju robnih kredita. Naime uobičajeno sredstvo osiguranju robnih kredita jest institut pridržaja prava vlasništva. Znakovito je da se postupci osiguranja prijenosom vlasništva općenito, a to vrijedi i za ove kada su u pitanju motorna vozila sklapaju isključivo pred javnim bilježnikom.

⁸⁷ Stjecanje fiducijarnog vlasništva na nekretnini otvara za strance pitanje primjene posebnih ograničenja što ih za stjecanje prava vlasništva na nekretnini postavlja naš zakonodavac (čl. 356. ZV).

Nije jasno na koji se način rješava u primjeni pitanje isprava koje se pojavljuju u svezi s motornim vozilom. U talijanskom pravu koja poznaje tzv. automobilsku hipoteku okolnost da je motorno vozilo založeno, upisuje se u upisnik motornih vozila, a o istoj se okolnosti stavlja zabilježba na automobilsku ispravu.⁸⁸ U nas je situacija složenija jer se kod motornih vozila pojavljuje s jedne strane prometna dozvola koja bi trebala glasiti na onoga tko to vozilo koristi (neposrednog posjednika), a to je založni dužnik, odnosno fiducijant. S druge strane postoji i knjižica vozila u kojoj se nalaze podaci o vlasniku. Ona bi možda bila prikladnija za stavljanje zabilježbe da je, primjerice, vlasništvo prenijeto radi osiguranja. U protivnom, u okruženju u kojem se hipoteka na motornim vozilima, odnosno fiducijarni prijenos vlasništva ne upisuje ni u kakav upisnik, treća osoba koja kupuje motorno vozilo od fiducijanta može na njemu steći vlasništvo pod uvjetom da ispunjava sve ostale pretpostavke za stjecanje od nevlasnika, jer će se njegova dobra vjera teško moći dovesti u pitanje.⁸⁹

Interesantno je da se veći broj postupaka osiguranja provodi na stvarima koje su određene po rodu, dakle nisu individualizirane. To su slučajevi gdje se osiguranje provodi na robi koja se nalazi u skladištu (pšenica, pileće meso, šećer, krumpir). Okolnost da je individualiziran prostor u kojem se roba nalazi, omogućava posredno i individualizaciju robe. Koristi se i založnopravno osiguranje i osiguranje prijenosom vlasništva, s time da je potonje više zastupljeno (6 od 8 postupaka provedeno je prijenosom vlasništva). U objavljenim oglasima nisu navedeni podaci o tome dopušta li se dužniku da otuđuje predmet osiguranja, ali to proizlazi iz same naravi stvari koja je založena, odnosno prenijeta u fiducijarno vlasništvo, jer je riječ o stvarima namijenjenima prodaji, a iz cijene postignute prodajom dužnik će namiriti tražbinu prema vjerovniku. U njemačkoj poslovnoj praksi kada se prenosi vlasništvo na stvarima u skladištu, uobičajeno je da se detaljno reguliraju dužnikove obveze glede predmeta, jer izlaskom iz skladišta uz suglasnost vjerovnika stvari prelaze u vlasništvo drugog vjerovnika, pa prvi vjerovnik gubi stvar iz imovine kojom mu odgovara. Stoga je uobičajeno propisati da je dužnik u obvezi da otuđene stavke robe zamjenjuje stavkama iste vrste i kvalitete, kao i da nadopuni predmet osiguranja padne li njegova vrijednost ispod tzv. granice pokrića.⁹⁰ S druge strane, postoji sukladna obveza vjerovnika da otpusti tzv. predmet osiguranja koji mu nije

⁸⁸ Op.cit. u bilj.7., str.115.

⁸⁹ O novim pretpostavkama za stjecanje vlasništva pokretne stvari od nevlasnika vidi čl. 118. ZV. Zakon uvodi kriterij "samostalnog posjeda" kojeg valja imati stjecatelj u dobroj vjeri, pa valja distingvirati na temelju kojeg je pravnog posla pokretna stvar tradirana stjecatelju, a to bi bio samo onaj pravni posao koji je usmjeren na stjecanje vlasništva. Ibid., str. 251.

⁹⁰ Unošenjem *Nachschubklausel*, dužnik se obvezuje unijeti nove stvari ako vrijednost postojećih padne ispod granice pokrića. Unošenjem *Erlösklausel* dužnik se obvezuje predati utržak postignut prodajom. Ibid., str.175-176.

potreban za osiguranje tražbine.⁹¹ Obzirom da njemačka sudska praksa oštro sankcionira pojavu preosiguranja, poništavajući takve sporazume o prijenosu vlasništva, ugovorom se ovim pitanjima daje izniman značaj. U nas bi u tim slučajevima valjalo voditi računa ne radi li se o zelenaškom ugovoru (čl. 141. ZOO).

Ostale slučajeve (ukupno 11) u kojima se kao predmet osiguranja pojavljuju pokretne stvari možemo pod zajedničkim nazivnikom nazvati strojnom opremom, odnosno opremom koja služi za obavljanje djelatnosti (osnovna sredstva). Interesantno je da je osiguranje provedeno prijenosom vlasništva samo u jednom slučaju dok je u svim ostalim slučajevima provedeno založnopravno osiguranje. Kao zalagodavatelji se jednakom frekvencijom pojavljuju pravne i fizičke osobe.

Znakovito je i da se u određenom broju oglasa ne označava tražbina koja se osigurava, već se upućuje da je osigurana tražbina iz odnosnog ugovora (o kreditu). Iz tog razloga te iz razloga što je tražbina izražena u različitim novčanim jedinicama, nije moguće dati siguran podatak koliko je kredita plasirano korištenjem ovakvih oblika osiguranja.

Sumarno se može ustvrditi da je od prvih stotinu postupaka osiguranja provedeno 76 založnopravnih osiguranja, odnosno 23 osiguranja prijenosom vlasništva. Iz jednog se oglasa ne može zaključiti radi li se o založnopravnom osiguranju ili osiguranju prijenosom vlasništva. Od ukupno 76 založnopravnih osiguranja, 20 provedenih postupaka obuhvaća pokretnine. Tri su postupka založnopravnog osiguranja provedena na dionicama. Ostatak se odnosi na nekretnine. U provedbi založnopravnog osiguranja stranke se podjednako obraćaju sudu i javnim bilježnicima.

Od ukupno provedena 23 osiguranja prijenosom vlasništva, 12 postupaka se odnosi na pokretne stvari, 10 na nekretnine i 1 na dionice. Svi su postupci osiguranja prijenosom vlasništva provedeni pred javnim bilježnikom, iako je zakonom predviđena mogućnost sklapanja istog sporazuma pred sudom. Isključivo obraćanje javnim bilježnicima u postupcima osiguranja prijenosom vlasništva indicirano je vjerojatno važnom ulogom javnog bilježnika, koju mu je zakonodavac namijenio u fazi prisilnog namirenja osigurane tražbine.

6. Zaključak

Usporednopravni pregled ukazuje da je zalog pokretne stvari bez predaje stvari u posjed pravno izvediv i gospodarski potreban institut osiguranja tražbina. Naš je zakonodavac odabravši paralelizam instituta (vlasništvo i zalog) omogućio strankama odabir određenog pravnog okvira te podredno način njegova osnivanja, čime je za adresate otvorio pitanje odabira povoljnijeg pravnog okvira. Kako je zakonodavac

⁹¹ Tzv. *Freigabeklauseln*. Ibid., str.177.

regulirao ove institute Ovršnim zakonom, oni se odlikuju određenim procesnopravnim obilježjima (svojstvo sudske nagodbe) za koje u usporednom pravu nema presedana. Takvo obilježje dodatno podiže vrijednost stvarnopravnog osiguranja tražbine, ali zbog istih svojstava otežava njegovo pobijanje. Iako se institut fiducijarnog osiguranja relativno detaljno regulira Ovršnim zakonom, uvođenje fiducije u stvarno pravo apsolutni je novum, pa je iz tog razloga nužno temeljito preispitivanje značajki ovog oblika osiguranja kao i dovođenje u vezu s odredbama ZV. Za razliku od založnog prava, fiducijarno je osiguranje prema OZ neakcesorno sredstvo. S druge strane, za razliku od njemačkog koncepta fiducijarnog prijenosa vlasništva kod kojeg je modus u pravilu apstraktan, u našem pravu modus je uvijek kauzalan, što znači da nedostatak valjanog titulusa povlači za sobom ništavost pravnog posla. To upućuje na potrebu selektivne recepcije rješenja prisutnih u njemačkoj poslovnoj praksi.

Selektivna bi recepcija bila opravdana gdje postoje konceptualne razlike (neformalnost ugovora, apstraktna tradicija), dok bi recepciju konkretnih pravnotehničkih rješenja poput nekih koja se koriste pri "zalaganju" skladišta valjalo prihvatiti. Ta su rješenja svojevrsan izlaz iz krize pri zalaganju pokretnih stvari koje nisu u potpunosti određene, ali se dovoljan stupanj određenosti može postići zadovoljavajućom individualizacijom pokretnih stvari. Iako je omekšanje određenosti objekta za sada još uvijek revolucionarni koncept, iz provedene analize postupaka osiguranja objavljenih u "Narodnim novinama" vidljivo je da poslovna praksa pribjegava ovakvim oblicima zalaganja, jer očito za tim postoji jaka gospodarska potreba. S obzirom da se za sada ne može govoriti o razvijenoj domaćoj sudskoj praksi, bogata njemačka praksa i formularno pravo banaka može poslužiti kao uzor u oblikovanju rješenja pojedinih pitanja. To se posebno odnosi na bankarsko formularno pravo koje je usklađeno s tamošnjim Zakonom o općim uvjetima poslovanja banaka, pa bi se i domaćem zakonodavcu mogao preporučiti pristup jače preventivne kontrole općih uvjeta poslovanja (banaka). Pored toga zbog pravne sigurnosti i izvjesnosti reda prvenstva pri namirenju na taj način osiguranih tražbina nužno je osnovati upisnik osiguranja tražbina. Na taj način bi se formirao sustav osiguranja tražbina koji bi se osim prilagođenosti gospodarskim potrebama i na odgovarajući način publicirao, što bi bilo u skladu sa zahtjevom sigurnosti u pravnom prometu.

Summary

VOLUNTARY SECURITIES IN MOVABLES WITHOUT POSSESSION TRANSFER UNDER LAW ON EXECUTION - LEGAL PATTERN & APPLICATION

The Article covers approaches to legal (comparative law) construction of pledge without the transfer of possession ref. movables.

The Author examines the fiduciary transfer of ownership (ref. movables) in

German law, indicating the concrete settlements from German schedule of business transactions.

Particularly considered became the arguments of evaluation referred to the principle of certainty q.v. standard of defined object (the regime of the fiduciary ownership) when/if located in a warehouse, the impact of the status of nonvalidity (nullity of underlying contract), the item (non)accessory q.v. fiduciary ownership & a claim. Croatian Law does presume parallelism of fiduciary and pledge security, recognized in Law on Execution and currently applicable to the model of securities in movables. Observations of two cited institutional patterns (pledge & fiduciary ownership) do include the foundation models (before the Court or notary public) notifying the respective distinctions.

The analyses of fiduciary security comprises the comments upon the eventual reception of particular solutions from German business transactions. The Author's concluding remarks do concern the schedule of security models approved in application of ref. Law (on Execution) and deduced from "Narodne novine" (announcements/public notice of ref. procedure) in purpose to define & accentuate the dominant models and problems of related application.

Key words: *fiduciary ownership, pledge, movables, Law on Execution, securities, secured claims.*

Zusammenfassung

FREIWILLIGE FORDERUNGSSICHERUNG AN UNBEWEGLICHE SACHEN OHNE BESITZÜBERTRAGUNG NACH DEM VOLLSTRECKUNGSGESETZ - RECHTSRAHMEN UND ANWENDUNG

In der Arbeit werden mögliche Ansätze zur rechtlichen Regulierung von Kreditsicherung ohne Besitzübertragungen an bewegliche Sachen dargelegt, die im vergleichenden Recht bestehen. Es wird untersucht, auf welche Weise die fiduziarische Eigentumsübertragung ohne Besitzübergabe an unbeweglichen Sache im deutschen Recht funktioniert, wobei Lösungen konkreter Fragen aus der deutschen Geschäftspraxis angeführt werden. Besonders wird auf umstrittene Fragen betreffs der Erreichung des Prinzips der Bestimmtheit des Rechtsobjekts des fiduziarischen Eigentums von Sachen, die sich in einem Lagerraum befinden, eingegangen sowie auf den Einfluss der Nichtigkeit des grundlegenden Rechtsgeschäfts und die Frage der (Nicht-)Akzessorietät des fiduziarischen Eigentums. Im kroatischen Recht ist die Parallelität der fiduziarischen und pfandrechtlichen Sicherung, die durch das Vollstreckungsgesetz angenommen wurde, festgelegt, die auch bei der Forderungssicherung an bewegliche Sachen angewandt wird. Es

werden Grundmerkmale betreffs zweier instutionaler Rahmen (Pfandrecht und fiduazirische Kreditsicherung) sowie die Art ihrer Gründung (vor Gericht oder Notar) dargelegt, wobei auf Unterschiede hingewiesen wird. Bei der fiduziarischen Sicherung werden die Möglichkeiten der Rezeption einzelner Lösungen aus der deutschen Geschäftspraxis untersucht. Im Schlussteil wird die Repräsentanz der einzelnen Sicherungsformen bei der Anwendung des Vollstreckungsgesetzes durch eine Analyse der Bekanntmachungen über durchgeführte Sicherungsverfahren, die im Amtsblatt (Narodne novine) veröffentlicht worden sind, untersucht, um die dominierenden Formen und Probleme der Anwendung zu erkennen.

Schlüsselwörter: *fiduziarisches Eigentum, Pfand, bewegliche Sachen, Vollstreckungsgesetz, Forderungssicherung.*

PROCESNA USTAVNA JAMSTVA V PRAVDNEM POSTOPKU - PRIKAZ JUDIKATURE SLOVENSKEGA USTAVNEGA SODIŠČA

Mr. sc. Aleš Galič, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani

UDK: 347.722(497.4)(094.9)
347.98(497.4)(094.9)
342.4(497.4)(094.9)
Pr.: 14. travnja 1998.
Ur.: 5. svibnja 1998.
Izvorni znanstveni članak

Procesne ustavne garancije u parničnom postupku - prikaz sudske prakse slovenskog Ustavnog suda

Autor prikazuje stajališta koja je slovenski ustavni sud prilikom rješavanja ustavnih žalbi zauzeo u vezi s ustavnim procesnim garancijama u parničnom postupku. Ustavni sud potvrđuje ustavno pravo na dostup sudovima, ali uz to ustanovljuje da to pravo nije povređeno kad zakon za odlučivanje o civilnim pravima predvidi nadležnost upravnog organa, jer je protiv upravnih akata omogućena sudska zaštita pune jurisdikcije u upravnom sporu. Od velikog značenja su i stavovi Ustavnog suda da nije dovoljno ako je pravo na sudska zaštitu priznato tek formalno, nego treba da bude omogućeno efikasno i stvarno izvršavanje tog prava bez ozira na imovinsko stanje. Kao ustavno pravo priznato je i pravo na suđenje bez nepotrebnog odlaganja. Zbog povrede tog prava moguće je uložiti ustavnu žalbu i prije zaključka parničnog postupka, ali je po stavu Ustavnog suda prije toga potrebno iscrpiti pravni lijek upravnog spora protiv postupanja parničnog suda, koje povređuje pravo na suđenje bez nepotrebnog odlaganja. Ustavno pravo na žalbu nije povređeno već zbog nepravilne odluke žalbenog suda. Pravu na žalbu kao ustavnom pravu odgovara obveza žalbenog suda da ispita navode žalbe i da se do njih u obrazloženju svoje odluke i opredijeli. Ustav i ne daje pravo na trostupanjsko sudska odlučivanje. U vezi s pravom na pošteno suđenje autor utvrđuje da iz tog prava izlaze sljedeći elementi: pravo stranke da se u postupku izjasni, zahtjev da rezultat postupka po pravilu ne smije ići na štetu osobe koja u postupku nije mogla sudjelovati, obrazloženje sudske odluke i poštovanje ravnopravnosti parničnih stranaka. Autor zaključuje da stajališta slovenskog ustavnog suda odgovaraju stavovima Europskog suda za ljudska prava i

njemačkog ustavnog suda te da uz to nema većih odstupanja od stavova teorije civilnog procesnog prava i sudske prakse parničnih sudova.

Ključne riječi: procesne garancije, parnični postupak, ustavna žalba.

1. Uvod

Pomembno mesto v katalogih človekovih pravic in temeljnih svoboščin v modernih ustavah ter v mednarodnih pogodbah o varstvu človekovih pravic (med katerimi je za nas najpomembnejša Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic - v nadaljevanju: EKČP) zavzemajo določbe o pravicah ljudi v sodnih postopkih - temeljna procesna jamstva. Slednje se, drugače kot je to bilo v nekaterih zgodovinskih ustavnopravnih dokumentih, ne nanašajo le na kazenski, ampak tudi na civilne sodne postopke.

Med te pravice sodijo predvsem pravica do sodnega varstva, pravica do poštenega sojenja (enakopravnost pravnih strank in pravica stranke, da se v postopku izjavi), pravica do neodvisnega, nepristranskega in zakonitega sodnika, pravica do javnosti sojenja ter pravica do sojenja v razumnem roku. Instituti, kot so pravica do sodnega varstva (pravica do tožbe), enakopravnost pravnih strank, načelo kontradiktornosti, nepristranost sodišča, javnost sojenja, pospešitev postopka se v pravnem postopku niso uveljavili šele na podlagi ustavnih ali mednarodnopravnih norm, saj gre pretežno za institute in načela, ki so plod razvoja ureditve pravnega postopka in ki so bili v pravnem postopku uveljavljeni tudi pred sprejemom ustreznih ustavnih ali mednarodnih norm. Tako so v ustavah in mednarodnih konvencijah ti instituti pravnega postopka večinoma le dosegli potrditev, kar je mogoče označiti za njihovo "konstitucionalizacijo" in "internacionalizacijo".¹ Slednje pa za ureditev pravnega postopka - tako na zakonski ravni kot v konkretnih primerih skozi prakso sodišč - ni ostalo brez pomena. S tem ko so temeljna jamstva v pravnem postopku povzdignjena na nadzakonsko raven, namreč zakonskih odstopanj od teh jamstev ni več mogoče opravičiti enostavno kot "izjem od temeljnih načel", pač pa je v vsakem primeru potrebno opredeliti ustavno- oz. mednarodnopravno utemeljen razlog za omejitev teh pravic. Naslednja bistvena posledica konstitucionalizacije in internacionalizacije temeljnih procesnih jamstev pa se izraža v posebnih pravnih sredstvih in posebnih sodnih organih, ki so namenjeni zagotavljanju varstva teh pravic. Čeprav so že redna sodišča dolžna in upravičena neposredno uporabljati določbe ustave glede varstva človekovih pravic (gl. npr. čl. 15 ustave RS), pa je ustavnopravno in mednarodno varstvo človekovih pravic (tudi pravic procesne narave) popolnejše in in učinkovitejše, če obstojijo posebna pravna sredstva za zagotovitev uresničevanja teh pravic. Ko gre za ustavnopravno varstvo je takšno pravno sredstvo ustavna

¹ Gl. Cappelletti, Tallon, str. 665.

pritožba, na podlagi katere ustavna sodišča odločajo o tem, ali je z odločbami državnih organov (tudi sodnimi odločbami, izdanimi v pravnem postopku) prišlo do kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin. V okviru mednarodnega sistema varstva človekovih pravic, ki se je razvil na podlagi EKČP, pa je učinkovitost varstva človekovih pravic zagotovljena z ustanovitvijo Evropskega sodišča za človekove pravice, ki je pristojno, da odloča o individualnih pritožbah zaradi kršitev s konvencijo zagotovljene pravice. Šele skozi sodno prakso teh sodišč abstraktne opredelitve temeljnih procesnih jamstev dobivajo konkretno vsebino, predvsem pa se skozi odločbe teh sodišč zarisuje ločnica med tistimi procesnimi pravicami strank, ki sodijona raven človekovih pravic ter ostalimi "navadnimi" ali "zakonskimi" pravicami strank v pravnem postopku. Tudi slovensko ustavno sodišče je (tako kot hrvaško) pristojno odločati o ustavnih pritožbah, Slovenija pa je s pristopom k EKČP tudi omogočila, da bodo odločbe slovenskih sodišč ob individualnih pritožbah podvržene presoji Evropskega sodišča. Ustavno sodišče RS sicer šele od leta 1994 odloča o ustavnih pritožbah zaradi kršitev človekovih pravic, vendar se je v slabih štirih letih na področju reševanja ustavnih pritožb v civilnopravnih zadevah že izoblikovala dovolj konsistentna sodna praksa, v kateri se izražajo tudi temeljna stališča o pomenu in vsebini procesnih garancij v pravnem postopku. Namen tega prispevka je zato predstaviti stališča, ki jih je slovensko ustavno sodišče glede ustavnih procesnih jamstev izoblikovalo ob reševanju ustavnih pritožb zoper odločbe pravnih sodišč.

2. Temeljno o ustavni pritožbi v slovenskem pravu

2.1. Predpostavke

Ker se ustavno sodišče do procesnih jamstev v pravnem postopku opredeljuje ob reševanju ustavnih pritožb, morda ni odveč najprej na kratko predstaviti bistvenih značilnosti ureditve tega instituta v slovenskem pravu.²

Ustava RS med pristojnostmi ustavnega sodišča v 6. alineji čl. 160 določa, da ustavno sodišče odloča o ustavnih pritožbah zaradi kršitev *človekovih pravic in temeljnih svoboščin*. Na podlagi te ustavne določbe je predpostavke in postopek odločanja o ustavni pritožbi podrobneje uredil Zakon o Ustavnem sodišču (čl. 50 - 60).³ Niti ustava niti ZUstS natančneje ne opredeljujeta pravic, katerih varstvo je mogoče uveljavljati z ustavno pritožbo. Po stališču ustavnega sodišča ne pridejo v poštev le pravice iz drugega poglavja ustave (naslov: "temeljne pravice in svoboščine"), pač pa tudi pravice, ki jih ustava zagotavlja v drugih poglavjih (npr. pravica do svobodne gospodarske pobude po 74. Členu ustave v okviru poglavja "Ekonomska in socialna razmerja").⁴ Prav tako je z ustavno pritožbo mogoče

² Širše o ureditvi ustavne pritožbe v slovenskem pravu: Kranjc, str. 390-402, Ude, str. 514-518, Mavčič, str. 419-448.

³ Zakon o Ustavnem sodišču; Uradni list RS 15/94 - v nadaljevanju: ZUstS.

⁴ Npr. sklep civilnega senata v zadevi Up 10/93 z dne 20.6.1995.

uveljavljati tudi varstvo človekovih pravic, ki so uveljavljene v mednarodnih pogodbah, ki zavezujejo Slovenijo, npr. v EKČP. Ker se, vsaj glede procesnih jamstev v pravnem postopku, določbe ustave in določbe EKČP (čl. 6) pokrivajo, ta ugotovitev nima velikega praktičnega pomena. Ustavno sodišče zato praviloma v primerih, ko se pritožnik sklicuje na določbe 6. člena EKČP (npr. pravico do sodnega varstva), šteje, da s tem pritožnik smiselno zatrjuje kršitev ustreznih določb ustave.⁵

ZUstS v 50. členu določa, da ustavno pritožbo lahko vloži *vsakdo*, Če meni, da mu je s posamičnim aktom.... kršena njegova človekova pravica ali temeljna svoboščina. Če ustavne pritožbe ne vloži upravičena oseba, ustavno sodišče ustavno pritožbo zavrže (čl. 55/1, 3. alineja ZUstS). Iz teh določb izhajajo tako pravila za opredelitev pritožbene sposobnosti (v smislu sposobnosti biti stranka v postopku z ustavno pritožbo) kot tudi procesne legitimacije. Pritožbeno sposoben je vsak, ki je lahko nosilec človekovih pravic ali temeljnih svoboščin. Po uveljavljenem stališču ustavnega sodišča so to tako fizične kot pravne osebe.⁶ Slednje le, kolikor se posamezne pravice glede na svojo naravo nanje nanašajo. Tujci (tudi tuje pravne osebe) lahko vložijo ustavno pritožbo pod enakimi pogoji kot slovenski državljani (razen če ne gre za pravice, katerih nosilci so lahko le slovenski državljani). Tudi po slovenskem pravu ustavna pritožba ni popularna tožba (*actio popularis*), ki bi jo lahko vložil vsakdo, ki zatrjuje, da je s sodno odločbo kršena kakšna določba ustave.⁷

Za vložitev ustavne pritožbe je procesno legitimiran le tisti, ki zatrjuje kršitev svojih pravic.⁸

Zatrjevanje kršitve svojih pravic med drugim predpostavlja, da gre za osebo, ki je bila stranka v postopku, v katerem je bila izdana izpodbijana odločba ali osebo, na katero se zaradi pravnomočnosti ali oblikovalnega učinka te odločbe razteza rezultat postopka.⁹

Že ustava v 3. odst. 160 člena (enako pa tudi ZUstS v čl. 51/1) določa, da je pogoj za vložitev ustavne pritožbe izčrpanost pravnih sredstev. Ustavno sodišče zahteva, da pritožnik pravna sredstva izčrpa tudi po vsebini, tj. da že s pravnimi sredstvi v pravnem postopku uveljavlja tiste kršitve, ki jih nato uveljavlja z ustavno pritožbo in da sploh izkoristi vse procesne možnosti (že pred sodiščem prve stopnje), da si zagotovi varstvo svojih pravic.¹⁰ Namen predpostavke izčrpanosti pravnih sredstev namreč je, da se sodiščem v pravnem postopku omogoči, da najprej sama odpravijo kršitve človekovih pravic, šele nato je utemeljen poseg

⁵ Npr. sklep civilnega senata v zadevi Up 303/96 z dne 28.5.1997.

⁶ Up 10/93: "Predvsem v premoženjskem pogledu ni mogoče razlikovati med fizičnimi in pravnimi osebami. Glede premoženja so varovane ustavne pravice pravne osebe kot take kot celote."

⁷ Sklep civilnega senata v zadevi Up 267/96 z dne 28.5.1997.

⁸ Edino izjemo določa čl. 50/2 ZUstS, po kateri lahko ustavno pritožbo vloži tudi varuh človekovih pravic v zvezi s posamično zadevo, ki jo obravnava, ob soglasju osebe, katere pravice varuje (čl. 52/2 ZUstS).

⁹ Npr. Sklep civilnega senata v zadevi Up 289/96 z dne 28.5.1997.

¹⁰ Odločba ustavnega sodišča v zadevi Up 39/95 z dne 16.1.1997.

ustavnega sodišča.¹¹ Ustavno pritožbo je potrebno vložiti v roku 60 dni od dneva vročitve izpodbijanega akta (čl. 52 ZUstS). Ustavno sodišče je doslej brez omejitev dopuščalo dopolnitve ustavnih pritožb po dopolnitvi roka, ne glede na to, ali se z naknadnimi vlogami le dopolnjuje in razčlenjuje že zatrjevane kršitve ali pa se v njih navajajo povsem nove okoliščine in tudi ne glede na to, ali ima pritožnik opravičljiv razlog, da teh okoliščin ni navedel že v okviru 60. dnevnega roka. V bistvu je s tem Ustavno sodišče doslej dopuščalo izigravanje zakonskega prekluzivnega roka.¹²

2.2. Postopek

Postopek odločanja o ustavni pritožbi se deli na dve ločeni fazi: odločanje o sprejemu ustavne pritožbe v obravnavo pred senatom treh sodnikov in nato (če je ustavna pritožba sprejeta v obravnavo) meritorno odločanje o utemeljenosti ustavne pritožbe. Senat treh sodnikov (čl. 54/1 ZUstS) poleg procesnih predpostavk preizkusi, ali so izpolnjeni pogoji za sprejem ustavne pritožbe v obravnavo. Ti pogoji so določeni negativno: ustavno sodišče ustavne pritožbe ne sprejme v obravnavo, če očitno ne gre za kršitev človekovih pravic ali svoboščin ali če od odločitve ni pričakovati rešitve pomembnega pravnega vprašanja, kršitev pa ni imela pomembnejših posledic za pritožnika. V vseh dosedanjih primerih, ko ustavna pritožba ni bila sprejeta v obravnavo, se je ustavno sodišče sklicevalo na prvi razlog (očitna neutemeljenost). Senat treh sodnikov o sprejemu ali zavrženju ustavne pritožbe odloči soglasno (čl. 55/3 ZUstS). V primeru, če senat ustavne pritožbe ne sprejme ali če ustavno pritožbo zavrže, se ustavna pritožba vroči vsem ostalim sodnikom in šteje se, da je ustavna pritožba sprejeta, če se za sprejem v 15 dneh pisno izrečejo kateri koli trije sodniki ustavnega sodišča. Na ta način v bistvu vsi sodniki, ne le konkretni senat, sodelujejo pri odločitvi, da se ustavne pritožbe ne sprejme v obravnavo. Če je ustavna pritožba sprejeta v obravnavo, o njej odloča plenum vseh sodnikov ustavnega sodišča. Pred tem se ustavno pritožbo in sklep o sprejemu vroči organu, ki je izdal izpodbijano odločbo, ki lahko na navedbe ustavne pritožbe odgovori (čl. 56/1 ZUstS). Čeprav zakon tega izrecno ne določa, ustavno sodišče ustavno pritožbo vroči tudi nasprotni stranki iz pravnega postopka; s tem je tej stranki zagotovljena pravica, da tudi v postopku pred ustavnim sodiščem, ki zadeva njene pravice in interese (saj se lahko konča z razveljavitvijo sodbe, ki ji gre v korist), zagotovljena njena pravica, da se izjavi.¹³ Če ustavno sodišče ugotovi, da

¹¹ Odločba ustavnega sodišča v zadevi Up 39/95 z dne 16.1.1997.

¹² Procesni predpostavki izčrpanosti pravnih sredstev in roka po ZUstS nista brezizjemni. V skladu s čl. 51/2 člena ZUstS lahko ustavno sodišče izjemoma odloča o ustavni pritožbi, če je zatrjevana kršitev očitna in če bi z izvršitvijo izpodbijane odločbe nastale za pritožnika nepopravljive posledice. V skladu s čl. 52/3 ZUstS pa lahko pritožnik v posebej utemeljenih primerih vloži ustavno pritožbo tudi po preteku šestdesetdnevnega roka. Posebna utemeljenost se mora po stališču ustavnega sodišča nanašati na meritum zadeve (če gre za subjektivne razloge na strani pritožnika pa je mogoča vrnitev v prejšnje stanje. Sklep civilnega senata v zadevi Up 267/96 z dne 28.5.1997, tako tudi Ude, str. 729, gl. tudi Kranjc, str. 14.

¹³ Odločba ustavnega sodišča v zadevi Up 39/95 z dne 16.1.1997.

je ustavna pritožba utemeljena, izpodbijano sodbo razveljavi in zadevo vrne organu, ki je pristojen za odločanje (čl. 59/2 ZUstS). Ustavno sodišče ima torej praviloma le kasatorična pooblastila, vendar pa v 60. členu ZUstS določa, da lahko ustavno sodišče tudi samo odloči o sporni pravici oz. svoboščini, če je to nujno zaradi odprave posebic, ki so že nastale ali če to terjara narava pravice in če je na podlagi podatkov v spisu možno odločiti.

3. Pravica do sodnega varstva kot pravica do dostopa do sodišča

V 23. členu Ustava RS zagotavlja pravico do sodnega varstva (pred neodvisnim, nepristranskim in zakonitim sodiščem). Ustavno sodišče je potrdilo (podobno kot Evropsko sodišče v zvezi s 6. členom Evropske konvencije človekovih pravic najprej v primeru *Golder*¹⁴), da se ta določba ne nanaša zgolj na jamstva v sodnih postopkih, ko enkrat do njih pride, pač pa vsebuje tudi pravico do sodnega postopka kot pravico do dostopa do sodišča (*the right of access to court*).¹⁵ Čeprav v nemški ustavi ni izrecne določbe o pravici do sodnega varstva, pa tudi nemško ustavno sodišče neposredno iz načela pravne države (čl. 2 *Grundgesetz*) potrjuje obstoj ustavne pravice do sojenja (*Justizgewaehrungsanspruch*).¹⁶ V stališčih teh sodišč je torej potrditev že uveljavljenega stališča teorije civilnega procesnega prava o javnopravni in ustavnopravni naravi pravice do tožbe.¹⁷ tega izhaja predvsem zahteva, da mora biti za odločanje o pravicah in obveznostih zagotovljena pristojnost sodišča (z vidika mednarodnega in mednarodnega zasebnega prava je potrebno dodati pogoj, da mora iti za zadeve, ki zapadejo pod jurisdikcijo domače države).¹⁸ Vendar pa je ob tem potrebno opozoriti na stališče ustavnega sodišča, da pravica do dostopa do sodišča ni prekršena, če je za odločanje o določeni pravici pristojen upravni organ, pod pogojem, da je zoper odločbo upravnega organa zagotovljeno sodno varstvo (ustrezne kvalitete) v upravnem sporu ali drugače.¹⁹ Ustavno sodišče je s tem prevzelo stališča Evropskega sodišča za

¹⁴ *Golder* proti Združenemu kraljestvu, Sodba Evropskega sodišča z dne 21.2.1975, Series A, No. 18.

¹⁵ O praksi Evropskega sodišča gl. npr. Harris, O'Boyle, Warbrick, str. 196-202.

¹⁶ O tem gl. Rosenberg, Schwab, Gottwald, str. 14.

¹⁷ Gl. npr. Wedam-Lukić, str. 305.

¹⁸ Z vidika pravice do dostopa do sodišča pa je po stališčih ES potrebno presojati tudi različne procesne institute (procesne predpostavke), ki stranki onemogočajo ali vsaj nesorazmerno otežujejo, da bi pred sodiščem dosegla meritorno odločitev o določeni civilni pravici. Za takšne omejitve sicer lahko obstojijo legitimni razlogi, vendar pa je potrebno upoštevati načelo proporcionalnosti, omejitve pa tudi ne smejo prizadeti samega bistva pravice (*the very essence of the right*) do dostopa do sodišča. Kot nedopustne se tako lahko izkažejo določbe o prenosu procesne legitimacije za uveljavljanje neke individualne pravice na podjetniško združenje. Gl. npr. primer *Philis* proti Grčiji, sodba ES z dne 27.8.1991, Series A 209, str. 21.

¹⁹ Sklep Ustavnega sodišča z dne 10.6.1993 v zadevi U-I-2/92 (presoja ustavnosti določb zakona o denacionalizaciji o upravni pristojnosti za odločanje o denacionalizaciji). Skladno s tem

človekove pravice v primerih *Albert in Le Compte* ter *Le Compte, Van Leuven in De Meyere*.²⁰ V navedenih primerih je namreč ES zavzelo stališče, da pravici do dostopa do sodišča ustrezata dve ureditvi: bodisi že organ, ki na prvi stopnji odloča o civilnih pravicah izpolnjuje vse zahteve 6. člena EKČP, bodisi organ, ki o civilni pravici odloča najprej, teh zahtev ne izpolnjuje, vendar je njegova odločitev podvržena kontroli s strani organa, ki te zahteve izpolnjuje.²¹ Od 1.1.1998 v Sloveniji velja nov zakon o upravnih sporih, ki v večji meri zagotavlja spor polne jurisdikcije (tako glede možnost presoje dejanskih ugotovitev upravnega organa kot glede širitve reformatoričnih pooblastil sodišča).²² Ker po novi ureditvi ureditev upravnega spora v Sloveniji ustreza zahtevam ustavnega sodišča (takšne pa so tudi zahteve Evropskega sodišča za človekove pravice) je mogoče zaključiti, da je (po mnenju slovenskega ustavnega sodišča) dopustno, če zakon za odločanje o kateri koli premoženjski oz. premoženjskopravni pravici določi pristojnost upravnega organa, saj je zoper odločbo upravnega organa zagotovljen upravni spor polne jurisdikcije. Pravica do sodnega varstva torej ne pomeni, da bi se to sodno varstvo moralo zagotavljati ravno v pravnem postopku.²³

4. Učinkovitost pravice do sodnega varstva in stroški postopka

V moderni pravni in socialni državi ni dovolj, če je pravica do sodnega varstva zagotovljena le formalno.²⁴ Zato ne zadošča, da zakon za odločanje o (civilnopravnih

stališčem sklep civilnega senata v zadevi Up 53/94 z dne 25.1.1997 zavrača očitke pritožnice, da ji zoper sklep stanovanjskega sklada o nedodelitvi stanovanjskega posojila ni zagotovljeno sodno varstvo. Senat ugotavlja, da sodno varstvo zoper ta sklep je zagotovljeno, ni pa se ustavnemu sodišču potrebno opredeljevati, v katerem sodnem postopku se to sodno varstvo zagotavlja (ustavno sodišče je bilo v podobnih prejšnjih zadevah namreč mnenja, da se sodno varstvo zagotavlja v upravnem sporu, medtem ko je po stališču Vrhovnega sodišča zagotovljeno sodno varstvo v postopku pred socialnim sodiščem - Sodba VS z dne 12.12.1995, VIII R 8/95).

²⁰ Sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 10.2.1983, Series A, No. 58 ter z dne 23.6.1981, Series A, No. 43.

²¹ Opozoriti velja, da iz judikature nekaterih drugih ustavnih sodišč (npr. nemškega in avstrijskega) izhaja drugačno stališče. Po mnenju teh ustavnih sodišč namreč določene zadeve spadajo v izvorno in izključno pristojnost sodišč, zato mora že na prvi stopnji v teh zadevah odločiti sodišče (glede civilnih zadev bi v tim. "Rechtsprechungs- oz. Richtermonopol spadali spori iz tipičnih civilnopravnih razmerij). Gl. sklep BVerfG z dne 17.11.1959, BVerfGE 10, str. 219.

²² Gl. npr. Jerovšek, str. 723.

²³ Nasprotno pa teorija opozarja, da je kvaliteta sodnega varstva v upravnem sporu nižja kot v pravnem postopku (npr. Ude, Sodno varstvo..., str. 374. ter se zavzema za prenos nekaterih zadev, ki so sedaj v pristojnosti upravnih organov, v pristojnost pravnih sodišč. Predvsem so (z vidika zagotavljanja enakega varstva pravic) problematični primeri, ko o praktično istovrstnih zadevah (pogosto v postopkih iz družinskopravnih razmerij) v določenih primerih odločajo upravni organi, v drugih primerih pa sodišča v pravnem ali nepravdnem postopku (gl. Wedam-Lukić, str. 308)

²⁴ Načelo socialne države je npr. določeno v čl. 20 nemške ustave, čl. 3 italijanske ustave, čl. 2 slovenske ustave.

zahtevkih) predvidi pristojnost sodišč ter da zagotovi obveznost sodišča, da o postavljenem zahtevku odloči, pač pa je država dolžna zagotoviti tudi, da bo vsakdo, ne glede na osebne okoliščine premoženjske narave, to formalno priznano pravico lahko tudi dejansko uveljavil. Za uresničitev tega namena v moderni socialni državi ne zadošča zgolj pasivno vzdržanje pred posegi države v polje formalno priznane posameznikove svobode, pač pa je država dolžna s pozitivnimi ukrepi zagotoviti dejansko enakost možnosti (*Chancengleichheit*) uresničevanja človekovih pravic. Eden najpomembnejših izrazov načela socialne države je torej razumevanje pravice do enakosti pred zakonom v materialnem, ne le v formalnem smislu.²⁵ Ob ustavnem priznanju pravice do sodnega varstva kot človekove pravice, ob upoštevanju načela socialne države kot ustavne zahteve, ki se konkretizira tudi v vsebinski, materialni pravice do enakosti pred zakonom, je nujno, da se, po potrebi tudi s pozitivnimi ukrepi države, zagotovi možnost dejanskega in učinkovitega izvrševanja pravice do sodnega varstva vsakomur, ne glede na premoženjski oz. socialni status.²⁶ Sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice (glede 6. člena EKČP) zgornje ugotovitve potrjuje. EKČP sicer prvenstveno resnično pokriva tim. Človekove pravice negativnega statusa in ne zagotavlja socialnih in ekonomskih pravic, pa vendar, kot utemeljuje ES v zadevi *Airey*²⁷ to ne pomeni, da "klasičnih" človekovih pravic ne bi bilo potrebno interpretirati tudi z ozirom na nove, ekonomske in socialne pravice. Kot poudarja Evropsko sodišče, ni smisel konvencije priznati zgolj teoretične in iluzorne, pač pa dejanske in učinkovite pravice. Država mora zagotoviti dostopnost sodnega varstva; če je to zvezano s prohibitivno visokimi odvetniškimi stroški, je to mogoče doseči na dva načina: z zagotovitvijo brezplačne pravne pomoči ali pa s poenostavitvijo postopkov (tako da lahko stranka tudi brez pomoči odvetnika učinkovito sodeluje v sodnem postopku).²⁸ Tudi iz judikature nemškega ustavnega sodišča izhaja, da osebne okoliščine premoženjske narave ne smejo povzročiti dejansko nemožnost dostopa do sodišča.²⁹

Tudi Ustavno sodišče RS je pri odločanju o ustavnih pritožbah zoper sodbe civilnih sodišč že obravnavalo vprašanje dejanskega in učinkovitega dostopa do sodišča v zvezi s stroški postopka.³⁰ Pritožnik je v ustavni pritožbi zatrjeval kršitev

²⁵ Prim. Redeker, str. 1154, Fechner, str. 350, Ballon, str. 468, Gottwald, str. 136.

²⁶ Gl. npr. Bettermann, str. 65, Fechner, str. 350, Gottwald, str. 136 Triva, Belajec, Dika, str. 386. Zelo nazorna je spremna obrazložitev avstrijskega zakonodajalca ob sprejemu zakona o pravni pomoči (*Verfahrenshilfegesetz*): "V pojem pravne države sodi tudi zahteva, da se vsakomur zagotovi možnost uveljavljanja pravnih zahtevkov, brez ozira na njegove premoženjske možnosti; pomanjkanje finančnih sredstev ne sme biti ovira dostopa do državnega pravnega varstva. namen zakona je izboljšati pravno varstvo in zagotoviti enakopravnost možnosti (*Chancengleichheit*) pri uveljavljanju pravic." Povzeto po: Kinniger, str. 9.

²⁷ *Airey* proti Irski, sodba ES z dne 9.10.1979, Series A, št. 32, str. 12.

²⁸ O stališčih Evropskega sodišča gl. več v npr. Harris, Warbrick, O'Boyle, str. 197.

²⁹ Gl. npr. sklep BVerfG z dne 3.7.1993, BVerfGE 35, str. 354.

³⁰ Sklep civilnega senata v zadevi Up 40/97 z dne 7.3.1997.

ustavnih pravic, ker je sodišče zavrnilo njegov zahtev za oprostitev plačila sodnih taks (ker predlagatelj ni predložil potrebnih potrdil). Ustavno sodišče je (skladno s stališči Evropskega sodišča v zadevi *Airey*³¹) načelno potrdilo, da iz pravice do sodnega varstva po 23. členu ustave izhaja tudi zahteva, da mora država omogočiti dejansko in učinkovito izvrševanje te pravice. To pa predpostavlja tudi, da osebam slabega premoženjskega stanja višina sodnih stroškov ne sme predstavljati nepremostljive ovire za dostop do sodišča - kar izhaja tudi iz pravice do enakosti pred zakonom po 14. členu ustave. Temu namenu sicer služi tudi možnost oprostitve plačila sodnih taks. Vendar pa pravna narava te ustavne pravice nujno terja, da zakon določi način njenega izvrševanja. Ob tem je razumna določitev pogoja, da mora predlagatelj predložiti ustrezna potrdila, iz katerih je razvidno njegovo premoženjsko stanje. Ker v obravnavani zadevi potrdil predlagatelj ni predložil, in je sodišče njegov predlog zato zavrnilo, tudi ustavno sodišče v takšnem ravnanju sodišča ni moglo ugotoviti kršitve človekovih pravic.

V drugi zadevi pa je ustavno sodišče ob odločanju o ustavni pritožbi zavzelo stališče, da naj sodišče ob odločanju o predlogu za oprostitev sodnih taks okoliščin upošteva tudi pričakovano število procesnih dejanj, za katera bi morala v tem postopku plačati sodne takse.³² Vendar pa to ne pomeni, da bi morale predvideti in upoštevati takšno povsem nesorazmerno veliko število vlog in predlogov, kot jih je v obravnavani zadevi (stečajnem postopku) vložil pritožnik (več kot 40 procesnih dejanj - predlogov, tožb in pritožb - ki zapadejo pod taksno obveznost). Ustavno sodišče je ob tem izreklo, da institut oprostitve sodnih taks ni namenjen temu, da bi izničil enega izmed legitimnih in z vidika uresničevanja pravice do sodnega varstva celo zaželenih namenov sodnih taks - namreč da vsebovan finančni riziko stranke pred opravo procesnih dejanj sili k oceni njihove možnosti za uspeh ter da jih odvrača od vlaganja očitno neutemeljenih predlogov in pritožb.³³

Ob potrditvi, da institut oprostitve sodnih taks (in oprostitev pravnih stroškov v celoti, vključno s postavitvijo brezplačnega odvetnika), služi zagotovitvi pravice do sodnega varstva, pa je ustavno sodišče tudi postavilo meje ustavnosodne kontrole odločb pravnih sodišč glede oprostitve stroškov. Ustavno sodišče ne bo samo po sebi presojalo pravilnosti ugotovitev dejanskega stanja in uporabe procesnega in materialnega prava. Odločbo pravnega sodišča o zavrnitvi predloga za oprostitev stroškov postopka lahko ustavno sodišče razveljavi le, če je bila izdana v postopku, v katerem so bila kršena katera od temeljnih procesnih jamstev ali če temelji na kakšnem pravaavnem stališču, ki je z vidika ustavnih pravic nesprejemljivo ali če je tako očitno napačna oz. brez razumne pravne argumentacije, da jo je mogoče označiti za samovoljno oz. arbitrarno.³⁴

³¹ *Airey* proti Irski, sodba ES z dne 9.10.1979, Series A, No.32.

³² Sklep civilnega senata v zadevi Up 103/97 z dne 26.2.1998.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

5. Pravica do sojenja brez nepotrebne odlašanja

V 23. členu Ustava RS (tako kot 6. člen EKČP) izrecno zagotavlja pravico do sojenja brez nepotrebne odlašanja ("v razumnem roku"). Prav v zvezi s preobremenjenostjo sodišč in naraščajočimi zaostanki na sodiščih je v Sloveniji tako po stališčih stroke (predvsem iz sodne in odvetniške prakse) kot laične javnosti danes največja ovira za uresničevanja ustavnih procesnih jamstev v pravnem postopku.³⁵ Vendar pa bi bilo pri ukrepih, ki naj bi zaostanke na sodiščih zmanjšali, potrebno paziti, da ne bodo šli v škodo kvalitete pravnega varstva in da ne bodo povzročili kršitve drugih ustavnih procesnih jamstev, npr. pravice stranke, da se v postopku izjavi. Učinkovitost sodnega varstva se navsezadnje ne izraža le v hitrosti postopka, predvsem je učinkovito tisto sodno varstvo, ki zagotavlja pravilno sodbo, tj. ki naj zagotovi pravno varstvo pravemu upravičencu iz materialnopravnega razmerja. Zakonodajalec bi torej pri pripravi novosti v ureditvi pravnega postopka moral najti rešitve, ki bodo predstavljale ustrezno ravnovesje med različnimi procesnimi jamstvi, ki so v več ozirih lahko med seboj tudi nasprotujoča.³⁶

Ustavno sodišče Slovenije doslej v okviru odločanja o ustavnih pritožbah v zvezi s civilnimi sodnimi postopki še ni vsebinsko obravnavalo vprašanja kršitve pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja. Ob tem je potrebno opozoriti, da je ustavno sodišče sprejelo stališče, da je kršitev pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja mogoče uveljavljati z ustavno pritožbo še pred zaključkom sodnega postopka, v katerem naj bi bila ta pravica prekršena.³⁷ Takšno stališče je ustavno sodišče sprejelo kljub temu, da iz 160. člena ustave ter 50. člena ZUstS izhaja, da je ustavno pritožbo mogoče vložiti le zoper posamične akte (tj. sodne in upravne odločbe), s katerimi so kršene človekove pravice ali temeljne svoboščine, ne pa tudi zoper ravnanje (tj. storitev ali opustitev) sodišča - kot je to v primeru, ko sodišče v razumnem roku ne izda sodbe. Ustavno sodišče se je te ustavne omejitve sicer zavedalo, vendar se je v zvezi s specifično situacijo pri ustavnih pritožbah zaradi kršitve pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja odločilo za širšo interpretacijo, saj bi sicer, kot utemeljuje ustavno sodišče, ta pomembna človekova pravica v primeru, ko sodišče postopka v razumnem roku sploh ne zaključi, ostala brez možnosti ustavnosodnega varstva.³⁸ Vendar pa je v vsakem primeru procesna predpostavka za vložitev ustavne pritožbe tudi izčrpanje pravnih sredstev (čl. 51 ZUstS). Pravno sredstvo, ki ga ima stranka na razpolago, če ji je v nekem sodnem postopku kršena pravica do sojenja brez nepotrebne odlašanja (in ki ga mora zato izčrpati pred vložitvijo ustavne pritožbe), pa je po mnenju ustavnega sodišča upravni spor. Če namreč sodišče v primernem roku ne zaključi postopka, s tem stori dejanje, s katerim posega v ustavne pravice posameznika (konkretno v pravico do

³⁵ Gl. npr. Koman-Perenič, str. 780, Plauštajner, str. 807.

³⁶ O tem več. Wedam-Lukić, str. 317.

³⁷ Odločba Ustavnega sodišča v zadevi Up 277/96 z dne 7.11.1996.

³⁸ Ibidem.

sojenja brez nepotrebnega odlašanja) - v takšnem primeru pa je po 157. členu ustave zagotovljeno sodno varstvo v upravnem sporu. Torej ima stranka še v teku sodnega postopka učinkovito pravno sredstvo, da v upravnem sporu uveljavlja kršitev pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja. Izčrpanje tega pravnega sredstva je zato procesna predpostavka za dopustnost vložitve ustavne pritožbe - tega pa pritožniki v nobeni od doslej obravnavanih ustavnih pritožb zaradi kršitve pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja glede civilnih sodnih postopkov niso izkazali in je bilo njihove ustavne pritožbe zato potrebno zavreči.³⁹

6. Pravica do pritožbe

Na procesna jamstva v pravnem postopku se nanaša tudi 25. člen ustave RS, ki zagotavlja pravico do pravnega sredstva zoper odločbe sodišč in drugih državnih organov (podobne pravice za civilne sodne postopke EKČP ne vsebuje; v skladu z 2. točko 7. protokola k EKČP je pravica do pritožbe kot konvencijska pravica priznana le v kazenskem postopku). Ker ustava pravico do pravnega sredstva opredeljuje kot človekovo pravico, se je z očitkom kršitve te pravice ob reševanju ustavnih pritožb že večkrat moralo ukvarjati tudi ustavno sodišče. Ustavno sodišče je zavrnilo interpretacijo, da je kršitev pravice do pritožbe podana že, če sodišče, ki odloča o pritožbi, nepravilno uporabi materialno ali procesno pravo oz. nepravilno ugotovi dejansko stanje.⁴⁰ Pravica do pritožbe kot ustavna pravica torej ne pomeni pravice do pravilne (zakonite) odločitve pritožbenega sodišča. Pač pa pravici do pritožbe kot ustavni pravici odgovarja obveznost pritožbenega sodišča, da pritožbo, če je dopustna, vsebinsko obravnava ter da se opredeli do bistvenih pritožbenih navedb. S tem v zvezi je tudi zahteva, da mora biti odločba pritožbenega sodišča obrazložena (saj je šele s tem razvidno, ali je pritožbeno sodišče obravnavalo bistvene navedbe pritožbe in ali se je do njih opredelilo).⁴¹ Na presojo teh elementov se tudi omejuje preizkus ustavnega sodišča ob zatrjevani kršitvi pravice do pravnega sredstva po 25. členu ustave. Ustavno sodišče pa se še ni izreklo glede vprašanja, ali iz pravice do pritožbe izhaja tudi zahteva po ustrezni obrazložitvi odločbe sodišča prve stopnje (saj stranka šele s tem, ko izve, na podlagi kakšnih razlogov je sodišče prve stopnje izdalo sodbo, praktično lahko učinkovito izvrši svojo pravico do pritožbe). Prav tako se je ustavno sodišče zaenkrat izognilo vprašanju, ali na ustavno raven pravice do pritožbe sodi prepoved *reformatio in peius*. V nekem primeru je ustavna pritožnica sicer uveljavljala, da ji je zaradi kršitve te prepovedi bila kršena ustavna pravica do pravnega sredstva. Vendar je ustavno sodišče ugotovilo, da z izpodbijano sodbo ta prepoved ni bila prekršena (pritožbeno sodišče je namreč potrdilo izrek sodbe sodišča prve stopnje, spremenilo je le pravno

³⁹ Npr. sklep civilnega senata v zadevi Up 344/96 z dne 21.5.1997.

⁴⁰ Sklep civilnega senata v zadevi Up 81/96 z dne 25.9.1996.

⁴¹ Ibidem.

kvalifikacijo v obrazložitvi - kar pa je v civilnih zadevah dopustno), zato ustavnemu sodišču ni bilo potrebno presojati, ali je ta prepoved sicer vsebovana v pravici iz 25. člena ustave.⁴² Pač pa je ustavno sodišče že večkrat potrdilo, da pravica do pravnega sredstva po 25. členu ustave več kot dvostopenjskega sojenja (tj. več kot pritožbe zoper odločbo sodišča prve stopnje) ne zagotavlja.⁴³ Zato pravice do revizije (in s tem tristopenjskega sojenja) ustava ne zagotavlja - zagotavlja jo šele zakon (ZPP), zato je tudi vprašanje pravilnosti odločb o zavrženju revizije le vprašanje pravilne uporabe zakona, ki pa v ustavno pravico do pravnega sredstva ne posega in je zato izvzeto od presoje pred ustavnim sodiščem. Tudi reformatorna pooblastila instančnih sodišč (ki torej lahko dokončno spremenijo odločbo nižjega sodišča, ne da bi imela prizadeta stranka nato možnost kakšnega pravnega sredstva) niso v nasprotju s 25. členom ustave.⁴⁴ Restriktivnejše tolmačenje ustavne določbe o pravici do pravnega sredstva je namreč potrebno, saj bi bila sicer prizadeta ustavna pravica do učinkovitega sodnega varstva brez nepotrebne odlašanja.⁴⁵

7. Pravica do poštenega sojenja

7.1. Splošno

Temeljno procesno jamstvo, ki ga za vse sodne, torej tudi pravdni postopek zagotavlja ustava, je pravica do enakega varstva pravic v postopku (čl. 22 ustave). Iz te ustavne določbe izhajajo pravica do poštenega obravnavanja (*fair trial*). Isto pravico zagotavlja tudi EKČP v čl. 6/1 (*fair hearing*). ES sicer splošne definicije poštenega obravnavanja doslej ni želelo podati, pač pa se je opredelilo le do posameznih elementov te pravice - med temi sta najpomembnejša zahteva po procesni enakosti orožij (*equality of arms*) in zahteva po kontradiktornem postopku (*adversarial trial*). Enakost orožij ES najslošneje opredeljuje kot *fair* ravnovesje med strankama oz. nekoliko določneje, da ta zahteva implicira, da mora biti vsaki stranki zagotovljena razumna možnost predstaviti svoje argumente, vključno z dokazi, pod pogoji, ki je ne postavljajo v vsebinsko slabši položaj nasproti drugi stranki.⁴⁶ Kot kontradiktoren postopek v skladu s 6. členom EKČP pa ES pojmuje postopek, v katerem je strankam zagotovljeno, da se seznanijo in izjavijo (*right to be heard*) glede navedb in dokazov nasprotne stranke,⁴⁷ Tudi nemška ustava v 103. členu zagotavlja pravico do zaslišanja (*rechtliches Gehör*), katere bistvena vsebina je po stališčih zveznega ustavnega sodišča pravica stranke, da se v postopku izjavi

⁴² Sklep civilnega senata v zadevi Up 193/96 z dne 15.1.1997.

⁴³ Npr. sklep civilnega senata v zadevi Up 114/96 z dne 25.9.1996.

⁴⁴ Sklep civilnega senata v zadevi Up 115/95 z dne 24.4.1996.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Npr. sodba ES v zadevi *Dombo Beheer* proti Nizozemski z dne 27.10.1993, Series A 274, str. 19.

⁴⁷ Npr. sodba ES v zadevi *McMichael* proti Združenemu kraljestvu z dne 24.2.1995, Series A 307-B, str. 53.

tako glede pravnih kot dejanskih vprašanj, tako glede ravnanj nasprotne stranke kot glede dejstev in dokazov, ki jih sodišče upošteva po uradni dolžnosti. Nujen predpogoj za uresničitev pravice stranke, da se izjavi, je pravica do informacije, torej pravica stranke, da se seznanj s procesnimi ravnanji drugih subjektov v postopku, glede katerih se lahko opredeli.⁴⁸

7.2 Pravica stranke, da se v postopku izjavi

Ustavno sodišče je doslej že v številnih primerih odločanja o ustavnih pritožbah zoper sodbe civilnih sodišč obravnavalo vprašanja povezana s pravico do poštenega (pravičnega) sojenja (*fair trial*), ki izhaja iz 22. člena ustave (ter 6. člena EKČP). V okviru presoje kršitev teh ustavnih pravic ustavno sodišče ne more presojeti, ali so sodišča v pravnem postopku pravilno ugotovila dejansko stanje ter pravilno uporabila materialno in procesno pravo.⁴⁹

Ustavno sodišče ne presoja same po sebi pravilnosti in zakonitosti izpodbijanih odločb, pač pa glede pravic iz 22. in 23. člena ustave presoja le, ali so bile v sodnem postopku spoštovane temeljne človekove pravice procesne narave. Eno temeljnih jamstev poštenega sojenja je zahteva po enakem varstvu pravic v postopku. Ustavno sodišče je glede te ustavne pravice (po sodni praksi Evropskega sodišča) povzelo, da je bistvena vsebina te zahteve, da mora imeti vsaka stranka v postopku možnost predstaviti svoja stališča, vključno z dokazi, pod pogoji, ki je ne postavljajo v vsebinsko slabši položaj nasproti drugi stranki.⁵⁰ Iz te zahteve izhaja pravica do kontradiktornega postopka, ki se mora voditi ob spoštovanju temeljne zahteve po enakopravnosti in procesnem ravnotežju strank ter njihove pravice, da se branijo pred vsemi procesnimi dejanji, ki lahko vplivajo na njihove pravice in interese. Ustavna zahteva je zato, da mora biti stranki omogočeno, da se v sporu izjavi tako glede pravnih kot glede dejanskih vprašanj ter o navedbah nasprotne stranke. Ustavno sodišče spoznava tudi vez med to pravico in pravico do spoštovanja človekove osebnosti, saj kontradiktoren postopek vsakomur zagotavlja možnost, da pride do besede v postopku, ki zadeva njegove pravice in interese, in tako preprečuje, da bi človek postal le predmet državnega odločanja.

Na podlagi teh opredelitev je ustavno sodišče ugotovilo kršitev pravice iz 22. člena ustave s strani pravnega sodišča, ki je v nasprotju s pravili pravnega postopka štelo, da je vezano na rešitev predhodnega vprašanja (obstoja odškodninske obveznosti) v prejšnji sodbi (ko je odločalo o eni vrsti škode) in je zato v pravdi, v kateri je odločalo o drugi vrsti škode iz istega škodnega dogodka, ignoriralo vse navedbe, ugovore in dokazne predloge stranke, ki so se nanašali na temelj zahtevka.⁵¹ Če torej sodišče zaradi napačne uporabe procesnega prava

⁴⁸ Gl. npr. sklep BVerfG z dne 8.6.1993, BVerfGE 89, str. 35.

⁴⁹ Gl. npr. sklep civilnega senata v zadevi Up 107/96 z dne 25.9.1996 ter sklep civilnega senata v zadevi Up 179/95 z dne 27.11.1996..

⁵⁰ Odločba Ustavnega sodišča v zadevi Up 39/95 z dne 16.1.1997.

⁵¹ Ibidem.

določene navedbe stranke šteje za nedopustne ter jih zato vsebinsko ne obravnava, je s tem lahko kršena pravica stranke, da se v postopku izjavi.

V isti odločbi je ustavno sodišče tudi zavzelo stališče, da iz ustavne zahteve po kontradiktornem postopku in pravice stranke, da se izjavi, izhaja tudi zahteva, da lahko sodba veže le tiste osebe, ki so v postopku, v katerem je bila izdana, imele možnost sodelovati. To stališče, ki ga sicer potrjuje tudi teorija civilnega procesnega prava,⁵² izhaja tudi iz judikature Evropskega sodišča za človekove pravice (npr. zadevi *Ruiz Mateos*⁵³ in *Obermeir*⁵⁴) in tudi nemško ustavno sodišče potrjuje, da ni dovolj, če je pravica do zaslišanja zagotovljena le formalnim strankam postopka, pač pa mora biti praviloma zagotovljena tudi "materialnim" udeležencem, tj. osebam, katerih pravni položaj bo z neko sodbo neposredno prizadet.⁵⁵ Ustavno sodišče sicer priznava, da lahko varstvo drugih ustavnih pravic in načel upravičuje obstoj določenih izjem, vendar je splošno pravilo, da osebi, ki v določenem sodnem postopku ni bila stranka in ni imela možnosti sodelovati, rezultat tega postopka ne sme iti v škodo niti z učinkom pravnomočnosti niti s tem, da bi se drugo sodišče v kasnejšem postopku proti tej osebi sklicevalo na dejanske ugotovitve in povzemalo dokaze iz postopka, v katerem ta oseba ni bila stranka. To ustavno zahtevo je prekršilo pravdo sodišče, ki je v odškodninski pravdi med oškodovanko in povzročiteljem škode vprašanje obstoja vzročne zveze med ravnanjem storilca in nastankom škode utemeljilo s sklicevanjem na izvednsko mnenje, izdelano v predhodnem postopku pred socialnim sodiščem. V postopku pred socialnim sodiščem (zaradi priznanja invalidske pokojnine) sta namreč stranki bili oškodovanka ter organ invalidskega zavarovanja, medtem ko povzročitelj škode v tem postopku ni imel možnosti sodelovati.⁵⁶

Pravica stranke, da se v postopku izjavi sama po sebi še ne zadošča - zato je Ustavno sodišče izreklo, da tej pravici odgovarja obveznost sodišča, da pretehta njihovo relevantnost ter da se do tistih navedb, ki so za odločitev bistvenega pomena, v sodbi tudi opredeli.⁵⁷ Ob tem se pravnim sodiščem v obrazložitvi svojih odločb ni potrebno opredeljevati, do tistih navedb strank, ki za odločitev niso relevantne, ali so očitno nesmiselne ali pomenijo zlorabo procesnih pravic.⁵⁸ Z zahtevo po proučitvi vlog stranke in po ustrezni opredelitvi do njenih bistvenih navedb v odločbi sodišča, je slovensko ustavno sodišče prevzelo stališča Evropskega sodišča za človekove pravice (glede obveznosti proučitve zadeva *Kraska*,⁵⁹ glede

⁵² Npr. Triva, Belajec, Dika, str. 533.

⁵³ *Ruiz Mateos* proti Španiji, sodba ES z dne 23.6.93, Series A 262, str. 15.

⁵⁴ *Obermeir* proti Avstriji, sodba ES z dne 28.6.1990, Series A 179, str. 43.

⁵⁵ Odločba BVerfG z dne 9.2.1982, BVerfGE 60, str. 7.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Sklep civilnega senata v zadevi Up 33/98 z dne 16.2.1998.

⁵⁹ Sodba ES v zadevi *Kraska* proti Švici z dne 19.4.1993, Series A 254, str. 73, gl. tudi Harris, Warbrick, O'Boyle, str. 217.

obveznosti obrazložitve npr. zadeva Hiro Balani⁶⁰), stališče, da pravici strank iz načela kontradiktornosti ustreza tudi obveznost sodišča, da navedbe stranke vzame na znanje in da jih pretehta, pa je zavzelo tudi nemško ustavno sodišče.⁶¹

Načelo kontradiktornosti kot najpomembnejši izraz ustavne pravice do enakega varstva pravic mora biti spoštovano v vseh vrstah postopkov - tudi v postopku izdaje začasne odredbe.⁶² Vendar je ob tem potrebno upoštevati posebnosti, ki izhajajo iz narave začasne odredbe - predvsem da gre za sredstvo zavarovanja ter da zato lahko doseže namen le, če je izdano v hitrem postopku, v določenih primerih tudi brez vnaprejšnjega opozorila nasprotni stranki. Zato je ustavno sprejemljiva ureditev, ki ob izdaji začasne odredbe, pravico nasprotne stranke, da se izjavi, omogoča šele naknadno (tožena stranka ima namreč po izdaji začasne odredbe možnost, da vloži ugovor, sodišče, ki je začasno odredbo izdalo, pa nato presodi, ali jo bo obdržalo v veljavi).⁶³

Ustavno sodišče ni pristojno presojeti pravilnosti ugotovitve dejanskega stanja v izpodbijanih sodbah in zato tudi ne presoja pravilnosti dokazne ocene pravnih sodišč. Vendar pa se zahteva po enakem varstvu pravic v postopku nanaša tudi na dokazni postopek. Ustavna zahteva je, da mora biti v dokaznem postopku obema strankama zagotovljen enakopraven položaj, kot tudi da mora stranki biti omogočeno, da je prisotna pri izvajanju dokazov, postavlja vprašanja pričam in izvedencem, da predlaga dokaze, se izjavi o dokaznih predlogih nasprotne stranke ter o rezultatih dokazovanja.⁶⁴ Iz ustave pa ne izhaja, da bi moralo sodišče izvesti vse dokaze, ki jih stranka predlaga; če sodišče razumno oceni, da nekateri predlagani dokazi ali dejstva, ki naj se z njimi ugotovijo, za odločitev v sporu niso bistvena, dokazov ni dolžno izvajati. Zato o obstoju kršitve pravice do enakega varstva v dokaznem postopku ni mogoče sklepati zgolj na podlagi okoliščine, da sodišče ni izvedlo vseh predlaganih dokazov.⁶⁵ Ustavno sodišče je tudi izreklo, da iz ustavne pravice do enakega varstva pravic v postopku ne izhaja, da bi pravdo sodišče moralo izvesti kakšne dokaze po uradni dolžnosti. ZPP sicer v 7. členu resnično določa, da lahko sodišče izvede dokaze tudi po uradni dolžnosti, vendar je z vidika ustavnih zahtev potrebno upoštevati, da je predvsem pravica in odgovornost stranke, da tudi z ustreznimi dokaznimi predlogi sama poskrbi za ustrezno varstvo svojih pravic.⁶⁶

⁶⁰ Sodba ES v zadevi Hiro Balani proti Španiji, Series A 303-B, str. 29-30, gl. tudi Harris, Warbrick, O'Boyle, str. 215, Frohwein, Peukert, str. 242.

⁶¹ Npr. sklep BVerfG z dne 1.2.1978, BVerfGE 47, str. 182.

⁶² Sklep civilnega senata v zadevi Up 321/96 z dne 15.1.1997.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Odločba Ustavnega sodišča v zadevi Up 39/95 z dne 16.1.1997, sklep civilnega senata v zadevi Up 107/96 z dne 25.9.1996, sklep civilnega senata v zadevi Up 198/97 z dne 26.2.1998.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Sklep civilnega senata v zadevi Up 198/97 z dne 26.2.1998.

7.3. Enakopravnost pravnih strank

Načelo obojestranskega zaslišanja ter pravice strank in obveznosti sodišča, ki izhajajo iz tega načela, so sicer najpomembnejši, vendar ne edini izraz pravice do enakega varstva pravic po 22. členu ustave. Ustavna zahteva po enakopravnem obravnavanju strank v pravnem postopku se izraža tudi skozi nekatere druge procesne institute - npr. skozi zahtevo, da morajo biti strankama (tožniku in tožencu) zagotovljene enake procesne možnosti v postopku s pravnimi sredstvi; v tem okviru tudi, da si zagotovita pravico do vložitve revizije. Ustavno sodišče je tako kot nesprejemljivo ocenilo v zadnjih letih stalno sodno prakso Vrhovnega sodišča, da je revizija dopustna le v primeru, če tožnik že v tožbi označi vrednost spornega predmeta (od katerega je odvisna dopustnost revizije). Po stališču Vrhovnega sodišča tako tožnik kot tudi toženec kasneje v postopku nista imela več možnosti, da si z naknadno določitvijo spornega predmeta zagotovita pravico do vložitve revizije. Ustavno sodišče pa je izreklo, da takšno stališče Vrhovnega sodišča krši ustavno zahtevo po enakopravnem obravnavanju pravnih strank. Če ima namreč tožnik možnost, da s pravočasno navedbo vrednosti spornega predmeta v tožbi zagotovi dopustnost revizije, mora biti ustrezno enaka možnost zagotovljena tudi nasprotni stranki - tožencu. Zato mora biti tožencu v primeru, ko tožnik v tožbi vrednosti spornega predmeta ne navede, zagotovljena možnost, da v postopku (ob prvi priložnosti ko to lahko stori; to pa je pred začetkom obravnavanja glavne stvari) doseže določitev vrednosti spornega predmeta in s tem zagotovi pravico do revizije.⁶⁷ Ustavno sodišče je zato razveljavilo sklep vrhovnega sodišča, ki je kot nedopustno zavrglo toženčevo revizijo z obrazložitvijo, da tožnik ni v tožbi navedel vrednosti spornega predmeta (čeprav je toženec v postopku pred sodiščem prve stopnje pravočasno uveljavljal, naj tožnik ali sodišče določita vrednost spornega predmeta).⁶⁸ Sodna praksa Vrhovnega sodišča, da je revizija dopustna le, če je vrednost spornega predmeta navedena že v tožbi, je zato sprejemljiva le, ko gre za vprašanje dopustnosti revizije tožnika.⁶⁹

7.4. Enaka uporaba prava v enakih primerih

Pravica do enakega varstva pravic v postopku pa presega zgolj zahtevo po enakopravnem obravnavanju vseh strank v enem postopku, pač pa iz te pravice (ki je poseben izraz splošne pravice do enakosti pred zakonom) izhaja tudi zahteva po enakopravnem obravnavanju strank v različnih postopkih, iz česar izhaja, da morajo sodišča v enakih zadevah pravo uporabljati enako. Pravica do enakega varstva pravic po 22. členu ustave je zato po stališču ustavnega sodišča prekršena tudi v primeru, ko v obravnavani zadevi sodišče samovoljno odloči drugače kot sicer redno odločajo sodišča v podobnih primerih. Čeprav praksa ustavnega sodišča glede

⁶⁷ Sklep civilnega senata v zadevi Up 112/94 z dne 6.3.1996.

⁶⁸ Odločba ustavnega sodišča v zadevi Up 184/95 z dne 10.7.1997.

⁶⁹ Sklep civilnega senata v zadevi Up 156/97 z dne 24.9.1997.

tega vprašanja še ni povsem usklajena, pa je mogoče zaključiti, da izkazanost obstoja dveh sodb, v katerih sodišči zavzemata različni pravni stališči, še ne izkazuje kršitve te pravice, pač pa mora pritožnik izkazati, da izpodbijana sodba odstopa od utečene in enotne sodne prakse, in da za ta odstop sodišče tudi ni izkazalo nobenih prepričljivih pravnih argumentov. Ustavno sodišče doslej še v nobenem primeru ni ugotovilo, da bi bil z izpodbijano sodno odločbo v pravnem postopku kršen ta vidik pravice do enakega varstva pravic v postopku po 22. členu ustave.⁷⁰

Poudariti velja, da predstavljeno stališče ustavnega sodišča o pravici do enake uporabe prava pred sodišči ne predstavlja uvedbe precedenčnega sistema v slovensko pravo. Sodna praksa po slovenskem pravu ni obvezen pravni vir, saj že ustava sama določa, da je sodnik pri odločanju vezan le na ustavo in zakon (čl. 125 ustave). To je neposreden izraz pravice do neodvisnega sodnika (čl. 23 ustave). Predstavljeno stališče ustavnega sodišča namreč ne sili pravnega sodišča, da odloči enako kot je že kdaj prej bilo odločeno v podobnem primeru. Celo od utečene in enotne sodne prakse lahko sodišče odstopi. Edina ustavna zahteva je, da sodišče ob tem obrazloži, zakaj je odstopilo od utečene in enotne sodne prakse, da torej poda razumne pravne razloge za lastno drugačno tolmačenje ustave oz. zakona. Ustavno sodišče torej v bistvu ne sili pravnih sodišč k temu, da bi sodilla tako, kot je uveljavljeno v sodni praksi, pač pa le k temu, da sodišča sodno prakso poznajo in da odstop od sodne prakse tudi primerno obrazložijo. Menim, da je na ta način slovensko ustavno sodišče našlo ustrezen rešitev med v tem pogledu nasprotujočima si zahtevama po enakosti pred zakonom na eni ter pravico do neodvisnega sodnika, ki je vezan le na ustavo in zakon, na drugi strani.

8. Sklepno

V kratkem času, odkar je pristojno za odločanje o ustavnih pritožbah zoper odločbe pravnih sodišč, se je slovensko ustavno sodišče že opredelilo glede najpomembnejših jamstev, ki jih ustava zagotavlja strankam pravnega postopka. Pri odločbah slovenskega ustavnega sodišča je pri tem očitno zgledovanje po judikaturi Evropskega sodišča za človekove pravice ter nemškega ustavnega sodišča. V stališčih ustavnega sodišča tudi ni bistvenih razlik od prevladujočih stališč v teoriji civilnega pravnega postopka, mogoče pa je tudi ugotoviti, da doslej do bistvenih načelnih nesoglasij glede vsebine procesnih garancij med ustavnim sodiščem in pravnimi sodišči, ni prišlo.

Uspešnih ustavnih pritožb zoper odločbe pravnih sodišč je bilo doslej izjemno malo; ustavno sodišče je doslej razveljavilo le štiri odločbe pravnih sodišč - od tega dve zaradi kršitev materialnih ustavnih pravic (pravice do dedovanja in

⁷⁰ Očitek te kršitve je ustavno sodišče presojalo npr. v zadevah Up 156/97 (sklep z dne 24.9.1997) ter Up 57/97 (sklep z dne 28.5.1997).

pravice do zasebnosti ter nedotakljivosti stanovanja), dve pa zaradi kršitev procesnih jamstev (načelo kontradiktornosti in enakopravnost pravnih strank - gl. zgoraj). Statistično je mogoče ugotoviti, da je doslej torej uspelo le približno en odstotek ustavnih pritožb v civilnih zadevah (v kazenskih in predvsem upravnih zadevah je ta odstotek bistveno višji). Razlogov za tako nizek delež uspešnih ustavnih pritožb je lahko več, gotovo pa je med temi razlogi potrebno tudi navesti, da pritožniki, vključno z njihovimi odvetniki v večini primerov (še) ne razumejo vsebine in namena tega posebnega pravnega sredstva in v ustavnih pritožbah (večinoma) zatrjujejo kršitve "navadnega" zakonskega prava, brez bistvenega ustavnopravnega argumenta. Za presojanje zakonitosti izpodbijanih odločb pa ustavno sodišče ni pristojno, razen če nezakonitost obenem ne predstavlja tudi kršitve katere od ustavnih pravic. Zaenkrat je mogoče ugotoviti, da je ustavno sodišče (njegov civilni senat) dosledno upošteval meje svojih pristojnosti in da se ustavna pritožba v Sloveniji ni spremenila v "superrevizijo".

9. Viri

- Ballon O., *Der Einfluss der Verfassung im Prozessrecht*, Zeitschrift fuer Zivilprozess, 1983, str. 286.
- Bettermann K., *Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses*, Juristische Blätter, 1972, str. 57-68..
- Betto N., *Ob predlogu novega ZPP*; Pravna praksa, št. 25/95, str. 110.
- Cappelletti M., *Access to justice*, Rabelzeitschrift, 1976, 40, str. 669-723.
- Cappelletti M., Tallon D., *FUNDAMENTAL GUARANTEES OF THE PARTIES IN CIVIL LITIGATION*, Milano, 1973.
- Frowein, Peukert, *EMRK - KOMMENTAR*, 2.Aufl., Kehl, 1996.
- Harris D.J., O'Boyle M., Warbrick C., *THE LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*, London, 1995.
- Gottwald P., *Armenrecht in Westeuropa und die Reform des deutschen Rechts*, Zeitschrift fuer Zivilprozess, 1976, str. 136-178.
- Jerovšek T., *O delovanju upravnega sodstva in o upravnem sporu v luči Evropske konvencije*, Podjetje in delo, št. 5-6, 1995, str. 718-725.
- Kranjc J., *Ustavna pritožba kot institut varstva človekovih pravic*, v zborniku: *Temeljne pravice* (Ur. Pavčnik M.,...), Ljubljana, 1997.
- Kinniger E., *Der wirtschaftlich Schwache im oesterreichischen Zivilprozess*, OeJZ, 1976, št. 1, str. 9-12.
- Koman-Perenič L., *Izpeljava ustavnih določil v civilnih procesnih zakonih*, Podjetje in delo, št. 6-7, 1997, str. 795-814.
- Mavčič A., *Odrpta vprašanja ustavnosodnega varstva temeljnih pravic*, Podjetje in delo, št. 5-6, 1994, str. 622-635.
- Plauštajner K., *Položaj upnika v sodnih postopkih*, Podjetje in delo, št. 6-7, 1997, str. 807-815.
- Rosenberg L., Schwab K.-H., Gottwald P., *ZIVILPROZESSRECHT*, 15. Aufl. Muenchen, 1993.
- Triva S., Belajec V., Dika M., *GRADJANSKO PARNIČNO PROCESNO PRAVO*, 6. izd., Zagreb, 1986.

Ude L., Sodno varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, *Pravnik*, št. 9-10, 1992, str. 365-374.

Ude L., Ustavna pritožba kot pravno sredstvo, *Podjetje in delo*, št. 5-6, 1995, str.514-522.

Wedam-Lukić D., Pravica do sodnega varstva civilnih pravic in obveznosti, *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani*, 1996, str. 303-321.

Kratice

ZUstS:	Zakon o ustavnem sodišču
ZPP:	Zakon o pravnem postopku
BVerfGE:	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtshofes
BVerfG:	Bundesverfassungsgerichtshof
EKČP:	Evropska konvencija človekovih pravic
ES:	Evropsko sodišče za človekove pravice

Summary

PROCEDURAL CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN CIVIL LITIGATION - CASE LAW OF THE SLOVENIAN CONSTITUTIONAL COURT

The Author observes decisions stated by the Slovenian Constitutional Court on constitutional complaints referring constitutional procedural guarantees in civil litigation.

The Constitutional Court accordingly approves the constitutional right of access to court declaring that the constitutional right remains intact when ref. Law on civil rights predicts administrative body as the competent authority considering the existence of judicial review as the access to court of full jurisdiction over a given subject-matter (administrative action(s)/decision(s)).

Great significance is addressed to the statement of the Constitutional Court about supporting not only formal standards of related right (access to court) but real & effective performance of the procedural pattern regardless of assets and proprietary level.

A trial without unreasonable delay becomes a constitutional right. Violation of ref. right (offence charged) might sustain the constitutional complaint even before the conclusion of civil litigation, but according to the Constitutional Court, judicial review is imposed as previous (required) judicial remedy (the form of appeal to the Litigation Court for violation of the right to a speedy trial).

An unjust appellate review (the decision of an Appellate Court) is not the sufficiently entitled issue of violence of the appeal as a constitutional right. The constitutional right of appeal presumes jurisdiction of appeal, imposing the review of the cause and items imminent for the final decree or order. Constitution does not presume three degrees for judicial decision.

The Author is considering fair trial as the issue of further elements: right to be heard; demand that reasonable non-appearance/default should not disadvantage a party in final result of the proceedings, exposition of judicial decisions, equality of arms.

The Author's concluding remarks underline that the stands of the Slovenian Constitutional Court do correspond to the stands of the European Court of Human Rights & German Constitutional Court, pointing out that there are no accentuated exceptions from the theory of Law of Civil Procedure and case law of litigation courts.

Key words: *procedural guarantees, civil litigation, constitutional complaint.*

Zusammenfassung

VERFAHRENSGARANTIE IM ZIVILPROZESS - RECHTSPRECHUNG DES VERFASSUNGSGERICHTS VON SLOWENIEN

Der Autor zeigt die Haltungen auf, die das slowenische Verfassungsgericht gelegentlich der Lösung von Verfassungsbeschwerden in Verbindung mit den Verfahrensgarantien beim Gerichtsverfahren eingenommen hat. Das Verfassungsgericht bestätigt das Verfassungsrecht auf den Justizgewährungsanspruch, doch außerdem stellt es fest, dass dieses Recht nicht verletzt wird, wenn das Gesetz zur Entscheidung über Zivilrechte die Zuständigkeit eines Verwaltungsorgans vorsieht, denn gegen die Verwaltungsakte wird im Verwaltungsrecht im Gerichtsverfahren ein Rechtsschutz mit voller Jurisdiktion ermöglicht. Von großer Bedeutung sind auch die Auffassungen des Verfassungsgerichts, dass es nicht genügt, wenn das Recht auf Rechtsschutz nur formal anerkannt wird, sondern dass eine wirkungsvolle und wahrhafte Ausführung dieses Rechts anerkannt werden muss, ungeachtet des Besitzstandes. Als Verfassungsrecht wird auch das Recht auf Entscheidung in angemessener Zeit anerkannt. Wegen Verletzung dieses Rechts ist es möglich schon vor Abschluss des Gerichtsverfahrens eine Verfassungsbeschwerde einzureichen, doch ist es nach Auffassung des Verfassungsgerichts nötig, vorher die Rechtsmittel des Verwaltungskonflikts gegen das Vorgehen des Gerichts, das das betreffende Recht verletzt hat, auszuschöpfen. Verfassungsrechtlich ist auch das Recht auf Beschwerde gegen Gerichtsentscheidungen anerkannt. Das bedeutet aber nicht dass das Verfassungsgericht prüfen kann, ob die Entscheidung des Beschwerdegerichts richtig ist. Dem Beschwerderecht als Verfassungsrecht entspricht die Pflicht des Beschwerdegerichts, die Gründe für die Beschwerde zu prüfen und darüber in der Urteilsbegründung zu entscheiden. Die Verfassung erteilt aber kein Recht auf gerichtliche Entscheidungen in drei Instanzen. Verbunden mit dem Recht auf ein faires Verfahren stellt der Autor fest, dass aus diesem Recht folgende Elemente hervorgehen: das Recht der Partei auf rechtliches Gehör; die Forderung, dass das Resultat des Verfahrens in der Regel nicht zum Nachteil der Person ausgeht, die

nicht am Verfahren teilnehmen konnte; die Urteilsbegründung und die Achtung der Waffengleichheit. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass die Auffassungen des Verfassungsgerichts Sloweniens den Auffassungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des deutschen Verfassungsgerichts entsprechen, und dass es außerdem keine größeren Abweichungen von den Auffassungen der Theorie des Zivilprozessrechts und der Rechtsprechung der Zivilgerichte gibt.

Schlüsselwörter: *Verfahrensgarantien, Zivilprozess, Verfassungsbeschwerde.*

O UPRAVNOM SPORU PRED UPRAVNIM SUDOM REPUBLIKE HRVATSKE U SVJETLU ČL. 6. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA*

Mr. sc. Jasna Garašić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.722
347.998.85(497.5)
Ur.: 1. rujna 1998.
Pr.: 6. listopada 1998.
Izvorni znanstveni članak

Prema hrvatskom pravu u nadležnosti upravnih organa nalazi se odlučivanje o određenim pravima, koja se prema praksi Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava smatraju građanskim. Republika Hrvatska je kao država članica Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda dužna u postupcima u kojima se odlučuje o građanskim pravima odnosno obvezama primijeniti procesne standarde predviđene čl. 6. te konvencije. Smatra se da upravni organi, u pravilu, ne zadovoljavaju zahtjeve predviđene tim člankom, i to u prvom redu onaj zahtjev koji se odnosi na nezavisnost organa koji donosi odluku. Ipak, uzima se da ne postoji povreda te konvencije ako je odluku upravnog organa naknadno kontroliralo tijelo koje ispunjava zahtjeve čl. 6. U radu se stoga pokušalo odgovoriti na pitanje da li se Upravni sud, kojem je u hrvatskom pravu povjereno ispitivanje zakonitosti upravnih akata, može smatrati tribunalom u smislu čl. 6, tj. odgovaraju li pravila postupka o upravnom sporu standardima propisanim u navedenom članku. Razmatranja ukazuju na potrebu izmjene Zakona o upravnim sporovima, temeljem koje bi se Upravni sud ovlastio i obvezao da samostalno utvrđuje činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Osim toga u taj Zakon bi trebalo unijeti odredbu temeljem koje bi Upravni sud, kada je riječ o takvom upravnom aktu, uvijek bio obvezan održati usmenu raspravu ako to stranka predlaže. Formulacija rezerve koju je Republika Hrvatska stavila prilikom ratifikacije

* Mag. Phil. Dr. iur. Tomislavu Boriću najtoplije zahvaljujem na pomoći u prikupljanju strane literature za ovaj rad. Gospođi sutkinji Dunji Jurić-Knežević zahvaljujem na vrlo interesantnom i dragom razgovoru o procesnim problemima u praksi Upravnog suda RH. Prof. dr. Mihajlu Diki zahvaljujem na poticaju da obradim ovu temu, na vremenu utrošenom na čitanje ovog rada, kao i na danim korisnim savjetima.

te konvencije u pogledu procesne garancije održavanja javne rasprave pred Upravnim sudom ne oslobađa Hrvatsku od obveze da Upravni sud javno objavi svoju odluku. Nadalje, nužno je povećati broj sudaca Upravnog suda i unaprijediti tehničke uvjete u kojima rade kako bi se osiguralo donošenje sudske odluke u razumnom roku. Kako nedorečene odredbe Zakona o Državnom sudbenom vijeću o imenovanju, razrješenju i disciplinskom postupku protiv sudaca (čl. 16-19; čl. 20-30; čl. 32-35), te upitne odredbe Zakona o sudovima o načinu ocjenjivanja rada sudaca (čl. 51-54) mogu pobuditi sumnju i potencijalno baciti sjenu na nezavisnost hrvatskog suca, potrebno je te zakone što prije doraditi, odnosno mijenjati.

Ključne riječi: *pojam građanskog prava odnosno obveze, upravni spor, procesni standardi Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.*

I. Uvod

Članak 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda o ljudskim pravima (u daljnjem tekstu Europska konvencija, EK), koju je Republika Hrvatska nedavno ratificirala,¹ propisuje minimum postupovnopравnih garancija koje postupak u kojem se odlučuje o građanskim pravima i obvezama osoba pod jurisdikcijom države članice mora pružati.² Procesne garancije predviđene navedenim člankom rezultat su stoljetnog razvoja u procesnim pravima kontinentalnog i engleskog pravnog područja.³ Kao minimum koji je nužan, da bi se u postupku učinkovito zaštitila materijalna prava, te su procesne garancije ujedno u Europskoj konvenciji normirane i kao samostalna prava.

¹ Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda - Narodne novine-Međunarodni ugovori 18/97 (u daljnjem tekstu NN/MU).

Konvencija je u okviru Europskog vijeća potpisana 4. 11. 1950. u Rimu, a stupila je na snagu 3. 9. 1953. Dosada je usvojeno 11 protokola. Pristupanje toj konvenciji preduvjet je za članstvo u Europskom vijeću. O nastanku i značenju te konvencije u međunarodnom pravu vidjeti npr. *Beddard, Ralph*, Human Rights and Europe, Grotius Publications Limited, 3. izdanje, Cambridge, 1993, str. 19-40; *Salcedo, Juan Antonio Carrillo*, The Place of the European Convention in International Law, u: The European System for the Protection of Human Rights, ured. R. St. J. Macdonald/ F. Matscher/ H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, str. 15-24.

² Treba napomenuti da čl. 6. ujedno propisuje i postupovnopравne garancije koje mora pružati postupak koji se vodi povodom podizanja optužnice za kazneno djelo, no to se u ovom radu neće razmatrati.

³ *Matscher, Franz*, Der Einfluß der EMRK auf den Zivilprozeß, Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, ured. Gerhardt, Walter/ Diederichsen, Uwe/ Rimmelspacher, Bruno/ Costede, Jürgen, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1995, str. 612.

Tako svatko ima pravo da o njegovom "građanskom pravu odnosno obvezi" odluči zakonom ustanovljeni, neovisni i nepristrani sud; da postupak u kojem se odlučuje o tome bude pravičan ("fair hearing", "Anhörung in billiger Weise"); da taj postupak u pravilu bude javan, uz obvezno javno objavljivanje odluke; te da odluka suda bude donesena u razumnom (primjerenom) roku.⁴ Prema tumačenju i praksi konvencijskih organa, Europske komisije za ljudska prava (u daljnjem tekstu Europska komisija) i Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu Europski sud), čl. 6, st. 1. posredno u sebi sadrži i pravo na pristup sudu, tj. pravo na sudsku zaštitu, koja se onda pruža uz poštivanje navedenih procesnih prava.⁵ Treba istaknuti da navedena prava nije moguće promatrati izolirano, jer se ona međusobno uvjetuju i isprepliću.

Da bi došlo do primjene čl. 6, nije dovoljno da je pravo čija se zaštita zahtijeva po svojoj prirodi "građansko", već je ujedno potrebno da je riječ o pravu koje priznaje unutarnje pravo dotične države članice, te da je riječ o stvarnom sporu čiji

⁴ Službeni prijevod čl. 6. iz Zakona o potvrđivanju Europske konvencije:

"1. Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.

2. Svatko optužen za kazneno djelo smatrat će se nevinim sve dok mu se ne dokaže krivnja u skladu sa zakonom.

3. Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava:

a) da u najkraćem roku bude obaviješten, potanko i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima optužbe koja se podiže protiv njega;

b) da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane;

c) da se brani sam ili uz branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja, kad to nalažu interesi pravde;

d) da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe;

e) besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu."

⁵ Vidjeti odluke *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1975), A-18, toč. 26 i dalje; *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske* (1982), A-52, toč. 80; *Silver protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1983), A-61, toč. 80-82; *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1984), A-80, toč. 105-107.

Broj iza navođenja stranaka označava godinu odluke. A se ovdje upotrebljava kao skraćenica za ediciju u kojoj se objavljuju presude i odluke Europskog suda za ljudska prava - Publications of the European Court of Human Rights-Series A. *Broj iza A* označava volumen te serije. *Toč. i broj iza nje* označava dijelove teksta presude, odnosno odluke.

Spomenimo usput da će stupanjem na snagu 11. Protokola, 1. studenog 1998, novi jedinstveni stalni Europski sud za ljudska prava zamijeniti postojeću Europsku komisiju za ljudska prava i postojeći Europski sud za ljudska prava (Preambula i čl. 1. Protokola 11).

je ishod za ostvarenje tog prava neposredno odlučan.⁶

Sam pojam "građansko pravo odnosno obveza" konvencijski organi u svojoj praksi tumače autonomno i prilično široko,⁷ smatrajući da se čl. 6. EK mora primjenjivati ne samo u klasičnim građanskopravnim postupcima, već i u postupcima čiji ishod ima direktan učinak na pravne pozicije, koje se prema kontinentalno-europskom shvaćanju smatraju građanskim pravom. Pri tome nije odlučno da li se odluka u konkretnom postupku donosi primjenom propisa privatnopravnog ili javnopravnog karaktera, nije odlučno ni jesu li obje stranke u sporu privatne osobe ili je jedna stranka vlast, kao što nije odlučno ni to u čiju je nadležnost po unutarnjem pravu odlučivanje o konkretnom pravu stavljeno.⁸ Europski sud zasada je odbio dati apstraktnu definiciju pojma građanskog prava, smatrajući prikladnijim određivati područje primjene čl. 6. EK svojim presudama u konkretnim slučajevima, pri čemu se dosada to područje primjene neprestano postupno širilo. Tako je npr. odlučeno da pod primjenu čl. 6. spadaju i odluke vlasti koje se odnose na: izvlaštenje nekretnine i naknadu za izvlaštenu nekretninu,⁹ konfiskaciju zemlje,¹⁰ davanje građevinske dozvole,¹¹ davanje dozvole za sklapanje ugovora o prodaji nekretnine,¹² ekstrakciju vode,¹³ oduzimanje sposobnosti

⁶ W. Peukert, u: J. A. Frowein/ W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK-Kommentar)*, Engel, Strasbourg, II izdanje, str. 157; *Wedam-Lukić, Dragica*, Arbitraža i pravo na sudsku zaštitu prema članku 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo u gospodarstvu, 1997, 1, str. 66.

⁷ Zbog nedostatka apstraktne definicije, nesigurnosti i nejasnoća u tumačenju tog pojma kritički o praksi Konvencijskih organa npr. *P. van Dijk*, u: P. van Dijk/ G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, II izdanje, 1990, str. 300 i dalje; *isti*, u: *The European System for the Protection of Human Rights*, ured. R. St. J. Macdonald/ F. Matscher/ H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, str. 375-379; *Matscher*, op. cit. u bilj. 1, str. 595; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 171-174.

⁸ Vidjeti npr. slučajeve: *Ringeisen protiv Austrije* (1971), A-13, toč. 94; *König protiv Njemačke* (1978), A-27, toč. 88-89; *Le Compté, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* (1981), A-43, toč. 21; *Sramek protiv Austrije* (1984), A-84, toč. 17; *Bentham protiv Nizozemske* (1985), A-97, toč. 34; *Feldbrugge protiv Nizozemske* (1986), A-99, toč. 12. *Usp. van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 296 i dalje; *Gomien, Donna*, Kratak vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, Vijeće Europe, Organizator, Zagreb, 1996, str. 42-43; *Harris, David J./ O'Boyle, Michael/ Warbrick, Colin*, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburg, Butterworths, 1995, str. 174-192; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, 163-164; *Grabenwarter, Christoph*, u: *Grabenwarter Christoph/ Kriebaum Ursula*, *Theorie und Praxis der Europäischen Menschenrechtskonvention*, WUV/ Universitätsverlag, Wien, 5. izdanje, 1997, str. 14-19.

⁹ *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske* (1982), A-52.; *Bodén protiv Švedske* (1987), A-125 B; *Lithgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1986), A- 102.

¹⁰ *Raimondo protiv Italije* (1994), A-281 A.

¹¹ *Skärby protiv Švedske* (1990), A-180 B.

¹² *Ringeisen protiv Austrije* (1971), A-13.

¹³ *Zander protiv Švedske* (1993), A-279 B.

upravljanja imovinom,¹⁴ patentna prava,¹⁵ davanja i oduzimanja licence za obavljanje određenog poziva ili djelatnosti kao npr. prava vođenja privatne medicinske klinike,¹⁶ odnosno održavanja benzinske crpke,¹⁷ davanje dozvole za vođenje privatne škole,¹⁸ bavljenje slobodnom profesijom kao npr. pravom,¹⁹ ili arhitekturom,²⁰ ostvarivanje prava iz zdravstvenoga i socijalnoga osiguranja,²¹ prava roditelja u slučaju intervencije državnih organa u pogledu čuvanja i odgoja djece,²² itd.

Rješavanje većine navedenih slučajeva bilo bi i po hrvatskom pravu u nadležnosti upravnih organa. No, već zbog vezanosti nižih upravnih organa za upute viših upravnih organa, hijerarhijski organizirane odgovornosti u obavljanju upravne djelatnosti, te odgovornosti upravnih organa odnosno izvršne vlasti zakonodavnoj vlasti, smatra se da upravni organi, u pravilu, ne zadovoljavaju zahtjeve što ih postavlja čl. 6. Europske konvencije, prema kojem, između ostaloga, organ koji odlučuje o "građanskom pravu odnosno obvezi" mora biti nezavisan.²³

Okolnost što je odlučivanje o određenom "građanskom pravu odnosno obvezi" prema unutarnjem pravu države članice eventualno u nadležnosti upravnih organa, odnosno organa koji ne ispunjava zahtjeve čl. 6. EK, ne može isključiti primjenu tog članka. Ipak, u praksi konvencijskih organa smatra se da se ne radi o povredi Europske konvencije kada o "građanskim pravima odnosno obvezama" odlučuje organ koji ne ispunjava kriterije čl. 6, ako je predviđena naknadna kontrola od strane tijela, tribunala koji udovoljava tim kriterijima.²⁴

¹⁴ *Winterwerp protiv Nizozemske* (1979), A-33.

¹⁵ *X protiv Austrije*, No 7830/77, 14 DR 200. DR oznaka je za ediciju European Commission of Human Rights, Decisions and Reports. Broj ispred DR označava volumen, a broj iza DR broj stranice edicije.

¹⁶ *König protiv Njemačke* (1978), A-27.

¹⁷ *Bentham protiv Nizozemske* (1985), A-97.

¹⁸ *Jordebo Foundation protiv Švedske*, No 11533/85, 61 DR 92.

¹⁹ *De Moor protiv Belgije* (1994), A-292.

²⁰ *Guchez protiv Belgije*, No 10027/82, 40 DR 100.

²¹ *Feldbrugge protiv Nizozemske* (1986), A-99.

²² *Olsson protiv Švedske* (1988), A-130; *Eriksson protiv Švedske* (1989), A-156.

²³ *Bentham protiv Nizozemske* (1985), A-97, toč. 41-44; *Belilos protiv Švicarske* (1988), A-132, toč. 64-67. U mnogim odlukama je naglašeno da mora postojati nezavisnost tribunala i u odnosu na stranke i u odnosu na izvršnu vlast, kao npr.: *De Wilde, Ooms i Versup protiv Belgije* (1971), A-12, toč. 78; *Ringeisen protiv Austrije* (1971), A-13, toč. 95; *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* (1981), A-43, toč. 55; *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1984), A-80, toč. 78.

²⁴ *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* (1981), A-43, toč. 51; *Albert i Le Compte protiv Belgije* (1983), A-58, toč. 29. Usp. van Dijk, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 306; Gomien, op. cit. u bilj. 8, str. 42; Wedam-Lukić, op. cit. u bilj. 6, str. 65-66; Harris/O'Boyle/Warbrick, op. cit. u bilj. 8, str. 178, 192.

Ustav RH²⁵ zajamčuje sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti (čl. 19, st. 2). U skladu s time Zakon o upravnim sporovima (u daljnjem tekstu ZUS)²⁶ predviđa mogućnost da se, radi osiguranja sudske zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti pred Upravnim sudom Republike Hrvatske po posebnim pravilima postupka, u kojem se odredbe Zakona o parničnom postupku (u daljnjem tekstu ZPP)²⁷ odgovarajuće primjenjuju (čl. 60. ZUS-a), pobija zakonitost upravnog akta kojeg je državni organ ili organizacija u izvršavanju javnih ovlaštenja donio rješavajući o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari (čl. 1, 5, 6. ZUS-a). Postavlja se stoga pitanje može li se Upravni sud, kada donosi odluku o zakonitosti upravnih akata kojima se odlučuje o "građanskim pravima odnosno obvezama", smatrati sudom u smislu čl. 6. Europske konvencije, tj. odgovaraju li važeća pravila postupka o upravnom sporu standardima propisanim u navedenom članku. Pri tome treba naglasiti da je Europska konvencija prema čl. 134. Ustava RH, kao međunarodni ugovor koji je sklopljen i potvrđen u skladu s Ustavom te objavljen, dio unutarnjeg pravnog poretka Republike, a po svojoj pravnoj snazi iznad zakona. U nastavku će se pokušati pronaći odgovor na postavljeno pitanje.

II. Pravo na pristup sudu

1. Europska konvencija

Prema ustaljenoj praksi konvencijskih organa čl. 6, st. 1. ne sadrži u sebi samo pravo da sudski postupak koji je jednom pokrenut bude vođen u skladu s načelima navedenim u tom članu, već sadrži u sebi, kao što je već rečeno, i samo pravo na sudsku zaštitu, dakle pravo pristupa sudu radi zaštite svojih građanskopravnih ovlaštenja.²⁸ Unutarnje pravo ne može određivati postoji li pravo pristupa sudu ili ne, jer bi se na taj način mogla izbjeći primjena odredaba konvencije bez njezine povrede, na način da države članice na pojedinim pravnim područjima ograniče ili sasvim isključe samu sudsku zaštitu.²⁹ Pri tome se pravo na pristup sudu ne shvaća u jednom apsolutnom smislu, već se ipak državama članicama ostavlja prostor za propisivanje određenih ograničenja koja imaju za cilj što bolje pravosuđenje,

²⁵ NN 56/90, 135/97.

²⁶ NN 53/91, 9/92, 77/92.

²⁷ NN 53/91, 91/92.

²⁸ *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1975), A-18, toč. 26 i dalje; *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske* (1982), A-52, toč. 80; *Silver protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1983), A-61, toč. 80-82; *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1984), A-80, toč. 105-107.

²⁹ Vidjeti *Bentham protiv Nizozemske* (1985), A-97, toč. 23-26. Usp. *van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 315; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 196; *Wedam-Lukić*, op. cit. u bilj. 6, str. 65.

odnosno što bolju zaštitu prava pred sudom, kao npr. ograničenje maloljetnika i mentalno bolesnih da sami nastupaju pred sudom, ili propisivanje obveznog zastupanja po odvjetniku u određenim vrstama sporova, ili ograničavanje u izboru nadležnog suda, itd.³⁰ U svakom slučaju, sama suština prava na pristup sudu ("the very essence of the right of access to court"), dakle, sama sudska zaštita, ne smije biti dovedena u pitanje.³¹

Čl. 6, st. 1. na izvjestan se način donekle preklapa s članom 13. EK, koji svakome, čija su prava i slobode priznate tom konvencijom povrijeđene, jamči pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom. Čl. 6, st. 1. širi je u smislu da jamči pravo na sudska zaštitu za sva građanska prava i obveze, pa i one koji ne proizlaze iz konvencije, dok je čl. 13. širi u smislu da jamči pravo na pravno sredstvo i za ona prava koja proizlaze iz konvencije, a koja nisu građanska u smislu čl. 6, st. 1.³²

Pri tome pristup sudu mora biti stvaran, efektivan, a ne samo formalnopravan.³³ Tako je npr. u slučaju *Airey protiv Irske* Europski sud ustanovio povredu tužiteljčinog prava na pristup sudu jer joj nije bilo moguće iz financijskih razloga pronaći odvjetnika koji bi je zastupao u postupku radi razvoda braka od nasilnog supruga, a odvjetničko zastupanje je u konkretnom slučaju zbog složenosti postupka pred High Court-om i emocionalne napetosti tužiteljice bilo potrebno za učinkovitu zaštitu njezinih prava.³⁴ Postojanje instituta oslobođenja od troškova postupka samo je jedna od mogućnosti kojom se može garantirati pristup sudu. Navodi se npr. i pojednostavljenje postupka, u kojem nije nužan odvjetnik.³⁵ Spomenimo i slučaj *Stran Greek Refineries S. A. i Stratis Andreadis protiv Grčke*, u kojem je utvrđena povreda prava na pristup sudu jer je jedna već podignuta tužba na naknadu štete protiv države onemogućena naknadno donosenim zakonom.³⁶

2. Hrvatsko pravo

Da bi se dobio uvid u pravo na pristup sudu prema hrvatskom pravu, kada je riječ o zaštiti građanskih prava o kojima je odlučeno upravnim aktom, potrebno je

³⁰ Vidjeti *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1975), A-18, toč. 37-40; *Winterwerp protiv Nizozemske* (1979), A-33, toč. 75; *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1986), A-109, toč. 60; *Usp. van Dijk*, op. cit. (2) u bilj. 7, str. 374-347; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 199-202; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 201-209.

³¹ *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1985), A-93, toč. 57; *Lithgow i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1986), A-102, toč. 194.

³² *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1975), A-18, toč. 16. *Usp. van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 315; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 202; *Wedam-Lukić*, op. cit. u bilj. 6, str. 65.

³³ *Gomien*, op. cit. u bilj. 8, str. 42; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 197; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 197.

³⁴ (1979), A-32, toč. 20 i dalje.

³⁵ *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 197-198.

³⁶ (1994), A-301 B, toč. 42-50.

najprije utvrditi zbog čega se upravni spor pred Upravnim sudom uopće može voditi i tko je ovlašten pokrenuti ga i u njemu sudjelovati.

Upravni spor pred Upravnim sudom može se voditi samo protiv upravnog akta (čl. 6, st. 1. ZUS). Zakon pri tome određuje upravni akt kao akt kojim državni organ ili organizacija u vršenju javnih ovlaštenja rješava o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari (čl. 6, st. 2. ZUS). Najsporniji element zakonske definicije upravnog akta jest pojam "upravne stvari". Neuspjeh u pronalaženju suštinskog kriterija u razgraničenju pojmova "građanske" i "upravne stvari" potakle su na opredjeljenje za jedan pragmatički kriterij, pa se pri ocjeni je li u konkretnom slučaju u pitanju "građanska" ili "upravna stvar" kao osnovni kriterij uzima okolnost je li zakonodavac određenu pravnu stvar dao na rješavanje redovnim sudovima po pravilima o parničnom odnosno izvanparničnom postupku ili državnom organu odnosno organizaciji s javnim ovlastima po pravilima upravnog postupovnog prava.³⁷ Pri tome se očito pojam "građanskog prava" ne izjednačuje sa pojmom "građanska stvar".³⁸

U hrvatskom pravu u pogledu mogućnosti vođenja upravnog spora usvojen je sistem tzv. generalne klauzule s negativnom enumeracijom.³⁹ To znači da se upravni spor može voditi protiv svakog upravnog akta, izuzev onog kojeg je zakon izričito izuzeo. ZUS je izuzeo od upravnog spora upravne akte u stvarima u kojima je osigurana sudska zaštita izvan upravnog spora (čl. 9). Pored toga, kako bi se osiguralo korišćenje pravnih lijekova predviđenih u samom upravnom postupku u kojem je upravni akt donijet, propisano je da se upravni spor može pokrenuti protiv upravnog akta donijetog u drugom stupnju (čl. 7, st. 1). No, to ograničenje ne vrijedi kada protiv prvostupanjskog upravnog akta nema mjesta žalbi u upravnom postupku (čl. 7, st. 2). Cilj upravnog spora - sudska zaštita prava građana i pravnih osoba, te

³⁷ *Triva, Siniša/Belajec, Velimir/Dika, Mihajlo*, Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, 6. izdanje, Zagreb, 1986, str. 72-74; *Bušić, Anđelko*, Nadležnost u upravnim i upravno-računskom sporu, Porezni vjesnik 1993, 7, 51; *isti*, Sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti s naglaskom na akte carinske službe, Carinski vjesnik 1995, 7, 33. U tom smislu i bivša jugoslavenska literatura: *Majstorović, Bogdan*, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni list, 3. izdanje, Beograd, 1965, str. 50 i dalje; *Dragojlović, Luka / Mihailović, Milovan*, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Savremena administracija, II izdanje, Beograd, 1979, str. 27-31; *Popović, Slavoljub*, O uslovima za pokretanje upravnog spora, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 1980, str. 104.

³⁸ Usporediti s tim u vezi i *Perovića*, koji smatra da za pojam "upravne stvari" nije bitan jedino karakter i svojstvo organa koji ga donosi, niti samo karakter samoga donijetog akta, a niti pak materija o kojoj se radi i u području kojeg se donosi taj akt, već su neophodni svi ti elementi, jer tek oni zajedno daju punu određenost i sadržaj datoj kategoriji, da bi ona bila "upravna stvar". - *Perović, Mirko*, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Savremena administracija, II izdanje, Beograd, 1972, str. 71.

³⁹ *Bušić, Anđelko*, Zaštita prava građana u upravnom sporu, Odvjetnik 1989, 1-2, 20; *Borković, Ivo*, Upravno pravo, Informator, Zagreb, 1997, str. 462-465. Iz bivše jugoslavenske literature usp. *Magerl, Milivoj*, Isključivanje mogućnosti vođenja upravnog spora, Privredno-pravni priručnik 1984, 7, str. 27.

osiguranje zakonitosti upravnih akata - ne bi bio u potpunosti ostvaren kada stranka ne bi imala na raspolaganju pravna sredstva u slučaju tzv. šutnje administracije. Stoga je određeno, da se upravni spor može pokrenuti i kad nadležni organ o zahtjevu, odnosno o žalbi stranke nije donio odgovarajući upravni akt, uz ispunjenje uvjeta predviđenih u čl. 26. ZUS-a (čl. 8)^{40,41}.

Inače upravni akt može se pobijati zato: 1) što u aktu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis utemeljen na zakonu ili drugi zakonito donesen propis ili opći akt; 2) što je akt donesen od nenadležnog organa; 3) što se u postupku koji je aktu prethodio nije postupilo prema pravilima postupka, a osobito što činjenično stanje nije pravilno utvrđeno, ili što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja (čl. 10, st.1). No, prema izričitoj odredbi stavka 2. istog članka, nema nepravilne primjene propisa kad je nadležni organ rješavao po slobodnoj ocjeni na temelju i u granicama ovlaštenja koje mu je dano pravnim propisima, u skladu sa svrhom u kojoj je ovlaštenje dano (tzv. diskrecijska ocjena).

Treba naglasiti da se upravni spor vodi u prvom redu radi ocjene zakonitosti upravnog akta, no ZUS predviđa i pet slučajeva tzv. pune iurisdikcije, kada Upravni sud sam "rješava upravnu stvar", tj. meritorno odlučuje o povrijeđenom pravu, odnosno povrijeđenom na zakonu utemeljenom neposrednom osobnom interesu stranke (čl. 42, st. 3, čl. 42, st. 4, čl. 42, st. 5; čl. 63, st. 1, čl. 64, st. 2).⁴²

Pravo pokretanja upravnog spora ima pojedinac ili pravna osoba ako smatra da joj je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo ili neposredni osobni interes utemeljen na zakonu (čl. 2, st. 1). Državni organ, organizacija, poslovna jedinica privredne organizacije, naselje i sl. ili skupina osoba, iako nemaju svojstvo pravne osobe, mogu pokrenuti upravni spor ako mogu biti nosioci prava i obveza o kojima se rješavalo u upravnom postupku (čl. 2, st. 2). Pored toga, ZUS daje pod određenim

⁴⁰ Čl. 26. ZUS-a:

"(1) Ako drugostepeni organ nije u roku od 60 dana ili u posebnim propisom određenom kraćem roku donio rješenje o žalbi stranke protiv prvostepenog rješenja, a ne donese ga ni u daljnjem roku od 7 dana nakon ponovljenog traženja, stranka može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena.

(2) Na način propisan u stavku 1. ovog članka može postupiti stranka i kad na njezin zahtjev nije donio rješenje prvostepeni organ protiv čijeg akta nema mjesta žalbi.

(3) Ako prvostepeni organ protiv čijeg akta ima mjesta žalbi nije u roku od 60 dana ili u posebnim propisom određenom kraćem roku donio nikakvo rješenje o zahtjevu, stranka ima pravo obratiti se svojim zahtjevom drugostepenom organu. Protiv rješenja drugostepenog organa stranka može pokrenuti upravni spor, a može ga uz uvjete iz stavka 1. ovog članka pokrenuti i ako taj organ ne donese rješenje."

⁴¹ Opširnije o slučajevima tzv. šutnje administracije vidjeti u bivšoj jugoslavenskoj literaturi: Magerl, *Milivoj*, Upravni spor zbog šutnje administracije, Privredno-pravni priručnik 1982, 5, 44-47; Šestić, *Ibrahim*, Pravna zaštita građana u slučaju šutnje uprave, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu 1984, 177-185.

⁴² O tome detaljnije u sljedećem odjeljku.

uvjetima aktivnu legitimaciju još trima vrstama pravnih subjekata: organu jedinice lokalne samouprave ili organizacije, državnom odvjetniku ili drugom zakonom ovlaštenom organu, te državnom pravobranitelju (čl. 2, st. 3, 4, 5).⁴³ Kao tužitelja u upravnom sporu čl. 12. ZUS-a određuje pojedinca, pravnu osobu, organizaciju, skupinu osoba, naselje i sl., koji smatra da mu je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo ili neposredni osobni interes utemeljen na zakonu. Tužena strana u upravnom sporu jest organ čiji se akt osporava (čl. 15). Treća osoba kojoj bi poništaj osporenoga upravnog akta neposredno bio na štetu (zainteresirana osoba) ima u sporu položaj stranke (čl. 16).

S obzirom na gore navedeni slučaj, kada je Europski sud smatrao da ne postoji stvaran, efektivan pristup sudu jer stranka nije mogla iz financijskih razloga angažirati potrebnog odvjetnika, treba uzeti da bi temeljem čl. 60. ZUS-a, prema kojem se ako ZUS ne sadrži odredbe o postupku u upravnim sporovima, na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a, u takvoj situaciji bilo moguće na odgovarajući način primijeniti odredbe ZPP-a o oslobođenju od plaćanja troškova postupka (čl. 172-178a).

Imajući na umu prikazane odredbe ZUS-a o uvjetima pokretanja upravnog spora i predviđene sudionike u postupku, može se reći da one daju dobru zakonsku podlogu za ostvarenje prava na pristup sudu. No, to još nije dovoljno. Suštinski promatrajući, da bi pravo na pristup sudu doista bilo ostvareno, potrebno je da sud koji odlučuje o "građanskom pravu odnosno obvezi" ima i određena svojstva i da se postupak pred njim vodi po načelima zagarantiranim u čl. 6. EK.

III. Pravo na sud određenih svojstava

Prema čl. 6, st. 1. EK sud koji odlučuje mora biti ustanovljen zakonom, nezavisan i nepristran. No, ovdje odmah treba naglasiti da konvencijski organi u autonomnom tumačenju pojam "sud" shvaćaju u materijalnom smislu, tako da oznaka nekog organa po unutrašnjem pravu države članice kao suda ili nesuda nema značenje. S tim u vezi treba istaknuti da se u engleskom tekstu u čl. 6. umjesto pojma "court" upotrebljava pojam "tribunal" koji ima šire značenje.⁴⁴ Odlučno je

⁴³ Organ jedinice lokalne samouprave ili organizacije koji je rješavao u prvom stupnju u određenoj stvari, može pokrenuti upravni spor, kada je o žalbi protiv takvog akta rješavao organ druge jedinice lokalne samouprave, odnosno organizacije, ako smatra da je drugostupanjskim aktom povrijeđeno njezino samoupravno pravo (čl. 2, st. 3). Državni odvjetnik ili drugi zakonom ovlašteni organ može pokrenuti upravni spor ako je upravnim aktom povrijeđen zakon u korist pojedinca ili organizacije odnosno jedinice lokalne samouprave i druge pravne osobe (čl. 2, st. 4). Državni pravobranitelj može pokrenuti upravni spor kad je upravnim aktom povrijeđen zakon na štetu jedinice lokalne samouprave, odnosno organizacije, koju on po zakonu zastupa (čl. 2, st. 5).

⁴⁴ *Matscher, Franz, Der Gerichtsbegriff der EMRK, Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, ured. Prütting, Hanns, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, str. 363, bilj. 1.

ispunjava li organ koji odlučuje u postupku zahtjeve navedene u čl. 6, pri čemu se ne misli samo na gore tri navedena strukturalna elementa, već i na to jesu li u postupku osigurane i ostale garancije sadržane u čl. 6.⁴⁵ O pravu na pošten i javan postupak, te o pravu na donošenje odluke u razumnom roku bit će riječi nešto kasnije, a sada će se najprije razmotriti u tekstu čl. 6, st. 1. izričito navedeni zahtjevi da sud mora biti utemeljen zakonom, da mora biti nezavisan i da mora biti nepristran, te kroz praksu konvencijskih organa utvrđeni zahtjevi da se u pravilu mora raditi o sudu koji je, osim odlučivanja o pravnim pitanjima, ovlašten samostalno utvrđivati i činjenice, kao i da njegove odluke moraju biti obvezatne. Iz odluka Europskog suda proizlazi da sud koji odlučuje ne mora nužno uvijek sam odlučiti o samom građanskom pravu odnosno obvezi, dakle, da se ne mora nužno uvijek raditi o sudu pune jurisdikcije, već da mogu i kasatorna ovlaštenja suda zadovoljiti zahtjeve čl. 6. EK.

Zbog većeg broja zahtjeva koji se u ovom poglavlju prikazuju, a radi bolje preglednosti i usporedbe, u ovom će se odjeljku odmah po prikazu pojedinog zahtjeva po Europskoj konvenciji dati prikaz stanja u hrvatskom pravu.

a) Ustanovljenost suda zakonom

1. Europska konvencija

Zahtjevom da sud mora biti ustanovljen zakonom, željelo se izbjeći da izvršna vlast samovoljno osniva sudove za iznimne slučajeve, jer se smatra da organizacija sudstva u demokratskom društvu mora biti regulirana propisima koje donosi zakonodavno tijelo. Ipak čl. 6, st. 1. ne zabranjuje osnivanje posebnih sudova i od strane izvršnih organa, ako za to postoji osnova u zakonu i ako su pred takvim sudovima osigurane nužne postupovnopravne garancije.⁴⁶

2. Hrvatsko pravo

Ovaj prvi zahtjev u pogledu organa koji odlučuje u upravnim sporovima prema hrvatskom pravu jest ispunjen. U skladu s ustavnom odredbom koja zajamčuje sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravne vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti (čl. 19, st. 2.) Zakonom o sudovima⁴⁷ ustanovljen je Upravni sud Republike Hrvatske (čl. 13, st. 1.), koji odlučuje o tužbama protiv konačnih upravnih akata (upravni sporovi) te obavlja i druge poslove određene zakonom (čl. 21). Zakon o upravnim sporovima sadrži izričitu odredbu prema kojoj upravne

⁴⁵ Vidjeti npr. *Belilos protiv Švicarske* (1988), A-132, toč. 64; *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* (1981), A-43, toč. 55. Više o tome *Matscher*, op. cit. u bilj. 45 str. 366-367; *isti*, op. cit. u bilj. 3, str. 600; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 230.

⁴⁶ Vidjeti npr. *Zand protiv Austrije*, No. 7360/76, DR 15, 70, 80. Više o tome *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, 368-369; *isti*, op. cit. u bilj. 3, 600; *van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 339 i dalje; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 239; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 249 i dalje.

⁴⁷ NN 3/94, 100/96.

sporove rješava Upravni sud Hrvatske (čl. 3, st. 1). U upravnim sporovima sud odlučuje u vijećima sastavljenim od trojice sudaca, ako zakonom nije određeno da o kakvu pravnom lijeku protiv odluka donesenih u upravnom sporu odlučuje sud u širem sastavu (čl. 3, st. 2. ZUS).⁴⁸

b) Nezavisnost suda

1. Europska konvencija

Nezavisnost znači u prvom redu nevezanost za upute, uključujući i nepostojanje obveze podnošenja izvještaja,⁴⁹ kao i slobodu od bilo kakve prisile, pritiska ili utjecaja izvana; to je stanje, koje suca stavlja u položaj da donese odluku isključivo prema pravu i savjesti.⁵⁰ Nezavisnost mora postojati u odnosu na stranke, na izvršnu vlast,⁵¹ na zakonodavno tijelo,⁵² ali i u odnosu na društvene snage;⁵³ ona se odnosi na sud u cjelini, ali i na svakog člana suda pojedinačno; nezavisnost mora također postojati između članova sudskog vijeća.⁵⁴ Inače članovi suda ne moraju biti profesionalni suci.⁵⁵

S jedne strane govori se o organizacijskoj ili strukturalnoj nezavisnosti, koja bi trebala proizlaziti iz odredaba o sastavu suda, odredaba o imenovanju i razrješenju sudaca, kao i odredaba o trajanju sudačke funkcije.⁵⁶ S druge strane postoji tzv. postupovna ili funkcionalna nezavisnost, koja u prvom redu podrazumijeva slobodu od uputa viših organa ili, generalnije rečeno, slobodu od ingerencije nesudskih službi.⁵⁷

2. Hrvatsko pravo

U pogledu imenovanja i razrješenja sudaca Upravnog suda te trajanja njihove sudačke funkcije vrijede ista pravila kao i za suce ostalih sudova u Hrvatskoj. S tim u vezi treba ipak upozoriti na nekoliko momenata.

⁴⁸ Tako npr. o izvanrednom pravnom lijeku - prijedlogu za ponavljanje postupka - Upravni sud RH odlučuje u vijeću sastavljenom od pet sudaca kad rješava o prijedlogu za ponavljanje postupka (čl. 54. ZUS-a).

⁴⁹ Vidjeti npr. *Ringeisen protiv Austrije* (1971), A-13, toč. 95; *Schiesser protiv Švicarske* (1979), A-34, toč. 29;

⁵⁰ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 369.

⁵¹ Vidjeti *Ringeisen protiv Austrije* (1971), A-13, toč. 95; *Bentham protiv Nizozemske* (1985), A-97, toč. 41-43.

⁵² *Crociani protiv Italije* No 8603/79, 22 DR 147, 221.

⁵³ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 370.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Vidjeti *Ettl protiv Austrije* (1987), A-117, toč. 38. O tome *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 231.

⁵⁶ *Langborger protiv Švedske* (1989), A-155, toč. 32.

⁵⁷ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, 371, 373; *Walder, Ulrich*, Gedanken zur Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit im Lichte der EMRK, Festschrift für Franz Matscher - Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, ured. Ballan/Hagen, 1993, str.

Odredbe Zakona o Državnom sudbenom vijeću⁵⁸ o postupku imenovanja sudaca (čl. 16-19.) ostale su nedorečene. Posebno je na legislativnoj razini ostalo neriješeno pitanje koje se pravno sredstvo može uložiti protiv odluke o (ne)imenovanju; opisi bića disciplinskih djela zbog kojih sudac može biti pozvan na odgovornost sadrže previše pravnih standarda koji omogućuju široko tumačenje i time pravnu nesigurnost, a i sam je disciplinski postupak nedovoljno razrađen, s nedovoljno precizno određenim ovlaštenjima i obvezama sudionika (čl. 20-30); isto tako nije dovoljno u procesualnom smislu razrađen ni postupak razrješenja suca kad se ne radi o njegovoj disciplinskoj odgovornosti (čl. 32-35).⁵⁹ Osim toga nije sasvim neupitan Zakonom o sudovima predviđeni postupak ocjenjivanja sudaca s obzirom na njihovo stručno znanje i sposobnost za obnašanje sudačke dužnosti, što se obavlja svake tri godine, a koje se traži za imenovanje suca višeg suda. To ocjenjivanje obavljaju sjednice sudskih odjela istog suda u kojem sudac radi, odnosno ako u sudu nema odjela, sam predsjednik suda, čime se iznutra vrlo lako može ugroziti nezavisnost suca (čl. 51-54).⁶⁰ Manjkavosti u navedenim zakonima, na žalost, mogu pobuditi sumnju i potencijalno baciti sjenu na nezavisnost hrvatskog suca.

S druge strane postavlja se pitanje da li čl. 30, st. 3. Zakona o sudovima - koji određuje da je pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici sudskog odjela obvezatno za sva vijeća u sastavu sudskog odjela drugog stupnja odnosno sudskog odjela Upravnog suda i Vrhovnog suda Republike Hrvatske - dovodi u pitanje funkcionalnu nezavisnost sudaca.⁶¹ U austrijskoj i njemačkoj literaturi o Europskoj konvenciji navodi se da slijeđenje stalne sudske prakse, te manja ili veća vezanost suca za pravno mišljenje izraženo od strane višeg suda u postupku pravnih lijekova, kao ni vezanost suca za precedente, ne predstavlja ograničenje nezavisnosti suca, s obzirom da se sloboda od uputa odnosi u prvoj liniji na slobodu suca od uputa od strane nesudskih službi.⁶² Pri tome se u literaturi spominje da nije poznata odluka konvencijskih organa koja bi dovela u pitanje nezavisnost sudova iz common law sistema zbog njihove vezanosti za precedente.⁶³

517 i dalje; *Peukert*, op. cit. u bilj. 8, str. 251. Detaljno o pravu na nezavisnog suca *Dika, Mihajlo*, Pravo na nezavisnog suca, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1989, supplement br. 5-6, str. 855-878; *isti*, Pravo na nezavisnog suca, *Odvjetnik* 1990, br. 5-6, str. 18-42.

⁵⁸ NN 58/93.

⁵⁹ Detaljnije o tome *Dika, Mihajlo*, Organizacijska samostalnost i funkcionalna nezavisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj (pokušaj analize normativnopravnog uređenja instituta nakon donošenja Ustava Republike Hrvatske), *Privreda i pravo*, 1994, str. 30-38.

⁶⁰ Detaljnije o tome *Dika*, op. cit. u bilj. 59, str. 40-42.

⁶¹ Vidjeti *Dika*, op. cit. u bilj. 59, str. 39.

⁶² *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 374; *Peukert*, op. cit. u bilj. 8, str. 250.

⁶³ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 374.

c) Nepristranost suda

1. Europska konvencija

Nezavisnost i nepristranost suda ne mogu se uvijek sasvim jasno razdvojiti. Oba pojma podliježu širem pojmu objektivnosti postupka, koja predstavlja jedan od ciljeva čl. 6, st. 1. EK. Nepristranost pretpostavlja nezavisnost. Sud koji nije nezavisan od izvršne vlasti ne može biti nepristran u postupku u kojem je izvršna vlast stranka.⁶⁴ Isto tako sudac koji je povezan s jednom strankom ne može biti ni nezavisan, ni nepristran.⁶⁵

U literaturi i praksi konvencijskih organa razlikuje se subjektivna (konkretna) i objektivna ili organizacijska (apstraktna) nepristranost.

U slučaju *subjektivne nepristranosti* radi se o pitanju je li određen sudac u konkretnom slučaju bio pristran. Pri utvrđivanju subjektivne pristranosti konvencijski su organi suzdržani, jer je tu pristranost teško dokazati i jer procesni propisi država članica općenito nude dovoljno mogućnosti za izuzeće sudaca.⁶⁶ Presumira se da subjektivna nepristranost postoji dok se ne dokaže protivno.⁶⁷ Osim toga smatra se da se stranka, koja nije koristila mogućnost izuzeća suca, ne može na pristranost kasnije pozivati, budući da nije iscrpila pravno sredstvo.⁶⁸ Kod ispitivanja odluke kojom je odbijen prijedlog za izuzeće, konvencijski organi posebno ispituju je li prijedlog bio odbijen iz opravdanih razloga.⁶⁹

U slučaju *objektivne nepristranosti* radi se o pitanju jesu li u položaju suca u okviru organizacije vlasti ili u njegovom odnosu prema strankama postojale okolnosti koje su dopustile nastanak opravdane sumnje u nepristranost suca,⁷⁰ pri čemu se misli na način na koji je sud bio organiziran i sastavljen, odnosno na određena preklapanja funkcija suca, tj. na njegovo eventualno sudjelovanje u prijašnjem stadiju postupka u dotičnom predmetu.⁷¹ Kod objektivne nepristranosti naglasak je na vanjskoj pojavnosti. Ona se uspoređuje sa engleskom pravnom doktrinom prema kojoj "*justice must not only be done: it must also be seen to be done*". Ta se rečenica našla u mnogim odlukama Europskog suda.⁷²

⁶⁴ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 370; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 234; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 254.

⁶⁵ *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str.234.

⁶⁶ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 376, 379.

⁶⁷ *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* (1981), A-43, toč. 58; *Piersack protiv Belgije* (1982), A-53, toč. 30; *Albert i Le Compte protiv Belgije* (1983), A-58, toč. 32; *De Cubber protiv Belgije* (1984), A-86, toč. 25.

⁶⁸ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 379.

⁶⁹ *Ringeisen protiv Austrije* (1971), A-13, toč. 97.

⁷⁰ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 376.

⁷¹ *Van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 338-339; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 235 i dalje.

⁷² Npr. *Piersack protiv Belgije* (1982), A-53, str. 14, toč. 30; *Sramek protiv Austrije* (1984), A-84, toč. 42; *De Cubber protiv Belgije* (1984), A-86, toč. 26. Usporedi *Matscher*, op. cit. u bilj. 3, str.

Smatra se da navedeno razlikovanje između subjektivne i objektivne nepristranosti otprilike odgovara razlikovanju između izuzetog i isključenog suca u unutarnjem pravu.⁷³

2. Hrvatsko pravo

Zakon o upravnim sporovima ne sadrži vlastite odredbe o isključenju i izuzeću sudaca, pa temeljem čl. 60. istog zakona treba na odgovarajući način primijeniti odredbe o isključenju i izuzeću sudaca koje propisuje Zakon o parničnom postupku (čl. 71-76).⁷⁴ S obzirom na to može se zaključiti da je strankama dana mogućnost da se u upravnom sporu izbere za nepristranog suca.

d) Ovlaštenja suda u pogledu činjeničnih i pravnih pitanja

1. Europska konvencija

Kada odlučuje o građanskim pravima u smislu čl. 6, st. 1. EK upravni sud ne bi smio biti vezan činjenicama utvrđenim u upravnom postupku, već bi morao biti ovlašten samostalno izvesti dokaze i ocijeniti ih, te uzeti u obzir sve činjenice koje su relevantne za njegovu odluku.⁷⁵

U slučaju *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, gdje se radilo o pobijanju odluke donijete u disciplinskom postupku protiv liječnika, Europski sud je ustanovio povredu prava na pristup sudu sadržanog u čl. 6, st. 1. Konvencije, jer je belgijski Cour de cassation bio ovlašten ispitati činjenice utvrđene u disciplinskom postupku samo pod uvjetom da se isticala povreda neke odredbe o dokaznom postupku.⁷⁶

U slučaju *Ettl protiv Austrije* Europska komisija utvrdila je da ovlaštenja koja austrijski Verwaltungsgerichtshof (Upravno sudište) ima u upravnim sporovima ne udovoljavaju zahtjevima čl. 6, st. 1. EK, jer je ono ovlašteno ispitivati zakonitost upravnih akata u pravilu samo na temelju činjenica utvrđenih u upravnom postupku, bez ovlaštenja da relevantno činjenično stanje eventualno ustanovi na osnovi samostalnog izvođenja dokaza.⁷⁷

Vrlo je važan slučaj *Zumtobel protiv Austrije*, u kojem je tužitelj vodio upravni spor pred Verwaltungsgerichtshofom protiv rješenja o eksproprijaciji njegove zemlje, što ga je donio vladin ured radi gradnje ceste, i čiju je odluku pred

600-601; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 235.

⁷³ *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 376.

⁷⁴ Tako i *Nakić, Jakov*, Primjena odredbi Zakona o parničnom postupku u upravnom sporu, Naša zakonitost 1989, br. 9-10, str. 1250.

⁷⁵ *Peukert*, op. cit. u bilj. 8, str. 200; *Grabenwarter, Christoph*, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (Eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs), Springer Wien-New York, 1997, str. 426.

⁷⁶ (1981), A-43, toč. 33, 51.

⁷⁷ (1987), A-117, toč. 82-85. Vidjeti i mišljenje suca Nørgaarda na str. 30. iste edicije.

Europskim sudom pobijao, između ostaloga, i zbog toga što austrijski Verwaltungsgerichtshof u pravilu nema ovlaštenja da samostalno utvrđuje činjenično stanje, već sudi na osnovi činjenica utvrđenih u upravnom postupku. No, Europski je sud našao da je u konkretnom slučaju Verwaltungsgerichtshof bio u mogućnosti ispitati sve prijedloge tužitelja, i to točku po točku, ne oglašivši se nijednom nenadležnim za razjašnjenje različitih fakata, te da u konkretnom slučaju u tom smislu nema povrede čl. 6. EK. Pri tome je naglašeno da se pri ispitivanju da li ovlaštenja suda ispunjavaju zahtjeve čl. 6. uvijek polazi od ovlaštenja koja su mu bila potrebna u konkretnom slučaju, te razloga pobijanja koji su u tužbi bili istaknuti.⁷⁸ Takvo svoje stajalište potvrdio je i u slučaju *Ortenberg protiv Austrije*,⁷⁹ *Fischer protiv Austrije*,⁸⁰ *Bryan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁸¹ te *IKSCON protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁸²

U slučaju *Obermeier protiv Austrije* Europski sud je smatrao da austrijski Verwaltungsgerichtshof nije zadovoljio standarde čl. 6, st. 1. s obzirom na to da u pogledu slobodne ocjene upravnog organa to sudište može samo preispitati je li vršenje diskrecijskog prava bilo u skladu sa zakonom, a u konkretnom slučaju diskrecijska ocjena upravnog organa nije bila zakonski organičena nikakvim uputama, pa je zbog toga ispitivanje u pravnom smislu praktički bilo isključeno.⁸³

Naprotiv u već spomenutom slučaju *Zumtobel protiv Austrije* Europski sud je našao da su ovlaštenja austrijskog Verwaltungsgerichtshofa u pogledu ispitivanja diskrecijske ocjene bila u skladu sa zahtjevima čl. 6, st. 1, jer je u konkretnom slučaju vršenje diskrecijske ocjene u dovoljnoj mjeri bilo zakonski određeno, pa je sudište moglo pravno ispitati diskrecijsku ocjenu upravnog organa u konkretnom slučaju.⁸⁴

U praksi konvencijskih organa polako se ustaljuje stajalište da ograničenje suda u ispitivanju diskrecijske ocjene upravnih organa ne predstavlja povredu čl. 6. EK tako dugo dok je sud po nacionalnom pravu ovlašten ispitati je li se upravni organ držao granica dispozicijskih ovlaštenja koja su mu određena propisima.⁸⁵ S tim u vezi može se spomenuti i izvještaj Europske komisije u slučaju *Kaplan protiv*

⁷⁸ *Zumtobel protiv Austrije* (1993), A-268 A, toč. 32. No, vidjeti i odvojeno mišljenje Trechsela, Soyera, Rozakisa i Loucaidesa, u istoj ediciji, na str. 24-25, koji smatraju da u konkretnom slučaju nije dokazano da je austrijski sud bio ovlašten potpuno ispitati sve činjenice. Kritički o navedenom stajalištu Europskog suda *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 75, str. 455-457.

⁷⁹ (1994), A-295 B, toč. 29-34.

⁸⁰ (1995), A-312, toč. 27-34.

⁸¹ (1995), A-335-A, toč. 39-47.

⁸² No 20490/92, 76A DR 90, str. 111 (1994).

⁸³ (1990), A-179, toč. 70. Usp. *Peukert*, op. cit. u bilj. 8, str. 200.

⁸⁴ (1993), A-268, toč. 27-32.

⁸⁵ Usp. *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 75, str. 433 i dalje, 439. Vidjeti i daljnje slučajeve *Ortenberg protiv Austrije* (1994), A-295, toč. 36-47; *Fischer protiv Austrije* (1995), A-312, toč. 34; *Bryan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1995), A-335, toč. 46-47.

Ujedinjenog Kraljevstva, u kojem je ona istaknula da je u većini država članica uobičajeno ograničenje ovlaštenja suda u ispitivanju odluka u području upravnog prava, te da bi takvo tumačenje čl. 6, st. 1. EK, prema kojem bi on davao pravo na sveobuhvatno sudsko ispitivanje stvarne osnovanosti svake upravne odluke koja dotiče privatno pravo, vodilo rezultatu koji bi bio nekonzistentan sa tim postojećim dugotrajnim pravnim stanjem u većini država članica.⁸⁶

2. Hrvatsko pravo

Pogledajmo u kojoj su mjeri Upravnom sudu RH nametnuta ograničenja u pogledu odlučivanja o činjeničnim i pravnim pitanjima.

Prema čl. 39, st. 1. ZUS-a sud rješava spor, u pravilu, na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku.

Iz stavka 2. istog članka ipak proizlazi da činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku Upravni sud kontrolira. Tako, ako on nađe da se spor ne može raspraviti na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom postupku zbog toga što u pogledu utvrđenih činjenica postoji proturječnost u spisima, što su one u bitnim točkama nepotpuno utvrđene, što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja, ili nađe da se u upravnom postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari, sud će osporeni upravni akt poništiti presudom. U takvu slučaju nadležni organ je dužan postupiti onako kako je u presudi određeno i donijeti nov upravni akt.

St. 3. istog člana daje Upravnom sudu još veća ovlaštenja, jer predviđa situacije u kojima sud može, iznimno od st. 1, samostalno utvrđivati činjenično stanje i na podlozi tako utvrđenog činjeničnog stanja donijeti presudu, odnosno rješenje. To su situacije: 1) ako bi poništenje osporenoga upravnog akta prema st. 2. istog članka i ponovno vođenje postupka kod nadležnog organa izazvalo za tužitelja štetu koja bi se teško mogla popraviti; 2) ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje drugačije od onoga utvrđenog u upravnom postupku; 3) ili ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležni organ nije u potpunosti postupio po presudi. U tim bi situacijama, dakle, Upravni sud mogao sam izvoditi dokaze i ocjenjivati ih i ne bi bio vezan za činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku.

Način na koji sud u navedenim situacijama sam utvrđuje činjenično stanje određen je u st. 4. istog članka. On to čini po potrebi na raspravi, ili preko jednog člana vijeća ili preko drugog redovnog suda, ili preko drugog organa. Na raspravu se poziva i stranka.

Postavlja se pitanje jesu li situacije navedene u st. 3, čl. 39. doista jedine u kojima Upravni sud može samostalno utvrđivati činjenično stanje, tj. kako treba tumačiti riječi "u pravilu" iz st. 1, čl. 39. U literaturi se naime može naći mišljenje

⁸⁶ *Kaplan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 4 EHRR, str. 64 (1980) Com Rep. EHRR jest kratica za European Human Rights Reports. Broj ispred kratice označava volumen.

da je sud u slučaju pune jurisdikcije ovlašten sam utvrđivati činjenično stanje.⁸⁷ Dakle, da li slučaj kada sud odlučuje meritorno o samoj biti stvari, tj. o samom pravu stranke, doista ovlašćuje sud da samostalno utvrdi činjenično stanje i u onim situacijama, koje nisu navedene u st. 3, čl. 39? Čini se da u traženju odgovora na postavljeno pitanje treba ipak razlikovati između pet slučajeva pune jurisdikcije, koje ZUS poznaje.

- Prema čl. 42, st. 3. sud može, kad nađe da se osporeni upravni akt ima poništiti, presudom riješiti upravnu stvar, ako priroda stvari to dopušta i ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to. Takva presuda u svemu zamjenjuje poništeni akt. Nije sporno da u ovom slučaju sud može utvrđivati činjenično stanje ako je riječ o nekoj od situacija iz čl. 39, st. 3.⁸⁸ No, ni ZUS, ni literatura ne daju izričit odgovor na pitanje može li to sud učiniti izvan situacija iz čl. 39, st. 3. Nejasno je kako tumačiti sintagmu "ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to". Čini se da tu zakonsku formulaciju, posebno s obzirom na načelnu koncepciju hrvatskog upravnog spora, kao spora o zakonitosti upravnog akta, ipak treba shvatiti u smislu da je Upravni sud ovlašten presudom riješiti samu upravnu stvar, ako mu za njeno donošenje, nakon zaključka da upravni akt treba poništiti, dostaju činjenice utvrđene u upravnom postupku, odnosno činjenice koje je on, samostalno utvrdio ili će utvrditi temeljem čl. 39, st. 3. u samom upravnom sporu.

- Prema čl. 42, st. 4. presudom kojom se osporeni upravni akt poništava sud će odlučiti i o zahtjevu tužitelja za povrat stvari, odnosno za naknadu štete ako podaci postupka daju za to pouzdanu osnovu. U protivnom sud će uputiti tužitelja da svoj zahtjev ostvaruje u parnici. I u ovom slučaju se postavlja isti problem tumačenja sintagme "ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to", što bi trebalo tumačiti na isti način kao i u gornje navedenom slučaju pune jurisdikcije, no s tom razlikom, što činjenice koje opravdavaju zahtjev za povrat stvari, te osnovu i visinu naknade štete, zasigurno nisu bile predmet utvrđivanja u upravnom postupku budući da nastaju po izvršenju upravnog akta. U praksi se tužitelj u pravilu upućuje u parnicu.

- Prema čl. 42, st. 5, kad je tužba podnesena na temelju članka 26. ZUS-a (dakle, u slučaju tzv. "šutnje administracije"), presudom se tužba uvažava ili odbija kao neosnovana. Ako se tužba uvažava, odredit će se u kojem će smislu tužena strana donijeti rješenje ili će se presudom riješiti upravna stvar. Ako bi sud ovdje iskoristio dano ovlaštenje i odlučio sam meritorno riješiti stvar, morao bi samostalno utvrditi činjenično stanje u slučaju: a) kada zahtijevani upravni akt nije donio prvostupanjski organ protiv čijeg rješenja nema mjesta žalbi; b) ako zahtijevani upravni akt nije donio prvostupanjski organ, a ni drugostupanjski organ nije reagirao. Naime, u ta dva slučaja činjenično stanje nije u upravnom postupku ni utvrđivano. Dakle, tu bi se onda radilo o još jednoj iznimci od čl. 39, st. 1.

⁸⁷ Bušić, op. cit. u bilj. 39, str. 19.

⁸⁸ Majstorović, op. cit. u bilj. 37, str. 127; Perović, op. cit. u bilj. 38, str. 321; Dragojlović/Mihailović, op. cit. u bilj. 37, str. 140.

- Prema čl. 63, st. 1. ako nadležni organ nakon poništenja upravnog akta donese upravni akt protivno pravnom shvaćanju suda, ili protivno primjedbama suda u vezi s postupkom, pa tužitelj podnese novu tužbu, sud će poništiti osporeni akt i, u pravilu, sam riješiti stvar presudom. Takva presuda u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa. Osnovu za samostalno utvrđivanje činjeničnog stanja u ovom slučaju sadrži čl. 39, st. 3.

- Prema čl. 64, st. 1. ako nadležni organ nakon poništenja upravnog akta ne donese odmah, a najkasnije u roku od 30 dana, novi upravni akt ili akt u izvršenju presude donesene na temelju članka 42. stavka 5. ovog zakona, stranka može posebnim podneskom tražiti donošenje takva akta. Ako nadležni organ ne donese akt ni za sedam dana od toga traženja, stranka može tražiti donošenje takva akta od suda koji je donio presudu u prvom stupnju. U vezi s takvim zahtjevom sud će zatražiti od nadležnog organa obavijest o razlozima zbog kojih upravni akt nije donio. Nadležni organ dužan je dati tu obavijest odmah, a najkasnije u roku od sedam dana. Ako on to ne učini, ili ako dana obavijest prema mišljenju suda ne opravdava neizvršenje sudske presude, sud će donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa. Sud će to rješenje dostaviti organu nadležnom za izvršenje i o tome istovremeno obavijestiti organ koji obavlja nadzor. Organ nadležan za izvršenje dužan je bez odgode izvršiti takvo rješenje (st. 2). Čini se da bi čl. 39, st. 3. trebalo tumačiti tako da on pruža osnovu za samostalno utvrđivanje činjeničnog stanja od strane suda i u ovom slučaju. Osim toga, treba naglasiti da sud može zaštititi stranku od upravnog organa koji ne donese upravni akt temeljem presude po čl. 42, st. 5., odnosno upravnog organa čiji je upravni akt bio poništen zbog nedostataka u činjeničnom stanju, a ne želi donijeti novi upravni akt, jedino na način da on, sud, sam utvrdi činjenično stanje i riješi upravnu stvar. Pri tome treba imati na umu da cilj vođenja upravnog spora nije samo ocjena zakonitosti upravnog akta, već i sudska zaštita prava građana i pravnih osoba (čl. 1. ZUS-a).

Slučaj pune jurisdikcije po osnovi čl. 42, st. 3. zapravo je najvažniji, jer se temeljem te odredbe gotovo svaki upravni spor može pretvoriti u slučaj pune jurisdikcije ako su ispunjeni uvjeti navedeni u toj odredbi. Pri tome treba naglasiti da se spor o zakonitosti može pretvoriti u spor pune jurisdikcije samo ako Upravni sud nađe da se osporavani upravni akt ima poništiti. Stoga, čak i kada bi se uzelo da je Upravni sud ovlašten u slučaju iz čl. 42, st. 3. samostalno utvrđivati činjenično stanje izvan situacija navedenih u čl. 39, st. 3, to još uvijek ne bi dalo Upravnom sudu epitet "tribunala" u smislu čl. 6. EK u svim onim slučajevima, u kojima se stranka poziva na pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, a Upravni sud, kontrolirajući činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku temeljem čl. 39, st. 2, dođe do zaključka, nemajući zakonske mogućnosti samostalno utvrditi činjenično stanje; da upravni akt kojim se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke ne treba poništiti, već da tužbu treba odbiti. Naime, kontrola se zasniva na posrednosti. Načelo posrednosti kao dominantno načelo ne može u traženju istine dati one rezultate koje može dati načelo neposrednosti (zapažanje prirode i sadržaja dokaznih sredstava vlastitim čulima; vlastita ocjena o dokaznoj vrijednosti dokaznih

sredstava; donošenje odluke odmah nakon zaključivanja raspravnog ročišta na kojem se prikupljala procesna građa⁸⁹).

Da bi se postupak pred Upravnim sudom doveo u sklad sa zahtjevima čl. 6. EK, čini se na osnovi navedenoga potrebnom izmjena ZUS-a, temeljem koje bi Upravni sud bio dužan sam utvrditi činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Nema potrebe da Upravni sud samostalno utvrđuje činjenično stanje koje je već jednom utvrđeno u upravnom postupku, ako ga stranka ne osporava. Takvo je stajalište i konvencijskih organa. Predložena nova odredba ZUS-a mogla bi se eventualno dodati čl. 39, st. 3. kao druga rečenica, čime bi se izbjeglo mijenjanje brojeva članaka, odnosno teksta drugih odredaba.⁹⁰ Tom bi se novom odredbom postiglo da Upravni sud ne bi smio na temelju činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku, a koje stranka osporava, donijeti ni odluku o zakonitosti upravnog akta, a ni odluku o samom građanskom pravu odnosno obvezi o kojem se odlučuje dotičnim upravnim aktom, već bi u tom slučaju činjenično stanje morao uvijek samostalno utvrditi.

S obzirom na ovlaštenja u pogledu pravnih pitanja Upravni sud prema ZUS-u ne podliježe ograničenjima, izuzevši onoga iz odredbe koja regulira pitanje kontrole diskrecijske ocjene upravnih organa. Zakonodavac naime određuje da nema nepravilne primjene propisa kad je nadležni organ rješavao po slobodnoj ocjeni na temelju i u granicama ovlaštenja koje mu je dano pravnim propisima, u skladu sa svrhom u kojoj je ovlaštenje dano (čl. 10, st. 2). No, prema sudskoj praksi upravni organ koji odlučuje prema slobodnoj ocjeni mora prethodno ustanoviti činjenično stanje, pa se zakonitost toga postupka ipak može ispitivati, ali ne i samo opredjeljenje upravnog organa za jednu ili drugu alternativu koja iz takvog činjeničnog stanja proizlazi. Ocjena zakonitosti obuhvaća i ocjenu jesu li iznijeti razlozi kojima se organ rukovodio pri donošenju rješenja prema slobodnoj ocjeni u skladu sa ciljem u kojem mu je dano to ovlaštenje.⁹¹ Ovo ograničenje u pogledu odlučivanja u pravnim pitanjima prema praksi konvencijskih organa, kao što je već prikazano, ne oduzima sudu koji odlučuje o "građanskom pravu odnosno obvezi" atribut tribunala u smislu čl. 6. EK.

⁸⁹ Usp. *Triva/ Belajec/ Dika*, op. cit. u bilj. 37, str. 147.

⁹⁰ Čl. 39, st. 3. tada bi glasio: "Ako bi poništenje osporenoga upravnog akta prema stavku 2. ovog članka i ponovno vođenje postupka kod nadležnog organa izazvalo za tužitelja štetu koja bi se teško mogla popraviti, ili ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje drugačije od onoga utvrđenog u upravnom postupku, ili ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležni organ nije u potpunosti postupio po presudi, sud može i sam utvrditi činjenično stanje i na podlozi tako utvrđenog činjeničnog stanja donijeti presudu, odnosno rješenje. ***Sud će sam utvrditi činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku, te može na podlozi tako utvrđenog činjeničnog stanja donijeti presudu, odnosno rješenje.***"

⁹¹ *Borković*, op. cit. u bilj. 39, str. 466, bilj. 32.

e) Obvezatnost presude

1. Europska konvencija

Da bi se jedan organ doista smatrao tribunalom u smislu čl. 6. EK, nije dovoljno da je ovlašten davati preporuke, odnosno savjete, već njegove odluke moraju biti obvezatne.⁹² Tako je npr. u slučaju *Hurk protiv Nizozemske* ustanovljena povreda čl. 6, jer je vlada bila zakonom ovlaštena ne izvršiti sudsku odluku, premda ona to ovlaštenje nikad nije upotrijebila.⁹³

2. Hrvatsko pravo

Ovaj je zahtjev Europske konvencije prema ZUS-u zadovoljen. Čl. 4. izričito određuje da su presude suda donesene u upravnim sporovima "obavezne". Kad sud poništi akt protiv kojega je bio pokrenut upravni spor, predmet se vraća u stanje u kojemu se nalazio prije nego što je poništen akt donesen. Ako prema prirodi stvari koja je bila predmet spora treba mjesto poništenog upravnog akta donijeti drugi, nadležni ga je organ dužan donijeti bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana od dana dostave presude. Nadležni je organ pri tome vezan pravnim shvaćanjem suda i primjedbama suda u vezi s postupkom (čl. 62. ZUS). Ako on novi upravni akt donese protivno pravnim shvaćanjima i primjedbama suda u vezi s postupkom, sud će povodom nove tužbe poništiti osporeni akt i u pravilu sam riješiti stvar (čl. 63, st. 1 ZUS). Povodom podneska stranke Upravni sud se pretvara u sud pune jurisdikcije ako nadležni organ nije izvršio presudu donesenu povodom šutnje administracije, odnosno kad umjesto poništenog upravnog akta uopće nije donio novi upravni akt (čl. 64, st. 1, 2. ZUS-a).

f) Zadovoljavaju li kasatorna ovlaštenja suda zahtjeve čl. 6. EK?

1. Europska konvencija

U nekoliko odluka Europskog suda naglašen je zahtjev da sud prema čl. 6. mora imati punu jurisdikciju,⁹⁴ tj. da mora imati jurisdikciju da ispita meritum stvari.⁹⁵ No, prema daljnjem tekstu tih odluka čini se da se ovdje ipak mislilo na ovlaštenje suda da samostalno ispita i utvrdi činjenično stanje i samostalno odluči o pravnim pitanjima, a ne i to da sud mora uvijek sam riješiti samu pravnu stvar, dakle da mora sam uvijek donijeti odluku o spornom građanskom pravu odnosno obvezi. Doduše, u slučaju *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* Europska je komisija belgijskom Cour de Cassation izričito zanijekala svojstvo suda

⁹² *Van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 340; *Matscher*, op. cit. u bilj. 44, str. 379; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 231.

⁹³ (1994), A-288, toč. 45.

⁹⁴ *Albert i Le Compte protiv Belgije* (1983), A-58, toč. 29; *Obermeier protiv Austrije* (1990), A-179, toč. 70; *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske* (1982), A-52, toč. 86.

⁹⁵ *O. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1987), A-120, toč. 63; *W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1987), A-121, toč. 82.

u smislu čl. 6. EK, između ostalog i zbog toga što je u slučaju poništenja ispitivane odluke, pravnu stvar bio dužan uputiti na prethodne instance.⁹⁶ No, Europski sud je u tom slučaju utvrdio povredu čl. 6. ne zbog toga što belgijski Cour de Casation nije imao ovlaštenja sam odlučiti o građanskom pravu odnosno obvezi, već zbog toga što su mu nedostajala puna ovlaštenja u pogledu ispitivanja i utvrđivanja činjeničnog stanja.⁹⁷ U nekoliko odluka u kojima je bila tužena Austrija i u kojima je tužitelj osporavao svojstvo austrijskog Verwaltungsgerichtshofa kao tribunala u smislu čl. 6. EK Europski je sud smatrao da su kasatorna ovlaštenja tog austrijskog suda u danim slučajevima zadovoljila zahtjeve tog članka.⁹⁸

2. Hrvatsko pravo

Kada Upravni sud uvaži tužbu, poništiti će osporeni upravni akt (čl. 42, st. 2). Predmet se tada vraća u stanje u kojemu se nalazio prije nego što je poništen akt donijet. Ako prema prirodi stvari koja je bila predmet spora treba mjesto poništenog upravnog akta donijeti drugi, nadležni je organ dužan donijeti ga bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana od dana dostave presude. Nadležni organ je pri tome vezan pravnim shvaćanjem suda i primjedbama suda u vezi s postupkom (čl. 62). Ipak, ZUS ovlašćuje Upravni sud da može, kad nađe da se osporeni upravni akt ima poništiti, ako priroda stvari to dopušta i ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to, presudom riješiti upravnu stvar, koja onda u svemu zamjenjuje poništeni akt (čl. 42, st. 3). No, u praksi Upravni se sud vrlo rijetko koristi tim ovlaštenjem. Kao glavni razlog za to u literaturi se navodi nedostatak materijalnih i personalnih uvjeta za vođenje postupaka pune jurisdikcije.⁹⁹ Pored ovog najvažnijeg slučaja pune jurisdikcije, ZUS ih predviđa još četiri. Kako su oni prikazani u pododjeljku d), da bi se izbjegla ponavljanja, upućujem na to mjesto. Ovdje bih samo istaknula da je stranka (tužitelj) u slučajevima kada Upravni sud koristi svoja kasatorna ovlaštenja od neposlušnog upravnog organa koji ne postupa po njegovoj presudi zaštićena čl. 63, st. 1, kada Upravni sud sam novom presudom riješava upravnu stvar, odnosno čl. 64, st. 1. i 2, kada Upravni sud sam donosi upravni akt.

U svakom slučaju, proizlazilo bi da bi predviđena kasatorna ovlaštenja i uvjeti pod kojima se Upravni sud može prema ZUS-u pretvoriti u sud pune jurisdikcije i sam odlučiti o samom građanskom pravu odnosno obvezi, trebala zadovoljiti, barem prema dosadašnjoj praksi Europskog suda, zahtjeve čl. 6. EK.

⁹⁶ Izvještaj Europske komisije od 14. 12. 1979, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1980, str. 590, 595, toč. 81.

⁹⁷ *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije* (1981), A- 43, toč. 51.

⁹⁸ *Zumtobel protiv Austrije* (1993), A-268 A, toč. 31 i dalje; *Ortenberg protiv Austrije* (1994), A-295 B, toč. 33 i dalje; *Fischer protiv Austrije* (1995), A-312, toč. 31. Detaljno o pitanju da li kasatorna ovlaštenja suda zadovoljavaju čl. 6. EK ili bi se uvijek trebalo raditi o sudu punu jurisdikcije - *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 75, str. 378-396.

⁹⁹ *Bušić*, op. cit. u bilj. 39, str. 20; Usp. i bivšu jugoslavensku literaturu: *Đurković, Đorđe*, Arhiv za pravne i društvene nauke 1969, 1-2, str. 71-72, te *Kostić, Miladin*, Obaveznost sudskih presuda donetih u upravnom sporu, Sudska praksa 1991, str. 84-85.

IV. Pravo na pravičan postupak

1. Europska konvencija

Pravo da se bude saslušan na pravičan način iz čl. 6, st. 1. EK izražava u skraćenoj formi klasično pravo na pravičan postupak.¹⁰⁰ Ispitujući je li u konkretnom slučaju ovo pravo bilo ostvareno konvencijski organi provjeravaju je li postupak bio korektno proveden, a ne to je li odluka koja je proizašla iz tog postupka pravilna i zakonita.¹⁰¹ Pri tome se ocjenjuje postupak kao cjelina.¹⁰² Europska konvencija ne sadrži definiciju pojma prava na pravičan postupak. Smatra se da bi u širem smislu pod pojam prava na pravičan postupak ulazilo i pravo na pristup sudu,¹⁰³ pravo na javni postupak, kao i pravo na donošenje odluke u razumnom roku.¹⁰⁴ U užem tumačenju toga pojma Konvencijski organi u praksi utvrđuju dodatna načela, koje bi nacionalni procesni zakoni trebali garantirati. Pri tome se neka načela iz st. 3, čl. 6. EK, koja vrijede za kazneni postupak,¹⁰⁵ na odgovarajući način primijenjuju i u postupcima o građanskim pravima.¹⁰⁶ No, naglašeno je da državama članicama u formiranju pravila koja se odnose na pravičan postupak više slobodnog prostora ostaje u postupcima u kojima se odlučuje o građanskim pravima no u kaznenim postupcima.¹⁰⁷ Od načela koja predstavljaju odraz prava na pravičan postupak u praksi se Konvencijskih organa najvažnijim smatraju načelo jednakosti sredstava/oružja ("*equality of arms*"), "*Waffengleichheit*"), načelo (usmenog) saslušanja stranaka, te načelo obrazloženja odluke, dok se ostala još nalaze u "procesu kristalizacije".¹⁰⁸

Pod *načelom jednakosti sredstava* smatra se da svaka stranka mora imati mogućnost izložiti svoj slučaj, uključujući mogućnost da predloži i dokaze, i to pod uvjetima koji je ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na protivnu

¹⁰⁰ Grabenwarter, op. cit. u bilj. 8, str. 25; isti, op. cit. u bilj. 75, str. 595.

¹⁰¹ Wedam-Lukić, op. cit. u bilj. 6, str. 67; Peukert, op. cit. u bilj. 6, str. 244. - Iznimku bi predstavljao jedino slučaj da konkretna odluka istodobno predstavlja povredu nekog prava zajamčenog Evropskom konvencijom, ili ako obrazloženje presude ne bi imalo pravnu osnovu.- Peukert, str. 244. V. odluku *De Moor protiv Belgije* (1994), A-292 A, toč. 5.

¹⁰² Van Dijk, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 318; Peukert, op. cit. u bilj. 6, str. 213.

¹⁰³ Peukert, op. cit. u bilj. 6, str. 196.

¹⁰⁴ Grabenwarter, op. cit. u bilj. 8, str. 25; isti, op. cit. u bilj. 75, str. 595.

¹⁰⁵ V. čl. 6, st. 3. Evropske konvencije u bilj. 4.

¹⁰⁶ *X protiv Austrije*, No 5362/72, 42 CD 145 (1972); *Albert i Le Compte protiv Belgije* (1983), A-58, toč. 39. Usp. Matscher, op. cit. u bilj. 3, str. 602; Peukert, op. cit. u bilj. 6, str. 213.

¹⁰⁷ *Dombo Beheer B.V. protiv Nizozemske* (1993), A-274, toč. 32. Usp. Matscher, op. cit. u bilj. 3, str. 606; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 202; Grabenwarter, op. cit. u bilj. 8, str. 26; isti, op. cit. u bilj. 75, str. 595.

¹⁰⁸ Wedam-Lukić, op. cit. u bilj. 6, str. 67. Usp. van Dijk, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 318-325; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 202-203, 210-218; Peukert, op. cit. u bilj. 6, str. 213-244; Grabenwarter, op. cit. u bilj. 8, str. 25-31.

stranku.¹⁰⁹ Govori se zapravo o poštenoj ravnoteži između stranaka.¹¹⁰ Tako je npr. u slučaju *Hentrich protiv Francuske* utvrđena povreda čl. 6, st. 1, jer dokazni prijedlozi tužiteljice nisu bili uzeti u obzir.¹¹¹ Načelo jednakosti sredstava nalazi u Europskoj konvenciji svoj neposredni izraz u čl. 6, st. 3, toč. d, prema kojoj optuženik ima pravo “da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe.” Nije sporno da se ta odredba, kao izraz prava na pravičan postupak treba primijeniti i u postupku u kojem se odlučuje o građanskim pravima.¹¹² Na temelju toga izvodi se zaključak da bi i postupak u kojem se odlučuje o građanskim pravima morao (u pravilu) biti kontradiktoran.¹¹³

Pod *načelom saslušanja* podrazumijeva se pravo izjasniti se o predmetu spora, dokazima i navodima protivne stranke pod uvjetima jednakosti sredstava.¹¹⁴ Pri tome se smatra da bi postupak morao u pravilu biti usmen, što se u engleskom tekstu Europske konvencije posredno izvodi iz riječi “hearing” - koja na žalost u službenom hrvatskom prijevodu Europske konvencije nije na odgovarajući način došla do izražaja,¹¹⁵ - te iz zahtjeva za javnošću postupka.¹¹⁶ Pri tome iz odluka

¹⁰⁹ *Dombo Beheer B.V. protiv Nizozemske* (1993), A-274, toč. 33-34. Usp. *Matscher*, op. cit. u bilj. 3, str. 602-603; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 207; *Gomien*, op. cit. u bilj. 8, str. 46; *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 26.

¹¹⁰ *Dombo Beheer B.V. protiv Nizozemske* (1993), A-274, toč. 33.

¹¹¹ *Hentrich protiv Francuske* (1994), A-296, toč. 53-56.

¹¹² *Matscher*, op. cit. u bilj. 3, str. 602; *van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 322; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 214-215; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 214; *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 27.

¹¹³ Vidjeti *X protiv Austrije*, No 5362/72, 42 CD 145 (1972). *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 214-215.

CD je oznaka za ediciju Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights.

¹¹⁴ *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 30; *isti*, op. cit. u bilj. 75, str. 616.

¹¹⁵ Engleski tekst čl. 6, st. 1, reč. 1:

“In the determination of his civil rights and obligations or any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

Njemački tekst čl. 6, st. 1, reč. 1:

“Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist *gehört wird*, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat.” - izvor *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 150.

Hrvatski tekst čl. 6, st. 1, reč. 1:

“Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku *ispita* njegov slučaj.” - v. izvor u bilj. 4.

¹¹⁶ *Fredin Nr. 2 protiv Švedske* (1994), A-283 A, toč. 21-22; *Fischer protiv Austrije* (1995), A-312, toč. 44. O pravilu i iznimkama vidjeti detaljnije *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 32 i dalje,

Europskog suda proizlazi da se povredom čl. 6. EK smatra samo ako je stranka zahtijevala da se održi usmeno ročište, a ono joj je bilo uskraćeno. Ako stranka nije zahtijevala usmeno ročište, smatra se da se stranka na to svoje pravo odrekla¹¹⁷. Inače s načelom saslušanja stranaka u uskoj je vezi i pravo uvida u spise.¹¹⁸ Prema praksi konvencijskih organa pravo na kontradiktorni postupak obuhvaća i pravo saznanja za sadržaj spisa, posebno za navode i dokazna sredstva protivne strane.¹¹⁹ Jedino ako sudionik zna što je protiv njegovih stajališta iznijela protivna stranka, on može u postupku zauzeti učinkovit stav.¹²⁰ Procesno pravo mora osigurati da stranka sazna za sadržaj stavova protivne stranke i da joj bude pružena mogućnost da se o tim stavovima izjasni.¹²¹ Posebno u postupku organiziranom po načelu pismenosti, u kojem se odlučuje na temelju podnesenih pismena, dobiva načelo saslušanja dodatno na značenju.¹²²

Sastavni element pravičnog suđenja jest i **načelo da odluka suda mora biti obrazložena**.¹²³ Saznanje razloga sudske odluke u interesu je ne samo stranke, koje se dotična odluka tiče, već i javnosti u demokratskom društvu, u čije se ime odluka izriče.¹²⁴ To ujedno znači da i odluke donijete u posljednjem stupnju moraju biti obrazložene, iako ne tako detaljno kao one u nižim stupnjevima, protiv kojih je dopušteno pravno sredstvo.¹²⁵

2. Hrvatsko pravo

Kada se govori o načelima koja prema praksi konvencijskih organa ulaze u sadržaj prava na pravičan postupak, tada treba imati na umu sljedeće odredbe Zakona o upravnim sporovima.

Prema čl. 34, st. 1. ZUS-a sud rješava u nejavnoj sjednici. Ipak, zbog složenosti sporne stvari, ili ako inače nađe da je to potrebno radi boljeg razjašnjenja

te *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 203, 218 i dalje; usp. i *Schumann, Ekkehard*, Menschenrechtskonvention und Zivilprozeßrecht, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, ured. Gottwald, Peter/ Prütting, Hanns, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1990, str. 452.

¹¹⁷ *Zumtobel protiv Austrije* (1993), A-268 A, toč. 33-34; *Fischer protiv Austrije* (1995), A-312, toč. 44.

¹¹⁸ *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 27-30; *isti*, op. cit. u bilj. 75, str. 600-606.

¹¹⁹ *Brandstetter protiv Austrije* (1991), A-211, toč. 66; *Ruiz-Mateos protiv Španjolske* (1993), A-262, toč. 63. Usp. *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 27; *isti*, op. cit. u bilj. 75, str. 600-601.

¹²⁰ *Kerojärvi protiv Finske* (1995), A-322, toč. 39. Usp. *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 31; *isti*, op. cit. u bilj. 75, str. 616.

¹²¹ *Branstetter protiv Austrije* (1991), A-211, toč. 67; *Ruiz-Mateos protiv Španjolske* (1993), A-262, toč. 63. Usp. *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 31; *isti*, op. cit. u bilj. 75, str. 616.

¹²² *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 31; *isti*, op. cit. u bilj. 75, str. 617.

¹²³ *H. protiv Belgije* (1987), A-127 B, toč. 53; *van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 324; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 215-216; *Peukert*, op. cit. in bilj. 6, str. 242-243.

¹²⁴ *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 214-215.

¹²⁵ Usp. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 216; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 243.

stanja stvari, sud može odlučiti da se održi usmena rasprava (čl. 34, st. 2). Iz istih razloga i stranka može predložiti da se održi usmena rasprava (čl. 34, st. 3). No iz zakona ne proizlazi da bi sud tim prijedlogom stranke bio vezan. U članovima 35. do 38. ZUS sadrži nekoliko vlastitih odredaba o održanju usmene rasprave.¹²⁶ U pitanjima u vezi s usmenom raspravom koja tim odredbama nisu regulirana trebalo bi uzeti da na temelju čl. 60. ZUS-a dolaze na odgovarajući način do primjene odredbe Zakona o parničnom postupku o usmenoj raspravi.

Osnovna razlika između načina rješavanja u nejavnoj sjednici, koje je pravilo, i načina rješavanja na usmenoj raspravi, koje je (pogotovo u praksi, ali doista izuzetna) iznimka, jest u tome što se na usmenu raspravu pozivaju stranke i zainteresirane osobe ako ih ima, i što one tada imaju mogućnost raspravljanja (čl. 35, st. 1, čl. 38. ZUS). Naime, iako ZUS upotrebljava termin "usmena rasprava" iz kojeg bi se *argumento a contrario* moglo zaključiti da postoji i "pismena rasprava", u ZUS-u nema izričite odredbe koja bi sudu nametala obvezu da odgovor na tužbu dostavi tužitelju, kako bi mu dao mogućnost da se izjasni o tezama tuženika. Ipak treba uzeti da bi temeljem čl. 60. ZUS-a došao i u upravnim sporovima do primjene čl. 5. ZPP-a,¹²⁷ pa bi Upravni sud bio dužan dati mogućnost tužitelju da se izjasni o navodima tuženog upravnog organa ako tužitelj nije imao mogućnosti o tim se navodima izjasniti u upravnom postupku, a niti se o njima izjasnio u tužbi. Problem umanjuje činjenica da se u praksi upravni organi u odgovoru na tužbu, ako nije riječ o slučajevima tzv. šutnje administracije, gotovo uvijek samo pozivaju na donijeto rješenje.

¹²⁶ Čl. 35. ZUS-a:

"(1) Ako nadležno vijeće odluči da se održi usmena rasprava, predsjednik vijeća odredit će dan rasprave i na raspravu pozvati stranke i zainteresirane osobe ako ih ima.

(2) Rasprava se može odgoditi samo iz važnih razloga, o čemu odlučuje vijeće."

Čl. 36. ZUS-a:

"(1) Raspravom rukovodi predsjednik vijeća.

(2) O raspravi se vodi zapisnik, u koji se unose samo bitne činjenice i okolnosti te dispozitiv odluke. Zapisnik potpisuje predsjednik i zapisničar."

Čl. 37. ZUS:

"(1) Izostanak stranke s usmene rasprave ne zadržava rad suda. Zbog izostanka stranaka ne može se uzeti da su one odustale od svojih zahtjeva, već će se njihovi podnesci pročitati.

(2) Ako na raspravu ne dođe ni tužitelj ni tužena strana, a rasprava se ne odgodi, sud će raspraviti spor i bez prisutnosti stranaka."

Čl. 38. ZUS:

"Na raspravi najprije dobiva riječ član vijeća koji je izvjestilac. Izvjestilac izlaže stanje i bit spora, ne dajući svoje mišljenje. Nakon toga daje se riječ tužitelju da obrazloži tužbu, pa zastupniku tužene strane i zainteresiranim osobama da obrazlože svoja gledišta."

¹²⁷ Čl. 5. ZPP-a:

"(1) Sud će svakoj stranci dati mogućnost da se izjasni o zahtjevima i navodima protivne stranke.

(2) Samo kad je ovim zakonom određeno sud je ovlašten da odluči o zahtjevu o kome protivnoj stranci nije bila dana mogućnost da se izjasni."

Očito u upravnom sporu dominira načelo pismenosti, posrednosti i nekontradiktornosti. Pojedini autori obrazlažu dominaciju načela pismenosti i posrednosti u ovom postupku načelnom koncepcijom upravnog spora kao spora o zakonitosti upravnog akta, u kojem se u pravilu ne odlučuje o samom pravnom odnosu.¹²⁸ Nema sumnje da se načelo saslušanja stranaka, pa onda u krajnjoj posljedici i načelo traženja istine, može kvalitetnije ostvariti u uvjetima načela usmenosti, neposrednosti i kontradiktornog raspravljanja.¹²⁹

U čl. 4. zakona kojim je ratificirala Europsku konvenciju Republika Hrvatska stavila je rezervu glede održavanja javne rasprave zajamčene čl. 6, st. 1. te konvencije kad Upravni sud odlučuje o zakonitosti pojedinačnih akata, navodeći upravo gore opisani čl. 34, st. 1 ZUS-a kao odredbu na koju se rezerva odnosi.¹³⁰ Ovdje treba naglasiti da se čl. 34, st. 1. tek posredno može dovesti u vezu s načelom javnosti, i to na osnovi toga što javna rasprava pretpostavlja usmenost. Sama po sebi ta odredba odražava načelo pismenosti i načelo posrednosti, a indirektno i načelo nekontradiktornosti. Ipak, na temelju samog spominjanja te odredbe u čl. 4. kojim se izjavila rezerva u odnosu na načelo javnosti, teško bi se moglo braniti shvaćanje da je rezerva stavljena i u odnosu na načelo kontradiktornosti i usmenosti, jer bi rezerva trebala biti izričita i usko se tumačiti. Premda javna rasprava pretpostavlja usmenost, usmenost ne pretpostavlja javnu raspravu.

No, hoće li odstupanje od načela kontradiktornosti i usmenosti u konkretnom upravnom sporu predstavljati povredu čl. 6. čini se da će zavisiti i od ostalih okolnosti konkretnog slučaja, budući da se ocjena je li povrijeđeno pravo na pravičan postupak donosi, kao što je gore već rečeno, s obzirom na cjelokupni konkretni postupak. Ali zasigurno bi odluka Upravnog suda zbog povrede načela saslušanja stranaka i nejednakosti procesnopravnih sredstava predstavljala povredu čl. 6. EK, ako sud ne bi dao tužitelju mogućnost da se izjasni o navodima tuženog upravnog organa iznijetim u odgovoru na tužbu, o kojima se tužitelj nije mogao izjasniti u upravnom postupku, a nije se izjasnio ni u tužbi, ako su ti navodi upravnog organa utjecali na dotičnu odluku Upravnog suda.

¹²⁸ Tako u bivšoj jugoslavenskoj literaturi Perović, op. cit. u bilj. 38, str. 290-291; Dragojlović/Mihailović, op. cit. u bilj. 37, str. 117.

¹²⁹ Usp. Triva/Belajec/Dika, op. cit. u bilj. 37, str. 124.

¹³⁰ Čl. 4. Zakona o potvrđivanju Europske konvencije (v. bilj. 1):

“Sukladno članku 64. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Republika Hrvatska stavlja sljedeću rezervu glede održavanja javne rasprave zajamčene člankom 6. stavkom 1. Konvencije:

Republika Hrvatska ne može jamčiti održavanje javne rasprave kad Upravni sud odlučuje o zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti, jer on u pravilu odlučuje u nejavnoj sjednici.

Odgovarajuća odredba hrvatskog prava na koju se rezerva odnosi je:

- Zakon o upravnim sporovima, članak 34. stavak 1. koji glasi:

“O upravnim sporovima sud rješava u nejavnoj sjednici.”

Da bi Upravni sud omogućio istinsko ostvarenje prava na pravičan postupak, on bi u pravilu trebao odrediti usmenu raspravu kada je riječ o upravnom aktu kojim se odlučuje o "građanskom pravu odnosno obvezi". U svakom slučaju on bi morao prema praksi Europskog suda usmenu raspravu odrediti ako to stranka zahtijeva. U tom smislu pokazuje se potrebnom izmjena ZUS-a. Ta bi se izmjena mogla učiniti u st. 3, čl. 34. na način da se doda kao druga rečenica.¹³¹

Što se tiče prava na uvid u spise, treba opet temeljem člana 60. ZUS-a uzeti da bi stranke u upravnom sporu imale pravo razmatrati i prepisivati spise upravnog spora u kojem sudjeluju (čl. 150, st. 1. ZPP-a).

U pogledu načela da odluka suda mora biti obrazložena, ono je zagwarantirano na zakonskom nivou. Iz čl. 44, st. 1. ZUS-a proizlazi da odluka Upravnog suda mora biti obrazložena.¹³²

V. Pravo na javnost postupka

1. Europska konvencija

Daljnji važni zahtjev čl. 6, st. 1. jest javnost postupka. Pri tome se ne radi samo o interesu stranaka, već se time želi osigurati i povjerenje u pravosuđenje.¹³³

Ipak Europska konvencija predviđa da se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, i kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.

Osim toga u više odluka Evropski sud je zauzeo stajalište da se procesni sudionici mogu odreći prava na javni postupak.¹³⁴ Tako ako unutarnje procesno pravo države članice predviđa da se u određenim postupcima usmena rasprava održava samo po prijedlogu, tada se smatra da postoji odreknuće od prava na javni

¹³¹ Čl. 34, st. 3. ZUS-a tada bi glasio: "Iz istih razloga i stranka može predložiti da se održi usmena rasprava. **Kada se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke sud je obavezan na prijedlog stranke održati usmenu raspravu.**"

¹³² Čl. 44, st. 1. ZUS-a: "Presuda, odnosno rješenje sadrži oznaku suda, ime i prezime predsjednika vijeća i članova vijeća i zapisničara, oznaku stranaka i njihovih zastupnika, kratko izlaganje predmeta spora i dan kad je presuda, odnosno rješenje izrečeno i objavljeno, dispozitiv, obrazloženje i pouku o žalbi, ako je žalba dopuštena. Dispozitiv mora biti odvojen od obrazloženja."

¹³³ *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 218-222; *Gomien*, op. cit. u bilj. 8, str. 49; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 244.

¹³⁴ *Le Compte, van Leuven und de Meyere protiv Belgije* (1981), A-43, str. 25, toč. 59; *H. protiv Belgije* (1987), A-127 B, str. 36, toč. 54; *Håkinsson protiv Švedske* (1990), A-171 A, toč. 66; *usp. Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 220; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 249.

postupak, ako takav prijedlog nije stavljen, iako je procesnim sudionicima bilo poznato da se u pravilu (u tom postupku) odlučuje bez usmene rasprave.¹³⁵

Javno objavljivanje presude element je načela javnosti. Prema čl. 6, st. 1. presuda bi se uvijek morala izreći javno, i to usmeno. Pri tome dostaje sumarni sažetak presude.¹³⁶ Ipak u skladu s pravnom tradicijom u nekim državama članicama Europski sud ne smatra da se radi o povredi dotičnog člana ako presuda nije usmeno objavljena, već je dostupna javnosti u sudskom registru.¹³⁷ Treba istaknuti da Europski sud nije često bio u prilici izjasniti se o postojanju povrede Europske konvencije zbog neobjavljivanja sudske odluke, pa stoga autonomnih tumačenja ovog procesnog standarda još nedostaje.

2. Hrvatsko pravo

Smatra se da čl. 34, st. 1. ZUS-a, prema kojem sud u upravnim sporovima rješava u nejavnoj sjednici, ne regulira pitanje javnosti sudskog rada u upravnom sporu, dakle javnosti u smislu nazočnosti publike.¹³⁸ ZUS zapravo nema vlastite odredbe o načelu javnosti u postupku, pa treba uzeti da bi temeljem čl. 60. odgovarajuće vrijedile odredbe Zakona o parničnom postupku. Naravno, vrijedit će samo one odnosne odredbe ZPP-a koje nisu u suprotnosti s dominantnim načelom pismenosti u upravnom sporu. U tom smislu čl. 34, st. 1. ipak posredno dotiče načelo javnosti, budući da javna rasprava pretpostavlja usmenost. Osim toga na temelju navedenoga može se dalje zaključiti da bi "usmena rasprava" koju bi sud eventualno odredio u upravnom sporu u pravilu trebala biti javna, s obzirom da su rasprave prema ZPP-u u pravilu javne (čl. 306-310. ZPP). Čini se da takav zaključak ne isključuje ni formulacija rezerve koju je Republika Hrvatska stavila glede održavanja javne rasprave u postupku pred Upravnim sudom u čl. 4. zakona kojim je ratificirala Europsku konvenciju, s obzirom na to da se rezerva odnosi samo na čl. 34, st. 1. ZUS-a, dakle na slučaj kada Upravni sud odlučuje u nejavnoj sjednici, a ne zakazuje usmenu raspravu.¹³⁹

Prema ZUS-u, ako je održana usmena rasprava, sud će odmah nakon rasprave usmeno objaviti presudu odnosno rješenje, zajedno s najvažnijim razlozima. U složenim slučajevima sud može odustati od usmene objave presude odnosno rješenja i najkasnije u roku od osam dana donijeti dotičnu odluku. Ako nakon usmene rasprave ne može izreći presudu odnosno rješenje zbog toga što prije toga

¹³⁵ *Zumtobel protiv Austrije* (1993), A- 268 A, toč. 33; usp. *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 248.

¹³⁶ *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 246.

¹³⁷ *Pretto protiv Italije* (1983), A-71, toč. 25; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 221; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 247; *Grabenwarter*, op. cit. u bilj. 8, str. 35.

¹³⁸ Tako u bivšoj jugoslavenskoj literaturi: *Perović*, op. cit. u bilj. 38, str. 291; *Dragojlović/Mihailović*, op. cit. u bilj. 37, str. 117. Usp. i *Borkovićev* komentar čl. 34, st. 1: "Pravilo je da sud u upravnim sporovima rješava u nejavnoj sjednici, dakle, bez prisustva stranaka." - op. cit. u bilj. 39, str. 477.

¹³⁹ Vidjeti tekst rezerve u bilješci 130.

treba utvrditi takvu činjenicu za čije raspravljanje nije potrebna ova usmena rasprava, sud će presudu odnosno rješenje donijeti bez rasprave, i to najkasnije u roku od osam dana kad tu činjenicu utvrdi (čl. 43, st. 1, 2, 3). Ako rezerva mora biti izričita i usko se tumačiti, onda bi proizlazilo da formulacija rezerve sama po sebi ne bi oslobađala Hrvatsku obveze da se odluka Upravnog suda objavi kada on odlučuje o građanskim pravima odnosno obvezama, pa čak ni onda kada je odlučivao u nejavnoj sjednici. Prema praksi konvencijskih organa presuda bi u svakom slučaju barem trebala biti dostupna javnosti putem sudskog registra. No, kako konkretno sudsku odluku iz postupka u kojem nije bila održana javna rasprava, odnosno koja nije bila javno objavljena, učiniti dostupnom javnosti u ovom trenutku ostavljam otvorenim, jer je to pitanje kojeg treba razmotriti s više aspekata i u pogledu građanskopravnih odluka u hrvatskom pravu riješiti ga ne samo za potrebe upravnog spora, već isto tako i parničnog, te izvanparničnog postupka.

VI. Pravo na donošenje odluke u razumnom roku

1. Europska konvencija

Pravo na dobivanje sudske odluke o pravu u razumnom roku predviđeno čl. 6, st. 1. EK, jedno je od prava, zbog čije se povrede najčešće zahtijeva zaštita od Evropskog suda.¹⁴⁰

Ostvarivanje pravne zaštite u državama članicama često zna predugo trajati. "Razumni rok" nije jedan vremenski precizno određen rok, koji bi vrijedio u svakom slučaju, već zapravo jedan pravni standard kojeg konvencijski organi prosuđuju i određuju individualno u svakom slučaju, polazeći od sljedećih elemenata: složenost slučaja, način na koji su vlasti postupale s predmetom, postupanje samog podnositelja zahtjeva koje je moglo pridonijeti produživanju postupka, posebne okolnosti koje su mogle opravdati produženje postupka, značaj ishoda postupka za stranku, tj. potreba da se određeni postupci (kao npr. sporovi o radnim odnosima,¹⁴¹ sporovi o socijalnopravnim zahtjevima,¹⁴² sporovi o roditeljskim pravima,¹⁴³ usvojenju,¹⁴⁴ itd.) hitno završe.¹⁴⁵

¹⁴⁰ *Jacot-Guillarmod, Oliver*, Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6), u: *The European System for the Protection of Human Rights*, ured. R. St. J. Macdonald/ F. Matscher/ H. Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, str. 395; *Wedam-Lukić*, op. cit. u bilj. 6, str. 67; usp. *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 274.

¹⁴¹ *Obermeier protiv Austrije* (1990), A-179, toč. 72;

¹⁴² *Olsson protiv Švedske* (1992), A-250, toč. 103;

¹⁴³ *H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1987), A-120, toč. 85.

¹⁴⁴ *Deumeland protiv Njemačke* (1986), A-100, toč. 90.

¹⁴⁵ *Van Dijk*, op. cit. (1) u bilj. 7, str. 331-335; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, op. cit. u bilj. 8, str. 223; *Gomien*, op. cit. u bilj. 8, str. 48-49; *Peukert*, op. cit. u bilj. 6, str. 268.

Država članica odgovorna je za zakašnjenja koja se mogu pripisati njezinoj upravnoj i sudskoj vlasti¹⁴⁶ ili kada je kao stranka ili sudionik u postupku odugovlačila postupak.¹⁴⁷ Ona je dužna svoj pravni sistem tako organizirati da sudovi mogu ispunjavati standard "razumnog roka" iz čl. 6, st. 1. EK.¹⁴⁸ Ipak smatra se da država nije odgovorna za zakašnjenja koja su rezultat nagomilavanja slučaja, koji se nisu mogli predvidjeti, pod uvjetom da država poduzima razumne mjere za otklanjanje iznenadnog stanja, kao npr. putem povećanja broja sudaca.¹⁴⁹

Upravo s obzirom na činjenicu da više elemenata, a ne samo vrijeme, određuje je li rok u kojem se ostvarivala pravna zaštita bio razuman ili nije, sud je u nekim slučajevima u kojima je postupak trajao tri ili manje godine utvrdio da je rok bio nerazuman, te da postoji povreda čl. 6, st. 1. EK,¹⁵⁰ dok je u nekim drugim slučajevima, u kojima je postupak trajao i preko sedam godina, našao da je rok bio razuman i da stoga ne postoji povreda navedene odredbe Europske konvencije.^{151, 152}

2. Hrvatsko pravo

U hrvatskom upravnom sporu temeljem čl. 60. ZUS-a na odgovarajući način dolazi do primjene odredba o načelu ekonomičnosti propisana čl. 10. ZPP-a: "Sud je dužan nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja i sa što manje troškova te onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku." Osim toga, na odgovarajući se način primjenjuje i čl. 9. ZPP-a: "Stranke su dužne pred sudom govoriti istinu i savjesno se koristiti pravima koja su im priznata ovim zakonom." Dakle, načelna zakonska garancija o efikasnom rješavanju sporova, kojem su kroz savjesno korištenje procesnih ovlaštenja dužne doprinijeti i stranke, postoji. Sam Ustav Republike Hrvatske nema odredbu kojom bi se izričito štitilo pravo na sudsku zaštitu u razumnom vremenu.

No, u praksi je zamijećeno da tuženi organi sporo dostavljaju odgovor na tužbu, kao i spise koje se odnose na predmet.¹⁵³ Iako sud smije po zakonu riješiti

¹⁴⁶ *König protiv Njemačke* (1978), A-27; *H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1987), A-120; *Wiesinger protiv Austrije* (1991), A-213.

¹⁴⁷ *Martins Moreira protiv Portugala* (1988), A- 143, toč. 60; *Baraona protiv Portugala* (1987), A-122, toč. 47.

¹⁴⁸ *König protiv Njemačke* (1978), A-27, toč. 98; *Lechner i Hess protiv Austrije* (1987), A-118, toč. 58; *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske* (1983), A-66, toč. 29.

¹⁴⁹ *Buchholz protiv Njemačke* (1981), A-42, toč. 51; *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske* (1983), A-66, toč. 29; *Guincho protiv Portugala* (1984), A-81, toč. 40.

¹⁵⁰ *Zimmermann i Steiner protiv Švicarske* (1983), A-66, toč. 29; *H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1987), A-120, toč. 42.; *Schouten i Meldrum protiv Nizozemske* (1994), A-304, toč. 64.

¹⁵¹ *Vernillo protiv Francuske* (1991), A-198, toč. 38; *Monnet protiv Francuske* (1993), A-273 A; *Katte Klitsche e la Grange protiv Italije* (1994), A-293 B, toč. 49. Usp. listu slučajeva kod *Peukerta*, op. cit. u bilj. 6, str. 276-297.

¹⁵² O načinu računanja početka i završetka toka razumnog roka u pojedinim sporovima vidjeti detaljno kod *Peukerta*, op. cit. u bilj. 6, str. 262-267.

¹⁵³ *Bušić*, op. cit. u bilj. 39, str. 21.

spor i bez spisa upravnog organa (čl. 33, st. 3. ZUS), jasno je da je bez tih spisa rad na predmetu teži, posebno kada treba iznaći lokalne propise na kojima je zasnovan osporeni upravni akt. Trebalo bi razmisliti o načinima kako takvo ponašanje upravnih organa, koje dovodi do odugovlačenja upravnog spora spriječiti, možda npr. kroz propisivanje prekršaja i novčane kazne za odgovornu osobu u upravnom organu koja bez opravdanog razloga ne postupi po zahtjevu Upravnog suda da se dostavi spis predmeta. Čini se, naime, da ne bi bilo opravdano nedostavljanje spisa smatrati dispozicijom upravnog organa u upravnom sporu. Spis predmeta nije njegova privatna stvar budući da on djeluje na temelju dodijeljenih javnih ovlaštenja i u javnom interesu (pri čemu javni interes obuhvaća i poštivanje prava i na zakonu utemeljenog interesa svih onih o čijim se pravima odnosno interesima odlučuje u upravnom postupku), a Ustavom i zakonom je predviđena sudska kontrola njegove djelatnosti, kojoj se je stoga dužan sa kompletnim spisom predmeta podvrći. Drugim riječima, voluntarističko neslanje spisa predmeta u protivnosti je s Ustavom i zakonom određenom sudskom kontrolom zakonitosti rada upravnih organa, jer se kroz to ta kontrola bitno otežava. Upravni organ može, ali ne mora odgovoriti na tužbu, no on ne bi smio ne dostaviti spis ili odugovlačiti s dostavljenjem spisa predmeta Upravnom sudu u povodu kojeg je tužen.

S druge strane Upravni sud je suočen s neprestanim sve većim povećanjem broja predmeta. Nakon osamostaljenja Republike Hrvatske osobito je porastao broj predmeta iz područja državljanstva, utvrđivanja statusa ratnog vojnog invalida, mirnodopskog ili civilnog invalida rata, prava branitelja iz domovinskog rata odnosno njihovih obitelji na invalidsku odnosno obiteljsku mirovinu, kao i broj predmeta iz područja pretvorbe odnosno privatizacije.¹⁵⁴ Od predviđenih 30 sudaca zasada je u Upravnom sudu zaposleno svega dvadesetak. Prema podacima iz 1997. godine bilo ih je zaposleno 17.¹⁵⁵ Nije odgovarajuće riješeno pitanje njegova prostora (radi u prostorijama Vrhovnog suda RH), ne raspolaže adekvatnom bibliotekom ni kompjuterskom tehnikom, a navodi se i da je sudjelovanje na stručnim skupovima zanemareno.¹⁵⁶

Sve su to elementi od kojih u velikoj mjeri zavisi vrijeme i kvaliteta suđenja u upravnim sporovima i na kojima će Hrvatska morati dobro poraditi, ako se ne želi češće naći u ulozi tužene strane pred Europskim sudom. S pravom je rečeno da zahtjev na sudsku zaštitu u razumnom roku iz čl. 6, st. 1. Europske konvencije u manjoj mjeri zahtijeva od država članica promjene u samom procesnom zakonu koji regulira određeni postupak, već u mnogo većoj mjeri zahtijeva od njih poboljšanje personalne i tehničke strukture sudova koja će tada stvarno osigurati ubrzanje toka odgovarajućeg postupka. Zapravo treba stalno raditi na razvoju procesne kulture svih sudionika postupka.¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Juričić, Mirjana*, Portret Upravnog suda RH uz dvadesetogodišnjicu suda, Hrvatsko sudstvo 1997, 3, str. 9.

¹⁵⁵ *Juričić*, op. cit. u bilj. 154, str. 5.

¹⁵⁶ *Juričić*, op. cit. u bilj. 154, str. 10.

¹⁵⁷ *Matscher*, op. cit. u bilj. 3, str. 611-612.

VII. Zaključak

Ako bi se sada ukratko željelo odgovoriti na pitanje zadovoljava li upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske procesne standarde predviđene čl. 6. Europske konvencije, moglo bi se reći sljedeće.

Pristup sudu. Odredbe ZUS-a u pogledu uvjeta koji moraju biti ispunjeni da bi se upravni akt mogao sudski pobijati, te u pogledu predviđenih sudionika upravnog spora, daju dobru zakonsku podlogu za ostvarenje *prava na pristup sudu*.

Svojstva suda koji odlučuje u postupku. Upravni sud Republike Hrvatske jest sud *ustanovljen zakonom*. Odredbe ZPP-a o izuzeću sudaca, koje se u upravnom sporu temeljem čl. 60. ZUS-a odgovarajuće primjenjuju, trebale bi osigurati *nepristranost* njegovih sudaca. No, nedorečene odredbe Zakona o Državnom sudbenom vijeću o imenovanju, razrješenju i disciplinskom postupku protiv sudaca (čl. 16-19; čl. 20-30; čl. 32-35), te upitne odredbe Zakona o sudovima o načinu ocjenjivanja rada sudaca (čl. 51-54) mogu pobuditi sumnju u *nezavisnost* suca, pa bi te zakone trebalo što prije doraditi, odnosno mijenjati. Svakako to nije problem koji se odnosi samo na suce Upravnog suda, već i na suce drugih vrsta hrvatskih sudova. Nadalje, sadašnji tekst ZUS-a ne zadovoljava zahtjev čl. 6. EK prema kojem sud koji odlučuje o "građanskom pravu odnosno obvezi" mora biti ovlašten da *samostalno utvrđuje činjenično stanje*. Naime, s obzirom da je upravni spor prema hrvatskom pravu u prvom redu zamišljen kao spor o zakonitosti upravnog akta, Upravni sud je u pravilu vezan za činjenice utvrđene u upravnom postupku (čl. 39, st. 1), te su rijetke situacije u kojima je ovlašten samostalno utvrđivati činjenično stanje (čl. 39, st. 3; čl. 42, st. 5; čl. 63, st. 1; čl. 64, st. 1. i 2). Iz zakonskog teksta ne proizlazi sasvim jasno smije li on samostalno utvrđivati činjenično stanje i izvan situacija predviđenih u čl. 39, st. 3. ZUS-a, ako je riječ o najvažnijem slučaju pune jurisdikcije predviđenog u čl. 42, st. 3, odnosno ako je riječ o slučaju pune jurisdikcije predviđene čl. 42, st. 4. No, čak ni potvrđan odgovor ne bi Upravnom sudu priskrbio epitet tribunala u smislu čl. 6. EK u svim onim slučajevima u kojima je stranka pobijala upravni akt kojim se odlučuje o njezinom građanskom pravu odnosno obvezi zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, a Upravni sud je, kontrolirajući to činjenično stanje, nemajući zakonsko ovlaštenje da samostalno izvede dokaze i samostalno ih ocijeni, došao do zaključka da taj upravni akt ne treba poništiti, već da tužbu treba odbiti. Stoga je nužna izmjena ZUS-a, temeljem koje bi Upravni sud bio dužan sam utvrditi činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Ta bi se izmjena ZUS-a mogla umetnuti u čl. 39, st. 3. kao njegova druga rečenica. Na taj način bi se postiglo da Upravni sud ne bi smio na temelju činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku, a koje stranka osporava, donijeti ni odluku o zakonitosti upravnog akta, a ni odluku o samom građanskom pravu odnosno obvezi o kojem se odlučuje dotičnim upravnim aktom, već bi u tom slučaju činjenično stanje morao uvijek samostalno utvrditi. Ovlaštenja i ograničenja koja Upravni sud ima u pogledu *pravnih pitanja* u skladu su s praksom Konvencijskih organa.

Njegove odluke *obvezatne* su, pa je i taj zahtjev čl. 6. EK zadovoljen.

Pravičan postupak. Upravni sud u pravilu rješava u nejavnoj sjednici, posredno, pismeno i nekontradiktorno (čl. 34, st. 1. ZUS-a). No, ZUS daje ovlaštenje sudu da zakaže i kontradiktornu usmenu raspravu (čl. 34, st. 2, 3; čl. 35-38). Kada odlučuje o upravnom aktu kojim se odlučilo o "građanskom pravu odnosno obvezi", Upravni bi sud u pravilu trebao zakazati usmenu raspravu da bi omogućio ostvarenje *načela usmenog saslušanja stranaka, načela kontradiktornosti*, te što bolju *jednakost procesnopravnih sredstava stranaka*, jer ta načela predstavljaju srž *prava na pravičan postupak* iz čl. 6. Europske konvencije. U svakom slučaju on bi morao odrediti usmenu raspravu ako to stranka zahtijeva. U tom smislu pokazuje se potrebnom izmjena ZUS-a. Ta bi se izmjena mogla umetnuti u čl. 34, st. 3. kao druga rečenica. Već i po samom ZUS-u odluka Upravnog suda mora uvijek 'biti obrazložena' (čl. 44, st. 1). Temeljem čl. 60. ZUS-a i čl. 150, st. 1. ZPP-a stranke imaju *pravo uvida u spis*.

Javnost postupka. U pogledu procesne garancije održavanja *javne rasprave* pred Upravnim sudom Republika Hrvatska je stavila rezervu, no formulacija rezerve odnosi se samo na slučaj kada Upravni sud odlučuje u nejavnoj sjednici. Kako rezerva mora biti izričita i usko se tumačiti, proizlazi da bi eventualna usmena rasprava koju bi odredio Upravni sud morala biti javna. Osim toga, formulacija rezerve sama po sebi ne oslobađa Hrvatsku obveze da Upravni sud javno objavi odluku kojom je odlučio o "građanskom pravu odnosno obvezi" (barem putem dostupnosti te odluke javnosti putem sudskog registra), pa to čak i onda, kada je odlučivao u nejavnoj sjednici.

Donošenje odluke u razumnom roku. Ne može se unaprijed reći da li Upravni sud svoje odluke donosi u razumnom roku, jer se to u praksi Europskog suda ionako utvrđuje individualno prema okolnostima svakog pojedinog slučaja. No, stalno povećanje broja predmeta pred Upravnim sudom (uzrokovano osamostaljenjem Republike Hrvatske i promjenom pravnog poretka), primijećena neažurnost upravnih organa u odgovaranju na tužbu i slanju spisa Upravnom sudu, nedostatak sudaca Upravnog suda, kao i nedovoljno ulaganje u njihovo stručno usavršavanje svakako su okolnosti na čijem će otklanjanju Hrvatska morati poraditi ako želi ubrzati i unaprijediti kvalitetu pružanja pravne zaštite u upravnim sporovima, te smanjiti mogućnost da bude tužena pred Europskim sudom zbog nedonošenja sudske odluke u razumnom roku.

Uz gore naznačene potrebne izmjene ZUS-a, nužno je, s jedne strane, da se suci Upravnog suda što prije upoznaju s praksom Europskog suda u pogledu prava odnosno obveza koja se smatraju "građanskim", kao i da im se omogući stalno praćenje te prakse, a s druge strane, da što prije "usvoje" zahtjeve koje pred njih postavlja čl. 6. EK. Nema sumnje da će biti potrebno određeno vrijeme da se u upravnim aktima prepoznaju "građanska prava odnosno obveze" i da se promijene navike u radu, jer samostalno utvrđivanje činjeničnog stanja, zakazivanje usmene i

kontradiktorne rasprave u dosadašnjoj praksi Upravnog suda predstavljalo je rijetku iznimku.

Upravo zbog toga treba imati na umu i drugu mogućnost sudske zaštite od upravnih akata kojima se odlučuje o pravima i obvezama što se prema čl. 6. EK smatraju "građanskim". Zakoni koji reguliraju ta prava i obveze mogli bi isključiti mogućnost vođenja upravnog spora protiv upravnog akta koji rješava o tim pravima odnosno obvezama na način da predvide sudsku zaštitu tih prava putem suda opće nadležnosti ili eventualno za neka prava čak putem trgovačkog suda (čl. 9. ZUS-a), koji bi postupak vodio prema Zakonu o parničnom postupku. Ili bi se pak moglo odlučivanje o određenim pravima i obvezama koja se prema čl. 6, st. 1. EK definitivno smatraju građanskim, a koja se sada nalaze u nadležnosti upravnih organa, prenijeti u nadležnost upravo spomenutih sudova.

Bez obzira u kojoj će se mjeri u usklađivanju hrvatskog zakonodavstva s Europskom konvencijom koristiti druge metode, izmjena ZUS-a i načina rada u Upravnom sudu čini se neizbježnom. Naime, čak i kada bi se, hipotetski uzeto, u odnosu na sve upravne akte kojima se odlučuje o pravima odnosno obvezama, što se prema dosadašnjoj praksi konvencijskih organa definiraju kao "građanska", predvidjela sudska zaštita izvan upravnog spora, odnosno kada bi se sva ta "građanskopravna materija" iz nadležnosti upravnih organa uspjela prenijeti u nadležnost sudova opće nadležnosti, odnosno trgovačkih sudova, što je zbog širine tumačenja pojma "građanskog prava odnosno obveze" malo vjerojatno i zapravo upitno, ne bi se moglo ni nakon usklađivanja hrvatskog zakonodavstva isključiti mogućnost, upravo zbog autonomnog tumačenja tog pojma od strane Europskog suda i dinamičnog određivanja njegova sadržaja kroz pojedinačne slučajeve, da se pred Upravnim sudom ne pojavi upravni akt kojim se odlučuje o pravu odnosno obvezi, što se prema *novoj* praksi Europskog suda smatra "građanskim". A kada se Upravni sud nađe u takvoj situaciji, on mora, radi odgovarajuće sudske zaštite prava onih koji podliježu njegovoj jurisdikciji, prema zakonu imati na raspolaganju i u postupku osigurati provođenje svih onih načela koja su nužna da bi se jedan sud doista smatrao "tribunalom" u smislu čl. 6. Europske konvencije.

Summary

JUDICIAL REVIEW BEFORE THE ADMINISTRATIVE COURT IN THE REPUBLIC OF CROATIA UNDER THE EUROPEAN CONVENTION FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS (ARTICLE 6)

Croatian legal system approves the authority of administrative organs in decision-making process ref. distinct rights recognized as the civil rights by the European Commission / European Court for human rights. The Republic of Croatia

(member state of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) is accordingly obliged to incorporate the procedural standards (ECHR, Article 6) in domestic pattern of civil proceedings & obligations.

It is thought that the Administrative organs do not (generally) accomplish the prerequisites raised in Article 6, particularly the standard of independency ref. the entitled authority. The additional supervision of an administrative decision, however, does ascertain the principles upon which the Convention is based, to remain intact.

The Article endeavours to evaluate the correspondence level of the Administrative Court in Croatian legal system (ref. lawfulness/legality of the administrative acts) towards the tribunal (ECHR, Article 6).

The analyses accordingly indicate the alterations of Law on Judicial Reviews ref. the prospective authority of the Administrative Court (judicial examination of facts when a judicial act performs as decision upon a question of the civil right/obligation and the party overrules fact-finding result reached in administrative proceedings). The reforms comprise the standard of spoken argument (trial) as formal mode to submit a proposed measure (when the party brings forward a motion). Reservations ref. public trial (the procedural guaranty of public trial before the Administrative Court) made, accepted & formulated in ratification procedure, do not discharge the Administrative Court in Croatian legal pattern from the public proclamation of decisions. Improvements consider the number of judges and technical prerequisites for the reasonable duration of decision-making process.

Understated provisions of Law on State Judicial Council (nomination, release and disciplinary action applied to judges - Article 16-19, 20-23, 32-35) and questionable provisions of Law on Courts (evaluation standards - Article 51-54), insinuating & anticipating observations upon the independency of the judge, predictably initiate relevant alterations & current adjustment.

Key words: *civil right, civil obligation, judicial review, procedural standards of the ECHR (the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)*

Zusammenfassung

ÜBER VERWALTUNGSSTREITIGKEITEN VOR DEM VERWALTUNGSGERICHT DER REPUBLIK KROATIEN IM LICHT DES ART. 6 DER EUROPÄISCHEN KONVENTION ZUM SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN*

Nach dem kroatischen Recht befindet sich unter den Befugnissen der Verwaltungsorgane auch die Entscheidung über bestimmte Rechte, die gemäß der Praxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als zivilrechtliche Ansprüche betrachtet werden. Die Republik Kroatien ist als Mitgliedsstaat der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verpflichtet, in Verfahren, bei denen es sich um zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen handelt, die Verfahrensstandards, die in Art. 6 der Konvention vorgesehen sind, anzuwenden. Man ist der Meinung, daß die Verwaltungsorgane in der Regel den Anforderungen dieses Artikels nicht entsprechen, wobei es sich vor allem um die Anforderung nach der Unabhängigkeit des Organs, das die Entscheidung fällt, handelt. Doch es wird angenommen, daß keine Verletzung dieser Konvention vorliegt, wenn die Entscheidung des Verwaltungsorgans nachträglich von einem Organ, das die Anforderungen aus Art. 6 erfüllt, kontrolliert wurde. In der Arbeit wird deshalb der Versuch unternommen, die Frage zu beantworten, ob das Verwaltungsgericht, dem im kroatischen Recht die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten anvertraut ist, als Tribunal im Sinne von Art. 6 betrachtet werden kann, d.h. ob die Verfahrensregeln bei Verwaltungsstreitigkeiten, den im angeführten Artikel vorgeschriebenen Standards entsprechen. Im Aufsatz wird darauf hingewiesen, daß eine Änderung des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten notwendig ist, aufgrund dessen das Verwaltungsgericht befugt und verpflichtet wäre, den Tatbestand selbständig festzustellen, wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelt durch den über die zivilrechtlichen Ansprüchen bzw. Verpflichtungen einer Partei entschieden wird, und die Partei die Rechtmäßigkeit des Tatbestands, der im Verwaltungsverfahren festgestellt wurde, bestreitet. Diesem Gesetz sollte außerdem eine Bestimmung beigefügt werden, wonach das Verwaltungsgericht, wenn von einem solchen Verwaltungsakt die Rede ist, immer verpflichtet sein sollte, eine mündliche Verhandlung abzuhalten, wenn die Partei dies vorschlägt. Die Reserve, welche die Republik Kroatien bei der Ratifizierung der Konvention im Hinblick auf die Verfahrensgarantie, die öffentliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht

* Übersetzung der Autorin.

abzuhalten, formuliert hat, befreit Kroatien nicht von der Pflicht, daß das Verwaltungsgericht seine Entscheidung öffentlich bekannt macht. Es ist außerdem notwendig, die Anzahl der Richter des Verwaltungsgerichts zu vergrößern und die technischen Bedingungen, unter denen sie arbeiten zu modernisieren, um zu sichern, daß eine Gerichtsentscheidung in einer angemessenen Frist gefällt wird. Da undefinierte Bestimmungen des Gesetzes über den Staatsgerichtsrat bezüglich Ernennung, Entlassung und Disziplinarverfahren gegen Richter (Art. 16-19; Art. 20-30; Art. 32-35) sowie fragwürdige Bestimmungen des Gesetzes über die Gerichte betreffs der Art der Bewertung der Arbeit der Richter (Art. 51-54) die Unabhängigkeit des kroatischen Richters in Frage stellen könnte, ist es notwendig, diese Gesetze so schnell wie möglich zu bearbeiten bzw. zu ändern.

Schlüsselwörter: *Begriff des zivilrechtlichen Anspruchs bzw. der Verpflichtung, Verwaltungsstreitigkeit, Prozeßstandards der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.*

**HRVATSKO PROCESNO PRAVO I
JAMSTVO "PRAVIČNOG POSTUPKA"
IZ EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I
TEMELJNIH SLOBODA ***

Mr. sc. Alan Uzelac, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.722
347.98
Ur.: 24. kolovoza 1998.
Pr.: 27. kolovoza 1998.
Izvorni znanstveni članak

Inkorporiranjem Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u svoj ustavnopravni poredak Hrvatska je preuzela obvezu da svoje zakonodavstvo i pravnu praksu prilagodi zaštiti prava iz te konvencije. Među ostalim pravima koja Europska konvencija štiti, posebno mjesto zauzima jamstvo "pravičnog (fair) postupka" iz čl. 6. EK, koje u sebi ujedinjuje temeljna procesna ljudska prava - pravo na pristup sudu, pravo na javni i pošten postupak, te pravo na nezavisan i nepristran sud. Ovaj rad propituje uređenje i ostvarenje ovih prava u hrvatskom pravnom poretku, nastojeći ih staviti u kontekst pozitivnog zakonodavstva i aktualne pravne prakse. Tematizirani su u prvome redu opći procesni i građanskopravni aspekti, dok su kaznenopravni aspekti prava na pravičan postupak ostavljeni po strani. Istraživanje pokazuje da je hrvatsko zakonodavstvo, unatoč potrebe za izvjesnim korekcijama i prilagodbama, u osnovi kompatibilno sa zahtjevima iz čl. 6 EK. Više problema postoji s ostvarenjem jamstava iz čl. 6 EK u praksi, pri čemu se kao najproblematičnija točka pokazuje ostvarenje prava na nezavisnog suca. Rješenje aktualne krize pravosuđa i djelatno ostvarenje postulata nezavisnosti sudstva postavlja se tako kao primarni zadatak u usklađivanju kako sa zahtjevima iz čl. 6 EK, tako i s ustavnim principima vladavine prava i pravne države.

Ključne riječi: *ljudska prava, Europska konvencija, "pravičan postupak", građansko procesno pravo, pravo na pristup sudu, nezavisnost sudstva, kriza pravosuđa, vladavina prava.*

* Temelj ovoga rada predstavljalo je usmeno izlaganje autora na seminaru "Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i zaštita izbjeglica", održanom u organizaciji Vijeća Europe i UNHCR-a te uz suradnju OESS-a 2. i 3. srpnja 1998. godine u Zagrebu. Zahvalan sam dr. Josipu Kregaru, koji me potaknuo da za kratko vrijeme realiziram projekt što me dugo

I. Uvod

Instituti hrvatskog građanskog procesnog prava, jednako kao i instituti drugih grana prava, podložni su interpretaciji iz perspektive temeljnih ustavnopravnih jamstava. Zakoni koji reguliraju materiju građanskog procesnog prava, počevši sa Zakonom o parničnom postupku, koji kodificira materiju tzv. funkcionalnog parničnog prava, preko Zakona o sudovima, Zakona o Državnom sudbenom vijeću i drugih propisa koji uređuju tzv. organizacijsko procesno pravo - ustroj, sastav i nadležnost sudova i drugih tijela koja sudjeluju u obnašanju pravosudnih funkcija - moraju biti analizirani (ali i tumačeni i primjenjivani) u skladu s načelima na kojima počiva ustavni poredak - načelima pravne države, vladavine prava i zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda.¹ Iako je u hrvatskoj pravnoj doktrini do sada težište bilo na propitivanju kompatibilnosti pojedinih instituta kaznenog i kaznenog procesnog te upravnog prava s ustavnim jamstvima zaštite ljudskih prava, to ni u kom slučaju ne znači da je građansko procesno pravo nepodobno za ovakvu analizu, ni da u njemu ne postoje pitanja od važnosti za ustavnopravnu materiju.

Sukladno članku 134. Ustava RH, međunarodni ugovori sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Iako svi međunarodni ugovori postaju na jednak način dio domaćeg prava, to ne znači da su svi ratificirani međunarodni ugovori od jednake važnosti za hrvatski ustavnopravni poredak. Između ostalih međunarodnih instrumenata inkorporiranih u hrvatsko pravo, poseban položaj pripada onima koji na izvjestan način nadopunjuju, "komplementiraju" hrvatski ustavnopravni poredak. Tu prije svega pripadaju multilateralne konvencije koje izražavaju dosegnute međunarodne standarde zaštite ljudskih prava.²

Od 6. studenog 1997. godine dijelom hrvatskog pravnog poretka postala je i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: *Europska konvencija, EK*).³ Dalekosežnost posljedica ratifikacije Europske

intrigirao. Posebnu zahvalu za pomoć pri izradi ovog rada dugujem dragoj kolegici Jasni Garašić, koja mi je velikodušno stavila na raspolaganje obilnu literaturu prikupljenu kao rezultat njenog istraživanja.

¹ O potrebi da se procesno pravo tumači u skladu s ustavnim načelima u komparativnom pravu vidi npr. Schwab/Gottwald, *Der Einfluß der Verfassung auf Organisation und Aufgaben der Zivilgerichtsbarkeit*, u: Habscheid (ur.), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Würzburg, 1983, str. 11-88; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, § 1 VII; Schumann, *Menschenrechtskonvention und Zivilprozeß*, u: Gottwald/Prütting (ur.), *FS Schwab*, 1990, str. 449; slično posebno za prava iz Europske konvencije Matscher, *Der Einfluß der EMRK auf den Zivilprozeß*, *FS Henckel*, 1995, str. 593-614.

² O međunarodnom sustavu zaštite ljudskih prava Cf. Buergethal, *Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku*, Zagreb, 1977.

³ EK ratificirana je Zakonom o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju ("Narodne novine - MU", br. 18/97) koji je objavljen 28. listopada, a stupio na snagu 6. prosinca 1997. godine.

konvencije teško je podcijeniti. Za Hrvatsku su time učinjena dva velika koraka: jedan prema uključivanju u europske integracije (a time i prema svjetskoj kulturnoj i civilizacijskoj eliti), i, drugi, prema odricanju dijela državnog suvereniteta u korist ispitivanja sukladnosti svoga pravnog poretka s visokim europskim standardima. Ratifikacijom Europske konvencije Hrvatska je omogućila da njen unutarnji pravni poredak bude podložan nadzoru neovisnih tijela Vijeća Europe - a time se i obvezala da svoj pravni poredak usuglasi sa standardima i praksom te ustanove.⁴

U ovome radu propituje se sukladnost hrvatskog procesnog prava (kako funkcionalnog, tako i organizacijskog) s procesnim jamstvima sadržanima u članku 6. stavak 1. Europske konvencije.⁵ Sadržaj članka 6. teško je podvesti pod jedan zajednički nazivnik koji bi obuhvatio sve njegove aspekte, no slijedeći uobičajenu terminologiju, na temeljno pravo opisano u ovome članku referirat ćemo se kao na "pravo na pravičan postupak" (*right to a fair trial*). Velik dio ovoga članka izostavit ćemo iz razmatranja - u prvome redu većinu njegovih kaznenopravnih aspekata - i usredotočiti se u prvome redu na njegove građanskopravne elemente.⁶ Ovaj je rad, stoga, u svojoj ambiciji u prvome redu doprinos hrvatskoj znanosti *međunarodnog građanskog procesnog prava*, znanosti kojoj je jubilar ove spomenice, prof. dr. Đuro Vuković, znatno doprinio mnogim svojim radovima.⁷

⁴ U ovome pravcu ide i recentna praksa Ustavnog suda, koji je u sasvim nedavno objavljenoj odluci broj U-I-920/1996 od 15. srpnja 1998. godine (Narodne novine, br. 98/98) povodom ukidanja nekih odredaba Zakona o hrvatskim željeznicama naveo da postoji sumnja da neke od odredaba tog zakona nisu u skladu s čl. 8. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i čl. 11. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda; u obrazloženju Ustavni sud navodi i da su "... spomenute odredbe dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske i po svojoj su pravnoj snazi iznad zakona u smislu odredbe čl. 134. Ustava." O primjeni Europske konvencije u Hrvatskoj vidi Rodin, *Ustavopravni aspekti primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 48/1-2:1998, str. 85-116; te *id.* Nesuglasnost zakona s međunarodnim ugovorom predstavlja povredu Ustava, još neobjavljeno (na uvidu kod autora), str. 1.

⁵ "Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde." (*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security, where the interest of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.*)

⁶ Ipak, u onome dijelu koji je zajednička baština i građanskog i kaznenog postupka - posebno dijela vezanog za pravo na nezavisnog suca - bit će riječi o temama koje će obuhvatiti širu procesnopravnu tematiku, pa otuda i naslov ovog rada govori općenito o hrvatskom procesnom pravu.

⁷ U prvome redu vidi Vuković, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb, 1987; *id.*, *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i drugih odluka koje su sa njima izjednačene*, Banja Luka, 1986.

2. "Pravo na pravičan postupak" u kontekstu hrvatskog pravnog poretka

Preliminarno, bit će potrebno analizirati sastavne dijelove propisane člankom 6. Europske konvencije. Naime, treba naglasiti da pravo na pravičan postupak koje ovaj članak opisuje nije u onoj dikciji i u onom opsegu koji ima u EK unijeto u hrvatsko pozitivno zakonodavstvo. Razlog za to leži u prvome redu u konceptualnoj različitosti između pristupa konvencije, s jedne strane, i pristupa hrvatskog prava kao nacionalnog zakonodavstva. Europska konvencija je naime pisana kao svojevrsan "kišobran-propis" koji mora obuhvatiti niz posebnih nacionalnih sustava - odatle i težnja da se u jednome jedinstvenom pojmu obuhvati mnoštvo pojedinih pitanja koja su na mikrorazini prožeta posebnostima pojedinih nacionalnih sustava. Tako je i pojam "pravičnog postupka" svojevrsan "krovni pojam" za postupak koji po više kriterija odgovara standardima suvremenog društva i prava, pojam srodan angloameričkom *due process of law* konceptu.⁸ Utoliko, i *right to a fair trial*, iako samo za sebe nije neposredno pozitivirano, u sebi obuhvaća veći broj posebnih načela, pravila i propisa sadržanih u hrvatskom Ustavu i zakonima te tematiziranima u hrvatskoj pravnoj teoriji i praksi.

Poseban problem koji se postavlja ne samo na lingvističkoj već i na sadržajnoj razini predstavlja izraz *fair* koji je teško prevodiv na hrvatski jezik. Izrazi kojima se obično prevodi (pošten, pravedan, pravičan) ne pogađaju u cijelosti njegovu bit. Posebno, "pravičnost" je u hrvatskoj pravnoj tradiciji obično poimana kao prijevod za *aequitas* (lat.), *epeikeia* (grč.), što su izrazi koji imaju drugo značenje: vezani su uz materijalno pravo i izražavaju element korektivne pravednosti, te se nalaze u blizini jezgre značenja pravnih standarda poput savjesnosti i poštenja, odnosno izražavaju ovlaštenje tribunala da sudi ne primjenjujući pravne propise pojedinog nacionalnog prava, već da sudi "po pravičnosti" (*ex aequo et bono*).⁹ Probleme s prevođenjem koncepta *fair* postupka može se nazrijeti i u tekstovima članka 6. na drugim jezicima zemalja članica Savjeta Europe.¹⁰

⁸ Za usporedbu članka 6. i koncepta *due process of law* vidi Schlosser, Die internationale Zustellung zwischen staatlichem Souveränitätsanspruch und Anspruch auf ein faires Verfahren, *FS Matscher*, 1993, str. 387.

⁹ Za rječitu analizu pojma pravičnosti iz pravnofilozofijske i pravnoteorijske perspektive Cf. Padjen, Pravičnost kao bitan sastojak prava, *Pravne teme*, 1/1997, str. 164-174. Padjen, međutim, iako polazi od prava na pravično suđenje, glavninu svoga rada posvećuje *pravičnom rasuđivanju* kao bitnom sastojku prava, čime u biti ostaje na materijalnopravnoj razini *kriterija odlučivanja*, ne ulazeći u procesnopravnu analizu *načina postupanja* tijela koje odlučuje. Stoga i njegova teza o tome da "ono što neko suđenje čini pravičnim jest upravo primjerena ravnoteža velikog broja različitih prava i dužnosti, koja je u načelu jedinstvena u svakom pojedinom slučaju", pogađa samo dio sadržaja pojma "fer postupka" iz članka 6. EK:

¹⁰ Npr. u francuskoj varijanti tekst st. 1. glasi "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable..."; njemačka verzija na sličan način navodi: "Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb iener angemessenen Frist gehört wird...". Oba izraza, navedena u priložnoj, a ne u prijedložnoj formi, ne pogađaju u cijelosti engleski izraz *fair*, tako da se i u komentarima pisanima na drugim jezicima nerijetko koristi "udomaćeni" engleski izraz. Vidi npr. Peukert, str. 153 (govoreći o

Govoreći o procesnim jamstvima iz članka 6. Europske konvencije, treba se svakako prisjetiti da ona nisu novost u apsolutnom smislu. Jamstvo *fair* postupka bilo je ugrađeno u domaće pravo već i prije stupanja na snagu Europske konvencije u Hrvatskoj, pomoću drugih ratificiranih međunarodnih instrumenata, u prvome redu onih sadržanih u multilateralnim ugovorima nastalima u okrilju Organizacije Ujedinjenih Naroda, posebno u Općoj deklaraciji o pravima čovjeka iz 1948. godine¹¹ i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima¹². Isti dokumenti poslužili su kao predložak za oblikovanje Europske konvencije, pa tako i "prava na pravičan postupak" unutar nje.¹³ U primjeni ovoga prava u Hrvatskoj stoga bi načelno trebao postojati kontinuitet.

Ipak, nakon ratifikacije Europske konvencije, u hrvatskom se pravu pojavljuje kvalitativna razlika: sada se po prvi puta iza dosta širokog i neodređenog pojma "pravičnog postupka" pojavljuje sud koji je ovlašten interpretirati njegov sadržaj u konkretnim slučajevima, i to na pravno obvezatan način. Obveza koja je do sada postojala na deklarativnoj razini postaje sada za Hrvatsku sasvim konkretna dužnost s dalekosežnim pravnim i političkim posljedicama. Pravni standardi sadržani u pregnantnoj formi u tek nekoliko rečenica mogu se sada tumačiti u svjetlu višegodišnje prakse suda u Strasbourgu i opsežnog korpusa akademskih radova u kojima su odluke toga suda komentirane i analizirane. Stoga, nije čudo da je upravo

pravu na "ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren") ili Grabenwarter/Kriebaum, *Theorie und Praxis der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Wien, 1997, str. 25 (povezujući pravo na saslušanje "na pravičan način" s "fer postupkom": "Das Recht, 'in billiger Weise' gehört zu werden, bringt den Grundsatz des fairen Verfahrens (fair hearing) in verkürzter Form zum Ausdruck."). Za prijevode EK i Statuta Vijeća Europe na njemački cf. Fischer/Hafner, *Europarecht. Texte und Fälle*, Wien, 1998.

¹¹ Vidi članak 10. Deklaracije (*Universal Declaration of Human Rights*): "Svatko ima potpuno jednako pravo na pravično i javno suđenje pred nezavisnim i nepristranim sudom koji će odlučiti o njegovim pravima i obvezama i o osnovanosti svake krivične optužbe protiv njega" (*Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.*) Vidi za engleski tekst *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, Vol. I, New York and Geneva, 1994. (Hrvatski prijevod prema Hrženjak, *Međunarodni i evropski dokumenti o ljudskim pravima*, Zagreb, 1992).

¹² Vidi članak 14. stavak 1. Pakta (*International Covenant on Civil and Political Rights*): "Svi su jednaki pred sudovima. Svatko ima pravo da zakonom određeni nadležni, nezavisni i nepristrani sud nepristrano i javno ispita njegov predmet i odluči o opravdanosti svake kaznene optužbe koja je protiv njega podignuta ili spora o građanskopravnim pravima i obvezama." (*All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.*) O jamstvima postupka sadržanima u instrumentima UN vidi *The United Nations and Human Rights*, New York, 1984, str. 66; općenito o sustavu zaštite u Međunarodnom paktu vidi Henkin (ur.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1981.

¹³ O dokumentima UN kao tekstualnom predlošku za čl. 6. EK, te značenju razlika u formulacijama vidi Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. izd, Kehl-Strasbourg, 1996., str. 154.

u ovome trenutku možda više negoli ikada za domaće zakonodavstvo i praksu, koji su ovo jamstvo načelno priznavali još u doba socijalističkog režima, ali mu u praksi nisu pridavali preveliku težinu, "pravo na pravičan postupak" aktualnije negoli ikad prije.

3. Elementi prava na pravičan postupak

Pravo na pravičan postupak predstavlja možda najznačajnije i najdalekosežnije jamstvo iz EK; ono epitomizira gotovo sva tzv. procesna ljudska prava¹⁴ i logički prethodi svim ostalim materijalnim (supstancijalnim) ljudskim pravima, koja bez odgovarajućeg mehanizma njihove zaštite ne bi bila ni moguća. Pravo na pravičan postupak potvrdilo se kao "preeminentno pravo Europske konvencije", koje je u praksi predmet više zahtjeva za pokretanje postupaka od bilo koga drugoga prava iz konvencije.¹⁵ I sam sud upozoravao je na "prominentno mjesto koje pravo na pravičan postupak zauzima u demokratskom društvu"¹⁶, što je i poslužilo kao osnova za široko tumačenje pojmova koje sadrži.

Članak 6. konstruiran je tako da sadrži dvije skupine prava. Prva skupina prava predstavlja zajedničke temelje primjenjive za svaki postupak pred tijelom koje polaže pravo na to da se naziva "sudom", dakle definira *načela sudskog postupka uopće*. Druga skupina prava specifično je primjenjiva na *načela koja se odnose na kazneni postupak*. U ovome radu koncentrirat ćemo se samo na prvu skupinu načela (u prvome redu na prvu rečenicu prvoga stavka članka 6.). Time se međutim ne isključuje u cijelosti preostali sadržaj Europske konvencije kao irelevantan za ustavno-procesni poredak i primjereno funkcioniranje pravosuđa. Naprotiv, u praksi Europskog suda za ljudska prava upravo oni članci koji sadrže tzv. materijalna ljudska prava često su bili predmet postupovnog tumačenja i zadobivali svoj procesni izraz - npr. čl. 8. (pravo na privatnost i obiteljski život) ili čl. 1. dopunskog protokola (zaštita vlasništva).¹⁷ Specifična procesna ekstenzija članka 6. predstavlja i članak 13. Europske konvencije o kome će biti više riječi u završnom dijelu ovoga rada.

Prava koja se odnose na *načela sudskog postupka uopće* sadržana u proklamaciji da "svatko ima pravo da o njegovim građanskim pravima i obvezama u pravičnom i javnom postupku, u razumnom roku, odluči neovisni i nepristrani sud" mogla bi se razdvojiti na tri logičke i sustavne cjeline:

¹⁴ Za sličan termin npr. u njemačkoj literaturi (*prozessuale Menschenrechtsordnung*) vidi npr. Schumann, *Menschenrechtskonvention und Zivilprozeß*, cit., str. 453. Vidi i Strasser, *The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights*, u: *Wiarda-Festschrift*, str. 595 i d.

¹⁵ Vidi Harris/O'Boyle/Warbnick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London etc., 1995, str. 164.

¹⁶ Vidi slučaj *Moreira de Azevedo protiv Portugala*, A.189 (1990), par. 66; vidi i *Delcourt v Belgium* A.11 (1970), par. 25.

¹⁷ Cf. Schumann, *op. cit.*, str. 454.

1. *pravo na pristup sudu*: pravo da se o individualnim pravima i obvezama konačno odlučuje u sudskom, a ne kakvom drugom postupku ("svatko ima pravo da o njegovim građanskim pravima i obvezama ...odluči ... sud");
2. *pravo na postupak odgovarajuće kvalitete*: čl. 6. postavlja (ili predmnijeva) niz zahtjeva na postupak u kome se odlučuje o individualnim pravima i obvezama; tri kvalitete koje EK posebno ističe jesu "pravičnost/poštenje" (*fairness*), "javnost" i postupanje u "razumnom roku" ("... *pravično, javno i u razumnom roku...*");
3. *pravo na samostalan i nepristran tribunal*: pravo da sud pred kojim se postupak vodi bude sastavljen na način koji jasno jamči objektivnost sudačkog postupanja i isključuje nelegitimne utjecaje i pritiske ("...*zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud...*").

Prema ova tri aspekta analizirat ćemo u najširim crtama hrvatski pravni poredak. Prije početka analize potrebno je međutim upozoriti na zajedničko metodološko polazište za analizu svih aspekata, a to je nužnost primjene *ekstenzivne interpretacije* pojedinih izraza i odredaba. Naime, ne samo da pojam "pravičnog postupka" iz čl. 6. treba tumačiti u širokom smislu, već i značenje drugih pojmova pomoću kojih je određen sadržaj procesnih jamstava iz čl. 6. Izraze sadržane u ovome članku ne treba uzimati kao samorazumljive, a posebice ih ne treba izjednačavati s uvriježenim i/ili pravno pozitivnim definicijama nacionalnog pravnog sustava. Interpretirajući izraze iz ovog članka Europske konvencije potrebno je interpretirati ih na način na koji ih interpretira tijelo ovlašteno da u krajnjoj liniji odredi postoji li ili ne kršenje pojedinog konvencijskog prava: Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: *Europski sud, Sud*). Taj sud, pak, u svojoj judikaturi pojedine izraze iz konvencije smatra posebnim, autonomnim pojmovima, čiji sadržaj nije nužno vezan uz njegovo razumijevanje u bilo kojem od nacionalnih prava država članica Vijeća Europe. U kontekstu članka 6. Europske konvencije, kao što će se pokazati u narednoj analizi, ovo se odnosi na tako temeljne pojmove kao što su: *sud, pravo građanske naravi, obveza, utvrđivanje, pravično/neovisno/nepriistrano, razumni rok, sudski postupak* i sl. Nužnost nadovezivanja na judikaturu Europskog suda pri tumačenju pojedinih pravnih standarda, a ne na definicije koje vrijede lokalno, posebno je važno imati u vidu s obzirom na hrvatsku pravnu tradiciju koja je u nekim svojim dijelovima obilježena visokim stupnjem formaliziranosti i artifizijelnosti, i u kojoj je oslanjanje na pravno pozitivne eskapade i trikove dio specifičnog pravnog folkloru.¹⁸

¹⁸ Treba naglasiti da sud u Strasbourgu obveze država iz EK prema komentatorima i vlastitoj doktrini tumači kao obveze u supstancijalnom, a ne formalnom smislu - kao obveze rezultata, a ne obveze pridržavanja strogo definiranih pravila; drugim riječima, državama se pružaju široke slobode u organiziranju sudskog postupka i odabiru procesnih formi, dokle god se rezultat postupka može smatrati "fer", tj. poštenim suđenjem. *Vidi Harris, ibid.*

4. Temeljna načela sudskog postupka - pravo na pristup sudu

Prvo, temeljno pravo dano člankom 6. Europske konvencije sastoji se u obvezi država članica da osiguraju svakome pristup sudu kada je riječ o "kaznenom djelu" odnosno "utvrđivanju prava i obveza građanske naravi". Osiguranje pristupa sudu (*access to justice, Zugang zu den Gerichten*¹⁹) može se možda još pregnantnije sagledati ako se ovo individualno ovlaštenje spram pravosudnog sustava interpretira na negativan način - u smislu zabrane vlastima država članica da organiziraju takav pravni sustav u kome se o individualnim pravima i obvezama ne bi odlučivalo pred tijelom koje bi udovoljavalo kriterijima sudskog tijela. Odredbe koje bi branile pristup sudu predstavljale bi, naime, možda najteži propust koji se jednom procesnom sustavu može pripisati, tj. *uskratu pravosuđa (deni de justice, denial of justice)*.

Temeljna pitanja koja ostaju otvorena iz aspekta prava na pristup sudu jesu trojaka: prvo, kome je ovom odredbom dano pravo na pristup "neovisnom i nepristranom sudu" (*subjekt prava na pravnu zaštitu*), drugo, u kojim slučajevima to pravo egzistira (*opseg prava na pravnu zaštitu*), te, treće, što se smatra "sudom" u smislu ovog prava (*sadržaj obveze da se omogući pravo na pravnu zaštitu*).

4.1. Subjekt prava na pravnu zaštitu - "svatko"

Općenito. Titular prava na pristup sudu u konvenciji je kratko označen riječju "svatko". Što se tiče interpretacije sadržaja tog pojma, ne bi smjelo biti većih problema. Izraz "svatko" treba naime tumačiti u najširem mogućem smislu, tj. u smislu da se ne odnosi samo na državljane određenog nacionalnog sustava (npr. hrvatske državljane) već i na strane državljane (bez obzira na državljanstvo), pa i na apatride. Unutar pojedine od ovih kategorija ne smije biti nikakvih posebnih zahtjeva ili podskupina.²⁰ Tako, ako je riječ o izbjeglicama/prognanicima iz perspektive ovoga prava državljanstvo, prebivalište, boravište, posjedovanje poslovne i parnične sposobnosti ne bi smjeli biti relevantni. Dakle, ako bi u najširem smislu postojala međunarodna jurisdikcija hrvatskih sudova, osobi bi sukladno čl. 6 EK pripadalo pravo da se o njenim pravima rješava u sudskom postupku.²¹ U sličnom se smislu izraz "svatko" tumači i u hrvatskoj pravnoj praksi (npr. u ustavnim odredbama o slobodama i pravima čovjeka i građanina).

¹⁹ Za građanski postupak u njemačkoj teoriji još poznat kao *pravo na pravnu zaštitu* odn. *pravo na pravosuđe (Anspruch auf Rechtsschutz, Justizgewährungsanspruch)*.

²⁰ Cf. Frowein/Peukert, *op. cit.*, str. 156. U praksi je o ovom pitanju zauzeto stajalište da tzv. posebni statusni odnosi, npr. vojna služba ili boravak u zatvoru, ne mijenjaju ništa na pravima iz EK.

²¹ U sličnom smislu i odredba članka 2. stavka 2. ZPP-a koja govori o tome da sud ne može odbiti suđenje o predmetu za koji je nadležan. Pravo na pokretanje postupka pred Europskim sudom pripada međutim samo osobi koja je iscrpila pravna sredstva u nacionalnoj jurisdikciji, i to u svojstvu stranke. Svjedocima, vještacima, punomoćnicima i (običnim) umješacima ovakva zaštita ne bi pripadala. *Vidi Frowein/Peukert, ibid.*

Ipak, neka pitanja nisu ni ovdje lišena svake dvojbe. S jedne strane, moglo bi se pitati pruža li članak 6. samo ovlaštenje da o "pravima i obvezama građanske naravi" odlučuje sud, a ne upravni ili neki drugi organ, ili zasniva pozitivno pravo osobe da upravo u *određenoj* državi o njenom pravu odlučuje sud - drugim riječima, može li se smatrati da uskrata pravosuđa u odnosu na titulara ovoga prava ("svakoga") postoji i onda kada neka država - unatoč načelno postojećoj vezi između osobe i njene teritorije - ne omogućuje zasnivanje njene međunarodne nadležnosti za suđenje o određenom subjektivnom pravu.²² Slično pitanje o granicama opsega ovoga prava moglo bi se postaviti i u pogledu obveze određene države - članice EK da omogući vođenje postupka i njegovo meritorno okončanje u drugoj državi, npr. obveze da se omogući dostava stranci koja se nalazi na njenom teritoriju.²³ Ova pitanja međutim pomalo već prelaze iz sfere pitanja o titularu prava u sferu pitanja o sadržaju prava na pravnu zaštitu - o čemu više *infra* pod 4.2.

Neka pitanja mogla bi se pojaviti ako bismo pojam svakog interpretirali iz perspektive odredaba hrvatskog parničnog prava o priznavanju stranačke sposobnosti (*ius standi in iudicio*) oblicima organiziranja koji nemaju stranačke sposobnosti sudskom odlukom.²⁴ Naime, ako pojam "svatko" tumačimo u smislu "sve fizičke i pravne"²⁵ osobe" izvan opsega potencijalno potrebne pravne zaštite nalazile bi se one forme kojima nacionalni sustav (i/ili sustav države čije je pravo mjerodavno) ne priznaje pravnu osobnost. Čini se da bi se na sličan način na koji domaće pravo priznaje pravnu osobnost određenim tvorevinama moglo dogoditi da i Europski sud *ad hoc* prizna pravo stajanja pred sudom obliku organiziranja koji prema hrvatskom pravu nema ni pravne ni stranačke sposobnosti.²⁶

Stanje u hrvatskom zakonodavstvu. Što se tiče stanja u hrvatskom zakonodavstvu, treba naglasiti da se samo *pravo na pristup sudu ne nalazi u Ustavu i unutarjem zakonodavstvu*, barem ne u ovako širokoj definiciji kao što je pruža

²² Obveza koju su zemlje članice Vijeća Europe preuzele člankom 3. Statuta Vijeća Europe jest "prihvatanje načela vladavine prava i uživanja ljudskih prava i temeljnih sloboda svih osoba *unutar njene sudbenosti...*"

²³ U ovome smislu vidi Schlosserove teze o obvezi uzajamne kooperacije u pružanju pravne pomoći kao konzekvencije čl. 6 EK - Schlosser, *Die internationale Zustellung zwischen staatlichem Souveränitätsanspruch und Anspruch der Prozeßpartei auf ein faires Verfahren, cit.*, str. 387-399.

²⁴ Vidi čl. 77. st. 3. Zakona o parničnom postupku.

²⁵ Što se tiče pravnih osoba, jedna bi se iznimka ipak mogla pojaviti: naime, čini se da iz same svrhe propisa i objekta njegove zaštite (zaštita u odnosu na presizanja od strane državne vlasti države članice) proizlazi da se u načelu na pravo na pravnu zaštitu ne bi mogla pozivati sama državna vlast. Cf. Frowein/Peukert, *op. cit.*, str. 156 ("Teoretsko pitanje o tome mogu li i država i tijela s javnim ovlastima izvoditi prava iz čl. 6. treba odgovoriti niječno..."). "Teoretsko pitanje" o pravu države da se poziva na instrumente zaštite individualnih prava od državnih presezanja, u Hrvatskoj je imalo i svoju sasvim realnu praktičnu vrijednost, jer su se u postupku pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske već pojavili slučajevi u kojima je državni javni pravobranitelj inicirao postupak ustavnom tužbom radi zaštite ustavnih prava Republike Hrvatske.

²⁶ Posredan odgovor mogao bi se naći u formulaciji članka 25. prema kojoj "Komisija može primati tužbe [...] od svake fizičke osobe, nevladine organizacije *ili skupine pojedinaca...*".

EK. Istina je da sam izraz "pravo na pravično suđenje" nije stran hrvatskom pravnom poretku - pa se tako na njega pozivala i recentna hrvatska ustavnopravna judikatura²⁷ - ali on još nije postigao tu razinu općenitosti kakvu posjeduje u Europskoj konvenciji.

Ustav RH naime ne sadrži odredbe koje bi statuirale pravo da o građanskim pravima i obvezama sudi sud; nekoliko odredaba izražavaju sličnu, ali ne i u cjelini istu misao: s jedne strane, jamči se pravo na "pravično suđenje pred nadležnim sudom ustanovljenome zakonom" svakome "tko je osumnjičen ili optužen zbog kaznenog djela" (čl. 29). Ustav, međutim, ne spominje izričito pravo na pravično suđenje u vezi s građanskim pravima. Doduše, neke druge ustavne odredbe predviđaju određen stupanj angažiranja sudbenih tijela vezano uz prava građanske naravi: tako članak 19. stavak 2. Ustava jamči sudsku kontrolu pojedinačnih akata državne uprave i tijela koja imaju javne ovlasti, dok odredba članka 18. Ustava garantira pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata. Osim toga, radi zaštite Ustavom utvrđenih sloboda i prava čovjeka i građanina (ljudskih prava) svatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je to pravo povrijeđeno odlukom sudbene, upravne vlasti, ili drugih tijela koja imaju javne ovlasti (članak 28., stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu). Sve ove odredbe uzete zajedno ne pokrivaju, međutim, u cijelosti pravo na pristup sudu iz čl. 6. EK, koji govori o svim "pravima i obvezama građanske naravi", a ne samo o ustavnim pravima.

Neke *zakonske odredbe* također izražavaju ideju sličnu pravu na pristup sudu - npr. Zakon o sudovima: Tako čl. 3. definirajući objektivni djelokrug sudova govori o tome da sudovi "rješavaju sporove o osobnim odnosima građana, radne, trgovačke, imovinske i druge građanskopravne sporove te odlučuju u drugim pravnim stvarima kad je to zakonom određeno"; članak 4. Zakona o sudovima nastavlja i govori o tome da "svatko ima pravo da mu sudi sud u čiju nadležnost spada predmet u zakonom utvrđenom postupku bez neosnovanog odgađanja"; ni ove se odredbe ne poklapaju u cjelini sa sadržajem prava na pristup sudu iz čl. 6. EMRK, iako bi trebalo uzeti da bi kumulativno sve navedene odredbe bile dosta blizu tome da pokriju cjelokupno područje primjene ovog konvencijskog prava.

4.2. Opseg prava na pravnu zaštitu - "prava i obveze građanske naravi", "utvrđivanje"

Općenito. Pitanje o značenju pojma "*civil rights and obligations*", "prava i obveze građanske naravi", u uskoj je vezi s pitanjem o titularu prava na pravično suđenje. Ovome je pitanju posvećeno i više odluka Europskog suda, pri čemu se može primijetiti evolucija u gledištima strasbourgških autoriteta. U ranim je

²⁷ Vidi npr. Odluku Ustavnog suda RH broj U-III-720/1996 od 11. lipnja 1998. i Izdvojeno mišljenje u kojima su odlučni argumenti i većinskog mišljenja, i mišljenja suca Momčinovića utemeljena na pravu na pravično suđenje iz čl. 29. Ustava (doduše u kontekstu prekršajnog postupka vodenog u prvom stupnju kod Komisije za prekršaje Deviznog inspektorata Ministra financija).

odlukama, naime, fraza "građanska prava i obveze" bila tumačena u svjetlu razlikovanja između *privatnog* i *javnog* prava, pri čemu bi pravo na pravnu zaštitu pripadalo samo pravima privatnopravne naravi, dok bi prava javnopravnog značaja (npr. biračko pravo ili pravo na državljanstvo) bila izuzeta iz opsega primjene članka 6.²⁸ Novije odluke Europskog suda, iako se formalno još pridržavaju javno/privatne linije razgraničenja, počinju, međutim, obuhvaćati sve širi krug prava, uključujući i ona koja bi samo teško bilo moguće podvrgnuti pod kriterij "privatnopravnoga".

Konstanta u tumačenju ovoga izraza, i u praksi Komisije i u praksi Suda, jest nevezanost za klasifikacije nacionalnog prava: smatra se da je riječ o "autonomnom pojmu koji treba odrediti u skladu s općim i objektivnim načelima, pri čemu je moguće uzeti u obzir i pravne sustave drugih država članica".²⁹ Tako se u novijoj praksi Suda smatralo da su "prava i obveze građanske naravi" pravo na dobivanje odobrenja za sklapanje pravnog posla, pravo na dodjelu ili uskratu licence za obavljanje određenog poziva ili gospodarske djelatnosti; prava u postupcima izvlaštenja (eksproprijacije), prostornog planiranja, izdavanja građevinskih dozvola, ostvarivanja prava iz zdravstvenog i socijalnog osiguranja, u postupcima za naknadu štete koju su pojedincu prouzročila državna tijela, u disciplinskim postupcima pred strukovnom udrugom i sl.³⁰ U određivanju pojma "građanskih prava" u praksi Europskog suda primjenjuje se često tzv. "teorija učinaka" (*Auswirkungsjudikatur*): smatra se, naime, da čl. 6.1. treba doći do primjene u svim postupcima čiji bi ishod imao izravan učinak na određivanje i/ili stvaran sadržaj građanskog prava ili obveze.³¹ Ipak, osim etabiliranosti *autonomnog* tumačenja ovog konvencijskog izraza, judikatura do sada nije na općenit način dala definiciju "građanskih prava i obveza"³²; jedina definicija koju je iz prakse moguće derivirati jest negativna definicija - definicija koja isključuje primjenjivost pojedinih načina određivanja ovoga pojma. Tako je na primjer izvan dvojbe da za definiciju "građanskih prava" nije odlučno ni to odnose li se prava na odnose između ravnopravnih subjekata građanskog prava (odnos građanin-građanin), niti vrsta zakona koji treba primijeniti, niti tijelo koje o zahtjevu odlučuje.³³

Drugi uvjet za primjenjivost čl. 6. na građanska prava i obveze na prvi pogled nije očit: on je sadržan u zahtjevu da se o građanskim pravima i obvezama "utvrđuje" u postupku u kome oko sadržaja tih prava i obveza postoji *spor*. Iz samog

²⁸ *Ringeisen* protiv Austrije, A.13 (1971), par. 94; *König* protiv SR Njemačke, A.27 (1978), par. 95.

²⁹ Van Dijk, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston, 1990, str. 356; *vidi i* Gomien, *op. cit.*, str. 42.

³⁰ *Cf.* Harris, *op. cit.*, str. 174-186.

³¹ *Vidi* Grabenwarter/Kriebaum, *op. cit.*, str. 14.

³² Kritički o tome kako aktualnim precedentima stasbourškog suda nedostaje jasnoće i sigurnosti, te o pokušajima unutar Komisije da se opća definicija dade *vidi* Van Dijk, *op. cit.*, str. 300.

³³ *Grabenwarter/Kriebaum, op. cit.*, str. 15.

izraza utvrđivanje (*engl. determination*) to još ne proizlazi s dovoljnom jasnoćom; međutim, i u praksi Suda i u komentarima ovdje se upućuje na jasniji francuski tekst, koji koristi izraz *contestation* (osporavanje)³⁴. Spornost se, prema judikaturi Suda, može odnositi bilo na činjenična bilo na pravna pitanja, a od potonjih može se ticati kako postojanja prava, tako i njegova opsega odnosno modaliteta njegove upotrebe i korištenja.³⁵ I pojam spora treba tumačiti u širokom smislu: razlikovanje u mišljenjima između stranaka nekada može biti dostatno, ako je "iskreno i ozbiljne naravi."³⁶ Odluka u postupku treba se neposredno odnositi na prava i obveze - tek daleka veza ili posredni učinci na pravo nisu dostatni za pozivanje na članak 6. U tom su smislu Komisija i Sud odricali u nekim slučajevima svojstvo "utvrđivanja o građanskim pravima i obvezama" procesnopravnim odlukama, kao što su npr. odluke o stranačkoj ili procesnoj sposobnosti, predujmljivanju troškova postupka, povratu u prijašnje stanje ili prijedlogu za ponavljanje postupka.³⁷

Stanje u hrvatskom zakonodavstvu i pravnoj praksi: Stanje u hrvatskom zakonodavstvu glede prava na pristup sudu (u kontekstu definicije "građanskih prava i obveza") nije sasvim sređeno. U izvještaju komisije pravnih eksperata sastavljene na inicijativu hrvatske vlade o sukladnosti zakonodavstva RH s EK navodi se nekoliko zakona koji sadrže odredbe koje predstavljaju povredu prava na pristup sudu.³⁸ Između ostaloga, kao slučajevi koji bi se mogli smatrati nesukladnima čl. 6/1 EK navode se pojedine odredbe Zakona o izvlaštenju o određivanju eksproprijacije i naknade za eksproprijiranu nekretninu³⁹; neke odredbe Pomorskog zakonika o postupku koji se tiče koncesija na pomorskom dobru⁴⁰; neke odredbe Zakona o Državnom sudbenom vijeću o postupku imenovanja sudaca i vođenju disciplinskog postupka protiv sudaca⁴¹; pa i neke odredbe Zakona o izmjeni ZOO-a o odgovornosti za naknadu štete nastale uslijed terorističkih akata⁴².

³⁴ Francuska varijanta teksta čl. 6. govori o tome kako svatko ima pravo da o njegovoj stvari bude pravično i javno saslušan, u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristranim tribunalom koji će odlučiti *bilo o osporavanjima njegovih prava i obveza građanske naravi, bilo o osnovanosti optužbe podignute protiv njega u kaznenim stvarima* ("... *soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit...*"). Vidi Van Dijk, *op. cit.*, str. 296-297.

³⁵ Grabenwarter/Kriebaum, *op. cit.*, str. 18.

³⁶ Slučaj *Sprong i Lönnroth*, A.52(1982), par. 20-21. Cf. Van Dijk, *op. cit.*, str. 297, bilj. 451 i tekst iznad nje.

³⁷ Cf. *ibid.*, str. 19 i tamo citiranu judikaturu i doktrinu.

³⁸ Vidi *Izvješće o sukladnosti zakonodavstva Republike Hrvatske s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zagreb, n.d., str. 145-175.

³⁹ Vidi str. 151 citiranog *Izvješća* (u vezi s odredbama prema kojima o naknadi za eksproprijiranu nekretninu ne odlučuje sud, već upravno tijelo - vidi čl. 25., 32. i 33. ZI).

⁴⁰ Vidi str. 152-154 citiranog *Izvješća* (u vezi s čl. 72. PZ-a prema kojim se propisuje nadležnost Ministarstva pomorstva, prometa i veza za rješavanje sporova oko koncesija na pomorskom dobru).

⁴¹ Vidi str. 155-161 citiranog *Izvješća* (u vezi više članak Zakona o DSV-u). Budući da je postupak selekcije sudaca posebno vezan uz kasnije obrađeni aspekti čl. 6. st. 1. EK, o njemu će govora biti kasnije.

⁴² Vidi str. 161 citiranog *Izvješća* (u vezi s odredbom čl. 2 Zakona o izmjeni ZOO-a kojim su suspendirani postupci za naknadu štetu uzrokovane terorističkim aktima).

U hrvatskoj pravnoj praksi pravo na pristup sudu također nije bez određenih laviranja. Upozoravamo da je čak i Ustavni sud, koji je tijelo koje se pokazalo kao najkvalitetniji branitelj prava koja štiti Ustav RH i EK, određeno vrijeme bio spreman formalistički razlikovati između "propisa" i "akata poslovanja", te odbacivati prijedloge za ispitivanje ustavnosti pojedinih "akata poslovanja". O slučajevima uskrate prava na sudsku zaštitu u praksi teško je prikupiti relevantne podatke, čemu doprinosi situacija oko objavljivanja sudskih presuda, koja je iznimno zabrinjavajuća; naime, mehanizmi sustavnog praćenja, klasifikacije i objavljivanja sudskih presuda u Hrvatskoj na gotovo su rudimentarnoj razini - što svakako ne doprinosi praktičnom ostvarenju prava na pravičan i zakonit postupak. U svakom slučaju, dojmovi iz prakse govore da je na ovom području u Hrvatskoj još potrebno mnogo toga uraditi.

5. Temeljna načela sudskog postupka - pravo na "pravičan postupak"

Općenito. Za razliku od aspekta prava na pristup sudu, koje se odnosi na samu mogućnost pokretanja postupka, aspekt prava na pravičan postupak (u smislu načina na koji se postupak vodi) odnosi se na pravo da pokrenuti postupak bude odgovarajuće kvalitete - da bude "pošten", "javan" i "razborito brz". Stoga, ovaj aspekt odnosi se u prvome redu na ona prava zajamčena člankom 6. koja se opisuju izrazima "fair and public" odnosno "within reasonable time". Za ta se prava teško može naći precizne definicije; komentatori EK smatraju da ona imaju otvorenu, rezidualnu strukturu.⁴³ Drugim riječima, pravo na fer postupak, slično tumačenju "građanskih prava", prosuđuje se prema svim okolnostima individualnog slučaja, pri čemu je odlučan ishod, "izgled pravičnosti", a ne zadovoljavanje strogo propisanih uvjeta i pretpostavki.⁴⁴

Iako je teško iscrpno navesti sve elemente prava na "fer suđenje", ipak se u praksi Suda i aktualnim komentarima navodi više posebnih pretpostavki sadržanih u samoj jezgri ovoga pojma - tako npr. pravo na sudjelovanje u postupku (nazočnost na glavnoj raspravi), uvid u procesni materijal (uključujući i uvid u spis predmeta), jednakost stanaka u mogućnosti korištenja procesnih sredstava ("jednakost oružja" - *equality of arms, Waffengleichheit*), neka osnovna prava glede pristupa dokazima i njihove upotrebe u postupku, privilegija nesvjedočenja na vlastitu štetu, akuzatornost postupka, obrazloženje konačne odluke, pravo na pravnu pomoć kvalificiranog punomoćnika po vlastitom izboru⁴⁵, slobodu od nelegitimnih pritiska

⁴³ Tako Harris, *op. cit.*, str. 202 ("... the right to a 'fair hearing' has an open-ended, residual quality.")

⁴⁴ "Komisija i sud zauzeli su stajalište da se za ovo [pravo na fer postupak] ne može dati iscrpna enumeracija kriterija *in abstracto*, već da se u svakom individualnom slučaju treba dati ocjena tijekom postupka", Van Dijk, *op. cit.*, str. 318.

⁴⁵ Ovaj aspekt može se smatrati zajedničkim i za "pošten postupak" i za "pravo na pristup sudu".

javnosti, posebno širenja predrasuda i prejudiciranja ishoda postupka putem javnih medija i sl.⁴⁶ Javnost i brzina postupka, iako su izdvojeni u posebne pojmove, u osnovi su sadržani u pravu na pravičan postupak kao njegovi posebni aspekti.

Hrvatsko pravo. Pravo na pravičan postupak u užem smislu - postupak koji bi strankama pružao procesna jamstva objektivnog i nepristranog postupanja i poštenog suđenja - nije kao jedno jedinstveno pravo pozitivirano u hrvatskom pravnom sustavu, već su neki njegovi konstitutivni dijelovi sadržani u obliku posebnih odredaba. Ovdje treba posebno navesti sljedeće ustavne odredbe:

- opće ustavne odredbe o Hrvatskoj kao pravnoj državi i državi vladavine prava (čl. 3); odredbe o diobi vlasti (čl. 4) i načelu zakonitosti (čl. 5);
- ustavne odredbe o zabrani diskriminacije i jednakosti sviju pred zakonom (čl. 14.) te o ravnopravnosti nacionalnih manjina (čl. 14), kao i odredba o jednakosti hrvatskih državljana i stranaca u postupku pred sudom i tijelima koja imaju javne ovlasti (čl. 26. USRH);
- odredbe procesnih zakonika koje se pozivaju na načelo saslušanja stranaka⁴⁷.

Od svih navedenih načela, možda bi posebno trebalo naglasiti upravo ovo potonje. Naime, načelo saslušanja stranaka u pravnoj se teoriji smatra realizacijom kako *ljudskog prava na obranu* - prava na to da se u svakom postupku u kome se odlučuje o nečijim pravima i odgovornostima osoba izjasni o svim relevantnim okolnostima - tako i *ljudskog prava na jednakost pred zakonom*, što u procesnom smislu implicira i ranije spomenuto načelo jednakosti raspoloživih procesnih sredstava (tzv. jednakost oružja, *equality of arms*, *Waffengleichheit*).⁴⁸

Od svih tema koje se ubrajaju u okvir teme pravičnog postupka posebno mjesto zauzimaju procesne odredbe koje govore o *javnosti sudskog postupka*. Ovdje o njima neće biti posvećeno mnogo prostora, i to iz dva razloga. Prvo, standard javnosti suđenja u čl. 6. EK razmjerno je potpuno reguliran i u tumačenju ovoga prava ne bi smjelo biti većih nejasnoća, barem ne u kontekstu *građanskog procesnog prava* (za razliku od eventualnih problema koji bi se mogli pojaviti u kontekstu *upravnog postupka*). Dikcija Europske konvencije na ovome je mjestu dosta slična propisima hrvatskog prava - čak bi se utoliko moglo tvrditi da je hrvatsko pravo glede odredbi o javnosti sudskog postupka najcjelovitije harmonizirano s EK.⁴⁹

⁴⁶ Cf. Harris, *op. cit.*, str. 202-218; Grabenwarter/Kriebaum, *op. cit.*, str. 25-32.

⁴⁷ Vidi čl. 5. ZPP-a: "Sud će svakoj stranci dati mogućnost da se izjasni o zahtjevima i navodima protivne stranke."; čl. 4. st. 2. ZKP-a; "Okrivljeniku se mora omogućiti da se očituje o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist."

⁴⁸ Cf. Triva/Belajec/Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 117 (govoreći o obvezi održavanja procesne ravnoteže stranaka i njihovu "pravu da se brane protiv svih djelovanja koja mogu utjecati na njihova prava i interese.")

⁴⁹ Usp. članak 6. stavak 1. druga rečenica EK s odredama Ustava i ZPP-a. čl. 6. st. 1. EK: "Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu

Neka odstupanja od prava na pravičan postupak. U citiranom izvještaju ekspertne komisije o sukladnosti hrvatskog zakonodavstva s EK posebno se spominju tri propisa koja u svojoj primjeni mogu dovesti do ugrožavanja prava na pravičan postupak. Indikativno je da se sva tri navedena propisa tiču postupanja i organizacije tijela koja bi se inače trebala skrbiti za ostvarenje načela pravičnog postupanja i kontrolirati ostvarenje načela saslušanja stranaka:

Prva kritizirana odredba jest odredba Poslovnika Ustavnog suda RH prema kojoj se ustavna tužba u pravilu ne dostavlja protivnoj stranci na odgovor (naime, stranci koja je u pravilu uspjela u postupku koji je prethodio ustavnoj tužbi). Smatra se da se time u postupku za zaštitu temeljnih prava čovjeka i građanina potencijalno krši jedno temeljno ljudsko pravo, naime "pravo na *fair postupak*, na (obostrano) saslušanje, na obranu, na ravnopravnu borbu za pravo"⁵⁰.

Odredbe koje krše pravo na pravičan postupak mogu se prema istome izvoru pronaći i u *Zakonu o Državnom sudbenom vijeću* u pogledu odredaba *nedisciplinskog postupka za razrješenje sudaca* u kome se sucu koji bi trebao biti razriješen npr. zato što su njegova tjelesna i duševna svojstva takva da onemogućavaju obavljanje sudačke dužnosti, ne omogućava da sudjeluje u cijelom postupku i u svakom se stadiju izjasni o svim dokazima za njegovo razrješenje.⁵¹ Ovo je međutim samo jedno od mjesta u kojima bi u pogledu postupka imenovanja i razrješenja sudaca i njihove disciplinske odgovornosti moglo biti potencijalno narušeno načelo pravičnog postupka iz čl. 6. EK, ali o ostalima će se više govoriti u posljednjem dijelu izlaganja, budući da se ovo pitanje ne tiče samo prava na pravičan postupak, već i prava na nezavisnog suca (vidi *infra* pod 6.). Na sličan način problematična je i odredba čl. 10. Zakona o područjima i sjedištima sudova, temeljem koje su sudovi koji prema promijenjenom sustavu stvarne nadležnosti više nisu bili nadležni za određene predmete, prestali postupati u pendentnim predmetima (uključujući i one koji su se nalazili već u podmakloj fazi postupka) i isporučili ih sudovima za koje su smatrali da su postali nadležni.⁵²

Što se tiče praktičkih primjera kršenja prava na pravičan postupak, opća bi ocjena mogla biti dana više iz perspektive političkog i pravnog aktivizma nego iz

koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde."; čl. 117. Ustava RH: "Sudske su rasprave javne i presude se izriču javno, u ime Republike Hrvatske. Javnost se može isključiti iz cijele rasprave ili njezina dijela ako se sudi malodobnicima, ili radi zaštite privatnog života stranaka, ili u bračnim sporovima i postupcima u svezi sa skrbištvom i usvojenjem, ili radi čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne i zaštite sigurnosti i obrane Republike Hrvatske." *Vidi* i odredbe čl. 305. do 310. ZPP-a; 292. do 295. ZKP-a.

⁵⁰ *Izvješće o sukladnosti*, str. 161 i d.

⁵¹ *Ibid.*, str. 162 i d.

⁵² *Ibid.*, str. 163 i d. Ovakvim je postupkom, prema autorima *Izvješća*, strankama uskraćeno pravo da insistiraju na nadležnosti suda koji je bio nadležan u doba pokretanja postupka, onemogućilo im da prije transfera predmeta budu saslušane, vratilo mnoge predmete praktički na sam početak, uslijed čega je i nerazborito produženo trajanje samog postupka.

perspektive pravne znanosti.⁵³ Pouzdanih podataka nema, niti su provedena odgovarajuća empirijska istraživanja. Uputiti se može jedino na izolirane slučajeve koji na određen način simboliziraju aktualno stanje.

S obzirom na razmjerno redovito objavljivanje i dalekosežnost posljedica, treba posebno upozoriti na praksu Ustavnog suda, koji je u određenom broju slučajeva pronašao kršenja vladavine prava, prava na ravnopravnost, zabrane diskriminacije, načela jednakosti pred zakonom, načela saslušanja stranaka i sl. Posebnu pozornost zaslužuje odluka Ustavnog suda kojom je ukinuta odredba čl. 5, st. 1. i 4. i čl. 6. st. 3. Poslovnika Državnog sudbenog vijeća, kojima je bila određena načelna nejavnost (odnosno arbitrarna javnost) postupka pred ovim tijelom koje vrši imenovanje i odlučuje o disciplinskoj odgovornosti sudaca.⁵⁴ Pretpostaviti je da su razmjerno malobrojni slučajevi u kojima je Ustavni sud intervenirao samo vrh ledene sante, te da u praksi primjera kršenja prava na pravičan postupak ima i više. O nekim postupcima koji sadrže kršenja prava na pravično suđenje izviješteno je u odgovarajućim izvještajima domaćih i međunarodnih organizacija za monitoring (promatranje) suđenja; treba ipak naglasiti da su povrede bile češće zabilježene u kaznenim postupcima i postupcima vođenima pred vojnim sudovima⁵⁵, te u nekim drugim postupcima vezanima uz ratna zbivanja.⁵⁶ Bilježe se, međutim, i sasvim drugačije ocjene, prema kojima čak i inače kritički promatrači rada sudova ocjenjuju postupanje pojedinih važnih i velikih sudova kao korektno i pošteno.⁵⁷

Pravo na postupak završen u "razumnom roku". U vezi čitavog kompleksa prava na pravičan postupak, pravo na postupak koji bi bio okončan "u razumnom roku" nameće se iz perspektive hrvatskog pravnog sustava kao jedno od

⁵³ Neki glasovi iz prakse mogu se pronaći u ediciji *Pravne teme*, 1/1997., koja pod III. sadrži izlaganja s Okruglog stola Hrvatskoga pravnog centra "Pravo na pravično suđenje" održanoga 20. prosinca 1996. godine u Zagrebu. *Vidi* str. 175-240, posebno str. 209 i d., gdje je referirano o nizu povreda prava na pravično suđenje u postupcima za otkaz stanarskog prava i iseljenja iz stanova, kao i za postupke vezane uz pravo na otkup stana odnosno posjed i privremeno korištenje stanova.

⁵⁴ *Vidi* Odluku USRH broj U-II-30/1995 od 15. veljače 1995. godine ("Narodne novine" br 11/95).

⁵⁵ Vojni sudovi bili su u Republici Hrvatskoj ustanovljeni člankom 2. Uredbe o organizaciji, radu i djelokrugu sudbene vlasti u slučaju ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti Republike Hrvatske koju je donio Predsjednik Republike, a koja je objavljena i stupila na snagu 12. prosinca 1991. godine ("Narodne novine", br. 67/91). Vojni su sudovi ukinuti Uredbom o stavljanju izvan snage uredbi iz oblasti pravosuđa objavljenom 6. prosinca 1996. godine ("Narodne novine", br. 103/96). Sama činjenica da su uredbama izvršne vlasti uređivana takva područja kao što je organizacija i djelovanje sudova može ozbiljno dovesti u pitanje njihovu mogućnost poštenog (*fer*) vođenja postupka. O nekim sumnjama u ustavnost ovih uredbi *vidi* izlaganje prof. dr. Mihajla Dike u: *Pravne teme*, 1/97, str. 132-136. Činjenica je da za pet godina važenja ovih Uredbi niti jedna inicijativa za njihovo ispitivanje pred Ustavnim sudom nije bila uspješna, unatoč ovim i mnogim drugim kritikama pravne struke.

⁵⁶ *Vidi* izvješća objavljena u ranije citiranom broju *Pravnih tema*.

⁵⁷ *Cf. ibid.*, str. 176-177; str. 184-185.

najproblematičnijih. Naime, pitanje trajanja sudskog postupka - ako izuzmemo institut tzv. šutnje administracije - tretira se u kontekstu hrvatske pravne tradicije u najmanju ruku s određenom dozom nonšalantnosti i nemara. Sudski postupci notorno dugo traju, posebno postupci u građanskim parnicama. Razlozi dugog trajanja postupaka su djelomično objektivne prirode i nalaze se u nedostatku sudaca i velikom broju predmeta. Reforme koje su poduzete, kao i reforme koje su planirane, nisu uspjele zaustaviti rast trajanja sudskih postupaka. Sumnjamo da će i posljednje reforme koje predviđaju rad sudaca i sudova u dvije smjene uspjeti doprinijeti radikalnijem skraćanju prosječnog trajanja postupka.

Ako bi već i po sebi podatak o tome da pojedine parnice traju desetak i više godina mogao teško biti ocijenjen kao "postupanje u razumnom roku", trebalo bi upozoriti na jednu još opasniju pojavu. Naime, prema odjecima koji stižu iz prakse, pa i prema svjedočenju samih sudaca, proširena je praksa da se u postupak diskriminatorno uzimaju lakši predmeti (koji popravljaju statistički prosjek riješenih parnica jednog suca), te predmeti u kojima se mogu nazrijeti određeni osobni ili politički utjecaji i pritisci na suca da ubrza postupak. Obrnuto, postoje izvještaji o predmetima koje suci "odlažu" u ladice i odgađaju donošenje odluke u nedogled zbog raznih razloga: od onih benignijih, kao što su predviđanje da bi rješenje predmeta zahtijevalo nesrazmjerno velik trud suca u usporedbi s drugim predmetima, do onih manje benignih: npr. političke i socijalne osjetljivosti pojedinih postupaka poradi čega suci, bojeći se za vlastitu karijeru, nastoje odgoditi trenutak donošenja odluke. Treba, međutim, naglasiti da se u praksi primjene EK standard "razumnog roka" računa s obzirom na sve okolnosti, te da bi stoga svako nelegitimno odlaganje postupanja potencijalno moglo naići na osudu strasbourgškog suda.

6. Temeljna načela sudskog postupka - pravo na nezavisnog suca ("neovisan i nepristran sud")

Općenito. Koliko će pojedini postupak biti fer i pravičan u najvećoj mjeri ovisi od toga tko ga provodi. Nezavisno sudstvo je čak prema nekim autorima posljednji nesvodivi minimum diobe vlasti, te time i demokracije i vladavine prava.⁵⁸ Stoga se i pravo na nezavisnog suca može smatrati prvim i temeljnim proceduralnim ljudskim pravom.⁵⁹ Stoga je jedan od najvažnijih uvjeta pravičnog postupka pravo

⁵⁸ Vidi Neumann, *Demokratska i autoritarna država*, Zagreb, 1974, str. 169.

⁵⁹ O pravu na suca kao temeljnom ljudskom pravu Cf. Dika, O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadnoevropskom civilizacijskom krugu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 42(suppl. 4), 1992, str. 511-533; Dika, Pravo na nezavisnog suca, *Odvjetnik*, 5-6/1990, str. 19-42; Dika, Organizacijska samostalnost i funkcionalna nezavisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj, *Privreda i pravo*, 1-2/1994, str. 19-46; Krapac, Pojam neovisnosti sudstva u judikaturi Suda za ljudska prava Vijeća Europe, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 42(Suppl. 4), 1992, str. 535-560; Krapac, Neovisnost sudaca kao postulat pravne države: njemačka iskustva, hrvatski

na nezavisnog suca, tj. na "zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud" ("independent and impartial tribunal established by law").

Tri karakteristike kumulirane u ovome elementu prava na pravično suđenje jesu 1.) nezavisnost suda; 2.) nepristranost sudaca; i 3.) ustanovljenost zakonom. Od ove tri karakteristike prva i treća imaju objektivni, a druga subjektivni karakter.⁶⁰

Nezavisnost suda najbolje se može odrediti negativno, opisom odnosa koji je suprotan odnosu nezavisnosti, dakle odnosu zavisnosti. Takvim odnosom smatra se prema praksi u primjeni EK svaki odnos suca spram stranke ili neke druge osobe ili autoriteta za koji bi se moglo činiti da dovodi u pitanje sposobnost suca da presudi rukovodeći se samo zakonom i svojom savješću.⁶¹ Nezavisnost dovodi u pitanje i mogućnost kontrole pravorijeka nezavisnog suda od strane bilo koga drugoga osim suda koji udovoljava jednakim uvjetima nezavisnosti kao i tijelo čija se odluka preispituje. Iako se smatra da je za sudačku nezavisnost poželjan mandat, zasada Europski sud smatra on nije konstitutivan za nezavisnost, barem ne onoliko dugo dokle suci ne mogu biti smijenjeni po volji političkih vlasti ili uklonjeni s položaja iz nedoličnih poriva.⁶²

Za nepristranost suda konstitutivna je odsutnost nelegitimne sklonosti (ili nenaklonosti) suda jednoj od stranaka pri donošenju meritorne odluke. Sudac ne smije biti podložan nelegitimnim pritiscima medija i opće javnosti⁶³; ukratko, on svoju odluku mora utemeljiti isključivo na onome što je prezentirano na glavnoj raspravi. Budući da je pristranost subjektivna kategorija, utvrditi je iznimno je teško, tako da se i ovdje Europski sud ravna prije svega prema vanjskim simptomima⁶⁴: prema ponašanju suca na raspravi ili prema sadržaju presude (posebno prema njenom obrazloženju). Nepristranost do određene mjere uključuje

problemi, *Politička misao*, 34:1/1997, str. 63-111; Uzelac, Lustracija, diskvalifikacija, čistka o procesnim i ustavnopravnim problemima izbora sudaca u "prijelaznom razdoblju", *Iudex*, 3/1995, str. 413-434; Uzelac, Zavisnost i nezavisnost: neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 42 (suppl. 4), 1992, str. 575-594; Uzelac, Evropsko sudstvo: između birokratske organizacije i korporativne svijesti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 43/5:1993, str. 515-550.

⁶⁰ Van Dijk, *op. cit.*, str. 335.

⁶¹ *Vidi npr.* slučaj *Sramek*, u kojem je sud utvrdio povredu prava na nezavisan sud jer se sudac nalazio u hijerarhijski podložnom odnosu prema jednoj od stranaka u parnici - A.84(1984), str. 19-20.

⁶² O kriterijima supstancijalne i osobne neovisnosti sudaca *vidi više* u Krapac, Pojam neovisnosti sudstva u judikaturi Suda za ljudska prava Vijeća Europe, *cit.*, str. 550 i d.

⁶³ O standardima ponašanja medija u odnosu na pitanja o kojima se vode sudski postupci sud je raspravljao u poznatom slučaju *Sunday Times*, gdje je tijesnom većinom odlučeno da mjera zabrane objavljivanja tekstova o djeci rođenoj s malformacijama zbog toga što su majke uzimale sedativ talidomid tijekom parnice koju su oštećenici vodili protiv proizvođača tog lijeka nije bila umjesna. *Vidi* odluku Suda od 26.04.79, Slučaj *Sunday Times*, A.30(1979).

⁶⁴ Doktrina suda prema kojoj se nepristranost ocjenjuje prema vanjskim simptomima naziva se u teoriji još i "teorija indikacija" (*doctrine of appearances, Erscheinungsbild*). *Vidi* slučaj *Delcourt*, *cit.*, par. 31 (gdje je sud istu doktrinu još restriktivno koristio), te slučaj *Sramek*, *cit.* (gdje je na toj doktrini utvrđena povreda Konvencije).

politička i moralna shvaćanja suda: "Premda suci naravno imaju političkih sklonosti i priklanjaju se specifičnoj životnoj filozofiji, i premda je naravno sasvim u redu da različite političke struje i životne filozofije također budu 'predstavljene' u sudstvu, za osobu o čijim se pravima i slobodama sudi ne smije biti bitno različito sudi li u njenom slučaju sudac ovih ili onih sklonosti."⁶⁵ Prema doktrini iz slučaja *Piersack*, pri ocjeni nepristranosti potrebno je primijeniti mješoviti, subjektivno-objektivni pristup. Dok se pri subjektivnom pristupu treba ocijeniti osobnu nepristranost članova tijela koje odlučuje, objektivni se usredotočuje na sastav i organizaciju tog tijela te nastoji ustanoviti postoje li na toj strani okolnosti koje bi mogle dovesti u sumnju nepristranost tribunala ili nekog njegovog pojedinog člana. Ako potonje okolnosti postoje, bez obzira na nedostatak indicija o konkretnoj pristranosti, smatra se da "ovo odmah dovodi do neprihvatljive opasnosti za povjerenje koje sud mora uživati u demokratskom društvu."⁶⁶

Što se tiče uvjeta da sud mora biti "ustanovljen zakonom", on proizlazi iz opće doktrine o podjeli vlasti i vladavini prava u demokratskom društvu. Zbog socijalne važnosti pravosuđa u modernom društvu, potrebno je da se ustroj, organizacija i djelovanje sudova propisuje na razini zakonodavne vlasti (dakle, parlamenta ili drugog najvišeg zakonodavnog tijela), a ne od strane drugih grana vlasti, posebno izvršne vlasti.⁶⁷ S druge strane, treba primijetiti da i na ovome mjestu Europska konvencija sadrži višeznačnost koja može poslužiti kao poticaj za fleksibilno tumačenje. Engleski i francuski tekst konvencije, naime, ne koriste u čl. 6. izraz "court" odn. "cour" već izraz "tribunal", čime se može indicirati da i širi krug tijela, koja nisu u strogome smislu dio sudbenog ustroja pojedine države, mogu zadovoljiti jamstva "pravičnog postupka"⁶⁸. Uistinu, u praksi Europskog suda nailazi se na presude u kojima se navodi da tribunal iz čl. 6. "ne mora biti sud klasične vrste, integriran unutar standardnog ustroja državnih sudova".⁶⁹ Tako se kao "tribunal"

⁶⁵ Van Dijk, *op. cit.*, str. 336.

⁶⁶ Slučaj *Piersack*, A.53 (1982), str. 14-16. U ovom se slučaju radilo o sucu koji je u ranijoj fazi postupka bio državni odvjetnik; slični slučajevi uključuju slučaj *De Cubber* (sudac je ranije bio istražni sudac) i slučaj *Yaacoub* (sudac je ranije bio predsjednik istražnog vijeća). *Vidi De Cubber*, A.86 (1984) i *Yaacoub*, A.127 (1988). Za razliku od ovih slučajeva, u slučaju *Hauschildt* Sud je zauzeo stajalište da činjenica da je raspravni sudac u ranijim fazama odlučivao o produženju pritvora, ne dovodi samo po sebi u pitanje sudačku nepristranost. O uvjetima nepristranosti tijela koje odlučuje u disciplinskom postupku *vidi* König, *Parteilichkeit* (Art 6 MRK) des *Entscheidungsorgans* in *Disziplinarverfahren*, *FS Matscher*, 1993, str. 279-285.

⁶⁷ Van Dijk, *op. cit.*, str. 339; Frowein/Peukert, *op. cit.*, str. 249. Sud ipak nije išao tako daleko da utvrdi povredu konvencije u pojedinim slučajevima u kojima bi zakonodavna vlast delegirala izvršnoj vlasti ovlaštenje da po potrebi osniva dodatne sudove - *Cf.* austrijski slučaj *Zand* (izvještaj Komisije od 12.10.78.). S druge strane, iz slučaja *Piersack* proizlazi pak da je prema mišljenju Komisije ne samo osnivanje, nego i organizacija i postupak suda mora imati zakonsku osnovu. *Cf.* slučaj *Piersack*, B.47 (1986), par. 23.

⁶⁸ O jezičnoj analizi različitih prijevoda konvencije i upotrebi izraza *court* i *tribunal* *vidi* posebno Matscher, *Der Gerichtsbegriff der EMRK*, *FS Baumgärtel*, 1990, str. 363, bilj. 1.

⁶⁹ *Vidi* odluku u slučaju *Campbell i Fell*, A.80(1980), t. 29.

moгу kvalificirati ne samo redovni sudovi, već sva pravosudna i parpravosudna nezavisna i nepristrana tijela koja sude o individualnim pravima uz primjenu odgovarajućih jamstava poštenog postupka.⁷⁰ Za "sudbenost" u ovome smislu odlučna je ne formalna definicija određenog tijela, već njegova podvodivost pod materijalno-funkcionalni pojam "suda".⁷¹ Neovisnim i nepristranim tijelima mogu se smatrati i arbitražni (izbrani) sudovi, premda nisu osnovani na zakonu, već na privatnom sporazumu stranaka.⁷² O tome da po sebi arbitražno sudovanje nije nesukladno Europskoj konvenciji Sud je odlučivao u slučaju *Lithgow*, i utvrdio da "postupak pred arbitražnim sudom naliči sudskom postupku, a postoji i mogućnost izjavljivanja pravnih sredstava."⁷³ Iako činjenica da stranke sporazumno derogiraju nadležnost redovnih sudova može izuzeti iz primjene neke od uvjeta iz čl. 6. st. 1. (npr. zahtjev javnosti postupka), ipak se i na arbitražni postupak bezrezervno odnosi opća obveza *fer* postupanja. Striktno pridržavanje pravila "pravičnog postupka" posebno je potrebno kod tipova arbitraža koje ograničavaju stranačku autonomiju, naime kod tzv. prisilnih arbitraža.⁷⁴ Činjenica da se neko tijelo (npr. neko tijelo koje je u biti staleški ili administrativni sud) naziva "arbitražom", ne mora naime nužno dovesti do omekšanja zahtjeva iz čl. 6. na "nepristran i nezavisan sud utemeljen zakonom".

Hrvatsko pravo. Na žalost, upravo se u realizaciji načela nezavisnosti sudstva može naći najviše poteškoća u hrvatskoj pravnoj zbilji. Razne nepravilnosti, slučajevi i afere doveli su do toga da se problematično stanje u hrvatskom sudstvu apostrofira i u izvještajima inozemnih organizacija, te da upravo zbog takvog stanja

⁷⁰ Cf. Frowein/Peukert, *op. cit.*, str. 248; *vidi* i Krapac, Pojam neovisnosti sudstva u judikaturi Suda za ljudska prava Vijeća Europe, *op. cit.*, str. 549.

⁷¹ Pojam suda u materijalnom smislu osim ostalih pretpostavaka koje su izdvojene u posebne uvjete u EK i već opisane (nepristranost, nezavisnost, ustanovljenost zakonom) traži i obavljanje sudbene funkcije, dakle autoritativnu djelatnost meritornog odlučivanja i donošenja obvezujuće odluke u konkretnim slučajevima u unaprijed propisanom postupku u kome dominira načelo saslušanja stranaka i u kome se primjenjuju unaprijed donesena apstraktna pravna pravila. *Vidi* Matscher, *Der Gerichtsbegriff der EMRK*, *FS Baumgärtel*, 1990, str. 363, 364; Eissen, 'Le droit à un tribunal' dans la jurisprudence de la Commission, *FS van der Meersch*, 1972, str. 455.

⁷² Cf. Frowein/Peukert, *op. cit.*, str. 249; Grabenwarter/Kriebaum, *op. cit.*, 49; str. Krapac, Pojam neovisnosti sudstva..., *cit.*, str. 549.

⁷³ Slučaj *Lithgow*, A.102 (1986).

⁷⁴ Za uvjete sukladnosti izbranog sudovanja i jamstva pravičnog postupka *vidi* Habscheid, *Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention*, *FS Henckel*, 1995, str. 341-352; Wedad-Lukić, Arbitraža i pravo na sudsku zaštitu prema čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, *Pravo u gospodarstvu*, 36/1:1997, str. 63-76. O arbitraži i čl. 6. Europski je sud odlučivao i u slučajevima *X protiv SR Njemačke* i *R. protiv Švicarske*, te u slučaju *Bramelid* i *Mamström protiv Švedske*. U potonjem je slučaju (o sukladnosti prisilne arbitraže prema švedskom Zakonu o tajnim društvima sa zahtjevom nezavisnosti arbitara) Sud došao do zaključka da je Konvencija povrijeđena. *Vidi* slučaj *Mamström*, B.8588, B.8589/79 (1983). S druge strane, u slučaju *Stran Greek Refineries* i *dr. protiv Grčke* (A.301-B), Sud je utvrdio da postoji povreda članka 6. i onda kada država naknadi donijetim zakonima nastoji utjecati na valjanost ranije zaključenih arbitražnih klauzula i priznanje i ovrhu pravarijeka donijetih temeljem njih.

pada međunarodni ugled Hrvatske kao demokratske države i države vladavine prava. U usporedbi sa svim ostalim aspektima sukladnosti hrvatskog pravnog sustava s jamstvima "pravičnog postupka" pitanje prava na nezavisnog suca daleko je najakutnije - čak štoviše, može se činiti da su naspram njega sva ostala pitanja tek efemeran detalj u cjelini pravnog sustava.

EK svojim čl. 6. nameće dužnost članicama Savjeta Evrope da svoje pravosuđe organiziraju na način da se omogući individualna, kolektivna i interna nezavisnost sudaca. U izvjesnom smislu može se reći da sudstvo treba biti organizirano tako da njegov socijalni i stručni ugled i integritet budu izvan svake sumnje kako u profesionalnoj, tako i u općoj javnosti. Pri realizaciji ovog konvencijskog načela Europski sud omogućuje zemljama članicama značajne razlike u formama, te se nerado upušta u ocjenjivanje pojedinih oblika organizacije i ustroja sudstva, odnosno u sustave regrutacije, imenovanja i disciplinske odgovornosti sudaca. Ipak, time se ne polaže manje pozornosti da rezultat sustava mora biti besprijekorno "nezavisan i nepristran sud" - jer su uvjeti nezavisnosti i nepristranosti toliko inherentno sadržani u definiciji suda, da je i sama sintagma "nezavisan i nepristran sud" svojevrstan pleonazam.⁷⁵ Nikakva objektivna poteškoća pri organizaciji i ustroju pravosuđa koje bi udovoljavalo takvim postulatima nije dostatna isprika. Ni nedostatna materijalna sredstva, ni specifične okolnosti države u tranziciji ne mogu se smatrati dovoljnim za opravdanje zanemarivanja ovoga temeljnog konvencijskog prava.

Potpuniji prikaz problema koji su se posljednjih godina javljali u realizaciji ustavnog i konvencijskog načela nezavisnosti sudstva u Hrvatskoj zahtijevao bi više zasebnih radova.⁷⁶ Može se samo reći da je od samog početka ustavni model koji bi trebao zajamčiti nezavisnost sudstva u praksi u velikoj mjeri zakazao. Od donošenja Zakona o DSV-u i od imenovanja članova ovoga tijela pokazalo se da niti ovo tijelo, niti njegove kadrovske odluke, nisu mogle zadobiti povjerenje niti opće niti stručne pravne javnosti.

Kao posljedica ovoga i drugih sustavnih zakazivanja javile su se i druge malformacije u pravosuđu, koje bismo (počevši od DSV-a), pokušali sistematizirati u *sedam ključnih elemenata krize hrvatskog pravosuđa*:

1. nepravilnosti u osnivanju, djelovanju i radu Državnog sudbenog vijeća, te iz toga proizašla negativna selekcija sudaca;
2. stalni politički pritisak na autonomno organiziranje sudaca, što je u određenim trenucima djelovanja dovelo da marginalizacije i gotovo potpune imobilizacije

⁷⁵ Tako Matscher, *op. cit.*, str. 369 (bilj. 30 i tekst iznad nje).

⁷⁶ O pojedinim aspektima Cf. Krapac, Neovisnost sudaca kao postulat pravne države: njemačka iskustva, hrvatski problemi; *cit.*, str. 97-110; Dika, Organizacijska samostalnost i funkcionalna nezavisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj, *Privreda i pravo*, 1-2/1994, str. 19-46; Uzelac, Lustracija, diskvalifikacija, čistka o procesnim i ustavnopravnim problemima izbora sudaca u "prijelaznom razdoblju", *cit.*, str. 413-434; Uzelac, Zavisnost i nezavisnost: neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj, *cit.*, str. 575-594.

- organizacije sudaca;
3. onemogućavanje sindikalnog, pa čak i znanstveno-stručnog organiziranja sudaca uz svođenje svih oblika organiziranog djelovanja sudaca na lamentaciju o sudačkim primanjima i uvjetima rada (preopterećenost), te iz toga proizlazeća tendencija zatvaranja "sudačkog ceha" spram opće i stručne (domaće i međunarodne) javnosti;
 4. naglašavanje hijerarhijskih i gušenje koordinativnih elemenata uz neformalno stvaranje specifične "prezidencijalne oligarhije" na razini predsjednika sudova, koja posredstvom DSV-a i drugih mehanizama u sve većoj mjeri preuzimaju neformalnu skrb za kadrovsku politiku u sudstvu;
 5. generalni trend k moralnoj (pa i političkoj) podobnosti ("poštenju" i "ljudskim kvalitetama") naspram stručnog integriteta i ugleda u pravnoj zajednici kao kriterija regrutiranja i napredovanja u sudstvu;
 6. promašaji i kašnjenja u realizaciji reforme u organizaciji sudova i sustava pravosuđa u cjelini;
 7. odsutnost sustava objavljivanja i kritičkog komentiranja sudske prakse, te općenita nemogućnost individualizacije sudačke odgovornosti (i zasluga) za kakvoću sudovanja.

Kao *prima facie* dokaz ocjene o krizi pravosuđa - jer, iscrpna bi dokumentacija te krize i njenih elemenata premašila zadani opseg i temu ovoga rada - možemo se samo kratko osvrnuti na nekoliko slučajeva koje na izvjestan način predstavljaju *simboličke instancijacije* aktualnog stanja. Primjenjujući iste kriterije kao i Europski sud za ljudska prava - dakle "teoriju učinaka" odnosno "teoriju simptoma", možemo iz pojedinačnih slučajeva u kojima je utvrđeno nesuglasje s temeljnim pravom na pravičan postupak zaključiti na stanje postupka u cjelini. Reprezentativni se slučajevi pri tome mogu naći u prvome redu u odlukama institucije koja po svome položaju unutar ustavnog poretka vrši funkciju paralelnu onoj koju unutar Savjeta Europe obavlja Europski sud za ljudska prava, dakle, u judikaturi Ustavnog suda Republike Hrvatske.⁷⁷

Simptomatično je da je u samo nekoliko godina od osnutka i početka rada Državnog sudbenog vijeća⁷⁸ broj slučajeva koji se odnose na djelovanje toga tijela bio znatan - a da je od mnogih ustavnih tužbi i inicijativa za preispitivanje ustavnosti u znatnome omjeru utvrđeno kršenje temeljnih ustavnih prava. Već je

⁷⁷ Ovdje ćemo se ograničiti na navođenje argumenata u prilog teze navedene pod 1. (nepravilnosti u radu DSV-), dok će šira razrada i analiza elemenata navedenih pod 2-7. biti izvršena u posebnom radu.

⁷⁸ Naime, unatoč tome što je novi sustav i trajni mandat sudaca propisan još Ustavom iz 1990. godine, provedba u djelo ustavnih odredbi kasnila je više godina. Tako je Zakon o Republičkom (Državnom) sudbenom vijeću stupio na snagu tek 26. lipnja 1993. godine; Zakon o sudovima stupio je na snagu još kasnije, tj. 7. siječnja 1994. godine, da bi prvo imenovanje sudaca bilo izvršeno tek 16. veljače 1995. godine (pod brojem I-1/1995) - i odmah ukinuto kao neustavno od Ustavnog suda (vidi narednu bilješku i tekst iznad nje).

prve odluke o imenovanju (odnosno neimenovanju) sudaca - odluke o imenovanju sudaca Vrhovnog suda - opetovano poništio Ustavni sud.⁷⁹ Sličnu su sudbinu doživjele i mnoge odluke o imenovanju nekih predsjednika sudova, pa i imenovanja sudaca nižih sudova.⁸⁰

Ovdje se može spomenuti i već navedeno ukidanje odredaba Poslovnika DSV-a o (ne)javnosti svoga rada.⁸¹ Kako je javnost izričito navedena među uvjetima pravičnog postupka iz čl. 6., trebalo bi zaključiti da postupanje DSV-a prema ukinutom poslovniku nije zadovoljavalo uvjete pravičnog postupanja. Konzekventno, moglo bi se u ozbiljnu sumnju dovesti i pravičnost imenovanja koja su u tim uvjetima izvršena: teško se može reći da su rezultati djelovanja jednoga tijela *fair* ako to tijelo u temeljnim postulatima svoga rada krši temeljno pravo na *fair* postupanje.

U tome smislu - kako u svjetlu ukidanja individualnih (ne)imenovanja, tako i u svjetlu općih načela djelovanja i postupanja - čini se da bi se mogla braniti ocjena da su u postupku imenovanja i razrješenja sudaca pred Državnim sudbenim vijećem kandidatima generalno uskraćena jamstva pravičnog postupanja. Ako se uzme u obzir široka definicija "građanskih prava i obveza" iz čl. 6. EK, onda bi trebalo uzeti da se i u postupku imenovanja sudaca radi o ovim pravima, tako da bi i za taj postupak trebali vrijediti kriteriji "pravičnog i javnog postupanja u razumnom roku pred zakonom ustanovljenim neovisnim i nepristranim tribunalom". Prema najupućenijim domaćim pravnim ekspertima, DSV trenutno ne bi udovoljavao uvjetima "neovisnog i nepristranog tribunala", a njegovo postupanje ne bi se moglo ocijeniti kao "pravično i javno".

Ako je u potkrijepu negativne ocjene rada DSV-a još potrebno nešto navesti, dostajat će samo spominjanje posebno teškog i notornog slučaja vođenja disciplinskog postupka i razrješenja predsjednika VSRH dr. Krunislava Olujčića. Premda je vođenje disciplinskog postupka i razrješenje predsjednika najvišeg suda u državi već samo po sebi alarmantno za stanje u pravosuđu, još je alarmantnije utvrđenje da je prvo pravo koje je u disciplinskom postupku povrijeđeno bilo upravo pravo na fer i pravičan postupak iz čl. 29. Ustava RH. Iz obrazloženja odluke Ustavnog suda:

"Ustavna tužba je osnovana.

Prema odredbi stavka 1. a1. 1. i stavka 3. članka 29. Ustava, osumnjičenom ili optuženom zbog kaznenog djela jamči se pravo na pravično suđenje pred nadležnim sudom ustanovljenim zakonom, a dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se uporabiti u sudskom postupku. [...]

Dakle, uporabom dokaza pribavljenih na nezakonit način na temelju kojih je donijeta osporena Odluka, Ustavni sud je utvrdio da je podnositelju povrijeđeno ne samo ustavno

⁷⁹ Odluka USRH od 29. ožujka 1995. (NN 22/95) i Odluka od 30. studenoga 1995. (NN 98/95).

⁸⁰ Vidi npr. sljedeće odluke Ustavnog suda: Odluka od 18. ožujka 1997. (NN 30/97); Odluka od 26. ožujka 1997. (NN 34/97); Odluka od 5. prosinca 1997. (NN 1/98).

⁸¹ Vidi *supra*, bilj. 54 i tekst iznad nje.

pravo iz članka 29. stavak 1. alineja I. i stavak 3. Ustava, nego i ustavno pravo iz članka 36. i članka 37. stavak 1. i 3. Ustava, kojima je zajamčena sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja, te sigurnost i tajnost osobnih podataka, a došlo je i do povrede ustavnog prava iz članka 35. Ustava kojim se svakom građaninu jamči štovanje i pravna zaštita njegovog osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti."⁸²

Da je kojim slučajem "slučaj Olujic" dospio pred Europski sud, veoma je vjerojatno da bi razmišljanja sudaca išla sličnim putem kao i navedeno mišljenje. Bez obzira na senzibilitet Vijeća Europe prema osjetljivoj situaciji sudstva u tranziciji - nedavno potvrđen u posebnoj ediciji toga tijela⁸³ - teško je oteti se dojmu da aktualno stanje nadilazi "normalne" poteškoće pri uspostavljanju fragilnog balansa između autonomije pravne profesije i demokratskih principa organizacije društva u postkomunističkim zemljama.⁸⁴ U sadašnjem trenutku može se očekivati da će tolerancija tijela Vijeća Europe potrajati još određeno vrijeme (dijelom i zbog izvjesne sporosti i pretjeranog formalizma koji ih odlikuje)⁸⁵, ali u svakom slučaju bilo bi poželjno učiniti odlučne korake kako bi se izbjeglo da realizacija "prava na nezavisnog suca" u Hrvatskoj bude predmet propitivanja pred sudom u Strasbourgu.

Treba isto tako naglasiti da posebno recentna praksa Ustavnog suda pruža nadu da će ipak najveća većina eventualnih povreda konvencijskih prava biti sanirana u okviru domaćeg pravnog sustava, čime bi se učinila nepotrebnom intervencija suda u Strasbourgu, koja uvijek predstavlja izvjestan udarac državnoj suverenosti i povjerenju u demokratičnost pojedinog nacionalnog pravnog sustava. Na žalost, da bi se otklonila svaka sumnja u stupanj realizacije konvencijskih prava, nije dovoljno da se kršenja prava iz čl. 6. *a posteriori* sankcioniraju na razini Ustavnog suda (kolikogod je sama činjenica da do sankcioniranja uopće dolazi rijedak znak pozitivnih pomaka i razlog za optimizam). Problem nezavisnosti sudstva trebat će rješavati *a priori*, na mjestu na kojem problemi i nastaju - na razini sudaca, njihove organizacije, tijela koja ih imenuju i političkih snaga koje utječu (pozitivno ili negativno) na njihov status i postupanje. Tek sposobnošću da se poteškoće riješe unutar institucionalnih granica domaćeg pravnog sustava (a ne pritiskom izvana, od strane međunarodnih promatrača, a sada i pod utjecajem judikature Europskog suda) Hrvatska će biti u stanju potvrditi se kao zrela demokratska država u kojoj se cijeni vladavina prava i poštuju oni koji jedini imaju pravo (ali i tešku obvezu) da o pravu sude.

⁸² Iz Odluke Ustavnog suda br. U-III-244/1997 od 22.4.1998. (NN br. 58/98). Uz navedene povrede iz čl. 29. (pravo na pravičan postupak, zabrana upotrebe nezakonito pribavljenih dokaza) i čl. 35. Ustava (pravo na osobni i obiteljski život), on je utvrdio i povrede čl. 19. st. 1. (načelo zakonitosti), čl. 36. (zaštita slobode i tajnosti općenja), čl. 37. st. 1. i 3. (zaštita tajnosti osobnih podataka) i odredbe čl. 115. st. 3. ("Sudovi sude na temelju ustava i zakona").

⁸³ *Judicial Systems in a Period of Transition*, Strasbourg, 1997.

⁸⁴ Za pregled sustava organizacije sudstva u "novim demokracijama" Cf. Bartole, *Organizing the Judiciary in Central and Eastern Europe. Alternative models of judicial independence*, *East European Constitutional Review*, 1998/w., str. 62-69.

⁸⁵ Za nekoliko kritičkih opaski na račun judikature Europskog suda za ljudska prava Cf. kod Krapca, *Pojam neovisnosti sudstva...*, *cit.*, str. 554-559.

Summary

CROATIAN (CIVIL) PROCEDURAL LAW AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL UNDER THE EUROPEAN CONVENTION FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS*

Incorporation of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in Croatian constitutional system has raised the issue of adjustment of domestic legislation and jurisprudence with the rights protected by the Convention.

One of the most important rights granted by the ECHR is the right to a fair trial under Article 6. This right integrates fundamental procedural human rights - the right to access to court; the right to a speedy and public hearing, and the right to an independent & impartial tribunal.

This paper examines the compatibility of the Croatian legal system with the right to a fair trial. The text is limited, however, to general procedural aspects, and to civil procedure, whereas the aspects of criminal law are left aside.

The analyses has demonstrated that Croatian legislation (despite of certain imperfections and inconsistencies) is basically compatible with the requirements of Article 6. But, the implementation of this right in legal practice is severely impeded with respect to the fundamental right to a fair and impartial judge. Resolution of the current crisis of Croatian judiciary, and the effective realization of the principle of the independence of judiciary, has to be the primary task in the process of implementation both of the right to a fair trial from Art. 6 ECHR and of the constitutional proclamations of the separation of powers and the rule of law.

Key words: human rights, European Convention, fair trial, fair and public hearing within reasonable time, Code of Civil Procedure, right to access to court, independence of judiciary, judicial crisis, rule of law.

Zusammenfassung

DAS KROATISCHE PROZESSRECHT UND DIE GARANTIE DES FAIREN VERFAHRENS IN DER EUROPÄISCHEN KONVENTION ZUM SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN

Indem Kroatien die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in sein Rechtssystem inkorporiert hat, hat es sich verpflichtet, seine Gesetzgebung und Rechtspraxis dem Schutz der Rechte in der Konvention anzupassen. Unter anderen Rechten, die durch die Europäische Konvention

* Translated by the Author.

geschützt sind, nimmt die Garantie auf ein billiges (fairnes) Verfahren aus Artikel 6 EK, das die Prozess- und Menschengrundrechte in sich vereint, einen besonderen Platz ein - das Recht auf ein Gericht und Zugang zum Gericht, das Recht auf ein öffentliches und billiges Verfahren sowie das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Diese Arbeit untersucht die Regulierung und Realisierung dieser Rechte im kroatischen Rechtssystem, indem sie im Kontext der positiven Gesetzgebung und der aktuellen Gerichtspraxis betrachtet werden. Vor allem werden die Aspekte der allgemeinen und zivilgerichtlichen Prozesse thematisiert, während die strafrechtlichen Aspekte des Rechts auf ein faires Verfahren beiseite gelassen werden. Die Untersuchung zeigt, dass die kroatische Gesetzgebung, trotz des Bedürfnisses nach gewissen Korrekturen und Anpassungen, grundsätzlich mit den Forderungen des Artikels 6 EK kompatibel ist. Es gibt mehr Probleme bei der Realisierung der Garantie des Art. 6 in der Praxis, wobei sich das Recht auf einen unabhängigen Richter als problematischster Punkt erweist. Die Lösung der aktuellen Krise in der Rechtssprechung und eine wirksame Realisierung des Postulats der Unabhängigkeit der Justiz, stellt sich als primäre Aufgabe der Anpassung sowohl an die Forderungen aus Art. 6 EK als auch an die Verfassungsprinzipien der "rule of law" und des Rechtsstaates.

Schlüsselwörter: *Menschenrechte, Europäische Konvention, faires (billiges) Verfahren, Zivilprozessrecht, Recht auf Zugang zum Gericht, Unabhängigkeit der Justiz, Krise der Rechtsprechung, Rechtsstaat.*

RAZVITAK HRVATSKOG TRGOVAČKOG PRAVA S POSEBNIM OSVRTOM NA PRILIKE U DUBROVAČKOJ REPUBLICI

Dr. sc. Dragutin Ledić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.7(497.5)(091)
Ur.: 15. lipnja 1998.
Pr.: 11. srpnja 1998.
Prethodno priopćenje

Trgovačko pravo u svome povijesnom razvitku prolazilo je kroz različite uvjete nastanka i djelovanja. Autor ovoga rada želi ukazati na povezanost razvitka hrvatskog trgovačkog prava i trgovačkog prava uopće, kako bi i u tom dijelu pokazao neraskidivu povezanost, s jedne strane, između ta dva fenomena, a s druge strane, i neprekinutu nit hrvatskog trgovačkog prava i u vremenima kada nije postojala samostalna hrvatska država. U tome se poglavito oslanja na trgovačko pravo i uopće gospodarske odnose koji su vrijedili u vrijeme Dubrovačke Republike.

Ključne riječi: *trgovačko pravo, Hrvatska i svijet, izvorna pravna vrela, Dubrovačka Republika.*

1. Općenito o razvitku trgovačkog prava

Za spoznaju položaja i mjesta trgovačkog prava u sustavu prava od velikog je značenja upoznati povijesni razvitak tog istog prava. I ovom se prigodom potvrđuje neprolazna utemeljenost stare latinske izreke i u njoj sročene mudrosti: "*Historia est magistra vitae*", što u prenesenom značenju govori o sposobnosti razumijevanja suvremenih instituta trgovačkog prava te njihova razvitka, u onoj mjeri u kojoj smo proučili i povijest trgovačkog prava.

Mnogi se pravni pisci slažu u zaključku da trgovačko pravo kao zasebno pravo (njem. *Handelsrecht als Sonderrecht*) nema osobito dugu povijest. Vezujući povijest trgovačkog prava za Europu, ili još točnije, za Italiju, Francusku, Njemačku i Španjolsku, onda se početak i korijeni modernog trgovačkog prava javljaju u Srednjem vijeku, prema nekima, praktično u 16. i 17. stoljeću.¹

¹ M. Stražnický, *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb 1920., str. 6, a isto i K. Schmidt, *Handelsrecht, neubearbeitete Auflage*, C. H. Verlag KG Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen 1987. s. 38 ili Baumbach-Duden-Hopt, *Ibid.* s. 3.

To, međutim, nikako ne znači da se još mnogo vremena ranije, u pravnim vrelima starih naroda, nisu susretali niti mogli prepoznati pravni instituti, pa neki put i samo pravne norme, isključivo namijenjene odvijanju trgovine. Riječ je o pravilima koja se nisu ticala niti primjenjivala u brojnim (naravno, brojnim za ondašnje prilike, a ne s točke gledišta suvremenog prometa) svakodnevnim pravnim odnosima, tada postojećih i priznatih pravnih subjekata (isključivo fizičkih osoba!) određene zemlje, odnosno određenog pravnog sustava.

Tako se npr. s puno sigurnosti može tvrditi da se u predantičko doba (Babilon, Asirija, Fenicija) trgovina razvila do relativno visokog stupnja i unatoč činjenici da općedruštvene prilike nisu pratile takav razvitak trgovine. Relativno široko geografsko područje omeđeno Indijom, Arabijom, Mediteranom i Sjevernom Afrikom, uz korištenje uglavnom morskih i riječnih plovnih putova, prostor je na komu se pojavljuje i razvija trgovina većih i znakovitijih razmjera.

Već postoji kovani novac. Nastaje i jedan od prvih značajnijih pravnih dokumenata tog vremena, pa i dugo u ljudskoj povijesti, *Hamurabijev zakonik* (1958.-1916. p. Kr.), gdje, uz ostale općepravne norme, svoje mjesto dobivaju i one odredbe koje doista i isključivo imaju služiti trgovcima i trgovini. To se, prije svega, odnosi na kupoprodaju, kreditne poslove, ugovore o prijevozu, zajam, kamate, posredovanje te vrlo strogo uređene norme glede dužnika. Svoju nazočnost osiguravaju brojna pravila prometnog prava, što sve, nažalost, ne dopušta mjesta tvrdnji o zasebnosti trgovačkog prava već u tom dijelu ljudske povijesti,² bez obzira na činjenicu iznimnog značenja razvijenog Babilona u tome razdoblju, kao i uopće za cjelokupnu ljudsku povijest.

Pravo stare Grčke pokazuje slične značajke kao i u Babilonu, s tom razlikom što su posebnim pravilima bili uređeni bankarski poslovi, a još više pomorska trgovina.³

Opravdanje za nepostojanje zasebnih normi za trgovinu, pa time i zasebnog trgovačkog prava u vrijeme staroga Rima, mnogi povjesničari nalaze prije svega u činjenici da je postojalo razvijeno privatno pravo, čije su norme, bilo da je riječ o građanskome ili obveznome pravu, zadovoljavale potrebe prometa. Iako se u rimskome pravu dugo vremena zadržao strogi oblik (formalizam) glede sklapanja pojedinih ugovora, kasnije su, poglavito u posljednjim stoljećima rimskog imperija, prevladavali neformalni pravni poslovi kao što su *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* i drugi, ali i još uvijek prisutna strogost vjerovnika prema dužniku itd. S obzirom da se u prometu tog vremena posebno značenje davalo postupanju *bonae fidei*, te da se prilično slobodno tumačilo ugovorne uglavke, čini se prilično jasnim i opravdanim zbog čega uz *iuris gentium* nije došlo do nastanka zasebnog trgovačkog prava.

² H. Roth, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 3. Auflage, Verlag Vahlen Muenchen 1990 s. 3, jednako kao i G. Bendasch, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Hermann Luchterhand Verlag Neuwied-Berlin-Darmstadt 1960 s. 1 ili A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, str. 143.

³ Gierke-Sandroch, *Handels- und Wirtschaftsrecht*, 9. voellig neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter Berlin-New York 1975 s. 10.

Uvodno je već naglašeno da se posebno trgovačko pravo počelo razvijati u Srednjem vijeku, a razvitak se mora dovesti u najužu vezu s općegospodarskim prilikama koje onda objašnjavaju značenje i ulogu trgovačkog prava kao integralnog, a ne izoliranog dijela cjelokupnih povijesnih kretanja i zbivanja.⁴

Nastanak zasebnog trgovačkog prava u Europi, prije svega u gradovima sjeverne Italije i južne Francuske, a potom i u Njemačkoj i Španjolskoj, posljedica je razvitka manufakturne proizvodnje, robno-novčane razmjene povezane s pomorskom trgovinom i prijevozom. Na sajmovima i drugim oblicima susretanja trgovaca pojavljuje se i razvija pravo trgovačkog staleža koje više-manje svi trgovci razumiju i prihvaćaju. Riječ je o tzv. *ius mercatorum*, odnosno *lex mercatoria*.

Daljnja posljedica nastanka *iuris mercatorum*, ovog zasebnog trgovačkog prava, jest i pojava posebne, odvojene sudbenosti trgovačkih sudova, preteče modernih trgovačkih arbitraža, gdje su ravnopravno sudjelovali i jednako bili zastupljeni domaći i strani trgovci. Zbog posebnih okolnosti u kojima su takvi sudovi radili u Engleskoj (uske i mračne, dimom iz lule zagušljive prostorije) dobili su i odgovarajući, neslužbeni, ali svima razumljivi naziv - *courts of pipe owners* (sudovi pušača lula).

Izborivši se za sudbenost posebnih trgovačkih sudova prigodom rješavanja vlastitih sporova, trgovci su stvorili uvjete za priznavanje i razvitak isto tako zasebnog trgovačkog prava. Naime, više nije bilo moguće zadovoljiti se rješenjima što ih je koliko-toliko univerzalno rimsko pravo moglo ponuditi, kanonsko pravo negativno se odnosilo spram ugovaranja kamata i tzv. špekulativnih poslova, njemačko i ostala europska prava bila su ili suviše kruta i trgovini udaljena, ili rascjepkana, lokalna i sadržajem vrlo nesigurna.

Stoga se kao najizravniji čimbenici-uzročnici nastanka tog zasebnog trgovačkog prava, prije svega kao međunarodnog trgovačkog prava (*legis mercatoriae*), navode:

1. jedinstveno značenje prava velikih luka i sajmova
2. opća suglasnost u običajima međunarodnog pomorskog prijevoza
3. posebna sudbenost trgovačkih sudova i
4. djelatnost javnih bilježnika (notara).

Tako se npr. u pravnoj literaturi spominje jedan javni bilježnik (notar) iz Marseillea koji je 1245. godine sačinio preko 1.000 trgovačkih isprava te dnevno oko 60 ugovora, što se ima smatrati neke vrste pretečom današnjih općih uvjeta poslovanja.⁵

Ovako je nastalo trgovačko pravo kao zasebna grana privatnog prava, najvećim dijelom, ako ne i isključivo, sa svrhom uređenja trgovačkih poslova i

⁴ Gierke-Sandrock, Ibid. s. 10, D. Buehler, Die Entstehung der allgemeinen Vertragsschluss-Vorschriften im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, Peter Lang Frankfurt a/M-Bern-New York-Paris 1991 s. 15 ističe tvrdnju da se već u 12. stoljeću može govoriti o posebnim oblicima trgovačkog prava u Europi.

⁵ A. Goldštajn, Trgovačko ugovorno pravo, Zagreb 1991., str. 144.

primjene u strožem ili manje strožem smislu na trgovce.⁶

Nije se, dakle, radilo o tomu, kako ističu neki pravni pisci, da su trgovci do tada, kao profesionalci bili izvan "društvene regulative". Dapače, pravna pravila građanskog (civilnog) prava primjenjivala su se i na trgovce i njihove poslove. Bila su to, međutim, pravila s puno nedostataka i ograničenja, što sve nije odgovaralo već naraslim potrebama trgovine, novim tržištima (porast prekomorskog prijevoza i trgovine osobito u pravcu Sjeverne Amerike i Indije, ali i obrnuto). Razvitak moderne (a to je tada bila manufakturna) proizvodnje, svestranija i raznovrsnija trgovina skopčana s novim, poglavito prekomorskim tržištima, to su pretpostavke iz kojih se onda, pojavilo i razvilo zasebno trgovačko pravo.⁷

2. Povijest i razvitak hrvatskog trgovačkog prava

Razvitak hrvatskog trgovačkog prava najuže je naslonjen na razvitak trgovačkog prava u Europi. Preciznije rečeno, za one europske (susjedne) zemlje unutar kojih se nalazila Hrvatska odnosno, njene povijesne zemlje.

Državno-pravne i političke okolnosti u Hrvatskoj i Slavoniji najizravnije su upućivale na Ugarsku (Mađarsku) gdje su se dugo vremena promet i trgovina uopće regulirali običajnim pravom. Pokušaji da se u cijeloj Monarhiji, a osobito u Ugarskoj, kodificira trgovačko pravo, koji datiraju iz 1779., 1792. i 1827. godine, nisu donijeli nikakvog rezultata. Prva se kodifikacija trgovačkog prava javila 1840. godine putem zakonskih članaka XVI-XIX, te XXI-XXII, čije su izmjene uslijedile 1843./1844. godine (zakonski članci VI i VII).

1851. godine izdao je ban Josip Jelačić privremeni "naputak" kojim se uređuju trgovački poslovi u Hrvatskoj i Slavoniji dok se 1852. godine putem carskog ukaza postigla primjena Zakona o društvima. Za područje Vojne krajine počeo je sredinom 1863. godine primjenjivati se austrijski Trgovački zakon iz 1862. godine.⁸

Zahvaljujući Hrvatsko-ugarskoj nagodbi iz 1868. godine uređenje trgovačko-pravnih odnosa došlo je u djelokrug zajedničkoga Sabora koji u obliku zakonskog članka XXXVII iz 1875. godine donosi, zapravo najvećim dijelom preuzima, odredbe njemačkog i austrijskog trgovačkog zakona. Bio je, kako vele neki pravni pisci, "...bolji, jedinstveniji i liberalniji od austrijskoga".⁹ Pod imenom Hrvatski trgovački zakon objavljen je u izvorniku na hrvatskome jeziku u "Zborniku zakona i naredbi valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju". Stupio je na snagu s 01.01.1876. godine, a u tadašnjoj Vojnoj krajini primjenjuje se od 01.01.1880. godine.

Zajedno sa sada samostalnom Republikom Slovenijom, dijelila je Dalmacija sudbinu u austrijskome dijelu carstva, pa tako i onda kada je riječ o trgovačkome pravu.

⁶ Gierke-Sandroch, Ibid. str. 12-13.

⁷ M. Stražnický, Ibid. str. 6.

⁸ Stražnický, Ibid. str. 11.

⁹ M. Stražnický, Ibid. str. 12.

Na snazi su bili austrijski zakoni i druga pravna vrela, pa je dosljedno tomu povijest trgovačkog prava u tome dijelu Hrvatske nešto različitija od ostalih. Ovdje se, tako, (u Dalmaciji, op. D.L.) od prvoga dana svoje primjene pojavljuje austrijski trgovački zakon iz 1862. godine zajedno s dopunama koje su međuvremeno uslijedile: 1873. zakon o tečevnim i gospodarskim udrugama; 1875. godine izravno se mijenjaju par. 66 do 84 ABGB, koji govore o položaju posrednika zakonom o senzalima (posrednicima); 1889. zakon o javnim skladištima te 1906. godine zakon o društvima s ograničenim jamstvom (odgovornošću).

Ovome popisu novih zakona koji posve izravno diraju u prvobitni sadržaj austrijskog trgovačkog zakona nije suviše dodati i one koji su svakako pridonijeli potpunijoj pravnoj regulativi i ustrojstvu gospodarstva u austrijskome dijelu Monarhije: propise o dionicama (1899.), uredbu o prijevozu željeznicom (1909.), zakon o trgovačkim pomoćnicima iz 1910. godine, te propise o trgovačkom registru iz 1863. godine, koji su na izvjestan način do danas ostali dijelom pozitivnog austrijskog prava o trgovačkim registrima.

Neposredna posljedica takvog dvostrukog pravnog sustava u Hrvatskoj i Slavoniji s jedne, te Dalmaciji s druge strane, vrlo slikovito dade se razumjeti pri opisu subjekata trgovačkog prava: Hrvatski trgovački zakon uređivao je kao pravne osobe javno trgovačko društvo, komanditno (komanditsko!) društvo, te dioničko društvo, dok je u Dalmaciji, zahvaljujući Zakonu o društvima s ograničenim jamstvom (odgovornošću) u poslovnoj praksi bilo moguće postojanje i takvih društava.

Ovaj bi prikaz povijesti hrvatskog trgovačkog prava u razdoblju do I. svjetskog rata i stvaranja prve jugoslavenske države čini se bio nepotpun, ako se ne spomene stanje u Bosni i Hercegovini, gdje je u to vrijeme veliki dio tamošnjeg stanovništva pripadao hrvatskome korpusu. Doduše i danas su tamo Hrvati nazočni, iako ni iz bliza vremenima u kojima je tamo vladala Austrougarska monarhija. Naime, nakon ulaska austrougarskih civilnih i vojnih vlasti u Bosnu i Hercegovinu, što je opet bila izravna posljedica Berlinskog kongresa (1878.), donijet je Trgovački zakon Bosne i Hercegovine već 1883. godine. Zakon je odobren carskom odlukom od 07. 06. 1883., a stupio na snagu - "u život" 01.11.1883. godine.

Neprijeporni i najizravniji uzor tome zakonu bio je Hrvatski trgovački zakon iz 1875. godine, s time da su njegova određena poboljšanja značila usuglašenje s ostvarenjima koja su novelama naprijed spomenutim već bila u austrijskom pravu dio pozitivnog prava. Misli se, u prvome redu, na javna skladišta, osiguranje, nakladnički posao i druge, čije unošenje u izvorni zakonski tekst predstavlja korak dalje i u odnosu na sve njegove uzore.

Stvaranje prve jugoslavenske države poslije I. svjetskog rata nije u području trgovačkog prava značilo ama baš nikakvu promjenu! Rascjepkanost i nejedinstvo zatečenog zakonodavnog ustroja u trgovačkome pravu zemalja i pokrajina koje su ušle u tada stvorenu zajedničku državu praktično osnažuje samostalnost pet zasebnih pravnih područja.¹⁰

¹⁰ A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo* str. 147, nakon opisa utjecaja različitih pravnih sustava, ističe: "Karakteristika je tog razdoblja u tome što je teritorij Jugoslavije bio podijeljen na šest

Hrvatski trgovački zakon iz 1875. i dalje se primjenjivao, zajedno s određenim brojem zasebnih zakona iz ove materije, a koji nisu formalno mijenjali isti Trgovački zakon, na području Hrvatske i Slavonije. Neke su od odredbi tog zakona tijekom vremena postale zastarjele, a (primjerice) nije bilo zakonske (što će reći ni praktične) mogućnosti djelovanja društava s ograničenom odgovornošću. Ovakvo stanje bilo je za poslovnu praksu manje prihvatljivo nego u Dalmaciji, gdje se primjenjivalo austrijsko pravo kao i zasebni austrijski zakon o društvima s ograničenim jamstvom (odgovornošću).

Bosna i Hercegovina je i nadalje živjela pod utjecajem svog Trgovačkog zakona iz 1883. godine.

Bilo je, doduše, pokušaja u staroj Jugoslaviji (između dva svjetska rata, 1918.-1941.) ustrojiti jedinstvenim zakonskim aktom cjelokupnu materiju trgovačkog prava. Tako je 02.10.1937. godine donijet zakon o trgovcima i trgovačkim društvima (trgovački zakon), koji, međutim, nije nikada postao pozitivnim propisom. Razlog leži u tome što se njegova primjena vezivala, bolje rečeno uvjetovala, donošenjem (i stupanjem na snagu) trećeg dijela u kome su trebali biti uređeni trgovački ugovori, kako s obveznopravnog, tako i sa stvarnopravnog gledišta. Prvi dio tog zakonskog "projekta", koji je očito imao namjeru biti cjelovitim zakonikom i ne običnim zakonom, sadržavao je odredbe o trgovini, trgovcima, trgovačkim poslovima, tvrtki i registru (tzv. Opći dio), a u drugome su dijelu bile odredbe o trgovačkim društvima.

Ovaj treći dio nije nikad donesen, jednako kao ni propis koji bi u smislu par. 513 zakona od 02.10.1937. godine imao odrediti dan od koga bi tako doneseni svi zakoni imali stupiti na snagu. Kako do toga nije došlo, nije se ni slika o rascjepkanosti trgovačkog prava u kraljevini Jugoslaviji niti najmanje izmijenila.¹¹

Sada već bivša, socijalistička Jugoslavija nije dugo trpjela niti naziv niti zatečene norme trgovačkog prava. Dolazi, po ugledu na sovjetsko pravo, do novoga nazivlja te grane prava - privredno pravo, da bi posljednji trgovački subjekti pod tim imenom prestali postojati zahvaljujući propisima Osnovnog zakona o privatnim trgovačkim radnjama (1948.)¹²

Raniji trgovački zakoni nisu mogli doći u primjenu ni uz pomoć neke vrste prijelaznog propisa kao što je primjerice bio Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 06. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije (SL FNRJ 86/46).¹³

pravnih područja građanskog prava i ... pet područja trgovačkog prava, da se ne kaže pet zasebnih pravnih sustava trgovačkog prava u okviru te iste državne tvorevine.

¹¹ D. Ledić, Subjekti trgovačkog prava prema rješenjima trgovačkih zakona stare Jugoslavije i Bosne i Hercegovine, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, Broj V/1981. str. 77.

¹² P. Rastovčan, Trgovačka društva..., str. 4 ili J. Barbić, Zakon o trgovačkim društvima, Organizator Zagreb 1993., str. 21.

¹³ M. Vuković, Pravila građanskih zakonika, Zagreb 1961., str. 20.

Općepoznate društvene, gospodarske, pravne i ine okolnosti u kojima se nalazila Hrvatska u okviru Jugoslavije potpuno su izbacile, zanemarile i udaljile pojam trgovačkog prava iz prakse i pravne znanosti. Gospodarstvo utemeljeno na državnom, a zatim na društvenom vlasništvu, odsudan utjecaj državnih tijela na svakodnevnicu, pa i onda kada se to različitim oblicima samoupravljanja željelo ublažiti, plansko usmjeravanje istoga itd. sve je to imalo pogubne posljedice kako na općedruštvene, tako i na gospodarske tijekove. Dosljedno tomu, nije se priznivala podjela prava na javno i privatno. Mnogi su pravni pisci takvu praktičnu i znanstvenu stvarnost pravdali gotovo "protuustavnošću" takvog, po istima, jedino kapitalističkom sustavu primjerenog razlikovanja na javno i privatno pravo. Negiranje i nepriznanje trgovačkog prava i svih značajki te zasebnosti koje ono sa sobom nosi, samo su vrh jednog velikog ledenjaka u moru, stvorenog pod plaštom idejne opsjednosti tog i takvog općeg sustava i svjetonazora.

Ne treba stoga čuditi činjenica da je država strogim propisima određivala oblike i sadržaj ugovora, kao što se to dogodilo Pravilnikom o sklapanju (zaključivanju) ugovora o prodaji i kupnji robe (1947.). Isto tako, materijalnopravne propise sadržavali su Zakon o rješavanju imovinskih sporova putem državne arbitraže (1946.), kao i Zakon o državnoj arbitraži (1947.). Ono što, međutim, nije uradio zakonodavac, a iz sveg srca tražila poslovna, sudska i arbitražna praksa, učinila je 1954. godine tadašnja Glavna državna arbitraža: donijela je Opće uzance za promet robom¹⁴, pored ostalih razloga koji su doveli do donošenja Općih uzanci za promet robom, ističe da je "...privredno pravo ostalo privremeno neregulirano", te da bi primjena pravnih pravila bivših trgovačkih i građanskih zakonika mogla dovesti do teškoća "... koje bi mogle biti različite i mnogobrojne...".

Nije to bilo jednostavno, mehaničko sakupljanje i objavljivanje postojećih poslovnih (trgovačkih) običaja, već i vrlo korektno, pregledno i prihvatljivo preuzimanje nekih odredbi iz švicarskog zakona o obvezama - OR. Zahvaljujući Općim uzancama za promet robom znalo se dogoditi da mnogi strani partneri, osobito iz ugovora gdje su ugovaratelji bili iz zapadnoeuropskih (Italija, prije svih!) te zemalja-članica bivšeg SEV-a, ugovarali mjerodavno materijalno pravo (engl. *proper law of contract*) Jugoslavije i nadležnost Vanjskotrgovačke (zvanično: Spoljnotrgovinske) arbitraže pri bivšoj Privrednoj komori Jugoslavije.

Daljnju, i to vrlo znakovitu, promjenu, s naglaskom na nazočnost slobode ugovaranja (autonomiju volje - pravo autonomije) i pretežitost dispozitivnih odredaba predstavlja Zakon o obveznim odnosima, koji je svoju primjenu otpočeo s 01.10.1978. godine. Riječ je o propisu koji čini jedinstvo normi građanskog i privrednog (trgovačkog) prava, time da je samo dio istih izričito namijenjen privrednopravnim (trgovačkim) odnosima.

Nastojanja da se, uz stidljivo priznanje svih dotadašnjih promašaja i pogrešaka, osobito glede subjekata u gospodarstvu i vezivanja njihova statusa i djelovanja uz naglašeno obilježje društvenopravne osobnosti (a time i vlasničkog

¹⁴ A. Goldštajn, *Ibid.* str. 149.

obilježja istih!), idu preko isforsirano detaljnog i od bilo kakve prakse i usporedbe u suvremenom svijetu udaljenog, Zakona o udruženom radu do Zakona o poduzećima, koji već na samome kraju postojanja bivše Jugoslavije ima za svrhu vratiti se, barem u jednome svome dijelu, klasičnome trgovačkom pravu i subjektima tog prava.

Moguće izlaske iz svekolike gospodarske krize pokušalo se, dakle, tražiti prije svega određenim ustavnopravnim promjenama, a zatim i već spomenutim Zakonom o poduzećima (SL SFRJ 77/88., 46/90. i 61/90.) te Zakonom o stranim ulaganjima (SL SFRJ 77/88.). Temeljne i zajedničke odrednice ovih institucionalnih i zakonskih rješenja i opredjeljenja, prema zamislama ondašnjeg zakonodavca i tumača njegovih namjera, imale su predstavljati promjenu načina i vrste postojećih odnosa i ponašanja gospodarskih subjekata u cijeloj Jugoslaviji, pa tako i Hrvatskoj.

Tako je, sukladno Zakonu o poduzećima raspon gospodarskih subjekata polazio od poduzeća u društvenom vlasništvu, preko onih u zadružnome, mješovitom i, na kraju, u privatnom vlasništvu. Tu treba dodati i javna poduzeća čiji su vlasnici mogle biti i fizičke i pravne osobe, dok su u praksi to najčešće bila poduzeća u državnome vlasništvu.

Raspad bivše Jugoslavije bio je brži i učinkovitiji od gore naznačenih želja i očekivanja.

Temeljem odluke Sabora Republike Hrvatske o raskidu svih državno-pravnih sveza s bivšom SFRJ preuzet je jedan dio saveznih zakona u pravni sustav Republike Hrvatske kao republički zakoni, što se dogodilo upravo i sa Zakonom o poduzećima, Zakonom o stranim ulaganjima, Zakonom o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji, Zakonom o obveznim odnosima i još nekima koji su najizravnije vezani za gospodarstvo i gospodarske subjekte. Tako se npr. Zakonom o preuzimanju saveznih zakona iz područja organizacije i poslovanja gospodarskih subjekata koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni (NN 53/91.) ravno 40 saveznih zakona na spomenuti način preuzima u hrvatski pravni sustav. Njihov broj i utjecaj na pravni život svakodnevno se smanjuje.

Republika Hrvatska kao suverena i samostalna država ima i potrebu i namjeru stvoriti cjelovit moderan i praktičan pravni sustav. Mjesto trgovačkog prava u općem pravnom sustavu RH nije dvojbena, dapače jako je naznačeno.¹⁵

Tomu u prilog govori i donošenje Zakona o trgovačkim društvima, propisa koji svojom opsežnošću, načinom obuhvaćanja predmeta (materije) reguliranja i smislom za fleksibilno pronalaženje i nuđenje zakonodavnih rješenja dovodi hrvatsko trgovačko pravo u rang visoko razvijenih europskih trgovačkih prava. Nekim je svojim odredbama ovaj Zakon započeo harmoniziranje hrvatskog trgovačkog (i općeg) prava s pravom Europske unije, te ujedno stvorio pretpostavke za priznanje zasebnog prava trgovačkih društava (*Gesellschaftsrecht, Company Law*) izvan trgovačkog prava.¹⁶

¹⁵ D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskog prava koncerna*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Volumen 16, broj 1/1995., str. 37 i dalje.

¹⁶ J. Barbić, *Zakon o trgovačkim društvima - Uvod*, str. 44 i dalje.

U međuvremenu, hrvatski pozitivni pravni sustav postao je bogatiji za još nekoliko zakonskih tekstova koji se, što izravno što opet posredno, odnose na trgovačko pravo uopće, gospodarske subjekte i njihove odnose. To su, primjerice Zakon o koncesijama, Pomorski zakon, Zakon o mjenici, Zakon o čeku, Zakon o sudskom registru, Zakon o trgovini, Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Stečajni zakon, Ovršni zakon itd. Većina se ovih zakona, jednako kao i oni zakoni što će uskoro ući u Saborsku proceduru, nastoji u svakome pogledu ugledati na svoje europske uzore, kako bi Republika Hrvatska u trenutku ulaska u Europsku uniju i druge europske integracije imala što usklađeniji i prikladniji pravni sustav s izrazito fleksibilnim i u mnogim dijelovima naglašeno objedinjenim, odnosno unificiranim pravom EU, odnosno drugih integracijskih tvorevina, prije svega u Europi, ali i šire.

3. Posebnosti trgovačkog prava za vrijeme Dubrovačke Republike

3.1. Opće prilike i pravna vrela

O hrvatstvu Dubrovnika svjedoči arapski putopisac Edrisi sredinom XII. st., koji za Dubrovnik piše da je to posljednji grad Hrvatske, kada se putuje prema jugu.¹⁷ Nakon 1180. spominje se utjecaj južnoitalskih Normana, ali pouzdano se zna da Dubrovnik od 1205. priznaje vlast Mletačke Republike. Takvo stanje potrajalo je do 1358. i sklapanja Zadarskog mira kojim Mlečani priznaju hrvatsko-ugarskom vladaru Ludoviku I. Anžuvincu suverenitet nad istočnom obalom Jadrana od Vinodola do Drača. Dubrovnik formalno dolazi u sastav Hrvatsko-ugarskog kraljevstva. Od 1441. naziv komune zamjenjuje terminom republika, koji ukazuje na iznimno visok stupanj samostalnosti, tako da možemo govoriti o neovisnoj državi, iako plaća danak hrvatsko-ugarskoj državi do njene propasti 1526., a već od 1458. daje i godišnji danak Otomanskoj Turskoj, sve do XVIII. st. Iako je veliki potres 1667. nanio ogromne štete, Dubrovačka se Republika i njeno gospodarstvo oporavljaju. Konačan udarac dubrovačkoj neovisnosti zadao je Napoleon. Maršal Marmont je 31. siječnja donio jednostranu, od Dubrovačke Republike nikad priznatu odluku, o njenom ukinuću. Ne smije se zaboraviti niti uloga Habsburške monarhije, koja je fizički onemogućila dolazak dubrovačkih poklisara na Bečki mirovni kongres 1814./1815., kako ovi ne bi iznijeli zahtjev za ponovnu uspostavu Republike. Tako je austrijski orao zamijenio ponosnu zastavu sv. Vlaha na Orlandovu stupu - simbolu dubrovačke neovisnosti.¹⁸

¹⁷ Lučić, Josip, *Povijest Dubrovnika od VII stoljeća do godine 1205.*, u *Povijest Dubrovnika II*, Historijski institut JAZU u Dubrovniku, Zagreb 1973., str. 64-65.

¹⁸ Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb 1975., knj. 2., str. 265-269; Enciklopedija leksikografskog zavoda, Zagreb 1977., sv. 2, str. 428; Foretić, Godina 1358. u povijesti Dubrovnika, Starine LAZU, knj. 50., Zagreb 1960., str. 251.

Dubrovačka Republika imala je veoma bogat pravni sustav. Njegov temeljni akt bio je *Statut komune Dubrovačke* od 1272., usvojen od dubrovačkog puka, uz prethodno odobrenje Velikog i Malog vijeća, a pod predsjedanjem kneza Marka Justinijanija. Od 8 knjiga koje sadrži Statut, područje trgovačkog prava najviše je vezano uz VII. knjigu, koja govori o pomorskom pravu.¹⁹ Pored Statuta pravni propisi obuhvaćeni su i njegovim dopunama: *Knjigom svih reformacija* (od 1355. do 1410.), *Zelenom knjigom* i *žutom knjigom*, koje sadrže niz značajnih odredbi, te *Uredba o osigurateljima* (1562.), *Dubrovačkim ediktom za plovidbu* (1794.), kao i carinskim propisima iz 1272. i 1413. Zasebni statuti važili su za otoke Lastovo (1310.) i Mljet (1345.).²⁰

U čitavom razdoblju svog postojanja Dubrovnik je bio okrenut pomorstvu i trgovini, ali kako uopće opstati, a kamoli trgovati u okruženju moćnih susjeda i zavidnih trgovačkih suparnika? Povijest Dubrovnika ujedno je priča o stoljetnom laviranju između opasnosti, raznih Scila i Haribda, koje su prijetile državnosti i trgovini. Posebne zasluge imaju tijela koja vode dubrovačku vanjsku politiku (poglavito Senat ili Vijeće umoljenih), koja se ostvarivala putem poklisara.²¹ Pravni instrumenti njenog djelovanja bili su mnogobrojni ugovori sa zaleđem i prekomorskim subjektima.

3.2. *Trgovački ugovori sa zaleđem*

Pomorsko-trgovinske veze nasljeđe su koje je sa sobom donijelo stanovništvo antičkog Epidauruma. Njegove pomorske veze s ostalim naseljima na obje strane Jadrana, još od vremena Oktavijana Augusta samo su se nastavile. U pristaništa Epidauruma dolazili su brodovi iz čitavog Sredozemlja. No veze su iz Epidauruma vodile dalje prema unutrašnjosti. To su poznate rimske ceste, s usputnim postajama, kojima je roba išla u današnju Hercegovinu, Bosnu, Crnu Goru, a roba iz tih krajeva prema moru.²²

Srednjovjekovni Dubrovčani već su zarana bili usmjereni na trgovinu, kako kopnenu tako i pomorsku. U svrhu nesmetanog odvijanja trgovine bilo je potrebno zajamčiti sigurnost akta, ugovora s državom na čijem se teritoriju odvijala trgovina

¹⁹ Tekst i prijevod Dubrovačkog statuta prema Križman, Mate i Kolanović, Josip, s uvodnom studijom Cvitanović, Ante, Statut grada Dubrovnika 1272. (dalje: Statut), Historijski arhiv Dubrovnik 1990.; Šundrica, Zdravko, Prijevod sedme knjige Dubrovačkog statuta, Dubrovnik, Historijski arhiv Dubrovnik, 1972., str. 5.

²⁰ Uvodna studija dr. Cvitanovića, Statut, str. 20-21.

²¹ O ustanovama vlasti Dubrovačke Republike Vojnović, Kosto, O državnom ustrojstvu republike Dubrovačke, Rad JAZU, Zagreb 1891., str. 24-65, a o Senatu naročito str. 54-57; Nedeljko, Branislav, Dubrovačko vijeće umoljenih (Consilium rogatorum) do 1358. godine, Zbornik radova iz pravne istorije posvećenih Albertu Vajsku, Institut za pravnu istoriju na Pravnom fakultetu u Beogradu, Beograd 1966., str.123-129.

²² Novak, Grga, Povijest Dubrovnika od najstarijih vremena do početka VII stoljeća (do propasti Epidauruma), I. dio, u Povijest Dubrovnika, Historijski institut JAZU u Dubrovniku, Zagreb 1972., str. 43-47.

ili putovanje. Nepotvrđeni navodi kao najstariji spominju ugovor koji su Dubrovčani sklopili s kraljem Kolomanom nakon što je ovaj 1102. postao i hrvatski kralj, te je priznao prava i privilegije nekim dalmatinskim komunama.²³

Prvi ugovor o čijem postojanju nema dvojbi jest onaj s kotorskim knezom Tripunom od 20. rujna 1181., kojim se određuje način vraćanja pozajmljenog novca, neuzimanje zaloga i zabrana represalija. Dug se može utjerati samo od dužnika, i to putem komune.²⁴ Slijede trgovački ugovori s raškim vladarom Stefanom Nemanjom (1186.) i bosanskim banom Kulinom (1189.).²⁵ Ugovor sa Stefanom Nemanjom od 27. rujna 1186. ustvari je mirovni ugovor kojim raški župan priznaje Dubrovniku pravo na susjedne teritorije. Spominje se i zabrana represalija, te sloboda trgovanja stanovnika Huma u Dubrovniku, a priznato je pravo azila u Dubrovniku. Dubrovčanima su priznate pogodnosti trgovanja u Raškoj, pri čemu su oslobođeni plaćanja raznih nameta. Temeljne točke o trgovini strogo su se poštivale, iako se mir često kršio, sve do XIV. st., kada se politika Nemanjića konačno okrenula širenju prema jugu, a ne više prema Jadranu.²⁶ Pored slobode trgovanja, za korištenje zemljišta u zaleđu komune Dubrovčani su plaćali danak mogoriš.²⁷

Ugovorom s banom Kulinom, sklopljenim 29. kolovoza 1189., Dubrovčani su stekli slobodu trgovine po njegovoj državi. Zabranjuju se represalije, ali se ostavlja mogućnost da Dubrovčani mogu nešto dragovoljno pokloniti. Ugovor je bio obostrano koristan, jer su Dubrovčani stekli veću sigurnost pri trgovanju u Kulinovoj državi, a Kulin je ostvario izlazak iz zemljopisne izoliranosti države, te se uklopio u trgovačke tokove.²⁸ Pravo azila spominje se u ugovoru s knezom Miroslavom od 1190., kojim mu se zajamčuje da će se moći skloniti u Dubrovnik, ako na to bude prisiljen.²⁹ Neki srednjovjekovni pisci spominju i ugovor s bizantskim carem Izakom Angelom od lipnja 1192., kojim Dubrovčani dobivaju pravo slobodne trgovine po Bizantu, bez plaćanja daća i nameta, ali taj podatak ne mora biti vjerodostojan.³⁰

Dubrovačka Republika je i u kasnijim stoljećima sklapala ugovore s vladarima iz svog zaleđa, koji svjedoče o dobrim trgovačkim odnosima sa srednjovjekovnim vladarima Bosne i tijekom XIV. st. Vladar Tvrtko izdao je Dubrovčanima povelju kojom potvrđuje ranije povelje bosanskih vladara, i dobivene povlastice.³¹

²³ Lučić, op.cit., str. 63; prema navodima povjesničara Lukarićeva iz 1605.

²⁴ Ibid., str. 88-89; prema Codex diplomaticus (dalje: CD), II, str. 179.

²⁵ Pomorska, knj. 2., str. 265.

²⁶ Lučić, op.cit., str. 43, 89-91 i tamo navedena literatura; također prema Foretić, Povijest, I, str. 53-54 i 70.

²⁷ Foretić, Povijest, I, str. 45.

²⁸ Lučić, op. cit., str. 93 i tamo navedena literatura; CD II, str. 237.

²⁹ Ibid., str. 91-92; CD, II, str. 245-246.

³⁰ Ibid., str. 60-61 i tamo navedena literatura.

³¹ Foretić, Povijest, I, str. 158.

Doseljavanjem Slavena i Hrvata Dubrovnik stupa s njima u trgovačke i druge kontakte, a taj utjecaj bio je toliko jak da se grad postupno hrvatizirao. O međusobnim raznovrsnim dodirima svjedoči pravna ustanova *stanak*, putem koje se rješavaju nastali sporovi. Njime su se rješavale razmirice sa susjednim područjima Huma, Zete, Bosne i Raške, te dalmatinskim komunama. Tako se stanak s općinom Popovo polje u Zahumlju spominje još 1169.-1170.³²

Interese Dubrovnika i njegovih podanika u unutrašnjosti štitili su poklisari - konzuli. Oni su se jednako brinuli o rješavanju sporova između članova dubrovačkih kolonija i postaja u zaleđu, pa se nazivaju i konzuli-suci. Prvi se spominje na teritoriju srednjovjekovne Srbije u drugoj polovici XIII. st. u Brskovu: Republika je najveći broj konzularnih predstavnika imala u drugoj polovici XIV. st., njih oko 15. U XVIII. st. donijeti su propisi o poklisarima pri Visokoj Porti u Carigradu, bosansko-hercegovačkom paši i mletačkom generalnom providuru u Zadru.³³

3.3. Pomorski ugovori

Kako Dubrovnik nije bio središte proizvodnje, to je roba namijenjena trgovini dolazila iz zaleđa, te se kretala morskom putem prema Apeninskom poluotoku, ali i dalje po Sredozemlju. Naravno da je postojao i obrnuti put robe. Isti način sklapanja trgovinskih ugovora, koji se primjenjivao spram zaleđa, postojao je u pravnoj regulativi odnosa s prekomorskim pravnim subjektima. U ovoj je skupini najstariji pomorsko-trgovački ugovor između Dubrovnika i Molfetta iz 1148., koji pouzdano svjedoči o stupnju razvijenosti pomorske trgovine. Na činjenicu da je tada glavno trgovačko područje Dubrovčana Jadransko more, ukazuje niz ugovora s zapadnojadranskim komunama.

Prvi sačuvani ugovor s Molfettom, sklopljen oko 1148., spominje stare veze dvije komune, te međusobno oslobađanje plaćanja lučkih pristojbi.³⁴ Značajniji je ugovor s većim trgovačkim središtem Pisom, od 13. svibnja 1169. Njime se zajamčuje sigurnost trgovine, oslobađanje od plaćanja pristojbi te se propisuje način naknade štete, pri čemu se zabranjuje samopomoć. Nakon ugovora s moćnim trgovačkim partnerom slijedi novi ugovor od 21. studenog 1188. s Ravenom, koja je tada dio Papinske države, kojim se zajamčuje međusobna sigurnost trgovaca. 25. kolovoza 1199. sklopljen je ugovor o miru s Anconom, kojim se daje međusobno obećanje mira i pružanja pomoći u obrani dobara, odnosno trgovanju, te se određuje zabrana represalija.³⁵ U Apuliji Dubrovnik sklapa ugovor s Monopolijem 1. veljače 1201. S Barijem je iste godine sklopljen 12-godišnji ugovor o prijateljstvu. Ugovor s Bisceglijem zaključen je 1211. godine. Zadnji u nizu međunarodnih akata s kraja

³² Lučić, op.cit., str. 87-88; CD, II, str. 126.

³³ Foretić, *Nekoliko pogleda na pomorsku trgovinu Dubrovnika u srednjem vijeku*, Dubrovačko pomorstvo, Dubrovnik 1952. str. 117 i dalje, te 209.

³⁴ Lučić, op.cit., str. 103-104; CD, II, str. 62. Ugovor se spominje u izvoru iz 1208.

³⁵ Ibid., str. 105-106; CD, II, str. 325-326.

XII. i početka XIII. st. sklopljen je s Termolijem, kao ugovor pravog bratstva i nepovredivog prijateljstva 3. ožujka 1203.³⁶

Da pomorske veze nisu održavane isključivo sa zapadnom obalom Jadrana, može se vidjeti iz mira, tj. ugovora s predstavnicima grada Rovinja od 1188. Neki autori spominju i ugovor s Porečom.³⁷ U ovu skupinu treba ubrojiti i mir s omiškim plemenom Kačića, poznatih pirata, zaključen 1190. Prema ugovoru neće se međusobno napadati, a ako netko iz Dubrovnika ipak bude pokraden, vratit će mu se ukradeno.

Iz XIV. st. potječe obnovljeni ugovor s Anconom (Jakinom), sklopljen 1372. godine. Tada su postojale dobre veze s Firencem i Katalonijom u sastavu Kraljevstva Aragonije.³⁸ Ferdinand I, vladar ujedinjene Španjolske, 1409. g. daje Dubrovniku punu slobodu trgovanja i kretanja po svojim zemljama. Isprava ujedno daje podatke o trgovačkim vezama sa Sicilijom. Francuski kralj Francois I. podijelio je Dubrovniku slobodu trgovanja u svojim zemljama na kopnu i moru 1518. Nakon toga dubrovački brodovi postupno počinju zalaziti i u Atlantik.

Posebno je pitanje uspostava trgovačkih i državnih odnosa Dubrovačke Republike sa SAD. Još 1781. dubrovački konzul u Cartageni piše svojoj vladi o pitanju dobivanja dozvole za plovidbu dubrovačkih brodova u španjolske posjede u Americi. Senat zauzima oprezno stajalište držeći da to pitanje ovisi o priznanju drugih država, a osobito V. Britanije. Favi ističe da je suviše sklapati ugovore s Amerikancima, jer su njihove luke otvorene, te u njih mogu ulaziti svi brodovi uz visok stupanj sigurnosti, pa predlaže koja bi se roba mogla dovoziti. Favi u pismu od 22. rujna 1783. daje dalekovidan opis SAD: *“Zasad Amerikanci nisu bogati, ali će njihova bogatstva u budućnosti narasti s njihovim procvatom, čemu nema dvojbe. Stoga će nacije koje prve počnu trgovati s Amerikancima utvrditi temelje trgovini, koja mora sve više rasti i koja će najvećim dijelom pripadati Englezima. Oni imaju više sredstava da trguju na veliko od svih drugih nacija.”*

Dominikanac Anselmo Antica, koji je 1790. boravio na španjolskom kraljevskom dvoru, pisao je vladi u Dubrovnik da otpravnik poslova SAD Gulliello Carnichaelo u svojim kontaktima predlaže sklapanje trgovinskog ugovora između SAD i Dubrovnika. Antica upozorava na dalekovidnost njegove diplomacije, podsjećanjem da je Dubrovnik sklopio ugovor s Turcima još prije nego li su ovi zakoračili u Europu.³⁹ I pored takvih prijedloga Dubrovačka Republika se, na žalost, nije usudila uspostaviti službene diplomatske odnose sa SAD sve do svoga ukidanja bojeći se negativne reakcije pojedinih europskih država.

³⁶ Lučić, op.cit., str. 106; CD, III, 29-30. Pomorska, knj. 2., str. 265.

³⁷ Foretić, Povijest, I., str. 47.

³⁸ Foretić, Povijest, I, str. 247.

³⁹ Ivančević, Vinko, Nešto građe o pomorsko-trgovinskim odnosima starog Dubrovnika s Amerikom, Pomorski zbornik, Društva za proučavanje i unapređenje pomorstva Jugoslavije, knjiga 1, Zadar 1963., str. 553-556 i tamo navedeni izvori.

3.4. Neki posebni pravni instituti

Jedan od temeljnih problema koji su međunarodni ugovori trebali riješiti bilo je pitanje oduzimanja robe trgovcima. Pored protupravne krađe i razbojništva, postojalo je oduzimanje stvari koje je pravni sustav dopuštao, pa čak i propisivao njegov postupak. Riječ je o institutu zapljene stvari, koja se vrši tzv. *represalijom*. U starije doba ona je bila česta pojava. Represalije, za razliku od današnje ustanove, ne provode organi državne vlasti protiv druge države, već zainteresirani građani uz odobrenje organa vlasti. Ona predstavlja način ostvarivanja potraživanja od dužnika koji je pripadnik druge komune ili države. Odluke o represalijama sadrže mnogi srednjovjekovni statuti, npr. Šibenika, Splita, Trogira i Zadra, a u Dubrovačkom statutu nalaze se u knjizi VII., glavi 32 "*Uhićenik zbog zaloga*" (*De eo qui capitur occasione pignorum*).⁴⁰

Uobičajeni postupak represalija bio je sljedeći. Ako bi netko bio opljačkan na području izvan svoje komune ili imao neka druga potraživanja koja nije mogao ostvariti, dužan je obratiti se svojoj komuni s prijavom štete, odnosno potraživanja. Službenik komune dužan je pokušati mirno riješiti spor. On bi se obratio komuni ili državi kojoj je pripadao dužnik, tražeći da ta osoba ispuni svoju obvezu spram vjerovnika, odnosno da mu nadoknadi štetu. Ako je i ponovljeni pokušaj ostao uzaludan, nastojala se utvrditi visina potraživanja. O tome je službena osoba komune (obično je to bio knez, *comes*, *rector*, *potestas*) izvješćivao npr. Veliko vijeće, koje je odlučivalo da li će se i kako izvršiti izvršiti represalija. Ako bi Vijeće pozitivno odlučilo izdavala se vjerovniku posebna dozvola - *carta repressalium*. Ona predstavlja pisano ovlaštenje za pljenidbu imovine bilo kojeg građanina komune ili države kojoj pripada dužnik ili same komune da bi namirio svoje potraživanje. Eventualno su se tako zaplijenjene stvari morale pohraniti kod načelnika komune koji bi još jednom pozvao komunu kojoj pripada dužnik odnosno povreditelj da izmiri potraživanje. Ako se komuna i tada oglušila, procjenitelji (*extimatores*, *štimađuri*) bi izvršili procjenu vrijednosti zaplijenjenih stvari i dosudile ih oštećeniku. Samopomoć oštećenih osoba komune dopuštaju i pravno reguliraju. Međutim, tijekom XIV., a pogotovo u XV. st., dolazi do ukidanja represalija, pa se za njih predviđa kazna kao i za piratstvo. Iz navedenih ugovora vidimo da je Dubrovnik nastojao represalije koje su štetele sigurnosti trgovanja onemogućiti u odnosima s drugim međunarodnim subjektima i njihovim podanicima znatno prije od vremena kada su to nastojale druge komune. To dokazuje visok stupanj trgovačke razvijenosti Dubrovnika već krajem XII. st., kao i napredna shvaćanja o izbjegavanju primjene sile u odnosima između država i njihovih podanika.

⁴⁰ Statut, str. 202: "*Ako bi plovilo odnosno brod uplovili u neki grad koji bi imao pravo uzimanja zaloga od Dubrovčana, pa bi koji trgovac ili mornar ili pak koja osoba s tog broda odnosno plovila bili zbog zaloga uhićeni i ondje pretrpjeli kakvu štetu, neka je tu štetu dužna nadoknaditi udruga broda odnosno plovila, osim kad bi rečeni trgovac, mornar ili druga osoba bili uhićeni zbog nedvojbenog vlastitog duga.*"; vidi i Šundrica, op.cit., str. 30.

U sudskom se postupku pazilo na ekspeditivnost u pomorskim sporovima, pa se oni raspravljaju bez odgode. U Statutu postoji iznimka, ali upravo u korist stranaca, pa Dubrovčan, ako je optužen od stranca, ne smije napustiti Dubrovnik, dok se ne riješi spor.⁴¹ U pravilu se nije mogao zaustaviti brod koji kreće na put, ako vlasnik ili suvlasnici pruže dovoljno jamstvo za ispunjenje svoje obveze, što nam govori da je u prvom planu bio interes za razvitak nesmetane trgovine. Od XVI. st. se putovanjem vraćao dug. Dubrovčani su ipak poznavali granice izlaska ususret strancima. Zato je donijeta odredba prema kojoj Dubrovčani ne smiju unajmiti strani brod, pod prijetnjom globe u visini dvostrukog iznosa plaćene vozarine. Od ove zabrane, kojom se htjela unaprijediti vlastita trgovačka mornarica, izuzeti su mletački brodovi. Razlog tome je snažan politički utjecaj Venecije u vrijeme donošenja Statuta.⁴²

Od posebnog su značenja propisi kojima se određuje nadležnost suda i utvrđuje primjena propisa u sporovima s međunarodnim elementom. Međunarodni ugovori Dubrovačke Republike obično ne određuju ovo važno pitanje. Postojeći sporovi morali su se rješavati prema nekom pravilu. Dubrovački Statut sadrži propise o ovoj materiji. Vjerovatno su njihova rješenja preuzeta iz ranijih pravnih običaja, te međunarodnopravnih ugovora. Sporovi između Dubrovčana i stranaca rješavaju se načelno prema pravilu: "*Actor sequitor forum rei!*", znači po pravu države tuženika. To znači da tužitelj mora doći iz svoga prebivališta u Dubrovnik, što obrnuto vrijedi i za Dubrovčana, a sud u Dubrovniku primijenit će dubrovačko pravo. Ako se vodi spor između dviju komuna, one se nalaze na stanku, načelno na pola puta između dvije komune. Kako bi se osigurala primjena dubrovačkog prava i u udaljenim lukama, došlo je do utemeljenja konzulata, od XIII. st., a koji imaju i sudske ovlasti.⁴³ Međutim autori su smetnuli s uma da je konzulat ujedno mogao olakšati sudski postupak, jer je tužitelj koji nije podanik Dubrovačke Republike mogao spor rješavati pred najbližim dubrovačkim konzulom. I ove odredbe očito idu za bržim i jeftinijim rješavanjem sporova, do kojih je dolazilo u trgovačkim i pomorskim odnosima s raznim subjektima.

Visoka razvijenost dubrovačkog prava došla je do izražaja u nekim pravnim ustanovama koje su bile karakteristične za pravni sustav Republike. Iako osim Dubrovačkog statuta, o mornarima *ad partem* govore i statuti Zadra (lib. I., cap. 71.), Ancone (cap.44.) i Trania (cap.10. i 12.), te španjolski Consulatatus maris (čl. 202.), dok mletački statuti o njima ne govore, tijekom XVI. i XVII. st. ovaj način plovidbe bio je tako znakovit za Dubrovnik da su ga u Italiji zvali "*ploviti na dubrovački način*".⁴⁴

⁴¹ Statut, lib. III, cap. 16. i 17. Marinović, Pomorsko-pravni propisi sredovječnog Dubrovačkog statuta, Pomorski zbornik, Društva za proučavanje i unapređenje pomorstva Jugoslavije, knjiga 1, Zadar 1953., str. 454-455.

⁴² Statut, lib. VII, cap. 36.

⁴³ Statut lib. III., cap. 49.-57. Marinović, op.cit., str. 454-455.

⁴⁴ Kostrenčić, Marko, Pomorsko pravo u statutima primorskih naših gradova i otoka, Mjesečnik pravničkog društva u Zagrebu, Zagreb 1914., knj. I., br. 9., str. 961.

O razvijenosti pomorske trgovine i prava u Dubrovniku svjedoče i drugi instituti koji se javljaju u pomorskom poslovanju, iako oni nisu izvorno dubrovački.

Entega je posebna vrsta trgovačkog i pomorskog društva koju sačinjavaju tri strane: patrun, tj. vlasnik broda, mornari i financijer. Patrun daje brod, mornari rad, a financijer kapital, koji se može sastojati od novca ili robe namijenjene prodaji.⁴⁵ Naziv instituta dolazi od grčke riječi *enithemi* što znači unositi. Dobitak se dijeli na tri dijela. *Entega* je bila veoma raširena u doba donošenja Statuta, ali u XVI. st. Fran Gundulić piše da je izašla iz uporabe.

Collegantia predstavlja trgovačko udruženje u kojem jedna strana daje "kapital, bilo u novcu ili u robi, dok je drugi tim kapitalom trgovao."⁴⁶ *Rogantia* je "vrsta mandatnog posla gdje mandat povjerava mandataru određenu stvar sa nalogom odnosno molbom da ju uruči označenoj osobi." Pomorski zajam spada među najstarije pomorskopravne institute, koji su Rimljani preuzeli od Grka pod nazivom "*foenus nauticus*" ili "*pecunia traiectica*", a također se spominje u Statutu.⁴⁷

Pomorske pristojbe značajan su predmet međunarodnih ugovora Dubrovačke Republike. Ugovorom između Dubrovnika i Venecije od 1232. Dubrovnik se obvezao od stranih brodova naplaćivati one pristojbe koje ubire i Venecija. Dubrovnik je pojedine komune oslobađao plaćanja pristojbe *arboraticuma* (jarbolarine), temeljem običaja ili posebnih ugovora. Brodovi dalmatinskih komuna bili su oslobođeni plaćanja arboratika u svim dalmatinskim lukama, na temelju uzajamnosti, a prema starom običaju. O tome govori prosvjed Dubrovnika upućen Senju 1257., u kojem se poziva na običaj uzajamnog oslobođenja plaćanja arboratika. Kasnije se narav arboratika izmijenila, te su ga morali plaćati svi, pa čak i domaći brodovi.⁴⁸ Uz arboratik se u kasnijim dopunama Statuta, u ugovoru s Molfetom iz 1148. i Bisegliom 1211., spominje pristojba zvana *anchoragium* (sidrarina). Ujednačeno plaćanje lučkih pristojbi, te oslobađanje od njihova plaćanja imali su blagotvoran utjecaj na razvitak i opseg lučkog prometa Dubrovačke Republike.

Ugovor o pomorskom osiguranju također je povezan s Dubrovnikom. Prvi trag ustanove osiguranja može se povezati s pomorstvom. Najstarije isprave o osiguranju potječu iz Genove od 1347. i Pise 1385., dok ih u Dubrovniku nalazimo već 1395.⁴⁹, što ne znači da se u pismohranama neće naći i starije. Prvi propisi potječu od 1562. "*Uredba o osigurateljima*" (*Ordo super assecuratoribus*), a osiguravajuće kuće u Dubrovniku susrećemo već u XVIII. st.

⁴⁵ Kostrenčić, op.cit., str. 962; Šundrica, op.cit., str. 15 i Cvitanić, op.cit., str. 222.

⁴⁶ Kostrenčić, op.cit. knj. I., br. 5., 1915., str. 287. Šundrica piše da *collegancia* kao "oblik trgovačkog društva uključuje dvije osobe, naime, osobu koja daje novac ili robu - *socius stans* (partner koji ostaje na mjestu) i osobu koja prima novac da s njom radi, trguje - *socius tractans* (partner koji putuje)." Šundrica, op.cit., str. 16. Cvitanić ističe da bitna karakteristika "nije toliko udruživanje... već dobivanje kredita udruživanjem." Cvitanić, Naše more, str. 222. Vidi i Marinković, op.cit., str. 446-447.

⁴⁷ Statut, lib. VII., cap. 57. O pomorskom zajmu vidi Cvitanić, Naše more, str. 222-223. Poseban problem predstavljala je zabrana uzimanja kamata koju je nametala Crkva tijekom XIII. st.

⁴⁸ Pomorska enciklopedija, knj. 2., str. 269.

⁴⁹ Stanković, Predrag, Pomorske havarije, Sveučilište u Rijeci, Rijeka 1982., str. 99; Pomorska enciklopedija, knj. 6., str. 338 za Dubrovnik navodi 1418.

Summary

DEVELOPMENT OF CROATIAN TRADE LAW AND PARTICULARITIES FROM THE REPUBLIC OF DUBROVNIK

Historical development of Trade Law does register various sources and various segments of activity.

The Author's intentions do concern the correlation - Croatian Trade Law / Trade Law in general, as two phenomena, particularly observing the continuance of Croatian Trade Law (even through the periods when the independency of the State did not exist) and (accordingly) considering the standards of the trade law and the economy in the Republic of Dubrovnik.

Key words: trade law, Croatia and the World, legal sources, the Republic of Dubrovnik.

Zusammenfassung

DIE ENTWICKLUNG DES KROATISCHEN HANDELSRECHTS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER SITUATION IN DER REPUBLIK VON DUBROVNIK

Das Handelsrecht hat in seiner geschichtlichen Entwicklung unterschiedliche Bedingungen der Entstehung und Wirkung durchlaufen. Der Autor dieser Arbeit möchte auf die Verbindung zwischen der Entwicklung des kroatischen Handelsrechts und des Handelsrechts überhaupt hinweisen, um damit einerseits die untrennbare Verbindung innerhalb dieser beiden Phänomene und andererseits den ununterbrochenen Faden des kroatischen Handelsrechts, auch in den Zeiten aufzuzeigen, als Kroatien noch kein selbstständiger Staat war. Dabei beruft er sich vor allem auf das Handelsrecht und die allgemeinen Wirtschaftsbeziehungen, die zur Zeit der Republik von Dubrovnik galten.

Schlüsselwörter: Handelsrecht, Kroatien und die Welt, Rechtsquellen, Republik von Dubrovnik.

SUĐENJE OSNOVOM PRAVIČNOSTI, DISKRECIONO OVLAŠTENJE SUCA I SLOBODNA OCJENA DOKAZA

Dr. sc. Aldo Radolović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 340.132
347.962
Ur.: 4. ožujka 1998.
Pr.: 12. listopada 1998.
Prethodno priopćenje

Naslovljeni rad ima osobitu nakanu da u jednoj raspravi sjedini neke "dodirne točke" materijalnog i postupovnog građanskog prava.

Smatramo to osobnim dugom prema prof. Đuri Vukoviću, ali i izrazom vlastite potrebe i iskustva (sveučilišnog nastavnika i suca) da u mnogim pitanjima rješenja jednog i drugog dijela građanskog prava moraju biti sagledana u njihovoj jedinstvenosti.

Pretežita pozornost bit će ipak posvećena materijalno-pravnoj strani problema, a glede formalno-postupovnog autor se zadovoljava naznakom temeljnih pitanja i njihove sveze sa suđenjem temeljem pravičnosti.

Pritom ne možemo ujedno izbjeći jednu ambivalentnu opasku: pravnici poblizje posvećeni teoriji i praksi građanskog prava svoju profesionalnu karijeru i započinju i završavaju u zazivanju pravičnosti. Sve između tog je - kako izgleda - uzaludno (i nepotrebno) nastojanje u traženju "idealne pravne norme" odnosno "materijalne istine".

Ključne riječi: pravičnost, diskreciono ovlaštenje, slobodna ocjena dokaza, suđenje po pravičnosti.

1. Generacije pravnikâ odgajane su s porukom da je pisana (apstraktna, najčešće državna) pravna norma, jedina točka prema kojoj sudac rješava konkretan spor i kojoj se u svakoj dvojbi pri razmatranju određenog predmeta odnosno donošenja odluke mora obratiti.

Građansko pravo kao "najprivatnije" privatno pravo polazi od poštivanja volje pravnih subjekata kao svog temeljnog načela. Ono se stoga stavlja u službu građana i pravnih osoba i ne nameće im se kao vlast "odozgo". Tolerantnost, širokogrudnost, fer-plej uopće itd. jesu one bitne karakteristike koje civil, u ukupnoj strukturi prava, nedvojbeno izdvajaju u specifičnu granu.

Sudac koji vodi i rješava određen građanski spor mora sam proizaći iz takvog pravno-kulturnog miljea, a mora ujedno i sam pridonositi njegovu daljnjem razvoju i proširivanju.

Suđenje po osnovi (temelju) pravičnosti, diskreciono ovlaštenje suca i načelo slobodne ocjene dokaza jesu - po našoj ocjeni - tri napose izražene točke koje vrlo snažno odražavaju naprijed navedenu orijentaciju.

Svjesni smo pritom i problema principijelne naravi: norme materijalnog građanskog prava su pretežito dispozitivne a norme postupovnog prava pretežito kogentne (prinudne) naravi. To svakako može ostvariti određenu zapreku u zamišljenoj nakani ujedinjavanja, odnosno jedinstvenog sagledavanja svih naznačenih pitanja, ali ujedno omogućuje i postavljanje posebnog cilja: da norme građanskog materijalnog prava u zoni "pravičnosti" postanu određenije i sigurnije a da pravila postupovnog prava "omekšaju" i tako omoguće učinkovitije postizanje rezultata kojem težimo.

Suđenje osnovom pravičnosti znači iskazivanje povjerenja sucu. To - dakako - traži i opravdanje tog povjerenja. Milenijska tradicija sudstva je u tom smislu već dala pozitivan odgovor, mada - dakako - isti suvremeni sudac mora ponavljati u mnogo težim socijalnim uvjetima napose karakterističnim za veliku i naglu promjenu uvjeta života današnjeg čovjeka.

2. Sud sudi na temelju Ustava i zakona (Ustav RH, N.N. 8/98. (proč. tekst), čl. 115./3, Zakon o sudovima, N.N. 2/94., čl. 5.).

Izraz je to još uvijek dominirajućeg kontinentalnog pravila da zakonodavac određuje postupanje sudbene vlasti, odnosno da su sudovi samo - kako se to nekada običavalo govoriti - "usta zakonodavca".

Sam zakonodavac - međutim - svjestan je svoje nemoći jer se vrlo često želja za ostvarenjem pune juridističke rigidnosti (da se sve "pokrije" pravnim normama) suprotstavlja općem osjećaju pravde, pa tako i ciljevima samog zakonodavca. Sintagma "summum ius, summa iniuria" - uostalom - već je vrlo odavno izrazila pravnu spoznaju da pretjerana zakonodavna regulacija postaje zapravo kontraproduktivna i sa stanovišta ostvarivanja općih legislativnih zadataka.

Kriterij "pravičnosti" (aequitas, equita', Billigkeit¹, equity) je uobičajeni "ispusni ventil" kojim mnoga zakonodavstva korigiraju svoju pravnu rigidnost i težnju da intenzivnije determiniraju djelatnost sudbene vlasti.

Neki pravni autori su u tome već odavno zamijetili² dinamički aspekt razvoja svakog pravnog sustava koji vlastiti cilj pune juridičke perfekcije postiže upravo svojom neprekidnom preobrazbom putem instituta pravičnosti.

¹ Njemački jezik ima za pojam "pravičnosti" dvije oznake: *Gerechtigkeit* i *Billigkeit*. Prvi izraz ima više moralno-etički značaj a pravni pojam pravičnosti označuje samo "*Billigkeit*". Tome u prilog govori i jedan recentan rad (M. Reimann, *Einführung in das US - amerikanische Privatrecht*, München 1997. str. 157) gdje je autor američki pravni pojam "equity" preveo sa "*Billigkeit*". Jedan drugi rad koji razmatra opća filozofskopravna pitanja i odnos prava i morala koristi pojam "*Gerechtigkeit*" (M. Schwintowski, *Recht und Gerechtigkeit*, Berlin 1996.). Javno (porezno) pravo kada govori o pravičnom umanjenju poreza, govori o "*Billigkeiterlass*" (*Rechtslexikon*, Beck Texte, München 1992., str. 127).

² R. Ihering, *Zweck im Recht* (navedeno prema M. Vukoviću, *Opći dio građanskog prava*, Zagreb 1959., knjiga I, str. 17 i 56); Pacifici - Mazzoni, *Istituzioni di diritto privato*, Torino 1929., knjiga VI i VII).

Zakonodavstva su ipak u pravilu vrlo oprezna u odnosu na uvođenje pravičnosti kao osnove za presuđivanje spornih građanskopravnih odnosa, a i pravna teorija vrlo često podržava njihovu orijentaciju da se po pravičnosti može suditi samo ako za to postoji iznimno i izričito ovlaštenje zakonodavca.³

Pravičnost je "pravda pojedinačnog slučaja".⁴ Takva pravda koja apstraktnu pravnu normu zamišljenu za sve slučajeve čini "pravednom" upravo za konkretni slučaj. "Aequitas" na taj način biva izjednačena sa "aequilitas" (ili "quasi aequalitas" kako kaže prof. Trabucchi).

Zakonodavac svoje ovlaštenje u naznačenom smislu u pravilu izražava upravo korištenjem riječi pravičnost i od toga izvedenih morfološko-lingvističkih oblika ("pravičan", "pravično", "pravičnije" i sl.).

Ima također slučajeva kada se rabi neka druga riječ ali s istim značenjem: "prikladno", "razumno", "pravedno", "po prirodi stvari", "po prirodi posla" ili neki drugi.⁵

Formalno sve je to uvijek suđenje po "Zakonu" jer uistinu Zakon tako predviđa i dozvoljava.

No, što je onda kada pravne norme za neku situaciju uopće nema ili je za presudu posve nedostatna?

Poznato je - suvremeni postupovni sustavi ne predviđaju "non liquet" ili "denegatio actionis" ("actionem denegare"). Sud je dužan u svakom slučaju riješiti pravni odnos kojeg su strane pred njega iznijele i stoga "sud ne može odbiti da odlučuje o zahtjevu za koji je nadležan" (st. 2. čl. 2. ZPP, N.N. 53/91.).⁶ To je izraz općeg "prava na pravosuđe" jer je pravo stranaka da se obrate i da sud njihov zahtjev riješi (pozitivno ili negativno). Sud tada sa strankom ne stupa u nekakav obveznopravni odnos (kojeg bi - eventualno - mogao i ne riješiti ili ga čak raskinuti) nego obavlja javnu funkciju u interesu očuvanja pravnog sustava.

Postupovno pravo gotovo beziznimno danas zastupa načelo da sud svaki zahtjev mora riješiti, ali u pravilu ne kaže po kojim materijalnim (supstancijalnim) pravilima to treba činiti. Ostaje stoga jedino logičan zaključak da sud tada odlučuje

³ Tako npr. u talijanskoj literaturi građanskog prava: P. Trimarchi - Istituzioni di diritto privato, Milano 1977., str. 51-52; F. Galgano - Diritto privato, Padova 1992., str. 10, 230 i 238; A. Trabucchi - Istituzioni di diritto civile, Padova 1997., str. 25. U bazičnoj literaturi hrvatskog građanskog prava problem je općenito dosta zanemaren, napose ako apstrahiramo udžbenik prof. M. Vukovića (Opci dio..., knjiga I str. 56-63 i 164-182).

⁴ A. Trabucchi, op. cit., str. 25.

⁵ U talijanskom prijevodu (zamišljenog) europskog Kodeksa za ugovorno pravo korištena je fraza "tumačenje u dobroj vjeri" ("interpretazione di buona fede"). To je ocijenjeno (N. Lipari, Diritto privato europeo, Padova, 1997., knjiga II, str. 649) kao dosta nesretan prijevod (koji preokreće značenje, sadržaj) izvorne francuske odnosno engleske stilizacije ("en dépit de l'exigence de la bonne foi" odn. "contrary to the requirement of good faith").

⁶ Sličnu odredbu sadrži i čl. 9. talijanskog Kodeksa za građanski postupak (Carpi - Taruffo, Commentario breve di procedura civile, Padova, 1994., str. 8-10) te par. 12. njemačkog postupovnog Kodeksa (Zivilprozeßordnung, Beck - Texte, 11. Auflage 1997., str. 24; Thomas - Putzo - ZPO..., München 1997., str. 54).

po pravičnosti ili nekim od njenih izvedenica. U svakom slučaju to proširuje polje primjene pravičnosti i stoga općenito možemo reći da je u suvremenim građanskopravnim sustavima suđenje temeljem pravičnosti sve manje nekakva stidljivo izražena iznimka koju dopušta zakonodavac a sve više "imenovana" osnova za raspravljanje određenih spornih odnosa. Dodamo li tome sve širu uporabu arbitražnog sudovanja gdje same stranke žele i podstiču suđenje prema pravičnosti, suvremeni okvir primjene pravičnosti postaje doista sve bogatiji.

Čini nam se u tom smislu napose netočnom ocjena da mogućnost suđenja po osnovi pravičnosti ugrožava pojam pravne države.⁷ Sud koji sudi po pravičnosti uopće ne "izmišlja" neku novu normu niti primjenjuje "svoju" normu; on je - što više - vezan pravilom pravičnosti koja je ili sam već izrazio ili je to učinio viši sud, pa je to za njega putokaz za suđenje kao i svaka druga norma materijalnog prava, a i kada je taj sudac izravno stvara, obvezan je to činiti na način i u postupku kako se stvara i primjenjuje svako materijalnopravno pravilo.

Zaključno u ovom dijelu rasprave ukazujemo stoga na tri sloja, tri razine pravičnosti:

- a) kada sudac apstraktnu i do kraja određenu (jasnu, sveobuhvatnu) pravnu normu "pravično" primjenjuje na konkretan slučaj;
- b) kada primjenjuje apstraktnu ali ne do kraja određenu pravnu normu (koja sama upućuje na pravičnost ili tome srodan pojam) i gdje onda mora sam "nadmjestiti" odnosni dio pravne norme i
- c) kada u nedostatku apstraktne pravne norme putem "pravičnosti" sam stvara normu i po njoj rješava određeni slučaj. U ovom slučaju sudac je de facto istovremeno i tvorac i primjenjivatelj pravne norme i to svakako mora rezultirati potrebom povećanog opreza i odgovornosti.

Na taj način problem pravičnosti u građanskom pravu odnosno građanskom sudskom postupku postavlja se uistinu u mnogo kompleksnijem obliku no što se to uobičajeno misli. Ako se za prvi od navedenih "slojeva" još može reći da je to opći problem za sveukupno pravo, ostala dva neupitno predstavljaju specifičnost vrlo izražena značaja.

3. Brojni su slučajevi u kojima se pravni propisi građanskog prava pozivaju na "pravičnost". Mi ćemo ovdje - u kratkoj poredbenoj analizi - navesti samo neke, bez pretenzije da navedemo sve, ali ipak u namjeri da ukažemo da su ti slučajevi dosta brojni odnosno da su u suvremenom pravnom životu sve brojniji.

Naš ZOO (N.N. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96.) sadrži (prema našoj kratkoj analizi) barem desetak slučajeva pozivanja na pravičnost:

- savjesna strana ima kad je ugovor zaključen suprotno statutu ili drugom općem aktu poduzeća (te zbog toga smatra da ugovor nije zaključen) pravo na "pravičnu naknadu" (st. 4. čl. 55.)

⁷ F. Galgano, op. cit., str. 10, 14.

- naplatni ugovori imaju se tumačiti "u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja" (čl. 101.)

- jedna od pretpostavki za raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti je i ta "...da bi po općem mišljenju ugovor bilo nepravično održati na snazi" (st. 1. čl. 133.)

- kod zelenaškog ugovora oštećenik može zahtijevati da se "njegova obveza smanji na pravičan iznos" (st. 3. čl. 141.)

- u slučaju tzv. abuzivnih klauzula sud može odbiti primjenu nekih odredbi općih uvjeta ugovora, između ostalog, i ako su "...nepravične ili pretjerano stroge" (st. 2. čl. 143.)

- ako je štetnik osoba koja ne može odgovarati za štetu, sudi sud jedino po osnovi pravičnosti (čl. 169.)

- u slučaju sudara motornih vozila u pokretu kada nema krivnje nijednog od učesnika, sud presuđuje da "imaoci odgovaraju na ravne dijelove ako razlozi pravičnosti ne zahtijevaju što drugo" (st. 3. čl. 178.)

- za pretrpljenu neimovinsku (nematerijalnu) štetu sud oštećenicima dosuđuje "pravičnu novčanu naknadu" (st. 1. čl. 200., čl. 202.). Sličnu odredbu o naknadi neimovinske štete sadrži i Zakon o javnom priopćavanju (N.N. 83/96., čl. 22.-29.).

U nekim situacijama ZOO ne rabi baš izravno riječ pravičnost, ali sadrži izraze vrlo slične tome, ili pak ne govori ništa određeno, pa nastalu pravnu prazninu možemo popunjavati jedinom primjenom pravičnosti:

- sud može na zahtjev zainteresirane strane smanjiti pretjerano veliku kaparu (st. 4. čl. 80.)

- kod ništavosti ugovora i oduzimanju u korist općine sud vodi računa "...o savjesnosti jedne odnosno obiju strana, o značenju društvenih interesa koji ne ugrožavaju te o moralnim shvatanjima društva" (st. 3. čl. 104.)

- kod suđenja naknade štete (kad šteta nije izazvana namjerno ili krajnjom nepažnjom a odgovorna osoba je slabog imovnog stanja) sud će (vodeći još računa i o materijalnom stanju oštećenika) dosuditi "manju naknadu nego što iznosi šteta" (st. 1. čl. 191.) odnosno kada je stvar uništena ili oštećena kaznenim djelom učinjenim s umišljajem "sud može odrediti visinu naknade prema vrijednosti koju je stvar imala za oštećenika (st. 4. čl. 189.)

- sud može smanjiti iznos ugovorne kazne "ako nađe da je ona nerazmjerno visoka s obzirom na vrijednost i značenje predmeta" (čl. 274.).

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (N.N. 91/96.) također na nekoliko mjesta upućuje na pravičnost:

- kada određuje mogućnost diobe na "prikladan način" (st. 4. čl. 50.)

- kada (poput ranijih pravnih pravila izvanparničnog postupka) predviđa pravičnost kao alternativni kriterij za uređenje međa (st. 3. čl. 103.)

- kada kod nalaza blaga određuje da se nagrada ("nalaznina") može pod određenim pretpostavkama "pravično smanjiti" (st. 3. čl. 137.).

Zakon o radu (N.N. 38/95., 65/95.) govori o pravičnosti kod arbitražnog rješavanja sporova iz radnog odnosa (st. 2. čl. 209.).

Zakon o nasljeđivanju (N.N. 53/91.) izričito ne upućuje na pravičnost, ali upućuje na izraze vrlo slične tome (st. 2. čl. 28., st. 2. čl. 29., gdje govori o povećanju odnosno smanjivanju dijela nasljednika 2. nasljednog reda).

ZPP (N.N. 53/91.) kao središnji postupovni propis samo na jednom mjestu upućuje na pravičnost odnosno izraz sličan tome, konkretno u dosudi naknade štete (kada se visina ne može utvrditi ili bi to bilo nerazmjerno teško) "prema slobodnoj ocjeni" (čl. 223.).

OGZ poznaje pravičnost u više oblika:

- kod utvrđenja broja "živine koja bijaše odagnana na pašu..." ima se ako se nije mogao utvrditi srednji broj "...uzeti pravičan broj obzirom na to kolika je i kakva je paša (par. 500.)

- kod ispunjenja neprenosivih obveza (koje ne prelaze na nasljednike) sudac može odlučiti "polog pravičnosti" (par. 900.)

- za štetu koju počine neodgovorne osobe ("luđaci") sudac također može odlučiti po pravičnosti (par. 1310.)

- za pretrpljene bolove oštećeniku treba platiti "neku sumu prema razvidjenim okolnostima" (par. 1325.).⁸

Njemački BGB iz 1896. predviđa još veći broj slučajeva kada se poziva na pravičnost ili tome slične standarde (*Billigkeit*, *Billiges Ermessen*, *Billigkeithaftung*, *Billigung*): par. 315, 317, 319, 445, 496, 660, 745, 823, 847⁹, 971, 1246, 2048 i 2156.

Talijanski Codice civile iz 1942. upravo obiluje pozivanjem na pravičnost (sjediniuje i trgovačko pravo) a autori Cian-Trabucchi¹⁰ posebno izdvajaju 21 slučaj (čl. 1226, 1349, 1374, 1450, 1467, 1468, 1651, 1654, 1733, 1736, 1745, 1751, 1955, 2045, 2047, 2056, 2109-2111, 2118, 2120). Posebna je karakteristika talijanskog prava što i postupovni propisi predviđaju sudski postupak). Izmakla dobit uvijek se utvrđuje po pravičnosti (2056).

⁸ Rušnov - Posilović (Tumač Gz-a, knjiga II, str. 653) govore o "okolnostima dokazanim" a I. Čepulić (Sistem Općeg privatnog prava, Zagreb 1925., str. 507) o "razvidjenim okolnostima". Čini se da je Čepulićev prijevod bliži izvorniku ("...erhoben..."); sam autor kaže da Zakon nije pobliže odredio taj pojam, ali da je praksa uvažila da su to stupanj ozljede, njene posljedice i intenzitet i trajanje boli.

⁹ Za bolninu (Schmerzensgeld) predviđenu u par. 847. K. Larenz (Lehrbuch des Schuldrecht, München 1972. II, str. 381, 478-489) izričito navodi da je to "Billigkeit" (pravičnost) a ne "Genugtuung" (zadovoljenje). On - doduše - govori o pravičnoj naknadi i u smislu osobnog zadovoljenja oštećenika ("Billige Entschädigung im Geld als Genugtuung..."), ali spominje ciljeve kao npr. cilj privatne kazne ("...sowohl das Ausmaß der erlittenen Einbusse..."). U svakom slučaju, on kaže da pravična naknada za pretrpljene bolove znači njenu prikladnost konkretnom slučaju ("Die Billigkeit der Entschädigung bedeutet ihr Angemessenheit im konkreten Fall") i objektivno predstavlja pravičnost gledano sa stanovišta društva a ne samo sa stanovišta oštećenog pojedinca. Naša pravna teorija u ovim pitanjima inače govori samo o "subjektivnom zadovoljenju bez obzira na štetu i njezinu naknadu" (Vedriš-Klarić, Građansko pravo, Zagreb 1995., str. 465.).

¹⁰ Commentario breve al Codice civile, Padova 1997., str. 3430.

Američko (USA) privatno pravo obično se navodi kao pravni primjer suđenja po pravičnosti.¹¹ To prema novijim autorima baš nije posve točno¹², ali još uvijek ipak pretežito vrijedi. Pravičnost tu - međutim - ima više funkcija a dvije se napose ističu: funkcija posebnog izvora prava i funkcija pravnog (materijalnog) korektiva.

Europsko privatno pravo (privatno pravo Europske Unije), koje se postupno ali sigurno razvija u jednu cjelinu¹³, za sada izbjegava veća zadiranja u još uvijek postojeća nacionalna zakonodavstva ali tamo gdje intervenira, nastoji to činiti što je moguće jasnije, svjesno izbjegavajući pritom "pravičnost" i tome slične pojmove. Želja za stvaranjem novih "stupova" (pilastra) privatnog europskog prava i zakonodavstva - kako kaže Lipari - rezultira donošenjem "jakih normi" koje ostavljaju vrlo malo prostora mogućim različitim tumačenjima.

4. Do sada izloženi sadržaj omogućuje nam podvlačenje određenih, iako ne uvijek do kraja sigurnih zaključaka.

Prvi je svakako taj da suđenje osnovom pravičnosti, mada se sve više širi, ipak ostaje iznimka, a ne pravilo. O toj konsideraciji mora se voditi računa a vrlo indikativan u tom smislu je upravo opisani postupak kreiranja novog europskog privatnog prava.

Druga je moguća konstatacija da je odredbama o pravičnosti mjesto u materijalnom građanskom pravu. Naša je (kratka) analiza pokazala da samo Italija ima neke odredbe i u postupovnom pravu, ali objektivno bez većeg značenja (svega nekoliko slučajeva i uglavnom za sporove manje vrijednosti).

Treći bi bio zaključak da nema jedinstvenog pojma pravičnosti, ali postoji dosta visok stupanj suglasja u tome da je to pravni standard koji izražava interese sveukupne društvene zajednice (karakteristika inače uobičajena za pojedine norme materijalnog prava) a ne samo interese oštećenog pojedinca. Na razlici između pojmova "Billigkeit" i "Genugtuung" (u izloženom shvaćanju prof. Larenza) trebalo bi - po našoj ocjeni - ubuduće jedino graditi sveukupnu "infrastrukturu" pravičnosti.

U tom smislu bismo ujedno mogli pokušati dati barem neke elemente za pobliže definiranje pojma pravičnosti:

a) kategorija je to, kada je riječ o njenom novčanom (ekonomskom) izražavanju, koja - u pravilu - odstupa od tržišnih vrijednosti, pretežito na manje, a samo iznimno na više (npr. afekciona cijena);

b) "pravičnost" predstavlja prosječno shvaćanje društvene sredine o određenim pravnim pitanjima;

c) sadržaj "pravičnosti" predstavlja stoga sastavni dio općeg materijalnog prava kojeg sud mora poznavati odnosno kojeg viši sud mora kontrolirati s aspekta

¹¹ Tako i F. Galgano, op. cit., str. 11.

¹² M. Reimann: Einführung in das USA amerikanische Privatrecht, München 1997., str. 142, 157-163.

¹³ P. Grossi: Modeli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo, Rivista di diritto civile, Padova 3/96; N. Lipari, op. cit., str. 102, 161.

zakonitosti i pravilnosti primjene pod istim uvjetima koji se odnose na sve propise;

d) ne postoji samo jedan, jedinstveni pojam pravičnosti; postoje barem dva - činjenični (kojeg će sudac u konkretnom slučaju utvrđivati izvođenjem odgovarajućih dokaza, najčešće vještačenjem)¹⁴ i pravni (koji je isključivo pravo i dužnost suca i koji predstavlja višu i definitivnu fazu u odnosu na prvu, "činjeničnu pravičnost");

e) odgovornost suca u suđenju po pravičnosti postaje stoga mnogo kompleksnija, mnogo odgovornija u odnosu na suđenje situacija koje su "pokrivene" određenim i posve "jasnim" pravnim normama, ali ne prelazi uobičajene granice sudačke zadaće da sudi pravilno i zakonito niti može predstavljati predložak za moguće strožu odgovornost sudaca¹⁵; sudac kada sudi po pravičnosti ne treba više stege, obrnuto - treba mu iskazati veće povjerenje da on svojim znanjem, pravnom i općom kulturom i rezultatima svoje permanentne izobrazbe uzgogne u svakom slučaju biti dostojan takva povjerenja;

f) ako "pravičnost" - dakle - u svom najvišem stupnju apstrakcije predstavlja sastavni dio općeg materijalnog (prije svega građanskog ali i drugih grana prava) -

¹⁴ Domaća sudska praksa je u primjeni odredbe iz st. 4. čl. 80. ZOO-a da je primjerena odnosno da nije "pretjerano velika" kapara od 10% od kupoprodajne cijene (VSH, Rev. 1334/87. od 8. prosinca 1987., PSP-38/71., navedeno prema I. Crniću - Zakon o obveznim odnosima, Zagreb 1996., str. 91.). Nije - međutim - objašnjeno zašto se upravo 10% smatra dozvoljenom kaparom niti se vidi kako je sud do takve ocjene došao. Sudac se u tom smislu eventualno može pozvati na pravilo iz uzanci ili neko slično pravilo, a bilo bi još bolje rješenje da konzultira odgovarajućeg vještaka građevinske struke i ovaj objasni razloge zašto stranka smatra takvu kaparu "primjerenom".

Slično bi npr. bilo i pri ugovoru o posredovanju gdje sudac može sniziti posredničku naknadu (proviziju) "ako nađe da je pretjerano visoka s obzirom na posrednikov trud i učinjenu uslugu" (st. 2 čl. 822. ZOO). Snizenje cijene ("razmjerno") moguće je pod istim pretpostavkama i kod ugovora o organiziranju putovanja (čl. 869. ZOO, st. 2. čl. 1749. i st. 1. čl. 1751. talijanskog Građanskog zakonika).

Kod naknade neimovinske (nematerijalne) štete problem je npr. kako uopće reći koliko treba dati za 50% smanjenja životne aktivnosti, odnosno zašto bi (uobičajeni) novčani iznos od 120.000,00 kn predstavljao "pravičnu naknadu". Dva su načina da se dođe do takvog novčanog iznosa, odnosno da se to opravda: pozivanjem na inozemnu praksu i njenim razmjernim umanjivanjem s obzirom na odnose nacionalnih dohoda po glavi stanovnika (Njemačka npr. za 50% smanjenja životne aktivnosti daje cca 250.000 DEM - vidjeti npr. Smerzensgeldbeträge, Adac, München 1996. a mi bismo - pod pretpostavkom da nam je nacionalni dohodak pro capite pet - šest puta manji, mogli priznati oko 40.000 DEM, odnosno 120.000,00 kn), ili pak izravnim stvaranjem "pravičnog iznosa" koji se onda mora vezati za neke klasične imovinske pojmove kao što su visina plaće ili penzije, pa npr. nesposobnost za normalan život i rad kroz pet godina mora izraziti gubitak mirovine ili plaće za to razdoblje (tako Monateri - Bellero, Il "quantum" nel danno a persona, Milano 1989.).

¹⁵ Suvremena zakonodavstva različito reguliraju odgovornost sudaca. Talijansko pravo npr. poznaje čak izravnu materijalnu odgovornost sudaca, što se - čini nam se - opravdano kritizira (V. Vigorili - La responsabilità del giudice: che fare?, Rivista di diritto civile 4/87). Hrvatsko pravo takvo rješenje ne poznaje kao pravilo (Zakon o sudovima, N.N. 2/94.). Sam problem odgovornosti sudaca je inače doista višeslojan (M. Dika - Pravo na nezavisnog suca, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 5-6/89.) ali je naša ocjena da suđenje osnovom pravičnosti ne može biti razlogom za pooštrenje te odgovornosti. Naprotiv!

kako ga učiniti prepoznatljivim pravnim subjektima koji imaju razumljiv interes da unaprijed znaju sadržaj takva pravila?

Odgovor u tom smislu može biti samo jedan - sustavna, temeljita, sve više informatička, ali i stručna i znanstvena obrada (i objava) svih situacija gdje se već sudilo ili će se tek suditi po osnovi pravičnosti.¹⁶

5. Sudac sudi o osnovanosti postavljenog tužbenog zahtjeva temeljem tvrdnji koje su (u pravilu) same stranke iznijele, odnosno dokaza koje je izveo da te tvrdnje učini istinitim odnosno neistinitim.

Kompleks dokaza i dokaznih sredstava u tom smislu uvijek sadrži dva nivoa problema - izvođenje dokaza (*esecuzione delle prove, Beweisverfahren*) i ocjena rezultata izvedenih dokaza (*valutazione delle prove, Beweiswürdigung*).

Ovdje se zaustavljamo na prvom dijelu postavljenog pitanja i tu možemo odmah reći da je "diskreciono ovlaštenje suca" - da tako kažemo - njegova operativna sloboda da dokaze izvodi onim redom i onim načinom kako to smatra najprikladnijim da bi provjerio tvrdnje koje želi ispitati.

Sam pojam "diskreciono ovlaštenje" - gotovo se to po sebi razumije - nema nikakve veze sa "diskrecionom ocjenom" u upravnom postupku gdje voditelj postupka (bez veće ili čak nikakve pravne vezanosti) građanima priznaje ili odbija neka prava.

No, zamišljeni smisao i sadržaj operativne sučeve slobode da dokaze izvodi na "najsvršishodniji" način sukobljava se s važnim postulatom postupovnog prava - načelom zakonitosti u postupku koji praktički znači da što u postupovnom zakonu nije predviđeno, to u pravičnom postupku nije dopušteno. Mogu se izvesti samo one radnje, odnosno provoditi samo oni dokazi koje Zakon predviđa.

U tom smislu moguća su izvjesna ograničenja sučeve "operativne slobode", kao npr.:

- do izmjene ZPP iz 1977. godine nije bilo u smetanju posjeda uopće moguće provesti dokaz saslušanjem stranaka;

- sada je saslušanje stranaka svugdje moguće ali se konkretno neće moći provesti ako sama stranka ne pristane na takvo saslušanje (čl. 269.);

- svjedok se može pozivati samo da govori "o činjenicama o kojima treba da svjedoči" (čl. 244./1.); nije, dakle, dopušteno kao u par. 414. njemačkog Zivilprozessordnung-a¹⁷ da kao svjedok - vještak govori o drugim relevantnim

¹⁶ Ovime zadiremo (i bez namjere ikakva produbljanja rasprave u tom pravcu) u jedan od najdoloroznijih problema pravosuđa uopće - objavljivanje sudskih odluka. Pri suđenju osnovom pravičnosti sudske presude su gotovo najizravniji izvor prava pa njihovo objavljivanje nije potrebno samo zbog "izjednačavanja sudske prakse" nego zbog elementarne potrebe građana da saznaju sadržaj svog pravnog sustava. Tom zahtjevu treba apsolutno podrediti sve druge moguće interese i nakon toga pokušati prići višoj fazi objavljivanja - onoj koja se odnosi na stručno i znanstveno komentiranje i kritiku sudskih odluka. Ovo posljednje ničim ne oduzima sudskim presudama sve poznate učinke pravomoćnosti, a (prema pozitivnim iskustvima zemalja razvijenog svijeta) značajno doprinosi poboljšanju sveukupne kvalitete pravne zaštite.

¹⁷ Thomas/Putzo, ZPO, str. 279.

znanjima i saznanjima;

- izvjesne osobe se kao svjedoci uopće ne mogu saslušati ili imaju pravo uskratiti svjedočenje (čl. 236.-238. ZPP);

- parnične stranke mogu, pod odgovarajućim pretpostavkama, odbiti podnošenje ili predočenje isprava (čl. 233.),

- vještak je dužan da vještači (st. 1. čl. 253.) i dužan je to činiti "savjesno i u skladu sa pravilima znanosti i vještina" (čl. 258.) ali nema sankcije za eventualnu nestručnost datog nalaza i mišljenja;

- očevid je dokaz koji se poduzima "kad je za utvrđivanje kakve činjenice ili za razjašnjenje kakve okolnosti potrebno izravno opažanje suda (čl. 221./1.) ali Zakon ne nalaže (da li isključuje?) da se npr. objekt opažanja fotografira (to izričito nalaže odredba iz čl. 261. talijanskog Zakona o parničnom postupku).¹⁸

Moguće su i druge "praznine", ovdje se zadovoljavamo navođenjem ovih nekoliko primjera kao ilustraciju zaključka da je "operativna sloboda" suca u više pravaca unaprijed određena.

Štoviše, vrlo kratki "izlet" u talijansko i njemačko građansko postupovno pravo uvjerava nas da su tamo proceduralni oblici "vezivanja" suca još veći. Osim već spomenute obveze fotografskog prikaza u Italiji odnosno mogućeg saslušanja svjedoka - vještaka u njemačkom pravu, da spomenemo još samo nekoliko sličnih oblika: njemački propisi nalažu opis ponašanja svjedoka dok svjedoči (par. 373. ZPO), zakletva je i u njemačkom i u talijanskom pravu vrlo izražena i odvojeno predviđena za religiozne i nereligiozne (par. 391. ZPO, čl. 251. tal. Codice di procedura civile; naš ZPP - čl. 246./1. - još je u svojoj "socijalističkoj" fazi), propisi o ispitivanju svjedoka su općenito detaljniji itd.

Njemački ZPO izvođenju dokaza posvećuje više od stotinu paragrafa (355-484), talijanski Codice di procedura civile ima ih nešto više od pedesetak (210-262), a tu je negdje i naš ZPP (čl. 219.-276.).

Forma postupanja je uvjet pravilnog suđenja i mi se (suprotno od uvodno izražene hipoteze!) priklanjamo tradicionalnom stavu da postupovne propise ne treba "omekšavati" nego da ih - naprotiv - zahtjevima rigorozne procedure treba još više opteretiti. Najbolji učinci mogu se doista polučiti samo ako zakonodavac odredi stroge metode sučeva istraživanja relevantne postupovne istine. Veća sloboda u tom pravcu (opravdana težnjom da sudac vodi postupak onako kako je in concreto najadekvatnije) često se u praksi pretvara u najobičniju proceduralnu trajavost, čak i uz ZPP koji inače normativno bitnije ne zaostaje za inozemnim zakonodavstvima.

To - međutim - ne znači da određeni oblici diskrecionog ovlaštenja suca ne mogu opstati. I unutar eventualno veće proceduralne stege sudac će jedino odlučivati kojim će redom dokaze izvoditi i da li će sadržaj tih dokaza predstaviti na ovakav ili onakav način. Izvjesnu slobodu sucu svakako valja ostaviti.

¹⁸ Capri - Taruffo, *Commentario...*, str. 564. U aktualnoj domaćoj sudskoj praksi bi npr. fotografija oštećene osobe u mnogome pomogla pri drugostupanjskom odlučivanju o naknadi za duševne bolove zbog tjelesnog naruženja.

Koliko viši sud može nadzirati diskreciona ovlaštenja suca?

Točno je da viši sud ima pravo ukinuti odluku kad nađe da je niži sud pri odabiranju načina postupanja upotrijebio one metode koje nisu u duhu postupovnog sustava i zbog toga osujećuju ostvarivanje efikasne pravne zaštite.¹⁹ Niži sud je uvijek dužan izvesti sve parnične radnje koje zahtijeva viši sud (st. 1. čl. 377. ZPP) ali - po našoj ocjeni - nema osnove da mu se nalaže radnja ili dio radnje koje ZPP ne poznaje (npr. fotografiranje predmeta ili osobe ili da opiše ponašanje svjedoka dok svjedoči ili pak da položi zakletvu u sadržaju kako se zaklinju religiozne osobe).

Diskreciona ovlaštenja suca ogledaju se i u slobodi upravljanja postupkom (čl. 278., 288., 298., 311-320. ZPP). Jedino sudac odlučuje da li će spojiti ili razdvojiti postupke, prihvatiti raspravljanje po protutužbi ili ne i sl. i tu ne može biti osnove da viši sud naloži drugačije postupanje od onog za kojeg se sudac nižeg suda opredijelio.

Suđenje po pravičnosti u sklopu ovih uglavnom postupovnih pitanja zahtijeva - osim uobičajenih zahtjeva za sve parnične postupke - još i jednu dodatnu, "treću" dimenziju. Ovdje pravne norme po kojoj će se presuditi ili dijelom ili u cijelosti nema; tu normu tek treba stvoriti odnosno treba zaokružiti (jasno i sigurno) odgovarajuće činjenično stanje koje će takvu materijalnopravnu normu istovremeno i stvoriti i opravdati. Otuda i naše zalaganje da forma bude stroža i procedura kompliciranija jer se samo tako mogu ostvarivati željeni rezultati od suđenja temeljem pravičnosti. Što je teži put do utvrđivanja i stvaranja "pravičnosti" kao činjenično-pravne i materijalnopravne norme za konkretni slučaj, to će ista norma biti bolja i pravilnija. Suđenje "ex aequo et bono" moguće je samo kroz postupak koji se ne vodi "ex aequo bono" nego po strogim i kompliciranim pravilima parničnog sudskog postupka.

6. Ocjena dokaza je svakako posljednja faza sučeva operativnog ("fizičkog") rada, ali ujedno i prva faza njegova intelektualnog razmišljanja o odluci koju će donijeti.

Ako se glede sučeve operativne slobode (kako smo prethodno naveli) zalažemo čak za njeno rigorozno ograničenje (posebno potrebno kada je riječ upravo o suđenju osnovom pravičnosti), za ocjenu dokaza priklanjamo se općem stavu o izrazitoj prednosti načela pune sučeve slobode napose u odnosu na moguća ograničenja elementima formalne istine ili bilo čime sličnim.²⁰

Doista sucu valja ostaviti slobodu da sam zaključuje što u sferi činjeničnog i pravnog razmišljanja znači npr. činjenica što tri svjedoka govore da je između parničnih stranaka novac bio dat kao zajam, a tri govore o darovanju; bilo bi - recimo - izrazito nefunkcionalno kada bi sudac pred sobom već imao postupovnu normu o tome da bezuvjetno mora vjerovati u neku tvrdnju samo ako nju potvrđuje

¹⁹ Triva - Belajec - Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986., str. 93.

²⁰ Triva - Belajec - Dika, *op. cit.*, str. 129-138.

većina svjedoka ili bi se čak tražio i neki poseban broj (tri, pet, sedam itd.) tih svjedoka. Sudac mora moći prihvatiti tezu o zajmu (ili o darovanju, sasvim svejedno) čak i ako od šest preslušanih svjedoka samo tri (ili samo dva) govore da je između stranaka u sporu bio uspostavljen jedan odnosno drugi pravni odnos. Naravno da - s aspekta donijete presude - sudac sam sebi "zagorčava" život kada prihvaća tvrdnju o zajmu kada od šest svjedoka četiri govore o darovanju, ali to je sučevo "pravo na rizik" koje on uspješno može opravdati i savladati jačom činjeničnom i pravnom argumentacijom donijete presude.

Pritom - kako je poznato - ni sudac ne može biti slobodan u apsolutnom smislu riječi. On mora vjerovati sadržaju javne isprave, mora uzimati kao istinito ono što je već pravomoćno presuđeno, mora poštivati zakonodavnu raspodjelu apsolutne nadležnosti itd. pa se u krajnjoj liniji sučevo pravo na slobodnu ocjenu dokaza predstavlja samo kao pravo na slobodno ocjenjivanje unutar datih postupovnih pravila. No, ograničenja u ovom pravcu nisu ni osobito brojna ni posebno jaka, pa se može reći da je prostor sučeva slobodnog ocjenjivanja dokaza dosta širok.

Sudac svoj sud o konkretnom raspravnom materijalu mora donositi po općim pravilima logike, psihologije i struke, ne baš kao "svaki običan čovjek", kako se svojevremeno svakako dobrohotno, ali ipak netočno, bio izrazio prof. Zuglia²¹, nego uz zahtjev povećanog poznavanja ovih disciplina; sudac - istina neće izravno odgovarati za štetu ako ne postupa namjerno ili iz krajnje nepažnje (čl. 67. Zakona o sudovima, N.N. 3/94.), ali je dužan o činjenicama odlučivati "na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno..." (čl. 8. ZPP-a) pa je taj pravni standard u ovoj zoni napose prikladan da izrazi stupanj profesionalne obveze suca.

Sučevo znanje logike, psihologije, stupanj njegove osobne inteligencije i sl. ne mogu se inače provjeravati, ali je moguće kontrolirati da li činjenični zaključci koje je on donio imaju svoje adekvatno logičko i životno pokriće.

Viši sud - međutim - zbog toga u načelu ne može preinačiti presudu nižeg suda (arg. iz čl. 373. ZPP-a) i to pravilo izražava stav da viši sud koji nije bio u "živom" kontaktu sa korištenim dokaznim sredstvima ne može sam ni izvoditi drugačije konkluzije o značenju tih dokaza; viši sud u takvoj situaciji može ili sam odrediti raspravu (st. 2. čl. 362.) i onda moći dati drugačiju valutaciju dokaza ili se zadovoljiti (samo) ukidanjem presude i vraćanjem predmeta nižem sudu na ponovno raspravljanje i postupanje. Naši sudovi u pravilu (gotovo i bez iznimke) primjenjuju ovo drugo rješenje.²²

²¹ S. Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1975., str. 103.

²² U trenutku dovršavanja ovoga rada inicirana je rasprava o izmjenama ZPP-a. Postoji - kako izgleda - suglasje da se drugostupanjska rasprava uopće ne prakticira, a zahtjevi da se praksa izmijeni, zapravo su više inzistiranja u pravcu da to bude drugostupanjska javna sjednica, a ne drugostupanjska rasprava. Sjednica suda drugog stupnja (sa strankama ili bez njih, sasvim svejedno) ne može višem sudu dati pravo da sam drugačije ocjenjuje dokaze koje je izveo sudac suda prvog stupnja.

Pri suđenju osnovom pravičnosti ista pitanja (i u materijalnopravnom i u postupovnopravnom smislu) postaju nekako "dramatičnija".

"Pravičnost" - i u pravilu (i kako smo već izložili) - ima dva oblika: činjenični i pravni. U prvom dijelu će npr. vještak sucu reći da je "pravična" samo kapara do 10% u odnosu na kupoprodajnu cijenu (pritom bi sucu morao i objasniti zašto stranka tako misli) a sudac će onda (vodeći računa i o svim drugim okolnostima, prije svega okolnostima samog konkretnog slučaja) reći da li takvo objašnjenje kao definitivno "pravično" prihvaća ili ne. Sudac nije vezan za ocjenu vještaka ali mora biti vezan profesionalnom obvezom da svoje odstupanje od toga posebno objasni.

Drugo je u neimovinskim sporovima (npr. naknade neimovinske štete). Tu (opet, barem u pravilu i po onome kako se uobičajeno sudi) naknada koja se traži, odnosno koja će se dosuditi, nije u izravnoj svezi sa nekim ekonomskim (novčanim, imovinskim) ekvivalentom pa se liječnika koji o odnosnim povredama vještači neće pitati koji bi iznos naknade bio "pravičan"; ako sud eventualno i to želi (a to - kako smo također prethodno izložili - može imati svog smisla), morao bi pitati ekonomistu, a ne liječnika, jer činjenična podloga pravičnosti nije ovdje u medicini nego u ekonomici.

Sudac može (bilo sam bilo provociran stranakama) koristiti više dokaznih sredstava (više svjedoka, više vještaka itd.) radi utvrđivanja "činjenične pravičnosti". Stajališta vještaka nisu "nalazi" nego "mišljenja" i to je ujedno mjesto za kritiku ZPP-a (st. 1. čl. 260.) koji "nalaz i mišljenje" određuje kao pojmove koji su neodvojivi jedan od drugog. U odštetnoj parnici radi naknade neimovinske štete jasno je - dosljedno tome - da medicinski vještak daje samo "nalaz" (o povredama, bolovima, strahu i sl.) a "mišljenje" o činjeničnoj pravičnosti novčanog iznosa koji se traži odnosno koji će se dosuditi sudac može ili tražiti od drugog vještaka (ekonomiste), koji neće davati "nalaz" nego samo "mišljenje", ili se pak zadovoljiti već eventualno standardiziranim pojmovima činjenične pravičnosti (što onda ekonomsko vještačenje čini suvišnim ili nepotrebnim).²³

7. Izložena analiza sadržaja suđenja osnovom pravičnosti, diskrecionog ovlaštenja suca u vođenju parničnog postupka i načela slobodne ocjene dokaza omogućuju - po našoj zaključnoj ocjeni - stav o njihovu povećanom značenju u postupku donošenja sudskih odluka, ali također i o tome da su ovi pojmovi međusobno povezani u mnogo većoj mjeri no što se obično misli.

Pitanje je napose složeno u onim sudskim sustavima gdje najviši sud ima samo kasacione ovlasti (M. Bove: *Decisione secondo equita' e ricorso alla cassazione*, *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano 1/1997.)

²³ Odredbe iz par. 403. i 407. njemačkog ZPO omogućuju sucu veću slobodu u traženju onoga što želi od vještaka (da li samo nalaz ili samo mišljenje ili i jedno i drugo) tako i Thomas/Putzo, op. cit., str. 715 i 722; slično je - čini se - i rješenje talijanskog postupovnog prava (par. 194. i 197. Zakonika o građanskom postupku, Capri - Taruffo, op. cit. st. 461-466.).

Neke uvodno izražene premise su većim dijelom potvrđene, neke pak nisu. Izrazito je npr. opovrgnuta teza da bi suđenje osnovom pravičnosti trebala pratiti "mekša" sudska procedura. Naprotiv, upravo je puna postupovna rigidnost uvjet da suđenje osnovom pravičnosti bude uistinu "pravično" u smislu donošenja zakonite odluke o osnovanosti postavljenog tužbenog zahtjeva i zahtjeva stranaka uopće.

"Pravičnost" je svakako pojam materijalnog prava i ne predstavlja u biti ništa drugo nego poseban oblik materijalnopravne norme. "Pravičnost" a ne "pravda", ne "Gerechtigkeit" nego "Billigkeit", ne "giustizia" nego "Equità; u užem smislu ne "zadovoljenje" (Genugtuung, soddisfazione) nego stav društvene zajednice o tome što je "pravično".

No, "pravičnost" ima i svoj "niži", činjenični oblik koji sucu pomaže da on sam definitivno kaže što je u konkretnoj stvari "pravično". U tom smislu zalažemo se za ograničenje sučeve "operativne slobode" (dakle, za smanjenje njegovih diskrecionih ovlaštenja u vođenju postupka), ali za zadržavanje (po mogućnosti i pojačavanje) njegova prava na slobodnu ocjenu izvedenih dokaza.

Dosljedni koncepciji o "pravičnosti" kao sastavnom dijelu materijalnog građanskog prava, zalažemo se napose za punu objavu izvora tog prava (sudskih presuda) jer je to uistinu jedini način da zainteresirani pravni subjekti saznaju sadržaj prava koja ih obvezuje. Stručno i znanstveno praćenje takvih sudskih odluka predstavljalo je nesumnjivo daljnji kvalitetni iskorak u navedenom pravcu, prema kojem - međutim - nismo još konzistentnije niti krenuli.

Suđenje osnovom pravičnosti objektivno je teže no "redovno" suđenje, gdje se unaprijed znade materijalnopravna norma prema kojoj će se određivati provođenje dokaza odnosno prema kojoj će se presuditi. Kad ima suditi po "pravičnosti", sudac počinje spor bez predodžbe o tome prema čemu će suditi; on tijekom parnice istovremeno i stvara normu i provodi dokaze prema toj još "kržljivo" formiranoj normi (normi "u nastajanju") i to je svakako situacija koja je za suđenje mnogo teža. Suđenje po pravičnosti koje bi se pretvorilo (i koje se - na žalost - često pretvara) u suđenje "od oka" ili "po nahodaženju" predstavlja potpunu degradaciju lijepih načela o međusobnoj povezanosti suđenja osnovom pravičnosti, diskrecionog ovlaštenja suca i načela slobodne ocjene dokaza.

Summary

EQUITY JURISDICTION, JUDICIAL DISCRETION & FREE ESTABLISHMENT OF EVIDENCE

The main purpose of the Article denotes several contact points between Substantive Civil Law & Law of Civil Procedure.

Personal dimension involves the respect towards Professor Đuro Vuković and professional (university teacher; judge) experience about unique approach as the best solution required for numerous questions from both segments of Civil Law.

However, the Article particularly covers the substantive segment of the

problem, while the Author's approach to the formal (civil) procedure indicates fundamental questions and their interference to equity jurisdiction (legal proceedings on the grounds of equity).

Ambivalent note not to be avoided: Professional career of lawyers, closely dedicated to Civil Law (theory & practice), starts and concludes supporting the equity; everything between remains in efforts to create "an ideal legal rule" & "material truth".

Key words: *equity, judicial discretion, free establishment of evidence, equity jurisdiction.*

Zusammenfassung

RICHTEN AUFGRUND DER VORSCHRIFTSMÄSSIGKEIT, DISKRETIONÄRE BEFUGNIS DES RICHTERS UND FREIE BEURTEILUNG DES BEWEISES

Die vorliegende Arbeit hat die Absicht, in einem Aufsatz einige „Berührungspunkte“ des materiellen und prozessualen Zivilrechts zu vereinen.

Wir fassen das als besondere Verpflichtung gegenüber Prof. Đuro Vuković auf, aber auch als Ausdruck eigenen Bedürfnisses und eigener Erfahrung (als Universitätslehrer und Richter), dass in vielen Fragen die Lösungen des einen sowie des anderem Teils des Zivilrechts in ihrer Einmaligkeit betrachtet werden müssen.

Die grösste Aufmerksamkeit wird jedoch der materiellrechtlichen Seite des Problems gewidmet, und hinsichtlich der formell-prozessualen begnügt sich der Autor damit, einige Grundfragen und ihre Beziehung zum Richten aufgrund der Vorschriftsmäßigkeit anzuschneiden. Dabei kann außerdem nicht eine ambivalente Bemerkung unterdrückt werden. Die Juristen, die sich genauer der Theorie und Praxis des bürgerlichen Rechts widmen, beginnen ihre professionelle Karriere und beenden sie, indem sie sich auf die Vorschriftsmässigkeit berufen. Alles, was dazwischen liegt, ist - so sieht es aus - ein unsinniges (und unnötiges) Bemühen, die „idealen Rechtsnormen“ bzw. die „materielle Wahrheit“ zu finden.

Schlüsselwörter: *Vorschriftsmässigkeit, diskretionäre Befugnis, Freibeweis, vorschriftsmässiges Richten.*

LEASING - OD OBLIKOVANJA EKONOMSKE PONUDE DO PRAVNOG OBUHVATA

Dr. sc. Srećko Jelinić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.453
339.187.6
Ur.: 8. rujna 1998.
Pr.: 21. rujna 1998.
Pregledni članak

Autor je predmetni rad podijelio u nekoliko cjelina. U uvodnim razmatranjima upućuje na potrebu i nužnost stalne promjene i osposobljavanja (gospodarskih) poduzetnika i promicanju njihove osposobljenosti za tržišnu utakmicu kojoj su stalno izloženi. Nužnost stalne promjene upućuje i na prihvaćanje brojnih novih oblika pravnih poslova (ugovora), među njima i lizinga. Duboka je gospodarska logika u prihvaćanju lizinga kao posla kojim se premošćuje nedostatak vlastitih sredstava u financiranju investicije ili omogućuje pribavljanje vrijednih, uglavnom, investicijskih dobara visoke vrijednosti i tehnologije. S tim u svezi autor izlaže o ekonomskoj svrhovitosti sklapanja lizing poslova. Ona je po autoru nedvojbeno. I stoga lizing posao, kao takav, više i nije potrebno posebno afirmirati - zaključuje autor.

Distinkcija lizinga od sličnih pravnih instituta klasičnog ugovornog prava predmetom je posebne obrade. Pri tomu pozornost je posvećena distinkcijama prema ugovoru o zakupu i ugovoru o prodaji. U mnogim primjerima lizing se pojavljuje kao prikrivena prodaja s osiguranjem vjerovnika upravo pomoću osobitosti lizing posla i stoga autor ovom daje naglasak. U stvarnosti se zamjećuje i pogrešno razumijevanje ovog posla, njegove biti i svrhovitosti, no unatoč tomu, ova vrst posla dobiva svoje pravo punog građanstva i u nas.

Zaključno se daju ocjene o pojedinim vrstama lizinga, posebno o financijskom i operativnom lizingu, napomene o lizingu u unutarnjem zakonodavstvu te konačna ocjena o budućnosti lizinga u nas. Autor iznosi gledište o uputnosti sastavljanja vodiča za sklapanje ugovora o lizingu, kao svojevrstnog pomoćnog sredstva u sklapanju ovih ugovora.

Ključne riječi: *suvremeni trgovački odnosi, pojava novih vrsta pravnih poslova, tipični i atipični neimenovani ugovori, lizing.*

They're all highly able, highly ruthless,
dedicated to the success of their business,
as I am dedicated to the success of mine."¹

I. Uvodna razmatranja

Promjena je događaj, ali prijelaz (tranzicija) je psihološki proces koji pojedinci proživljavaju prihvaćajući promjenu ili prilagođavajući joj se.² Mogućnost je jasno naznačena - prihvatiti promjenu ili joj se prilagoditi. Treću mogućnost - ostati takvima kakvi jesmo - spominjemo samo kao mogućnost, ali ne kao i preporučljivi izbor u ponašanju poduzetnika. Ogroman pritisak da se stalno ostvaruje profit traži od modernog menadžera³ usmjeravanje, između ostaloga, i na upravljanje u skladu s promjenljivom okolinom i zahtjevima konkurencije. Poslovanje u uvjetima naglih i brzih promjena zahtijeva davanje ažurnih odgovora na izazove okoline i stoga je upitna konstatacija "kako svaka promjena zahtijeva jako mnogo vremena."⁴ Dapače, skloni smo tezi kako u poslovanju vrijeme nije saveznik neodlučnih i uplašanih. Promjene treba provoditi brzo i u kratkom vremenu. Za neuspjeh ne treba okrivljavati gospodarski model, već često i poglavito vlastitu (ne)spособnost njegova provođenja i utjecanja na prilagođavanje organizacije.

U tako shvaćenoj gospodarskoj zbilji, pa i Hrvatske, u relativno kratkom vremenskom periodu preostaje nam asimilirati:

- nagomilanu suvremenu tehnologiju razvijenih zemalja (tehnološko osuvremenjivanje);
- savladati kapitalni "gap"⁵ prouzročen osiromašenjem poradi rata i ratnih razaranja, troškovima zbog poratne obnove, ali i destrukcijama u ranije investiranim kapitalima, što sve opterećuje ukupnu financijsku poziciju države;
- uspostaviti strukturni i organizacijski model hrvatskog gospodarstva na ustavnim osnovama poduzetničke i tržišne slobode,⁶ sve u cilju izgradnje konkurentski

¹ Tony Blair, British Prime Minister (predsjednik Vlade UK) - Svi su izuzetno sposobni, jednako tako nemilosrdni i okrutni, posvećeni samo uspjehu u svom "biznisu", baš kao što sam i ja posvećen svome. V Newsweek, Apr., 13,1998, str. 9... Izriječka u odnosu na medijske "mogule". Na ovom mjestu odnose riječi se citiraju u kontekstu oslikavanja poduzetnika i njegovog mjesta u svijetu "biznisa" kroz potrebu uvažavanja drugih, ali i vlastitog odnosa prema poslovnim aktivnostima. Uspjeti u "biznisu" je prije svega i iznad svega.

² Wiener, Andrew, Sveučilište Kentucky, USA, Upravljanje organizacijskim promjenama, u knjizi Furst, Richard i dr. Management u konkurentskoj svjetskoj ekonomiji, University of Kentucky USA i Ekonomski fakultet Zagreb, Pula, 1995., str. 30.

³ Važnost menadžmenta i kvalitetnih menadžera je neosporna za uspjeh svake organizacije. Sikavica, Pere, Menadžment u Hrvatskoj, Management u konkurentskoj svjetskoj ekonomiji..., str. 10.

⁴ Wiener, Andrew, o.c., str. 31.

⁵ "gap", engl. praznina.

⁶ Čl. 49. Ustava RH, 22.XII 1990., Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike.

sposobnog, živog i prilagodljivog, izdržljivog i prodornog gospodarstva Hrvatske i svakog njegova posebnog dijela, bilo jedinke (na razini pojedinog gospodarskog subjekta) ili interesne ili kakve druge grupacije poduzetnika;

- osposobiti sebe, na razini svakog poduzetnika, u traženju odgovora na izazove sadašnjosti i u budućnosti.

Dakako, navedeno je rečeno samo u kontekstu spoznaje nacionalnih ciljeva u globalnom okruženju, bez intencije da se na ovom mjestu i u ovom prostoru ulazi u analizu tekuće gospodarske problematike.

Vrijedne i plodonosne modele mišljenja i ponašanja na kojima se zasniva put do poslovnog uspjeha ili za premošćivanje zatečenih ili nastalih teškoća svatko može spoznati i iskoristiti za vlastit probitak.

Samo u pogledu lizinga, a u okviru ovoga - lizinga opreme, pravno i gospodarsko značenje ovoga posla je toliko očito svima koji su u svijetu uključeni u financijsko poslovanje i trgovačke poslove u širem smislu riječi⁷, tako da je gotovo i suvišno posebno iskazivati o gospodarskoj podlozi koja je uvjetovala pojavu i razvoj ovog pravnog posla u svijetu i u nas. Pri svemu ne smije se smetnuti s uma da riječi o očitom značenju posla lizinga (opreme) potječu iz 1980. godine, gotovo prije dvije decenije. S druge strane, tek uzgredno napominje se kako ova vrst ugovora "ne postoji" u samo dvije godine ranije promulgiranom Zakonu o obveznim odnosima, jer ga ovaj Zakon i ne regulira⁸; suprotno primjeru Francuske koja je donijela i poseban Zakon o leasingu 2. VII. 1966. godine⁹ ili Belgije, sa Zakonom o lizingu od 10. XI 1967. (po uzoru na francuski Zakon) ili više drugih zemalja u kojima se donijeti propisi posredno ili neposredno odnose na ovaj posao.

U novonastalim okolnostima ljudsku kreativnost i energiju treba usmjeravati i na spoznavanje svih tečevina gospodarskog života u svijetu i međunarodnog i komparativnog trgovačkog prava. U ovom kontekstu nalazimo opravdanje bavljenju lizingom, ma kako se ova tema, s jedne strane, i posebno iz rakursa već široko razvijene i bogate prakse u brojnim zemljama u svijetu, činila prevladanom, ali je

⁷ Coogan, Peter, *Leasing and the Uniform Commercial Code*, v. u knjizi *Equipment Leasing - Leveraged Leasing*, II izd., Practising Law Institute, 1980, USA, str. 686.

⁸ Ne samo zbog nepostojanja odredbi o lizingu u Zakonu o obveznim odnosima, već i iz brojnih drugih, autor ovog rada je svojevremeno iznio ocjenu kao je cit. Zakon primjer samo djelomične kodifikacije, posebno na području suvremenog ugovornog prava. V. Jelinić, S., *Zakon o obveznim odnosima i novi ugovori obveznog prava*, zbornik radova *Zakon o obveznim odnosima u praksi*, Narodne novine, Zagreb, 1988., str. 257, Jelinić, S., *Harmonizacija ugovornog prava i Zakon o obveznim odnosima*, zbornik radova *Zakon o obligacionim odnosima*, Pravni život, Beograd, 1988., I tom, str. 370-371.

⁹ Loi n. 66-455. Zakon je dopunjen Ordonansom od 28.IX 1967. (Ordonance n. 67-837). Koristi se termin *crédit bail* ili kreditni zakup. U Francuskoj je prvo lizing društvo osnovano još i ranije, 1962. godine (najpoznatija društva su bila - *Lo cafarance*, *Bail-équipement* i *Concorde Finance*, sa sjedištem u Parisu). Iste godine lizing društvo je osnovano i u Njemačkoj u Düsseldorfu. U USA prvo lizing društvo je osnovano deset godina ranije (1952. g.) pod nazivom *United States Leasing Corporation*, sa sjedištem u San Franciscu.

zato, s druge strane, u nas i te kako opravdano bavljenje upravo ovom i naznačenom temom. Samo uporedbe radi iznosi se podatak da se u Zbirci odluka hrvatskih trgovačkih sudova pod nazivom *Praxis Iuridica Mercatoria*, br. 1, lizing spominje samo jedanput u okviru rasprave o osiguranju stvari koja je data u lizing¹⁰, dok se u brojevima 2, 3 i 4 istih zbirki rješidbi ne pojavljuje ni jedan casus u svezi s lizingom! Iz ovoga se, dakako, ne može izvoditi zaključak kako se posao lizinga u domaćoj poslovnoj praksi nije udomaćio ili da je u nas nepoznat.

Pravni publicisti u nas, međutim, već zarana su pokazali zanimanje za ovaj pravni posao. Rezultat toga je i više iznimnih napisa i stručnih radova u raznim časopisima, koji su izlazili od 1972. godine pa nadalje. Kao početak ozbiljnije rasprave u nas o pitanjima lizinga neki označavaju rad profesora Lj. Rosenberga - *Pravni problemi leasinga i konstrukcija ugovora o leasingu* - objavljen u *Informatoru* br. 1847, Male stranice od 20.10.1971.g.¹¹ No, navedimo kako je u Opatiji 1971. godine održano i savjetovanje s temom o mogućnosti primjene lizinga.¹²

U novinskim napisima u svezi s aferom "Trend", Form, d.o.o. iz Višnje gore i "prodajom" vozila na kredit, sve temeljem "dogovora o vlaganju sredstev za pridobitev - dobavo - blaga po leasing pogojih -" u jednom našem dnevnom listu se pojavio proročanski i potpuno ispravan (pod)naslov - **"Afera Trend je donekle uzdrmla povjerenje ljudi koji su uplatili ili se spremaju uplatiti novac za automobile, ALI PO SVEMU SUDEĆI LEASING ĆE PREŽIVJETI I STEĆI PUNO PRAVO GRAĐANSTVA U NAŠEM GOSPODARSTVU."**¹³

U ime već stečenog prava građanstva poslova leasing i u nas, prednosti koje otvara, odlučujemo se i za nastavnu i sustavnu pravnu analizu. Interes je ovog rada proučavanje "lizinga", tog pravnog posla poznatog ne samo u američkom pravu već i u drugim pravnim sustavima. Gospodarska praksa je prihvatila uporabu ovog ugovora i termina, i to ne samo u unutarnjem već i u međunarodnom trgovačkom prometu. No, unatoč njegovoj rasprostranjenosti, ipak smo svjedoci razočaranja pojedinih sudionika, posebno iz naše ranije prakse. Takvo stanje nas dodatno navodi na obradu ovog pravnog posla.

¹⁰ Isp. cit. PIM, br. 1, Zagreb, 1994., Visoki trgovački sud RH, str. 88, casus 100.

¹¹ Prema Simić, P., *Leasing - ugovor o leasingu u inozemnom, međunarodnom i našem trgovačkom pravu*, Male strane informatora, *Informator*, br. 3654, Zagreb 15. 03. 1989.g.

¹² Suorganizator je bila tadašnja Visoka škola za vanjsku trgovinu iz Zagreba (kasnije uklopljena u Ekonomski fakultet u Zagrebu).

¹³ Nedjeljna Dalmacija, 28. X 1990., str. 7. Podsjetimo riječ je o g. Sandiju Grubeliću i njegovom poduzeću "Trend" iz Grosuplja u R. Sloveniji, koji se je obvezao isporučivati automobile građanima po sistemu lizinga i od njih primao određene uplate. Teškoće su se pojavile već s prvim odlaganjima isporuke automobila, a kasnije i potpunom obustavom isporuke. Uzimaoci automobila u lizing u većini slučajeva smatrali su kako sklapaju "ugovor o prodaji s obročnom isplatom cijene", te da su na "kupljenom" automobilu stekli pravo vlasništva.

2. O riječi "leasing"

Riječ "leasing" potječe iz engleskog govornog jezika, najčešće u značenju davanja u zakup zemljišta, kuće, stana drugome uz točno određenu naknadu, odnosno u značenju pisanog ugovora o ovomu.¹⁴ U izvornom korijenskom obliku prenijeta je i u druge jezike (npr. njemački, talijanski, španjolski), te je poslužila osnovicom za tvorbu drugih riječi, npr. ugovor o lizingu (engleski - leasing contract, njemački - Leasing-Vertrag, talijanski - contratto leasing) ili npr. tvrtke koja se bavi lizing poslovima (engleski - leasing company, njemački - Leasing Gessellschaft, talijanski - società di leasing, španjolski - sociedad de leasing), sve do brojnih drugih riječi. Zanimljivo je, dok se u francuskom jeziku za lizing koristi izraz "crédit - bail", za lizing tvrtku se koristi izraz société de leasing, a za ugovor contrat de leasing. Jednako tako riječ leasing se pojavljuje i za označavanje drugih pojmova - za onoga koji daje nešto u lizing (engl. lessor) - donneur de leasing, onoga koji uzima nešto u lizing (engl. lessee) - preneur de leasing. Zanimljivo je da je Federal Reserve Board u Sjedinjenim Američkim Državama objavio "Leasing Language", dakle "jezik lizinga", koji se koristi samo za lizing vozila, no s napomenom kako je dani rječnik namijenjen samo korisnicima, da isti obuhvaća popis pojmova koji se općenito razumiju, te da ne sadržava pravne definicije. Termini (izrazi) se mogu rabiti u različitim situacijama, dok se točna definicija, sa stajališta USA, može razlikovati između država, ali i prema poimanju odnosno riječi u saveznom zakonodavstvu. Pojmovnik sadržava 105 pojmova i određuje njihovo značenje¹⁵. Cilj je naznačavanja ovoga uputiti na stupanj razvijenosti, ali i na potreban oprez razumijevanja određenih riječi iz lizing poslova u međunarodnim poslovima (uglavnom se sklapaju na engleskom jeziku), pa i u unutarnjem trgovačkom prometu.

Sa stajališta hrvatskog jezika nekoliko je mogućnosti - u tekstovima (u pisanom obliku) koristiti izraz kako se piše izvorno na engleskom jeziku, tj. "leasing", ali i na način kako se ova riječ izgovara, tako što će se pisati jednostavno "lizing".¹⁶ Pokušaj da se pronade odgovarajuća riječ, izraz ili termin na hrvatskom jeziku ne može biti uspješan jer je riječ o pravnoj kreaciji i institutu specifičnog izvorišta u kojem je ovaj izraz i nastao, a potom prenijet i udomaćen u cijelom svijetu, i to gotovo s malim iznimkama u njegovu engleskom pisanom obliku i izričaju. Zamjena engleskog izraza "leasing", ili ispisano fonetski, tj. kako se izgovara "lizing", s riječju zakup također nema opravdanja, ovo unatoč nespornoj sličnosti lizinga s ovim ugovorom.¹⁷ Kada bi se lizing mogao poistovjetiti sa

¹⁴ Isp. npr. Saunders J., Mozley and Whiteley's Law Dictionary, Butterworths, London, 1970, ili The New Webster Encyclopedic Dictionary, Chicago, 1971, str. 484.

¹⁵ Isp. <http://www.bog.frb.us/pubs/leasing/glosary.htm>, 6.IV. 98. Riječ je o podatku i rječniku dobivenom putem interneta.

¹⁶ U novinskim i inim tekstovima zamjetljiv je pretežiti način pisanja kao u engleskom jeziku, tj. "leasing", dok se samo u ponekim slučajevima piše "lizing".

¹⁷ Doista, po mnogim svojim elementima lizing je po nizu svojih karakteristika sličan zakupu, međutim od zakupnog odnosa ga razlikuje **elemenat financiranja investicije**, kod čega i zbog čega

zakupom, tada bi se, sa stajališta unutarnjeg pravnog poretka sa zadovoljstvom moglo konstatirati kako je i lizing jedan od imenovanih kontrakata našeg obveznog prava s obzirom na činjenicu što je ugovor o zakupu reguliran u Zakonu o obveznim odnosima (isp. čl. 567.-599.).¹⁸ Sukladno tomu i u našoj relevantnoj pravnoj literaturi ugovor o lizingu ne uvrštava se među imenovane (nominantne) ugovore, već se uvrštava među tipične inominantne kontrakte, tj. one ugovore koji nisu regulirani zakonom što uređuje ugovorne odnose, s jedne strane, i one koji su u praksi toliko rašireni i u svom sadržaju ustaljeni da su dobili i svoje zasebno ime.¹⁹

3. O ekonomskoj svrhovitosti sklapanja lizing poslova

Okolnosti koje su dovele do razvoja ove vrste trgovačkog posla, najopćenitije izraženo, jesu potreba nabavke (investicijskih) dobara, ali umjesto klasične kupovine, s jedne strane, te traženja novih izvora za realizaciju namjeravanog (investicijskog) poduhvata, s druge strane. Stoga nije ni čudno što je upravo lizing sa svim svojim značajkama našao široku primjenu upravo u svim područjima investicijskih aktivnosti kao glavni ili alternativni način financiranja nabavke kapitalnih dobara visoke vrijednosti. **U osnovi svega leži nedostatak financijskih sredstava za uzimatelja stvari u lizing ili njegova poslovna odluka da eventualno slobodna sredstva ostavi slobodnima i usmjeri ih za druge poslovne aktivnosti**, a potrebu za određenim kapitalnim dobrima zadovolji u formi njihove nabavke lizingom. Konceptija lizinga u biti se osniva na shvaćanju da vlasništvo (nad dobrima, odnosno stvarima koje se uzimaju u lizing), i to bez obzira o kojim je stvarima riječ (da li o pokretnim ili nepokretnim investicijskim dobrima), nije osnovno i najznačajnije²⁰ sa stajališta priskrbliivanja njihove uporabne vrijednosti i gospodarskog iskorištavanja. Poduzetnik primarno želi steći pravo uporabe sredstva kojeg koristi u svojoj poslovnoj aktivnosti, dok je pitanje vlasništva nad istim sredstvom tek usputno. Uz stjecanje vlasništva mogu se vezivati čak i negativni učinci (ne samo odvajanjem sredstava za njihovu kupovinu i na taj način stjecanje vlasništva nad njima, već i kroz npr. vrlo otegotne uvjete kreditiranja, ako se iste stvari stječu u vlasništvo na osnovi kredita ili npr. u smanjenoj mogućnosti zamjene stvari novima zbog zastarijevanja kupljene opreme radi težnje da se nabavljena oprema u potpunosti amortizira njezinim korištenjem, ali i, često, nemogućnosti njezina otuđenja pod povoljnim uvjetima još dok traje njezin eksploatacijski period). Dakako, povoljnost lizinga ne treba promatrati samo i jedino sa stajališta uzimatelja stvari u lizing (engl.

sam ugovor dobiva niz svojih specifičnosti i zbog čega se ne može ni poistovjetiti sa samim ugovorom o zakupu kakvog priznaje klasično obvezno odnosno ugovorno pravo.

¹⁸ O razlici lizinga i zakupa, isp. ovaj rad - kasnije.

¹⁹ Isp. Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo - međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 14.

²⁰ Prema Spasić, I. *Ugovor o leasingu*, Beograd, 1990., str. 11.

lessee)²¹, odnosno njegove isplativosti u financiranju investicija. *Leasing dobiva sve više na značenju i u odnosu na klasične bankarske i slične kredite sa stajališta sigurnosti kreditora ili i proizvođača opreme u pronalaženju puta opremi do njezina potrošača ili korisnika.* Stoga i nije čudno što danas velik broj suvremenih proizvodnih ili na drugi način korisnih dobara, od industrijske opreme do automobila, od stanova do računarske opreme itd., svoj put do korisnika vrlo često nalazi njihovim pribavljanjem ili putem lizinga, odnosno isporukom i predajom na korištenje na osnovi lizinga.

U današnje vrijeme više nije potrebno afirmirati lizing. To potvrđuju, ponajviše kada su u pitanju automobili, svakodnevni oglasi s upućenim porukama riječima “želite nabaviti vozilo i time povećati Vašu likvidnost? Pravo rješenje je LEASING!”²² ili npr. “Od sada, vaš novi citroen i na leasing - Kupite i vozite.”²³ Potonje je svojevrsan primjer i u nas još uvijek prisutne terminološke zbrke i poistovjećivanja kupnje i uzimanja stvari u lizing²⁴.

4. O definiciji lizing posla i razlikovanju prema srodnim pravnim poslovima (ugovor o zakupu i ugovor o prodaji)

U prvom redu, potrebno je uputiti na **postojanje dvojakih definicija lizinga.** Jedna je *gospodarska (ili ekonomska)*, sa stajališta svrhovitosti ili gospodarskog cilja sklapanja ovog posla, dok je druga *pravna*, koja polazi od pravnih odrednica i karakteristika ugovora o lizingu.

S gospodarske točke gledišta lizing nije ništa drugo do jedan od novih oblika ekonomske suradnje iz koje je i nastala potreba za novom vrstom ugovora. Ugovori kao što su, pored “ugovora o lizingu”, npr. ugovor o franšizingu, ključ u ruke, “buy-back”, kontra-isporuke, akreditivi, razne vrste bankarskih garancija i mnogi drugi, primjerima su takvog razvoja.²⁵ Ocjena je da se lizing, u prvom redu, javlja kao **način financiranja nabavke²⁶ određene opreme bez angažiranja vlastitog kapitala ili tuđeg kapitala, koji bi bio stečen po osnovu kredita, sve poradi stjecanja prava korištenja odnosno opreme, u širem smislu riječi.**

Činjenično, korisnik lizinga obraća se davaocu lizinga (ekonomski on se pojavljuje kao financijer poduhvata), s njim sklapa ugovor o lizingu i na osnovi

²¹ Lessee - Uzimatelj stvari u lizing - Strana kojoj je stvar dana u lizing. Uzimatelj stvari u lizing je dužan vršiti predviđena novčana davanja kao i ispunjavati druge obveze iz ugovora o lizingu. Isp. cit. Leasing language.

²² V. npr. dnevnik Glas Slavonije, Osijek od 2.05.1998., str. 30.

²³ V. Jutarnji list, Zagreb od 30.04. i 1.05.1998., str. 42.

²⁴ V. i npr. Novi list, Rijeka od 6.05.1998.

²⁵ Vukmir, Branko, Ugovori o zajedničkim ulaganjima, Informator, Zagreb, 1994., str. 1.

²⁶ O lizingu i njegovoj isplativosti u financiranju investicija v. Deželjin, J., Leasing i njegova isplativost u financiranju investicija, Računovodstvo i financije, listopad, 1993., str. 2 i sl.

ugovora stječe pravo ekonomske uporabe (iskorištavanja) predmetne opreme. Obveza korisnika lizinga utvrđuje se u plaćanju lizing naknade.

Bilo koja ili kakva ekonomska definicija lizinga ne može u potpunosti definirati lizing, jer zavisi od toga da li se lizing promatra kao metod financiranja nabavke određenih dobara ili opreme, kao oblik kreditnog odnosa ili sl.

Jednako tako problemi nastaju i u svezi s određenjem pravne definicije. S obzirom na različite vrste ugovora o lizingu teško je ujediniti sve njihove zajedničke karakteristike u jednu jedinu cjelovitu i sveobuhvatnu definiciju.

Razumljivo je što u našem pravu nemamo pravnu definiciju ugovora o lizingu jer riječ je o neimenovanom kontraktu našeg ugovornog prava.²⁷

Prof. Lj. Rozenberg definira lizing kao metodu financiranja nabavke pokretnih i nepokretnih investicijskih dobara, koja se, na temelju posebnog konstruiranog ugovora, daju na korištenje uzimatelju lizinga uz određenu naknadu i na ugovorom određeno vrijeme, tako da se ta dobra mogu s tim jednim uzimateljem amortizirati u periodu trajanja lizinga.²⁸ Istina, izložena definicija obiluje ekonomskim pokazateljima (metod financiranja, amortizacija), koji ne mogu biti parametrima za određivanje jedne pravne definicije.

Multilateralna međunarodna konvencija o međunarodnom financijskom lizingu donijeta na diplomatskoj konferenciji u Ottavi u Kanadi 1988. godine²⁹, u čl. 1 regulira **financijski lizing** kao transakciju u kojoj jedna strana (davalac lizinga), na osnovi specifikacije druge strane (korisnika lizinga) sklapa ugovor (ugovor o isporuci) s trećom stranom (isporučiteljem), a na osnovi kojega davalac lizinga nabavlja opremu pod uvjetima koje je odredio korisnik i zaključuje ugovor o lizingu s korisnikom lizinga, prenoseći na njega pravo da koristi ovu opremu u zamjenu za plaćanje (lizing) naknade³⁰. Očito riječ je o posebnoj lizing transakciji s tri sudionika -

²⁷ Sa stajališta zakonodavne tehnike vrijedno je primijetiti kako naš Zakon o obveznim odnosima za sve posebne (imenovane) ugovore, koje normativno obuhvaća (30), a nije ih mnogo u odnosu na broj tipiziranih ugovora koji se u poslovnom životu javljaju, u pravilu već u prvoj odredbi daje i njihovo pojmovno određenje. Zasiurno bi to bilo i u slučaju ugovora o leasingu kada bi ovaj ugovor bio normativno obuhvaćen u ZOO.

²⁸ V. Rozenberg, Lj., *Pravni problemi lizinga, Savjetovanje...Opatija*, 1971., str. 14.

²⁹ *The Unidroit Convention on International Financial Leasing*. O radu na međunarodnoj unifikaciji prava o financijskom lizingu isp. rad - Ljerka Mintas-Hodak, *Nova konvencija o međunarodnom financijskom lizingu i pomorsko pravo, Usporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja*, Zagreb, 1988., br. 3-4 (119-120), str. 193 i sl.

³⁰ This Convention governs a financial leasing transaction as described in paragraph 2 in which one party (lessor),

- a) on the specifications of another party (**the lessee**) enters into an agreement (**the supply agreement**) with a **third party (the supplier)** under which the lessor acquires plant, capital goods or other equipment (the equipment) on terms approved by the lessee so far as they concern its interests, and
- b) enters into an agreement (**the leasing agreement**) with the lessee, granting to the lessee the right to use the equipment in return for the payment of rentals.

Iz ove definicija pojma financijskog lizinga, kako je sadržan u cit. Konvenciji, uočljivo je i što se smatra predmetom lizinga.

davaoцем opreme u lizing, isporučiteljem opreme i korisnikom lizinga, no i ovdje, makar je riječ o pravnom propisu, izostaje potpunije definiranje samog lizing ugovora (iako je to samo ugovor o financijskom lizingu). Naime, pravna definicija polazi od širih prava i obveza ugovornih stranaka, što ovdje nije slučaj. Osim toga, odnosi se samo na jednu vrstu lizinga.³¹

Susrećemo i jednu relativno široku opću definiciju ugovora o lizingu, prema kojoj je riječ o takvom ugovoru "kod kojeg jedna strana ili davalac lizinga daje na korištenje predmet lizing posla drugoj strani - korisniku lizinga, prenoseći na njega pravo korištenja odnosno predmeta za odgovarajuće vrijeme, dok se korisnik lizinga ekonomski iskorištavajući opremu u ugovorenom vremenu obvezuje davaocu lizinga platiti lizing naknadu. Protekom roka trajanja lizinga korisnik lizinga ili vraća opremu (predmet lizinga) ili produžava lizing ugovor za naredni period, obično uz umanjenu naknadu, ili pak otkupljuje opremu."³²

Pojmom financijskog lizinga bave se i drugi autori,³³ dok izostaje opća definicija ugovora o lizingu. Razlog je tomu, po nama, osebujan, različit i bogat sadržaj ugovora o lizingu što svakom ugovoru u praksi može dati posebno pojmovno određenje. Stoga smo i zastupnici teze kako se radi o ugovoru *sui generis*, koji sadrži elemente više drugih ugovora.

*Pravna kvalifikacija i pojmovno određenje ovisi o ugovornom sadržaju, no bez obzira da li on u sebi nosi pretežite elemente zakupa ili prodaje ili prodaje s pridržajem prava vlasništva ili prodaje na kredit i dr., mješoviti supstrat je dovoljna osnova zaključku kako je riječ o ugovoru sui generis.*³⁴

a/ Lizing i ugovor o zakupu

Brojni su pravni pisci koji ugovoru o lizingu daju kvalifikaciju zakupa, odnosno posebne vrste zakupa.³⁵ Jedan je pisac, čak štoviše, u svom stajalištu kategoričan - to je zakup. Predmet tog zakupa čine oprema, sprave - alatke ili nepokretna dobra. Stvari koje čine predmet zakupa su pribavljene radi davanja u zakup (lizing). Zakupac ima pravo upotrebljavati stvari za vrijeme trajanja zakupa. Zakupac je za to obvezan plaćati zakupninu. Zakupac ima pravo pribaviti stvar koja je predmet zakupa po odgovarajućoj cijeni, uzimajući u obzir uplate izvršene za vrijeme zakupnine. Pojednostavljeno i sažeto rečeno, prema istom piscu, lizing je zakup s pravom otkupa zakupljene stvari.³⁶

³¹ Istina, čest je slučaj utvrđivanja definicije lizinga upravo prema financijskom lizingu.

³² Spasić, I. Ugovor o leasingu, Beograd, 1990., str. 40.

³³ Tako npr. v. Marušić, Sofija, Pravni aspekti financijskog lizinga, Privreda i pravo, br. 11-12, 1983., str. 36 i sl.

³⁴ Tako npr. i Berden, A., Pogodba o leasingu (pojem, definicija in pravna narava), Pravnik, številka 7-9, 1977., str. 232. i dr.

³⁵ V. Marušić, S., *ibid.*, str. 45, bilješka 36.

³⁶ Isp. Vučetić, V., Mogućnost primjene lizinga, Informator 3212 od 19.12.1984., str. 19.

Sličnost lizinga sa zakupom upućuje na potrebu posebnog naglašavanja razlika, onoga što ova dva ugovora, od kojih je jedan imenovani ugovor našeg obveznog prava, dok je drugi neimenovani, ali tipični ugovor, razdvaja u dvije posebne vrste ugovora. Pravna kvalifikacija sama sebi nije svrhom, no dobiva na značenju u prosuđivanju prava i obveza stranaka iz ugovora i uopće u njegovu pravnom tretmanu i širem obuhvatu.

Ugovor o zakupu je takav ugovor kojim se jedna strana (zakupodavac) obvezuje drugoj strani (zakupoprincu) predati određenu stvar na uporabu, a ovaj se obvezuje za to platiti određenu zakupninu. Uporaba obuhvaća i uživanje stvari (pribiranje plodova), ako nije drukčije ugovoreno ili uobičajeno.³⁷

Temeljna sličnost zakupa i lizinga, sastojeca u predaji određene stvari na korištenje za određeno vrijeme, zajedno s nekim drugim sličnostima, posebno u svezi s obvezama zakupoprince, odnosno uzimaoca stvari u lizing glede plaćanja odgovarajuće naknade, čuvanja primljene stvari s dužnom pozornošću itd., upućuje na poistovjećivanje ovih dvaju ugovora, što međutim, nije točno ima li se u vidu brojne specifičnosti koje ima lizing.

Između zakupa i lizinga sličnost je u osnovi, ali je razlika u pojedinostima koje se vezuju uz lizing, i to bez obzira da li je riječ o operativnom ili financijskom lizingu.³⁸ Istina, iznose se i gledišta prema kojima je operativni lizing po svojoj pravnoj prirodi zapravo ugovor o zakupu,³⁹ no ovo samo pod pretpostavkom da se zanemare brojne specifičnosti koje ovi ugovori (o operativnom lizingu) također pokazuju u praksi. One se tiču forme u kojoj se ovi ugovori redovito sklapaju (ugovori o zakupu su neformalni ugovori, ugovori o lizingu, u pravilu, formalni i sklapaju se u pisanom obliku). Pri lizingu su stvari uglavnom namijenjene profesionalnom korištenju, a kod zakupa individualnom (ovaj je argument sve manje točan s obzirom na sve češću pojavu sklapanja ugovora o lizingu s namjenom za individualno korištenje stvari⁴⁰). Nakon isteka trajanja zakupa ne pretpostavlja se mogućnost kupovine predmeta zakupa, kod lizinga vrlo često se korisniku lizinga ostavlja mogućnost kupovine predmeta lizinga (dakako, ova mogućnost treba biti posebno unijeta u ugovor o lizingu). Osim toga, neke klauzule karakteristične su samo za ugovore o lizingu (npr. o rizicima propasti ili oštećenja⁴¹, opreme dane u

³⁷ Isp. čl. 567 Zakona o obveznim odnosima (1978), 1991. Na ovom mjestu posebno se upućuje na distinkciju između zakupa i najma, kao zakupu srodnog instituta civilnog prava. ZOO ne regulira ugovor o najmu. Osnovna značajka najma je davanje stvari na uporabu bez ubiranja plodova, a ne korištenje stvari kao kod zakupa.

³⁸ Poblize o ovim dvjema vrstama lizinga naknadno.

³⁹ V. Spasić, I., o.c., str. 101, koja ovo navodi kao stajalište pravne teorije(?), dok i sama nešto kasnije u istom djelu izrečeno gledište ublažava time što operativni lizing po njegovim osobitostima stavlja između zakupa i financijskog lizinga.

⁴⁰ npr. lizing vezan uz osobne automobile.

⁴¹ Kod ugovora o zakupu zakupodavac je dužan održavati stvar u ispravnom stanju za trajanja zakupa i radi toga obavljati potrebne popravke na njoj (isp. čl. 570 st. 1. ZOO) i on snosi rizik slučajne propasti ili oštećenja predmetne stvari. Pri lizingu rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari redovito se prebacuje na uzimaoca stvari u lizing, osim kod operativnog lizinga.

lizing, klauzule o opciji kupnje po isteku trajanja lizinga, o održavanju opreme, o davanju u podlizing itd.).

Bez prejudica za konačnu prosudbu o (ne)sličnosti zakupa i lizinga želimo istaknuti svu štetnost paušalnog zaključivanja i zaključivanja unaprijed, bez uvida u konkretne sporazume jedne i druge vrste. Tek potom moći će se prosuditi o stupnju sličnosti, ali bez mogućnosti nijekanja kako se ipak radi o dvije vrste pravnih poslova. To dolazi do izražaja i u engleskoj terminologiji u kojoj se termin "lease" upotrebljava za označavanje zakupa, a termin "leasing" za poseban oblik stjecanja prava korištenja kroz poseban instrument financiranja ovog poduhvata.

b/ Lizing i ugovor o prodaji

Raspravljati o lizingu znači pitati se i o odnosu ovog posla prema ugovoru o prodaji, ovo posebno stoga što se u praksi lizing doživljava kao svojevrsna kupnja prisvajanjem ekonomskih učinaka korištenja predmeta lizinga (opreme, automobila i sl.), i to od uzimaoca stvari u lizing. Približavanje lizinga, posebno prodaji sa zadržavanjem prava vlasništva (isp. čl. 540.-541. ZOO), osobito u slučaju kada postoji opcija kupnje u ugovoru o lizingu, pa i prodaji s obročnim otplatama cijene (isp. čl. 542.-551. ZOO) zaslužuje poseban osvrt, a da se i ne govori o tomu da se zaključivanjem fiktivnih lizing ugovora u stvari prikrivala prodaja. Ponekad se ovo znalo činiti zbog korištenja poreskih i carinskih olakšica ili deviznih propisa ili izbjegavanja velikih poreskih davanja vezanih uz prodaju, odnosno kada se na stjecatelja stvari prenosi pravo vlasništva ili uz tretiranje robe koja se uzima na lizing pri uvozu (da li će se odnosna roba npr. tretirati kao privremeni uvoz ili ne, kako je s određenjem poreske osnovice itd.).

Bit prodaje je u prijenosu prava vlasništva s jedne osobe (prodavatelja), na drugu osobu (kupca). Pri ugovoru o lizingu ne prenosi se vlasništvo. Korisnik lizinga je zainteresiran ne za vlasništvo, već za pravo korištenja stvari ili opreme koja se daje u lizing. Upravo navedena razlika određuje razlog sklapanja jednog ili drugog ugovora (ugovora o prodaji ili ugovora o lizingu). Istina, priznaje se kako u praksi ovu razliku nije uvijek jednostavno i zamijetiti.

Kod prodaje sa zadržanjem prava vlasništva (lat. *pactum reservati dominii*)⁴² prodavatelj zadržava pravo vlasništva dok kupac ne isplati cijenu u potpunosti.⁴³ Ne postoji sličnost između ovog ugovora i ugovora o lizingu, osim u slučaju kada je u ugovoru o lizingu predviđena mogućnost kupovine stvari ili opreme predane u lizing.⁴⁴ No, međutim, i u slučaju lizinga s opcijom kupovine korisnik stvari može postati njezinom vlasnikom tek odabirom ove mogućnosti (ostale mogućnosti su, u pravilu, ili nastavljanje lizing odnosa produženjem lizinga ili vraćanje stvari i prekid ovog odnosa). Njezinim odabirom, tj. odabirom opcije kupovine stvar prelazi u

⁴² eng. i u USA termin "conditional sale".

⁴³ Isp. čl. 541 st.1. ZOO.

⁴⁴ Upravo je često ugovaranje ove opcije.

vlasništvo njezinog dotadašnjeg korisnika (uzimaoca stvari u lizing), baš kao i kod prodaje sa zadržavanjem prava vlasništva. Da li ćemo određeni ugovorni odnos tretirati na jedan ili drugi način zavisi od procjene svih danih okolnosti, na što upućuje i odredba iz čl. 99. st. 2. ZOO o tumačenju ugovora. Naime, pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrijebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku namjeru ugovaratelja, dakle, što su ugovorne stranke doista sklapanjem ugovora htjele.

Pri prodaji s obročnim otplatama cijene (kreditne prodaje) bit pravnog posla se nalazi u prijenosu prava vlasništva, i to samim sklapanjem ugovora, za razliku od ugovora o lizingu, čije je sklapanje sasvim druga svrha, cilj i razlog. Sličnost jednog i drugog ugovora nalazi se samo u činjenici povremenog plaćanja dužnog iznosa, no dok je u jednom slučaju riječ o otplati cijene, u drugom slučaju nije riječ o otplati cijene, već o plaćanju lizing naknade. Konačno, relevantan je i trenutak stjecanja vlasništva nad predmetnom stvari, jer pri prodaji na otplatu vlasništvo se stječe sklapanjem ugovora i predajom stvari, dok u lizing ugovoru se uopće ne radi o stjecanju prava vlasništva. Posebno je pitanje što se ponekad lizing naknada može uračunati u otplatu vrijednosti stvari kod iskorištenja opcije kupnje stvari predate u lizing.

Pravo vlasništva je potrebno odvajati od prava korištenja, s ocjenom da li davalac stvari zadržava pravo vlasništva ili ne. Ukoliko on zadržava pravo vlasništva, to može činiti radi osiguranja svojih interesa. Ovo je osobito važno procjenjivati (kada i o kojoj je vrsti pravnog posla riječ, te da li je došlo do prijenosa prava vlasništva ili nije) u trgovačkom svijetu, u prvom redu, i poradi protivljenja stečajnim vjerovnicima nad stečajnim dužnikom kod koga se predmetna stvar nalazila i na ekonomskom iskorištavanju.

Već i ove napomene upućuju na to da su teorijske pretpostavke o prirodi pravnog odnosa koji se uspostavlja vrlo složene, te da u odnosu na stvarnost mogu prouzročiti i te kako radikalne posljedice.

Kao i uvijek u gospodarstvu centralni problem je problem sačinjavanja takvog ugovora koji će omogućiti vođenje namjeravane ekonomske aktivnosti uz najveći poduzetnički profit, odnosno uklanjanje svih onih troškova koji su zavisni od pravnog pogleda ili tretiranja sklopljenog pravnog posla.

5. Vrste lizinga

U suvremenom trgovačkom životu lizing se pojavljuje u više oblika. S tim u svezi navodi se nekoliko kriterija klasifikacije i to:

- a/ prema položaju i ulozi davaoca lizinga
- b/ prema dužini trajanja lizinga (kratkoročni do 3 godine, srednjoročni od 3-7 godina i dugoročni preko 7 godina)
- c/ prema opsegu i vrstama obveza korisnika i davaoca lizinga
- d/ prema kriteriju mogućnosti odnosno nemogućnosti otkaza ugovora kroz određeno vrijeme i drugim kriterijima

e/ prema predmetu lizinga.⁴⁵

Prema prvom kriterijumu razlikuju se **direktni i indirektni lizing, odnosno izravni ili neizravni lizing**, već prema tomu da li su u cijeli posao uključene samo dvije stranke ili je uključena i treća stranka. Naime, kod direktnog ili izravnog lizinga davatelj lizinga je istovremeno i proizvođač predmeta lizinga. Nasuprot tomu, kod indirektnog ili neizravnog lizinga postoji višestrani (točnije - trostrani) ugovorni odnos, i to, s jedne strane, između proizvođača stroja, opreme itd. i davaoca lizinga i, drugi ugovorni odnos, između davaoca lizinga i korisnika lizinga, tj. onoga koji uzima odnosni stroj ili opremu u lizing, ali i ugovorni odnos između proizvođača i korisnika lizinga, jer budući korisnik lizinga odlazi neposredno k proizvođaču stroja, opreme i drugog, već prema tomu što će biti predmetom lizinga, i isti izabire. Između korisnika lizinga i proizvođača mogu biti dogovoreni i posebni uglavci glede brige o održavanju predmeta lizinga u garantnom i izvangarantnom roku, otklanjanju nedostataka i sl. čime se od ovoga strogo odvaja samo financiranje nabavke lizing opreme.

Indirektni ili neizravni lizing često se naziva još i terminom **financijski lizing**, s obzirom na uključenost posla financiranja izrade i nabavke predmeta lizinga od strane treće osobe u odnosu na proizvođača predmeta lizinga. Po mnogim autorima indirektni lizing je jedini pravni oblik lizinga.⁴⁶

Samo po sebi se podrazumijeva, kako je kod direktnog lizinga proizvođač stroja ili opreme ujedno i davatelj u lizing, tj. stranka iz ugovora o lizingu, mora osigurati i potrebna financijska sredstva za proizvodnju svega što je predmetom lizinga, i to bez obzira na koji način će odnosna sredstva biti priskrbljena - da li iz vlastitih sredstava ili temeljem kredita. Financiranje cjelokupnog posla, proizvodnje i za svo vrijeme trajanja lizinga zahtijeva značajna materijalna sredstva, već prema tomu što je predmetom lizinga. Davalac lizinga je ujedno i financijer cjelokupnog lizing posla i proizvodnje. Dakako da je ugovorni odnos u ovom slučaju jednostavniji (jer uključuje samo dvije strane), dok se kod indirektnog ili neizravnog lizinga uspostavlja višestrani pravni odnos. Mora se dodati kako je pri direktnom lizingu često izražen problem osiguravanja potrebnih sredstava za proizvodnju

⁴⁵ Ovaj kriterij podjele u biti i ne upućuje na posebne vrste lizinga, dok se prema njemu naglašeno izdvajaju određene vrste lizinga koje su se u poslovnoj praksi standardizirale (npr. lizing industrijske opreme, lizing automobila, zrakoplova, brodova, lizing zgrada, zemljišta, stanova, kompjutora i dr). Kod lizinga automobila treba uputiti na razliku od rent-a-car posla. Naime, kod lizinga automobila redovito je u pitanju po svojoj prirodi financijski lizing s osnovnim rokom trajanja lizinga, koji se ne može otkazati, troškove i rizike u svezi s korištenjem predmeta lizinga (tzv. rizik vlasništva) snosi korisnik; rok trajanja lizinga se uglavnom podudara s ekonomskim vijekom uporabe i trajanja predmeta lizinga, a ukoliko to nije slučaj, nastavno se sklapa novi ugovor o lizingu, također s fiksnim vremenom trajanja, ali uz povoljnije uvjete (manju naknadu). Rizik zastarjelosti opreme snosi davalac lizinga. On u pravilu snosi održavanje opreme i osiguranje, prebacujući ove troškove na korisnika ili uzimaoca stvari u lizing uključujući ih u visinu lizing naknade. Ovakav lizing se često označava i kao "maintanance" (od engl. riječi u značenju održavanje) ili "service" lizing.

⁴⁶ Prema Spajić, o.c. str. 43.

predmeta lizinga i njegovo davanje u lizing kroz određeno vrijeme, zbog čega nije rijetka situacija da se ipak u cijeli posao posredno uključuje neka financijska organizacija na neki način.

U pravnoj se teoriji raspravlja da li svi ugovori koji se sklapaju pri indirektnom lizingu čine jednu jedinstvenu cjelinu. Odričemo da se radi o jednom poslu, već o različitim pravnim poslovima - ugovoru o prodaji, ugovoru o lizingu i eventualno ugovoru o izradi onoga što će biti predmetom lizinga. Sva tri ova ugovora usmjerena su k postizavanju i realizaciji jedne te iste svrhe - pribavljanju korištenja predmeta lizinga. Oni imaju mnogo dodirnih točaka, ali riječ je o odvojenim pravnim poslovima.

O financijskom lizingu govori se u još jednom značenju - isticanju razlike prema tzv. **operativnom lizingu**. Temeljna razlika između ove dvije vrste lizinga tiče se dužine trajanja ugovora, ali sa stajališta mogućnosti jednostranog otkaza, zatim u pogledu snošenja rizika zastarjelosti predmeta lizinga, troškova osiguranja, održavanja, popravaka. Kod financijskog lizinga ugovoreno vrijeme trajanja lizinga je duže, predmet lizinga održava korisnik ili uzimalac stvari u lizing, davalac stvari u lizing nastoji predmet lizinga za vrijeme trajanja lizinga u cijelosti, ili barem u pretežitom dijelu, amortizirati itd.

Imajući upravo u vidu značajke operativnog lizinga, ocjenjuje se da se ova vrst lizinga u najvećoj mjeri približava zakupu. Naime, pri operativnom lizingu uzimatelj opreme u lizing može ugovor otkazati sukladno ugovornim odredbama, no trajanje lizinga (ugovora) u pravilu je znatno kraće od vremena ekonomskog korištenja predmeta lizinga. Stoga se ovi ugovori često nazivaju i engl. terminom "non full pay out contract", s obzirom da se predmet lizinga kroz vrijeme trajanja lizinga samo djelomično amortizira. Lizing naknada po jednom ugovoru u pravilu je znatno niža od vrijednosti predmeta lizinga. Davalac lizinga, kod operativnog lizinga, redovito održava predmet lizinga, servisira ga, snosi rizik eventualne propasti predmeta lizinga. Stoga sam sklapa ugovor o osiguranju vlastitog interesa na predmetu lizinga, nerijetko obučava korisnika lizinga u iskorištavanju predmeta lizinga. Imajući sve ovo u vidu, operativni lizing se upućuje kao prihvatljiviji i povoljniji lizing sa stajališta uzimaoca stvari u lizing, no ne smije se zaboraviti kako sve ove obveze davaoca stvari u lizing nalaze svoj odraz i u naknadi koju uzimalac lizinga plaća davaocu lizinga. Mogućnost ranijeg otkaza ugovora, ako i kada je predviđena, nesumnjiva je pogodnost sa stajališta uzimaoca lizinga, dok davaoca lizinga dovodi u položaj da, nerijetko, ne može u cijelosti pokriti uloženu investiciju u nabavu predmeta lizinga; ovo s obzirom na prestanak lizinga prije negoli je došlo do potpune ili približno potpune amortizacije predmeta lizinga. Financijskim lizingom i ugovaranjem bazičnog roka trajanja lizinga za kojeg trajanje lizinga nije moguće otkazati, davatelj lizinga stječe određenu povoljnost i prednost u amortizaciji predmeta lizinga.

S pravom se ističe kako kriterij otkazivosti ili neotkazivosti ugovora o lizingu kroz određeno vrijeme ne može biti jedinim i dostatnim kriterijem za razlikovanje

operativnog od financijskog lizinga,⁴⁷ već je to samo jedan od upućujućih kriterija kakva je vrsta lizinga.

Konačnu, potpunu i mjerodavnu ocjenu kakva je vrsta lizinga, moći će se donijeti tek potpunom analizom svih ugovornih odredbi o pravima i obvezama i položaju ugovornih stranaka.

Posebnu pozornost s gospodarske točke gledišta zaslužuje **lizing opreme ili tzv. equipment leasing**. Ponovljeno se naglašava kako se u biti i ne radi o posebnoj vrsti lizinga, jednako kao što ni npr. lizing automobila ne predstavlja posebnu vrstu lizinga. Posebno je pitanje što se kod lizinga određenih stvari, predmeta, češće javljaju određene klauzule koje sam lizing svrstavaju u određene vrste (financijski, operativni i sl). Lizing opreme je u našim prostorima često bio korišten (pretpostavljamo da će se to i nastaviti) u naporima tehničkog i tehnološkog osuvremenjivanja proizvodnje, povećanja rentabilnosti u poslovanju, povećanja proizvodnosti itd.⁴⁸

Kao specifičan oblik prevladavanja poteškoća u poslovanju i nedostatka financijskih sredstava pokazuje se tzv. "**sale and lease back**". Ovaj termin ili vrsta lizinga i ne određuje se nazivom na hrvatskom jeziku, jednostavno zbog njegove dosadašnje univerzalne primjene i razumijevanja, pa čak i kod nas. U tijeku ekonomskog posla sklapanju ugovora o lizingu od strane korisnika ili uzimaoca stvari u lizing prethodi prodaja predmeta koji će se potom uzeti u lizing. Prodavatelj stvari (isti se kasnije pojavljuje kao korisnik iste stvari, ali u lizingu) na taj način pribavlja potrebna financijska sredstva i nastavlja sa svojim poslovanjem gotovo na nepromijenjen način. Jedino što je došlo do promjene vlasnika nad stvarima koje će se uzeti u lizing.

U poslovnoj praksi susreću se i druge vrste lizinga, uglavnom s engleskim nazivljem kao npr. **revolving leasing**⁴⁹ ili npr. **leasing with option to purchase**.⁵⁰

6. Lizing i unutarnje zakonodavstvo

Posebna su pitanja pravnog tretiranja lizinga u unutarnjem trgovačkom prometu i u vanjskotrgovačkom prometu sa stajališta poreskog tretiranja, tretmana sa stajališta obračuna amortizacije i dr. i osobito carinskog tretmana prigodom uvoza opreme koja se uzima na lizing.⁵¹

⁴⁷ Tako, Spasić, o.c. str. 48.

⁴⁸ Sporovi su nastajali u slučajevima kada je oprema koja je uzeta u lizing bila uništena ili oštećena zbog ratnih operacija na našem području, poradi realizacije bankarskih garancija izdatih u korist davaoca stvari u lizing itd.

⁴⁹ Ugovorom se ustanovljuje obveza sklapanja novog ugovora o lizingu, često uz mogućnost zamjene predmeta lizinga s novim, boljim, suvremenijim i sl. (često kod automobila).

⁵⁰ Lizing ugovor kojim korisnik lizinga ugovara mogućnost otkupa predmeta lizinga po isteku vremena trajanja lizinga.

⁵¹ U tom smislu upućuje se na odgovarajuće odredbe Carinskog zakona (v. Narodne novine br.

Ne upuštajući se u detaljnu analizu relevantnih odredbi, neka je dopušteno zaključiti kako se upravo temeljem sveukupne ocjene relevantnih odredbi može izvesti zaključak o općem odnosu prema obavljanju gospodarske aktivnosti na osnovama lizinga. U uvjetima nedovoljne industrijske razvijenosti, relativne tehničke i tehnološke zastarjelosti pravnim odrednicama treba stimulirati tehničko i tehnološko osuvremenjivanje na osnovama lizinga. Dodatni razlog svakako je i nedovoljna kapitalna (financijska) snaga ukupnog gospodarstva, koja dodatno otežava nabavku opreme bez ozbiljnih kreditnih zaduženja.

7. I zaključno

Davaoci opreme u lizing, a pri financijskom lizingu oni se javljaju i kao financijeri cjelokupnog poduhvata, često su, i s obzirom na okolnost da se ovim poslom redovito i organizirano bave, u prigodi unaprijed sačinjavati tipske ili adhezijske obrasce ugovora o lizingu, dakako predviđajući takve klauzule kojima isključuju ili ograničavaju svoju odgovornost i obveze, s jedne strane, odnosno namećući ih drugoj strani (uzimaocu stvari u lizing). Zbog toga je uputno biti svjestan uobičajenih ili standardnih klauzula koje se unose u lizing ugovore (o predmetu lizinga, o lizing naknadi, o uvjetima i načinu predaje na korištenje predmeta lizinga, o trajanju lizing ugovora, o osiguranju, o prestanku ugovora, o opciji kupovine ako je predviđena), ali još većma o brojnim specifičnim klauzulama koje određuju "fizionomiju" lizing posla (npr. o snošenju rizika u svezi s opremom koja je predmet lizinga, obvezama davaoca lizinga osobito u svezi s održavanjem i servisiranjem opreme, osiguranjem, osposobljavanjem za upravljanje opremom i za njezino korištenje, zamjenom lizing opreme itd.). Stoga se pokazuje uputnim sastavljanje vodiča za sklapanje ugovora o lizingu, ne samo poradi olakšavanja njegova sklapanja i jasnijeg uređivanja odnosa između ugovornih stranaka, već ponajviše iz razloga očekivanog "booma"⁵² u sklapanju ugovora o lizingu na našim prostorima.

Literatura

- 1) Berden, A., Pogodba o leasingu, Pravnik, Ljubljana, Št. 7-9, 1977.
- 2) Coogan, Peter, Leasing and the Uniform Commercial Code, u knjizi Equipment Leasing - Leveraged Leasing, II izd, Practising Law Institute, 1980, N.Y. USA.
- 3) Deželjin, J., O lizingu i njegovoj isplativosti u financiranju investicija, Računovodstvo i financije, X, Zagreb, 1993.

53A/91., NN 33/92., 26/93. i 106/93.), Zakona o carinskoj tarifi (v. Narodne novine br. 53B/91. i NN 25/92.), Zakona o trgovini (Narodne novine 11/96.) ili Zakona o trgovini od 31. 01. 1996. g.

⁵² engl. u značenju tutnjiti, bučati, ali i naglo porasti u privrednom razvoju, doći do konjunktore.

- 4) Goldštajn, Aleksandar, Trgovačko ugovorno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1991.
- 5) Jelinić, Srećko, Zakon o obveznim odnosima i novi ugovori obveznog prava, u Zborniku radova Zakon o obveznim odnosima u praksi, Narodne novine, Zagreb, 1988.
- 6) Jelinić, Srećko, Harmonizacija ugovornog prava i Zakon o obveznim odnosima, u zborniku radova Zakon o obligacionim odnosima, Pravni život, Beograd, 1988., I .
- 7) Kompanjet, Zoran, Prilog raspravi o pravnoj prirodi ugovora o lizingu, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, I, 1980.
- 8) Marušić, Sofija, Pravni aspekti financijskog lizinga, Privreda i pravo, 11-12, Zagreb, 1983.
- 9) Mintas-Hodak, Ljerka, Nova konvencija o međunarodnom financijskom lizingu i pomorsko pravo, Usporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja, Jadranski institut JAZU, Zagreb, 1988., br. 3-4.
- 10) Rozenberg, Ljudevit, Pravni problemi lizinga, materijali sa Savjetovanja, Opatija, 1971.
- 11) Saunders, J. i dr. Law Dictionary, Butterworths, London, 1970.
- 12) Simić, P., Leasing - ugovor o leasingu u inozemnom, međunarodnom i našem trgovačkom pravu, male strane Informatora, br. 3654, Zagreb, 15.03.1980.
- 13) Sikavica, Pere, Menadžment u Hrvatskoj, u knjizi Management u konkurentskoj svjetskoj ekonomiji, Ekonomski fakultet Zagreb i University of Kentucky, Pula, 1995.
- 14) Winer, Andrew, Upravljanje organizacijskim promjenama, u knjizi Management u konkurentskoj svjetskoj ekonomiji ..., Pula, 1995.

Summary

LEASING - FROM ECONOMIC OFFER TO LEGAL EXTENT

The Article is divided in several segments. Introductory remarks do concern the essential necessity of permanent transformation & (vocational) training of (economic) contractors and their current & prospective promotion in marketing rivalry. Transformation process implicates numerous innovative forms of legal obligations (contracts) including leasing contract.

Items of profound economic logic certify leasing as the contract transaction to overcome the lack of assets for investment purposes or to acquire valuable (mostly) investment programmes of high technology. The Author accordingly underlines the economic purposes of leasing transaction as adequate & sufficient standards required for the affirmation of ref. contract. Particular observations consider distinctions ref. leasing & other legal institutions of (classic) contract law accentuating the standards of lease & sale.

Leasing is frequently used as covert sale with creditor's insurance and the Author accordingly examines related particularities of leasing regime. The (current) incorrect consideration of leasing contract is not the obstacle to its evident prospective legal & civil affirmation.

The Author's concluding remarks evaluate the scheme of classification considering particularly financial & operative leasing. Further and finally the Author reviews the current/prospective positions of leasing ref. Croatian legislation, legal system and practical achievement (recommendation of collected instructions as a guide & an appendix for negotiation).

Key words: *contemporary (modern) economic relations, actuality of new legal contracts, typical & atypical innominate contracts, leasing.*

Zusammenfassung

**LEASING - VON DER GESTALTUNG DES
WIRTSCHAFTSANGEBOTS BIS ZUR RECHTSUMFASSUNG**

Der Autor hat die vorliegende Arbeit in mehrere Abschnitte unterteilt. In der Einleitung weist er auf die Notwendigkeit ständiger Veränderungen und Qualifizierung der (Wirtschafts-) Unternehmer hin und die Förderung ihrer Befähigung für den Wettbewerb, dem sie ständig ausgesetzt sind. Die Notwendigkeit ständiger Veränderungen bringt auch die Annahme zahlreicher neuer Formen von Rechtsgeschäften (Verträgen) mit sich, unter anderem auch die des Leasing. Die Akzeptanz des Leasing ist wirtschaftlich sehr logisch, denn es handelt sich um ein Geschäft, über das und durch das das Fehlen eigener Finanzmittel für Investitionen überbrückt wird oder das Besorgen wertvoller hauptsächlich Investitionsgüter von großem Wert und hoher Technologie ermöglicht wird. Damit verbunden berichtet der Autor über die ökonomische Zweckmässigkeit von Leasing-Geschäften. Darüber gibt es keinen Zweifel, und deshalb ist es nach Meinung des Autors nicht besonders notwendig, das Leasing-Geschäft besonders zu affirmieren.

Die Unterscheidung des Leasing von ähnlichen Rechtsinstituten des klassischen Vertragsrechts ist Gegenstand einer besonderen Darlegung. Dabei wird dem Unterschied zum Kauf- und Verkaufvertrag besondere Aufmerksamkeit geschenkt. In vielen Beispielen taucht Leasing als verdeckter Verkauf mit der Sicherung des Gläubigers gerade aufgrund der Charakteristik des Leasing-Geschäfts auf, worauf der Autor besonders hinweist. In der Realität ist auch eine falsche Auffassung von diesem Geschäft zu bemerken, von seinem Wesen und seiner Zweckmässigkeit, doch trotzdem erhält diese Art von Geschäft auch bei uns bei vielen Bürgern sein volles Recht.

Abschließend werden verschiedene Arten des Leasing bewertet, besonders das Finanzierungs- und Produzentenleasing, es werden Bemerkungen über Leasing in der Gesetzgebung sowie eine Schlusswertung über die Zukunft des Leasing in Kroatien gemacht. Der Autor legt seine Ansicht über die Notwendigkeit dar, einen Führer über Leasingverträge als Hilfsmittel für diese Art von Verträgen zusammenzustellen.

Schlüsselwörter: *moderne Handelsbeziehungen, das Erscheinen neuer Arten von Rechtsgeschäften, typische und untypische ungenannte Verträge, Leasing.*

PRIJEDLOG KRITERIJA ZA ODREĐIVANJE DRŽAVNE PRIPADNOSTI TRGOVAČKOG DRUŠTVA U HRVATSKOM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Dr. sc. Damir Klasiček, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.72
341.94(497.5)
Ur.: 24. kolovoza 1998.
Pr.: 15. rujna 1998.
Pregledni članak

Autor u članku zastupa stajalište da postoji bitna razlika između materije koja se odnosi na osobni statut (lex personalis) trgovačkog društva i materije koju određuje njegova državna pripadnost i koja se u međunarodnom privatnom pravu naziva skupnim imenom pravni položaj stranaca. Razlika između te dvije materije nije samo sadržajna već se ona manifestira i u metodama kojima se rješavaju situacije koje pripadaju jednoj ili drugoj spomenutoj materiji. Iz teze da postoje različitosti između navedenih područja, autor zaključuje da također postoji mogućnost primjene različitog kriterija za određivanje mjerodavnog prava (Governing law), koje predstavlja osobni statut trgovačkog društva različit od kriterija uz čiju pomoć se određuje državna pripadnost (nationality) trgovačkog društva.

U članku se obrazlaže da pitanja koja svoj odgovor nalaze u osobnom statutu spadaju u područje pravnih pitanja (nastanak, pravna i poslovna sposobnost, prestanak pravne egzistencije i dr.) i stoga su neraskidivo povezana s pravnim poretkom osnivanja (place of incorporation). To je razlog što se ne može koristiti drugi kriterij poveznica (connecting factor), nego kriterij osnivanja. U materiji u koju ulaze pitanja osobnog statuta problemi se rješavaju uz pomoć kolizijskopravne metode što spada u sukob zakona (conflict of laws).

S druge strane, pitanja koja su značajna za pravni položaj trgovačkog društva u drugim državama, što ovisi o njegovoj državnoj pripadnosti, nisu pitanja pravnog karaktera, već spadaju u područje politike i gospodarstva. I metodologija rješavanja se razlikuje, jer se ovdje koristi metoda neposredne primjene. Dalje, autor zaključuje: ako se radi o različitim sadržajima i različitim metodama, mogu se primijeniti i različiti kriteriji za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva, različiti od kriterija za određivanje osobnog statuta. Kako stvarno sjedište (actual headquarter) predstavlja više činjeničnu kategoriju nego pravnu i najviše udovoljava jednom od najvažnijih načela u međunarodnom privatnom pravu, načelu najbliže veze

(the closest connection), predlaže se prihvaćanje kriterija stvarnog sjedišta za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva.

Ključne riječi: međunarodno privatno pravo, trgovačko društvo, stvarno sjedište, načelo najbliže veze, državna pripadnost.

1. Uvod

1.1. Čini se kako danas prevladava stajalište prema kojemu međunarodno privatno pravo uređuje međunarodno obilježene privatnopravne situacije bilo kolizijskopravnom metodom, bilo metodom neposredne primjene¹. Sajko navodi da osim kolizijskopravne metode i metode neposredne primjene postoji i metoda posebnih materijalnih pravila u koja ulaze i propisi kojima se regulira pravni položaj stranaca². Osobito u romanskoj pravnoj znanosti nema dileme o tome da propisi koji reguliraju pravni položaj stranaca ulaze u predmet međunarodnog privatnog prava³.

I njemačka pravna znanost prihvaća danas stajalište da međunarodno privatno pravo uređuje međunarodno obilježene situacije i metodom neposredne primjene materijalnih pravila⁴.

Navedene tvrdnje trebale bi otkloniti sumnju u opravdanost uključivanja materije pravnog položaja stranaca u predmet međunarodnog privatnog prava.

1.2. U nastavku ovog izlaganja pokušava se postaviti razlika između osobnog statuta trgovačkog društva i pripadnosti trgovačkog društva određenoj državi.

Pitanja koja svoj odgovor nalaze u osobnom statutu trgovačkog društva, dakle u mjerodavnom pravu koje određuje nastanak trgovačkog društva, njegovu pravnu i poslovnu sposobnost, unutrašnje ustrojstvo kao i brojna druga pitanja uključivši i razloge i načine prestanka pravne egzistencije trgovačkog društva, spadaju u krug pravnih pitanja⁵. S druge strane, pitanje pripadnosti trgovačkog društva određenoj

¹ KATIČIĆ navodi da propisi međunarodnog privatnog prava "normiraju međunarodne odnose bilo supstancijalnim, bilo kolizijskim odredbama koje upućuju na supstancijalne odredbe". V. KATIČIĆ, Ogleđi o međunarodnom privatnom pravu, 1971. (dalje: OGLEDI), str. 12.

² SAJKO, Međunarodno privatno pravo, Opći dio, 3. 1996. (dalje: SAJKO) str. 7, 189, i dalje.

³ BATIFFOL / LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8.1993, 1, (dalje: BATIFFOL / LAGARDE, dip) str. 15; LOUSSOUARN (YVON) / BOUREL, *Droit International privé*, 1993, 4 (dalje: LOUSSOUARN / BOUREL, dip) str. 10; RIGAUX, *Droit International privé* 2., 1987, 1. (dalje: RIGAUX, dip), str. 22; KATIČIĆ opravdano upozorava kako nema razloga da se toj materiji ne doda i materija koja regulira pravni položaj domaćih državljana kada su u pitanju situacije koje su međunarodno obilježene, više o tome KATIČIĆ, *Novi ogleđi o međunarodnom privatnom pravu i procesu prava*, 1977. (dalje: KATIČIĆ, *Novi ogleđi*), str. 38; Jednako BOSNIĆ, *Međunarodno privatno i interlokalno pravo Jugoslavije o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi*; 1981. str. 25.

⁴ KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 1995, 7. (dalje: KEGEL, IPR), str. 51. i dalje.

⁵ Više o tome KLASIČEK, *Mjerodavno pravo za prosuđivanje pravne i poslovne sposobnosti trgovačkih društava u međunarodnom privatnom pravu*. Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku (dalje: Pravni vjesnik), 13, 1997. 3-4, str. 266-276;

državi nema toliko istaknut pravni značaj, jer njegova pripadnost određenoj državi proizvodi za odnosno trgovačko društvo više političke, gospodarske i slične posljedice⁶.

Dakako, pokušaj definiranja razlike između osobnog statuta trgovačkog društva i njegove pripadnosti određenoj državi mora uvjetovati stvaranje razlike i pri odabiru kriterija uz čiju pomoć će se moći odrediti osobni statut i kriterija uz čiju pomoć će biti moguće odrediti pripadnost trgovačkog društva određenoj državi.

Valja dodati kako je u pravnoj znanosti pitanje pripadnosti trgovačkog društva zaista sporno. Naime, dok ima autora koji to pitanje ne obrađuju⁷, drugi izričito tvrde da ono nema uopće značenja za međunarodno privatno pravo⁸, treći ističu da je to pitanje tek od minimalnog značenja⁹, a četvrti zastupaju stajalište da je pitanje pripadnosti trgovačkog društva u disciplini međunarodnog privatnog prava od značenja samo u onom dijelu međunarodnog privatnog prava koji se odnosi na pravni položaj stranaca¹⁰. Čini se kako ima brojnih razloga da se pitanje pripadnosti trgovačkog društva određenoj državi regulira vrlo visoko na ljestvici značenja, jer ovisno o toj činjenici zavisi pravni položaj trgovačkog društva u najširem smislu. Od pitanja da li se radi o domaćem ili stranom trgovačkom društvu, te ukoliko se radi o stranom, treba tražiti odgovor kojoj državi pripada, jer o tome ovisi primjena konvencijskog prava - bilo bilateralnog bilo multilateralnog, zatim od odgovora na postavljeno pitanje ovisi primjena brojnih internih propisa s kojima se neposredno određuje položaj trgovačkog društva, što u pravilu, nije bez značenja za gospodarski, politički i drugi status takvih subjekata.

Autori koji ne obrađuju pitanje pripadnosti trgovačkog društva određenoj državi dakako i ne spominju moguću razliku između osobnog statuta i pripadnosti trgovačkog društva¹¹. Ovoj tvrdnji treba dodati da autori koji pripadaju tzv. romanskom pravnom krugu također ne obrađuju problem pripadnosti trgovačkog društva, premda koriste termin *nationalité*, jer pri tome misle uglavnom na osobni statut¹². Rjeđe autori izričito prave razliku između osobnog statuta i pripadnosti

⁶ KLASIČEK, Državna pripadnost privrednih poduzeća u međunarodnom privatnom pravu, Pravni vjesnik, 2, 1986. 2, str. 181-187.

⁷ KATIČIĆ, Ogleđi str. 147-155: DICEY / MORRIS, *The Conflict of Laws*, 12, 1993. I. i II. (dalje: DICEY / MORRIS) str. 1103-1180; STONE, *The Conflict of Laws*, 1995. (dalje: STONE), str. 106-113; McCLEAN, MORRIS: *The Conflict of Laws*, 1993. 4 (dalje: McCLEAN) str. 29-30.

⁸ COLLIER, *Conflict of Laws*, 1996. 2 (dalje: COLLIER), str. 63.

⁹ CHESHIRE / NORTH'S, *Private International Law*, 1992. 12. (dalje: CHESHIRE / NORTH'S, pil), str. 175.

¹⁰ EISNER, *Međunarodno privatno pravo*, I, 1953. (dalje: EISNER), str. 152.

¹¹ KATIČIĆ, Ogleđi str. 147-155: DICEY / MORRIS, str. 1103-1180; STONE, str. 106-113; McCLEAN, str. 29-30.

¹² BATIFFOL / LAGARDE, dip, str. 329 i dalje; LOUSSOUARN / BOUREL, dip, str. 656 i dalje; RIGAUX, str. 93, i dalje; tako i neki drugi autori formalno izvan romanskog pravnog kruga: BLAGOJEVIĆ, *Međunarodno privatno pravo*, 1951. str.; JEZDIĆ, *Međunarodno privatno pravo*, DIKA, KNEČEVIĆ, STOJANOVIĆ, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, 1991. (dalje: KOMENTAR) str. 62; VARADI, *Međunarodno privatno pravo*, 1987. 2. (dalje: VARADI) str. 172 i dalje.

trgovačkog društva određenoj državi¹³.

Međutim, piscu ovih redaka nije poznat niti jedan slučaj u znanosti, zakonodavstvu ili praksi gdje bi se pravila razlika između osobnog statuta i pripadnosti trgovačkog društva određenoj državi i gdje bi se istovremeno pravila adekvatna razlika s obzirom na kriterije uz pomoć kojih bi trebalo odrediti osobni statut trgovačkog društva i s obzirom na odabir nekog mogućeg drugog, ali prikladnijeg kriterija uz pomoć kojega bi se mogla odrediti pripadnost trgovačkog društva određenoj državi.

1.3. U nastavku izlaganja bit će obrađena sljedeća poglavlja: 1. Uvod, 2. Terminološke napomene, 3. Osobni statut trgovačkog društva, 4. Državna pripadnost trgovačkog društva, 5. Mogući kriteriji za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva, 6. Kriteriji za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava u međunarodnim ugovorima u kojima je Republika Hrvatska članica, 7. Pojam državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom pravu, 8. Zaključak.

2. Terminološke napomene

2.1. Nema dvojbe da između trgovačkog društva i jedne od država, od više njih s kojima ono može imati različitih veza, postoji veza koja se razlikuje od ostalih mogućih sličnih veza s drugim državama, bilo po intenzitetu uzajamnih odnosa, bilo po nekim drugim značajkama. Dakako, ovdje se ne misli na vezu trgovačkog društva s državom čiji pravni poredak čini osobni statut trgovačkog društva. Ovdje se prvenstveno misli na politički i gospodarski odnos trgovačkog društva s određenom državom. Takav odnos može biti više ili manje sličan odnosu koji postoji između fizičke osobe i države čije državljanstvo ta osoba ima. Svojevremeno je ovo pitanje bilo predmet brojnih rasprava u Francuskoj. Autori su se podijelili u dvije grupe. Jedna struja, za koju je karakteristično stajalište koje je zastupao Mazeaud, smatra da trgovačko društvo (*société*) predstavlja realnost koja ima jednak status kao i fizička osoba. Mazeaud dalje navodi da pravne osobe općenito imaju osobnost kao i fizičke osobe na temelju pravne konstrukcije, te da državljanstvo ne stvara samo politička prava i obveze, već služi i za određivanje privatnopravnog statusa pojedinca. To što pravne osobe imaju posebnu osobnost odvojenu od osobnosti fizičkih osoba koje upravljaju tom pravnom osobom, omogućava pravnim osobama općenito, tako i trgovačkim društvima, da imaju državljanstvo. Veza trgovačkog društva s određenom državom nije uvijek jednaka onoj vezi koja postoji između fizičkih osoba i država čije državljanstvo one imaju, ali to nije razlog da se ne bi moglo govoriti da i trgovačka društva imaju državljanstvo.¹⁴ Slično stajalište zauzima Beitzke kada kaže da trgovačka društva

¹³ EISNER, str. 152.

¹⁴ MAZEAUD, *De la nationalité des sociétés*, Journal de Droit International (CLUNET), 1928. str. 33.

imaju državljanstvo jer strano poduzeće ima drugačiji položaj od domaćeg, što ovisi o njegovom državljanstvu¹⁵.

Čini se da su brojniji autori koji zastupaju suprotno stajalište. Ovi autori se također slažu s činjenicom da postoji određena veza između trgovačkog društva i određene države, međutim odriču svaku mogućnost da tu vezu poistovjete s državljanstvom fizičkih osoba. Istaknuto mjesto u tumačenju navedenog stajališta zauzima Niboyet. On kaže da trgovačko društvo ne može imati državljanstvo jer državljanstvo predstavlja politički odnos između pojedinca i države čije državljanstvo on ima. Isti autor priznaje da trgovačko društvo mora imati određenu vezu s pojedinom državom i da se ta veza mora uzeti u obzir prigodom rješavanja određenih pitanja, ali da se tu vezu ne može nazvati državljanstvom trgovačkog društva. Prema mišljenju istog autora određivanje pripadnosti trgovačkog društva radi određivanja njegova pravnog položaja u svakoj državi ovisi od njezine gospodarske politike. Veza između trgovačkog društva i određene države ne može se nazivati državljanstvom, premda je ta veza analogna državljanstvu¹⁶.

Loussouarn izlaže da u francuskom pravu postoji dvostruka veza između trgovačkog društva i države. Jedna veza služi za određivanje pravnog položaja stranih trgovačkih društava, a druga određuje njihov osobni statut. Prema mišljenju istog autora određivanje pripadnosti trgovačkog društva radi određivanja njegova pravnog položaja u svakoj državi ovisi od njezine gospodarske politike. Veza između trgovačkog društva i određene države ne može se nazivati državljanstvom, premda je ta veza analogna državljanstvu¹⁷.

Bastid / Luchaire također ističu da između trgovačkog društva i određene države postoji dvostruka veza. Jedna s kojom se određuje osobni statut, a druga uz pomoć koje se određuje pravni položaj trgovačkog društva. Trgovačko društvo ima pravnu i političku pripadnost određenoj državi, ono ne mora imati i državljanstvo, jer državljanstvo može označavati samo takav politički odnos kakav postoji između fizičke osobe i njezine države¹⁸. Međutim, danas, kako je već rečeno, većina autora izvan angloameričkog pravnog kruga, a koji spominju državnu pripadnost, čine to u kontekstu određivanja mjerodavnog prava, dakle osobnog statuta.

2.2. Protiv upotrebe termina "državljanstvo" za označavanje veze koja postoji između trgovačkog društva i određene države mogu se upotrijebiti formalni i sadržajni argumenti. U formalnu grupu razloga koji govore protiv uporabe termina državljanstvo može poslužiti činjenica što termin državljanstvo označava točno

¹⁵ BEITZKE, *Juristische Personen in International Privatrecht und Fremdenrecht*, 1938. (dalje: BEITZKE, *Juristische Personen*), str. 224.

¹⁶ NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?* *Revue critique de droit international privé*, 1927. str. 402.

¹⁷ LOUSSOUARN, *La condition des personnes morales en droit international privé*, *Recueil des Cours, Academie de Droit International*, I, 1959. str. 443.

¹⁸ BASTID / LUCHAIRE, *La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers*, 1960. str. 159.

definiran pojam veze između fizičke osobe i određene države. Propisi o državljanstvu čine u svakoj državi sustav pravila koji spada u upravno pravo i odnosi se isključivo na reguliranje odnosa između fizičkih osoba i država čije državljanstvo te osobe imaju. Nije poznat niti jedan slučaj postojanja zakona o državljanstvu pravnih osoba općenito, odnosno trgovačkih društava posebno. Što se tiče sadržajnih argumenata protiv upotrebe termina državljanstvo, može se navesti temeljni razlog koji proizlazi iz činjenice što po naravi stvari trgovačko društvo predstavlja različiti subjekt od fizičke osobe, za koju je već ustaljen termin državljanstvo. Naime, dok stranac pojedinac u pravilu uvijek predstavlja potencijalni socijalni problem o kojem se država u koju se pojedinac uselio uvijek mora brinuti, strano trgovačko društvo na domaćem teritoriju u pravilu predstavlja novog poslodavca i novog poreznog obveznika. Stoga je normalno da i tretman ovako različitih situacija bude različit. Navedenom treba dodati da veza pojedinca s državom čije državljanstvo on ima sigurno nije identična vezi koja postoji između trgovačkog društva i države kojoj ono prema odabranom kriteriju pripada.

Na ovim prostorima autori uglavnom koriste termin pripadnost ili državna pripadnost, ne praveći pri tome razliku između osobnog statuta i pripadnosti trgovačkog društva određenoj državi¹⁹. To isto vrijedi i za zakonodavstvo²⁰. Čini se da je termin državna pripadnost sadržajno i jezično potpuniji i bolje izražava konstataciju da je riječ o političkoj i gospodarskoj vezi između trgovačkog društva i određene države. Osim toga, termin pripadnost je vrlo često korišten u svrhu da se odredi osobni statut trgovačkog društva ili pravnih osoba općenito. Već citirani članak 17. ZRSZ je nezgrapno formuliran, tako da upotrijebljeni termin pripadnost nije sasvim razumljiv jer nije jasno u kojem je smislu korišten²¹. Naime, tek uz pomoć odredbe članka 79. stavak 4. istog zakona postaje jasnije da se članak 17. odnosi na određivanje osobnog statuta²². Upravo ta činjenica što je termin pripadnost kod nas prihvaćen dosta široko kao pojam koji se odnosi na osobni statut i na pitanja koja svoj odgovor nalaze u osobnom statutu, predlaže se termin "državna pripadnost" za označavanje veze između trgovačkog društva i određene države s kojom odnosno trgovačko društvo ima najužu političku, gospodarsku i neku drugu moguću vezu²³.

¹⁹ BLAGOJEVIĆ, str. 231; JEZDIĆ, Međunarodno privatno pravo, I., 1976. str. 141; PAK, Priručnik za primjenu međunarodnog privatnog prava, 1974. str. 52; VARADI, str. 172.

²⁰ V. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima. Preuzet u zakonodavstvo Republike Hrvatske Zakonom o preuzimanju Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN br. 53/91 (dalje: ZRSZ). U članku 17. stavak 1. stoji: "Pripadnost pravne osobe određuje se po pravu države po kojem je ona osnovana"; ŠARČEVIĆ, The New Yugoslav Private international Law, The American Journal of Comparative Law (dalje: AJCL), 33, 1985. 1, str. 283-296.

²¹ V. bilješku 20.

²² Stavak 4. članak 79. glasi: "Za stranačku sposobnost strane pravne osobe mjerodavno je pravo predviđeno člankom 17. ovog zakona."

²³ Jednako SAJKO, Državna pripadnost poduzeća, Pravna misao, 1970. 3-4.

3. *Osobni statut trgovačkog društva*

3.1. Potreba da se učini napor kako bi se pitanje osobnog statuta trgovačkog društva odvojilo od pitanja njegove državne pripadnosti, zahtijeva da se nešto više kaže o osobnom statutu trgovačkog društva, odnosno pravne osobe općenito²⁴. Osobni statut svake osobe jest mjerodavno pravo koje daje odgovor na brojna pitanja koja se odnose na individualnost osobe. Kada je riječ o pravnim osobama koje svoje odgovore nalaze u osobnom statutu, ulaze prvenstveno pitanja koja se odnose na nastanak pravne osobe, njezinu pravnu i poslovnu sposobnost, unutrašnje ustrojstvo, članska prava, te brojna druga slična pitanja i, na kraju, razlozi i načini prestanka pravne egzistencije. Glede navedenoga uglavnom se autori slažu i nema značajnijih razlika u gledištima bez obzira na pravne škole kojima ti autori pripadaju²⁵.

Međutim, kada treba odrediti konkretan pravni poredak koji je mjerodavan za davanje odgovora na pitanja koja ulaze u osobni statut, nastaju problemi jer u ovom dijelu međunarodnog privatnog prava postoji veliko nesuglasje stajališta, kako u znanosti, tako u sudskoj praksi i zakonodavstvu. Postoje različiti kriteriji - poveznice uz pomoć kojih se određuje osobni statut. Praktično, može se reći da su danas uglavnom prihvaćeni kriteriji koji određuju pravo mjesta osnivanja (registracije, inkorporacije) kao osobni statut trgovačkog društva i pravo mjesta stvarnog sjedišta.

Kriterij osnivanja polako dobiva prevagu u praksi. Mnoge države u svojim zakonodavstvima prihvaćaju kriterij osnivanja, tako: Australija²⁶, Brazil²⁷, Danska²⁸, Grčka²⁹, Gvatemala³⁰, države nastale na području bivše Jugoslavije³¹, Kanada³²,

²⁴ Više o tome Klasiček, *Osobni statut pravnih osoba u međunarodnom privatnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (dalje: Zbornik radova), 33, 1996. 41-42 str. 41-62.

²⁵ ANTON, *Private International Law*, A. Treatise from the standpoint of Scots Law, 1967. (dalje: ANTON) str. 251; BATIFFOL / LAGARDE str. 358; CASTELL, *Canadian conflict of Laws*, 1957, (dalje: CASTELL), str. 132; CIGOJ, *Međunarodno zasebno pravo*, 1966. str. 10; DICEY / MORRIS, str. 1107 i dalje; EHRENZWEIG / JAYME, *Private International Law*, 1973, (dalje: EHRENZWEIG / JAYME) 2. str. 213; GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 1965. (dalje: GRAVESON) str. 180; GROFFIER, *Précis de droit international privé Québécois*, 4, 1990. (dalje: GROFFIER), str. 147; KATIČIĆ, *Ogledi*, str. 147; MONACO; *Diritto internazionale privato*, 1955. str. 125; RIGAUX / FALLON, *Droit international privé*, 2, 1993. 2. (dalje: RIGAUX / FALLON), str. 731; SAJKO, *The position of Legal Persons acting abroad*, u *Essays of International Trade*, 1976. (dalje: SAJKO, *Legal Persons*), str. 194; SCHNITZER, *Handbuch des Internationales privatrecht*, 1958. str. 325; VITTA, *Diritto, internationale privato*, 1955. 2, (dalje VITTA), str. 61.

²⁶ COWEN, *American - Australian Private International Law*, 1957. (dalje COWEN) str. 36.

²⁷ GARLAND, *American - Brazilian Private International Law*, 1959. (dalje GARLAND), str. 58.

²⁸ PHILIP, *American - Danish Private International Law*, 1957. (dalje PHILIP), str. 18.

²⁹ EHRENZWEIG / FRAGISTAS / YIANOPOULOS, *American - Greek Private International Law*, 1957. str. 68.

³⁰ Navedeno prema RABEL, *The Conflict of Laws*, 2, 1960. 2, str. 31-33.

³¹ Prema dostupnim informacijama sve države nastale na prostoru bivše Jugoslavije zadržale su ili preuzele ZRSZ bivše SFRJ, V. bilješku br. 20.

³² CASTEL, str. 132.

Kuba³³, Nizozemska³⁴, Norveška³⁵, Rusija³⁶, Švedska³⁷, Urugvaj³⁸, USA³⁹, Velika Britanija⁴⁰, Venezuela⁴¹ i dr.

Autori u kontinentalnom dijelu Europe sa sumnjom gledaju na kriterij osnivanja. Tako Eisner kaže: "Toj se teoriji mora prigovoriti da omogućuje fraudolozna osnivanja društva⁴²."

U novije vrijeme mogu se čuti prigovori na kriterij osnivanja jer se često događa da neko trgovačko društvo bude višestruko osnovano u različitim državama⁴³.

U kontinentalnom dijelu Europe još uvijek prevladava kriterij stvarnog sjedišta, za razliku od statutarnog sjedišta koje se u pravilu poklapa s mjestom osnivanja. Kriterij stvarnog sjedišta upućuje na osobni statut trgovačkog društva određenog mjestom gdje se nalazi njegova glavna uprava⁴⁴. Eisner kaže: "...država na čijem području društvo ima svoje stvarno sjedište, nadležna je da mu prizna svojstvo juridičke osobe."⁴⁵

Stein pobliže definira kriterij stvarnog sjedišta kao mjesto "...where the main operational decisions are made."⁴⁶

Latty smatra da je to mjesto gdje trgovačko društvo ima svoj "brain or nerve centre".⁴⁷ U svojim zakonodavstvima kriterij stvarnog sjedišta prihvaćaju Albanija⁴⁸, Argentina⁴⁹, Austrija⁵⁰, Belgija⁵¹, Bugarska⁵², Češka⁵³, Čile⁵⁴, Egipat⁵⁵, Francuska⁵⁶,

³³ Navedeno prema RABEL, str. 31-33.

³⁴ KOLLE WIJIN, *American - Dutch Private International Law*, 1961. str. 24.

³⁵ PHILIP, str. 18.

³⁶ LUNC, *Meždunarodnoe častnoe pravo*, 1959. 2, str. 55.

³⁷ NIAL, *American - Swedish Private International Law*, 1965. str. 27.

³⁸ Navedeno prema RABEL, str. 31-33.

³⁹ RABEL, str. 36.

⁴⁰ DICEY / MORRIS, str. 1111, Pravilo br. 156.

⁴¹ LOMBARD, *American - Venezuelan Private International Law*, 1965. str. 70.

⁴² EISNER, str. 146.

⁴³ Više o tome SMART, *Corporate Domicile and Multiple Incorporation in English Private International Law*, *The Journal of Business Law (JBL)*, 1990. 126-136.

⁴⁴ KATIČIĆ, *Ogledi* str. 149.

⁴⁵ EISNER, str. 147.

⁴⁶ STEIN, *Harmonization of European Company Laws*, 1971. (dalje: STEIN), str. 29.

⁴⁷ LATTY, *Pseudo - Foreign Corporations*, *Yale Law Journal* (dalje: Y L J), 65, 1955-56. str. 167.

⁴⁸ Članak 4. Zakona o uživanju građanskih prava stranaca i o primjeni stranih zakona iz 1964. navedeno prema MAKAROV, *Quellen des Internationalen Privatrecht*, 1978. (dalje: MAKAROV) str. 22.

⁴⁹ GOLDSCHMITD / RODRIGUEZ / NOVAS, *American - Argentine Private International Law*, 1966. str. 77.

⁵⁰ Članak 10. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, v. tekst zakona Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo (dalje Prinosi), 1979. 12, str. 65-76; prijevod: SAJKO, Ranije Austrija je prihvaćala statutarno sjedište, V. WALKER, *Internationales Privatrecht*, 1934. str. 149.

⁵¹ Art. 197. *Code de Commerce, Les Législations de Droit International Privé*, 1971. (dalje: LES LÉGISLATIONS) str. 46.

⁵² KUTIKOFF, *Meždunarodno časno pravo na Bulgaria*, 1955. str. 46.

⁵³ SZASZY, *Private International Law in the European People's Democracies*, 1964. str. 204.

⁵⁴ ETCHEBERRY, *American - Chilean Private International Law*, 1960. str. 25.

⁵⁵ Članak 11. Građanskog zakona navedeno prema MAKAROV, str. 16-17.

⁵⁶ Art. 3. *Loi sur les sociétés commerciales*, 1966.

Honduras⁵⁷, Italija⁵⁸, Japan⁵⁹, Kina⁶⁰, Kolumbija⁶¹, Luksemburg⁶², Mađarska⁶³, Meksiko⁶⁴, Njemačka⁶⁵, Poljska⁶⁶, Portugal⁶⁷, Rumunjska⁶⁸, Sirija⁶⁹, Španjolska⁷⁰, Tajland⁷¹, Turska je također ranije prihvaćala kriterij sjedišta⁷². Danas ova zemlja određuje osobni statut trgovačkog društva prema statutarnom sjedištu, osim za slučaj kada se sjedište nalazi u Turskoj, jer se tada primjenjuje kriterij stvarnog sjedišta⁷³.

Mnogo manje se u praksi može susresti kriterij središta poslovanja (Centre d'exploitation) za određivanje osobnog statuta trgovačkog društva⁷⁴.

Zbog potpunosti izlaganja treba spomenuti kriterij koji određuje osobni statut trgovačkog društva, dakle mjerodavno pravo države čije državljanstvo posjeduje većina članova uprave. Razlozi što ovaj kriterij nije ozbiljnije zastupljen u praksi su vrlo značajni. Navodi se kako je često sastav upravnih tijela i vlasnika trgovačkog društva strogo čuvana tajna⁷⁵. Osim toga, kada je riječ o državljanstvu fizičkih osoba, javljaju se dodatno poznati problemi oko pozitivnog i negativnog sukoba državljanstva.⁷⁶

⁵⁷ RABEL, str. 33.

⁵⁸ Paragraf 2505, Il Nuovo Codice Civile, 1942. V. novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu br. 218. od 31. svibnja 1995. u Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana od 3. lipnja 1995.

⁵⁹ RABEL, str. 33.

⁶⁰ RABEL, str. 33.

⁶¹ EDER, American - Columbian Private International Law, 1956. str. 31.

⁶² PENNINGTON, Companies in the Common Market, 1970. str. 98.

⁶³ SZASZY, str. 210.

⁶⁴ RABEL, str. 33.

⁶⁵ KEGEL, IPR, str. 417.

⁶⁶ Članak 9. str. 2. i 3. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, 1965. navedene prema Les Législations, str. 296.

⁶⁷ Članak 33. Građanskog zakonika, navedeno prema MAKAROV, str. 203.

⁶⁸ SZASZY, str. 211.

⁶⁹ RABEL, str. 33.

⁷⁰ RABEL, str. 33.

⁷¹ RABEL, str. 33.

⁷² ANSAY, American - Turkish Private International Law, 1966. str. 64.

⁷³ Članak 8. st. 4. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, br. 2675. iz 1982., V. hrvatski prijevod tog propisa, SAJKO, Prinosi, XVII., 1984. 20, str. 138.

⁷⁴ Tako paragraf 2505. i 2509. Il Nuovo Codice Civile, gdje je taj kriterij bio predviđen kao podredni. Slično članak 11. Građanskog zakona Egipta iz 1948. kada se središnja aktivnost odvija u Egiptu, navedeno prema MAKAROV, str. 16-17; Jednako Čile, V. ETCHEBERRY, str. 24, te Argentina, Nikaragva, Panama i Paragvaj, navedeno prema RABEL, str. 47. i dalje.

⁷⁵ BATIFFOL / LAGARDE, dip. str. 334.

⁷⁶ BOSNIĆ, Pozitivni i negativni sukob državljanstva u međunarodnom privatnom pravu, Zbornik radova, 1965. 3, 193-206.

3.2. Kako je navedeno, osim kriterija osnivanja, u praksi su zastupljeni i drugi kriteriji, osobito kriterij stvarnog sjedišta. Međutim, ovakva praksa teško bi mogla izdržati ozbiljnu znanstvenu kritiku. Trgovačko društvo ima neraskidivu pravnu vezu s poretkom osnivanja. Nastanak i egzistencija trgovačkog društva, te sva ostala pitanja koja odgovor nalaze u osobnom statutu, strogo su pravnog značaja. Da bi nastalo trgovačko društvo, potreban je pravni poredak koji prema određenoj proceduri konkretnim strogo individualnim rješenjem daje pravnu osobnost konkretnoj tvorevini. Naš Zakon o trgovačkim društvima (dalje: ZTD) u članku 2. određuje "Trgovačko društvo je pravna osoba čiji su osnove i ustroj određeni ovim zakonom⁷⁷". Jednako određuju i drugi trgovački zakoni. To znači da je trgovački zakon otac trgovačkog društva, za razliku od fizičke osobe koja ima realnog oca. Razlika je ogromna iz koje proizlazi da je nastanak i egzistencija trgovačkog društva sasvim pravno pitanje i stoga neraskidivo od pravnog poretka osnivanja. Kod fizičke su osobe nastanak i život činjenična pitanja, stoga u odnosu između fizičkog oca i pojedinca nema neraskidivosti, jer pojedinac realno i činjenično može egzistirati.

Nameće se zaključak da se osobni statut trgovačkog društva može odrediti jedino uz pomoć kriterija osnivanja, dok se ostali kriteriji mogu koristiti samo kumulativno uz kriterij osnivanja, a nikako alternativno ili samostalno.

3.3. Naprijed izvedeni zaključak može lako doći u suprotnost s jednim od najznačajnijih načela međunarodnog privatnog prava, s načelom najbliže veze⁷⁸. Naime, u pravilu pravni poredak osnivanja bit će u najbližoj vezi s trgovačkim društvom osnovanim u određenoj državi u kojoj se nalazi i stvarno sjedište i veći dio poslovanja odnosnog društva. Međutim, moguć je i drugačiji razvoj situacije. Događa se da trgovačko društvo osnovano u jednoj državi ima svoje stvarno sjedište i središnje poslovanje u drugoj državi. Primjenom načela najbliže veze sigurno neće biti određen poredak osnivanja kao onaj poredak s kojim je konkretno društvo u najbližoj vezi. Dosljednom primjenom načela najbliže veze kao osobni statut će biti određen poredak države u kojoj društvo ima svoje stvarno sjedište i u kojoj ima razgranato svoje poslovanje. Ipak, pomoći nema jer ovaj i slični slučajevi ulaze u rijetke iznimke kada se neće primijeniti načelo najbliže veze. Pravo stvarnog sjedišta i mjesta središnjeg poslovanja ne može biti osobni statut odnosnog trgovačkog društva, jer pravo sjedišta i poslovanja nije provelo postupak osnivanja i nije mjerodavno za reguliranje pitanja koja ulaze u osobni statut konkretnog trgovačkog društva. Zbog istih razloga nije moguće primijeniti renvoi pri

⁷⁷ N.N. br. 111. od 15. prosinca 1993. u primjeni od 1. siječnja 1995; V. VEDRIŠ / KLARIĆ, kada određuju pojam pravne osobe: "Pravna osoba je društvena tvorevina kojoj je pravni poredak priznao pravnu sposobnost", *Građansko pravo*, 3, 1998. str. 37.

⁷⁸ Više o tome načelu KLASIČEK, *Kriterij najbliže veze u međunarodnom privatnom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (dalje: ZBORNİK PFZ), 47, 1997. 3, str. 217-234.

određivanju osobnog statuta trgovačkog društva i kada država foruma izričito prihvaća renvoi⁷⁹.

4. Državna pripadnost trgovačkog društva

4.1. Premda ima autora koji smatraju da je pitanje državne pripadnosti trgovačkog društva minorno, a rasprave o tome "sterilne"⁸⁰, čini se kako danas praktični razlozi navode na suprotan zaključak. Naime, gospodarski subjekti su nositelji najvećeg dijela međunarodne razmjene i nositelji svjetskog i nacionalnog gospodarskog razvitka. Sigurno nije bez značenja pitanje je li neko trgovačko društvo domaće ili strano, i ako je strano, važno je znati čiju državnu pripadnost ono ima. O tome govore brojni nacionalni propisi a u konvencijskom pravu ovo pitanje dobiva sve više na značenju. Kada je riječ o državnoj pripadnosti trgovačkog društva, nužno je ponoviti da se u sklopu tog pitanja radi o sasvim drugačijim sadržajima nego kada je riječ o pitanjima koja svoje odgovore nalaze u osobnom statutu. Istaknuto je ranije da je pitanje državne pripadnosti trgovačkog društva najznačajnije u materiji pravnog položaja stranaca, koja se bitno razlikuje od dijela međunarodnog privatnog prava koje nazivamo sukobom zakona⁸¹. Taj dio međunarodnog privatnog prava uređuje se posredno uz pomoć kolizijskih pravila, dok se materija koja regulira pravni položaj stranaca uređuje u pravilu neposrednom primjenom.

Dakle, kada je riječ o osobnom statutu trgovačkog društva, s jedne strane, i njegovoj državnoj pripadnosti, s druge strane, može se konstatirati da se radi o različitim sadržajima i različitim metodama uređivanja jedne i druge materije. Iz navedenoga nije teško izvesti zaključak kako nema razloga da se ove dvije materije razmatraju odvojeno i da se, ukoliko za to ima opravdanja, odrede i različiti kriteriji uz pomoć kojih bi se moglo odrediti posebno pitanje osobnog statuta i kriterija uz čiju pomoć bi se mogla odrediti državna pripadnost trgovačkog društva. Ovakav zaključak nužno može imati za posljedicu rješenje prema kojemu određeno trgovačko društvo može imati kao osobni statut pravni poredak jedne države, a državnu pripadnost druge države.

4.2. Do nastanka i razvoja Rimskog Carstva nije se moglo govoriti o pravnom položaju stranaca, jer stranac nije imao nikakvih prava. Tek za vrijeme Rimskog Carstva stranci (peregrini) dobivaju određena prava⁸².

⁷⁹ Drugačije LOUSSOUARN / BOUREL, dir. str. 224; Više o tome KLASIČEK, Renvoi - za i protiv, Zbornik PFZ, 47, 4, str. 369-405.

⁸⁰ EHRENZWEIG / JAYME, str. 231.

⁸¹ KATIČIĆ, Novi ogleđi, str. 70. i dalje.

⁸² V. EISNER, str. 112.

Danas je svaka država članica UN dužna dati strancima određeni minimum prava⁸³.

Pravni položaj stranog trgovačkog društva uređen je nacionalnim i konvencijskim zakonodavstvom. U Hrvatskoj postoje brojni propisi koji metodom neposredne primjene uređuju pravni položaj trgovačkih društava. Među njima najvažniji je svakako ZTD84. U članku 620 st. 1. ZTD određuje da inozemni ulagatelj može u Republici Hrvatskoj osnivati ili sudjelovati u osnivanju trgovačkih društava, u njima stjecati prava i preuzimati obveze pod jednakim uvjetima, te imati jednak položaj kao i domaća osoba. Međutim, sve navedeno uz uvjet uzajamnosti koja se pretpostavlja. Ako se traži uzajamnost, to također znači da treba odrediti državnu pripadnost svakog trgovačkog društva prije nego uđe u radnje ulaganja ili sudjelovanja u stjecanju prava i preuzimanju obveza.

Najvažniji izvor prava koje određuje pravni položaj stranaca jest konvencijsko pravo. Tako u Ugovoru o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja sklopljenog između Hrvatske i Mađarske u članku 2. točka 1. stoji: "Svaka ugovorna stranka će na svom teritoriju primjenjivati prema ulagateljima druge ugovorne stranke, glede upravljanja, održavanja, korištenja, uživanja, postupak koji je pravičan i nepristran i ne manje povoljan od onog što ga primjenjuje prema vlastitim ulagateljima ili onima neke treće države, prema tome što je povoljnije"⁸⁵. Slično je ovo pitanje uređeno i u drugim ugovorima koje je sklopila Hrvatska s drugim zemljama. Tako s Francuskom⁸⁶, Slovačkom⁸⁷, Italijom⁸⁸, Švicarskom⁸⁹, SAD⁹⁰, Grčkom⁹¹, Češkom⁹² i dr.

U svim navedenim ugovorima predviđen je nacionalni tretman, što uvjetuje određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva kada se nađe u situaciji da koristi nacionalni tretman predviđen odnosnim međunarodnim ugovorom.

5. Mogući kriterij za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva

5.1. Ukoliko se može prihvatiti konstatacija da je pitanje državne pripadnosti trgovačkog društva značajno, ostaje također otvoreno važno pitanje izbora kriterija prema kojemu se može odrediti državna pripadnost trgovačkog društva. Naprijed je

⁸³ ANDRASSY / BAKOTIĆ / VUKAS, *Međunarodno pravo*, 1995.1, str. 281 i dalje.

⁸⁴ V. bilješku br. 77.

⁸⁵ NN dodatak *Međunarodni ugovori*, (dalje: NNMU) 1997, 1, str. 1-4.

⁸⁶ NNMU 1997. 1, str. 4-7.

⁸⁷ NNMU 1997. 1, str. 7-10.

⁸⁸ NNMU 1997. 4, str. 223-236.

⁸⁹ NNMU 1997. 6, str. 314-316.

⁹⁰ NNMU 1997. 6, str. 316-321.

⁹¹ NNMU 1997. 6, str. 321-324.

⁹² NNMU 1997. 6, str. 324-327.

rečeno da se osobni statut i državna pripadnost, uz mnogo više korišteni termin pripadnost, uglavnom obrađuje zajedno. Pri tome se češće misli na osobni statut, a katkad na osobni statut i na državnu pripadnost. Slijedom toga ne pravi se razlika ni prigodom definiranja kriterija. Tako se navodi kriterij osnivanja i stvarnog sjedišta, a manje kriterij centra - poslovanja i državljanstva članova uprave. Kada je u pitanju osobni statut trgovačkog društva, pisac zastupa stajalište kako postoji neraskidiva veza između trgovačkog društva i prava mjesta osnivanja, jer se kod osobnog statuta radi o uređivanju pravnih pitanja koja određuju bitna pravna svojstva individualnosti trgovačkog društva. To je ujedno i razlog što navedena situacija predstavlja iznimku od načela primjene najbližeg prava⁹³.

5.2. Kada je riječ o državnoj pripadnosti trgovačkog društva i problemima izbora kriterija za određivanje njegove državne pripadnosti, situacija je sasvim drugačija. Naime, državna pripadnost trgovačkog društva određuje političku i gospodarsku vezu odnosnog društva s određenom državom, što je važno pri određivanju nacionalnog tretmana na području drugih država. Ta veza trgovačkog društva s državom čiju pripadnost ono ima ne mora nužno biti trajna i neraskidiva i stoga spada u promjenjive kategorije. Čini se da u navedenoj situaciji nema razloga da se izbor kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva ograniči samo na jednu mogućnost kao što je to slučaj kod osobnog statuta. Dapače, takvo postupanje će omogućiti primjenu načela najbližeg prava kao jednog od najznačajnijih kriterija međunarodnog privatnog prava. Ovo načelo nije samo sebi svrha, već njegova primjena omogućava primjenu najprikladnijeg prava (od više njih) s kojima je situacija koja se rješava u najbližoj vezi.

5.3. Nema sumnje da od navedenih kriterija najviše zadovoljava i najviše je u skladu s načelom najbliže veze kriterij stvarnog sjedišta. U mogućoj usporedbi sa sličnom situacijom kod fizičkih osoba, stvarno sjedište trgovačkog društva najbliže je prebivalištu kod fizičkih osoba⁹⁴. Stvarno sjedište trgovačkog društva je mjesto gdje se donose u pravilu sve značajnije odluke, mjesto u čijoj se blizini nalazi prebivalište svih ili većine članova uprave, pa stoga ima opravdanja da se država na čijem se teritoriju nalazi stvarno sjedište trgovačkog društva tretira kao država čiju državnu pripadnost odnosno trgovačko društvo ima. U velikom broju slučajeva riječ je ujedno i o državi osnivanja, međutim, nisu zanemarivi slučajevi gdje je osnivanje provedeno u jednoj državi i prema zakonima te države, a stvarno sjedište se nalazi u drugoj državi. Rečeno je da u slučajevima gdje se traži odgovor na pitanje koje ulazi u osobni statut odgovor može dati samo pravni poredak koji je proveo osnivanje, međutim, kada je riječ o pitanjima koja se odnose na pravni položaj stranaca za koja je mjerodavno pitanje državne pripadnosti dotičnog trgovačkog društva, čini se da je stvarno sjedište najprikladniji kriterij.

⁹³ KLASIČEK, Kriterij najbliže veze, str. 230.

⁹⁴ KATIČIĆ, Ogleđi, str. 151; Klasiček, Dvojbe glede izbora poveznice za određivanje osobnog statuta fizičkih osoba u međunarodnom privatnom pravu, Pravni vjesnik, 11, 1995. 1-4, str. 37-53.

Države koje su prihvatile u svojim zakonodavstvima stvarno sjedište kao kriterij za određivanje osobnog statuta trgovačkih društava imaju probleme u slučaju premještanja stvarnog sjedišta iz jedne države u drugu. Poznate su dileme oko pitanja je li u takvim slučajevima prestaje osobnost trgovačkog društva prema zakonodavstvu države ranijeg sjedišta, te je nužno provesti novo osnivanje ili ne? Poznat je slučaj Lamot V. Société Lamot Ltd. Radilo se o trgovačkom društvu osnovanom u Velikoj Britaniji, koje je 1932. prenijelo svoje stvarno sjedište u Belgiju. Belgijski kasacijski sud je 1965. presudio da spomenuto društvo nije izgubilo svoju pravnu sposobnost⁹⁵. U Francuskoj je dvojba postojala do 1966. kada su stupili na snagu novi propisi s kojima je omogućen premještaj stranog sjedišta bez pravnog diskontinuiteta pravne osobnosti⁹⁶. Do donošenja novog zakona o međunarodnom privatnom pravu u Švicarskoj je Federalno vijeće (Bundesrat), temeljem Zakona o obvezama, moglo odobriti upis u trgovački registar društvo koje premješta svoje stvarno sjedište u Švicarsku ako u roku od šest mjeseci prilagodi svoj statut švicarskim propisima, te izabere svoja tijela i organe⁹⁷. Zbog teškoća koje izaziva premještaj sjedišta trgovačkog društva u kontinentalnom dijelu Europe, 1956. godine napravljen je prijedlog nacrtu Haške konvencije o priznanju pravne osobnosti stranih društava, udruga i zaklada. Prema članku 3. st. 1. Konvencije, države koje prihvaćaju kriterij stvarnog sjedišta ne moraju priznati društvo koje ima stvarno sjedište izvan države osnivanja⁹⁸. I Rimski ugovor iz 1958. bavi se problemom premještanja sjedišta. Članak 220. nalaže članicama da pronađu mogućnost zaštite pravne osobnosti društva u slučajevima transfera sjedišta⁹⁹.

Sve navedeno o premještaju stvarnog sjedišta trgovačkog društva iz jedne države u drugu odnosi se na određivanje osobnog statuta ili na pitanja osobnog statuta i državne pripadnosti trgovačkog društva. Međutim, kada je riječ o državnoj pripadnosti, ne bi trebalo biti problema jer bi svako premještanje stvarnog sjedišta iz jedne države u drugu moralo imati za posljedicu promjenu državne pripadnosti. Društvo bi izgubilo državnu pripadnost države ranijeg sjedišta, a steklo bi državnu pripadnost države novog stvarnog sjedišta.

Što se tiče kontinuiteta pravne osobnosti, nikakvih promjena ne bi trebalo da bude, osim ako nešto drugo nalaže pravni poredak osnivanja koji bi jedini morao biti mjerodavan jer ujedno predstavlja i osobni statut dotičnog društva.

⁹⁵ STEIN, str. 42.

⁹⁶ BATIFFOL / LAGARDE, str. 346; suprotno NIBYET, *Traité de droit international privé*, 1938. str. 687.

⁹⁷ *Les Législations*, str. 46.

⁹⁸ V. tekst konvencije u *Receuil des conventions de la Haye*, 1966. str. 28-31.

⁹⁹ STEIN, str. 43; KLASIČEK, *Kolokvij o harmonizaciji i unifikaciji prava o poduzecima*, Prikaz, *Zbornik PFZ*, 1973. 4, str.472; GOLDMAN, *The Convention Between the Member States of the European Economic Community on the Recognition of Companies and Legal Persons*, *Common Market Law Review*, 1968. str. 104-128.

U konvencijskom pravu, o čemu će kasnije biti više govora, često se za primjenu nacionalnog tretmana države članice međunarodnog ugovora traži kumulativno postojanje kriterija osnivanja i kriterija stvarnog sjedišta. Čini se da nema ozbiljnijih razloga za prihvaćanje tako restriktivnih stajališta, jer bi to samo umanjilo fleksibilnost gospodarskih subjekata u njihovu poslovanju.

6. Kriteriji za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava u međunarodnim ugovorima u kojima je Republika Hrvatska članica

6.1. U međunarodnim ugovorima, bilo dvostranim ili višestranim, u kojima je članica Republika Hrvatska mogu se naći različiti načini i prihvaćanje različitih kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava. Zbog aktualnosti obrađeni su ugovori koje je Hrvatska sklopila od 1. siječnja 1993., a koji daju tipična rješenja što predstavljaju kriterije za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava.

Što je normalno, najviše definicija koje se odnose na kriterije za određivanje državne pripadnosti pravnih osoba općenito i trgovačkih društava posebno sadrže ugovori o poticanju i zaštiti ulaganja, a manje takve definicije sadrže ugovori o poticanju trgovinskih i gospodarskih odnosa. Ugovori o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja imaju svoju posebnu logiku i metodologiju tako da nisu na ovom mjestu obrađeni. Predmet pozornosti bili su samo dvostruki ugovori, jer Hrvatska nije sklopila ni jedan višestrani ugovor koji definira kriterij za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava u periodu od 1. siječnja 1993. do danas. Zanimljivo je konstatirati da su u obrađenim ugovorima zastupljene gotovo sve moguće kombinacije. Neki ugovori uopće ne definiraju bilo kakav kriterij ili način kako da se odrede trgovačka društva koja imaju državnu pripadnost jedne ili druge ugovorne stranke i na taj način uživaju veće ili manje beneficije koje im osigurava odnosni ugovor, nego se zadovoljavaju formulacijama kao "...pravne osobe obiju država¹⁰⁰", ili "...tvrtke jedne i druge ugovorne stranke"¹⁰¹. Slične odredbe imaju i neki drugi ugovori¹⁰². Samo tri ugovora prihvaćaju kriterij sjedišta ne precizirajući pri tome da li se radi o stvarnom sjedištu. Riječ se o sljedećim ugovorima: Ugovor o

¹⁰⁰ V. ugovor o trgovini i gospodarskoj suradnji, sklopljen između Republike Hrvatske i Ukrajine, NNMU 1995. 1, str. 7-8.

¹⁰¹ Ugovor o gospodarskoj suradnji sklopljen između Republike Hrvatske i Arapske Republike Egipat, NNMU, 1995. 5, str. 192.

¹⁰² V. sporazum o dvostranim gospodarskim odnosima, sklopljen između Republike Hrvatske i Republike Austrije, NNMU 1993. 1, str. 1-3; Sporazum o gospodarskoj suradnji između Republike Hrvatske i Republike Poljske, NNMU 1993. 3, str. 37-39; Ugovor o cestovnom prijevozu osoba i stvari, sklopljen između Republike Hrvatske i Kraljevine Španjolske, NNMU. 1994. 1, str. 461-464; Ugovor o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja, sklopljen između Republike Hrvatske i Republike Mađarske, NNMU 1995.10, str. 308.

cestovnom prometu s Austrijom¹⁰³ i Nizozemskom¹⁰⁴, te ugovor o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja sklopljen s Italijom¹⁰⁵. Znatno veći broj ugovora prihvaća kriterij osnivanja kao kriterij za utvrđivanje državne pripadnosti jedne od ugovornih stranaka.

To su ugovori o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja s Kinom¹⁰⁶, Mađarskom¹⁰⁷, SAD¹⁰⁸, Grčkom¹⁰⁹, Kanadom¹¹⁰, Velikom Britanijom¹¹¹, Ruskom Federacijom¹¹², Makedonijom¹¹³ i Malezijom¹¹⁴. Nešto manji broj ugovora prihvaća alternativnu primjenu kriterija osnivanja ili sjedišta, pri čemu je uvijek u kumulaciji sa sjedištem "stvarna gospodarska aktivnost" ili "stvarna poslovna djelatnost." To je ugovor o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja s Poljskom¹¹⁵, BiH¹¹⁶ i Arapskom Republikom Egipat¹¹⁷.

Znatno je veći broj država s kojima je Hrvatska sklopila dvostrane ugovore u kojima su prihvaćeni kumulativno kriterij osnivanja i kriterij sjedišta. To su: ugovori o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja s Albanijom¹¹⁸, Argentinom¹¹⁹, Slovačkom¹²⁰, Portugalom¹²¹, Francuskom¹²² i Češkom¹²³. Osim kumulativne primjene kriterija osnivanja i sjedišta, neki ugovori određuju da će nacionalni tretman i beneficije predviđene ugovorom imati trgovačka društva koja, uz osnivanje i sjedište, imaju i stvarnu poslovnu aktivnost na teritoriju ugovorne stranke. Tako određuju ugovori o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja s

¹⁰³ U članku 1. stoji "...pravna osoba koja ima sjedište na suverenom području jedne od ugovornih stranaka". NNMU, 1994. 11, str. 456-458.

¹⁰⁴ NNMU, 1994. 12, str. 471-474.

¹⁰⁵ NNMU, 1997. 4, str. 232-236.

¹⁰⁶ NNMU, 1994. 2, str. 40-42.

¹⁰⁷ NNMU, 1997. 1, str. 2-4.

¹⁰⁸ NNMU, 1997. 6, str. 316-321.

¹⁰⁹ NNMU, 1997. 12, str. 321-324.

¹¹⁰ NNMU, 1997. 12, str. 603-609.

¹¹¹ NNMU, 1997. 12, str. 619-621.

¹¹² NNMU, 1996. 1/13, str. 523-525.

¹¹³ NNMU, 1995. 10, str. 308-311.

¹¹⁴ NNMU, 1996. 1/7, str. 326-329.

¹¹⁵ NNMU, 1995. 10, str. 305-308.

¹¹⁶ NNMU, 1997. 8, str. 434-437.

¹¹⁷ NNMU, 1998. 8, str. 250-253.

¹¹⁸ NNMU, 1994. 2, str. 37-39.

¹¹⁹ NNMU, 1996. 4, str. 133-135.

¹²⁰ NNMU, 1997. 1, str. 7-10.

¹²¹ NNMU, 1997. 12, str. 609-612.

¹²² NNMU, 1997. 1, str. 4-7.

¹²³ NNMU, 1997. 6, str. 324-327.

Rumunjskom¹²⁴, Bugarskom¹²⁵, Čileom¹²⁶, Švicarskom¹²⁷, Turskom¹²⁸ i Austrijom¹²⁹. Ugovor o prijevozu putnika i stvari sklopljen s Poljskom određuje poslovno sjedište kao kriterij za određivanje državne pripadnosti društva jednoj ili drugoj ugovornoj stranci¹³⁰, a ugovor o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja sklopljen s Kuwaitom određuje kriterij osnivanja ili vlasnički udjel subjekata s područja ugovorne stranke kao alternativni kriterij¹³¹.

6.2. Ukoliko treba navedenom bilo kakav komentar, a čini se da treba, svakako treba istaknuti općenitu konstataciju da ne postoji nikakav pravno logičan sustav o prihvaćenim kriterijima za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava u međunarodnim ugovorima u kojima je Hrvatska ugovorna stranka. Isti slučaj može se susresti u velikom dijelu konvencijskog prava općenito, tako da navedena konstatacija nije karakteristika ugovora u kojima je Hrvatska članica.

Čini se da praksa velikog dijela sastavljača tekstova međunarodnih ugovora ne olakšava razvitak svjetske razmjene dobara i usluga. Kako drugačije protumačiti činjenicu da će nacionalni tretman koristiti samo trgovačka društva koja u jednoj ili drugoj državi ugovornici imaju svoje pravno mjesto osnivanja, svoje sjedište i stvarnu poslovnu ili gospodarsku aktivnost.¹³² Međutim, ta ista država u istom kraćem vremenskom razdoblju sklapa s drugim državama ugovore čiji je predmet, čak i naziv, potpuno jednak, ali za korištenje pogodnosti predviđenih ugovorom dovoljno je da trgovačko društvo na teritoriju država ugovornica ima samo svoje mjesto osnivanja ili svoje sjedište ili poslovnu aktivnost, ili je čak dovoljna općenita fraza o društvima jedne ili druge države ugovornice, bez određivanja kriterija uz čiju pomoć bi se moglo sa sigurnošću utvrditi da li postoji državna pripadnost konkretnog društva jednoj ili drugoj ugovornoj stranci.

Najozbiljniji prigovori postojećoj praksi u konvencijskom pravu, kada je riječ o izboru i primjeni kriterija za određivanje državne pripadnosti, mogu se svesti na sljedeće: zahtjev da se ostvare kumulativno više kriterija, primjena različitih kriterija u ugovorima čiji je predmet istovjetan, te neprecizne formulacije pojedinih kriterija.

Kumulativna primjena više različitih kriterija (osnivanje, sjedište i poslovna djelatnost), znatno otežava pristup korištenju nacionalnog tretmana u konkretnom ugovoru. Razumije se da svaka država, u sklopu sa svojim interesima i potrebama,

¹²⁴ NNMU, 1995. 6, str. 218-220.

¹²⁵ NNMU, 1996. 1/14, str. 558-561.

¹²⁶ NNMU, 1996. 5, str. 165-168.

¹²⁷ NNMU, 1997. 6, str. 214-316.

¹²⁸ NNMU, 1997. 16, str. 935-938.

¹²⁹ NNMU, 1997. 19, str. 1037-1040.

¹³⁰ NNMU, 1994. 12, str. 475-477.

¹³¹ NNMU, 1997. 11, str. 589-594

¹³² V. bilješke br. 124-128.

određuje širu ili užu lepezu subjekata na koje se odnosi konkretan ugovor, međutim, restriktivnost takve vrste može pogodovati više malim gospodarskim subjektima, koji u pravilu imaju na teritoriju jedne države svoje mjesto osnivanja, svoje sjedište i područje stvarne poslovne i gospodarske aktivnosti. Velike kompanije koje su pravi nositelji razvoja gospodarstva i promicanja novih tehnologija sigurno su češće u situaciji da na području jedne države budu osnovane, da sjedišta imaju na teritoriju druge države, a najveći dio svoje aktivnosti obavljaju na teritoriju treće ili trećih država. Možda se može ustrvrditi kako se većina međunarodnih ugovora sklapa upravo stoga da se definira pravni položaj značajnih gospodarskih subjekata. Zahtjev za kumulativnu primjenu više kriterija predstavlja restrikciju i smanjeni broj subjekata na koje se odnosi konkretan ugovor.

Nejedinstvenost i primjena različitih kriterija ima za posljedicu da isti subjekti, dakle ista trgovačka društva na području jedne države ugovornice imaju različit položaj od položaja kojega imaju na području druge ili drugih država ugovornica.

Što se tiče nejasnih definicija i korištenje termina koji mogu imati više različitih značenja sigurno nije od koristi. Tako u svim pregledanim ugovorima koristiti se termin sjedište. Sjedište kod trgovačkog društva kada je riječ o osobnom statutu, znači statutarno sjedište, dakle ono mjesto koje je u statutu i u rješenju o registraciji navedeno kao sjedište društva. To sjedište se uvijek poklapa s mjestom osnivanja i registracije, što opet uvjetuje nadležnost suda ili nekog drugog propisanog organa koji provodi osnivanje i registraciju¹³³. Kada bi taj pojam zadovoljavao, ne bi zasigurno ni došlo do uvođenja pojma stvarnog sjedišta. Nije sasvim jasno kako bi se kvalificirao termin "sjedište" korišten u navedenim međunarodnim ugovorima. Teško bi se srušila tvrdnja da je riječ o statutarnom sjedištu koje se uvijek podudara s mjestom osnivanja, premda izričito navođenje sjedišta može biti argument u prilog stajališta kako se mislilo na stvarno sjedište, jer statutarno sjedište ne treba ni spominjati uz mjesto osnivanja. Dakle, moguća su različita objašnjenja i različiti zaključci; a to sigurno nije dobro.

6.3. Kako je navedeno, zastupa se stajalište da restriktivnost u pogledu kumulativnog određivanja više kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava nije dobra. Isto tako, ni pretjerani liberalizam i nejasni stavovi ne zadovoljavaju ciljeve i svrhu koja se očekuje od sklapanja dvostranih i višestranih ugovora. Stoga se predlaže prihvaćanje jednog kriterija i njegovu dosljednu primjenu. Kako kriterij stvarnog sjedišta najviše zadovoljava jedno od temeljnih načela međunarodnog privatnog prava, načelo najbliže veze, predlaže se njegova primjena, ali bez kumuliranja s bilo kojim drugim kriterijem za određivanje državne pripadnosti trgovačkih društava u konvencijskom pravu. Dalje, predlaže se njegova dosljedna primjena u svim ugovorima koji se odnose na pravni položaj stranaca, i to sa svim državama. Dobar primjer može se naći u spomenutom ugovoru kojega je Hrvatska sklopila s Kinom, gdje se određuje da za Hrvatsku vrijedi jedno,

¹³³ CHESHIRE /NORTH'S, str. 174.

a za Republiku Kinu nešto drugo¹³⁴. Također se predlaže da se u svim ugovorima koristi termin stvarno sjedište, koji je dobro poznat i definiran u teoriji, a često korišten u praksi kada je riječ o osobnom statutu trgovačkih društava.

7. Pojam državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom pravu

7.1. Osim u konvencijskom pravu, u pravnom sustavu Republike Hrvatske rijetka su mjesta gdje se spominje, makar u kontekstu, pojam državne pripadnosti trgovačkog društva.

Već spomenuti ZRSZ u svom članku 17. spominje "pripadnost pravne osobe" ali, uz pomoć članka 79. istog propisa, sa sigurnošću se može tvrditi da se odredba članka 17. odnosi na određivanje kriterija za osobni statut pravne osobe¹³⁵.

ZRSZ u Glavi trećoj, koja se odnosi na nadležnost sudova i drugih organa u Hrvatskoj u članku 55., indirektno koristi termin uz pomoć kojeg bi se mogao izvesti zaključak da se određuje sjedište kao kriterij za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva. Naime, spomenuta odredba počinje: "U sporovima protiv fizičke ili pravne osobe koja ima sjedište u inozemstvu..."

Naš ZTD u članku 37. stavak 1. određuje: "Sjedište trgovačkog društva je mjesto u kojemu je uprava društva i odakle se upravlja poslovima društva ili mjesto u kojemu društvo obavlja svoju djelatnost, a određeno je izjavom o osnivanju društva ili društvenim ugovorom, odnosno statutom društva.

U članku 619. stavak 1. isti propis određuje: "Inozemi ulagač je za potrebe ovog Zakona svaka pravna osoba čije je registrirano sjedište izvan Republike Hrvatske..."¹³⁶

7.2. O upotrebi termina "sjedište" bez pobliže oznake da li se radi o stvarnom ili statutarnom sjedištu, već je bilo naprijed riječi. Najkraće: ako nema bliže oznake o kakvom je sjedištu riječ treba korišteni termin sjedište tumačiti u smislu statutarnog sjedišta, koje se uvijek poklapa s poretkom i državom osnivanja.

Što se tiče odredbe članka 37. ZTD, Gorenc smatra da je ZTD prihvatio kriterij stvarnog sjedišta¹³⁷. Teško bi se moglo braniti navedeno stajalište. Naime, odredba članka 37. alternativno određuje da je sjedište društva mjesto u kojemu je uprava društva i odakle se upravlja poslovima društva ili mjesto u kojemu društvo obavlja svoju djelatnost, a određeno je izjavom o osnivanju društva ili društvenim ugovorom, odnosno statutom.

Najznačajniji argument protiv tvrdnje da je ZTD temeljem članka 37. prihvatio stvarno sjedište kao odlučujuće za određivanje državne pripadnosti društva, govori

¹³⁴ V. bilješku br. 106.

¹³⁵ V. bilješku br. 20.

¹³⁶ V. bilješku br. 77.

¹³⁷ GORENC, Trgovačko pravo društva, 1995. str. 55, jednako u komentaru Zakona o trgovačkim društvima u izdanju RRIF, redakcija V. Gorenc, 1995. komentar uz članak 37. str. 41.

stavak 4. istog članka, kada određuje da u slučaju ako je uprava u mjestu različitom od mjesta koje je upisano u trgovačkom registru ili ako društvo obavlja svoju djelatnost u mjestu različitom od mjesta koje je kao sjedište upisano u trgovački registar, "sjedištem se smatra mjesto upisano u trgovačkom registru". Znači, u slučaju dvojbe uvijek prevagu odnosi mjesto upisano u trgovački registar, a to je tzv. statutarno sjedište. Ništa bitno u pogledu zauzimanja stajališta o mjestu sjedišta ne mijenja zadnja rečenica istoga članka koji glasi "... ali se treće osobe glede pravnih posljedica ovisnih o sjedištu društva mogu pozivati na mjesto u kojemu je uprava društva i odakle se upravlja poslovima društva ili na mjesto u kojemu društvo obavlja svoju djelatnost".

Odredba članka 37. ZTD spominje nepotrebno tri različita moguća kriterija, stvarno sjedište, statutarno sjedište i mjesto poslovanja, u alternativnom smislu koje to u stvari nije, jer je uvijek odlučujuće mjesto koje "se upisuje u trgovački registar"¹³⁸.

7.3. Nešto je preciznija odredba ZTD članka 611. stavak. "Inozemno trgovačko društvo je za potrebe ovog Zakona trgovačko društvo koje je valjano osnovano po pravu zemlje u kojoj ono ima registrirano sjedište izvan Republike Hrvatske".

Temeljem citirane odredbe može se sa sigurnošću izvesti zaključak da ZTD državnu pripadnost trgovačkog društva određuje prema kriteriju osnivanja. Ne mijenja ništa ni nepotrebna rečenica iste odredbe "u kojoj ono ima registrirano sjedište izvan Republike Hrvatske", kao ni odredba članka 619. stavak 1. gdje se određuje da je "Inozemni ulagač za potrebe ovog Zakona svaka pravna osoba čije je registrirano sjedište izvan Republike Hrvatske". Predlaže se da članak 611. prihvati stvarno sjedište kao kriterij za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva.

8. Zaključak

Možda će sve što je napisano ostati samo pokušaj da se argumentira kako se mora praviti bitna razlika između materije koja se odnosi na osobni statut trgovačkog društva, i materije koja se odnosi na državnu pripadnost trgovačkog društva, koja određuje njegov pravni položaj, i stoga spada u materiju pravnog položaja stranaca.

U krug pitanja koja svoje odgovore nalaze u mjerodavnom pravu i koje predstavlja osobni statut trgovačkog društva ulaze pravna pitanja o nastanku trgovačkog društva, pravnoj i poslovnoj sposobnosti, njegovom prestanku i dr. Kako je riječ o problemu primjene jednog od više pravnih poredaka s kojima je situacija u

¹³⁸ Članak 37. stavak 3. ZTD.

vezi, taj dio međunarodnog prava zovemo sukobom zakona. Stoga se ZRSZ izričito bavi pitanjem osobnog statuta u svom članku 17. Premda i materija pravnog položaja stranaca danas nedvojbeno ulazi u disciplinu međunarodnog privatnog prava, ZRSZ se ne bavi problemom državne pripadnosti trgovačkog društva, odnosno općenito državnom pripadnošću pravnih osoba, osim indirektno kod pitanja nadležnosti sudova i drugih organa Republike Hrvatske (članak 55.). Međutim, ZTD bavi se problemom državne pripadnosti trgovačkog društva (članak 611.) i inozemnog ulagača (članak 619.) kada određuje njihov pravni položaj u Hrvatskoj.

Činjenica što ZTD obrađuje pitanje državne pripadnosti, a to čini zbog pravnog položaja stranaca, potvrđuje tezu da se radi o različitim materijama kada je riječ o osobnom statutu trgovačkog društva, s jedne strane, i njegovoj državnoj pripadnosti koja bitno određuje njegov politički i gospodarstveni, pa i pravni položaj u materiji pravnog položaja stranaca, s druge strane. U prilog različitosti navedene dvije materije govori i činjenica što se za svaku od njih primjenjuju različite metode prihvaćene u međunarodnom privatnom pravu. Problem izbora mjerodavnog prava koje određuje osobni statut trgovačkog društva rješava se kolizijskopравnom metodom, dok se u materiji pravnog položaja stranaca problem rješava uz pomoć metode neposredne primjene.

Ukoliko se prihvati teza o različitosti dviju navedenih materija, samo je korak do zaključka o mogućnosti izbora različitih kriterija - poveznica, jednom kada je riječ o određivanju osobnog statuta trgovačkog društva, a drugi puta o kriteriju za određivanje njegove državne pripadnosti. Kada je riječ o osobnom statutu, više puta je naglašeno da ne postoji mogućnost izbora. Pravni poredak osnivanja je tako neraskidivo povezan s pravnim pitanjima koja odgovore nalaze u osobnom statutu, tako da osobni statut može biti jedino poredak države u kojoj je provedeno osnivanje.

Rečeno je da državna pripadnost trgovačkog društva određuje njegov politički, gospodarski i drugi sličan položaj. Kako se ovdje ne radi o pravnim pitanjima, izbor kriterija treba biti adekvatan. Zakonodavac je, slobodan u izboru kriterija prema interesima i potrebama svoje države. Predlaže se prihvaćanje stajališta prema kojemu bi se državna pripadnost trgovačkog društva odredila prema mjestu stvarnog sjedišta. Ovo stoga jer je kriterij stvarnog sjedišta više činjeničnog karaktera nego pravnog i najviše odgovara jednom od najvažnijih načela međunarodnog privatnog prava, načelu najbliže veze.

Summary

**PROPOSITION OF CRITERIA FOR THE NATIONALITY
OF COMPANY IN CROATIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

The Author takes a stand that there is the essential difference between subject-matter considering the personal statute (*lex personalis*) of company and subject-matter determined by nationality (legal status of foreigners in Private International Law). Distinctions do not concern only the contents but do implicate different respective methods.

Accordingly, the Author comes to the conclusion about distinct criteria for Governing Law (personal statute of company) and nationality.

The Article clarifies that questions resolved in personal statute do appertain to the sphere of legal affairs (establishment, legal capacity, legal capability to perform an act, closure of legal existence...) and (thus) become incorporated in legal system of the place of incorporation. This explains the renouncement of connecting factor as relevant criterion and substitution with incorporation criterion. Questions under personal statute are resolved through collision legal methods covered by conflict of laws.

On the other side, questions relevant for legal statute of company in foreign states (depending on nationality) do not invoke legal pattern but do involve standards of political & commercial issue. Related methodology accordingly alters, interfering through the method of immediate application.

The Author's further conclusions do consider the application of different criteria for nationality of company (different from criteria for personal statute) as the consequence of different contents & different methods. As the actual headquarter represents a factual category more than a legal one, corresponding mostly to the principle of the closest connection (one of the most significant principle of private international law), the actual headquarter is proposed as relevant criterion for nationality of company.

Key words: *private international law, company, actual headquarter, principle of the closest connection, nationality.*

Zusammenfassung

VORSCHLAG FÜR KRITERIEN ZUR BESTIMMUNG DER STAATZUGEHÖRIGKEIT EINER HANDELSGESELLSCHAFT IM KROATISCHEN UND INTERNATIONALEN PRIVATRECHT

Der Autor vertritt in dem Aufsatz den Standpunkt, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen der Materie besteht, die sich auf das persönliche Statut (*lex personalis*) einer Handelsgesellschaft bezieht und der Materie, die deren staatliche Zugehörigkeit bestimmt und im internationalen Privatrecht mit dem Oberbegriff? Rechtslage des Ausländers bezeichnet wird. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Materien sind nicht nur inhaltlich, sondern manifestieren sich auch in den Methoden, durch welche die Situationen gelöst werden, die der einen oder anderen der erwähnten Materien angehören. Aus der These, dass zwischen den beiden erwähnten Bereichen Unterschiede bestehen, schliesst der Autor, dass ebenfalls die Möglichkeit besteht, unterschiedliche Kriterien zur Bestimmung des massgeblichen Rechts (*Governing law*) anzuwenden, die ein besonderes Statut der Handelsgesellschaft darstellt; und zwar Kriterien, mit deren Hilfe die staatliche Zugehörigkeit (*nationality*) der Handelsgesellschaft bestimmt wird.

Im Aufsatz wird begründet, dass die Fragen, die im persönlichen Statut ihre Antwort finden, in den Bereich der Rechtsfragen fallen (Entstehung, Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Beendigung der rechtlichen Existenz u.a.) und deshalb untrennbar mit dem Rechtssystem der Gründung verbunden sind (*place of incorporation*). Aus diesem Grund kann nicht das andere Kriterium - Verbindungsfaktor (*connecting factor*) benutzt werden, sondern das Kriterium der Gründung. In der Materie, zu der die Fragen des persönlichen Statuts gehören, werden die Probleme mit Hilfe der kollisionsrechtlichen Methode gelöst, was in den Bereich der Gesetzeskonflikte (*conflict of laws*) gehört.

Andererseits sind die Fragen, die wesentlich für die Rechtslage der Handelsgesellschaft in anderen Ländern sind, die von ihrer Staatszugehörigkeit abhängt, keine Fragen juristischen Charakters, sondern gehören in den Bereich der Politik und Wirtschaft. Auch die Methoden zur Lösung sind unterschiedlich, denn hier wird die Methode der unmittelbaren Anwendung benutzt. So kommt der Autor zu folgendem Schluss: wenn es sich um verschiedene Inhalte und verschiedene Methoden handelt, so können auch verschiedene Kriterien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer Handelsgesellschaft angewandt werden, verschieden von den Kriterien zur Bestimmung des persönlichen Statuts.

Da der wirkliche Sitz (*actual headquarter*) eher eine tatsächliche als juristische Kategorie darstellt und am meisten einem der wichtigsten Prinzipien im internationalen Privatrecht, dem Prinzip der nächsten Verbindung (*the closest*

connection) entspricht, wird vorgeschlagen, das Kriterium des wirklichen Sitzes zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer Handelsgesellschaft zu akzeptieren.

Schlüsselwörter: *internationales Privatrecht, Handelsgesellschaft, wirklicher Sitz, Prinzip der nächsten Verbindung, Staatszugehörigkeit.*

UREDAN POZIV - PRETPOSTAVKA ZA DONOŠENJE PRESUDE ZBOG IZOSTANKA

Mr. sc. Jozo Čizmić, viši predavač
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.951.1
347.923

Ur.: 1. listopada 1998.

Pr.: 14. listopada 1998.

Pregledni članak

Fenomen odsutnosti/pasivnosti stranaka u parničnom postupku jest konstantni fenomen i već od najranijeg doba kreatori parničnih procedura nastoje pronaći mjere kojima bi se otklonili negativni učinci te pasivnosti stranaka na tijek parničnog postupka. ZPP osigurava nametanje pravne discipline u parničnom postupku sankcionirajući na razne načine pasivnost stranaka. Jedno od najefikasnijih sredstava za osiguranje te procesne discipline, osobito za sprječavanje tuženika da svojom pasivnošću ometa vođenje postupka, jest upravo presuda zbog izostanka (zbog neosporavanja tužbenog zahtjeva).

Da bi se, međutim, ta presuda mogla donijeti, nužno je da budu ispunjene određene zakonom propisane pretpostavke. U radu autor razmatra značenje uredne dostave poziva tuženiku kao jedne od tih pretpostavaka, nastojeći taj institut istražiti u hrvatskom pravu de lege lata i de lege ferenda, osobito upozoravajući i na neka komparativna rješenja.

Ključne riječi: presuda, izostanak, poziv.

I. Uvod

Postupak koji prethodi donošenju odluke u pravilu je kontradiktoran. Pred sudom se, najčešće, nalaze dva suprotstavljena stranačka zahtjeva.¹ Tužitelja, koji traži zaštitu svojega subjektivnog prava, i tuženika, koji, u pravilu, nastoji osporiti utemeljenost tužbenog zahtjeva.² O utemeljenosti tužbenog zahtjeva, odnosno o

¹ "Procesna prava pridaju poseban značaj odredbama koje se odnose na prisustvo/aktivnost stranaka u građanskom parničnom postupku. Građanski postupak je kontradiktoran i pretpostavlja, po definiciji, prisustvo stranaka čiji su interesi u sukobu". STOENSCU, I. - ZILBERSTEIN, S., *Drept Procesual Civil-Tratat, Teoria generala*, Bucuresti 1977., str. 468.

² Usp. TRIVA, S., *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, "ZRPFGZ", 10, 1960., br. 3-4, str. 286.

utemeljenosti tužiteljeva traženja da mu sud pruži pravnu zaštitu određenog sadržaja, sud odlučuje presudom.³ Parnicu sačinjava niz parničnih radnji stranaka i suda koje se odvijaju po redosljedju i na način određen postupovnim pravilima, s ciljem da se utvrdi je li tužiteljev zahtjev za zaštitu povrijeđenoga ili ugroženoga subjektivnog prava utemeljen ili ne. Parnica se uobičajeno okončava donošenjem kontradiktorne presude o glavnom ili meritornom pitanju, tj. donošenjem presude kojom sud, na temelju kontradiktornih prijedloga i navoda parničnih stranaka, odlučuje o utemeljenosti tužbenog zahtjeva.

Za donošenje valjane odluke potrebno je osigurati aktivno sudjelovanje obiju stranaka.⁴ Kako se u parničnom postupku ni tužitelju ne pruža pravna zaštita njegovih prava bez njegove suradnje, tako se ona ne mora, a i ne može, pružati ni tuženiku bez njegove suradnje. Bez suradnje obiju parničnih stranaka sud nije u mogućnosti točno i potpuno utvrditi sve okolnosti koje su važne za donošenje pravilne i na zakonu utemeljene presude. Potrebno je, dakle, prisiliti tuženika da, i zbog njegova osobnog interesa, aktivno sudjeluje u prikupljanju procesnog materijala, te u utvrđivanju okolnosti bitnih za pravilno rješenje spora.⁵

S problemom neaktivnosti stranaka, osobito tuženika, pojedini pravni poreci susretali su se praktično od početka civilizacije, te su na nju različito reagirali - od izravnih do posrednih sankcija. U modernom pravu, koje više ne poznaje tzv. *Einlassungszwang* - dužnost na upuštanje u parnicu pod prijetnjom izravnih sankcija, uveden je institut presude zbog izostanka/pasivnosti/propuštanja osporavanja zahtjeva, koji, s jedne strane, treba djelovati kao sredstvo procesne discipline, a s druge strane, spriječiti nepotrebno otezanje procedure, šikaniranje protivnika, odnosno omogućiti efikasno i odvijanje i okončanje parnice.⁶ Usprkos svim mjerama koje su zakonodavci predviđali i predviđaju, rezultati nisu uvijek (bili) na visini ambicija, pa je problem neaktivnosti parničnih stranaka i danas aktualan.⁷

³ TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 478.

⁴ "Da bi sud lakše i ispravnije riješio spor, potrebno je da obje stranke u postupku aktivno sudjeluju, poduzimajući potrebne parnične radnje". JUHART, J., *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961., str. 431. "Suvremeni pravni promet traži brzo i djelotvorno rješavanje pravnih sporova. Zbog skupog i dugotrajnog parničenja, odugovlačenje u pružanju pravne zaštite nanosi štetu i pobjedniku u sporu". TRIVA, S., *Mjere koje imaju za cilj da građanski sudski postupak bude brži i efikasniji*, "Arhiv", 58, 1972, br. 4, str. 421.

⁵ ZUGLIA, S., *Građanski parnični postupak FNRI*, Zagreb 1957., str. 455.

⁶ "Propisi o postupku u slučaju izostanka/neaktivnosti stranaka, nužno su i prikladno sredstvo kako bi se, s jedne strane, suprostavilo odugovlačenju postupka, te, s druge strane, usprkos izostanku/neaktivnosti stranaka, donijelo pravilnu presudu". HABSCHEID, W. J., *Das Versaumnisverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht*, XI. Internationaler Kongres für Rechtsvergleichung, Caracas 1982., str. 68.

⁷ BAILLY, M. P., *Le défaut et l'opposition - notion, technique et prévention du défaut - les effets du défaut et de l'opposition - la procédure de défaut dait - elle être maintenue*, fotokopija studije, Paris, s. a., str. 34.

U nekim slučajevima sud donosi meritornu odluku bez kontradiktornog raspravljanja parničnih stranaka, na temelju dispozitivnih radnji samih stranaka, između ostaloga i na temelju presumiranog priznanja činjenica iznijetih u tužbi od strane (neopravdano) izostalog tuženika.⁸ U tom posljednjem slučaju sud donosi presudu (zbog izostanka) kojom meritorno odlučuje u korist tužitelja, jer je tuženik izostao s pripremnog ročišta/prvoga ročišta za glavnu raspravu, a nije prije toga osporio tužbeni zahtjev.⁹ Međutim, da bi se mogla povući takva stroga konzekvenca, nužno je stranci protiv koje bi ona djelovala *lege artis* omogućiti da sudjeluje u postupku. U suprotnom, bi bilo povrijeđeno temeljno ljudsko pravo na *fair* postupak koji je opća tekovina svih modernih procesnih sustava.¹⁰ Jedna od pretpostavaka za omogućavanje urednog sudjelovanja jest upravo uredna dostava tužbe s pozivom na davanje odgovora, odnosno s pozivom na ročište.

U hrvatskom pravu u svezi sa složenim problemom pasivnosti stranaka utvrđena je posebna reakcija samo u povodu pasivnosti tuženika. Protiv totalno pasivnog tuženika može se na prijedlog tužitelja donijeti tzv. presuda zbog izostanka, koja je, prema dominantnom shvaćanju, utemeljena na presumpciji da pasivni tuženik priznaje istinitosti činjeničnih navoda u tužbi.¹¹ Međutim, da bi se smio izvesti takav zaključak, pozvanom tuženiku mora biti omogućeno izjasniti se o navodima i zahtjevima tužitelja - tužba i poziv moraju mu biti uredno dostavljeni. ZPP omogućuje vođenje parničnog postupka uz poštivanje procesne discipline svih sudionika, predviđajući odgovarajuće mjere i procesna sredstva prema neposlušnoj i nesavjesnoj stranci zbog propuštanja određenih parničnih radnji, poradi čega mogu za takvu stranku nastupiti određene zakonske posljedice.¹² Presuda zbog izostanka,

⁸ ZUGLIA, S., o. c., str. 441.

⁹ *Presuda zbog izostanka*, "Pravna enciklopedija 2", Beograd, 1985., str. 1284. i *Presuda zbog izostanka*, "Pravni leksikon", Beograd, 1964., str. 714.

¹⁰ Tako Europska konvencija, čl. 6.; Međunarodni pakt o ljudskim pravima, čl. 14.; ZPP, čl. 5.

¹¹ U pravnim sustavima koji svoje stajalište prema neaktivnoj stranci temelje na tezi tzv. afirmativne litiskontestacije "za stranku koja se ne upušta u raspravljanje u pravilu se pretpostavlja da priznaje navode, po nekima i zahtjeve, protivnika. Prethodno upozorenje na ovu konsekvenciju neaktivnosti treba da vrši podstrekački utjecaj na stranku koja nije voljna da prihvati te posljedice. Ona se mora aktivno boriti za zaštitu svojih prava ako neće da sud donese odluku koja će se, uglavnom bez rezerve, zasnivati samo na u stvari jednostranim informacijama protivnika". Usp. TRIVA, S., *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, "ZRPFG", 10, 1960, br. 3-4, str. 287.

¹² Sabor Republike Hrvatske donio je, na sjednici održanoj 25. lipnja 1991. godine, Ustavnu odluku o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske i Deklaraciju o proglašenju suverene i samostalne Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 31/91.). Činjenica državnopravnoga osamostaljenja Republike Hrvatske izazvala je niz različitih pravnih posljedica. To se, dakako, očituje i na području građanskog procesnog prava. Republika Hrvatska preuzela je Zakonom od 26. VI. 1991. (N.N. br. 53/91.), jugoslavenski Zakon o parničnom postupku od 24. XII. 1976., objavljen u "Službenom listu SFRJ" br. 4. od 14. I. 1977., s kasnijim izmjenama i dopunama. Zakonom Republike Hrvatske o preuzimanju Zakona o parničnom postupku od 26. VI. 1991. (N.N. br. 53/91., u daljnjem tekstu ZPZPP), savezni Zakon o parničnom postupku preuzet je kao Zakon Republike Hrvatske uz zaštitnu klauzulu da će se primjenjivati ukoliko njegove odredbe nisu protivne Ustavu i zakonima Republike Hrvatske, odnosno ako odredbama ZPZPP nije drugačije određeno. DIKA, M., *Neki*

kao meritorna sudska odluka, jest najznačajnije takvo pravno sredstvo. Uz sve sličnosti s presudama koje se donose na temelju kontradiktorne rasprave,¹³ uz kontumacijske presude vezuju se brojne posebnosti koje zaslužuju potanjnu razradu.

II. Uvjeti za donošenje presude zbog izostanka

Da bi se, u hrvatskom pravu, mogla donijeti presuda zbog izostanka, nužno je da budu ispunjene zakonom propisane pretpostavke.

Prvo, ako je udovoljeno i ostalim uvjetima predviđenima zakonom,¹⁴ presuda

problemi izazvani preuzimanjem saveznih građanskoprocenih zakona, Radni materijal za seminar "Građanskopravni aspekti državnopravnog osamostaljenja Republike Hrvatske", održanoga u Zagrebu 9. i 10. travnja 1992. godine, str. 22. ZPZPP-om, kao i kasnijim Zakonom o izmjenama Zakona o parničnom postupku od 22. XII. 1992. (N.N. br., 91/92.), nisu se mijenjale odredbe članka 332. preuzetoga saveznog ZPP76 kojima je uređen institut presude zbog izostanka. Usp. TRIVA, S. - DIKA, M., *Zakon o parničnom postupku*, Zagreb 1995., str. 1-4. ZPZPP stupio je na snagu danom objave u "Narodnim novinama", br. 53/91., odnosno 8. listopada 1991. godine. ZPZPP-om, ZPP76 preuzet je u svojoj posljednjoj saveznoj redakciji. To znači da je preuzeta i posljednja savezna novela tog zakona (SL SFRJ 35/91.), premda je Vlada Republike Hrvatske svojom odlukom (NN 26/91.) isključila primjenu te novele na teritoriju Republike Hrvatske. DIKA, M., *Parnični i izvršni postupci s postjugoslavenskim elementom*, "PIP", vol. 30, 1991., br. 11-12, str. 685. ZPP76 preuzet je kritički i kreativno, odnosno oslobođen je svih onih organizacijskih, kompetencijskih i procesnih normi determiniranih njegovim federalnim karakterom. Osim toga doveden je u sklad, sadržajno i terminološki, s novim pravnim poretkom uspostavljenim u Republici Hrvatskoj. DIKA, M., *Neki problemi izazvani...*, str. 21.

¹³ Potanje kod ZUGLIA, S., *Prvo ročište i presuda zbog izostanka po nacrtu novog postupnika*, "ZPFZG", 3, 1953., br. 6-7, str. 60.

¹⁴ "Kad tuženik ne dođe na pripremno ročište do njegova zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, ili ako dođe na ta ročišta, ali neće da se upusti u raspravljanje ili se udalji s ročišta, a ne ospori tužbeni zahtjev, donijet će se presuda kojom se prihvaća tužbeni zahtjev (presuda zbog izostanka), ako je udovoljeno ovim uvjetima:

1/ ako je tuženik bio uredno pozvan;

2/ ako tužitelj predloži donošenje presude zbog izostanka;

3/ ako tuženik nije podneskom osporio tužbeni zahtjev;

4/ ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi;

5/ ako činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev nisu u protivnosti s dokazima koje je sam tužitelj ponudio ili s činjenicama koje su općepoznate;

6/ ako ne postoje općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište.

Neće se donijeti presuda zbog izostanka i kad je udovoljeno uvjetima iz stavka 1. ovog članka ako sud nađe da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (član 3. stavak 3.).

Donošenje presude zbog izostanka odgodit će se ako je potrebno da se o okolnostima iz stavka 2. ovog člana prije toga pribave obavijesti.

Ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva, a tužba na ročištu nije preinačena, sud će donijeti presudu kojom se tužbeni zahtjev odbija.

Donošenje presude zbog izostanka može se odgoditi i ako nema dokaza da je tuženik uredno

zbog izostanka, kojom se prihvaća tužbeni zahtjev, može se donijeti ako *tuženik ne dođe na pripremno ročište do njegova zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu* ako pripremno ročište nije održano (ZPP, čl. 332. st. 1.).¹⁵ Izostanak jednog od parničara s prvoga ročišta predstavlja najpovoljniju priliku za njegova protivnika da spor okonča na samom početku - podnošenjem prijedloga za donošenje presude zbog izostanka. Ipak, okolnost što je tuženik izostao s ročišta ne oslobađa sud obveze da pazi na one okolnosti na koje mora paziti *ex officio*. Na prisilne zakonske propise i javni moral sud mora paziti po službenoj dužnosti i kod ovih presuda, isto kao i kod kontradiktornih.

Uz ostale uvjete za donošenje presude zbog izostanka, potrebno je da *tužitelj predloži donošenje presude zbog izostanka* (ZPP, čl. 332., TS. 1., t. 2.).¹⁶ Presuda

pozvan, a nesumnjivo je da mu je poziv upućen. U tom slučaju predsjednik vijeća odredit će rok, koji ne može biti dulji od trideset dana za dostavu u zemlji odnosno dulji od šest mjeseci za dostavu u inozemstvu, da se izvidi je li tuženik bio uredno pozvan. Ako se u tom roku utvrdi da je tuženik bio uredno pozvan, predsjednik vijeća donijet će presudu zbog izostanka.

Protiv odluke kojom se odbija prijedlog tužitelja da se donese presuda zbog izostanka dopuštena je posebna žalba.

U slučajevima predviđenim u st. 3. i 5. ovog člana presudu zbog izostanka može donijeti sud bez saslušanja stranaka." /ZPP, čl. 332./

¹⁵ Usp. sudsku praksu:

- "Nije u skladu s odredbama članka 332. ZPP-a donošenje presude zbog izostanka, i to na drugom ročištu glavne rasprave, bez obzira što tuženik nije pristupio na prvo ročište glavne rasprave. Nije od utjecaja činjenica što tuženik nije pristupio na prvo ročište za glavnu raspravu, jer se ni u takvoj situaciji nije mogla donijeti presuda zbog izostanka na idućem (drugom) ročištu". VsV, Pž - 417/81. od 31. ožujka 1982.

- "U smislu odredaba čl. 332. st. 1. ZPP-a presuda zbog izostanka može se donijeti, uz postojanje ostalih uvjeta, samo na pripremnom ročištu ili na prvom ročištu za glavnu raspravu, a ne na nekome kasnijem ročištu". Okružni sud Split, Gž. 2426/1982 od 19. studenoga 1982.

- "Premda tuženik nije došao na prvo ročište za glavnu raspravu, ne može se donijeti presuda zbog izostanka kad je prije toga bilo određeno pripremno ročište, na koje su pristupile obje stranke pa je tužitelj iznio tužbu, a potom stranke predložile da postupak miruje". Vrhovni sud BiH, gž - 82/58, ZSO, 1958., knj. treća, sv. druga, br. 276.

- "Presuda zbog izostanka može se donijeti samo na pripremnom ročištu ili na prvom ročištu za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, a ne i na drugome ročištu za glavnu raspravu, bez obzira što na prvo ročište tuženik i nije bio pozvan". Privredni sud Hrvatske, Pž-1593/92. od 22. rujna 1992.

- "Nema procesne mogućnosti za donošenje presude zbog izostanka na ročištu za glavnu raspravu kad je prethodno održano pripremno ročište". VsH, Gž-476/79. od 11. srpnja 1979., PNZ 16/80-65.

- "U smislu propisa čl. 332. st. 1. ZPP-a, presuda zbog izostanka može se donijeti, uz postojanje ostalih uvjeta, samo na pripremnom ročištu ili na prvome ročištu za glavnu raspravu, a ne na nekom kasnijem ročištu". OS Split, Gž-2426/82. od 19. rujna 1982. PNZ 22/83-98.

- "Presuda zbog izostanka može se donijeti samo na prvom ročištu za glavnu raspravu. Ako prvo ročište nije održano zbog toga što stranke nisu pristupile, onda se na sljedećem ročištu ne može donijeti presuda zbog izostanka". Stajališta privrednog sudstva u području parničnog i izvršnog postupka, te postupka prisilne nagodbe i stečaja, objavljena u "Sudskoj praksi" br. 2, Zagreb, 1990., br. 52.

zbog izostanka donosi se samo na prijedlog stranke koja je došla (tužitelja), a nikada po službenoj dužnosti. Ona je posljedica prijedloga došavše stranke, a ne samog izostajanja.¹⁷

Odsutnost tuženika ne potvrđuje nužno da on ne osporava tužbeni zahtjev. Njegova odsutnost može imati brojne razloge ili motive, a može biti izazvana i višom silom.¹⁸ Sukladno odredbama članka 332. t. 4. ZPP, presuda zbog izostanka neće se moći donijeti ako je *tuženik podneskom osporio tužbeni zahtjev*. Podnesci ne moraju ispunjavati neku određenu formu. Dovoljno je da se iz njih vidi osporava li tuženik tužbeni zahtjev, odnosno da ne pristaje na njega.

Da bi se mogla donijeti presuda zbog izostanka, potrebno je i da *utemeljenost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi*. Drugim riječima, za

- "Nije zakonito donošenje presude zbog izostanka na drugom ročištu za glavnu raspravu ako prvo ročište nije bilo održano, nego je odgođeno po prijedlogu tuženika koji zbog spriječenosti nije mogao pristupiti na ročište i u istomu prijedlogu najavio podnošenje pismenog odgovora na tužbu koji nije podnio". Okružni sud Slavonska Požega, GŽ-742/73. od 8. studenog 1973. PNZ - 4/170.

- "Presuda zbog izostanka može se donijeti samo na pripremnom ročištu ili na prvom ročištu za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, a ne i na nekom drugom ročištu za glavnu raspravu. Nedopuštena je fikcija o određenom značenju držanja tuženika s nekog drugog idućeg ročišta, a ne s prvog". Viši privredni sud Hrvatske, Pž-1005/81. od 23. lipnja 1981., "Sudska praksa"-5/82., str. 56.

- "Ovlašteni predsjednik vijeća donosi presudu zbog izostanka u tijeku pripremanja za glavnu raspravu, pa slijedom toga može takvu presudu donijeti i na prvome ročištu za glavnu raspravu, ako pripremno ročište nije održano". Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev - 2160/94 od 19. ožujka 1996. godine, objavljena u "Pravo i porezi", br. 10/97., str. 74.

¹⁶ Tako i sudska praksa:

- "Presuda zbog izostanka može se donijeti samo ako tužitelj predloži donošenje takve presude. Prijedlog tužitelja jedna je od temeljnih pretpostavki za valjanost presude zbog izostanka". Okružni sud Zagreb, Gž-2807/84., Informacija br. 14/88., objavljena u "Sudskoj praksi u primjeni Zakona o parničnom postupku", Zagreb, 1988., br. odl. 716.

- "Bez prijedloga tužitelja ne može se donijeti presuda zbog izostanka". Rješenje Vrhovnog suda NR Bosne i Hercegovine, Gzz 140/56., objavljeno u "ZSO", knj. 1., sv. 3., 1956., str.195-196., br. od. 740.

I u pravnoj je teoriji nedvojbeno da bez prijedloga tužitelja sud ne može donijeti presudu zbog izostanka, bez obzira što postoje svi drugi uvjeti. Na taj je način donošenje presude zbog izostanka prepušteno volji tužitelja, odnosno njegovoj dispoziciji. Na temelju toga neki su pravnici praktičari zauzeli stajalište da tužitelj može upravljati postupkom, pa i predložiti održavanje (kontradiktorne) rasprave u odsutnosti tuženika. Smatramo ovakvo stajalište neprihvatljivim jer je u suprotnosti s odredbama ZPP-a o mirovanju postupka, kojima je izričito propisano nastupanje mirovanja postupka ako na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu dođe samo tužitelj, pa ne predloži donošenje presude zbog izostanka. Mirovanje postupka nastupa, dakle, po sili zakona, i to protivno želji i volji tužitelja. U tom slučaju mirovanje postupka predstavlja za tužitelja sankciju zbog pokušaja zlouporabe prava u postupku. Usp. RADOVANOVIĆ, B., *Uslovi za održavanje rasprave u odsustvu tuženoga*, "Pž", 16, 1967., br. 2, str. 67.

¹⁷ SCHIMA, H., *Die Versaumnis im Zivilprozess*, Leipzig - Wien, 1928., str. 203.

¹⁸ Usp. KRINGS, E. J., *Le défaut et l'opposition*, XI Congreso Internacional de derecho comparado, Caracas, 1982., str. 23.

donošenje presude zbog izostanka potrebno je da je iz tužiteljevih činjeničnih tvrdnji, primjenom materijalnog prava, moguće zaključiti da je postavljeni tužbeni zahtjev osnovan.¹⁹ Prema odredbama čl. 332. ZPP-a sud će donijeti presudu zbog izostanka kojom se prihvaća tužbeni zahtjev ako su ispunjene sve procesnopravne pretpostavke i materijalno-pravne pretpostavke propisane tim zakonskim odredbama, s time da sama dopustivost suđenja ovisi o procesnopravnim pretpostavkama, a donošenje presude kojom se prihvaća tužbeni zahtjev i o materijalnopravnoj pretpostavci iz točke 4. stavka 1. članka 332. ZPP-a, odnosno ako utemeljenost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. Ako sud nađe da ova materijalno-pravna pretpostavka ne postoji, donijet će presudu kojom se odbija tužbeni zahtjev.²⁰ Ovakovo stajalište zastupljeno je i u sudskoj praksi. Sudovi su, u pravilu, zauzeli stajalište da se ne može donijeti presuda zbog izostanka ako utemeljenost tužbenog zahtjeva ne proizlazi iz činjeničnog stanja koje je navedeno u tužbenom podnesku. Ako tužbeni zahtjev nije utemeljen navodima iz tužbenog podneska, ali je utemeljen prema tužiteljevim navodima iznesenima na pripremnom ročištu ili prvom ročištu za glavnu raspravu u odsutnosti tuženika, ne može se

¹⁹ Usp. WERK, H., *Teoretsko - praktični priručnik jugoslavenskog Građanskog parničnog postupka*, knjiga I, Zagreb 1932., str. 217.

Naši sudovi nisu naklonjeni meritornom odlučivanju prema tuženiku koji se drži pasivno. Nenaklonost sudova prema presudi zbog izostanka vidi se i iz tumačenja odredbe po kojoj se odluka može donijeti samo ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. (POZNIĆ, B., *Beleške uz zbirku sudskih odluka za 1968. i 1969. godinu*, "Anali", 19, 1971., br. 1-2, str. 172.)

U tom smislu i sudska praksa:

- "Nema mjesta donošenju presude zbog izostanka ako iz činjeničnih tvrdnji tužbe ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva". VPS u Zagrebu, SI - 2408/76. od 2. XI 1976.

- "Presudom zbog izostanka može se i djelomično udovoljiti tužbenom zahtjevu ako iz navoda tužbe proizlazi utemeljenost tužbenog zahtjeva samo djelomično". Okružni sud Bjelovar, GŽ - 1325/73. od 25 X 1973., "PSP", br. 4/74.

- "Kad su ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog izostanka, činjenice navedene u tužbi, pa i visina nanesene štete, smatraju se dokazanim". VsJ 53/69. od 19. 11. 1969., "ZSO", XV, sv. 1., 1970.

- "Jedan od uvjeta da se može donijeti presuda zbog izostanka jest i taj da se iz tužbe vidi osnovanost tužbenog zahtjeva". VSV, GŽ- 973/58.

- "U slučaju ogluhe ima sudac smatrati istinitima u tužbi navedene činjenične okolnosti, ali pravno presuđenje spornoga predmeta ima on obaviti bez obzira na pravni zaključak sadržan u tužbi". V.B. 5. VI. 1912. Rv VIII 203-12, Pr. 1912, str. 280.

- "Nisu ostvarene pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka kad u tužbi nisu navedene činjenice iz kojih bi trebala proizlaziti osnovanost tužbenog zahtjeva, već samo njegova osnova". VSH, Rev- 2525/89. od 7. svibnja 1990.

²⁰ U tom smislu sasvim određeno i sudska praksa:

- Odluka Županijskog suda u Bjelovaru, br. GŽ - 699/96., od 9. svibnja 1996. godine. Usp. i Odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, br. VI PŽ - 3131/94.-2, od 17. listopada 1995., objavljena u "PUG", vol. 36, 1997., str. 461-462.

donijeti presuda zbog izostanka.²¹

²¹ Usporedi sudsku praksu:

- "Ne može se smatrati da utemeljenost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi kad se iz navoda u tužbi za naknadu štete može zaključiti samo o postojanju štete, dok je visina štete samo naznačena, uz prijedlog da se stvarni iznos štete utvrdi vještačenjem. Po takvoj tužbi ne može se donijeti presuda zbog izostanka iako su ispunjeni svi ostali uvjeti iz članka 332. ZPP-a". Presuda Saveznog suda Gzs. 7/84.

- "Sud ne može donijeti presudu zbog izostanka ako iz tužbe nije jasno po kojoj činjeničnoj i pravnoj osnovi tužitelj traži utuženi iznos". VSV, Gž- 87/63.

- "U sudskoj praksi zastupljeno je stajalište da se presuda zbog izostanka ne može donijeti po tužbi za naknadu neimovinske štete, jer za njeno izricanje treba pribaviti mišljenje vještaka". Odluka VsH- Gž. 143/d75. od 15.1.1976.

Suprotno stajalište:

- "Kad su ispunjeni ostali uvjeti za donošenje presude zbog izostanka, činjenice navedene u tužbi, uključivši i visinu pričinjene štete, smatraju se istinitima. Ovo i u slučaju da se traži novčana naknada neimovinske štete". Presuda Saveznog suda Gzs- 31/76. od 14.5.76.

- "Sud ne može protiv oglušnog tuženika udovoljiti tužbenom traženju kojim se pita ispuna ugovora, kad iz samih parničnih rezultata izlazi da taj tuženik niti je ugovornik, niti je stupio uz ugovornikovo mjesto". S.B. 27. III. 1928., Rv 120-28, M, podatak o presudi kod VERONA, A. - ZUGLIA, S., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnički postupak)*, Zagreb, s. a., str. 577., bilješka 2.

- "U radnom sporu kad se radi o novčanom potraživanju (po osnovu osobnog dohotka, naknada zbog neiskorištenog godišnjeg odmora i naknade za vrijeme bolovanja), može se donijeti i presuda zbog izostanka u smislu čl. 332. st. 1. ZPP-a". Presuda Okružnog suda Zagreb Gž- 6107/76. od 16.11.1976.

- "U sporu radi naknade štete ispunjeni su uvjeti za donošenje presude zbog izostanka ako iz činjenica navedenih u tužbi proizlazi ne samo da je tužbeni zahtjev opravdan u osnovi nego da je opravdan i u količini". Presuda Okružnog suda u Titogradu Gž- 366/74.

- "Jedna od pretpostavki za donošenje presude zbog izostanka jest i da osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. Navedena pretpostavka nije se ostvarila ako tužitelj koji traži naknadu neimovinske štete ne pridonese nikakve dokaze da je takvu štetu pretrpio". Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gzz- 143/75. od 15. 1. 1976.

- "Po tužbi za naknadu štete presuda zbog izostanka može se donijeti ako iz činjenica navedenih u tužbi proizlazi ne samo da je tužbeni zahtjev opravdan u osnovi, već da je opravdan i u količini". Presuda Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 1048/68., Zb. XIII/3-280.

- "Ne može se uzeti da osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi, kada se iz navoda u tužbi za naknadu štete može zaključiti samo o postojanju štete, dok je visina štete samo naznačena, uz prijedlog da se stvarni iznos štete utvrdi vještačenjem. Po takvoj tužbi ne može se donijeti presuda zbog izostanka, iako su ispunjeni svi ostali uvjeti iz čl. 332. ZPP-a". Presuda Saveznog suda Gzs. 7/84., objavljena u 114, str. 273.

- "Kad su ispunjeni ostali uvjeti za donošenje presude zbog izostanka, onda se i navodi o visini pričinjene nematerijalne štete smatraju istinitima kad je naknada zatražena u iznosima koji se uklapaju u činjenične navode tužbe". VsH Rev 612/80. od 3. IX 1980., "PNZ", 18/81-74. Suprotno stajalište iznosi VsV, jer "kad se radi o zahtjevima o kojima sud odlučuje po slobodnom uvjerenju primjenom čl. 223. ZPP-a (npr. kao što su zahtjevi za naknadu nematerijalne štete), ne može se donijeti presuda zbog izostanka pošto u ovakvim slučajevima ne postoje pretpostavke iz čl. 332. st. 1. t. 4. ZPP-a". VsV br. Gzz-11/83. od 26. V 1983. Sp - 9/83/64.

- "Jedna od pretpostavki za donošenje presude zbog izostanka jest i da osnovanost tužbenog

Da bi se presuda zbog izostanka mogla donijeti, činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev ne smiju biti u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate (ZPP, čl. 332. st. 1. t. 5.). Ako tuženik propusti pristupiti na ročište ili ako unatoč svojem pristupanju ne sudjeluje aktivno, sud će donijeti presudu zbog izostanka. U takvoj situaciji prikazivanje činjenica kako ih navodi tužitelj u tužbenom zahtjevu ili u njegovu obrazloženju, koji su već uredno dostavljeni tuženiku, treba prihvatiti kao istinito, osim ako izaziva sumnju glede njihove sukladnosti sa stvarnim stanjem stvari. Sud se u tom slučaju ne upušta u traženje materijalne istine, nego se zadovoljava formalnom istinom.²²

Unatoč tome što su ispunjeni svi ostali uvjeti, presuda zbog izostanka ne može se donijeti ako postoje općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika opravdani razlozi spriječili da ne dođe na pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu. Tuženikov izostanak mora, dakle, biti neopravdan. Ako je sudu poznato da je stranka neotklonjivim i nepredvidivim zaprekama spriječena doći pred sud, on ne smije protiv nje izreći kontumacijsku presudu.

I na kraju, presuda zbog izostanka može se donijeti ako je, među ostalim, tuženik bio uredno pozvan (ZPP, čl. 332., st. 1., t. 1.).

III. Uredan poziv

1. Sud na ročište pravovremeno poziva stranke i ostale osobe čija se prisutnost smatra potrebnom.²³ Uz poziv se stranci dostavlja podnesak koji je dao povod za

zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. Navedena pretpostavka nije se ostvarila ako tužitelj koji traži naknadu neimovinske štete ne pridonese nikakve dokaze da je takvu štetu pretrpio". VsH, Gzz - 143/75. od 15. 1. 1976.

- "Nisu ostvarene pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka kad u tužbi nisu navedene činjenice iz kojih bi trebala proizlaziti osnovanost tužbenog zahtjeva, već samo njegova osnova". VSH, Rev- 2525/89. od 7. svibnja 1990.

- "Presuda zbog izostanka ne može se donijeti kad je u pitanju zahtjev za naknadu nematerijalne štete". VSV, Rev- 823/86. od 12. XI 1986.

- "Prema čl. 332. ZPP-a, presuda zbog izostanka može se donijeti ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. Ovu odredbu zakona treba shvatiti tako da činjenično stanje mora potpuno obuhvatiti činjenične razloge za osnovanost tužbenog zahtjeva, i to kako po pitanju osnove tužbenog zahtjeva, tako i u pitanju visine iznosa koji se traži. Kad tužba ne navodi da je ugovorom određena cijena za izvršeni rad, onda tužba ne sadrži sve činjenice potrebne za odluku o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Na temelju takvog činjeničnog stanja u tužbi, dakle, ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva kakav je postavljen. Shodno tome, sud nije ni mogao donijeti presudu zbog izostanka". SVS Rev. 487/61., "ZSO", knj. VI, sv. 2., 1961/121.

- "Čim su izmijenjene činjenice iz tužbe, onda nema mjesta donošenju presude zbog izostanka, jer je uvjet za takvu presudu da je tuženik bio obaviješten o svim činjenicama prije ročišta koje je propustio i na kojem je predloženo donošenje presude zbog izostanka". VSS, Gž- 2563/61.

²² LENGOLD, L., *Kontumacija u postupku pred sreskim sudom*, "Pravosuđe", 29, 1934., br. 8, str. 641.

²³ U starijem hrvatskom pravu pod pozivom se u parnici podrazumijevala sudska odluka kojom se, po traženju tužitelja, naređivalo tuženiku da dođe na sud poradi pretresa tužbenog zahtjeva.

određivanje ročišta, a u pozivu se naznačuje mjesto, prostorija i vrijeme održavanja ročišta. Ako se uz poziv ne dostavlja podnesak, u pozivu će se navesti stranke, predmet spora te radnja koja će se na ročištu obaviti (ZPP, čl. 114., st. 2.).²⁴ Držimo da je tuženik uredno pozvan na ročište na kojemu se može donijeti presuda zbog

LANOVIĆ, M., *Privatno pravo tripartita*, Zagreb 1929., str. 348. Pokoravanje (odaziv) sudskom pozivu smatrao se moralnom dužnošću, koja je po svojoj snazi nadilazila pravnu. SAJOVIĆ, R., *SI IN IUS VOCATIO, ali sodba zbog izostanka*, "Pravosuđe", 7, 1938., br. 9, str. 600.

²⁴ U tom smislu vrijedi ukazati i na neka komparativna rješenja, osobito u anglo-američkim (common law) pravnim sustavima, ali i zemljama civilnoga prava.

Jedno od temeljnih načela *engleskog* civilnog postupka jest jamstvo svakoj od stranaka da će biti uredno obaviještena o postupku koji se vodi protiv nje. // O'HOOD, P. - HUDSON, A. H., *O'Hood Phillips' First Book of English Law*, London, 1988., str. 367.// Postupak (presude) zbog izostanka provodi se kako u High Court, tako i u County Court - sudu prvoga stupnja za građansko-pravne sporove. // O ustroju engleskih sudova potanje kod LEAVER, P. - CARVER, J., *English Civil Procedure*, rad u zborniku "Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide", urednik Charles Platto, London 1990., str. 76-78.// Premda oba suda sada imaju neograničenu jurisdikciju za građansko-pravne delikte i ugovore, vjerovnici obično pokreću postupak u okružnom sudu ako je vrijednost predmeta spora manja od 3.000 funta, dok za iznose veće od 3.000 funta pokreću postupak u High Court. Glavni razlog tome jest što su pravila o nadležnosti tek nedavno izmijenjena i postupak u High Court je brži, a prisilno izvršenje izvjesnije. // O postupku zbog izostanka pred Queen's Bench Division, kada writ sadrži zahtjev za naknadu štete, potanje kod *Atkin's Encyclopedia of Court Forms In Civil Proceedings*, Second Edition, vol. 25, London, 1975., str. 65-66.// Postupak pred engleskim County Courts započinje dostavljanjem (service) poziva (summons) tuženiku, nadopunjenog elementima tužbenog zahtjeva gdje se navodi vrijednost i narav tražbina i druge pojedinosti tužbenog zahtjeva. Time se tuženik obavještava o tužbenom zahtjevu. Summons ili analogan podnesak kojim se pokreće civilni postupak od strane tužitelja, sadrži obično i nalog tuženiku da pristupi sudu u određenom vremenskom roku. // Potanje kod *Procedural Law*, "The New Encyclopaedia Britannica", vol. 26, Chicago, 1990., str. 149.// Tuženik se poziva da najdalje u roku od osam dana od uručjenja poziva izjavi u sudski zapisnik da se upušta u parnicu. // *Principles of Law*, London, s. 1., str. 14.// Tužitelj mora dostaviti primjerak summonsa tuženiku, i to osobno, poštom (first-class post) ili, što je uobičajeno, njegovu odvjetniku. Obrazac summonsa odvjetnik (solicitor) mora predati ili poslati preporučenom pošiljkom u središnji ured Supremeg Courta u Londonu ili u nadležni ured područnih registara. Drugi primjerak se ovjerava i vraća tužitelju. Tužitelj uručenje poziva mora učiniti vjerojatnim izjavom pod prisegom (affidativ). Postupak pred High Courts razlikuje se donekle od onog pred County Courts. Poziv/"writ" (formular tužbe s pečatom Lorda kancelara) i tužbene navode priprema tužitelj, izdaje ga sud i potom ga tuženiku dostavlja službenik suda šaljući poziv pismom s plaćenim odgovorom. Formular za iznošenje obrane sud dostavlja tuženiku uz poziv. Poziv sadrži na poleđini i tužbeni zahtjev (general indorsement), u kojemu su točno navedeni činjenični navodi tužbe (special indorsement), te je time podnošenje formalne pismene tužbe nepotrebno. // Writ mora sadržavati koncizni tužbeni zahtjev koji se obično naziva general endorsement, a alternativno se može nazivati i specially endorsed, u kojemu tužitelj iscrpno navodi činjenice kojima raspolaže. O'HOOD, P. - HUDSON, A. H., o. c., str. 369.// Poziv se smatra dostavljenim 7 dana nakon upućivanja poštom i tuženik ima daljnjih 14 dana za potvrdu dostave i izjavu hoće li osporiti tužbu, odnosno izjavljuje da se upušta u spor (make appearance). Nakon toga će u sudskom (produživom) roku tužitelj podnijeti obrazloženje svoje tužbe (statement of claim) s dokaznim prijedlozima, a tuženik će na to odговорoriti u danom mu sudskom roku sa svojom obranom (defence). // Tako SIME, S., *A Practical Approach to Civil Procedure*, London 1994., str. 28-37. i PALLUA, E., *Specifični instituti angloameričkog građanskog i privrednog prava*, Zagreb, 1962., str. 18.// U velikom broju slučajeva dokazano je da sama činjenica uručivanja podnesak poziva ne osigurava i pokoravanje tom zahtjevu, odnosno dolazak tuženika pred sud. // Usp. RADCLIFFE, G. R. Y. - CROSS, G., *The English Legal System*, London 1954., str. 313-314.// Ako je tuženiku uručen pismeni sudski poziv, pa nije iskoristio pravo i

moгуćnost pojaviti se pred sudom, može snositi negativne posljedice zbog takve odluke. Protiv njega će biti donesena presuda zbog ogluhe (default off appearance). Drugim riječima, ako tuženik ne odgovori pozivu na parnicu, // Usp. BRIDGWATER, W - KURTZ, S., *The Columbia Encyclopedia*, vol. IV, New York & London, 1963., str. 1725.// odnosno ako potvrda dostave ne bude dostavljena sudu u propisanom roku, tužitelj može odmah predložiti donošenje presude zbog izostanka. Kad tuženik, pak, vrati potvrdu dostave i naznači da se namjerava braniti, ima daljnjih 14 dana unutar kojih može podnijeti obranu, a propuštanje da tako i učini može i ovdje rezultirati donošenjem presude zbog izostanka. // Podatak prema neobjavljenom radu DAVIES, A., *Judgement by Default - Civil Procedure*, "The Law Society", London, 1992., str. 2-3.// U svakom slučaju, tuženik se može ipak pojaviti pred sudom u bilo kojem trenutku prije donošenja presude, usprkos svom početnom izostanku (neaktivnosti). // Usp. RADCLIFFE, G. R. Y. - CROSS, G., o. c., str. 313-314.// Posebnom odredbom nalaže se poništavanje presude zbog izostanka u slučajevima u kojima je propisano dostava podnesaka (poziva) poštom, pa se podnesak vrati poštom tužitelju kao neuručeno adresatu. U tom slučaju, prije poduzimanja bilo kakvog daljnjeg koraka, tužitelj mora bilo rezultirati stavljanje izvan snage presude zbog izostanka zbog toga što podnesak nije propisno dostavljen, ili se obratiti sudu za uputstva. // *Default Judgment*, "Halsbury's Law of England", vol. 37., London, 1982., str. 296.//

Američki civilni postupak pred federalnim sudovima može se podijeliti u nekoliko stadija, stadij i prije nego se predmet preda sudu, ali i nakon što sud donese odluku. To su: prelitigation concerns, pleadings stage, pretrial activities, trial procedures i appellate proces. // Postoji oštra razlika između postupka koji prethodi prvostupanjskom suđenju i samog suđenja. Na suđenju se iznose i utvrđuju činjenice koje su sporne. U prethodnom postupku ove činjenice mogu biti definirane i stranke u sporu moraju se na odgovarajući način pripremiti da bi spriječile eventualna iznenađenja na suđenju. Vidi HAZARD, G. C. - TARUFFO, M., *American Civil Procedure - An Introduction*, New Haven, 1993., FRIDENTHAL, J. - KANE, M. - MILLER, A., *Civil Procedure*, St. Paul, 1985., MOORE, J., *Moore's Federal Practice*, Albany, 1988., JAMES - HAZARD, *Civil Procedure*, Boston - Toronto, 1985.// Civilni postupak započinje predajom tužbe nadležnom sudu. Obično tužiteljjev odvjetnik predaje tužbu (complaint) sudu, koja sadrži presliku tužbe i poziv (summons) koji se dostavljaju tuženiku. Sudski poziv je sudski nalog koji daje obavijest tuženiku o tužbi, odnosno pokrenutom postupku i kojim se od tuženika traži da dostavi odgovor na tužbu u propisanom roku. // "Summons" je sudski nalog kojim se tuženiku daje obavijest o pokrenutom postupku (lawsuit) i kojim se traži da tužitelj odgovori u određenom roku (najčešće u roku od 20 dana). Ako se odgovor ne podnese u predviđenom roku, protiv tuženika može biti donesena presuda zbog izostanka. Ta se presuda donosi kao posljedica tuženikova nepojavljivanja. JAMES - HAZARD, o. c., str. 73-74.// Da bi udovoljio ustavnom zahtjevu, kojim se jamči pravičnost postupka, poziv mora biti sastavljen na način kojim se tuženiku daje jasna obavijest. Obično se poziv uručuje njemu osobno ili pogodnoj osobi u mjestu njegova prebivanja ili zaposlenja, a u okviru mjesne nadležnosti suda. U posebnim slučajevima pozivanje se može izvršiti poštom, putem tiska ili na neki drugi način. // Usp. FARNSWORTH, E. A., *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York 1963., str. 96.// Ako tuženik ne preda odgovor (ispunjeni obrazac odgovora tužitelju - answer), // "Answer" je odgovor na tužbu u kojemu tuženik točku po točku odgovara na zahtjeve i izjave tužitelja navedene u tužbi. Ako se tuženik slaže s navodima tužbe, može ih priznati. Ako se tužitelj ne slaže s tužbenim zahtjevom, odgovor na tužbu mora sadržavati izjavu da tužitelj pobija tužbeni zahtjev. Odgovor može sadržavati i afirmativnu obranu. Ona sadrži legalne razloge zašto se tuženik ne smatra odgovornim čak i ako se utvrdi da su tužiteljevi navodi istiniti. Protutužba je isto tako jedan od oblika odgovora na tužbu. JAMES - HAZARD, o. c., str. 73-74. U odgovoru na tužbu tuženik može isticati i zahtjeve da sud donese neke odluke (motion). Tužiteljjev zahtjev, tuženikov odgovor i svaki drugi podnesak koji tužitelj može navesti u zapisnik, uključuju se u parnične spise. BRIDGWATER, W - KURTZ, S., o. c., str. 1725.// unutar propisanoga roka, protiv njega se može donijeti presuda zbog izostanka (default judgment), koja je posljedica tuženikova nedolaska, odnosno neaktivnosti. // McCARTY, E. W. - BAGBY, J. W., *The Legal Environment of Business*, Boston, 1990., str. 74.// Ali, prije dobivanja presude zbog izostanka, bilo po Pravilu 55(b)(1) ili po Pravilu 55(b)(2) FRCP, mora postojati opis ogluhe, kako je propisano Pravilom 55(a). Ta odredba usvaja bit prijašnjega Equity Pravila 16. Ogluhu sudski službenik može upisati samo glede zahtjeva za deklaratornu zaštitu protiv stranke koja

je propustila raspravljati ili drugačije se braniti. // Vidi *Fisher v. Taylor*, D.C. Tenn. 1940., 1 F. R. D. 448.// Naime, ako stranka protiv koje se traži donošenje presude, propusti pledirati (plead), // "Plediranje" u građanskom postupku ograničeno je samo na razmjenu pismenih podneska prije prvostupanjske rasprave i ne obuhvaća, primjerice, argumentacije odvjetnika na toj raspravi.// ili drukčije se braniti, // Riječi "drugačije se braniti" (otherwise defend), odnose se na isticanje raznih prigovora na stvari kao što su dostava, mjesna nadležnost te potpunost prethodnog podneska, od kojih bi svaki mogao spriječiti ogluhu ako bi bili istaknuti u odsutnosti odgovora na tužbu. Kao što sud navodi u *Bass v. Hoagland*, Pravilo 55(a) ovlašćuje sudskog službenika da upiše ogluhu "kada je stranka protiv koje se traži presuda deklaratorne zaštite propustila raspravljati ili drugačije se braniti kako propisuju ova pravila". To zahtijeva da radi izbjegavanja ogluhe tuženik mora podnijeti ne samo potpun odgovor o meritumu, već mora imati i odvjetnika ili biti prisutan u sudu kada je predmet zakazan za suđenje. Riječi "drugačije se braniti" odnose se na napade na dostavu, prijedloge za odbijanje ili za potpunije pojedinosti, i slično, koji mogu spriječiti ogluhu bez istodobnog raspravljanja o meritumu. *Bass v. Hoagland*, C. A. 5th, 1949, 172 F. 2d 205. Tako podnesak kojim se napada tužba zbog propusta da se navede zahtjev po kojemu može biti odobrena zaštita, spada u pojam "drugačije se braniti". *Rudnicki v. Sullivan*, D. C. Mass. 1960, 189 F. Supp. 714.// kako je to propisano FRCP-om, i na tu se činjenicu ukaže izjavom ovjerenom prisegom (affidativ) ili na drugi način, sudski tajnik (clerk) će upisati propuštanje stranke (the clerk shall enter the party's default). Važno je uvijek imati na umu razliku između upisa propuštanja (Entry of Default) i presude zbog izostanka (Default Judgment). // Distinkcija između upisa propuštanja i presude zbog izostanka postaje posebno važna kada se podnosi pravni lijek. Kao što se i može očekivati, pravni lijek protiv upisa propuštanja spremnije se odobrava negoli protiv presude zbog izostanka. Tako u presudi *Jackson v. Beech*, 636 F. 2d 831 (D. C. Cir. 1980) i *Peebles v Moore*, 48 N. C. App. 497, 269 S. E. 2d 694 (1980).// Upis propuštanja nije presuda, nego je samo zabilješka sudskog službenika koja prekludira stranku u oglosti glede isticanja bilo kakove nove obrane u pogledu odgovornosti. Zabilješka propuštanja registrira činjenicu da je tužena stranka propustila pledirati ili drugačije se braniti. // "Default Judgment - Adjudication Without Trial", s. I., s. a., str. 444-446.//

U **australskom** civilnom postupku, // Potanje o presudi zbog izostanka u australskom pravu pogledati kod: MAYNIHAN, M. P. - SKENNAR, D. S., *Court Forms, Precedents & Pleadings - Queensland*, vol 1, Sydney, Adelaide, Brisbane, Canberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989.; MORISON, W. L., *The System of Law and Courts Governing New South Wales*, Sydney, Melbourne, Brisbane, Adelaide, Perth, Canberra, Hobart, 1984.; RITCHIE, A. V., *Ritchie's Supreme Court Procedure New South Wales*, vol. 1, Sydney, Melbourne, Brisbane, Adelaide, Perth, Canberra, Hobart, 1984.; *The Law Handbook - the easy to use practical guide*, Sydney 1991.; YOUNG, P. W. - O'LEARY, K. F. - HOGAN, A. E., *Supreme Court Civil Procedure -New South Wales*, Sydney, Melbourne, Brisbane, Adelaide, Perth, Canberra, Hobart, 1987.// u slučaju običnog poziva (ordinary summons) pred lokalnim sudovima tuženik ne može ni u kojem slučaju biti u oglosti prije suđenja, jer pristupanje sudu jest sve što se od njega traži. U postupku pred Okružnim sudovima - District Courts - koji su započeti specijalnim pozivom (special summons), tužitelj može od tajnika ishoditi nalog za donošenje presude zbog izostanka, ako podnese ovjerenu dostavnicu posebnog poziva. Ovim se znatno pojednostavljuje postupak suđenja u slučajevima propisanim poslovnikom suda, jer tužitelj može ishoditi presudu zbog izostanka protiv neaktivnog tuženika podnošenjem ovjerene dostavnice posebnog poziva, umjesto da pristupi suđenju. // Usp., MORISON, W. L., *The System of Law and Courts Governing New South Wales*, Sydney, 1984., str. 328-329.//

I u **tanzanijskom** građanskom sudskom postupku, ako nema dokaza da je poziv uredno dostavljen, sud će narediti dostavu drugog poziva izostalome tuženiku. Ako se na zakazano ročištu utvrdi da izostalome tuženiku poziv za raspravu nije dostavljen jer tužitelj nije platio sudske pristojbe ili poštarinu (ako je ima) koja se zaračunava za takvu dostavu, sud može donijeti odluku o odbacivanju tužbe. Sud ipak tužbu neće odbaciti ako tuženik kojemu poziv nije dostavljen ipak dođe na ročište, osobno ili njegov punomoćnik, u parnicama u kojima je dopušteno pristupanje po zastupniku. Ako se nakon slanja poziva tuženiku, poziv vrati neuručen, a tužitelj u roku od tri mjeseca od dana kada dostavljači vrate sudu poziv i povrat ovjeri sudski službenik, propusti zatražiti slanje novog poziva, sud će donijeti odluku o odbacivanju tužbe, osim ako tužitelj unutar navedenog

roka ne uvjeri sud da: nije uspio ni nakon najsavjesnijih nastojanja otkriti boravište tuženika kojemu nije izvršena dostava; ili takav tuženik izbjegava dostavu; ili postoji drugi valjani razlog za produljenje roka, u kojemu slučaju sud može produžiti rok za podnošenje zahtjeva za vrijeme koje smatra primjerenim. U takvom slučaju tužitelj može podnijeti novu tužbu. Ako poziv nije uredno dostavljen (uručen) ili nije dostavljen na vrijeme zbog propusta tužitelja, sud će narediti tužitelju da plati troškove nastale odgađanjem. // Tanzanijski *Civil Procedure Code Act* (Act No. 49 of 1966.), Order IX.//

Prema odredbama **talijanskog** civilnog postupka, prvostupanjski postupak počinje uvijek podnošenjem tužbe (domanda) od strane tužitelja aktom nazvanim citazione. Taj akt upućuje se tuženiku i time ga se poziva pred sud kojemu se inače podnosi zahtjev za pružanje pravne zaštite (domanda). Citazione je procesni niz radnji koji se sastoji iz: 1/ *Vocatio in ius* tuženika protiv kojega se ističe određeni zahtjev, i 2/ podnošenja tužbe sudu. Citazione tuženiku dostavljaju pomoćni sudski organi - cancelliere na temelju posebnog postupka dostavljanja (notificazione). Citazione se vrši uz klauzulu tzv. "fiksiranog ročišta" (audienza fissa). // Potanje kod SATTI, S. - PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, Padova 1996., str. 341-343.// Naime, tužitelj, a ne sud, određuje dan ročišta, a pri tome treba voditi računa o tome da se poziv može pravodobno dostaviti tuženiku. Minimalni vremenski rok između dostavljanja poziva i dana ročišta može iznositi 30 dana, a najduži, za neke prekomorske zemlje, 180 dana. Ovi se rokovi mogu skratiti na zahtjev tužitelja ili tuženika. // TRIVA, S., *Talijansko građansko procesno pravo*, Zagreb, 1962., str. 37-38.// Tek nakon ovoga dostavljanja, sud se izvješćuje o tužbi, i to daljnjim aktom upravljenim na davanje procesnog impulsa, koji ne mora nužno doći od tužitelja. I tuženik može izvijestiti sud, ako to tužitelj ne učini. // Zakonik je prihvatio sustav po kojemu se tuženik upoznaje sa sadržajem tužbe (citazione) prije nego što se tužba dostavi sudu na rješavanje. Izvješćivanje suda može izvršiti bilo tužitelj, bilo tuženik (la costituzione in giudizio i icrizione della causa a ruolo). Sud se uključuje u parnicu tek od časa kada stranke obavijeste sud o sporu. Iako se u nastavku spora strankama priznaju značajna dispozitivna ovlaštenja, i sud ima niz ovlaštenja koja mu daju mogućnost da utječe na ritam i tijek parnice. TRIVA, S., o. c., str. 35. Vidi i TARUFFO, M., *Le défaut dans le proces civil Italien*, Italian national reports to the XIth International Congress of Comparative Law, Caracas, 1982, Milano, 1982., str. 181-182.// Sud se, dakle, uključuje u postupak u drugoj fazi, ali posljedice započetoga postupka počinju u pravilu teći već od dostavljanja tužbe tuženiku, do čega dolazi bez posredovanja pravosudnih organa, samo uz suradnju ufficiale giudiziario i ostalih subjekata koji kod toga dolaze u obzir. Ako tuženik ne pristupi na ročište za raspravu (konstituirati se), // Vidi potanje o konstituiranju stranaka kod NOVA, G. - FERRI, C., *Codici e leggi per l'udienza civile*, Torino, 1977., str. 66-67. i IACOBELLIS, M., *Codice di procedura civile e leggi complementari*, Napoli, 1992., str. 89-97.// a sudac istražitelj nađe nedostatak zbog kojega je poziv ništav (ako je akt citazione nepravilno izvršen), // Potanje o ulozi suca istražitelja kod FRANCHI, L. - FEROCI, V., *Il Nuovo Codice di Procedura Civile*, Milano, 1942., str. XXXV-XXXVIII.// tužitelju se određuje peremptorni rok za ponavljanje poziva tuženiku. Ponavljanje poziva sprječava svaki gubitak prava. // Ako tužitelj ne izvrši naredbu o ponavljanju poziva, sudac nalaže brisanje predmeta iz evidencije i postupak se gasi (TCPC, čl. 291., stavak 3.). Usp., TRIVA, S., o. c., str. 69. i TARUFFO, M., o. c., str. 185.// Ako nalog o ponavljanju poziva nije izvršen, sudac nalaže brisanje predmeta iz evidencije i postupak se gasi (art. 291.). Ako tuženik ne pristupi ni na ročište određeno nakon ponovljenog poziva, proglašava se kontumaksom (art. 171.). // Usp. ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, II, Milano, 1946., str. 165.//

Francuski sudac je ovlašten pozvati stranku da se osobno pojavi na sudu u cilju što potpunijeg rasvjetljavanja činjeničnog stanja. Na taj način sud je u mogućnosti doći do određenog saznanja o činjeničnom stanju glede predmeta spora i prije izvođenja dokaza. Dolazak stranaka pred sud ne može se iznuditi prisilnim putem, ali im se može zaprijetiti izricanje judgement preparatoire. // Tako NAGEL, H., *Die Grundzuge des Beweirsrecht im europaischen Zivilprozess*, Baden Baden, 1967., str. 47.// Prije nego što donese kontumacijsku presudu sudac treba utvrditi jesu li ispunjeni svi preduvjeti, među ostalim odnosno je li poziv za ročište nedošavšem parničaru uredan. Nepostojanje te okolnosti sprječava sud u donošenju kontumacijske presude. Naime, ako se tuženik ne odazove pozivu, postoji mogućnost da se povrijedi njegovo pravo na obranu, posebno ako mu poziv nije osobno uručen. Upravo stoga sudac može izvijestiti tuženika o posljedicama njegova izostanka, i to

zostanka ako je: (1) pozvan sukladno odredbama o dostavi; ako mu je: (2) uredno dostavljen i primjerak tužbe; ako su: (3) poziv i tužba dostavljeni pravovremeno; te ako je: (4) u pozivu tuženiku ukazano na posljedice nedolaska na ročište.²⁵

2. Na pripremno ročište, odnosno na prvo ročište za glavnu raspravu tuženik nije uredno pozvan ako mu t u ž b a nije bila osobno dostavljena (ZPP, čl. 142.).²⁶

ne samo običnim pismom; on, naime, može biti ponovno pozvan aktom sudskog izvršitelja, bilo na zahtjev tužitelja, bilo na temelju odluke koju je sud donio po službenoj dužnosti (art. 471.). // O odsutnosti se prije svega može govoriti kada se tuženik, koji je bio pozvan, ne odazove pozivu (ne comparaisse pas). Tada se radi o izostanku s ročišta, odnosno nedolasku pred sud (defaut faute de comparaitre). MICHELET, E., *Jugements par défaut et oppositions*, Maître de conférences à l'Université de Paris II, fascicule 536, str. 2. Izostanak s ročišta (le défaut faute de comparaitre) ili izostanak protivne stranke (défaut contre partie) postoji onda kada se pozvani tuženik ne odazove na poziv. Kako je tužitelj obavezan odrediti punomoćnika, izostanak može prouzročiti samo tuženik. Premda postoji mogućnost da se izostali tuženik ne želi braniti, nije isključeno i da nije dobio poziv. Upravo zbog te dvojbe, izostalom parničaru pruža se određeno jamstvo, odnosno zaštita putem opozicije. VINCENT, J. - GUINCHARD, S., *Procédure civile*, 22e édition, Paris, s. a., str. 7.// Dostava može biti izvršena osobno, na svakom mjestu gdje sudski izvršitelj (tzv. sudski vratar) može doći osobno do tuženika (i na radnome mjestu i u slobodnom vremenu). Sud može naložiti ponavljanje dostave ako nije učinjena osobno. Međutim, kako ponavljanje postupka izaziva dodatne troškove i otezanje postupka, zakon sucu dopušta da običnim pismom izvijesti tuženika o postojanju sudskog postupka koji je pred njim pokrenut i o nužnosti odazivanja pozivu, kako bi iskoristio svoje pravo na obranu.// KRINGS, J. E., o. c., str. 19. Novi poziv treba sadržavati upozorenje na posljedice izostanka iz art. 472, 473. i 474/2. Sudac može stranku izvijestiti o posljedicama nesudjelovanja i običnim podneskom (art. 471.). Vidi potanje kod PEROTT, R., *Procédure prud'homale. Défaut du défendeur et qualification du jugement*, "RTDC", 81, 1982, br. 1, str. 206-207.// Ako se tuženik ne odazove pozivu, protiv njega se može donijeti presuda zbog izostanka, osim ako se ne radi o odluci donesenoj u postupku zadnje instance ili ako sudski poziv nije bio osobno uručen (art. 473). // Usp. PERROT, R., *Cours de droit judiciaire privé*, t. II, 1972-73, str. 450.// Ako je poziv uručen tuženiku osobno i ako se protiv odluke može uložiti žalba, suđenje/presuda smatra se kontradiktornim. Dopusšteno mu je ipak pristupiti na raspravu, ali više ne može podnositi prijedloge. // Usp. BAILLY, M. P., o. c., str. 1-3.; CROZE, H. - MOREL, C., *Procédure civile*, Paris, s.a., str. 237.; VINCENT, J. - GUINCHARD, S., *Procédure civile*, 22e édition, Paris, s. a., str. 405.//

Ako tuženik ne pristupi na sud tijekom prvog ročišta, prema odredbama **grčkog** civilnog postupka sud će po službenoj dužnosti ispitati jesu li tuženiku tužba i/ili poziv dostavljeni pravilno i u zakonskom roku. Ako tužba i poziv nisu dostavljeni u propisanom roku, sud naređuje da se dostave ponovno, a može odlučiti raspravljati i u odsutnosti tuženika (čl. 217.). Grčki Zakon o civilnom postupku, čl. 217., st. 2.

²⁵ Izraz "uredno pozvan" iz članka 332. ZPP-a u stvari znači da je tuženiku poziv i pravovremeno dostavljen. Dostava istina može biti pravovremeno, ali ne i uredno obavljena, ali svako uredno pozivanje znači da je tuženiku dostava obavljena pravovremeno. Ako je tuženik primio poziv posle zakazane rasprave, pa makar tužbu i poziv za raspravu osobno primio, takva dostava ne može se smatrati urednom. To praktično znači da se pojam pravovremenog poziva ne može odvojiti od pojma "uredno pozvan". MITIĆ, M., *Uredan poziv i kontumacija*, "GAKV", 7, 1958., br. 5, str. 22.

Izraz "uredan" prijevod je riječi ordnungsmaessig koja je upotrebljena u par. 402. AZPO.

²⁶ Tako uostalom i Najman u svom Komentaru uz par. 492. i 493. AZPO smatra da je ročište za raspravu (dakle i prvo ročište) propušteno, te se ima donijeti presuda zbog izostanka, ako je tužba stranci uredno dostavljena, a stranka i pored toga ne dođe na vrijeme koje je određeno za ročište (ili ako dođe ne raspravlja usprkos opomene od strane suda). Ne govori se dakle o uredno dostavljenom pozivu, nego o uredno dostavljenoj tužbi. Podatak prema, BAZALA, B., *Što se smatra urednim pozivom na ročište*, "GAKV", 7, 1958, br. 7, str. 6.

Tužba je podnesak za koje je ZPP-om predviđena posebna tzv. osobna dostava. Drugim riječima, ako se osoba kojoj se tužba mora osobno dostaviti ne zatekne tamo gdje se dostava treba obaviti, dostavljač se mora raspitati kada bi i na kojem mjestu mogao tu osobu zateći, te joj ostaviti pismenu obavijest da poradi primanja tužbe bude u određeni dan i sat u svom stanu ili na radnom mjestu. Obavijest se ostavlja nekom od tuženikovih odraslih članova domaćinstva koji je dužan obavijest primiti, kućepazitelju ili susjedu ako na to pristanu, odnosno osobi koja radi na istom mjestu kao i tuženik, ako ona pristane primiti podnesak. Najkasnije uz poziv za pripremno ročište tuženiku se mora dostaviti primjerak tužbe sa priložima, ako mu tužba već ranije nije dostavljena. Tužba se, dakle, može dostaviti tuženiku na odgovor i prije zakazivanja pripremnog ročišta. I prije zakazivanja pripremnog ročišta predsjednik vijeća može zatražiti od tuženika da podnese odgovor na tužbu, ako bi zbog složenosti spora ili zbog većeg broja zahtjeva istaknutih u tužbi bilo svrsishodno da se tuženik podnesak izjasni o navodima u tužbi (ZPP, čl. 285.).²⁷ Ako uz tužbu postoje i prilozi, i oni moraju biti dostavljeni uz tužbu (ZPP, čl. 107. st. 1.). Prilozi su obvezni sastojci tužbe i tužba je bez njih nepotpuna. Za takvu nepotpunu tužbu ne možemo smatrati da je uredno dostavljena pa se u tom slučaju neće moći donijeti presuda zbog izostanka.

3.1. Tuženik je uredno pozvan ako mu je dostava poziva i drugih pismena (tužbe osobito) izvršena po odredbama koje se odnose na dostava pismena u parničnom postupku (ZPP, čl. 133 - 150.).²⁸ Ako se tuženiku poziv za ročište i tužba dostavljaju zajedno, dostavu treba izvršiti prema pravilima o osobnoj dostavi. Poziv nije podnesak za koje je prema zakonskim odredbama izričito predviđena osobna dostava pa ako je tuženiku tužba već osobno dostavljena, sam poziv za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ne mora biti osobno dostavljen. Štoviše, za poziv je predviđena mogućnost posebnog (posrednog) dostavljanja kako bi se dostava olakšala i izbjegle moguće zlouporabe izbjegavanjem primitka poziva. Za

²⁷ Usp. i sudsku praksu:

- "Tuženik koji nije došao na ročište nije uredno pozvan i ne može se donijeti presuda zbog izostanka kada mu je poziv za ročište dostavljen, ali mu tužba nije dostavljena ni uz poziv i ranije". Vrhovni sud Makedonije, Gž-112/58., Objavljeno u ZSO, 1958., knj. 3., sv. 1., br. 82.

- "Nema mjesta izricanju presude zbog izostanka kada nema dokaza da je tuženiku tužba dostavljena". VSJ, Rev-1804/61, presuda objavljena u ZSO, 1961., knj. 6., sv. 3., br. 271. /Prethodne odluke donesene su na temelju odredaba ZPP56, ali se, kao i stajališta citiranih autora i ostale odluke u daljnjem tekstu zasnovana/donesene na temelju tog zakona, odnose na u biti isto pravno uređenje instituta presude zbog izostanka kao što je to regulirano odredbama hrvatskoga ZPP-a./

- "Ne može se donijeti presuda zbog izostanka kada tuženiku uz poziv za ročište nije dostavljena tužba, već se primjerak tužbe koju je trebalo dostaviti tuženiku nalazi u spisu. Naime, parnica počinje teći tek dostavom tužbe tuženiku i dok ona nije počela teći pozivanjem tuženika na ročište i propuštanjem ročišta od strane tuženika, nema nikakvih zakonskih posljedica". Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž-3425/76., objavljena u časopisu "Odvjetnik", br. 9-10/78., str. 366.

²⁸ U postupku u privrednim sporovima predsjednik vijeća ovlašten je da u hitnim slučajevima ročište zakaže telefonom ili brzojavom (ZPP, čl. 495., st. 4.).

naše tvrdnje uporište nalazimo u razmišljanjima većine autora i većem dijelu sudske prakse.²⁹ S druge strane, prema odredbama članka 142., st. 1. ZPP-a, sud je ovlašten i poziv tuženiku za pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu ako nije održano pripremno ročište, dostaviti osobno ako smatra da je zbog priloženih isprava u izvorniku ili iz kojeg drugog razloga potrebna veća pozornost. Sigurno je opravdana dostava poziva po pravilima o osobnoj dostavi kada je iz dostavnice razvidno da tuženik prethodno nije tužbu i *de facto* preuzeo, jer je tužba prema pravilima o (ponovljenoj) osobnoj dostavi uručena drugoj osobi čime se smatra da je osobna dostava obavljena (ZPP, čl. 142., st. 2.). Neprijeporno je da poziv za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu tužitelju nije potrebno dostavljati prema pravilima o osobnoj dostavi. Ako se tužitelj ne odazove pozivu, odnosno ne pristupi na navedena ročišta, protiv njega se ionako ne može donijeti presuda zbog izostanka. Eventualno donošenje odluke o mirovanju postupka u tom slučaju ne predstavlja prekluziju u pravom smislu riječi za tužitelja, već samo privremeno odgađanje mogućnosti poduzimanja procesnih radnji od strane tužitelja.

Prema odredbama ZPP-a poziv je uredno dostavljen i ako je uručen nekom od odraslih članova domaćinstva koji je dužan primiti poziv, ako adresat (tuženik) nije u trenutku dostavljanja u svom stanu.³⁰ Član zajedničkog domaćinstva ne smije, bez zakonitog razloga, odbiti primiti poziv, i poziv je dužan bez odlaganja predati adresatu. U smislu odredaba članka 332. ZPP poziv je uredno dostavljen onog trenutka kada je član domaćinstva adresata primio poziv, bez obzira je li ga naknadno dostavio adresatu. Poziv je uredno dostavljen i ako se uruči susjedu, ako on na to pristane (ZPP, čl. 141.). Susjed nije dužan primiti poziv ni navesti razlog zbog kojeg ne želi primiti poziv. Ako ga pak primi, dužan ga je bez odlaganja predati adresatu. Ako se dostava vrši na radnom mjestu osobe kojoj se poziv treba uručiti, a ta se osoba tu ne zatekne, dostava poziva može se izvršiti osobi koja na tom mjestu radi, ako ona pristane primiti poziv. "Osoba zaposlena na istom mjestu" kao i adresat može, poput susjeda adresata, ne navodeći razloge odbiti primiti poziv. Zaposlena osoba ne mora biti radnik u radnom odnosu, već to može biti npr. i

²⁹ Usp. ZUGLIA, S. - TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb 1957., str. 124. "Ima se smatrati da je u smislu odredaba članka 332. ZPP-a tuženik uredno pozvan ako mu je poziv uručen na način predviđen u čl. 133. i 142. ZPP-a". Odluka bivšeg Saveznog vrhovnog suda, Rev. 3568/62.

³⁰ Članom domaćinstva smatra se svaka osoba koja živi s adresatom u ekonomskoj (životnoj) zajednici, bez obzira na krvno ili tazbinsko srodstvo. U pravnoj teoriji mogu se susresti i mišljenja da to čak može biti i osoba zaposlena u domaćinstvu - kućna pomoćnica (Usp. ZUGLIA - TRIVA, o. c., str. 306. i JANKOVIĆ - JANKOVIĆ - KARAMARKOVIĆ - PETROVIĆ, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1977., str. 184.), ali ne i podstanar ili osoba koja se nalazi u gostima. "Odrasli član domaćinstva" je svaka osoba sposobna za rasuđivanje, odnosno osoba koja je u stanju shvatiti značaj svoje zakonske obveze, što treba procijeniti u svakom konkretnom slučaju. I prema stajalištu domaće sudske prakse odraslim članom primateljeva domaćinstva kojemu se može uručiti poziv smatra se, među ostalima, "osoba stalno zaposlena u kućanstvu, a koju predstavlja svaka osoba starija od 15 godina koja je zaposlena u kućanstvu". Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-2434/94. od 26. veljače 1997. godine.

poslodavac adresata. Stranka koja ima zakonskog zastupnika ili punomoćnika poziva se preko zakonskog zastupnika ili punomoćnika (ZPP, čl. 138., st. 1.). Ako tuženik ima zakonskog zastupnika ili punomoćnika, na ročište se poziva samo zastupnik odnosno punomoćnik, ako nije potrebna osobna prisutnost tuženika (poradi saslušanja ili davanja izjave npr.). Uručenje poziva punomoćniku, odnosno zakonskom zastupniku stranke izjednačava se glede pravnih posljedica sa uručenjem poziva samoj stranci.³¹ Ako dostavljač ne zatekne ni adresata ni osobe koje su dužne odnosno voljne primiti poziv, dužan je ponoviti pokušaj dostavljanja prije nego li poziv vrati sudu s izvješćem o neuspjeloj dostavi. Ali, stranci nije uredno dostavljen poziv kada je dostava obavljena tako da je dostavljač stranci, koju nije zatekao u njenom stanu, ostavio obavijest da poziv može u određenom roku podignuti na pošti.³² Naime, u skladu s odredbama čl. 144. ZPP-a presumira se da je poziv uredno dostavljen, iako adresatu nije ni neposredno ni posredno uručen, tek ako je adresat odbio bez zakonita razloga primiti poziv. Dostavljač je dužan poziv ostaviti u stanu ili u prostorijama gdje adresat radi, ili poziv treba pribiti na vrata stana ili prostorije. Dostavljač na dostavnici mora zabilježiti dan, sat i razlog odbijanja primitka, kao i mjesto gdje je podnesak ostavio, i time se smatra da je poziv uredno dostavljen.³³

3.2. Treba spomenuti da su postojala i postoje različita stajališta o tome kako treba dostaviti poziv tuženiku za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, a tužba mu je ranije dostavljena poradi odgovora (ZPP, čl. 285.).³⁴ Tako su neki autori i dio sudske prakse zauzeli stajalište

³¹ "Ako sud pozove samo stranku osobno, a ne i njenog punomoćnika, pa stranka ne dođe na ročište, a sud održi ročište u njenom odsustvu i donese presudu zbog izostanka, tada postoji bitna povreda odredaba parničnog postupka". VSV, Gž. 1151/69.

Kako odvjetnika može zamjenjivati odvjetnički vježbenik koji je kod njega zaposlen (čl. 95. st. 3. ZPP-a), dostava poziva uredno je obavljena i onda kada je poziv uručen u sudu odvjetničkom vježbeniku (Odluka Privrednog suda Hrvatske, Pž-634/92. od 2. lipnja 1992.). Dostava pismena neposredno u sudu jest propisani način dostave (čl. 133. ZPP-a), a isto tako nije suprotno Zakonu pismena uručiti i namješteniku u odvjetničkom uredu (čl. 139. ZPP-a).

Primjerice, poziv prema par. 176. DZPO osobito nije pravilan ako je upućen osobno stranci, iako ista ima punomoćnika u postupku. Ako stranka nije pravilno pozvana, zahtjev za donošenje presude zbog izostanka će se u skladu s odredbama par. 335. i 336. DZPO odbiti. Potanje kod HABSCHEID, W. J., o. c., str. 58.

³² Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 2747/94., od 6. travnja 1995., "Sudska praksa", br. 2/97., str. 36.

³³ Zakoniti razlog za odbijanje primitka poziva postoji npr.: ako je dostava poziva pokušana neovlaštenoj osobi ili osobi koja može, ali ne mora primiti poziv; ako članovi domaćinstva osobe kojoj je poziv upućen odbiju prijam poziva zbog toga što je ta osoba odsutna; ako tuženik koji ima punomoćnika odbije prijam poziva, a ne radi se o pozivu da osobno pristupi pred sud; ako je dostava pokušana u vrijeme i na mjestu protivno zakonskim odredbama; ako je dostava poziva osobama u inozemstvu i osobama koje uživaju pravo imuniteta pokušana protivno odredbama članka 136., kao i u svim drugim slučajevima kada je dostava poziva tuženiku pokušana na način protivan zakonskim propisima. Opširnije kod ZUGLIA, S. - TRIVA, S., o. c., str. 313.

³⁴ Potrebno je istaknuti da se u praksi tužba i poziv u pravilu dostavljaju istovremeno. Usp. Odluku bivšeg Saveznog vrhovnog suda Rev. 3568/62., iz evidencije Vrhovnog suda bivše SFRJ.

da se u ovoj situaciji poziv tuženiku za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, dostavlja kao i tužba prema odredbama ZPP-a o osobnoj dostavi (ZPP, čl. 142.).³⁵ Tvrdi se da poziv za pripremno ročište ili za prvo ročište za glavnu raspravu izvješćuje tuženika kada prvi put treba pristupiti pred sud poradi usmenog i neposrednog raspravljanja o predmetu spora. Ako pored toga tuženik, stjecajem okolnosti, nije i stvarno primio tužbu, a prema odredbama ZPP-a presumira se da jest, onda je poziv taj koji ga prvi put izvješćuje o parnici. Ako tuženik ne dođe na navedena ročišta, pa se donese presuda zbog izostanka, drže da za tuženika nastupa prekluzija jer presudu zbog izostanka neće moći napadati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Zato je potreban maksimum vjerojatnosti da je tuženik osobno primio tužbu i poziv za ročište, zbog čega je potrebna dostava prema pravilima o osobnoj dostavi. Iako to u ZPP-u nije izričito predviđeno, upravo pozive tuženiku za pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu ako nije održano pripremno ročište, treba dostavljati po pravilima o osobnoj dostavi, jer se presuda zbog izostanka može donijeti samo na tim ročištima.

3.3. Izostanak jedne od stranaka neizbježna je pojava u parničnom postupku, do koje može doći iz više razloga. Ponajprije postoji izostanak do kojeg je došlo zbog nepravilnosti u aktu pokretanja postupka. Sudac je dužan pažljivo provjeriti, prema činjenicama i dokazima koji su mu na raspolaganju, je li poziv bio uredan. Pored toga, potrebno je da propisi omogućuju provjeru urednosti poziva.³⁶ Dokaz o urednom pozivu pruža *dostavnica* o uručanju poziva na ročište (i tužbe) tuženiku.³⁷ Dostavnica je javna isprava koja služi kao dokaz o izvršenoj dostavi, pa se i na nju odnose zakonske presumpcije o dokaznoj snazi javnih isprava.³⁸ Dostavnica je primarno, ali ne i jedino dokazno sredstvo za utvrđivanje dostave. Ako nestane, dostava se može dokazivati i na drugi način, npr. rezultatima potražnice.³⁹

Presuda zbog izostanka je ništava "ako je npr. sud izrekao kontumacionu presudu ne čekajući dostavnicu, odnosno na osnovu takve dostavnice iz koje se je moglo vidjeti da izostala stranka nije uredno pozvana, odnosno da ima drugih

³⁵ Usp., JUHART, J., o. c., str. 432.

"I dostava poziva tuženiku za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu, ako nije održano pripremno ročište, mora se izvršiti na isti način kao i dostava tužbe". Odluka bivšeg Saveznog vrhovnog suda, Rev. 3568/62.

³⁶ Tako npr., ako je dopušteno pozivanje stranaka običnim pismom, nema nikakvog dokaza o dospijeću poziva adresatu.

³⁷ I prije stupanja na snagu ZPP-a, sudovi nisu smjeli izdati kontumacijsku osudu ako nije dostavnicom utvrđeno da je stranci valjano uručen poziv za ročište. ZUGLIA, S., *Građanski parnički postupak u Hrvatskoj i Slavoniji*, Zagreb, s. a., str. 234. Dostavnica o uručanju tužbe i poziva na ročište tuženiku osobno (u vlastite ruke) pružala je dokaz da je tuženik uredno pozvan na ročište. ZUGLIA, S., *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., str. 456.

³⁸ "Za činjenice navedene na dostavnici važi presumpcija istinitosti dok se ne dokaže suprotno". Odluka Županijskog suda u Splitu, Gž 2101/1997. od 31. listopada 1997. godine.

³⁹ TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., o. c., str. 300.

zakonskih prepreka predviđenih protiv izricanja kontumacione presude, ili je konačno sama dostavnica neispravno ispunjena bilo krivnjom dostavljača, koji je iz zle namjere ili iz nehata unio krive podatke u dostavnicu, ili je možda i sam dostavljač bio zaveden u bludnju pa predao poziv nekom drugom možda istoimenom licu”.⁴⁰ Naime, predsjednik vijeća otvara glavnu raspravu i objavljuje predmet raspravljanja, te nakon toga utvrđuje jesu li došle sve pozvane osobe; pa ako nisu, provjerava jesu li uredno pozvane i jesu li opravdale svoj izostanak (ZPP, čl. 294.). Dok ne utvrdi je li tuženiku dostavljen uredan poziv za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu, sud ne može donijeti presudu zbog izostanka.⁴¹ Ako sudac utvrdi da tuženik nije uredno pozvan treba, *ex officio*, odgoditi ročište te na novo ročište ponovno pozvati i izostalog tuženika.⁴² Presuda zbog izostanka može se donijeti ako prvo ročište nije održano zbog neuredne dostave poziva tuženiku, pa sa narednog ročišta izostane tuženik, a uredno je pozvan.⁴³ Ipak, ako nema dokaza da je tuženik uredno pozvan, a neprijeporno je da mu je poziv upućen, predsjednik vijeća može odgoditi donošenje presude zbog izostanka najduže 30 dana za dostava u zemlji, odnosno 6 mjeseci za dostava u inozemstvu.⁴⁴ Ako se u

“Dostavnica je javna isprava koja služi kao dokaz o izvršenom dostavljanju pa se i na nju odnose zakonske pretpostavke o dokaznoj snazi javnih isprava”. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 850/88., objavljena u PSP, br. 43/89., str. 98-99., br. 101.

⁴⁰ VERONA, A. - ZUGLIA, S., o. c., str. 679.

Vidi i sudsku praksu:

- “Tuženici u žalbi utemeljeno ističu da im poziv i tužba nisu uručeni osobno i ukazuju na dostavnice, bez ikakve oznake u kojemu svojstvu je izvršeno uručenje. Na temelju ovih dostavnica sud nije mogao zaključiti da su tuženici uredno pozvani na pripremno ročište, pa prema tome nije mogao donijeti presudu zbog izostanka”. Rješenje Vrhovnog suda NRS, Gž-1850/62.

- “Kako u spisima nema nesumnjivih dokaza da je tuženik uredno pozvan na raspravu, to nisu ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog izostanka”. Rješenje Vrhovnog suda NRS, Gž-4661/62.

⁴¹ I prema odredbama Grpp29 “glavna pretpogodba donošenju presude zbog izostanka bila je da sud po zvaničnoj dužnosti utvrdi da li je poziv bio dostavljen stranci koja je izostala sa ročišta. Dok se to ne utvrdi ne sme se donesti presuda zbog izostanka”. WERK, H., o. c., str. 214.

⁴² Poradi usporedbe, tijekom *brazilskog* parničnog postupka, kada tuženiku poziv nije osobno uručen i kada se tuženik ne odazove pozivu, sudac tuženiku mora odrediti odvjetnika *ad hoc*. Time se eliminiraju posljedice izostanka, jer se presumira da se tuženik odazvao pozivu po punomoćniku. Usp., KRINGS, J. E., o. c., str. 20.

⁴³ “Nedolazak tuženika na pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu, ako pripremno ročište nije održano, stvara neoborivu procesnu pretpostavku da priznaje činjenice navedene u tužbi. Pod pripremnim ročištem ili prvim ročištem za glavnu raspravu mora se stoga smatrati samo ono ročište na koje je tuženik uredno pozvan pa se ne uzima u obzir ročište koje je zakazano a nije održano”. Stajalište Vrhovnog suda Hrvatske objavljeno u “Zborniku sudske prakse”, 59/88., str. 78., br. 179., Usp. i stajalište privrednog sudstva objavljeno u “Sudskoj praksi”, br. 2/90., str. 55.

⁴⁴ Kada se odloži donošenje presude zbog izostanka, jer nema dokaza da je tuženik uredno pozvan, a nesumnjivo je da mu je poziv poslan, sud određuje rok za odlaganje donošenja presude, koji ne može biti dulji od 30 dana. Kada je navedeni rok bezuspješno protekao, sud ne može donijeti presudu zbog izostanka, već je dužan odrediti novu raspravu. Presuda Okružnog suda u Rijeci, Gž-1426/76., PNZ-11/241, objavljena u zborniku “Sudska praksa u primjeni Zakona o parničnom postupku”, Informacija br. 17, Zagreb, 1988., br. 717.

tom roku utvrdi da je tuženik bio uredno pozvan, predsjednik vijeća donijet će presudu zbog izostanka. Dok ne istekne ovaj rok, ne može se zakazivati ročište, osim ako se neuručeni poziv vrati prije isteka ovog roka.⁴⁵

4.1. Pripremno ročište treba odrediti tako da strankama ostane dovoljno vremena za pripremu, a najmanje osam dana od primitka poziva (ZPP, čl. 286., st. 1.).⁴⁶ Tuženik je uredno pozvan na ročište ako mu je poziv za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ako nije održano pripremno ročište, pravovremeno dostavljen. Drugim riječima, tuženiku treba slati poziv tako da mu od primitka poziva do ročišta ostane dovoljno vremena za pripremanje rasprave i poduzimanje određenih procesnih radnji. Pravilno određivanje ovog vremena ima određeno procesno značenje jer, kao što smo vidjeli, ZPP propisuje da se tuženiku mora ostaviti dovoljno vremena za pripremanje rasprave, odnosno najmanje 8 dana od dostave poziva.⁴⁷

4.2. Kako u teoriji, tako i u sudskoj praksi postoje različita stajališta o tome je li potrebno tuženiku ostaviti najmanje 8 dana od primitka poziva do ročišta za pripremanje, ili je dovoljno da je samo pozvan prema odredbama članaka 133-150 ZPP-a o dostavi, pa da se smatra uredno pozvanim. Dio pravnih teoretičara, a osobito starije sudske prakse, zauzima stajalište da je tuženik uredno pozvan i kada mu nije ostavljen rok od 8 dana od primitka tužbe i poziva do dana održavanja

⁴⁵ I prema odredbama *poljskog* civilnog postupka, ako dostava poziva nije potvrđena do dana zakazane rasprave, sud može naknadno, kada primi urednu dostavnicu, donijeti presudu zbog izostanka na zatvorenoj sjednici vijeća. Takva presuda je obvezujuća za sud od trenutka potpisivanja presude (Polish Code of Civil Procedure, art. 341.). Poblize kod SIEDLECKI, W., *Postępowanie cywilne*, Warszawa, 1987., str. 312.; BRONIEWICZ, W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa, 1983., str. 197.; KRAJEWSKI, J. - PIASECKI, K., *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa, 1977., str. 334.; DOBRZANSKI, B. - LISIEWSKI, M. - RESICH, Z. - SIEDLECKI, W., *Kodeks postępowania cywilnego - Komentarz*, Warszawa, 1969., str. 515.

⁴⁶ Termin "primitak" u članku 286. očigledno je pogrešno uporabljen. Naime stranka nije povrijeđena u svojim pravima ako joj poziv bude dostavljen najmanje 8 dana prije dana za koji je određeno pripremno ročište, pa nije potrebno da poziv zaista i primi. Dostaviti i uručiti (primiti) nisu istoznačni pojmovi. ZUGLIA, S. - TRIVA, S., o. c., str. 26.

⁴⁷ Uredan poziv je onaj koji je dostavljen po pravilima o dostavljanju, dovoljno pravovremeno da se tuženiku omogući efikasno pripremanje za raspravljanje pred sudom. TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., o. c., str. 499.

U *talijanskom* civilnom postupku npr., najkraći propisani vremenski razmak između poziva i ročišta je 30 dana, a najduži (za neke prekomorske zemlje) iznosi 180 dana. Rokovi se mogu skratiti na zahtjev stranaka. Usp., TRIVA, S., *Talijansko građansko procesno pravo*, Zagreb, 1962., str. 37-38.

U *izraelskom* parničnom postupku npr., u istražnoj fazi povodom tužbenog zahtjeva tuženiku se mora ostaviti rok od najmanje 30 dana od slanja poziva za pripremanje obrane. Rok je sudski i može se produžiti. Zahtjevi za produženje roka u praksi se često i prihvaćaju i to tako dugo dok se ne završi pripremni postupak. Usp. KRINGS, J. E., o. c., str. 19.; Tako i GOLDSTEIN, S., *Default and opposition (reopening)*, Israeli Reports to the XI. International Congress of Comparative Law, Jerusalem, 1982., str. 65-69.

ročišta.⁴⁸ Tvrdi se da pojam “uredno pozvan” ne znači i ne mora značiti da je tuženiku poziv uručen i pravovremeno da bi se mogao pripremiti za raspravu. Jedno je može li tuženik, s obzirom na vrijeme kada je poziv primio, pristupiti na raspravu, a drugo je pitanje može li se on, s obzirom na ovu istu okolnost, pripremiti za raspravu.⁴⁹ Neprijeporno je da poziv nije uredan u slučaju kada tuženik nije imao dovoljno vremena doći na raspravu. Naprotiv, ako je tuženik imao vremena da pristupi na ročište, ali nije imao vremena pripremiti se za raspravu, presudi zbog izostanka ima mjesta.⁵⁰ S druge strane, ako je tuženiku dostava pravilno obavljena, ali mu nije ostavljeno dovoljno vremena za pripremanje rasprave (najmanje 8 dana), tuženik ima pravo tražiti odgodu ročišta. Ako sud ne odgodi ročište, tuženik mora doći na ročište ukoliko nije objektivno spriječen.⁵¹ Na ročištu tuženik može ponoviti svoj zahtjev za odgodu ročišta. Ako tuženik ne pristupi na pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu, a tužitelj postavi prijedlog za donošenje presude zbog izostanka, ispunjeni su uvjeti za donošenje presude zbog izostanka.

⁴⁸ BAZALA, B., o. c., str. 4-11.; BAČIĆ, F., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 245.; RISTIĆ, V. - RISTIĆ, M., *Praktikum za parnicu*, Beograd, 1989., str. 255.

Usp. i sudsku praksu:

- “Tuženik je primio poziv za pripremno ročište i imao je šest dana do pripremnog ročišta. Stranke su dužne doći na pripremno ročište i ako im je od dana primitka poziva do održavanja ročišta ostalo manje od 8 dana. Ako u takvom slučaju tuženik ne dođe na ročište, tužitelj može utemeljeno predložiti, a sud može donijeti presudu zbog izostanka”. Presuda Vrhovnog suda APV Gž-99/58.

- “Presuda zbog izostanka može se donijeti kada na pripremno ročište nije došao tuženik i ukoliko postoje uvjeti predviđeni u čl. 321. ZPP57. Jedan od uvjeta jest da je tuženik za to ročište bio uredno pozvan. Međutim, kao neuredno pozivanje (koje bi u smislu čl. 321. ZPP57-a spriječilo donošenje presude zbog izostanka) ne podrazumijeva se slučaj kada je tuženiku poziv pravilno dostavljen pa mu je tako omogućeno doći na ročište, a nepravilnost se pojavljuje samo u tome što mu nije ostalo 8 dana od primitka poziva do dana ročišta, kako to određuje čl. 275. (286.) ZPP-a. Ovih osam dana su predviđeni poradi pripremanja, i stranka kojoj nije osigurano tih osam dana može postaviti zahtjev da joj se omogući priprema za obranu njenih interesa u parnici. Nepravilno je shvaćanje da je sankcija odredaba stavka 1. čl. 275. ZPP-a u tome da se ne može donijeti presuda zbog izostanka. Stranka može i bez naročite pripreme sudjelovati na pripremnom ročištu i izbjeći donošenje presude zbog izostanka samim time što će osporiti utemeljenost tužbenog zahtjeva, a također može osporiti tužbeni zahtjev i izjavom u podnesku. Kada je dakle poziv za pripremno ročište pravilno dostavljen tuženiku tako da mu je omogućen dolazak na pripremno ročište, odnosno da mu je omogućeno u podnesku do pripremnog ročišta osporiti utemeljenost tužbenog zahtjeva, onda je tako tuženiku pružena dovoljna mogućnost da na pripremnom ročištu brani svoje interese. Prema tome iako je nezakonito postupljeno kada tuženiku od predaje poziva pa do dana održavanja pripremnog ročišta nije osiguran razmak od 8 dana, to ipak nije neuredan poziv u smislu čl. 321. ZPP-a, i to ne sprečava donošenje presude zbog izostanka kada tuženik na pripremno ročište nije došao”. Rješenje Sav. vrh. suda Rev. 853/58, objavljeno u “ZSO”, knj. IV., sv. 1., 1959, odl.br. 58.

- “Presuda zbog izostanka može se donijeti iako tuženiku nije ostalo osam dana od dana primitka poziva do ročišta”. SVS Rev. 853/58, “ZSO”, 1959., knj. IV., sv. 1., br. 58.

⁴⁹ Usp., MITIĆ, M., o. c., str. 19.

⁵⁰ Usp. POZNIĆ, B., *Presuda zbog izostanka*, “Anali”, 4, 1956., br. 3, str. 280.

⁵¹ “Stranke su dužne doći na ročište iako između uručenog poziva i dana ročišta nema 8 dana”. Presuda VSV, Gž-99/58.

Tuženik je, prema tome, dužan na ročište pristupiti, iako mu poziv nije uručen u roku prema odredbi članka 286. st. 1., odnosno 293. st. 4. ZPP-a, te će na određenom ročištu postaviti zahtjev za odgodu ročišta ako nije imao vremena pripremiti se za ročište, a sud će o tom zahtjevu tuženika i odlučiti. Ako tuženik ne dođe na ročište, a poziv mu je uredno dostavljen u smislu odredbe čl. 142. ZPP, te ako su ispunjeni i ostali uvjeti iz članka 332. st. 1 ZPP-a, neće postojati nikakve zapreke da se donese presuda zbog izostanka.⁵²

Ipak, većina pravnih teoretičara zastupa stajalište da tuženik nije uredno pozvan u smislu odredaba čl. 332. ZPP-a, ako mu nije ostavljeno najmanje 8 dana od primitka poziva i tužbe do dana održavanja ročišta.⁵³ Drugačije stajalište utemeljeno je naročito iz razloga što je institut presude zbog izostanka u biti izuzetak od načela materijalne istine, pa izuzetak koji utvrđuje sankciju treba tumačiti restriktivno.⁵⁴

4.3. U sudskoj praksi postoje brojne odluke sudova koje zauzimaju stajalište da se ne može donijeti presuda zbog izostanka i ako tuženiku nije ostavljen rok od najmanje 8 dana od uručjenja poziva do održavanja ročišta.⁵⁵ Kada se pozornije

⁵² "Ne može se smatrati šikanom tuženika ako se na temelju ovakvog tumačenja odredbe čl. 286., odnosno čl. 293., iz pojma "uredan poziv" u smislu odredbi članka 332. ZPP-a, zahtijeva od tuženika da pristupi na ročište i zatraži odlaganje ako nije imao dovoljno vremena za pripremanje, nego bi se naprotiv moralo smatrati upravo zloupotrebom prava koja stranci pripadaju u postupku, kada bi joj se dopustilo da odredbu čl. 286. st. 1., odnosno 293. st. 4., koristi za odlaganje ročišta iako joj nikakvo pripremanje za ročište nije bilo potrebno ili joj je i ostavljeni rok od prijema poziva do ročišta bio dovoljan za pripremanje. Takvu zloupotrebu prava koja stranci pripadaju u postupku dužan je sud onemogućiti prema odredbi članka 10. ZPP, pa i iz toga razloga neće se moći ročište odložiti iako tuženik nije primio poziv u roku predviđenom odredbama članaka 286. i 293., nego će se, iako stranka ne dođe na pripremno ročište do njegovog zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, a ispunjeni su uvjeti iz čl. 332. ZPP, donijeti presuda zbog izostanka". BAZALA, B., o. c., str. 9.

⁵³ Usp. JUHART, J., o. c., str. 432.; TRIVA, S., *Gradansko procesno pravo*, Zagreb, 1964., str. 509.; ZUGLIA, S., *Gradanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., str. 456.; ZUGLIA - TRIVA, o. c., str. 124.

⁵⁴ UDE, L., *Čivilni pravdni postopek*, Ljubljana 1988., str. 241.

⁵⁵ U tom smislu i sudska praksa:

- "Nema mjesta donošenju presude zbog izostanka ako od dana kada je tuženik primio poziv za pripremno ročište, do pripremnog ročišta nije prošlo osam dana... jer time dostava poziva za pripremno ročište nije uredno iskazana (ZPP, čl. 286. st. 1.)". VSRH, Rev 3351/1994. od 11. prosinca 1997. godine.

- "Tuženik nije bio uredno pozvan ako od dana kad je primio poziv za ročište na kojemu je donesena presuda zbog izostanka do dana kad je to ročište održano, ako nije proteklo vrijeme od 8 dana". Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 263/93., od 10. XI. 1993. godine.

- "Prema odredbi iz čl. 286. ZPP-a, sud je dužan ročište tako odrediti da strankama ostane dovoljno vremena za pripremu, a najmanje osam dana od primitka poziva. Kako tužiteljici od dostave poziva do zakazanog i održanog ročišta nije dano vrijeme od najmanje osam dana za pripremu za tu raspravu, onda je počinjena bitna povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 1. ZPP u svezi s čl. 286. st. 1. ZPP i bila je dužnost suda zakazanu raspravu odgoditi i kad tako nije postupio, počinio je apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. t. 7. ZPP i tužena je u pravu kada u tom smislu prigovara pobijanoj presudi". Odluka Okružnog suda u Sisku, GŽ-977/90.-3,

razmotre odredbe čl. 286. ZPP-a, razvidno je da težište nije postavljeno na roku od 8 dana koji bi najmanje morao proteći od primitka poziva do ročišta, nego je težište na vremenu koje se stranci mora ostaviti radi pripremanja za pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu. Zakonski tekst koji govori o minimalnom vremenu između ročišta i poziva ne treba tumačiti isključivo u gramatičkom smislu, restriktivno, uzimanjem u obzir vremena unutar kojega tuženik može fizički doći na ročište, već se mora tumačiti ekstenzivno s uvažavanjem međuvremena i poradi pripreme u čisto pravnom smislu za određeni spor.⁵⁶ Sigurno je da ZPP ne određuje rok od 8 dana samo glede fizičkih mogućnosti tuženika da dođe na ročište, jer bi u tom slučaju, a s obzirom na teritorij RH i prometne mogućnosti, bio dovoljan i rok od dva dana. Tuženiku se za pripremanje može ostaviti i više od 8 dana, ali mu se mora ostaviti najmanje 8 dana za pripremanje. U suprotnom, kada bi sud donio presudu zbog izostanka, došlo bi do povrede odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. t. 6. ZPP-a, jer tuženiku nije ostalo dovoljno vremena za pripremu - najmanje osam dana od primitka poziva (čl. 286. st. 1. ZPP).⁵⁷ Tuženik tada nije uredno pozvan u smislu odredaba čl. 332., pa ne postoje uvjeti za donošenje presude zbog izostanka.

objavljena u "PSP", br. 48/91., str. 90., br. 91.

- "U smislu odredaba čl. 286. ZPP-a, poziv za ročište zajedno sa tužbom treba predati najmanje 8 dana prije zakazanog ročišta". Rješenje Vrh. suda Makedonije Gž-122/58.

- "Ne može se donijeti presuda zbog izostanka kada tuženiku nije ostavljeno najmanje 8 dana od uručenja poziva do rasprave". Odluka Vrh. suda Srbije, Rev. 369/59.

- "Nije ispunjen uvjet za donošenje presude zbog izostanka iz čl. 332. ZPP-a ako od primitka poziva do pripremnog ročišta, odnosno do prvog ročišta za glavnu raspravu nije prošlo najmanje osam dana". Presuda VSS, Gž. 2411/67 - Bilten VSS br. 13/67.

- "Stranka nije uredno pozvana ako joj nije ostavljen rok od 8 dana od primitka poziva do ročišta za glavnu raspravu". Viši privredni sud u Sarajevu, SI-477/75.

- "Odredbu čl. 321. st. 1. ZPP-a o urednom pozivanju na ročište treba tumačiti uz istovremenu primjenu odredaba čl. 275. i 282. st. 4. tog Zakona, pa se presuda zbog izostanka ne može donijeti ako tuženiku nije ostavljen osmodnevni rok za pripremu za ročište". Presuda Vrhovnog suda Slovenije, Pzz-br. 1/74.

- "Nisu ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog izostanka iz čl. 332. st. 1. t. 1. ZPP-a ako je iz spisa evidentno da tuženiku nije ostavljen minimalan rok za pripremu što ga predviđa čl. 286. st. 1. ZPP-a". Presuda Okružnog suda u Zadru, Gž-2/87, objavljena u "PSP", br. 93/87., str. 152.

- "Ocijenjeno je da tuženik nije uredno pozvan na ročište kad je između primitka poziva za ročište i održanog ročišta proteklo pet dana". Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gzz 40/1993., objavljena u Izboru odluka VSRH br. 5, Zagreb, kolovoz 1994., str. 124., br. 103.

- "Tuženik nije bio uredno pozvan ako je od dana kad je primio poziv za ročište na kojemu je donesena presuda zbog izostanka do dana kad je to ročište održano ako nije proteklo vrijeme od 8 dana". Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev-263/1993., objavljena u Izboru odluka VSRH 1994., br. 298.

⁵⁶ Usp. ZONJIĆ, M., *Presuda zbog izostanka*, "Pravosuđe", 8, 1939, br. 11 - 12., str. 492-493.

⁵⁷ U tom je smislu i odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 263/93., od 10. studenoga 1993.

Ne bi se mogli složiti ni sa stajalištem da je tuženik dužan doći na ročište i ako mu nije ostavljen rok od 8 dana za pripremanje, te da u tom slučaju može tražiti odgodu ročišta. Tuženik nije dužan doći na ročište i tražiti odgodu ročišta zbog toga što mu je, bez njegove krivnje, izvršena neuredna (nepravovremena) dostava poziva. Kada stranka ili neki drugi sudionik u parnici ne pristupi na ročište, sud je dužan provjeriti urednost dostave. Ako iz dostavnice o pozivu tuženiku za pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu predsjednik vijeća utvrdi da izostalom tuženiku nije ostavljen rok od 8 dana za pripremanje rasprave u smislu odredaba čl. 286. ZPP-a, dužan je odgoditi ročište po službenoj dužnosti.⁵⁸

U postupku u privrednim sporovima predsjednik vijeća ovlašten je u hitnim slučajevima ročište zakazati telefonskim putem ili brzojavom (ZPP, čl. 495., st. 4.). U postupcima zbog smetanja posjeda, u radnim sporovima i u postupcima zabrane štrajka, sud mora uvijek pri određivanju rokova i ročišta uvažavati obvezu hitnog rješavanja, pa smatramo da bi se u navedenim slučajevima mogao skratiti zakonski rok na manje od 8 dana,⁵⁹ iako se takav zaključak, zbog nedostatka izričitog ovlaštenja, ne može sa sigurnošću izvesti iz odredaba čl. 495., 434. i 440. ZPP-a.⁶⁰

5. Poziv nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na posljedice izostanka i propuštanja.⁶¹ Sud će u pozivu osobito upozoriti na zakonske posljedice izostanka s ročišta (ZPP, čl. 114., st. 3.). Moguće posljedice su: mirovanje postupka (ZPP, čl. 216.), raspravljanje u odsustvu stranke koja se pozivu nije odazvala (ZPP, čl. 291. i 295.) i donošenje presude zbog izostanka (ZPP, čl. 332.). Osobito značenje ima upozorenje tuženiku u pozivu na pripremno ročište da će sud, ako izostane a prethodno ne ospori tužbeni zahtjev, odlučiti na podlozi tužiteljevih činjeničnih tvrdnji, pa će po njegovom prijedlogu usvojiti zahtjev koji se pokazuje kao osnovan.⁶² Postoji mišljenje da u pozivu mora stajati upozorenje o štetnim

⁵⁸ U *tanzanijskom* civilnom postupku ako je poziv dostavljen tuženiku, ali ne pravovremeno da mu omogući pristupanje ili odgovor za dan utvrđen u pozivu, sud će odgoditi ročište za jedan budući dan i narediti će dostavu obavijesti tuženiku o terminu novog ročišta. Tanzanijski Civil Procedure Code Act (Act No. 49 of 1966.), Order IX.

⁵⁹ Usp., TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., o. c., str. 306.

⁶⁰ U starijem hrvatskom pravu "vrijeme ročišta imao je sudac ureći tako da stranke ne budu ni prenagljene u svom branjenju ili u sabiranju dokaznih sredstava, ni ustavljene u traženju svojih prava. U slučajevima osobito hitnim moglo se ročište narediti makar odmah i na sutradan" (Privremeni građanski parbeni postupnik od 16. rujna 1852., izdan za Ugarsku, Hrvatsku, Slavoniju itd., par. 39.). Podatak kod POSILOVIĆ, S., *Privremeni građanski parbeni postupnik od 16. rujna 1852., izdan za Ugarsku, Hrvatsku, Slavoniju itd.*, Zagreb, 1887., str. 35.

⁶¹ Usp. sudsku praksu:

- "Sodba zaradi izostanka tudi ni mogoča, če vabilo na narok ni redno; redno pa med drugim ni, če v njem posledice izostanka niso napovedene". Presuda VS Slovenije, Pž-518/63, objavljena u Poročilu o sodni praksi VS SRS, civilno pravo, zv.1963/II, str. 23., št. 19.

- "Če v vabilu na narok ni opozorila na posledice izostanka, sodišče ne more izdati sodbe zaradi izostanka, čeprav sicer obstajajo drugi pogoji iz 332. čl. ZPP". Presuda VS LR Sl., Pž-504/62., objavljena u Poročilu o sodni praksi VS LRS, civilno pravo, zvezek 1962/II, str. 75., št. 71.

⁶² POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1982., str. 167.

posljedicama neodazivanja pozivu, posebno zbog zaštite tuženika koji se iz neznanja ne koristi pravima koja mu pripadaju. Na taj način otpada i prigovor koji se često iznosi protiv presude zbog izostanka, da se njima oštećuje osoba koja je neuka i nije upućena u pravo.⁶³ Stranku koja se iz neznanja ne koristi pravima što joj pripadaju prema ZPP-u, sud će upozoriti koje parnične radnje može poduzeti (čl. 11., načelo pružanja pomoći neukim strankama). Povrede odredaba o pružanju pomoći neukim strankama predstavljaju relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (ZPP, čl. 354., st. 1.), te bi u svakom konkretnom slučaju trebalo razmatrati je li konkretna povreda bila ili je mogla biti od utjecaja na donošenje zakonite i pravilne presude. Smatramo da se ove načelne odredbe ne mogu primijeniti u slučaju kada u pozivu za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ako nije održano pripremno ročište, tuženik nije upozoren da se zbog njegova izostanka (a ako prethodno nije osporio tužbeni zahtjev) protiv njega može donijeti presuda zbog izostanka. Naime, u tom slučaju tuženik nije uredno pozvan, pa se zbog njegovog izostanka protiv njega uopće ne može donijeti presuda zbog izostanka. Ako bi i pored toga sud donio presudu zbog izostanka, počinio bi apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka (a ne relativno bitnu), bez obzira na to je li tuženik neuka stranka ili nije. Poziv tuženiku za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu neuredan je ako sud u pozivu nije upozorio tuženika na moguće posljedice njegovog izostanka.⁶⁴ Ako, pak, tuženik nije uredno

⁶³ Usp. FILIPČE, S., *Donesuvanje na presuda poradi izostanok*, "Pravna misla", 20, 1970., br. 5-6, str. 10.

"Nema mjesta donošenju presude zbog izostanka ako poziv tuženiku koji je neuka stranka nije sadržao upozorenje o zakonskim posljedicama propuštanja i izostanka sa ročišta". Rješenje Vrhovnog suda II G 16/67., objavljena u "ZSO", 1967., knj. 12., sv. 1., br. 49.

⁶⁴ Poradi usporedbe u *švedskom* pravu sudski postupak počinje kada tužitelj dostavi pismeni poziv nadležnom sudu. U pozivu iznosi svoj zahtjev i pravne činjenice na kojima je zahtjev utemeljen. Uredan poziv sud šalje tuženiku i donosi odluku o pokretanju pripremnog postupka. // Usp. LINDBLOM, P. H., *Procedure*, članak u zborniku STROMHOLM, S., *An Introduction to Swedish Law*, Stockholm, 1981., str. 113. i *Law and Justice in Sweden*, Stockholm, 1982., str. 1-4. // Sud je dužan strankama već u pozivu za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ukazati na mogućnost donošenja presude zbog izostanka protiv izostale stranke. Štoviše, stranku koja se ne odazove pozivu, mogu stići i druge kontumacijske mjere, koje su u pozivu također zapriječene. Sud može u građanskim parnicama ne samo narediti da stranke dođu pred sud osobno, nego ih može na to siliti i novčanim kaznama, pa čak ih može dati i privesti (gl. 11, par. 5., gl. 12., par. 6.). U tužbama pogodnim za izvansudsko rješavanje u pozivu će se svaka stranka naputiti da pristupi zasjedanju jer se inače protiv one koja ne pristupi može donijeti presuda zbog izostanka. Svaku stranku koja mora pristupiti osobno također će se u pozivu naputiti da tako postupi pod prijetnjom novčane kazne. // *The Swedish Code of Judicial Procedure*, Sweet and Maxwell, London, 1979., str. 249. (chap. 44., sec. 2.). Slične odredbe nalazimo i u drugim procesnim zakonima. Tako i prema odredbama *njemačkoga* ZPO-a, par. 141., stranka se ima u pozivu uputiti na posljedice izostanka. Potanje kod BAUMBACH - LAUTERBACH - ALBERS - HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, München 1986., str. 455-460. Jedan od općih uvjeta da bi se izrekla presuda zbog izostanka pred *norveškim* sudom jest da je, među ostalim, izostala stranka u pozivu upozorena na posljedice izostanka. Vidi SEVERAAS, E., *Norwegian Rules Applying to Default Judgments*, The Royal Norwegian Ministry of Justice and Police, Oslo, 1992., neobjavljeni rad, str. 2.//

pozvan, protiv njega se, i pored izostanka, ne može donijeti presudu zbog izostanka (ZPP, čl. 332., st. 1., t. 1.), a ako se donese, počinjena je apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka (ZPP, čl. 354., st. 2., t. 6.). Žalbeni je sud dužan po žalbi tuženika ukinuti takvu presudu zbog izostanka.⁶⁵

IV. Zaključna napomena

Naša bi dosadašnja razmatranja mogli sažeti u sljedeće tvrdnje. Presuda zbog izostanka može se donijeti ako je, između ostaloga, tuženik bio uredno pozvan (ZPP, čl. 332., st. 1., t. 1.). O tome kada se smatra da je tuženik uredno pozvan na ročište, postoje različita stajališta kako u pravnoj teoriji, tako i sudskoj praksi. Smatramo da je tuženik uredno pozvan na ročište ako je pozvan sukladno odredbama o dostavi, ako mu je dostavljen primjerak tužbe, ako su poziv i tužba dostavljeni pravovremeno, te ako je u pozivu tuženiku ukazano na posljedice nedolaska na ročište. Tuženik nije uredno pozvan na pripremno ročište, odnosno na prvo ročište za glavnu raspravu, ako mu tužba nije bila osobno dostavljena (ZPP, čl. 142.). Tuženik je uredno pozvan ako mu je dostava poziva i drugih pismena (tužbe posebno) izvršena po odredbama koje se odnose na dostavu pismena u parničnom postupku (ZPP, čl. 133 - 150.). Ako se tuženiku poziv za ročište i tužba dostavljaju zajedno, dostavu treba izvršiti prema pravilima o osobnoj dostavi. Tuženik je uredno pozvan na ročište ako je poziv za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu ako nije održano pripremno ročište, pravovremen. Drugim riječima, tuženiku treba slati poziv tako da mu od primitka poziva do ročišta ostane dovoljno vremena za pripremanje rasprave i poduzimanje određenih procesnih radnji. Poziv nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na posljedice izostanka i propuštanja. Posebno značenje ima upozorenje tuženiku u pozivu na pripremno ročište da će sud, ako izostane a prethodno ne ospori tužbeni zahtjev, odlučiti na temelju tužiteljevih činjeničnih tvrdnji, pa će na njegov prijedlog usvojiti tužbeni zahtjev koji se pokaže utemeljen.

U pozivu za sudsku raspravu *turski* sudac će upozoriti stranke ako ne pristepe pred sud u propisanom roku, postupak će se voditi bez njihova prisustva (Zakon o civilnom postupku, čl. 213.). Ponekad samo jedna od stranaka dođe na ročište, a druga je odsutna. Ako prisutni tužitelj želi da se postupak nastavi, postupak će se nastaviti u odsutnosti tuženika. To mora, međutim, biti jasno istaknuto u prvom pozivu koji se uručuje tuženiku. Usp. KURU, B. - ANSAY, T., *Law of Procedure*, Ankara, s. a., str. 229-230.

⁶⁵ Članak 11. ZPP-a je opće pravilo (*lex generalis*) i njega derogira posebno pravilo (*lex specialis*) za određeni slučaj. Članak 332. ZPP-a je posebno pravilo i ono u pojam urednog poziva ne uključuje pojam neuke stranke, već se odnosi na svakog tuženika. Na postojanje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka nema utjecaja to što su tuženici bili neuke stranke, jer bi ona postojala i kad bi oni poznavali pravila postupka, pošto je bitno da je sud donio presudu zbog izostanka i ako tuženici nisu bili uredno pozvani. ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, (doktorska disertacija), Beograd 1965., str. 24-26.

Popis kratica:

- AJCL = *The American Journal of Comparative Law*
- AJIL = *American Journal of International Law*
- ALR = *Arkansas Law Review*
- Anali = *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*
- Arhiv = *Arhiv za pravne i društvene nauke*
- AZPO = *Austrijski Zivilprozessordnung*
- CCP = *Code of Civil Procedure*
- CJP = *Code of Judicial Procedure*
- DAJA = *Danski Administration of Justice Act, 1916.*
- DZPO = *Njemački Zivilprozessordnung*
- FCPC = *Francuski Code de Procédure Civile*
- FNCPC = *Francuski Novi Code de Procédure Civile*
- FRCP = *Američki Federal Rules of Civil Procedure*
- GAKV = *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*
- GPFSA = *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*
- Grpp29 = *Zakon o sudskom postupku u građanskim parnicama za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1929. godine*
- ILM = *International Legal Material*
- JB = *Juristische Blatter*
- MDR = *Monatsschrift für Deutsches Recht*
- NJW = *Neue Juristische Wochenschrift*
- NZ = *Naša zakonitost*
- OJZ = *Österreichische Juristenzeitung*
- PIP = *Privreda i pravo*
- PNZ = *Prilog "Našoj zakonitosti"*
- PPP = *Privredno pravni priručnik*
- Pravo = *Pravo (teorija i praksa)*
- PSP = *Pregled sudske prakse*
- PUG = *Pravo u gospodarstvu*
- Pž = *Pravni život*
- RCP = *Rules of Civil Procedure*
- RIDC = *Revue internationale de droit compare*
- RTDC = *Revue trimestrielle de droit civil*
- ZRPFN = *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*
- TCPC = *Talijanski Codice di Procedura Civile*
- ZPFZG = *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*
- ZPP = *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*
- ZPP56 = *Zakon o parničnom postupku SFRJ iz 1956. godine*
- ZPP76 = *Zakon o parničnom postupku SFRJ iz 1976. godine*
- ZRSZ = *Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima*
- ZSO = *Zbirka sudskih odluka*
- ZUPP = *Zakon o ubrzanju parničnog postupka*

Summary*

THE WRIT OF SUMMONS AS A PREREQUISITE FOR DEFAULT JUDGMENT

Failure to appear in court after the Writ of Summons has been served is a constant phenomenon in civil actions. For many years, the legislator's efforts have been directed to passing measures to restrict the negative effects of such inactivity in proceedings. Under the Civil Procedure Act, all parties to a lawsuit have submit to procedural discipline. The Act facilitates proceedings by providing measures against disobedient or careless parties who fail to act and therefore incur harmful legal consequences. Default judgment, as an final judicial decision, is a procedural institution and the most important legal means of safeguarding effective procedure even in the case of the defendant's complete inactivity.

In the paper, the author points out some questions concerning the writ of summons under Croatian law, *de lege lata* and *de lege ferenda*, as one of the prerequisites for entering default judgment. He also refers to solutions in comparative law whenever this seems reasonable.

Key words: *default judgement, summons.*

Zusammenfassung

ORDNUNGSGEMÄSSE VORLADUNG - VORAUSSETZUNG FÜR DIE VERURTEILUNG WEGEN NICHTERSCHEINENS

Das Phänomen der Abwesenheit /Nichtaktivität im Zivilprozess ist konstant, und schon mehrere Jahre sind die Bemühungen des Gesetzgebers auf Massnahmen gerichtet, die zu einer Restriktion der negativen Resultate der Nichtaktivität beim Verlauf des Zivilprozesses führen könnten. Das ZPP (Zivilprozessrecht) ermöglicht die Führung eines Verfahrens unter Achtung des Prozessdisziplin seitens aller Beteiligten und sieht entsprechende Massnahmen und Prozessmittel gegen eine ungehorsame und pflichtvergessene Partei wegen Unterlassens bestimmter Verfahrenshandlungen vor, woraus sich für eine solche Partei bestimmte gesetzliche (negative) Folgen ergeben können. Gerade die Verurteilung wegen Nichterscheinens, als massgebliche gerichtliche Entscheidung, ist ein Prozessinstitut und das wichtigste Rechtsmittel, das dazu dient, das Verfahren zielgerecht und erfolgreich auch im Falle eines völligen Unbeteiligtseins des Beklagten durchzuführen.

In seiner Arbeit zeigt der Autor einige Aspekte der ordnungsgemässen Vorladung im kroatischen Recht *de lege lata* und *de lege ferenda* auf, als eine der Voraussetzungen zur Verurteilung wegen Nichterscheinens und weist - wo es logisch war - auch auf Lösungen im vergleichenden Recht hin.

Schlüsselwörter: *Urteil, Nichterscheinen, Vorladung.*

*Translated by the Author.

EUROPSKI PARLAMENT NAKON AMSTERDAMSKOG UGOVORA

Dionis Jurić, znanstveni novak
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.24(4)
061.1EU
Ur.: 17. lipnja 1998.
Pr.: 15. srpnja 1998.
Pregledni članak

U ovom radu autor analizira pravni položaj Europskog parlamenta nakon usvajanja Amsterdamskog ugovora 1997. godine. U prvom dijelu rada daje se povijesni prikaz razvoja Europske unije, u kojem posebno mjesto zauzimaju Maastrički sporazum iz 1992. godine i Amsterdamski ugovor. U drugom dijelu rada se ukratko izlažu temeljne karakteristike tijela EU, te se detaljno analiziraju odredbe Ugovora o EC i Ugovora o EU koje se odnose na Europski parlament. Amsterdamski ugovor je smanjio broj zakonodavnih postupaka, te ih je pojednostavnio. Postupak predviđen člankom 251. Ugovora o EC izmijenjen je tako da se sada znatno brže i jednostavnije donose odluke, te se ovaj postupak primjenjuje i pri donošenju odluka u nekim novim područjima. Parlament ima veće ovlasti i prilikom nominacije kandidata za predsjednika Komisije budući da potvrđuje odluku vlada država članica, te osoba nominirana za predsjednika Komisije ravnopravno s vladama država članica nominira ostale članove Komisije u postupku imenovanja Komisije. Novi članak 255. Ugovora o EC omogućava svim državljanima EU i fizičkim i pravnim osobama koje imaju prebivalište ili registrirano sjedište na području Unije uvid u dokumente tijela EU, čime se osigurava javnost rada tijela EU i nadzor građana.

Ključne riječi: *Europski parlament, Amsterdamski ugovor, ovlasti, zakonodavni postupak.*

1. Uvod

Povijest europskog kontinenta bila je obilježena brojnim suparništva i pokušajima velikih sila da ostvare svoju dominaciju, što je za posljedicu imalo mnoge ratove kao što su bili Tridesetogodišnji rat, Napoleonovi ratovi te, konačno, Prvi i Drugi svjetski rat. Kao protuteža ovakve nasilne politike javlja se i ideja unije europskih država i naroda koja bi trebala poslužiti kao jamstvo za uspostavu i održanje trajnog mira. Rodonačelnici ove ideje su Samuel Pufendorf, Abbe de Saint

Pierre i Immanuel Kant.¹ Ovdje valja spomenuti i Williama Penna koji već 1693. godine promiče ideju Europskog parlamenta i kraj mozaika država u Europi.²

Unatoč ovim zamislima o osnivanju unije europskih država, koje se javljaju u 17. i 18. stoljeću, pretpostavke za uspostavu takve unije ostvaruju se tek nakon Drugog svjetskog rata. Naime, već u tijeku rata antifašistička koalicija podupire ideju ujedinjenja Europe kao način konsolidacije duha suradnje i prijateljstva iz ratnih godina te uklanjanja šovinizma i destruktivnih sila koje su i bile uzrokom rata.³ No, iza ove inicijative krije se i nov odnos političkih snaga te suprotstavljanje dojučerašnjih saveznika. Ekspanzija SSSR-a u Istočnoj Europi mobilizira zapadno-europske države, koje po prvi put nastoje prevladati međusobne razlike u nacionalnim i drugim interesima, ali isto nestaje i suprotnosti između Zapadne Europe i SAD kao ekonomske velesile koja je jedina mogla pružiti financijsku pomoć porušenoj Europi. Upravo će razlike između velesila, različiti gospodarski i politički čimbenici, državne posebnosti te mjesto Europe u međunarodnom rasporedu snaga utjecati na razvoj Europske unije. Konačno, Europa postaje i djelatni čimbenik u kreiranju svoje vanjske politike i obrane, te time ostvaruje snažan utjecaj i na međunarodnoj razini.⁴

Sam razvoj Europske unije tekao je upravo od gospodarskog povezivanja članica, a u cilju rješavanja problema proizvodnje i prometa ugljena i čelika, uspostavi zajedničkog tržišta i suradnje u istraživanju i iskorištavanju atomske energije, te se na taj način željelo i odgoditi zadiranje u suverenitet država članica i neka osjetljivija područja kao što su vanjska politika i obrana. No, ipak, na dnevni red dolazi i pitanje političke suradnje država članica i još čvršćeg povezivanja u Europsku uniju. U tom smislu iznimno važnu ulogu ima upravo Maastrički sporazum iz 1992. godine i Amsterdamski ugovor iz 1997. godine, u čijem ćemo svjetlu analizirati uloge i odnose tijela EU, a napose Europskog parlamenta.

Posebno pitanje koje se javlja jest i pravna narav EU, oko kojeg postoje različita mišljenja pa je tako neki određuju kao konfederaciju novog tipa, kao integraciju *sui generis* ili kao federaciju u nastajanju. Njezina osnovna značajka je ipak primjena teorije o mirnom udruživanju, utemeljenom na zajedničkim interesima i organizacijskom načelu ravnopravnosti u okviru integracije, utemeljenom na federalističkoj osnovi.⁵

¹ Murray Forsyth, *Unions of States-The Theory and Practice of Confederation*, Leicester, Leicester University Press, 1981., str. 73-104.

² D. Urwin, *The community of Europe: A History of European Integration*, Longman, 1991., prema Paul Craig, *grainne de Burca, EC Law: text, cases and materials*, Oxford, Clarendon Press, 1995., str 3.

³ *ibid.*, str. 3.

⁴ Živojin Jazić, "Evropska zajednica na putu k Evropskoj uniji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 35 (5-6/1985.), str. 663-664.

⁵ Smiljko Sokol, Branko Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb, Školska knjiga, 1992., str. 167.

2. Povijesni razvoj EU

Razvoj EU teče od konca Drugog svjetskog rata pa sve do današnjih dana s brojnim usponima i padovima, te ga možemo podijeliti u nekoliko etapa: 1. razdoblje do potpisivanja Pariškog (1951.) i Rimskih ugovora (1957.), 2. razdoblje od njihova potpisivanja do Luksemburškog sporazuma (1966.), 3. razdoblje od Luksemburškog sporazuma do usvajanja Jedinственог европског акта (1986.), 4. razdoblje od Jedinственог европског акта do Ugovora o Europskoj uniji (1992.), 5. razdoblje od Maastričkog sporazuma do Amsterdamskog ugovora (1997.) i 6. razdoblje od Amsterdamskog ugovora do danas.

2.1. Od Pariškog i Rimskih ugovora do Luksemburškog sporazuma

Proces povezivanja europskih država otpočinje već 1947. godine kada američki državni sekretar George Marshall iznosi program pružanja ekonomske pomoći državama poslijeratne Europe, te ih poziva da pristupe tom programu, pod uvjetom izrade zajedničkog europskog plana o zajedničkim kriterijima i uvjetima korištenja dobivene pomoći. Ova inicijativa je urodila osnivanjem Organizacije za europsku ekonomsku suradnju (Organisation for European Economic Cooperation) 12. srpnja 1947. godine u Parizu, okupivši 16 zapadnoeuropskih zemalja. Idući značajni korak bio je uspostavljanje zapadnoeuropskog obrambenog saveza potpisivanjem Bruxelleskog ugovora 17. ožujka 1948. godine između Francuske, Velike Britanije i zemalja Beneluxa, koji je bio zamišljen za moguću obranu od njemačke prijetnje. Ovaj vojni savez će se 1954. godine transformirati u Zapadnoeuropsku uniju (Western European Union). Zemlje potpisnice Bruxelleskog ugovora bile su i inicijatori osnivanja Vijeća Europe (Council of Europe) 5. svibnja 1949. godine, kada je donijet Statut Vijeća Europe. To je danas najmasovnija organizacija koja okuplja gotovo sve europske države, potičući njihovu suradnju na različitim područjima i djelujući u području zaštite ljudskih prava. Svi ovi oblici povezivanja europskih država koji su prethodili osnivanju Europskih zajednica, unatoč tome što se primjenjivao model međuvladinog povezivanja, doprinijeli su svojim djelovanjem kao dobrodošlo iskustvo za iduće još čvršće i bliže europske integracije.⁶

Nespремnost Velike Britanije da sudjeluje u konkretnijim koracima k europskoj integraciji potaknula je francuskog ministra vanjskih poslova Roberta Schumana da predloži ujedinjenje francusko-njemačke proizvodnje ugljena i čelika pod jedinstvenu Visoku vlast, s mogućnošću da u tome sudjeluju i druge europske države. Provedbeni plan izrađuje Jean Monnet, koji je vjerovao da je ekonomska suradnja među državama odsudna. Uspostava ove strukture nije bila motivirana samo gospodarskim već i političkim razlozima s ciljem uspostave povjerenja između Njemačke i drugih europskih država. Schumanov je prijedlog urodio uspo-

⁶ Siniša Rodin, *Pravni sustav i institucije Evropske zajednice*, Zagreb, Zagrebačka poslovna škola, 1990., str. 8-12.

stavom Europske zajednice za ugljen i čelik (European Coal and Steel Community), što je bio prvi korak prema europskoj integraciji i uspostavi nadnacionalne vlasti.⁷

Ugovor o ECSC potpisale su 18. travnja 1951. godine u Parizu Francuska, Njemačka, Italija i zemlje Beneluxa. Cilj ECSC-a je bio uspostava zajedničkog tržišta ugljena i čelika ukidanjem carina i trgovačkih restrikcija, protunatjecateljskih mjera i državnih subvencija te razvoj zajedničke politike proizvodnje ugljena i čelika. Ustanovljena su i 4 tijela: Visoka vlast, sastavljena od 9 neovisnih predstavnika država članica (po dvojica iz velikih država), a koja je trebala biti glavno izvršno tijelo s ovlasti donošenja odluka i odgovornošću za provedbu ciljeva Ugovora; Skupština sastavljena od delegata izabranih od strane nacionalnih parlamenata, koja je imala nadzorne ovlasti; Vijeće sastavljeno od jednog predstavnika svake države članice, koje je imalo savjetodavnu ulogu i neke odlučujuće ovlasti, njezin pristanak je bio potreban i za različite odluke Visoke vlasti, te je koordinirala djelatnosti država članica i Visoke vlasti; i konačno, Sud sastavljen od 9 sudaca koji su tumačili i primjenjivali odredbe Ugovora i osiguravali njihovu primjenu. Visoka vlast je djelovala kao supranacionalno tijelo upravo stoga što je mogla donositi obvezujuće odluke, ali je bila ograničena u onim područjima u kojima njena odluka nije bila konačna bez sudjelovanja Vijeća u kojem su ministri država članica zastupali svoje nacionalne interese. Ravnoteža ovlasti između Visoke vlasti i Vijeća bila je drugačija prema ugovoru o ECSC nego prema kasnijem Ugovoru o EEC, s jačim supranacionalnim elementom i slabijim međuvladinim elementom, a za račun dominantnog položaja Visoke vlasti. Sud je rješavao sporove između država članica, između tijela Zajednice, te između država članica i tijela Zajednice, a njegove presude se mogu provoditi na području država članica.⁸

Unatoč tome što je ECSC imao izvjesnih uspjeha u razvoju suradnje i povjerenja između država članica, a osobito između Francuske i Njemačke, ostajalo je još uvijek osjetljivo pitanje obrane i naoružanja Njemačke. Nasuprot američke inicijative za naoružanje Njemačke u okviru NATO-a, Francuska je predložila u svom Planu Plevin 1950. godine uspostavu Europske obrambene zajednice (European Defence Community) s Europskom vojskom, zajedničkim proračunom i zajedničkim tijelima. Ugovor o EDC potpisan je 1952. godine, ali ga je upravo Francuska svojim odbijanjem ratificiranja eliminirala. Bio je to snažan udarac ideji europske integracije i tek će 39 godina kasnije u Maastrichtu doći do oživotvorenja ideje Europske unije. S druge strane, pitanje Njemačke i njezina naoružanja riješeno je pred drugim forumom. Pariškim sporazumima 1954. godine je priznata Savezna Republika Njemačka kao suverena država i odmah uključena u NATO pakt.⁹

⁷ Craig, de Burca, op. cit., str. 4.

⁸ ibid., str. 4-5

⁹ ibid., str. 8.

Unatoč neuspjehu u usvajanju Ugovora o EDC, države članice ECSC-a i nadalje čine napore za uspostavu čvršće integracije. Na konferenciji ministara vanjskih poslova šestorice u Messini 1955. godine usvaja se gledište da je potrebno dalje raditi na integraciji Europe, i to u prvom redu na ekonomskom polju. U tom smislu se osniva međuvladin odbor pod predsjedanjem Paula Henrija Spaaka, belgijskog ministra vanjskih poslova, kojem je povjerena izrada prijedloga za daljnje povezivanje. U travnju 1956. godine Spaak je podnio izvješće koje je poslužilo kao osnova za pregovore o potpisivanju Ugovora o EEC i Ugovora o EURATOM.¹⁰

Ugovor o Europskoj ekonomskoj zajednici (European Economic Community) i Ugovor o EURATOM (European Atomic Energy Community) potpisani su u Rimu 25. ožujka 1957. godine, a stupili su na snagu 1. siječnja 1958. godine. Ugovor o EEC kao svoje ciljeve postavlja jedinstveni razvoj ekonomskih aktivnosti, trajnu i uravnoteženu ekspanziju, porast stabilnosti, ubrzan porast životnog standarda i bliže odnose između država članica. To će biti postignuto uspostavom zajedničkog tržišta i progresivnim približavanjem ekonomskih politika država članica. Ostvarit će se uspostavom carinske unije, ukidanjem svih carinskih pristojbi i kvantitativnih ograničenja u trgovini između država članica i uspostavi zajedničke carinske tarife, kao i uklanjanjem zapreka slobodnom kretanju rada, poslovanja i kapitala. Ugovor uređuje i pitanje sprečavanja državnih monopola, vladinih subvencija i pogodovanja određenih privatnih poduzetnika, uspostave pravnog mehanizma za harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava država članica u cilju uspostave zajedničkog tržišta, uspostave zajedničke poljoprivredne i prometne politike, te slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala.

Prema Ugovoru o EEC i Ugovoru o EURATOM ustanovljena su 4 glavna tijela: Skupština, Vijeće, Komisija i Sud, ali s time da je ustanovljena jedinstvena Skupština, te jedinstveni Sud i za EEC i za EURATOM. Pritom su i nadalje postojale zasebna Komisija i Vijeće za EEC i EURATOM, pored Visoke vlasti i Vijeća ministara ECSC-a, da bi se konačno ta tijela ujedinila uspostavom zajedničke Komisije i Vijeća Europskih zajednica, ugovorom koji je potpisan u travnju 1965. godine, a stupio na snagu u srpnju 1967. godine (tzv. "Ugovor o spajanju"). Od tada Europske zajednice dijele zajednička tijela.¹¹

Pritom treba naglasiti da je ravnoteža ovlasti između Komisije i Vijeća prema Ugovoru o EEC bila drugačija nego prema Ugovoru o ECSC. Komisija nije imala isti stupanj zakonodavne samostalnosti prema Ugovoru o EEC, u odnosu na raniji Ugovor, a Vijeće je imalo ovlast za odobrenje mnogih zakonodavnih prijedloga Komisije. Ipak, Komisija je imala vrlo važnu ulogu, budući da je bila inicijator svih zakonodavnih radnji i nadzornik provedbe Ugovora, a imala je i pravo samostalnog

¹⁰ Derrick Wyatt, Alan Dashwood, *European Community Law*, 3. izdanje, London, Sweet and Maxwell, 1993., str. 7.

¹¹ *ibid.*, str. 8-9.

donošenja nekih odluka te provedbenih ovlasti koje na nju prenosi Vijeće. Komisija je bila pregovarač pri sklapanju međunarodnih ugovora u ime Zajednica, te je osiguravala poštivanje Ugovora od strane država članica i drugih.¹²

2.2. Od Luksemburškog sporazuma do Jedinstvenog europskog akta

No pitanje političke suradnje između država članica je i nadalje ostajalo otvoreno, s osobitim naglaskom na različito gledište Francuske glede tog pitanja u odnosu na druge države članice. Francuski predsjednik de Gaulle se zalagao za međuvladin, a ne supranacionalni model političke suradnje.

Ova napetost je dovela do krize 1965. godine, kada je prema prijelaznim odredbama Ugovora Vijeće trebalo uvesti donošenje odluka kvalificiranom većinom, umjesto jednoglasnog odlučivanja koje se dotada primjenjivalo. De Gaulle se usprotivio ovoj značajnoj institucionalnoj reformi što ju je predložila Komisija, a koja je bila povezana i s rješavanjem sukoba o poljoprivrednoj politici, kojom bi Zajednice imale vlastite izvore novčanih sredstava iz poljoprivrednih poreza i tarifa na robu uvezenu izvan Zajednica, čime bi se pojačala samostalnost Zajednica i povećale ovlasti Komisije i Parlamenta. Tome se Francuska snažno usprotivila te je odbila sudjelovati na daljnjim sjednicama Vijeća. To je trajalo 7 mjeseci, da bi u siječnju 1966. godine bio postignut dogovor, poznat kao Luksemburški sporazum o neslaganju oko načina glasovanja u Vijeću, a sadržavao je rješenja koja su zadovoljavala obje strane. U praksi je prevladalo francusko gledište, a sam Luksemburški sporazum nije riješio praktično pitanje načina donošenja odluka. Činjenica nemogućnosti sporazumijevanja država članica u Vijeću i učinak pozivanja na vrlo važne interese države doveo je do toga da se ovo rješenje počelo tretirati kao veto koje su ostale države članice morale poštivati. Time se ponovo usporio proces integracije Europe, a Sporazum će utjecati na razvoj EU iduća dva desetljeća.¹³

Sljedeći udarac ideji europske integracije došao je s prvim proširenjem Zajednica 1973. godine. Nakon niza godina u kojim je Velika Britanija odbijala sudjelovati u procesu europske integracije, 1961. i 1967. godine ona podnosi prijavu za učlanjenje u Zajednice, ali oba puta se tome usprotivila Francuska. Ipak, 1973. godine britanska prijava za učlanjenje biva prihvaćena, zajedno s prijavama Irske i Danske. Te godine i Norveška podnosi prijavu za učlanjenje, koja je bila prihvaćena, ali na nacionalnom referendumu Norvežani se izjašnjavaju protiv Ugovora o pristupanju, što je imalo negativan utjecaj na duh europskog zajedništva. 1981. godine Grčka pristupa Zajednici, Grenland napušta Zajednicu 1985. godine nakon dobivanja unutarnje zakonodavne neovisnosti od Danske, a 1986. godine Španjolska i Portugal postaju članice Zajednice.¹⁴

¹² Craig, de Burca, op. cit., str. 11.

¹³ ibid., str. 12-14

¹⁴ ibid., str. 14.

Daljnji koraci prema političkoj suradnji su ponovno oživjeli 70-ih godina, kada je 1974. godine ustanovljeno Europsko vijeće, čime je ojačan međuvladin model povezivanja, a oslabljen supranacionalni model. Ono nije djelovalo u okvirima osnivačkih ugovora i sve do donošenja Jedinštenog europskog akta nije bilo priznato kao formalno tijelo, ali i tada izvan strukture ustanovljene osnivačkim ugovorima.¹⁵

Razdoblje od donošenja Luksemburškog sporazuma do donošenja Jedinštenog europskog akta označavalo se kao razdoblje stagnacije procesa europskog ujedinjenja, no unatoč tome postoje i značajne inicijative za institucionalnu reformu Zajednice i jačanje supranacionalnog elementa. Tako valja spomenuti izvješće belgijskog premijera Lea Tindemansa iz 1974. godine, koje predlaže dalekosežne institucionalne reforme koje se nisu odmah i realizirale, ali su došle do izražaja u kasnijim inicijativama. 1976. godine postignut je sporazum o izravnim izborima za Parlament, te su 1979. godine održani i prvi izbori. Značenje ovog čina za razvoj Zajednice narušila je činjenica slabog odaziva građana država članica na izbore, što je dalo razloga za sumnju u zainteresiranost građanstva za europsku integraciju.¹⁶

2.3. Jedinstveni europski akt

Usvajanju Jedinštenog europskog akta (Single European Act) prethodilo je donošenje tzv. Svečane deklaracije o jedinstvenoj Europi, na inicijativu njemačkog i talijanskog ministra vanjskih poslova, Genschera i Andreottija 1983., izražavajući orijentaciju k političkom i ekonomskom ujedinjenju Europe.

Jedinstveni europski akt (SEA) potpisan je 17. veljače 1986. godine i stupio je na snagu 1. srpnja 1987. godine. Amandmani na osnivačke ugovore nalaze se u Glavi 2., te predstavljaju najšire izmjene do tada. Oni su uveli novi postupak donošenja odluka, dajući Parlamentu značajnu ulogu u zakonodavnom postupku. Jedan od ciljeva SEA je i završetak uspostave unutarnjeg tržišta EEC-a do kraja 1992., te su predviđena i pravna sredstva za postizanje tog cilja, kao i uređenje pitanja ekonomske i socijalne kohezije, istraživačkog i tehnološkog razvoja i zaštite okoliša. Glava 3. sadrži odredbe o europskoj suradnji u području vanjske politike, ustanovljavajući načela za bližu i sustavniju suradnju u stvaranju i provedbi vanjske politike. Predviđaju se i nove ovlasti Parlamenta i Vijeća u području definiranja vanjske politike Zajednice, stvaranjem dvostrukog sustava odlučivanja. SEA pritom ne stvara nove organizacijske oblike već nastoji učvrstiti postojeće, te ponovnim afirmiranjem donošenja odluka kvalificiranom većinom u Vijeću, uz velik broj iznimaka kad se zahtijeva jednoglasnost, jača supranacionalni model europske integracije.¹⁷

¹⁵ *ibid.*, str. 14-15.

¹⁶ *ibid.*, str. 16-17.

¹⁷ Siniša Rodin, "Jedinstveni evropski akt (Single European Act) i evropska politička suradnja", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 39 (4/1989.), str. 459-464.

2.4. Od Maastritskog sporazuma do Amsterdamskog ugovora

Daljnji korak k Europskoj uniji je bilo usvajanje Ugovora o Europskoj uniji. Odbor koji je odlučivao o ekonomskoj i monetarnoj uniji, pod predsjedanjem Jacquesa Delorsa, izradio je izvješće u kojem postavlja plan uspostave Ekonomske i monetarne unije u 3 etape 1989. godine. Vijeće je odlučilo održati međuvladinu konferenciju o toj temi, te se paralelno s njome odlučilo i za održavanje konferencije o političkoj uniji. Na temelju rezultata konferencije 1991. godine prezentiran je nacrt Ugovora. Nakon različitih izmjena tog nacrta, na zasjedanju Vijeća u prosincu iste godine, usvojen je tekst Ugovora o Europskoj uniji (TEU), te je 7. veljače 1992. godine u Maastrichtu i konačno potpisan. Zatim je uslijedilo žučno razdoblje ratifikacije Ugovora u zemljama članicama, s brojnim prigovorima na postupak dogovaranja i sam tekst Ugovora. Dapače, u Danskoj je na nacionalnom referendumu Ugovor odbačen. Ipak, nakon nekih ustupaka danskoj vladi na ponovljenom referendumu je Ugovor prihvaćen. Konačno je u studenom 1993. godine Ugovor stupio na snagu.¹⁸

Ovaj ugovor je svakako puno doprinijeo uspostavi EU, unatoč tome što neki smatraju da je još veće značenje imao Jedinostveni europski akt, koji je ponovo oživio donošenje odluka kvalificiranom većinom. Ipak je TEU svojim institucionalnim promjenama i izraženom spremnosti na uspostavu pune ekonomske i monetarne unije uspostavio tzv. tri stupa strukture EU, pri čemu se Zajednice pojavljuju kao prvi od tih stupova.¹⁹

Izmjenama Ugovora o EEC predviđene su ne samo institucionalne i zakonodavne promjene već i vremenski raspored za uspostavu ekonomske i monetarne unije zajedno s odredbama o Europskom monetarnom institutu (EMI) i Europskoj središnjoj banci (ECB). Uvedena su nova područja nadležnosti Zajednice i proširena postojeća, uveden je koncept europskog državljanstva, predviđen je parlamentarni ombudsman, formalizirano je načelo supsidijariteta, te je uspostavljen Odbor regija. Usvojen je Socijalni protokol sa Sporazumom o socijalnoj politici, kao i brojni drugi protokoli. Manje izmjene su u odnosu na ugovore o ECSC i EURATOM, u prvom redu institucionalne izmjene i izmjene u pogledu državljanstva. Ugovor izjednačuje Revizijski sud s ostalim tijelima EU, te predviđa da će Ekonomski i socijalni odbor i Odbor regija, koji imaju zajedničku organizacijsku strukturu, pomagati Vijeću i Komisiji. Tu su i odredbe o Europskom sustavu središnjih banaka (ESCB) i Europskoj središnjoj banci te Europskoj investicijskoj banci.²⁰

¹⁸ Craig, de Burca, op. cit., str. 26-27

¹⁹ TEU ima 7 glava: 1. glava sadrži zajedničke odredbe koje ističu osnovne ciljeve TEU; 2., 3. i 4. glava sadrže amandmane na ugovore o ECSC, EEC i EURATOM koji predstavljaju prvi stup; 5. glava sadrži odredbe o Zajedničkoj vanjskoj i sigurnosnoj politici (CFSP), koja predstavlja drugi stup; 6. glava sadrži odredbe o pravosuđu i unutarnjim poslovima (JHA) kao treći stup; te 7. glava koja sadrži zaključne odredbe.

²⁰ ibid., str. 29-30.

Kao drugi stup EU javlja se Zajednička vanjska i sigurnosna politika (CFSP). Vijeće definira zajednička stajališta, a potom države usklađuju svoju nacionalnu politiku s njima. Kvalificiranom većinom Vijeće odlučuje da određeno pitanje treba biti riješeno zajedničkom akcijom, a na isti način odlučuje i o proceduralnim pitanjima. Inače Vijeće djeluje jednoglasno. Vijeće ima i ulogu u području moguće buduće zajedničke obrambene politike zajedno s WEU. Komisija ima pravo biti upoznata s radom CFSP-a i može postavljati pitanja Vijeću ili zahtijevati održavanje izvanrednih sjednica Vijeća. Komisija surađuje i s predsjedništvom Europskog vijeća sa zadatkom predstavljanja EU i provođenja usvojenih zajedničkih mjera te obavještava Parlament o situaciji. Ovlasti Parlamenta su ograničene na konzultacije. Politički odbor će pomagati Vijeću prateći međunarodnu situaciju, dajući mišljenja i nadgledajući provedbu dogovorene politike.²¹

Treći stup EU odnosi se na pravosuđe i unutarnju politiku rješavajući pitanja azila, imigracije, državljana trećih zemalja, kao i suradnje u temama međunarodnog kriminala i različitih oblika pravosudne suradnje. Vijeće i ovdje ima ulogu da usvoji zajednička polazišta i sastavi sporazume o određenim pitanjima na temelju inicijativa država članica ili na inicijativu Komisije. Vijeće i ovdje djeluje jednoglasno, osim u pitanjima procedure ili u slučaju provedbe zajedničke akcije ili provedbe usvojenih dogovora. Iste ovlasti kao i u slučaju CFSP-a, imaju i Komisija i Parlament u pitanjima pravosuđa i unutarnje politike. Također će biti uspostavljen Koordinirajući odbor kao pomoć Vijeću, a ima istu ulogu kao i Politički odbor u CFSP-u ili COREPER prema Ugovoru o Europskoj zajednici (ranije Ugovor o EEC). Europsko vijeće nema istu ulogu u pravosuđu i unutarnjoj politici kao kod CFSP-a.²²

1989. i 1991. godine Austrija i Švedska su podnijele prijavu za pristupanje EU, a potom i Finska i Norveška 1992. godine. Ugovori o pristupanju potpisani su s Norveškom, Austrijom, Švedskom i Finskom 1994. godine, ali su samo posljednje tri države 1995. godine i stvarno postale članice EU, dok je Norveška ponovno na nacionalnom referendumu odbila učlanjenje, nakon što je to već učinila 1973. godine.²³

2.5. Amsterdamski ugovor i razdoblje nakon njegova usvajanja

Od 16. do 17. lipnja 1997. godine u Amsterdamu je održana sjednica Europskog vijeća na kojoj je postignut politički dogovor o Amsterdamskom ugovoru, koji unosi izmjene u TEU, ugovore o osnivanju Europskih zajednica i drugih odgovarajućih akata. Ugovoru je dodano i 13 protokola, 51 deklaracija koje je usvojila međuvladina konferencija i 8 deklaracija koje su usvojile pojedine države članice. Amsterdamski ugovor je potpisan 2. listopada 1997. godine i moraju ga

²¹ *ibid.*, str. 30-31

²² *ibid.*, str. 31.

²³ *ibid.*, str. 32-33.

ratificirati sve države članice EU u skladu sa svojim ustavnim odredbama. Ugovor će stupiti na snagu prvog dana mjeseca koji slijedi onaj mjesec u kojem je zadnja država članica pohranila instrument o ratifikaciji kod talijanske Vlade. Do sredine mjeseca lipnja 1998. godine Amsterdamski ugovor su ratificirali parlamenti Njemačke, Švedske i Italije.²⁴

Pregovore o novom Ugovoru vodili su predstavnici 15 država članica tijekom međuvladine konferencije koja je službeno otvorena na torinskoj sjednici Europskog vijeća 29. ožujka 1996. godine. Pripreme za međuvladinu konferenciju obavila je skupina sastavljena od predstavnika ministara vanjskih poslova država članica, Komisije i Europskog parlamenta, te je podnijela izvješće o svom radu na sjednici Europskog vijeća, održanoj od 15. do 16. prosinca 1995. godine u Madridu. Izvješće je utvrdilo 3 važna područja kojim se države članice EU trebaju pozabaviti, bez upuštanja u potpunu reviziju Ugovora: približavanje Unije građanima u području ljudskih prava, unutarnje sigurnosti, zapošljavanja i zaštite čovjekovog okoliša; poboljšanje učinkovitosti i demokracije Unije i pripremanje za njezino proširenje na države Srednje i Istočne Europe i davanje veće sposobnosti Uniji za vanjsku akciju. Odredbe o Europskoj monetarnoj uniji (EMU) koje su sadržane u TEU namjerno su isključene iz rasporeda za reviziju.

Amsterdamski ugovor zadržava osnovnu strukturu EU, koja je sastavljena od 3 stupa prema odredbama TEU. Unija i nadalje obuhvaća sva 3 stupa, te ih natkriljuje. Europske zajednice i nadalje zadržavaju institucionalna rješenja predviđena TEU-om i primjenjuju supranacionalni model djelovanja, dok područje Zajedničke vanjske i sigurnosne politike i preimenovano područje Policijske i sudske suradnje u kaznenim stvarima obilježava primjena međuvladinog modela odlučivanja.

Amsterdamski ugovor sadrži amandmane na odredbe TEU i na odredbe osnivačkih ugovora. On predviđa i potpunu prenumeraciju članaka, glava i odjeljaka postojećeg Ugovora o EU i Ugovora o osnivanju Europske zajednice.²⁵

U cilju uspostave jedinstvenog područja slobode, sigurnosti i pravde u okviru EU, Ugovor uvodi 3 novosti: novo poglavlje o vizama, pravu azila, useljavanju i drugim pitanjima koja se odnose na slobodno kretanje osoba unutar EU, a kojem je cilj oživotvorenje slobodnog kretanja osoba u roku 5 godina od dana stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora; jačanje 3. stupa koji se odnosi na policijsku i sudsku suradnju u kaznenim stvarima; i integracija Schengenskog sporazuma u okvire EU.

²⁴ Europski parlament je 19. studenog 1997. godine donio preporuku o ratificiranju Amsterdamskog ugovora državama članicama, te se očekuje da će Ugovor stupiti na snagu najranije u jesen 1998. godine. Francuski Ustavni savjet je utvrdio da je za ratifikaciju Amsterdamskog ugovora potrebno izvršiti izmjene francuskog Ustava. Njemačka je ratificirala Ugovor 6. ožujka 1998. godine, Italija je to učinila 3. lipnja 1998. godine.

²⁵ "European Union: consolidated version of the Treaty on European Union and consolidated version of the Treaty establishing the European Community-Introductory Note by Youri Devuyt", *International Legal Materials*, 37 (1/January 1998.), str. 56-57.

Donošenje odluka o vizama, pravu azila, useljavanju i drugim pitanjima koja se odnose na slobodno kretanje osoba u okviru EU obilježava primjena međuvladinog modela. Tijekom prvih 5 godina pravo na zakonodavnu inicijativu će biti podijeljeno između država članica i Komisije, Vijeće će odluke donositi jednoglasno, a uloga Europskog parlamenta ograničena je na konzultacije. Nakon ovog petogodišnjeg razdoblja Komisija će dobiti isključivo pravo na zakonodavnu inicijativu. Tada će Vijeće jednoglasno odlučiti o kojim će se pitanjima iz ovog područja odlučivati u postupku predviđenom čl. 251. TEU, uključujući donošenje odluka kvalificiranom većinom u Vijeću. Od stupanja na snagu ovog novog poglavlja Europski sud će dobiti ograničenu sudsku nadležnost koja se ne može odnositi na mjere što se poduzimaju radi održavanja zakonitosti i reda te očuvanja unutarnje sigurnosti. Vijeće, Komisija ili država članica može zahtijevati odluke Europskog suda o interpretaciji propisa iz ovog poglavlja, no takve interpretacije ne djeluju na pravomoćne presude sudova država članica. Protokoli 3 i 4 predviđaju pravo Velike Britanije i Irske da ne primjenjuju odredbe o slobodi kretanja osoba i priznaju postojanje jedinstvenog putničkog područja između ove dvije države, kao i Protokol 5 koji priznaje Danskoj pravo da ne primjenjuje ove odredbe i odluke koje utječu na obrambena pitanja.

Ojačani 3. stup EU, kojeg čine odredbe o policijskoj i sudskoj suradnji u kaznenim pitanjima (ranije odredbe o pravosuđu i unutarnjim poslovima), predviđa brojne nove pravne instrumente koji će se jednoglasno usvojiti u Vijeću. Tzv. okvirne odluke bit će usvojene radi približavanja prava država članica. One će biti obvezujuće za države članice u pogledu cilja koji treba postići, ali svaka država članica sama izabire oblik i način postizanja tog cilja, pa su vrlo slične smjernicama. Okvirne odluke neće imati izravno djelovanje, već će obvezivati i bit će provedene kroz mjere koje se usvajaju kvalificiranom većinom. Europski sud će po prvi put dobiti ograničenu sudsku nadležnost za pitanja koja se ne odnose na valjanost ili proporcionalnost provedbe prava i reda u državama članicama.²⁶

Schengenski sporazum (sporazum o postupnom ukidanju unutarnjih granica, od 14. lipnja 1985. godine i 19. lipnja 1990. godine) integriran je u EU kroz Protokol 2, koji ovlašćuje 13 država članica da nastave s bliskom suradnjom. Za svaku schengensku mjeru Vijeće mora odrediti odgovarajuće mjesto ili u TEU ili u Ugovoru o EC, pri čemu odluku o umetanju donosi jednoglasno. Sve nove države članice morat će prihvatiti Schengenski sporazum u cijelosti.²⁷

Ugovor predviđa i bolju koordinaciju nacionalnih politika u borbi protiv nezaposlenosti, angažirajući tijela EU u praćenju i rješavanju ovog problema, te

²⁶ Države članice će moći donijeti deklaraciju kojom prihvaćaju nadležnost Europskog suda za donošenje odluka o prethodnim pitanjima; Sud može preispitati zakonitost okvirnih odluka u slučaju tužbe koju je podnijela država članica ili Komisija; i Sud može biti pozvan da riješi sporove između država članica o interpretaciji ili primjeni akata usvojenih u ovom području, ako takav spor ne može riješiti Vijeće u roku od 6 mjeseci.

²⁷ *ibid.*, str. 57-59.

donošenju preporuka i stimulacijskih mjera za rješavanje pitanja zapošljavanja.

Novi članak 24. TEU-a omogućava sklapanje međunarodnih ugovora iz područja Zajedničke vanjske i sigurnosne politike i Policijske i sudske suradnje u kaznenim stvarima od strane EU, čime se posredno priznaje međunarodna pravna osobnost EU. Samo Europska zajednica ima izričitu pravnu osobnost (EC, čl. 281.).

Predviđa se i integracija WEU u strukturu Unije, ako tako odluči Europsko vijeće, suprotno zahtjevu Francuske i Njemačke za automatskim uključenjem. Pritom nije utvrđen konkretan vremenski raspored za tu integraciju, a dok se to ne realizira, Unija i WEU će sklopiti aranžman za unapređenje suradnje. U području vanjskih ekonomskih odnosa nije se uspjelo proširiti zajedničku trgovinsku politiku Unije i na međunarodne pregovore o uslugama i intelektualnom vlasništvu, no Vijeće može proširiti jednoglasnom odlukom zajedničku trgovinsku politiku i na ova dva područja.²⁸

Protokol 11, koji se bavi tijelima EU u pogledu budućeg proširenja Unije, ne sadrži konkretne obveze za opću primjenu donošenja odluka kvalificiranom većinom u svim zakonodavnim područjima. Protokol predviđa daljnje pregovore o institucionalnim pripremama za proširenje: na dan prvog proširenja samo će po jedan član Komisije predstavljati svaku državu članicu, pod uvjetom da se postigne dogovor o kvalificiranoj većini koja je potrebna za donošenje odluka u Vijeću, a koji bi išao u prilog većih država članica i barem 1 godinu prije nego što se članstvo EU poveća na 20 država članica, treba provesti novu sveobuhvatnu reviziju odredaba o funkcioniranju tijela EU. Protokol 12 o smještaju i sjedištima institucija i određenih tijela i odjela Europskih zajednica prihvaća postojeća rješenja, te Protokol 13 o ulozi nacionalnih parlamenata u EU određuje da Konferencija odbora za europske poslove nacionalnih parlamenata (Conference of European Affairs Committees of the National Parliaments (COSAC)) može uputiti svoje priloge na zakonodavne prijedloge EU Europskom parlamentu, Vijeću i Komisiji.²⁹

U srpnju 1997. godine Komisija je usvojila dokument Agenda 2000, kojim je utvrdila popis država koje će preporučiti za prvi krug proširenja EU na područje Istočne Europe. Dokument predlaže da se Poljska, Češka, Mađarska, Slovenija i Estonija pridruže Cipru u pregovorima za pristup EU 1998. godine. Tom odlukom je ujedno označeno da će Litva, Letonija, Slovačka, Bugarska i Rumunjska morati pričekati na članstvo, iako će dobiti tzv. ugovorni pristup partnerstvu, koji će im omogućiti da se u skladu sa svojim prilikama pripremaju za pristup EU. Optimisti prognoziraju da će do prvog proširenja EU doći već 2003. godine, no sadašnjost pokazuje i prve probleme u ostvarivanju tog cilja. Amsterdamski ugovor je također postavio kao izričit preduvjet za podnošenje prijave za učlanjenje u Uniju i poštivanje temeljnih prava utvrđenih u pravnim aktima EU.³⁰

²⁸ *ibid.*, str. 59-60.

²⁹ *ibid.*, str. 60-61.

³⁰ "Novi List" od 16. srpnja 1997.

3. Tijela EU

Članak 7. Ugovora o EC predviđa 5 glavnih tijela EU: Europski parlament, Vijeće, Komisija, Europski sud i Revizijski sud. Pored ovih tijela TEU je ustanovio i Ekonomski i socijalni odbor i Odbor regija, koji pomažu Vijeću i Komisiji svojom savjetodavnom djelatnošću, te je uveo i nove članke kojima osniva Europski sustav središnjih banaka, Europsku središnju banku, te Europsku investicijsku banku. Ova tijela izvršavaju one ovlasti koje su im dane izričito ili proizlaze iz odredbi ugovora.³¹

Tijela Europske unije obilježavaju dvije opće karakteristike. Prva karakteristika tijela EU očituje se u tome da je potrebno odbaciti tradicijsku podjelu ovlasti državnih tijela na zakonodavnu, izvršnu, upravnu i sudbenu vlast. To nikako ne znači da se u EU ne susrećemo s ovim funkcijama tijela vlasti, već da pojedina tijela nije moguće striktno svrstati u zakonodavna, izvršna tijela, budući da su te ovlasti podijeljene između različitih tijela te se isprepleću. Stoga za EU ne vrijedi princip stroge podjele vlasti, koji je inače oživotvoren u domaćim političkim sustavima. Druga karakteristika je da model institucionalnih nadležnosti nije statičan, već se on mijenja, kao posljedica učestalih izmjena Ugovora i promjena u političkoj ravnoteži ovlasti između tijela EU.³²

3.1. *Europski parlament*

Europski parlament je tijelo Unije koje je u svojoj povijesti doživjelo više fundamentalnih promjena negoli ikoje drugo tijelo EU. Od relativno slabe Skupštine, prema Ugovoru o ECSC iz 1952. godine, postala je aktivna i snažna institucija. Proces preobrazbe Europskog parlamenta tekao je u nekoliko faza: prvo je njegov utjecaj povećan u sferi proračuna donošenjem proračunskih ugovora 1970. i 1975. godine, zatim odlukom o izravnim izborima za članove Parlamenta 1976. godine, donošenje SEA 1986. godine, koji je uveo kooperativni postupak i postupak uz pristanak Parlamenta i TEU koji 1992. godine uvodi postupak predviđen člankom 189.b. Na taj način Parlament od savjetodavnog i nadzornog tijela postaje tijelo koje ima sve veću ulogu i u donošenju odluka zajedno s Vijećem i Komisijom.³³

3.1.1. *Sastav Europskog parlamenta*

Parlament se sastoji od 626 člana iz 15 država članica EU. Amsterdamski ugovor je ograničio ukupni broj članova Europskog parlamenta na 700, uzimajući u obzir buduća proširenja Unije i djelotvornost Parlamenta. Upućuju se prigovori na zastupljenost država članica u Parlamentu, budući da ona ne odgovara u potpunosti broju stanovnika pojedinih država, a osobito se to očituje u nerazmjernoj zastupljenosti malih država u odnosu na velike. Ipak se broj stanovnika pojedinih

³¹ George A. Bermann, Roger J. Goebel, William J. Davey, Eleanor M. Fox, *European Community Law-Selected Documents*, St. Paul, Minnesota, West Publishing CO., 1993., str. 39.

³² Craig, de Burca, op. cit., str. 39.

³³ *ibid.*, str. 57.

država članica uzima kao mjerilo za utvrđivanje broja članova Parlamenta iz pojedinih država članica pri svakom budućem proširenju EU. Drugi prigovor je prisutan u pogledu činjenice da od prvih izravnih izbora za Parlament 1979. godine do danas nije utvrđen i primijenjen jedinstveni izborni postupak koji je predviđen člankom 190.(4) Ugovora o EC.³⁴

Prije prvih izbora članove Parlamenta delegirali su nacionalni parlamenti. Nakon prvih izbora slučaj istodobnog obnašanja poslaničke dužnosti u Europskom parlamentu i u nacionalnom parlamentu postala je iznimka, iako je on i dalje moguć. Članak 19. Ugovora o EC predviđa da državljani Unije koji imaju prebivalište u državi članici imaju pravo birati i biti birani na općinskim izborima i izborima za Europski parlament. Mandat članova Parlamenta traje 5 godina.

Članovi sjede u Parlamentu prema političkim grupacijama, a ne prema nacionalnosti, a kao najveće političke grupacije se pojavljuju Europski socijalisti, Kršćanski demokrati (Europska narodna stranka), te Europska liberalno-demokratska i reformistička stranka. Druge grupacije su Zeleni i novoformljena "antimaastriška skupina" Europa nacija. Postoje i nacionalne stranke koje se nisu priključile niti jednoj političkoj grupaciji, no one tomu u pravilu teže radi pribavljanja financijskih i praktičnih pogodnosti.

Parlament izabire svog predsjednika i 14 potpredsjednika koji čine Ured Parlamenta (Bureau of Parliament). Oni zajedno s čelnicima različitih političkih grupacija tvore Konferenciju predsjednika (Conference of Presidents). Parlament ima i veliki broj specijaliziranih odbora s nekim pododborima, koji obavljaju zakonodavni rad sastavljajući izvješća o relevantnim temama, te veliko tajništvo koje pruža pravnu i upravnu pomoć.

Parlament ima svoje sjedište u Strasbourgu, njegovo tajništvo u Luxembourggu, a određene sjednice i sastanci odbora se održavaju i u Bruxellesu.³⁵

3.1.2. Zakonodavne ovlasti Europskog parlamenta

Kada govorimo o zakonodavnoj ulozi Parlamenta, tada možemo uočiti da je Parlament od savjetodavnog tijela postajao tijelo koje ima sve aktivniju i značajniju ulogu u zakonodavnom postupku. Do donošenja SEA najznačajnija uloga Parlamenta je bila ovlast usvajanja proračuna, no i ona je doživjela svoje izmjene proračunskim ugovorima iz 1970. i 1975. godine. SEA je uveo tzv. kooperativni postupak i postupak uz pristanak Parlamenta, a TEU je predvidio posebni postupak kojem je cilj da Vijeće i Parlament usvoje zajednički tekst pravnog akta, kojima je i u zakonodavnom postupku Parlamentu dana odgovarajuća uloga. Amsterdamski ugovor pojednostavnjuje i smanjuje broj zakonodavnih postupaka, pa tako preostaju 3 postupka: konzultativni postupak, postupak uz pristanak Parlamenta i postupak

³⁴ Ovaj članak određuje da će Parlament izraditi prijedlog jednoobraznog izbornog postupka za izravne izbore parlamentarnih zastupnika, a Vijeće će jednoglasno usvojiti odgovarajuće odredbe, nakon što pribavi pristanak Parlamenta, te će preporučiti državama članicama da prihvate te odredbe.

³⁵ *ibid.*, str. 58-60.

predviđen člankom 251. Ugovora o EC. Kooperativni postupak se zadržao samo za područje Ekonomske i monetarne unije, budući da države članice nisu željele mijenjati te odredbe Ugovora o EC.³⁶

3.1.2.1. Konzultativni postupak

U izvornom Ugovoru o EC zakonodavne ovlasti su bile koncentrirane u Komisiji i Vijeću. Komisija bi predlagala mjeru, a Vijeće bi je izglasavalo. Jedina je uloga Parlamenta bila da djeluje kao savjetodavno tijelo, kad je to određivano Ugovorom. Ovaj tzv. konzultativni postupak (Consultative Procedure) zadržao se sve do danas u određenim područjima, limitirajući ulogu Parlamenta.

Kada Ugovor o EC zahtijeva konzultacije s Parlamentom, taj zahtjev se mora i ispuniti. U praksi rad na prijedlogu Komisije otpočinje odmah u tijelima Vijeća, bez čekanja mišljenja Parlamenta, ali konačna odluka ne može biti donijeta sve dok Vijeće ne primi i ne razmotri mišljenje Parlamenta (slučaj "Roquette" (Case 138/79)). Parlament daje svoje mišljenje samo u pogledu izvornog prijedloga Komisije. Ako Komisija izmijeni svoj prijedlog ili Vijeće namjerava unijeti neke izmjene, a to znači bitnu izmjenu prvobitnog teksta u pogledu kojeg je Parlament već dao svoje mišljenje, postoji dužnost ponovne konzultacije Parlamenta. Ponovna konzultacija neće biti potrebna ako izmjena ne zadire u bit prijedloga ili ako izmjena ide u smjeru želja Parlamenta izraženih u njegovu mišljenju. Unatoč tome što su u ovom postupku ovlasti Parlamenta ograničene, konzultacijama se postiže temeljno demokratsko načelo da i narod treba sudjelovati u obavljanju vlasti, i to putem predstavničke skupštine. I nadalje Vijeće i Komisija imaju središnju ulogu u zakonodavnom postupku, budući da Vijeće nije obvezno i da prihvati to mišljenje Parlamenta pri donošenju konačne odluke u područjima u kojim se ovaj postupak koristi. Konzultativna uloga Parlamenta u zakonodavnom postupku dolazi do izražaja u područjima prava glasa i sudjelovanja na općinskim izborima (čl. 19.), jačanju građanskih prava (čl. 22.), državnim pomoćima (čl. 89.), usklađivanju posrednog oporezivanja (čl. 93.), približavanju prava radi djelovanja zajedničkog tržišta (čl. 94.), odredbama koje se odnose na Statut ESCB-a (čl. 107.(6)), fiskalnim mjerama u cilju zaštite okoline (čl. 175.(2))³⁷. Vijeće se može odlučiti na konzultacije s Parlamentom i u onim slučajevima kada to nije predviđeno Ugovorom, no ako Parlament ne da svoje mišljenje, tada Vijeće može povući svoj zahtjev upućen Parlamentu, ali vodeći računa i o Parlamentu prije takvog povlačenja.³⁸

3.1.2.2. Postupak uz pristanak Europskog parlamenta

Postupak pristanka (Assent Procedure) je onaj zakonodavni postupak u kojem Vijeće djeluje na prijedlog Komisije nakon što pribavi pristanak Parlamenta. Ovaj

³⁶ ILM, op. cit., str. 60.

³⁷ Craig, de Burca, op. cit., str. 121-122.

³⁸ Wyatt, Dashwood, op. cit., str. 39-40.

jednostavni postupak predstavlja pravi oblik suodlučivanja, te akt može biti usvojen samo ako ga je potvrdilo i Vijeće i Parlament. Ovaj postupak daje Parlamentu neograničenu moć odgađanja i apsolutnu moć odbacivanja prijedloga. U cilju raspoznavanja ove moći pravila sada predviđaju mogućnost donošenja privremenog izvješća s nacrtom rezolucije koja sadrži preporuke za izmjenu ili provedbu prijedloga. Parlament može i jednostrano pokrenuti postupak mirjenja sa Vijećem.³⁹

Ovaj postupak uveo je SEA za odlučivanje o značajnim pitanjima proširenja članstva Unije i sklapanja ugovora o pridruživanju. TEU je predvidio i nova područja primjene ovog postupka. Postupak uz pristanak Parlamenta dolazi do izražaja u članku 49. Ugovora o EU, koji regulira članstvo u Uniji. Ovaj članak određuje da se svaka europska država koja poštuje načela sadržana u članku 6.(1) Ugovora o EU (načela slobode, demokracije, poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda i vladavine prava) može prijaviti za članstvo u EU, podnoseći prijavu Vijeću. Vijeće donosi odluku jednoglasno nakon konzultacije s Komisijom i pribavljanja pristanka Parlamenta, koji donosi odluku apsolutnom većinom svojih članova. Ovaj postupak se primjenjuje i u člancima 105.(6) i 107.(5) Ugovora o EC, koji uređuju pitanja djelovanja Europske središnje banke i izmjene Statuta ESCB-a. Amsterdamski ugovor je izmijenio tekst članka 18.(2) koji regulira pitanje slobodnog kretanja građana, te je uveo postupak predviđen člankom 251. za donošenje odredbi potrebnih za ostvarivanje ovog prava.⁴⁰

TEU je afirmirao donošenje odluka običnom većinom umjesto apsolutnom većinom u mnogim slučajevima kada se odluke donose po postupku uz pristanak Parlamenta, čime je oslabljen utjecaj Parlamenta, budući da sad druga tijela EU mogu znatno lakše pribaviti podršku Parlamenta za svoje prijedloge. Istovremeno Parlament nema nikakvu ulogu u donošenju nekih značajnih međunarodnih sporazuma, poput onih u području zajedničke trgovinske politike (čl. 133.(3)). Parlament nema značajnijih ovlasti niti u području Zajedničke vanjske i sigurnosne politike i Policijske i sudske suradnje u kaznenim stvarima. U području Zajedničke vanjske i sigurnosne politike Predsjedništvo konzultira Parlament o glavnim aspektima i osnovnim izborima zajedničke vanjske i sigurnosne politike i vodi brigu da se gledišta Parlamenta poštuju, te zajedno s Komisijom redovito izvješćuje Parlament o razvoju vanjske i sigurnosne politike Unije. Parlament može postavljati pitanja i davati preporuke Vijeću, te održava godišnju raspravu o napretku u provedbi zajedničke vanjske i sigurnosne politike. Slične ovlasti Parlament ima i u području Policijske i sudske suradnje u kaznenim pitanjima, s time da Vijeće konzultira Parlament prije usvajanja okvirnih odluka, drugih odluka i konvencija o ovim pitanjima, pri čemu Parlament treba donijeti mišljenje u roku koji odredi Vijeće (rok ne smije biti kraći od 3 mjeseca), a ako to ne učini, Vijeće usvaja mjeru bez mišljenja Parlamenta.⁴¹

³⁹ Craig, de Burca, op. cit., str. 127-128.

⁴⁰ ILM, op. cit., str. 78., 99-100. i 82.

⁴¹ Craig, de Burca, op. cit., str. 61.

3.1.2.3. Postupak predviđen člankom 251. Ugovora o EC

TEU je 1992. godine uveo novi zakonodavni postupak člankom 189.b, čija je osnovna karakteristika ta da Vijeće i Parlament usvajaju zajednički tekst pravnog akta, ali u slučaju nepostizanja sporazuma očuvana je mogućnost jednostranog djelovanja Vijeća. Ovaj je postupak doživio brojne kritike zbog svoje složenosti, pa ga je Amsterdamski ugovor pojednostavnio, te je on zamijenio kooperativni postupak koji se ranije primjenjivao u brojnim područjima, a sada samo u području Ekonomske i monetarne unije.

U ovom postupku Komisija istodobno podnosi prijedlog Parlamentu i Vijeću, a zatim Vijeće, djelujući kvalificiranom većinom nakon pribavljanja mišljenja Parlamenta, može: ako potvrdi sve amandmane koji su sadržani u mišljenju Parlamenta, može usvojiti predloženi akt koji je tako izmijenjen; ako Parlament ne predloži nikakve amandmane, može usvojiti predloženi akt; ili će usvojiti zajedničko stajalište (common position) i dostaviti ga Parlamentu, te će Vijeće izložiti sve razloge za donošenje takvog zajedničkog stajališta, a Komisija će izložiti svoje stajalište Parlamentu. Ako u roku od 3 mjeseca od izvješćivanja Parlamenta o zajedničkom stajalištu, Parlament: potvrdi zajedničko stajalište ili ne donese odluku, odnosni akt će biti usvojen u skladu sa tim zajedničkim stajalištem; odbaci apsolutnom većinom svojih članova zajedničko stajalište, predloženi akt neće biti usvojen; ili će predložiti amandmane na zajedničko stajalište apsolutnom većinom svojih članova, te će izmijenjeni tekst biti vraćen Vijeću i Komisiji, koji će dati svoja mišljenja o tim amandmanima. Ako u roku 3 mjeseca od predlaganja amandmana na zajedničko stajalište, Vijeće kvalificiranom većinom, odnosno jednoglasno u pogledu onih amandmana za koje je Komisija dala negativno mišljenje, potvrdi sve amandmane Parlamenta, odnosni akt će biti usvojen u skladu s izmijenjenim zajedničkim stajalištem. Ako Vijeće ne prihvati sve amandmane, tad će predsjednik Vijeća, u dogovoru s predsjednikom Parlamenta, u roku 6 tjedana sazvati sastanak Odbora za mirenje (Conciliation Committee). Odbor za mirenje čine članovi Vijeća ili njihovi predstavnici i jednaki broj predstavnika Parlamenta, a zadatak mu je da postigne sporazum o zajedničkom tekstu kvalificiranom većinom u Vijeću i većinom u Parlamentu. U postupku mirenja sudjeluje i Komisija, nastojeći približiti sukobljene strane. Odbor za mirenje će u ispunjenju svojeg zadatka, voditi računa o zajedničkom stajalištu na koje je Parlament predložio amandmane. Ako u roku 6 tjedana od sazivanja Odbor za mirenje utvrdi zajednički tekst, tad Parlament usvaja apsolutnom većinom palih glasova, a Vijeće kvalificiranom većinom odnosni akt u skladu s zajedničkim tekstom u roku 6 tjedana od utvrđivanja zajedničkog teksta. Ukoliko jedno od ovih tijela u utvrđenom roku ne usvoji odnosni akt, tad on neće biti ni donesen. Tu sudbinu ima predloženi akt i u slučaju ako Odbor za mirenje ne postigne sporazum o zajedničkom tekstu. Parlament ili Vijeće mogu predložiti da se rokovi od 3 mjeseca i 6 tjedana produže za najviše 1 mjesec, odnosno 2 tjedna.⁴²

⁴² ILM, op. cit., str. 129.

U odnosu na uređenje ovog zakonodavnog postupka TEU-om, Amsterdamski ugovor je predvidio ova poboljšanja: Vijeće može odmah u prvom čitanju, nakon što pribavi mišljenje Parlamenta, usvojiti predloženi akt, ako prihvati sve amandmane Parlamenta ili Parlament ne predloži niti jedan amandman u svome mišljenju, dok je ranije prvo čitanje redovito završavalo usvajanjem zajedničkog stajališta, a ne i konačne odluke; ukoliko u prvom čitanju Vijeće ne usvoji predloženi akt, tada će usvojiti zajedničko stajalište, pa će ga sa svojim obrazloženjima i stajalištem Komisije dostaviti Parlamentu koji može odbaciti zajedničko stajalište i time spriječiti donošenje predloženog akta, a ranije je Parlament bio dužan izvijestiti Vijeće o svojoj namjeri da odbaci zajedničko stajalište, pa je Vijeće moglo sazvati Odbor za mirenje i provesti postupak mirenja u kojem je Parlament mogao ili potvrditi svoje odbijanje (predloženi akt tada neće biti usvojen) ili predložiti amandmane na zajedničko stajalište; u slučaju da Parlament predloži amandmane na zajedničko stajalište, a Vijeće ih ne prihvati u cijelosti, tada predsjednik Vijeća u dogovoru s predsjednikom Parlamenta saziva sastanak Odbora za mirenje u roku 6 tjedana, dok je ranije bio dužan odmah sazvati Odbor; ako Odbor za mirenje ne postigne sporazum o zajedničkom tekstu, predloženi akt neće biti ni usvojen, dok je ranije Vijeće moglo potvrditi svoje zajedničko stajalište koje je usvojilo prije pokretanja postupka mirenja i jednostrano donijeti pravni akt, ali i tada je Parlament mogao spriječiti taj čin odbacujući tekst apsolutnom većinom svojih članova u roku od 6 mjeseci; inicijativu za produženje rokova u ovom postupku sada mogu dati ili Parlament ili Vijeće, a ranije je bio potreban zajednički dogovor Parlamenta i Vijeća o tome. Cilj je ovih izmjena pojednostavljenje i ubrzavanje ovog zakonodavnog postupka, ukidajući pojedine stadije i nastojeći očuvati bit postupka. Vijeće više nije u mogućnosti jednostrano donijeti konačnu odluku u slučaju nepostizanja sporazuma o zajedničkom tekstu, čime je dodatno ojačana pozicija Parlamenta u ovom postupku, kao i time što se od Parlamenta više ne traži donošenje odluke apsolutnom većinom svojih članova za sprečavanje jednostranog djelovanja Vijeća, što se u praksi vrlo teško moglo ostvariti.⁴³

Postupak predviđen člankom 251. Ugovora o EC je Amsterdamskim ugovorom dobio i nova područja primjene, zamjenjujući kooperativni postupak i postupak uz pristanak Parlamenta u određenim slučajevima. On se sada primjenjuje za donošenje odluka o slobodnom kretanju radne snage (čl. 40.), slobodi poduzetništva (čl. 44.), priznavanju kvalifikacija (čl. 47.), slobodi pribavljanja usluga (čl. 55.), odredbama o dovršenju zajedničkog tržišta (čl. 95.), poticajnih mjera u kulturi i javnom zdravlju (čl. 151.(5) i 152.(4)), odredbama o slobodnom kretanju građana (čl. 18.(2)), prometu (čl. 71.), zdravlju i sigurnosti (čl. 138.), provedbi odluka o Europskom socijalnom fondu (čl. 148.), provedbi odluka o Europskom fondu za regionalni razvoj (čl. 162.) i ostvarenju osnovnih ciljeva politike zaštite okoliša (čl. 175.).⁴⁴

⁴³ loc. cit.

⁴⁴ *ibid.*, str. 87-88., 96., 112-113., 82., 92., 110-111., 115. i 117.

3.1.2.4. Kooperativni postupak

SEA je 1986. godine uveo novi zakonodavni postupak primjenjiv u svim onim slučajevima predviđenim izmijenjenim Ugovorom o EEC, u kojem je Vijeće djelovalo u suradnji s Parlamentom. Ovo je bila prva institucionalna izmjena koja je dala veće ovlasti Parlamentu u zakonodavnom postupku, no donošenjem Amsterdamskog ugovora primjena ovog postupka je ograničena samo na područje ekonomske i monetarne politike (čl. 102. i 103., EC). Ovaj postupak još uvijek možemo naći u odredbama Ugovora o EC, u članku 252. Za razliku od postupka konzultacije, koji se sastoji od jednog čitanja od strane Parlamenta i Vijeća, kooperativni postupak se sastoji od dva čitanja. Prvo čitanje odgovara postupku konzultacije, ali ne završava konačnim donošenjem mjere, već se usvaja zajedničko stajalište od strane Vijeća kvalificiranom većinom. Zajedničko stajalište mora biti priopćeno Parlamentu s punim obrazloženjem donošenja odluke, kao i objašnjenjem stajališta Komisije. Potom se Parlament mora očitovati o zajedničkom stajalištu u roku od 3 mjeseca, o čemu ovisi daljnji tijek drugog čitanja. Moguće su 3 situacije: 1. Parlament može odobriti zajedničko stajalište ili u tromjesečnom roku ne donijeti nikakvu odluku, kada Vijeće mora bez odlaganja nastaviti s postupkom do donošenja konačnog akta u skladu sa zajedničkim stajalištem; 2. Parlament može apsolutnom većinom svojih članova odbaciti zajedničko stajalište, te tada Vijeće može usvojiti akt u drugom čitanju, ali samo jednoglasno, no u praksi se jednoglasnost u Vijeću rijetko postiže, pa tako parlamentarno odbijanje djeluje kao veto; 3. Parlament može predložiti amandmane na zajedničko stajalište apsolutnom većinom svojih članova, te tada Komisija mora u roku od 1 mjeseca preispitati prijedlog na temelju kojeg je usvojeno zajedničko stajalište, uzimajući u obzir amandmane Parlamenta, te zatim izmijenjeni ili neizmijenjeni prijedlog dostavlja Vijeću, koje će ili prihvatiti prijedlog kvalificiranom većinom ili ga izmijeniti jednoglasno. Rokovi koji se moraju poštivati u ovom postupku mogu biti produženi za najviše 1 mjesec na temelju zajedničke odluke Vijeće i Parlamenta.⁴⁵

Parlament održava svake godine sjednicu i to bez posebnog poziva, drugog utorka mjeseca ožujka. Može se sazvati i izvanredno zasjedanje na zahtjev većine zastupnika, Vijeća ili Komisije. Odluke donosi apsolutnom većinom palih glasova, osim ako je Ugovorom određeno drugačije.

Izvan zakonodavnog postupka i postupka mirenja u tom postupku, Parlament, Vijeće i Komisija redovno održavaju međuinstitucionalne konferencije na kojima se raspravlja o određenim problemima ili općim zajedničkim problemima. Ove konferencije učestale su i zbog činjenice da su Parlament kao federalistička institucija, i Vijeće kao institucija u kojoj dolaze do izražaja interesi država članica, međusobno suprotstavljene. Ipak, ovi sastanci poboljšavaju odnose i dijalog između ovih tijela, a Vijeće ponekad izabire konzultacije s Parlamentom kada to nije niti obvezno, kako bi se spriječile nesuglasice.⁴⁶

⁴⁵ Wyatt, Dashwood, op. cit., str. 40-41.

⁴⁶ Craig, de Burca, op. cit., str. 61-62.

Komisija je oduvijek bila odgovorna Parlamentu, a donošenjem TEU ta se odgovornost još više povećala. Pored ovlasti Parlamenta da stavlja prigovore Komisiji i zahtijeva njezinu ostavku, Parlament sudjeluje i u postupku imenovanja Komisije, pri čemu je Amsterdamski ugovor unio i neke novine. Vlade država članica nominiraju, na temelju zajedničkog sporazuma, osobu za koju žele da bude predsjednik Komisije, a zatim ta nominacija podliježe potvrdi od strane Parlamenta. Potom vlade država članica i nominirana osoba za predsjednika, na temelju zajedničkog sporazuma, nominiraju one koji će službovati kao članovi Komisije. Sve tako nominirane osobe zatim podliježu glasovanju Parlamenta koji na taj način daje svoj pristanak na kandidate, nakon čega se ove osobe postavljaju u službu na temelju opće suglasnosti vlada država članica. Ranije je, prema odredbama TEU, Parlament bio samo konzultiran prilikom nominacije kandidata za predsjednika Komisije, a sada već u ovoj fazi postupka imenovanja može spriječiti konstituiranje Komisije, te je kandidat za predsjednika bio samo konzultiran prilikom nominiranja ostalih članova Komisije, a sada ima snažniju ulogu u tome. Ovlasti Parlamenta u slučaju imenovanja članova Revizijskog suda i predsjednika Europskog monetarnog instituta ograničene su na konzultacije i Parlament nema pravo na veto, kao u slučaju Komisije. Unatoč tome što Parlament želi učestvovati i u imenovanju sudaca Europskog suda, on te ovlasti za sada nema.⁴⁷

Amsterdamski ugovor uvodi i članak 255. koji predviđa da svaki državljanin Unije i svaka fizička ili pravna osoba koja ima prebivalište ili registrirano sjedište na području bilo koje države članice, ima pravo pristupa dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije prema načelima i uvjetima koji će biti određeni. Opća načela i ograničenja na temelju zaštite javnog ili privatnog interesa, a koja se odnose na ostvarivanje ovog prava će odrediti Vijeće, donoseći odluku po postupku predviđenom u članku 251. u roku 2 godine od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora, te će svako od gore navedenih tijela izraditi vlastite odredbe u svojim pravilima postupka o ostvarenju tog prava. Na taj način se institucionalna struktura Unije želi još više približiti državljanima Unije i drugim pravnim subjektima, te osigurati javnost rada tijela EU.⁴⁸

3.1.3. Ovlasti Europskog parlamenta u postupku usvajanja proračuna EU

U proračunskoj sferi, kao rezultat ugovora iz 1970. i 1975. godine, Parlament je postao ravnopravni partner Vijeću. Njihove su ovlasti određene razlikovanjem obvezatnih rashoda (compulsory expenditure ili DO), pod kojim podrazumijevamo one izdatke koje proračunska vlast mora predvidjeti u proračunu, da bi Unija mogla izvršavati svoje unutarnje i vanjske obveze, i neobvezatnih rashoda (noncompulsory expenditure ili DNO). Vijeće donosi konačnu odluku kada je riječ o DO, koje uvelike čine izdaci za zajedničku poljoprivrednu politiku, a Parlament ima konačnu odluku o DNO, koje čine izdaci iz strukturalnih fondova, izdaci za istraživanja i

⁴⁷ ILM, op. cit., str. 123.

⁴⁸ ibid., str. 130.

pomoć državama nečlanicama. Udio DNO u izdacima Unije se osobito povećao u razdoblju od 1988. do 1993. godine kao posljedica financijske pomoći državama Srednje i Istočne Europe i bivšeg Sovjetskog Saveza. U međuvremenu je poraslo i političko značenje tih izdataka, a time i moć Parlamenta u financijskim stvarima.⁴⁹

Postupak usvajanja proračuna određen je člankom 272. koji raspoređuje nadležnosti između Vijeća i Parlamenta. Na temelju privremenog nacrt proračuna što ga predlaže Komisija, Vijeće ustanovljava nacrt proračuna, kojega mora podnijeti Parlamentu prije 5. listopada godine koja prethodi godini u kojoj će se proračun izvršiti. Na prvom čitanju nacrt proračuna Parlament ima pravo predložiti izmjene izdataka koji čine DO, te izmijeniti izdatke koji čine DNO. Nacrt proračuna se zatim vraća Vijeću na drugo čitanje. Predložene izmjene DO koje nije izričito prihvatilo Vijeće smatraju se odbačenima (izuzev onih koje ne povećavaju ukupne izdatke, a čije odbacivanje zahtijeva odluku Vijeća) i Vijeće može također izmijeniti bilo koji amandman na DNO koji je usvojio Parlament. Sve odluke Vijeća koje su povezane s postupkom usvajanja proračuna donose se kvalificiranom većinom. Na drugom čitanju nacrt proračuna Parlament može djelujući većinom svojih članova i s tri petine palih glasova izmijeniti ili odbaciti bilo koju izmjenu parlamentarnih amandmana DNO koju je učinilo Vijeće, no Parlament nema više nikakvih ovlasti da zadire u DO. Postupak završava formalnom deklaracijom kojom predsjednik Parlamenta proglašava da je proračun konačno usvojen. Ipak Parlament može zbog značajnih razloga većinom svojih članova i s dvije trećine palih glasova odlučiti da odbacuje proračun u cijelosti i zatražiti da mu se podnese novi nacrt. Parlament se ovom mogućnošću koristio tri puta dosad (1980., 1982. i 1985. godine). Na kraju treba reći da je predviđen i složeni mehanizam kojem je cilj spriječiti povećanje DNO iz godine u godinu, a koji je predmetom učestalih sporenja između Vijeća i Parlamenta. Ova sporenja se nastoje riješiti međuinstitucionalnim sporazumima o proračunskoj disciplini i poboljšanju postupka usvajanja proračuna (prvi takav sporazum je sklopljen u Bruxellesu za razdoblje 1988.-1992. godine, a drugi u Edinburghu za razdoblje 1993.-1999. godine). Proračun Unije se puni iz vlastitih izvora EU: carinske pristojbe na proizvode iz država nečlanica, poljoprivrednih poreza, postotka od poreza na dodanu vrijednost i proračunskog izvora koji se temelji na bruto nacionalnom proizvodu svake države članice.⁵⁰

3.1.4. Nadzorne ovlasti Europskog parlamenta

Nadzorna uloga Parlamenta se uočava u dugotrajnoj praksi nadgledanja djelatnosti drugih tijela EU postavljanjem usmenih i pisanih upita i ustanovljavanju istražnih odbora. Ipak je tek TEU i pisano uobličio tu praksu. Članak 193. Ugovora o EC predviđa pravo Parlamenta da ustanovi privremeni istražni odbor za utvrđivanje navodnih kršenja ili upravnih pogrešaka u provedbi prava Zajednice, izuzev u slučajevima kada to čini sud i dok je slučaj još uvijek predmet pravnog

⁴⁹ Wyatt, Dashwood, op. cit., str. 33.

⁵⁰ *ibid.*, str. 33-35.

postupka. Ovaj članak ne ograničava takve istrage samo na slučajeve kršenja prava i "loše uprave". Članak 194. predviđa da svaki državljanin Unije ili osoba koja ima prebivalište na području države članice, ima pravo peticije Europskom parlamentu o pitanjima koja su u nadležnosti Unije, a izravno utječu na njega. Člankom 195. je određeno da Parlament imenuje ombudsmana koji je ovlašten da prima pritužbe na rad institucija i tijela EU. Ako ombudsman utvrdi slučaj "loše uprave", dužan je odnosnom tijelu dati rok od 3 mjeseca, u kojem ono mora izvijestiti ombudsmana o svojim gledištima, a zatim ombudsman podnosi izvješće Parlamentu i odnosnom tijelu, te izvješćuje i žalitelja o ishodu. Ombudsman se imenuje nakon svakog novog izbora Parlamenta na razdoblje na koje je izabran i Parlament. Iz ombudsmanove nadležnosti isključeni su Europski sud i Prvostupanjski sud. Parlament je 1993. godine usvojio nacrt pravila i uvjeta za obavljanje dužnosti ombudsmana, a 1994. godine odluku koja utvrđuje način ulaganja pritužbi. Prije donošenja TEU, Ugovor o EEC je predviđao obvezu članova Komisije da odgovaraju na usmene i pisane upite Parlamenta kao i obvezu Komisije da podnosi godišnje opće izvješće Parlamentu, iz čega je razvijena praksa podnošenja i određenijih izvješća. Unatoč tome što Vijeće nije bilo pravno obvezano da odgovara na upite Parlamenta, ono je to činilo.⁵¹

3.1.5. Europski parlament kao stranka u postupcima pred Europskim sudom

Na kraju valja istaknuti da se Parlament pojavljuje i kao stranka u postupcima pred Europskim sudom. To svojstvo procesnog subjekta potvrđeno je u čitavom nizu sudskih odluka donijetih u razdoblju 1980.-1990. godine, a broj postupaka u kojim se Parlament pojavljuje kao stranka sve više raste. Vrlo često se Parlament služi svojom parničnom sposobnošću kako bi ojačao svoju ulogu u zakonodavnom postupku, što vrlo često smeta ostala tijela EU. Donošenjem TEU 1992. godine došlo je do izmjene članaka 230. i 232., čime je i Ugovorom o EC priznato ono što je već prihvatila sudska praksa.⁵²

Članak 230. uređuje postupak sudske revizije zakonitosti pravnih akata tijela EU: Europski sud preispituje zakonitost akata koje su zajednički usvojili Parlament i Vijeća, akata Vijeća, akata Komisije i akata Europske središnje banke, izuzev preporuka i mišljenja, te akte Parlamenta koji stvaraju pravne učinke prema trećim osobama. Sud je nadležan za rješavanje tužbi koje mu podnose države članice, Vijeće ili Komisija, a koje su utemeljene na nenadležnosti, povredi bitnih postupovnih pravila, povredi ovog Ugovora ili bilo kojeg pravnog pravila u svezi njegove primjene ili na zloupotrebi ovlaštenja. Sud je nadležan pod istim uvjetima i za tužbe koje podnose Parlament i ECB radi zaštite svojih prerogativa. Također i svaka fizička ili pravna osoba može pod istim uvjetima pokrenuti postupak protiv odluke koja je adresirana na tu osobu ili protiv odluke koja, unatoč tome što ima oblik uredbе ili odluke upućene drugoj osobi, ima neposredno i pojedinačno

⁵¹ *ibid.*, str. 35-36.

⁵² Craig, de Burca, *op. cit.*, str. 65-69.

djelovanje na nju. Postupak se treba pokrenuti u roku od 2 mjeseca od objavljivanja mjere ili njene notifikacije tužitelju, ili ako te radnje nisu učinjene, od dana kad je podnositelj zahtjeva za poništenje saznao za pobijani akt. Ako je tužba utemeljena, Sud će proglasiti odnosni akt nevaljanim. Time su pravno nevaljani i akti država članica koji su doneseni za njihovu primjenu. Učinci ništavosti su generalni i apsolutni, a ako se radi o uredbi, Sud će, ako smatra da je to potrebno, utvrditi koji su učinci poništene uredbe konačni.⁵³

Postupak koji se provodi u slučaju podnošenja tužbe zbog propuštanja uređen je člankom 232.: u slučaju ako Parlament, Vijeće ili Komisija propuste djelovati u slučaju povrede ovog Ugovora, države članice i druge institucije Unije mogu podnijeti tužbu Europskom sudu radi ustanovljavanja takve povrede. Tužba se može podnijeti samo ako je odnosno tijelo prethodno bilo pozvano da djeluje. Ako u roku od 2 mjeseca od poziva na djelovanje odnosno tijelo ne utvrdi svoje stajalište, tužba se može podnijeti u daljnjem roku od 2 mjeseca. Svaka fizička ili pravna osoba može pod istim uvjetima uložiti žalbu Sudu zbog toga što tijelo EU nije uputilo toj osobi odgovarajući akt, izuzev preporuke ili mišljenja. Sud je nadležan pod istim uvjetima i za tužbe ili postupke koje podnosi ECB ili su upućeni protiv nje, a tiču se njene nadležnosti. Tijelo ili tijela čija su djela proglašena nevaljanim ili koja su propustila djelovati, a to je označeno kao protivno Ugovoru, bit će pozvana da poduzmu potrebne mjere u skladu s presudom Suda. Ova obveza ne može utjecati na obveze tijela koje proizlaze iz izvanugovorne odgovornosti tog tijela za štete nastale u radu tijela ili njezinih službenika. Ovo se primjenjuje i na ECB.⁵⁴

4. Zaključak

Amsterdamski ugovor nije predvidio značajnije institucionalne reforme Europske unije, ali su njegovi donositelji, svjesni budućeg proširenja EU, ipak postavili određene zadatke i okvire za daljnje pregovore, koji su utvrđeni u Protokolu 11. Značajne izmjene pojavljuju se u području zakonodavnih postupaka EU, gdje se smanjuje broj tih postupaka, te se oni pojednostavljuju. Ovdje se osobito valja osvrnuti na postupak predviđen člankom 251. Ugovora o EC, koji je izmijenjen tako da se sada znatno brže i jednostavnije donose odluke, a same odredbe Ugovora su sada i jasnije i preglednije. Parlament je ovim postupkom još više ojačao svoju zakonodavnu ulogu, budući da su uklonjene određene zapreke koje su postojale ranije⁵⁵, te je proširio svoju nadležnost za donošenje odluka i na nova područja u kojima se ranije primjenjivao kooperativni postupak. Kooperativni postupak koji je bio svojevrсни pionir u proboju Parlamenta u zakonodavne ovlasti

⁵³ ILM, op. cit., str. 125.

⁵⁴ *ibid.*, str. 126.

⁵⁵ Vijeće je moglo jednostrano donijeti odluku u slučaju ako se ne bi postigao dogovor o zajedničkom tekstu, a Parlament je teško u praksi realizirao svoje pravo na veto.

tijela EU će vjerojatno nestati, a sada se zadržao samo u području ekonomske i monetarne politike čije odredbe države članice nisu željele mijenjati. Parlament sada može konzultirati i Odbor za ekonomski i socijalni razvoj i Odbor regija prije donošenja određenih odluka.

Parlament je ojačao svoj položaj i prilikom nominacije kandidata za predsjednika Komisije u postupku imenovanja Komisije, tako da Parlament sada potvrđuje odluku vlada država članica, a i nominirana osoba za predsjednika Komisije u tom postupku sada ravnopravno s vladama država članica nominira ostale članove Komisije. Parlament i nadalje donosi konačnu odluku kojom potvrđuje sastav nove Komisije.

Ovlasti Parlamenta u području Zajedničke vanjske i sigurnosne politike i Policijske i sudske suradnje u kaznenim pitanjima su i nadalje ograničene na konzultacije, a do izražaja u ovim područjima dolazi međuvladin model donošenja odluka.

Članak 255. omogućava svim državljanima EU i fizičkim i pravnim osobama koje imaju prebivalište ili registrirano sjedište na području Unije uvid u dokumente Parlamenta, Vijeća i Komisije, te na taj način osigurava javnost rada tijela EU i njihov nadzor od strane građana.

Sve ove novosti ukazuju na tendenciju preobrazbe Europskog parlamenta u glavnog nositelja zakonodavnog postupka, te njegove pretvorbe u Dom naroda, a Vijeća u Dom država, čime bi bilo uspostavljeno dvodomno zakonodavno tijelo neke buduće europske federacije, dok bi se Komisija pretvorila u izvršno tijelo odgovorno Parlamentu. Otpori uspostavi europske federacije su još uvijek prisutni u europskih država koje se ne žele olako lišiti svojeg suvereniteta, ali perspektiva širenja EU i na Srednju i Istočnu Europu dat će sigurno novi zamah ideji europske integracije. Naravno da su moguća i određena razočaranja i za one države koje Europsku uniju gledaju izvana, ali i za države koje su u Uniji, u pogledu pristupanja novih država članica i eventualnog pristupanja onih europskih država koje nisu niti spomenute Agendom 2000. Budućnost će pokazati da li će se ostvariti sve nade i želje europskih država koje teže složnoj i jedinstvenoj Europi.

Literatura

1. BELL, Andrew, "Current developments: European Community Law-Constitutional Aspects", *International and Comparative Law Quarterly*, 44 (3/1995.), str. 700-705.
2. BERMAN, George A., Roger J. Goebel, William J. Davey, Eleanor M. Fox, *European Community Law-Selected Documents*, St. Paul, Minnesota, West Publishing CO., 1993.
3. CRAIG, Paul, Grainne de Burca, *EC Law-text, cases and materials*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
4. DEGAN, Vladimir -, "Sud Evropskih zajednica", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 12 (2-3/1965.), str. 392-408.
5. "European Union: consolidated version of the Treaty on European Union and consolidated version of the Treaty establishing the European Community", *International Legal Materials*, 37 (1/ January 1998.), str. 56-142.

6. FORSYTH, Murray, *Unions of States-The Theory and Practice of Confederation*, Leicester, Leicester University Press, 1981.
7. GIJLSTRA, D.J., H.G. Schermers, E.L.M. Volker, J.A. Winter, *Leading Cases on The of the European Communities*, 4. izdanje, Amsterdam, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982.
8. JAZIĆ, Živojin, "Evropska zajednica na putu k Evropskoj uniji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 35 (5-6/1985.), str. 663-672.
9. MILETA, Vlatko, *ABC Europske unije - leksikon temeljnih pojmova*, Zagreb, Školske novine, 1997.
10. RODIN, Siniša, "Jedinstveni evropski akt (Single European Act) i evropska politička suradnja", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 39 (4/1989.), str. 455-464.
11. RODIN, Siniša, *Pravni sustav i institucije Evropske zajednice*, Zagreb, Zagrebačka poslovna škola, 1990.
12. SOKOL, Smiljko, Branko Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb, Školska knjiga, 1992.
13. WYATT, Derrick, Alan Dashwood, *European Community Law*, 3. izdanje, London, Sweet and Maxwell, 1993.

Kratice

CFSP	Common Foreign and Security Policy
COREPER	Committee of Permanent Representatives (of the Member States)
DNO	non-compulsory expenditure
DO	compulsory expenditure
ECB	European Central Bank
ECOSOC	Economic and Social Committee
ECSC	European Coal and Steel Community
EC Treaty	European Community Treaty
EDC	European Defence Community
EEC	European Economic Community
EMI	European Monetary Institute
EMU	Economic and Monetary Union
ESCB	European System of Central Banks
EURATOM	European Atomic Energy Community
EU	European Union
ILM	International Legal Materials
NATO	North Atlantic Treaty Organization
OUN	Organization of United Nations
SEA	Single European Act
TEU	Treaty on European Union ("Maastricht Treaty")
WEU	Western European Union

Summary

THE EUROPEAN PARLIAMENT AFTER THE TREATY OF AMSTERDAM

The Article examines the legal status of the European Parliament after the Treaty of Amsterdam (1997). The first part of the Article observes the historical development of EU (European Union) emphasizing Maastricht Treaty (1992) and

the Treaty of Amsterdam.

The other part of the Article covers the essential characteristics of comprised EU organs providing (moreover) a profound analysis of EC/EU Treaties - provisions q.v. the European Parliament. The Treaty of Amsterdam did facilitate and did reduce the number of legislation proceedings. Related interventions under Article 251 of EC Treaty ref. application of fast & not complicated decision-making procedure become relevant even for different (new) domains. The increase of parliamentary authorities involves the nomination of the candidates for the President of the Commission implicating the confirmation of the governmental decisions of member states and an equivalent participation of the person nominated for the (Commission) President and the governments of member states in nomination procedure for other (Commission) members. Relevant arguments under Article 255 (EC Treaty, new Article), conceding documentation review to EU citizens, physical & juridical persons domiciled (domicile or registered residence) in Union territory (thus) ascertain & support the principles of publicity & supervision.

Key words: *European Parliament, Treaty of Amsterdam, authorities, legislation proceedings.*

Zusammenfassung

DAS EUROPAPARLAMENT NACH DEM AMSTERDAMER VERTRAG

In dieser Arbeit analysiert der Autor die Rechtslage des Europaparlaments nach der Annahme des Amsterdamer Vertrags im Jahre 1997. Im ersten Teil der Arbeit wird ein geschichtlicher Überblick über die Entwicklung der Europäischen Union gegeben, in der der Vertrag von Maastrich aus dem Jahre 1992 und der Vertrag von Amsterdam einen besonderen Platz einnehmen. Im zweiten Teil der Arbeit werden kurz die Grundmerkmale der Organe der EU dargelegt sowie die Bestimmungen des Vertrags über die EC und des Vertrags über die EU, die sich auf das Europaparlament beziehen, gründlich analysiert. Der Vertrag von Amsterdam hat die Zahl der gesetzgebenden Verfahren verringert und sie vereinfacht. Das Verfahren, das in Artikel 251 des Vertrags über die EC vorgesehen ist, wurde verändert, so dass heute wesentlicher schneller und einfacher Entscheidungen gefällt werden können und dieses Verfahren auch bei der Entscheidungsfällung in einigen neuen Bereichen angewandt wird. Das Parlament hat auch bei der Nominierung des Kandidaten für den Präsidenten der Kommission größere Befugnisse, da es die Entscheidung der Regierungen der Mitgliedsländer bestätigt, so dass die nominierte Person für den Präsidenten der Kommission gleichberechtigt mit den Regierungen der Mitgliedsstaaten die anderen Mitglieder der Kommission nominiert. Der neue Artikel 255 des Vertrags über die EC ermöglicht es allen Staatsbürgern der EU und natürlichen und juristischen Personen, die den Wohnsitz

oder einen registrierten Sitz auf dem Gebiet der Union haben, Einsicht in die Dokumente der Organe der EU zu nehmen womit die Öffentlichkeit der Arbeit der Organe der EU und deren Beaufsichtigung seitens der Bürger gesichert ist.

Schlüsselwörter: *Europaparlament, Vertrag von Amsterdam, Befugnisse, gesetzgebendes Verfahren.*

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
- * izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- * pregledni članak - review
- * 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 autorova izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvaćanje 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 skraćeni 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 dva primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- * original scientific paper
- * preliminary communication
- * conference paper
- * review article
- * professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion, summary and key words (2-3 words).
A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in two 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
- * Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- * Übersichtsartikel
- * fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole beigefügt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigefügt.
7. Wissenschaftliche Originalbeiträge, vorläufige Mitteilungen, Übersichtsartikel und fachliche Beiträge müssen eine Schlußbetrachtung, eine Zusammenfassung die 250 Wörter nicht übersteigen darf, und Schlüsselwörter (2-3 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 doppelter 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.

**ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA
SVEUČILIŠTA U RIJECI**

POZIV NA PRETPLATU

Iz sadržaja Zbornika vol. 19 broj 1 (1998.):

Halid Konjohodžić, Hrvatski ček i njegove osobitosti; *Ljiljana Mikšaj-Todorović, Mladen Singer*, Obavijesti o prethodnim intervencijama društvenih institucija prema malodobnim počiniteljima kaznenih djela i/ili njihovim obiteljima kao kriterij izricanja odgojnih mjera; *Zoran Kanduć, Velinka Grozdanić*, Prostitucija (nepoželjna tema, kažnjiva radnja i stalna pojava); *Miomir Matulović*, Multikulturalizam i njegovo priznavanje; *Zdravka Poldrugac, Irena Cajner Mraović*, Obiteljske prilike maloljetnih kriminalnih povratnika u Županiji istarskoj; *Damir Aviani*, Pučki pravobranitelj Republike Hrvatske (hrvatski parlamentarni ombudsman); *Elvio Baccarini*, Pobačaj: Pomažu li moralne intuicije?; *Antun Jurman*, Jamstveni kapital banaka; *Berislav Pavišić*, Il problema della coerenza dei sistemi delle sanzioni penali; *Bernd Schulte*, Soziale Sicherheit als Element der Sozialen Marktwirtschaft, des Sozialstaats und einer künftigen Europäischen Sozialunion; *Ivo Grabovac*, Značenje potvrđivanja Protokola iz 1992. g. o izmjeni Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja mora uljem (naftom); *Nenad Hlača*, Pravno uređenje braka u Republici Italiji; *Maja Vehovec, Marija Kaštelan Mrak*, Small and Medium Size Enterprise Development in the Transitional Economy of Croatia; *Dan M. Scheuermann*, Intentional Infliction of Emotional Distress in the Workplace; *Marinko Učur*, Suodlučivanje (participacija u odlučivanju) radnika; *Edita Čulinović-Herc*, Real Securities in Movables - European Unification Prospects and Transition Countries; *Ivica Kinder*, Institucionalna struktura i pravni položaj Sjevernoatlantske organizacije.

Zbornik vol. 19 broj 2 (1998.): "Vlasništvo - pretvorba - denacionalizacija"

I. Članci: Nikola Gavella, Ograničenja prava vlasništva; *Petar Simonetti*, Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama; *Petar Simonetti*, Pretpostavke, funkcije i pravna priroda prava građenja; *Tatjana Josipović*, Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige; *Srećko Jelinić*, Naknada u vrijednosnim papirima za oduzetu imovinu i mjerila za utvrđivanje naknade; *Olga Jelčić*, Načela restitucije prava vlasništva i naknade za oduzetu imovinu; *Jasna Brežanski*, Građenje na tuđem zemljištu; *Vesna Tomljenović*, Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; *Tanja Tumbri*, Najam stana i zakup poslovnog prostora; *II. Sudska praksa; III. Pravni izvori; IV. Prilozi.*

PRETPLATITE SE I UŠTEDITE 20%!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po pretplatničkoj cijeni od **180,00 kn**:

Vol. 19 br. 1 i br. 2 (1998.): _____ primjeraka

• po pretplatničkoj cijeni od **260,00 kn**:

Vol. 19 br. 1, br. 2 i Supplement (1998.): _____ primjeraka

• pojedini broj po cijeni od **110,00 kn** (bez popusta):

Vol. 19 br. 1: _____ primjeraka

Vol. 19. br. 2: _____ primjeraka

Vol. 19. Suppl.: _____ primjeraka

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

U _____, _____ 1998. 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: DOC. 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 stručni rad, 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.

Biblioteka se sastoji od nizova: 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: 49.00 kn; vanjska cijena: 69.00 kuna)*
- Lujo Margetić, *Opća povijest prava i države (unutarnja cijena: 120.00 kn; vanjska cijena: 185.00 kn)*
- Mile Boras - Lujo Margetić, *Rimsko pravo (unutarnja cijena: 175.00 kn; vanjska cijena: 200.00 kn)*

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet (unutarnja cijena: 85.00 kn; vanjska cijena: 85.00 kn)*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner/Izbor studija (unutarnja cijena: 175.00 kn; vanjska cijena: 175.00 kn)*
- Marinko Učur, *Pomorsko radno pravo (unutarnja cijena: 69.00 kn; vanjska cijena 98.00 kn)*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo. Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava (unutarnja cijena: 140.00 kn; vanjska cijena: 200.00 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika (unutarnja cijena: 130.00 kn; vanjska cijena: 200.00 kn)*
- Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij (u tisku)*

GODIŠNJA PREDAVANJA

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest (unutarnja cijena: 40.00 kn, vanjska cijena: 40.00 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, *Kometar Zakona o sigurnosti prometa na cestama (rasprodano)*
- Vinko Hlača i Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa (unutarnja cijena: 60.00 kn; vanjska cijena: 100.00 kn)*

PRJEVODI

- Ralph Folsom, Michale Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi (u tisku)*

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

NARUŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis 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 05030-100-3

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

**Recenzenti u 1998. godini za Vol. 19., br. 1, 2 i Supplement
(prema abecednom redu):**

- Dr. sc. Mira Alinčić - Zagreb
Dr. sc. Elvio Baccarini - Rovinj
Dr. sc. Arsen Bačić - Split
Ph. D. Milford Bateman - Wolverhampton, UK
Dr. sc. Vlado Belaj - Osijek
Dott. Gian Antonio Benacchio - Trento
Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat - Rijeka
Dr. sc. Ivo Borković - Split
Dr. sc. Petar Bosnić - Split
Dr. sc. Aleksandar Buđanovac - Zagreb
Dr. sc. Boris Buklijaš - Split
Dr. sc. Rudolf Capar - Rijeka
Dr. sc. Ante Carić - Split
Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić - Rijeka
Dr. sc. Edita Čulinović-Herc - Rijeka
Dr. sc. Vladimir Đuro Degan - Zagreb
Dr. sc. Mihajlo Dika - Zagreb
Dr. sc. Nikola Gavella - Zagreb
Dr. sc. Igor Gliha - Zagreb
Dr. sc. Ivo Grbin - Zagreb
Dr. sc. Vinko Hlača - Rijeka
Dr. sc. Marko Ilešić - Ljubljana
Dr. sc. Šime Ivanjko - Maribor
Dr. sc. Srećko Jelinić - Osijek
Dr. sc. Tatjana Josipović - Zagreb
Dr. sc. Petar Klarić - Zagreb
Dr. sc. Polonca Končar - Ljubljana
Dr. sc. Josip Kregar - Zagreb
Dr. sc. Anita Kurtović - Split
Dr. sc. Dragutin Ledić - Rijeka
Dr. sc. Vlado Leko - Zagreb
Dr. sc. Ivan Marković - Rijeka
Dr. sc. Miomir Matulović - Rijeka
Dr. sc. Nenad Mišćević - Maribor
Dr. sc. Ljiljana Mikšaj-Todorović - Zagreb
Dr. sc. Zoran Parać - Zagreb
Dr. sc. Drago Pavić - Split
Dr. sc. Ivan Pavić - Split
Dr. sc. Dragan Petrovec - Ljubljana
Dr. sc. Željko Potočnjak - Zagreb
Dr. sc. Aldo Radolović - Rijeka
Dr. sc. Krešimir Sajko - Zagreb
Dr. sc. Maja Seršić - Zagreb
Dr. sc. Petar Simonetti - Rijeka
Dr. sc. Mladen Singer - Rijeka
Dr. sc. Branko Smerdel - Zagreb
Dr. sc. Petar Šarčević - Bern
Dr. sc. Vjekoslav Šmid - Split
Dr. sc. Tanja Tumbri - Zagreb
Dr. sc. Petar Turčinović - Rijeka
Dr. sc. Nina Vajić - Zagreb
Dr. sc. Dragica Wedam-Lukić - Ljubljana

Spomenica prof.dr.sc. Đuri Vukoviću

Članci:

Siniša Triva,

Privremene mjere osiguranja u arbitraži

Mihajlo Dika,

Vrste privremenih mjera prema Ovršnom zakonu

Krešimir Sajko,

Nacionalna i međunarodna zaštita kulturnih predmeta s posebnim osvrtom na UNIDROIT konvenciju o ukradenim ili ilegalno izvezenim kulturnim predmetima, od 24. lipnja 1995.

Dragutin Ledić, Nada Bodiroga-Vukobrat,

Harmoniziranje europskog prava društava

Marinko Đ. Učur,

Nomotehnika u radnom zakonodavstvu

Vesna Crnić-Grotić,

Posebosti međunarodnopravnog položaja žena izbjeglica

Vesna Tomljenović,

Posebna međunarodna nadležnost u sporovima izvanugovorne odgovornosti za štetu - neka otvorena pitanja tumačenja i kvalifikacije

Edita Čulinović Herc,

Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema Ovršnom zakonu - pravni okvir i primjena

Aleš Galič

Procesna ustavna jamstva v pravdnem postopku - prikaz judikature slovenskega Ustavnega sodišča

Jasna Garašić,

O upravnom sporu pred Upravnim sudom RH u svjetlu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

Alan Uzelac,

Hrvatsko procesno pravo i jamstvo "pravičnog postupka" iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

Dragutin Ledić,

Razvitak hrvatskog trgovačkog prava s posebnim osvrtom na prilike u Dubrovačkoj Republici

Aldo Radolović,

Suđenje osnovom pravičnosti, diskreciono ovlaštenje suca i slobodna ocjena dokaza

Srećko Jelinić,

Leasing - od oblikovanja ekonomske ponude do pravnog obuhvata

Damir Klasiček,

Prijedlog kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu

Jozo Čizmić,

Uredan poziv - pretpostavka za donošenje presude zbog izostanka

Dionis Jurić,

Europski parlament nakon Amsterdamskog ugovora