

# NOVA PRAVNA REVUJA

# NPR

## Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

### Izdavački savjet:

Prof. Mag. Mag. Dr. Tomislav Borić (Austrija)  
 Prof. dr. Tatjana Josipović (Hrvatska)  
 Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel (Njemačka)  
 Prof. dr. Dušan Nikolić (Srbija)  
 Prof. dr. Borislav Petrović (Bosna i Hercegovina)  
 Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder (Njemačka)

### Izdavači:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR  
 INTERNATIONALE RECHTLICHE  
 ZUSAMMENARBEIT E.V.



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche  
 Zusammenarbeit, e.V. (IRZ – Stiftung)  
 Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu  
 saradnju (IRZ – Stiftung)



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika  
 Njemačko-bosanskohercegovačka udruga pravnika  
 Нјемачко-босанскохерцеговачко удружење правника  
 Deutsch-Bosnisch-Herzegowinische Juristenvereinigung

Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava  
 (Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts  
 und seiner Rezeption)

## Iz sadržaja:

### Specijalni prilog:

*Prof. dr. Jutta Limbach*, Razvoj prava kroz sudsku praksu  
 Saveznog ustavnog suda Njemačke

### Članci:

*Dr. Thomas Meyer*, Uvođenje Zajedničkog evropskog  
 prava prodaje i prigovor zbog povrede principa  
 subsidiarnosti

*Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard)*,  
 Osnove potrošačkog prava Evropske Unije

*Dr. Mehmed Hadžić*, Redefinisanje sadržaja osnovnih  
 međunarodnih radnopravnih standarda

*Mag. sci. Bisera Kalaba*, Uloga formalne odbrane  
 u različitim fazama postupka

### Osim toga:

Aktuelnosti iz evropskog prava  
 Aktuelnosti iz njemačkog prava  
 Aktuelnosti iz prava regiona

### Težište broja:

Evropsko pravo



Stabilitätspakt für Südosteuropa  
 Gefördert durch Deutschland  
 Stability Pact for South Eastern Europe  
 Sponsored by Germany

# 1/2013

Godina 4, vol. 6.  
 juni / lipanj 2013.  
 stranice 1-94

## NOVA PRAVNA REVIIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo  
Časopis izlazi dva puta godišnje

Izdavači:



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche  
Zusammenarbeit, e.V. (IRZ Stiftung)  
Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju  
(IRZ Stiftung)  
Ubierstraße 92  
D-53173 Bonn  
Projektna oblast: Bosna i Hercegovina  
Kontakt osoba: dr. Stefan Pürner (voditelj projektnog odjela)  
E-Mail: puerner@irz.de  
Tel: 0049-(0)2289555103



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika/  
Deutsch-bosnisch-herzegowinische Juristenvereinigung  
DBHJV  
c/o Pravni fakultet  
Obala Kulina bana 7  
71 000 Sarajevo  
Tel. 00387 33 206350 lok./ext. 240

Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava  
Ljubiše Jovanovića 1  
34 000 Kragujevac  
Srbija  
E-mail: gesellschaft.deutschesrecht@gmail.com

Glavni i odgovorni urednici:  
Prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner

Redakcijski kolegij:  
Doc. dr. Slavko Đorđević, doc. dr. Zlatan Meškić,  
prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner

Izvršna urednica:  
Mag. sci. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:  
Mag. sci. Darja Softić Kadenić LL.M.,  
Dragana Radisavljević

Prijevođi:  
Selma Mezetović, Ines Meštrović, Naida Šehić

Izdavačke usluge i štampa:  
University Press – izdanja Magistrat, Sarajevo

Kontakt:  
Nova pravna revija  
Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo  
Adresa: c/o Pravni fakultet  
Obala Kulina bana 7  
n/r Darja Softić Kadenić  
e-mail: novappravnaevija@gmail.com  
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



Poštovane čitateljke i čitaoci,  
drage kolegice i kolege,

i ovo izdanje časopisa “Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo” (“Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht”) ponovo donosi niz priloga iz sva tri u naslovu časopisa navedena pravna poretka, i to priloge koji spadaju kako u područje civilnog i krivičnog prava tako i javnog prava. Istovremeno ovaj broj okuplja ne samo etablirane autore već i mlade kolegice i kolege iz zemlje i inostranstva.

Takođe je i u ovom broju težište na temama koje imaju vezu s evropskim pravom. To ne čudi, budući da to pravo sve više postaje pozadina i uzor za rješenja nacionalnih prava u onim zemljama Jugoistočne Evrope koje teže članstvu u Evropskoj uniji.

Važan članak iz niza takvih priloga bavi se Zajedničkim evropskim pravom prodaje i principom supsidijarnosti. Njegov autor je dr. Thomas Meyer, menadžer Otvorenog regionalnog fonda za Jugoistočnu Evropu njemačke organizacije Društvo za međunarodnu saradnju (GIZ) [*Open Regional Fund for South East Europe (ORF) – Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ)*]. Ovo bi se moglo vidjeti kao potvrda tome da je angažman IRZ-a cijenen i od kolega iz GIZ-a. S druge strane pokazuje takođe da njemačke organizacije, koje podržavaju partnerske države Jugoistočne Evrope, to čine u duhu partnerskih odnosa ne samo prema lokalnim partnerima, već i u međusobnom odnosu.

Veze između nacionalnog i evropskog prava provlače se kao crvena nit kroz mnoge priloge ovog časopisa. Naročito očigledno to biva u ovdje objavljenoj (još nepravosnažnoj) odluci Evropskog suda za ljudska prava o “staroj deviznoj štednji”, kratkom prikazu evropskog patenta kao i materijalima o najnovijim promjenama hrvatskog prava društava, koje imaju uzor u odgovarajućim odredbama evropskog prava društava i odgovarajućim odredbama njemačkog prava. Posljednjim prilogom NPR istovremeno ukazuje na pristup Republike Hrvatske Evropskoj uniji, što se vremenski podudara s izlaskom ovog broja NPR. Ovim pristupom jedan važan dio područja na kojem se ovaj časopis distribuira postao je dio Evropske unije, te je prvi put jedna država, u kojoj se govori jezikom/jezicima na kojem/kojima izlazi časopis NPR, zemlja članica EU. I druge zemlje regiona su u vremenu proteklom od izdanja posljednjeg broja i ovog broja načinile važne korake u pravcu pristupanja EU.

Ovo potvrđuje da je bilo ispravno, prilikom koncipiranja časopisa NPR, kao dva težišta izabrati regionalno i evropsko pravo. Treće težište (njemačko pravo) nema samo svoj razlog u tome da je Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju e. v. sa sjedištem u Bonu (IRZ) jedan od izdavača ovog časopisa, već takođe i u posebnoj ulozi koju igra njemačko pravo pri pravnim reformama u području u kojem se distribuira časopis (ili, koju bi ovo pravo, zbog činjenice da se pri tome radi o evropskom kontinentalnom pravu, trebalo igrati).

Kao i u dosadašnjim izdanjima časopisa NPR i u ovom preovladava privatno pravo. To ima, priznajemo, svoj razlog takođe i u činjenici da većina autora ovog časopisa svoje lično težište ima u privatnom pravu. S druge strane, uzrokovano je time da se međunarodni pravni saobraćaj primarno odvija na području privatnog prava. Što su odnosi između pojedinih država više normalizirani, to uloga privatnog prava biva dominantnija (to takođe potvrđuje i razvoj unutar Evropske unije). U NPR 1/2013 preovladavaju privatnopravne teme s privrednom pozadinom. Raspon se proteže od prava kupovine preko zaštite potrošača do zateznih kamata. Međutim, čitaoci nisu prikraćeni ni za teme iz radnog prava. Na taj način obrađene su teme koje i u praksi igraju značajnu ulogu.

Ovo privatnopravno težište ne može voditi tome da druga pravna područja, u praksi takođe veoma značajna, budu zapostavljena. Stoga se izdavači i članovi redakcije časopisa posebno raduju objavljivanju priloga bivše predsjednice Saveznog ustavnog suda, profesorice dr. Jutte Limbach, koji sadrži njeno izlaganje u okviru 4. dana njemačkog prava u BiH, koji je održan krajem prošle godine na Pravnom fakultetu u Sarajevu, i koje je pobudilo veliku pažnju. Taj je prilog imao za predmet ulogu ustavnih sudova u razvoju prava. To je tema koja ima poseban značaj u vremenu značajnih promjena i transformacije. Iskustva njemačkog Saveznog ustavnog suda mogla bi služiti kao poticaj za cijeli region.

Osim toga, čitaoci i u ovom izdanju NPR mogu naći uobičajene rubrike kao što su "Aktuelnosti iz evropskog prava", "Aktuelnosti iz njemačkog prava", "Pravo na internetu" i "Značajni njemački pravници". U posljednjoj rubrici predstavljen je Friedrich Carl von Savigny iz ugla jednog srbijanskog pravnik i time, tako reći, iz jedne "vanjske perspektive". Jedan prilog ovog broja posvećen je samostalnom istraživanju evropskih pravnih izvora na internetu. Time se uzima u obzir sve veći značaj ovog medija za posao pravnik, naročito u situaciji kada je relevantna literatura objavljena u printanoj formi iz različitih razloga teško pristupačna.

Navedeni niz priloga zaokružen je prikazima knjiga i izvještaja s konferencija, koji daju mali uvid u pravnički život u regionu i strane aktivnosti koje podržavaju pravne reforme. Ova raznolikost priloga omogućena je upravo činjenicom da se jedan znatan broj angažiranih i kvalificiranih autora uključuje u rad časopisa. Novim zainteresiranim autorima se stoga izričito skreće pažnja na upute za autore ("Call for papers") date na kraju časopisa.

I predgovor ovom izdanju takođe završava riječima zahvalnosti:

Zahvalnost se duguje čitaocima i autorima časopisa NPR (takođe i onima čiji radovi nisu mogli biti uzeti u obzir, budući da ne odgovaraju tematskom konceptu ovog čisto pravničkog stručnog časopisa ili koji nisu bili u skladu s uputstvima za autore), projektnim partnerima, koji NPR, između ostalog, čine dostupnim na svojim općepoznatim i relevantnim internet stranicama i time osiguravaju da ovaj časopis stoji na raspolaganju svim relevantnim ciljnim skupinama u regionu. Ovdje posebno treba spomenuti Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, beogradsku naučnu bazu podataka *Singipedia* i mrežu pravnik Jugoistočne Evrope *Harmonius*, kroz čije se odgovarajuće aktivnosti na poseban način osigurava održivost časopisa NPR.

Najzad sasvim posebna zahvalnost duguje se ponovo Saveznom ministarstvu pravde i Ministarstvu inostranih poslova SR Njemačke, koji omogućavaju aktivnost IRZ u Jugoistočnoj Evropi, a time i izdavanje ovog časopisa, sredstvima njemačkog učešća u Paktu stabilnosti za Jugoistočnu Evropu kao i njemačkim ambasadama u zemljama u kojima se distribuira NPR, koje konstantno prate i podržavaju djelatnost Fondacije IRZ. Podrška od strane tih osoba i institucija su obaveza i autorima i redakciji časopisa NPR da i u budućnosti dalje razvijaju časopis i da ga prilagođavaju potrebama čitalaca.

Prof. dr. Meliha Powlakić

Predsjednica  
Njemačko-bosanskohercegovačkog  
udruženja pravnik (DBHJV)

Advokat dr. Stefan Pürner

Voditelj projekta pri Fondaciji IRZ  
"Središnja Jugoistočna Evropa"  
(Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Makedonija i Srbija)

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,

auch diese Ausgabe der "Nova Pravna Revija - Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" ("Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht") bringt wieder eine Reihe von Beiträgen aus den drei, im Titel der Zeitschrift genannten Rechtsordnungen, die sowohl den Bereich des Zivilrechts, des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts betreffen. Gleichzeitig vereint sie wiederum sowohl etablierte Autoren wie jüngere Kolleginnen und Kollegen aus dem In- und Ausland.

Der Schwerpunkt liegt hierbei auch in dieser Ausgabe bei Themen, die Bezug zum europäischen Recht besitzen. Dies verwundert nicht, da dieses Recht zunehmend auch Hintergrund und Vorbild für die Regelungen der nationalen Rechte derjenigen Staaten in Südosteuropa ist, die eine Mitgliedschaft in der Europäischen Union erst anstreben.

Ein wichtiger Aufsatz aus der Reihe der diesbezüglichen Beiträge befasst sich mit dem EU-Kaufrecht und dem Subsidiaritätsprinzip. Verfasst wurde er von Dr. Thomas Meyer, dem Leiter des Open Regional Fund for South East Europe der Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ). Dies wird man zum einen als Beleg dafür ansehen können, dass die Arbeit der IRZ auch von den Kollegen der GIZ geschätzt wird. Zum anderen zeigt es aber auch, dass die deutschen Organisationen, die die Partnerstaaten in Südosteuropa unterstützen, dies partnerschaftlich, nicht nur gegenüber den Partnern vor Ort, sondern auch im Verhältnis zueinander tun.

Die Verbindungen zwischen den nationalen Rechten und dem europäischen Recht ziehen sich wie ein roter Faden durch viele Beiträge in dieser Zeitschrift. Besonders deutlich werden sie jedoch in der hier wiederabgedruckten (noch nicht rechtskräftigen) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den "alten Devisenspareinlagen", einer kurzen Darstellung des europäischen Patents und in der Dokumentation über die jüngsten Änderungen des kroatischen Gesellschaftsrechtes, die ihren Hintergrund im europäischen Gesellschaftsrecht und ihr Vorbild in entsprechenden deutschen Regelungen haben. Mit dem letztgenannten Beitrag weist die NPR gleichzeitig auch auf den EU-Beitritt Kroatiens, der zeitlich mit dem Erscheinen dieser Ausgabe der NPR zusammenfällt, hin. Mit diesem Beitritt gehört ein wichtiger Teil des Verbreitungsgebiets dieser Zeitschrift zur Europäischen Union und damit erstmals ein Staat des Verbreitungsgebietes der Sprache(n), in der/denen die NPR erscheint, der Europäischen Union an. Auch weitere Staaten der Region haben im Zeitraum zwischen dem Erscheinen der letzten Ausgabe und der vorliegenden Nummer wesentliche Fortschritte hin zu einem EU-Beitritt gemacht.

Dies belegt, dass es richtig war, bei der Gründung der NPR zwei Schwerpunkte auf das regionale und das europäische Recht zu legen. Der dritte Schwerpunkt (das deutsche Recht) hat seine Ursache nicht nur darin, dass die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e. V. Bonn (IRZ) Mitherausgeber der Zeitschrift ist, sondern auch in der besonderen Rolle, die das deutsche Recht bei der Rechtstransformation im Verbreitungsgebiet der Zeitschrift spielt (oder die dieses Recht in Anbetracht der Tatsache, dass es sich dabei um kontinentaleuropäisches Recht handelt, spielen sollte).

Wie in den bisher erschienenen Ausgaben der NPR überwiegt auch in dieser das Zivilrecht. Dies hat, zugegeben, seine Ursache unter anderem darin, dass die meisten Mitarbeiter dieser Zeitschrift ihren persönlichen Schwerpunkt im Zivilrecht besitzen. Zum anderen aber auch darin, dass der internationale Rechtsverkehr sich primär auf dem Gebiet des Zivilrechts abspielt. Je normalisierter die Beziehungen zwischen Staaten sind, desto mehr gewinnt das Zivilrecht die Oberhand. (Auch die Rechtsentwicklung innerhalb der Europäischen Union belegt dies.) Vorherrschend sind in der NPR 1/2013 zivilrechtliche Themen mit wirtschaftsrechtlichen Hintergrund. Die Spanne reicht hier vom Kaufrecht über den Verbraucherschutz bis hin zu Verzugszinsen. Aber auch Themen wie das Arbeitsrecht kommen nicht zu kurz. Dadurch werden Themen behandelt, die auch in der Praxis eine große Rolle spielen.

Dieser zivilrechtliche Schwerpunkt darf jedoch nicht dazu führen, dass andere, in der Praxis ebenfalls bedeutsame Rechtsgebiete vernachlässigt werden. Deshalb freuen sich die Herausgeber und Redaktionsmitglieder der Zeitschrift besonders über den Beitrag der ehemaligen Präsidentin des deutschen Bundesverfassungsgerichtes Professor Dr. Jutta Limbach, der ihren viel beachteten Vortrag beim 4. Tag des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina, der Ende letzten Jahres an der Juristischen Fakultät Sarajevo begangen wurde, enthält. Er hat die Rolle der Verfassungsgerichte bei der Fortbildung des Rechts zum Gegenstand. Dies ist ein Thema, dem in Umbruchs- und Transformationszeiten besondere Bedeutung zukommt. Die Erfahrungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes können hier als Anregung für die gesamte Region dienen.

Darüber hinaus finden die Leser auch in dieser Ausgabe der NPR wieder gewohnte Rubriken wie "Aktuelles aus dem europäischen Recht", "Aktuelles aus dem deutschen Recht", "Recht im Internet" und "Bedeutende deutsche Juristen". In der letztgenannten Rubrik wird Friedrich Carl von Savigny aus der Sicht eines serbischen Juristen, und somit sozusagen aus der "Außenperspektive", dargestellt. Ein Beitrag in dieser Ausgabe widmet sich der eigenständigen Recherche nach europäischen Rechtsquellen im Internet. Dies trägt der gestiegenen Bedeutung dieses Mediums bei der juristischen Arbeit, insbesondere auch in einer Situation, in der die einschlägige gedruckte Literatur aus verschiedenen Gründen nur schwer zugänglich ist, Rechnung.

Abgerundet wird diese Vielzahl von Beiträgen durch Buchbesprechungen und Tagungsberichte, die einen kleinen Einblick in das juristische Leben der Region und auch in die ausländischen Aktivitäten zur Unterstützung der Rechtstransformation geben. Diese Vielfalt an Beiträgen ist nur möglich, wenn sich eine Vielzahl engagierter und qualifizierter Autoren an der Arbeit der Zeitschrift beteiligen. Deshalb werden Interessierte ausdrücklich auf die am Ende der Zeitschrift befindlichen Autorenhinweise ("Call for papers") hingewiesen.

Auch im Vorwort zu dieser Ausgabe stehen Worte des Dankes am Ende:

Dieser gilt den Lesern und den Autoren der NPR (auch denjenigen, deren Arbeiten nicht berücksichtigt werden konnten, da sie nicht in das thematische Konzept dieser rein juristischen Fachzeitschrift passten oder nicht den Vorgaben der Autorenhinweise entsprachen), den Projektpartnern, die die NPR unter anderem durch Bereitstellung auf ihren Internetseiten verbreiten und damit sicherstellen, dass diese Zeitschrift allen relevanten Zielgruppe in der Region auf allgemein bekannten, einschlägigen Seiten im Internet zur Verfügung steht. Zu nennen sind hier insbesondere der Hohe Justiz- und Staatsanwaltsrat Bosnien und Herzegowina, die Belgrader Wissenschaftsdatenbank Singipedia und das südosteuropäische Juristen Netzwerk Harmonius, durch deren diesbezügliche Aktivitäten die Nachhaltigkeit der NPR in besonderer Weise gewährleistet wird.

Schließlich gilt ganz besonderer Dank wiederum dem Bundesministerium der Justiz und dem Auswärtigen Amt, das die Tätigkeit der IRZ in Südosteuropa, und damit auch das Erscheinen dieser Zeitschrift, mit Mitteln aus der deutschen Beteiligung am Stabilitätspakt für Südosteuropa erst möglich macht, und den deutschen Botschaften im Verbreitungsgebiet der NPR, die die Tätigkeit der IRZ stetig begleiten und fördern. Die Unterstützung durch diese Personen und Institutionen sind den Autoren und der Redaktion der NPR eine Verpflichtung, die NPR auch in der Zukunft weiterzuentwickeln und den Bedürfnissen der Leser anzupassen.

Professor Dr. Meliha Powlakić  
Vorsitzende der  
Deutsch-bosnisch-herzegowinischen  
Juristenvereinigung

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner  
Leiter des Projektbereichs "Südosteuropa Mitte"  
(Bosnien und Herzegowina, Mazedonien,  
Montenegro und Serbien) bei der IRZ

## Sadržaj

### SPECIJALNI PRILOG

- Prof. dr. Jutta Limbach*: Razvoj prava kroz sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke 9

### ČLANCI

- Dr. Thomas Meyer*: Uvođenje Zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa subsidijarnosti 12
- Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard)*: Osnove potrošačkog prava Evropske Unije 20
- Dr. Mehmed Hadžić*: Redefinisanje sadržaja osnovnih međunarodnih radnopravnih standarda 29
- Mag. sci. Bisera Kalaba*: Uloga formalne odbrane u različitim fazama postupka 36

### AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

- Dženana Radončić/doc. dr. Zlatan Meškić*: Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog Parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Sl. list EU 2012, L 351/1) 46
- Dr. Iza Razija Mešević*: Unitarni patent: jedinstvo i nesigurnost 55
- Doc. dr. Zlatan Meškić*: Prikaz presude Evropskog suda za ljudska prava od 6. novembra 2012. godine u predmetu *Ališić i dr. protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije* ("Ljubljanska banka") 58

### AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

- Dr. Stefan Pürner*: Aktuelnosti iz zakonodavstva (Izmjene u oblasti prava najma, Zakon o pravima pacijenata) 62
- Aktuelnosti iz sudske prakse 64
- (Savezni sud: Zahtjev za otkrivanjem podataka od strane davalaca internet usluga, Vrhovni pokrajinski sud Hamm: Zahtjev za imenovanjem oca kod anonimne donacije sjemena)
- Ostalo 66
- (Komisija historičara Saveznog ministarstva pravde o nacional-socijalističkoj prošlosti, Prestanak emitovanja posljednjeg "sudskog show-a" na njemačkog privatnoj televiziji)

### AKTUELNOSTI IZ PRAVA REGIONA

- Doc. dr. Kimo Čavdar*: O nekim karakteristikama kaznene (zatezne) kamate u Zakonu o obligacionim odnosima u Republici Makedoniji 68

### PROPISI I MATERIJALI

- Dr. Stefan Pürner*: Republika Hrvatska: Zakonske odredbe o nedavno uvedenom jednostavnom društvu s ograničenom odgovornošću "j.d.o.o." – uvod u rubriku 72
- Izvod iz Zakona o trgovačkim društvima Republike Hrvatske od 23. 11. 1993. u verziji od 29.9. 2012. 75
- "Narodne novine", br. 111/93, 34/99, 121/99. – vjerodostojno tumačenje, 52/00.
- Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09. i 152/11. – pročišćeni tekst i 111/12)

## PRIKAZI KNJIGA

*Nedim Kulenović:* Goran Marković, Bosanskohercegovački federalizam, Službeni glasnik/University Press, Beograd/Sarajevo, 2012. 79

*Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.:* Sjef van Erp, Bram Akkermans (ed.), Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012. 81

## ZNAČAJNI NJEMAČKI PRAVNICI

*Doc. dr. Slavko Đorđević:* Friedrich Carl von Savigny (Fridrih Karl fon Savinji) 83

## RAZNO

*Dr. Tanasije Marinković:* Poruke Međunarodnog kongresa evropskog i uporednog ustavnog prava 87

*Doc. dr. Zlatan Meškić:* Pravo na internetu 88

Poziv za dostavljanje radova 89



## Inhaltsverzeichnis

### FESTVORTRAG

- Prof. Dr. Jutta Limbach:* Die Fortbildung des Rechts durch das Bundesverfassungsgericht 9

### AUFSÄTZE

- Dr. Thomas Meyer:* Die Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und die Subsidiaritätsrüge 12
- Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard):* Grundsätze des Verbraucherrechts der EU 20
- Dr. Mehmed Hadžić:* Die Neudefinierung des Inhalts der grundlegenden internationalen arbeitsrechtlichen Standards 29
- Mag. sci. Bisera Kalaba:* Die Rolle der Verteidigung in verschiedenen Phasen des Strafprozesses 36

### AKTUELLES AUS DEM EU-RECHT

- Dženana Radončić/Doc. Dr. Zlatan Meškić:* Die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Abl. EU 2012, L 351/1) 46
- Dr. Iza Razija Mešević:* Gemeinschaftspatent: Einheit und Unsicherheit 55
- Doc. Dr. Zlatan Meškić:* Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Urteil vom 6. November 2012, Rechtsache *Ališić u.a. gegen Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Serbien, Slowenien und Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien* (Beschwerde Nr. 60642/08) 58

### AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT

- Dr. Stefan Pürner:* Aktuelles aus der Gesetzgebung (Novelle des Mietrechts, Patientenrechtegesetz) 62
- Aktuelles aus der Rechtsprechung (BGH zum Auskunftsanspruch gegen Internetprovider, OLG Hamm zum Anspruch auf Nennung des Vaters bei anonymer Samenspende) 64
- Sonstiges (Historikerkommission des BMJ zur NS-Vergangenheit, letzte "Gerichtsshow" im deutschen Privatfernsehen eingestellt) 66

### AKTUELLES AUS DEM RECHT DER REGION

- Doc. Dr. Kimo Čavdar:* Ausgewählte Fragen des Verzugszinses im mazedonischen Obligationengesetz 68

### VORSCHRIFTEN UND MATERIALIEN

- Dr. Stefan Pürner:* Republik Kroatien: Die gesetzlichen Vorschriften über die neu eingeführte "Einfache GmbH" – Einleitung in die Rubrik 72
- Auszug aus dem Gesetz über die Handelsgesellschaften der Republik Kroatien vom 23. 11. 1993 in der Fassung vom 29.9. 2012 75

**BUCHBESPRECHUNGEN**

*Nedim Kulenović*: Goran Marković, Bosanskohercegovački federalizam,  
(Bosnisch-herzegowinischer Föderalismus, Belgrad/Sarajevo, 2012) 79

*Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.*: Sjef van Erp, Bram Akkermans (ed.), Cases, Materials  
and Text on National, Supranational and International Property Law, Oregon, 2012 81

**BEDEUTENDE DEUTSCHE JURISTEN**

*Doc. Dr. Slavko Đorđević*: Friedrich Carl von Savigny 83

**VERSCHIEDENES**

*Dr. Tanasije Marinković*: Bericht über den 15. internationalen verfassungsrechtlichen  
Kongress in Regensburg 87

*Doc. Dr. Zlatan Meškić*: Recht im Internet 88

Call for Papers 92

## Razvoj prava kroz sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke\*

Prof. dr. Jutta Limbach\*\*

UDK 342.4(430)

### 1. Sarajevo – evropski grad duha

Sarajevo je evropski grad duha. Ovaj grad posmatran je kao simbol opasnosti u kojoj se nalazi Evropa. Dani prava, koji se u ovom gradu svečano obilježavaju, ujedno su i poziv na preokret. Pri tome se misli na povratak, odnosno na vraćanje judeokršćanskim korijenima, antičko-grčkom kulturnom nasljeđu, kao i izvorima rimskog prava. Zahvalna sam i počašćena, što u okviru Dana prava smijem da budem jedna od govornica u Sarajevu.

Kada su autori Osnovnog zakona (*Grundgesetz*, Ustav SR Njemačke, *prim. prev.*) pisali ovaj pravni akt 1948/1949. godine, imali su namjeru da stvore **program kontrasta**. Nacionalsocijalistička diktatura i nehumanost ovoga režima trebali su postati dio prošlosti. “Nikad više!” bila je krilatica koja je obilježila temeljna ljudska prava našeg ustava. Savezni ustavni sud bio je svjestan ove odgovornosti. Njegovo razumijevanje, njegova interpretacija ustavom zajamčenih ljudskih prava bila je obilježena voljom, da **ljudsko dostojanstvo** postane **temeljnim principom** cjelokupnog prava.

### 2. Domet ustavom zajamčenih ljudskih prava

To postaje jasno već iz napora Suda da odlučuje o dometu ustavom zajamčenih ljudskih prava. Tradicionalno razumijevanje ustavom zajamčenih ljudskih prava polazi od njih kao “odbrambenih prava”, tj. prava kojima se pojedinac štiti od intervencija države u njegov život. Savezni ustavni sud, međutim, katalogu ustavom zajamčenih ljudskih prava pridaje značaj **objektivnog poretka vrijednosti**, koji se reflektira na sve grane prava. Razumijevanje ustavom zajamčenih prava kao objektivnog poretka vrijednosti potiče kreativnu interpretaciju ustava, dok

perspektiva koja se ograničava samo na odbrambenu funkciju ljudskih prava zahtijeva suzdržaniju ulogu Suda.

Stoga umjesto općeprihvaćenog metoda, postoje samo preporuke, koje treba da spriječe dovođenje sutkinja i sudija u situacije u kojima stvaraju pravo, umjesto da ga primjenjuju. Prema tim preporukama, i sudije ustavnih sudova trebali bi se služiti ustaljenim metodama tumačenja prava, propitujući gramatičko značenje, historijsku genezu, cilj, kao i sistematski položaj predmetne ustavne norme. K tome treba da uvažavaju specifični karakter ustava, posebice njegovu otežanu izmjenu, kao i podjelu zadataka između ustavnih organa. Na koncu, sutkinje i sudije treba da uvažavaju i prethodne odluke Suda, ne u smislu striktnosti vezanosti za njih, već u smislu potrebe za temeljitijim obrazlaganjem odluka koje su u suprotnosti s dotadašnjom sudskom praksom Suda.

### 3. Osnovni zakon kao okvirni poredak

Idealno-tipično posmatrano, zadatak sudova je **spoznaja** prava, dok je zadatak legislative **stvaranje** prava. No, upravo kod tumačenja ustava postaje više nego jasno, da nije moguća jasna podjela između stvaranja prava i spoznaje prava. Prema svojoj strukturi Osnovni zakon je okvirni poredak. Osim u nekoliko izuzetnih slučajeva, ovaj ustav ne formulira neposredno primjenjive pojedinačne pravne norme. Više je riječ o normama koje ostavljaju mnogo prostora za semantičke interpretacije, dozvoljavajući tako više od jednog zaključka. Ukoliko se izuzme organizaciono-pravni dio Osnovnog zakona, postaje jasno da on u biti sadrži načela koja zahtijevaju prethodnu konkretizaciju, kako bi mogla biti primijenjena. Stoga tumačenje ustava nije samo čisto logičko tumačenje. Interpretacija ustava ima i karakter **proširenja prava**. Tako npr. kod klauzule o socijalnoj državi (*Sozialstaatsklausel*, op. prev.) običnim metodama tumačenja prava, tj. prostom interpretacijom teksta, nije moguće stvoriti jasne obrise ove norme. Ovo načelo susrećemo samo pod nazivom “socijalna savezna država” ili “socijalna pravna država”. Ni historijat nastanka norme nije od velike pomoći, budući da smisao riječi “socijalno” ni u jednoj fazi nastanka ustava nije detaljnije analiziran. Samo je Carlo Schmidt ovom strukturnom načelu posvetio nekoliko riječi, apelirajući na “demokratski i socijalni zanos republikanske tradicije” upućujući na “hrabrost da se suočimo sa socijalnim posljedicama, koje proizlaze iz načela demokratije”.

Sistematska interpretacija, koja se rukovodi pozicijom norme u tekstu Ustava kao cjelini, ipak nam može nešto otkriti o pravnom kvalitetu klauzule o socijalnoj državi.

\* Sljedeći prilog predstavlja pismenu verziju izlaganja prof. dr. Jutte Limbach na “4. danu njemačkog prava”, koji je održan 30. novembra 2012. godine u organizaciji IRZ fondacije, Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV). Forma izlaganja je zadržana.

\*\* Prof. dr. Jutta Limbach je bivša predsjednica Saveznog ustavnog suda Njemačke.

Budući da je ova klauzula navedena u tekstu Ustava zajedno s ostalim strukturnim principima Savezne Republike Njemačke, postaje jasno da je ovdje riječ o državnim ciljevima, a ne o utuživom pravu. Svrha državnih ciljeva je usmjeravanje državnih aktivnosti i postavljanje prioriteta politici.

Savezni ustavni sud je klauzulu o socijalnoj državi stoga uvijek interpretirao suzdržano i u smislu, da ona utvrđuje pravnu obavezu države, da se brine o pravednom socijalnom poretku. Sud je također naglasio, da državni ciljevi sudovima mogu poslužiti kao interpretativne smjernice, ali da je za njihovo ostvarenje prvenstveno zadužen zakonodavac. Klauzula o socijalnoj državi, naime, državi postavlja zadatak, no ne izjašnjava se o načinu na koji taj zadatak treba ostvariti. Čak bi, prema mišljenju suda, “demokratski poredak Osnovnog zakona kao poredak slobodnog političkog procesa bio ograničen i uskraćen”, tako Sud, “kada bi se donositeljima političkih odluka zadala ustavnopravna obaveza koja bi se samo na jedan i ni na kakav drugi način dala izvršiti”. Zadatak je parlamenta da se pobrine za podnošljive uslove života za sve, te da ujednači socijalnu nejednakost.

#### 4. Osnovni zakon kao živi instrument

Glavni problem u interpretaciji ustava jesu vrijeme i socijalne promjene. Tako je Osnovni zakon u članu 6 brak i porodicu stavio pod posebnu zaštitu državnog poretka. Šta se podrazumijeva pod pojmom “porodica”? Samo porodica koja nastaje sklapanjem braka? To je vjerovatno bilo mišljenje tvorca Osnovnog zakona. Ili, moramo li pojam porodice tumačiti u svjetlu današnjih okolnosti, interpretirajući ga u skladu sa sociologijom porodice, što podrazumijeva proširenje pojma porodice i na one u kojima nije sklopljen brak? S obzirom na činjenicu da se socijalna realnost porodice u Saveznoj Republici Njemačkoj kontinuirano mijenjala, vrlo je teško referirati na pojam porodice historijskog tvorca Ustava.

To, štaviše, ne bi bilo ni u skladu s voljom autora Osnovnog zakona, pošto im je bila važna prilagodljivost ustavom zajamčenih prava novim razvicima. Ni za Savezni ustavni sud pri tumačenju Osnovnog zakona, historija nastanka ustava, te predstave i motivi ustavotvorca nisu uvijek bili “od presudnog značaja”.

Naprotiv: Sud je ukazao na sad već duboko razumijevanje sadržaja i zadatka ustavom zajamčenih prava od dana njihovog stupanja na snagu. Kad je npr. u pitanju kazna doživotnog zatvora, Sud je skrenuo pažnju na medicinska, psihološka i sociološka saznanja o posljedicama izvršenja dugih kazni zatvora na pojedinca, istakavši da bi nova saznanja mogla da utječu, pa čak i da mijenjaju način ocjenjivanja ove kazne, kroz prizmu ljudskog dostojanstva i principa pravne države.

Zašto tumač zakona, da se izrazim riječima Gustava Radbrucha, zakon ne bi mogao bolje da razumije od svog tvorca? Zakon ne samo da može, već “čak *mora* da bude mudriji od svog tvorca”.

Tumačenje i primjena ustava je aktivnost koja se ne odnosi na prošlost, nego na sadašnjost i budućnost. Jer se interpretacija ustava – kako smatra Konrad Hesse – uvijek odvija u pravcu rješavanja jednog konkretnog problema. Zadatak Saveznog ustavnog suda je rješavanje problema koji mu se prezentiraju na paradigmatički način, kako bi i u budućnosti osigurao pravnu zaštitu i pravnu sigurnost. To podrazumijeva tumačenje u skladu s aktuelnim horizontom vrijednosti i promijenjenim uslovima života.

Opće pravo ličnosti i pravo na informaciono samoodređenje, dva prava koja su formirana od strane Saveznog ustavnog suda, primjeri su razvoja prava od strane suda. Ova prava nastala su kao reakcija na moderna tehnološka dostignuća, s ciljem da zaštite ljudsku osobnost od opasnosti koje su naličje ovih dostignuća. Isto vrijedi i za temeljno pravo na osiguranje tajnosti i integriteta informacijsko-tehnoloških sistema. Ovo pravo je proizašlo iz općeg prava ličnosti, a utemeljeno je u presudi o online pretraživanju.

Otvorenost i širina Osnovnog zakona ovdje se pokazuje kao prednost. Ustav se čak smatra uspješno napisanim, ako je koncizan i otvoren za interpretaciju. Jer ustav koji nije otvoren za novu interpretaciju okamenio bi i vrlo brzo izgubio na svojoj orijentacionoj snazi. Ustav treba shvatiti kao živi instrument, koji se tumači u svjetlu današnjih okolnosti.

#### 5. Lični moralni koncepti i viđenje stvarnosti sudija

S obzirom na otvorenost teksta ustava, u interpretaciju teksta ulaze i lični moralni koncepti i viđenje stvarnosti osoba koje tumače tekst. Mnogo se razmišljalo o tome, kako da se isključe ili ograniče subjektivni sudovi sudija pri interpretaciji ustava.

Ovdje, međutim, treba skrenuti pažnju na nezavisnost sudija kao stanje duha, koje se sučeljavanjem s vlastitim subjektivnim moralnim vrijednostima i vrijednostima drugih socijalnih grupa u svjetlu Osnovnog zakona, ima izgrađivati svakodnevno.

O tome da se u Saveznom ustavnom sudu spajaju strast i umjerenost, vode računa i centrifugalne sile u senatima. One su satkane iz pluraliteta sudskog kolegija, različitih iskustvenih horizonata, struktura ličnosti i mišljenja, kako je formulirao četvrti predsjednik Saveznog ustavnog suda Wolfgang Zeidler. “Saradnja kolektiva čiji su pojedinci toliko različiti, stvara suprotstavljene stavove, što u svom zbiru zamjenjuje vanjsku kontrolu, koju više nije moguće izvršiti. Dioba vlasti se tako odražava u paralelogramu sila kolegijalnosti, saradnje, kritike i kooperacije.”

Prof. Dr. Jutta Limbach

### **Die Fortbildung des Rechts durch das Bundesverfassungsgericht**

(Zusammenfassung)

Bei dem Beitrag handelt es sich um den Festvortrag, den die Verfasserin beim "4. Tag des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina", der am 30. November 2012 gemeinsam von der IRZ, der Juristischen Fakultät Sarajevo und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung e.V. (DBHJV) veranstaltet wurde, gehalten hat. Einleitend wird betont, dass die Autoren des Grundgesetzes dieses bewusst als Kontrastprogramm zur nationalsozialistischen Diktatur geschaffen haben. Das Bundesverfassungsgericht war sich der daraus erwachsenden Verpflichtungen stets bewusst und hat die Würde des Menschen zum Leitprinzip seiner Rechtsprechung gemacht. Im Anschluss daran werden wesentliche Grundzüge des Grundgesetzes als Rahmenordnung dargestellt. Hierbei wird einleitend darauf hingewiesen, dass die Aufgabe der Gerichte idealtypisch die Rechtserkenntnis ist, während der Gesetzgebung die Rechtssetzung obliegt. Bei der Interpretation der Verfassung durch die Verfassungsgerichte kommt darüber hinaus auch noch die Aufgabe der Rechtsgewinnung hinzu. Am Beispiel der Sozialstaatsklausel wird dann deutlich gemacht, dass wesentlichen Leitgedanken der Verfassung mit den herkömmlichen Auslegungsgesichtspunkten kaum ausreichend Konturen verschafft werden können. Besonders herausgestellt wird, dass das Grundgesetz ein lebendes Instrument ist, weshalb beispielsweise Begriffe wie "Familie" einem sozialen Wandel unterzogen sind. Daran wird deutlich, dass die Auslegung und Anwendung der Verfassung nicht ein auf die Vergangenheit, sondern ein auf die Gegenwart und die Zukunft bezogenes Geschäft sind. Abschließend geht die Autorin noch auf die Bedeutung der persönlichen Wertvorstellungen und Wirklichkeitsbilder der Richter ein. Hierzu stellt sie fest, dass in Anbetracht der Offenheit des Verfassungstextes auch persönliche Wertvorstellungen in die Auslegung der Verfassung einfließen. Dafür, dass beim Bundesverfassungsgericht Leidenschaft mit Augenmaß gepaart wird, sorgt jedoch die Pluralität der Richter, die in den Senaten des Gerichts zu zentrifugalen Kräften, die sich gegenseitig ausgleichen, führt.

### **The Advancement of the Law by the Federal Constitutional Court**

(Abstract)

The article represents the keynote lecture given by the author at the "4<sup>th</sup> Day of German Law in Bosnia and Herzegovina", organized by the IRZ, the Faculty of Law of the University of Sarajevo and the German-Bosnian-Herzegovinian-Jurists-Association (DBHJV). Initiatory it has been emphasized that the authors of the German Constitution have intentionally created it to be a contrast to the national-socialist dictatorship. The Federal Constitutional Court was always aware of the liabilities arising thereof, and has made human dignity the guiding principle of its jurisprudence. Subsequently, the main features of the German Constitution are seen as a framework order. It is pointed out, that the ideal-typical duty of courts consists in law-finding, while the legislature is in charge of lawmaking. In the process of interpretation of the Constitution by constitutional courts there is also the additional duty of creating precedents. Using the example of the welfare-state-clause it is made clear that the leading ideas of the Constitution cannot be adequately outlined by using the common interpretational considerations. It is emphasized that the Constitution is a living instrument, which is why concepts such as "family" are subject to social changes. This reveals that the interpretation and the application of the Constitution are not related to the past but rather to the present and future. Finally, the author addresses the impact of the judges' personal moral concepts and pictures of reality. She establishes that given the open nature of the constitutional text, the personal moral concepts of judges are also incorporated into its interpretation. But the plurality of judges, which results in centrifugal forces in the Senates of the Court, which balance each other, results in combining passion with continence within the Constitutional Court.

## Uvođenje Zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti

Dr. Thomas Meyer\*

UDK: 347.751:061.1EU

Evropska komisija je odlukom od 11. 10. 2011. prezentirala Prijedlog Uredbe o Zajedničkom evropskom pravu prodaje (u daljem tekstu: ZEPP)<sup>1</sup>. U okviru jednog saslušanja njemačkog Saveznog parlamenta (*Bundestag*), protiv Prijedloga Uredbe iznesen je prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti.<sup>2</sup> U oba događaja radi se o značajnim razvojnim procesima, mada iz vrlo različitih perspektiva. Prijedlogom Uredbe se po prvi put pokušava donijeti jedan zakonodavni akt koji bi slijedio Odluku Evropskog parlamenta iz 1989. godine<sup>3</sup> da se stvori jedinstveni evropski građanski zakonik. S druge strane, odlukom da se protiv toga podnese prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti njemački Savezni parlament i Savezno vijeće (*Bundesrat*) koriste instrument koji je predviđen Ugovorom iz Lisabona za jačanje nacionalnih parlamenata.

\* Dr. Thomas Meyer, menadžer Otvorenog regionalnog fonda za Jugoistočnu Evropu njemačke organizacije Društvo za međunarodnu saradnju (GIZ).

\*\* Odbor za unutarnje tržište i zaštitu potrošača Evropskog parlamenta je u svome saopćenju od 11.7.2013. godine odbio prijedlog Komisije (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-505.986%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>) S obzirom da se još uvijek radi samo o stavu jednog od odbora, a ne o opredjeljenju Parlamenta, u ovom trenutku nije moguće predvidjeti da li i na koji način će se ovaj projekat dalje razvijati.

<sup>1</sup> KOM(2011) 635; vidjeti takođe Saopćenje KOM(2011) 636; u vezi s tim uporedi: W.-H. Roth, Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje (KOM (2011) 635 final), 1 NPR 2012, str. 9. i dalje.

<sup>2</sup> Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/8000.

<sup>3</sup> Vidjeti M. Buschmann, *Europäisches Vertragsrecht: Vollharmonisierung nur aufgeschoben statt aufgehoben?*, predavanje na Ruhr-Universität Bochum održano 16. 11. 2011, str. 9., H. Schulte-Nölke, 'Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer', *NJW* 2009, 2161, 2161, s uputom na rezoluciju od 26. 5. 1989. (ABIEG [Službeni list Evropske zajednice], br. C 158 od 26. 6. 1989, str. 400).

U nastavku ovog teksta bit će prikazan put nastanka Prijedloga Uredbe. Zatim će na primjeru prigovora zbog povrede principa supsidijarnosti protiv Zajedničkog evropskog prava prodaje biti predstavljen ovaj prigovor kao novi instrument uticaja nacionalnih parlamenata i bit će ocijenjeno obrazloženje njemačkog Saveznog parlamenta.

Konačno će dobijene teze biti reflektirane na pravnu reformu u državama zapadnog Balkana.

### 1. Zajedničko evropsko pravo prodaje

#### a. Put nastanka opcionalnog instrumenta

Još 2009. godine saopćeno je da nakon izrade Nacrta zajedničkog referentnog okvira (*Draft Common Frame of Reference*), koji nije baš bio prihvaćen s entuzijazmom,<sup>4</sup> niko u EU komisiji neće raditi na Opcionalnom instrumentu<sup>5</sup>. Da se ovdje radilo o dobro obaviještenim krugovima potvrđuje već i činjenica da je autor citiranog članka koordinator Zajedničke mreže evropskog privatnog prava (*Joint Network on European Private Law*) i da je bio značajno involviran u izradu Zajedničkog referentnog okvira.<sup>6</sup> Doduše, još je u Akcionom planu Komisije iz 2003. godine<sup>7</sup> bilo zamišljeno uvođenje opcionalnog instrumenta,<sup>8</sup> mada više kao još jednog mogućeg instrumenta čija bi se nužnost trebala razmotriti u okviru konsultacija u diskusionom procesu. Zelenom knjigom Komisije EU iz 2010. godine o opcijama za napredak u pogledu evropskog ugovornog prava za potrošače i privredu<sup>9</sup> ovo je pitanje bilo ponovo aktualizirano; kao jedna od tamo navedenih sedam opcija predstavljeno je donošenje uredbe kojom bi se uveo opcionalni instrument za evropsko ugovorno pravo. Sada je Komisija usvojila Prijedlog opcionalnog instrumenta<sup>10</sup>, nakon što je doživio prethodne objave u različitim verzijama<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Vidi potvrde kod N. Jansen/R. Zimmermann, 'Was ist und wozu der DCFR', *NJW* 2009, 3401, 3401, fusnote 7, 79.

<sup>5</sup> H. Schulte-Nölke, loc. cit., fn. 3, str. 2163.

<sup>6</sup> Međutim vidjeti takođe kod H. Schulte-Nölke, 'Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht' u H. Schulte-Nölke (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht* (München, Sellier 2012) str. 1. i dalje u kojem se razvoj prikazuje kao odavno planiran i gotovo nužan. Takođe i još H. Schulte-Nölke, 'Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt', *ZEuP* 2011, 749, 749.

<sup>7</sup> KOM(2003)68.

<sup>8</sup> Loc. cit., str. 2 i 3, i str. 27, tač. 90. i dalje.

<sup>9</sup> KOM(2010)348.

<sup>10</sup> Vidjeti fn. 1.

<sup>11</sup> Vidjeti verziju od 19. augusta 2011, dostupna kod Komisije

## b. Opcionalni instrument i nova Direktiva o pravima potrošača

Napore na uvođenju opcionalnog instrumenta valja posmatrati u kontekstu neuspješnih nastojanja Komisije da se jednom sveobuhvatnom direktivom o pravu potrošača, koja bi zamijenila određene važeće potrošačke direktive, uvede novi koncept potpune harmonizacije, što je izričito navedeno i u spomenutom saopćenju Komisije.<sup>12</sup> Pored prijedloga Uredbe o uvođenju opcionalnog instrumenta, Savjet ministara EU je 25. 10. 2011. usvojio i Direktivu o pravima potrošača<sup>13 14</sup>. U pogledu sadržaja upućujemo na literaturu koja je o tome objavljena.<sup>15</sup> U konačnici se navedenom direktivom mijenjaju Direktiva o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima<sup>16</sup> i Direktiva o potrošačkoj prodaji i popratnim garancijama<sup>17</sup> te se ukidaju Direktiva o poslovima na kućnim vratima<sup>18</sup> i Direktiva o prodaji na daljinu<sup>19</sup>. Princip potpune harmonizacije je djelimično napušten. Umjesto toga Direktiva o pravima potrošača slijedi jedan mješoviti pristup, naime za oblast poslova na kućnim vratima i prodaje na daljinu uvodi se potpuna harmonizacija<sup>20</sup>, dok se u oblastima nepoštenih klauzula i prodaje robe široke potrošnje ostaje pri minimalnoj harmonizaciji<sup>21</sup>.

## c. Opcionalni instrument i Uredba Rim I

Uvođenje opcionalnog instrumenta treba posmatrati u vezi s Uredbom Rim I<sup>22</sup>, koja izbor prava u odnosima privrednih preduzeća s potrošačima ograničava u tom smislu da izbor prava u skladu s članom 6. stav 2. Uredbe ne smije dovesti do pogoršanja pozicije potrošača. U konačnici se potrošač štiti u tom smislu da izborom prava ne smije dospjeti u lošiji položaj nego što bi bio bez tog izbora prava. Upravo ovo razmišljanje bilo je jedan od

glavnih argumenata protiv Direktive o pravima potrošača s konceptom potpune harmonizacije, koja bi u svakom slučaju za potrošače iz država članica koje imaju veći nivo zaštite potrošača dovela do pogoršanja njihovog položaja.<sup>23</sup> Odatle potiče i opće mišljenje da sam opcionalni instrument ili Uredba Rim I moraju predvidjeti da se član 6. stav 2. Uredbe Rim I u slučaju izbora opcionalnog instrumenta ne primjenjuje.<sup>24</sup>

Prijedlog Uredbe slijedi odgovarajući pristup tako što polazi od toga da se, pošto evropsko ugovorno pravo kao opcionalni instrument postaje dijelom nacionalnog pravnog uređenja, prilikom korištenja opcije ne radi o izboru prava u smislu citiranog člana Uredbe Rim I<sup>25</sup>, nego o unutardržavnom izboru prava pri kojem se u potrošačkim ugovorima može ugovoriti samo evropsko ugovorno pravo u cjelini.<sup>26</sup> Pošto su u slučaju izbora evropskog ugovornog prava odredbe u zemljama članicama u tom smislu identične,<sup>27</sup> nepovoljniji položaj potrošača prema članu 6. stav 2. Uredbe Rim I ne dolazi u obzir.

## d. Odnos s Konvencijom o međunarodnoj prodaji robe (CISG)

Iako je težište ovog prikaza stavljeno na posljedice Zajedničkog evropskog prava o prodaji po zaštitu potrošača, a prema članu 2 a Konvencije o međunarodnoj prodaji roba (u daljem tekstu i: CISG) odredbe ove konvencije nisu primjenjive na potrošačke ugovore (B2C), kao ni na ugovore između samih potrošača (C2C), ipak će kratko biti spomenut odnos s CISG-om<sup>28</sup>. Ovo je potrebno već zbog toga što prema članu 7. stav 1. Prijedloga Uredbe<sup>29</sup> ZEPP može biti ugovoreno i u B2B ugovorima, ako je jedna od ugovornih strana malo ili srednje preduzeće; definicija malog ili srednjeg preduzeća data je u članu 7. stav 2. Prijedloga Uredbe.

pod: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>12</sup> Vidjeti Saopćenje Komisije navedeno u fn. 1, str. 5.

<sup>13</sup> Direktiva 2011/83/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 25. 10. 2011, ABL. [Službeni list EU] L 304/64 od 25. 11. 2011.

<sup>14</sup> Vidjeti <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Tekst se može naći pod <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0293&language=DE#BKMD-21>.

<sup>15</sup> Vidjeti N. Reich 'Variationen des Verbraucherkaufrechts in der EU', *EUZW* 2011, 736, 736.

<sup>16</sup> Direktiva Evropskog savjeta 93/13/EEZ.

<sup>17</sup> Direktiva Evropskog parlamenta i Savjeta 99/44/EZ.

<sup>18</sup> Direktiva Evropskog savjeta 85/577/EEZ.

<sup>19</sup> Direktiva Evropskog parlamenta i Savjeta 97/7/EZ.

<sup>20</sup> Prijedlog Uredbe, fn. 1, str. 6.

<sup>21</sup> Vidjeti N. Reich, loc. cit., fn. 15, str. 737.

<sup>22</sup> Uredba 593/2008 Evropskog parlamenta i Savjeta od 17. juna 2008. o mjerodavnom pravu za ugovorne obligacione odnose (Rim I), ABL. [Službeni list] Nr. L 177 str. 6, ber. 2009 br. L 309 str. 87.

<sup>23</sup> Vidjeti H. Micklitz/N. Reich, 'Der Kommissionsvorschlag vom 8. 10. 2008. für eine Richtlinie über "Rechte der Verbraucher"', oder: "der Beginn des Endes einer Ära ...", *EUZW* 2009, 279, 279.

<sup>24</sup> Vidjeti C. Herresthal, 'Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument', *EUZW* 2011, 7, 11.

<sup>25</sup> Prijedlog Uredbe, Obrazloženje, str. 7, 9; razlog donošenja br. 10.

<sup>26</sup> Vidjeti takođe M. Schmidt-Kessel, 'Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen der Verordnung' u: M. Schmidt-Kessel, *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?* (München, Sellier 2012), 29, 39; takođe i D. Staudenmayer, 'Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht', *NJW* 2011, 3491, 3494.

<sup>27</sup> Vidjeti Prijedlog Uredbe, str. 7, razlog donošenja br. 12, str. 19.

<sup>28</sup> Detaljno razmatranje nalazimo kod N. Kornet, 'The Common European Sales Law and the CISG – Complicating or Simplifying the legal environment', Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2012/4.

<sup>29</sup> Ukoliko se u daljem tekstu upućuje na članove "Prijedloga Uredbe", radi se o članovima same Uredbe. Materijalno-pravne odredbe ZEPP nalaze se u Prilogu I. Ukoliko se vrši uputa na takve članove, to će biti u formi "čl. X ZEPP".

Prema članu 8. Prijedloga Uredbe, stranke moraju izričito ugovoriti primjenu ZEPP.<sup>30</sup> Za razliku od toga, prema članu 6. Konvencije o međunarodnoj prodaji robe, koja ratifikacijom od strane određene zemlje postaje dio njenog pravnog poretka, primjena ove konvencije mora biti sporazumom stranaka izričito isključena. U suprotnom se CISG kao dio nacionalnog pravnog uređenja primjenjuje na ugovor. U skladu s članom 11. Prijedloga Uredbe u slučaju ugovaranja ZEPP samo je ono mjerodavno, što znači da se u konačnici CISG ne primjenjuje. Ipak, pošto se zbog ograničenja propisanog u članu 8. stav 3. Prijedloga Uredbe ZEPP primjenjuje samo na ugovore između poduzetnika i potrošača, ZEPP može biti ugovoreno u određenim dijelovima. Isto tako postoje razmišljanja da se u slučaju kada stranke ugovore ZEPP u tome automatski može posmatrati isključenje i to izričito isključenje CISG.<sup>31</sup> Ovo isključenje pritom može uslijediti i prešutno.<sup>32</sup> No, pošto se pitanje isključenja određuje prema pravilima CISG,<sup>33</sup> na ovo pitanje se ne može odgovoriti uputom na važeće zakonske odredbe.

Prema obrazloženjima iz Prijedloga Uredbe, primjena Konvencije o međunarodnoj prodaji robe bi trebala biti isključena,<sup>34</sup> ali odgovarajuće izričite odredbe nema ni u Prijedlogu Uredbe ni u ZEPP. Eventualno Evropska komisija polazi od pretpostavke da se u tom pogledu član 11. Prijedloga Uredbe može posmatrati kao izričito isključenje putem sporazuma stranaka, ili se obrazloženja iz Prijedloga Uredbe posmatraju kao poticaj za stranke koje imaju slobodu izbora da isključe primjenu CISG. U tom slučaju bi, međutim, postojao konflikt vrednovanja u odnosu na član 11. Prijedloga Uredbe. Stoga postoji značajna pravna nesigurnost, koju sudska praksa tek mora otkloniti.<sup>35</sup>

#### e. Zakonodavna nadležnost

Zastupljeno je stanovište da pravni osnov nadležnosti za uređivanje ZEPP leži u članu 352. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (dalje: UFEU) koji sadrži klauzulu o dopuni nadležnosti, a da član 114. UFEU, koji predviđa donošenje mjera za uspostavu i funkcioniranje unutrašnjeg tržišta, ne predstavlja dovoljan pravni osnov.<sup>36</sup> Pošto se opcionalnim instrumentom, odnosno njegovom primjenom potiskuju nacionalne odredbe, dovodi se u pitanje da li je član 114. UFEU s obzirom na princip proporcionalnosti i princip supsidijarnosti dovoljan kao osnov nadležnosti.<sup>37</sup> S obzirom na to da ZEPP, uobličeno kao opcionalni

instrument, ne dira nacionalno pravo zemalja članica, vrlo je upitno<sup>38</sup> da li se u tome može vidjeti "mjera za usklađivanje pravnih i administrativnih propisa država članica koje za predmet imaju uspostavu i funkcioniranje unutrašnjeg tržišta"<sup>39</sup>.

Polazeći od rezultata da se kroz ZEPP u pojedinim zemljama članicama postiže snižavanje nivoa zaštite potrošača,<sup>40</sup> valja napomenuti da član 114. stav 3. UFEU uz to predviđa da se kod mjera polazi od pretpostavke višeg nivoa zaštite. Iz toga se u literaturi izvodi "zaštitni mehanizam primarnog prava", dakle obaveza EU da kod svojih mjera čuva nacionalne pravne tečevine, ali i da se ne spušta ispod njihovog nivoa<sup>41</sup>. Klauzula o nivou zaštite inkorporirana je u evropske ugovore, kako bi se otklonile sumnje da bi viši nacionalni standardi zaštite većinskim odlukama mogli biti reducirani na neki "srednji zajednički imenitelj"<sup>42</sup>. Ipak, Evropska komisija u svojim mjerama ne treba biti vezana za najviši nivo zaštite potrošača koji postoji u jednoj državi članici.<sup>43</sup> Dovoljno je da zaštita potrošača u krajnjem ishodu u cjelini bude poboljšana.<sup>44</sup>

Članom 6. Uredbe Rim I utvrđeno je da u B2C ugovorima stranke ne mogu sniziti važeći nivo zaštite potrošača, te je dakle sloboda ugovaranja u tom smislu ograničena i uskraćena je dispozicija stranaka. Ovo se sada zaobilazi opcionalnim karakterom ZEPP, pošto ugovaranjem ZEPP (neovisno o tome da li do toga dolazi "dobrovoljno" ili ne) potrošač iz ciljane zemlje koja ima viši nivo zaštite potrošača nego što je utvrđeno u ZEPP, može biti stavljen u nepovoljniji položaj, čime u konačnici može doći do odstupanja od odredbe člana 6. Uredbe Rim I. Radi se, dakle, u najmanju ruku o nekoherentnosti – konfliktu vrednovanja – između ZEPP i Uredbe Rim I, naročito pošto se ne može poći od toga da sama mogućnost ugovaranja

opcionalnom instrumentu održane u Leuvenu u junu 2011., 181, 182 i dalje, 183, 189.

<sup>38</sup> Uporediti J. Basedow, Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage eines optionalen EU-Kaufrechts, *EuZW* 2012, S. 1, 2, koji odbija primjenu člana 114. UFEU.

<sup>39</sup> Iz čl. 114. st. 1. UFEU.

<sup>40</sup> Više o tome vidjeti pod 1. f.

<sup>41</sup> Vidjeti K. Tonner, 'Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer – Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht', *EuZW* 2010, 767, 769. i dalje.

<sup>42</sup> Vidjeti W. Kahl u Callies/Ruffert, *EUV/AEUV*, 4. Aufl. (München C. H. Beck München 2011), AEUV [UFEU] član 114 (ex-Art. 95 UEZ), br. 33. s daljimi izvorima.

<sup>43</sup> S. Krebber u Callies/Ruffert, op. cit., fn. 42, AEUV [UFEU], čl. 169, br. 14.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Pri tome, doduše, treba uzeti u obzir da se odgovarajući komentar odnosi na čl. 169. UFEU, dakle na mjere koje služe pospešivanju interesa potrošača, ali i, pošto se kod zaštite potrošača radi o tzv. horizontalnoj nadležnosti, da se u okviru čl. 114. UFEU u vezi s čl. 26. UFEU tretiraju mjere za ostvarenje unutrašnjeg tržišta kod kojih se uzima u obzir zaštita potrošača prema čl. 114. st. 3. UFEU.

<sup>30</sup> Uporediti ovdje pod 1. f.

<sup>31</sup> U tom pravcu sumnju iskazuje, N. Kornet, loc. cit., fn. 28, str. 7.

<sup>32</sup> Bamberger/Roth – Sängler, BeckOK, CISG Art. 6, br. 2.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Vidjeti Prijedlog Uredbe, Razlog donošenja 25.

<sup>35</sup> Vidjeti N. Kornet, loc. cit., fn. 28, str. 7. i dalje.

<sup>36</sup> Vidjeti C. Herresthal, loc. cit., fn. 24, str. 9; vidjeti takođe W.-H., Roth, loc. cit., fn. 1, str. 16.

<sup>37</sup> Vidjeti H. Micklitz, 'A 'Certain' Future for the Optional Instrument', rukopis pred objavljivanjem s Konferencije o



ZEPP sada treba biti onaj nivo zaštite prema kojem se orijentira član 6. stav 2. Uredbe Rim I.

Nasuprot tome, Prijedlog Uredbe posmatra član 114. stav 3. UFEU kao dovoljnu odredbu o nadležnosti i na osnovu dobrovoljnog karaktera smatra da su načela srazmjernosti i supsidijarnosti očuvana.<sup>45</sup>

#### f. Posljedice po nivo zaštite potrošača

Srž formalnog uključivanja ZEPP predstavljaju član 8., i to samo za potrošačke ugovore, i član 9. Prijedloga Uredbe<sup>46</sup> koji glase:

“Član 8.

Sporazum o primjeni Evropskog prava prodaje

1. Stranke moraju ugovoriti primjenu Zajedničkog evropskog prava prodaje. Postojanje takvog sporazuma i njegovo važenje određuje se prema stavovima 2. i 3. i prema članu 9. te prema odnosnim odredbama Zajedničkog evropskog prava prodaje.
2. U odnosu između poduzetnika i potrošača sporazum o primjeni Zajedničkog evropskog prava prodaje je važeći samo ako potrošač na to pristane izričito i odvojeno od izjave kojom daje saglasnost za zaključenje ugovora. Poduzetnik dostavlja potrošaču potvrdu tog sporazuma na trajnom nosaču podataka.
3. U odnosu između poduzetnika i potrošača Zajedničko evropsko pravo prodaje se smije primijeniti samo kao cjelina.

Član 9.

Standardizovani list s informacijama kod ugovora između poduzetnika i potrošača

1. U odnosu između poduzetnika i potrošača poduzetnik mora dodatno uz predugovorne obaveze informisanja u skladu sa Zajedničkim evropskim pravom prodaje prije ugovaranja upozoriti na namjeravanu upotrebu Zajedničkog evropskog prava prodaje, tako što će potrošaču dostaviti list s informacijama iz Aneksa II uz jasnu uputu na njega. Ako primjena Zajedničkog evropskog prava prodaje bude ugovorena telefonski ili na neki drugi način koji ne dozvoljava da se potrošaču dostavi list s informacijama, potrošač je vezan za sporazum tek kada primi potvrdu u skladu s članom 8. stav 2 zajedno s listom a informacijama i nakon toga izričito pristane na upotrebu Zajedničkog evropskog prava prodaje.

<sup>45</sup> Vidjeti stranu 10 Saopćenja Komisije KOM(2011)636 i takođe str. 11. Obrazloženja Prijedloga Uredbe spomenutih u fn. 1.; vidjeti takođe M. Schmidt-Kessel, op. cit., fn. 26, str. 14.

<sup>46</sup> Vidjeti H. Micklitz, loc. cit., fn. 37, 182, koji govori o isključenju brojnih pitanja koja “pod kapom” formiranja političkog mišljenja na raznim konferencijama nisu bila dopuštena. Među njih je spadalo i pitanje o mehanizmu uključivanja u ugovor.

2. Kada se list s informacijama naveden u stavu 1. dostavlja u elektronskoj formi, mora se učiniti dostupnim preko hiperlinka ili mora sadržavati adresu web-stranice preko koje je besplatno dostupan tekst Zajedničkog evropskog prava prodaje.”

Opcionalni instrument takođe slijedi sliku educiranog, dobro informiranog potrošača na jednom transparentnom tržištu,<sup>47</sup> koja još uvijek preovladava u Evropskoj uniji.<sup>48</sup> U obrazloženju Prijedloga Uredbe i u Saopćenju se takođe navodi da je važenje stranog pravnog okvira jedan od razloga što potrošači izbjegavaju prekogranične ugovore.<sup>49</sup> Nije dovedena u sumnju osnovna pretpostavka<sup>50</sup> da potrošači donose svoje odluke na osnovu informacija o pravnoj situaciji.<sup>51</sup> Dok Evropska komisija Prijedlog Uredbe obrazlaže time da želi djelovati protiv fragmentacije, u kojoj vidi jedan od razloga za nedovoljno razvijeni prekogranični promet roba,<sup>52</sup> u konačnici otvara mogućnost preduzećima, da u zemljama u kojima je fragmentacija dovela do višeg nivoa zaštite potrošača, “ugovaranjem” ZEPP ovaj nivo u ugovornim odnosima s potrošačima snize.

Eventualno se ovdje previše polazi od njemačkog pojma potrošača, koji u prvi plan stavlja pretpostavku da je on vrijedan zaštite zbog njegove strukturalne podređenosti,<sup>53</sup> a prepreke koje Prijedlog propisuje, obavezno dostavljanje posebnog sporazuma potrošaču na trajnom mediju, postavljene su visoko. Ipak Prijedlog otvara mogućnost da se u prekograničnim potrošačkim ugovorima opcionalni instrument ugovori onda kada “ciljno pravo”, dakle, pravo koje se prema članu 6. stav 2. Uredbe Rim I ne može isključiti, predviđa viši nivo nego opcionalni instrument. Pošto potrošač u pravilu mora dati saglasnost na uključivanje ZEPP ili bi, ako je dovoljno informiran i time pogoršava svoju poziciju, morao odustati od ugovora,<sup>54</sup>

<sup>47</sup> Vidjeti takođe M. Schmidt-Kessel, ‘Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung’ in M. Schmidt-Kessel u. a. (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (München, Sellier 2012) 1, 3.

<sup>48</sup> U vezi s različitim pristupima evropskog naspram njemačkog pojma potrošača vidjeti: H. Micklitz, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. izdanje (München, C. H. Beck’s Verlag 2006), prethodne napomene uz §§ 13, 14 BGB, br. 64. U vezi s varijacijama u evropskom pojmu potrošača vidjeti: A. Danco, ‘Die Novellierung der Verbrauchercreditrichtlinie’ *WM* 2003, 853, 856.

<sup>49</sup> Vidjeti fn. 1, Saopćenje, str. 3, Prijedlog Uredbe, str. 4.

<sup>50</sup> Čak i preduzeća između sebe u pravnim razlikama ne vide odlučujuću prepreku za prekogranične poslove. Ovdje više ulogu igraju jezičke i kulturne razlike, različiti administrativni i poreski režimi, vidjeti takođe N. Kornet, loc. cit., fn. 28, str. 4.

<sup>51</sup> Vidjeti Micklitz/Reich, loc. cit., fn. 23, str. 280.

<sup>52</sup> Prijedlog Uredbe, razlog donošenja 3, str. 17. Ovdje se ne ulazi u razmatranje zapažanja da se pravne razlike i u privredi samo u najrjeđim slučajevima posmatraju kao poslovna prepreka, vidjeti npr. N. Kornet, loc. cit., fn. 28, str. 4.

<sup>53</sup> Vidjeti H. Micklitz, op. cit., fn. 48, prethodne napomene uz § 13, 14, br. 66. i dalje, § 13, br. 4. i dalje.

<sup>54</sup> Pri tome postoje velike sumnje da će potrošači svoju odluku

opcionalni instrument u prekograničnim potrošačkim ugovorima djeluje kao gornja granica nivoa zaštite potrošača.<sup>55</sup> Ponuđači će u vlastitom interesu opcionalni instrument koristiti samo onda kada to jača njihovu pravnu poziciju, dakle u državama članicama s većim nivoom zaštite potrošača. Pošto je nivo zaštite, barem u određenim pitanjima, u većini država članica iznad onoga koji propisuju direktive,<sup>56</sup> ovo će, dakle, u tim državama članicama u pojedinim pitanjima dovesti do smanjenja tog nivoa.<sup>57</sup>

U konačnici se, dakle, može početi od pretpostavke da bi se uvođenjem opcionalnog instrumenta moglo postići ujednačavanje okvirnih pravnih uslova za prekogranične ugovore, naročito u oblasti potrošačkih ugovora, pošto će ponuđači imati interes za njihovu primjenu jer se time jača njihov pravni položaj.

Pri tome Komisija ne tematizira činjenicu da i dalje nastavlja postojati i od nje same kritizirana prednost za veće kompanije, koje zahvaljujući velikom obrtu sebi mogu priuštiti troškove pravnog savjetovanja, i da to rezultira još jednom dodatnom prednošću velikih preduzeća. Ona bi naime mogla iskoristiti ponuđene mogućnosti opcionalnog instrumenta, da se višem nivou zaštite potrošača suprotstave ugovaranjem ZEPP, tako što će, u skladu sa slikom *homo economicusa*, izračunati koje troškovne posljedice imaju pravna uređenja koja stoje na raspolaganju. Ove skupe kalkulacije koje mogu biti povezane i s pravnim analizama mala i srednja preduzeća, koja bi prema zamislama Evropske komisije trebala biti još jedan od povlašćenih kroz ZEPP, sebi upravo ne mogu priuštiti, dakle dovode se u nepovoljniji položaj u odnosu na velika preduzeća pošto ne mogu platiti ove analize.

## 2. Prigovor i tužba zbog kršenja principa supsidijarnosti njemačkog Saveznog parlamenta

Odlukom od 1. 12. 2011. njemački Savezni parlament je na preporuku Pravnog odbora zaključio da Prijedlog Uredbe Evropske komisije nije spojiv s principom supsidijarnosti<sup>58</sup> i poslao Evropskoj komisiji mišljenje u skladu s članom 6. Protokola o supsidijarnosti<sup>59</sup>.

formirati na taj način, uporediti prethodnu fusnotu; takođe M. Tamm, *Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Instrument – eine kritische Analyse zur Binnenmarktharmonisierungskompetenz der Kommission*, *VuR* 2012, 3, 11.

<sup>55</sup> Vidjeti M. Schmidt-Kessel, op. cit., fn. 26, str. 19, koji govori o "parcijalnoj potpunoj harmonizaciji".

<sup>56</sup> Micklitz/Reich, loc. cit, FN 22, str. 280; K. Tonner, loc. cit., FN 40, 768. i dalje.

<sup>57</sup> M. Tamm, loc. cit., fn. 54, str. 8.

<sup>58</sup> Vidjeti <http://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/amtlicheprotokolle/2011/ap17146.html>.

<sup>59</sup> Protokol o primjeni načela supsidijarnosti i srazmjernosti od 13. 12. 2007, (ABL. [Službeni list EU] br. C 306 str. 150) Celex-br. 1 2007 L/PRO/A/02.

### a. Princip supsidijarnosti

Član 5. Ugovora o Evropskoj uniji (dalje i: UEU)<sup>60</sup> predviđa da za vršenje nadležnosti EU vrijedi načelo supsidijarnosti. Ono je izjednačeno s principima ograničenog pojedinačnog ovlaštenja takođe navedenim u članu 5. stav 1. UEU i principom proporcionalnosti. Princip supsidijarnosti je Ugovorom iz Maastrichta 1992. godine izričito preuzet u osnivačke ugovore<sup>61</sup>. Kroz ograničenje konkurirajućih nadležnosti željelo se ojačati države članice i suočiti se sa sumnjama u pogledu centralizacije upravo tih nadležnosti u Briselu<sup>62</sup>. Euforično se čak govorilo o "čarobnoj formuli"<sup>63</sup>.

Nakon što se najprije daljim razvojem principa supsidijarnosti u osnivačkim ugovorima težilo ka materijalnom diferenciranju, Protokol o supsidijarnosti i proporcionalnosti s pravom prigovora nacionalnih parlamenata slijedi jedan više proceduralni put<sup>64</sup> i ostaje pri dosta neodređenoj formulaciji principa supsidijarnosti iz člana 5. UEU.

Srž supsidijarnosti je konstatacija da države članice ne mogu<sup>65</sup> u dovoljnoj mjeri ostvariti ciljeve određenog pravnog akta (koji stoga treba donijeti na nivou EU – prim. red.). Tek druga polurečenica u članu 5. stav 3. UEU ovo postavlja u alternativni odnos, a to je da se ciljevi mogu efektivnije postići mogućnošću da se donesu pravila koje vrijede u cijeloj Uniji. Pošto se radi o razgraničenju nadležnosti i mogućnosti intervencije EU, sudska praksa Evropskog suda fokusira se samo na ovu alternativu<sup>66</sup>. Neovisno o tome šta države članice mogu (a možda ne žele),

<sup>60</sup> Ugovor o Evropskoj uniji u verziji Ugovora iz Lisabona od 13. 12. 2007, (ABL. br. C 306 str. 1, ber.; ABL. 2008 br. C 111 str. 56; ABL. 2009 br. C 290 str. 1, ABL. 2011 br. C 378 str. 3) Celex-br. 1 1992 M, posljednja izmjena kroz čl. 13, 14. st. 1. EU pristupnog akta 2013 od 9. 12. 2011. (ABL. 2012 br. L 112 str. 21).

<sup>61</sup> Bast/von Bogdandy, u Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union* (München, C. H. Beck 2012), EUV Art. 5, RdNr. 2

<sup>62</sup> Uporediti S. Albin, 'Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit', *NVwZ* 2006, 629, 629; Christoph Ritzer/Marc Ruttloff, 'Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven' *EuR* 2006, 116, 116.

<sup>63</sup> Bivši predsjednik Saveznog ustavnog suda i kasniji predsjednik SR Njemačke Roman Herzog povodom govora u Briselu 1993. godine, izvori kod S. Albin, loc. cit., fn. 62, str. 630.

<sup>64</sup> Vidjeti Ritzer/Ruttloff, loc. cit, fn. 62, str. 127; vidjeti Callies/Ruffert, op. cit., fn. 42 EUV, čl. 5., br. 26; Vidjeti takođe Ritzer/Ruttloff/Linhart, 'How to Sharpen a Dull Sword – The Principle of Subsidiarity and its Control', *German Law Journal*, 2006, 733, 749.

<sup>65</sup> Tekst čl. 5. st. 3. UEU.

<sup>66</sup> Vidjeti Ch. Callies u Callies/Ruffert, op. cit., fn. 42, EUV, čl. 5., Rd. br. 35 s uputom EuGH Odluka C-58/08, EWS 2008, 256, br. 78 (Vodafone i drugi); s. a. EuGH Odluka C-491/01, Slg. 2002, I-11 453, br. 180 (British American Tobacco); C-233/94, Slg. 1997, I-02 405,02405 br. 26 (Deutschland/EP u. Rat); Ritzer/Ruttloff, loc. cit., fn. 62, str. 126; vidjeti takođe Bast/von Bogdandy, u Grabitz/Hilf/Nettesheim, 'Das Recht der

određena mjera EU odgovara principu subsidiarnosti uvijek kada se cilj može “bolje” ostvariti na nivou Unije.<sup>67</sup>

### b. Kršenje principa subsidiarnosti kroz ZEPP?

Kod mjera u cilju ostvarivanja unutrašnjeg tržišta prema članu 4. stav 2. t. a UFEU radi se o oblasti koja ne spada u isključivu nadležnost Evropske unije. U skladu s tim, mjere u oblasti unutrašnjeg tržišta prema članu 5. stav 3. UEU moraju odgovarati principu subsidiarnosti.

Sumnje u odnosu na ZEPP javljaju se, kao što je već spomenuto, u pogledu koncepcije ovog instrumenta, odn. da li EU smije dopuniti odredbe nacionalnog prava prodaje opcionalnom odredbom u okviru člana 114. UFEU? Osim toga postoje u najmanju ruku nedoumice oko pitanja da li je to, pošto ZEPP u krajnjem ishodu u pojedinim državama članicama snižava nivo zaštite potrošača, u saglasnosti sa zahtjevom za višim nivoom zaštite potrošača iz člana 114. UFEU? Konačno, da li je ZEPP uistinu pogodno da ostvari pretpostavljene prednosti za unutrašnje tržište? Ako slijedimo ovu argumentaciju, u krajnjoj liniji se radi o pitanju da li je pravni osnov ovlaštenja koji navodi EU dovoljan i da li je sa ZEPP izabran instrument koji odgovara principu srazmjernosti?

Shodno tome njemački Savezni parlament obrazlaže svoj prigovor time da član 114. UFEU “nije održiv pravni osnov za Prijedlog Uredbe”, pošto “različitost nacionalnih uređenja ugovornog prava ne suzbija stvarno osjetno privrednu djelatnost u pravnom prostoru EU”, “jedinствeno evropsko pravo prodaje na nivou Unije stoga nije potrebno” i osim toga “Prijedlog Uredbe krije opasnost da dovede do veće pravne nesigurnosti u evropskom pravnom prostoru”<sup>68</sup>.

Budući da se njemački Savezni parlament zadržao na navedenoj argumentaciji i nije ni razmatrao pitanje da li se donošenjem mjera u nacionalnom zakonodavstvu država članica ne bi mogao ostvariti cilj koji se želi postići kroz ZEPP i nije li stoga bolje da mjera zbog svog obima i dejstava bude ostvarena na nivou Evropske unije.

Ipak prigovor njemačkog Saveznog parlamenta predviđa da treba utvrditi

“da se mjerilo ocjenjivanja prigovora zbog povrede principa subsidiarnosti prema članu 6. Protokola br. 2 ima shvatiti sveobuhvatno i da pored principa subsidiarnosti u užem smislu prema članu 5. stavu 3. UEU obuhvata i izbor pravnog osnova i princip proporcionalnosti prema članu 5. stavu 4. UEU.”<sup>69</sup>

Time se referira na rašireno shvatanje da izolirano ocjenjivanje principa subsidiarnosti uopće nije moguće, nego da se mora povezati s pitanjem proporcionalnosti.<sup>70</sup> To

je, međutim, u suprotnosti s izričitom formulacijom osnivačkih ugovora, koja pravo prigovora evropskih parlamenata upravo ograničava na subsidiarnost. Radi se, dakle, isključivo o pitanju da li postupanje Evropske unije zadire u nadležnosti za postupanje nacionalnih parlamenata.

Pošto cilj koji se želi ostvariti kroz ZEPP, a to je neutraliziranje fragmentacije prava o zaštiti potrošača u državama članicama putem jedinstvenog dopunskog uređenja prava prodaje koje bi važilo u svim državama članicama, države članice same ne mogu ostvariti, valja poći od pretpostavke da se to Prijedlogom Uredbe može bolje ostvariti – ako je uopće moguće. Kršenje principa subsidiarnosti se prema tome ne može ustanoviti. Ipak postoje značajne nedoumice u pogledu pitanja da li ZEPP može biti doneseno na osnovu člana 114. UFEU, naročito zbog činjenice što bi time u konačnici bila stvorena sveobuhvatna nadležnost za ugovorno pravo prodaje.<sup>71</sup>

### c. Posljedice prigovora njemačkog Saveznog parlamenta zbog kršenja principa subsidiarnosti

Pošto kvorum od jedne trećine nacionalnih parlamenata iz člana 7. stav 2. Protokola o subsidiarnosti<sup>72</sup> nije postignut<sup>73</sup>, nacrt ne moraju ispitati organi EU. Ostaje mogućnost podizanja tužbe u skladu s članom 8. Protokola o subsidiarnosti. U skladu s tim je u članu 23. stav 1a Ustava Savezne Republike Njemačke predviđeno da njemački Savezni parlament ima odgovarajuće pravo tužbe pred Evropskim sudom. Ipak je i ono ograničeno na očuvanje principa subsidiarnosti. Samo ako bi se slijedilo stanovište da provjera principa subsidiarnosti obuhvata i poštovanje proporcionalnosti i pravni osnov ovlaštenja, postojala bi mogućnost za njemački Savezni parlament da krene ovim putem, na što vjerovatno i cilja zahtjev za utvrđivanje ovog dometa<sup>74</sup> u okviru prigovora zbog kršenja principa subsidiarnosti.

## 3. Međurezime

Unatoč načelnoj justicijabilnosti prekršaja protiv principa subsidiarnosti,<sup>75</sup> mogućnosti uticaja nacionalnih parlamenata su krajnje ograničene, naročito uzimajući u obzir sudsku praksu Evropskog suda. Ipak se može primijetiti da se s preuzimanjem principa subsidiarnosti kod Komisije razvila odgovarajuća svijest o visokom

Europäischen Union, 46. *Ergänzungslieferung* (München, C. H. Beck 2011) br. 58, 65; S. Albin, loc. cit., fn. 62, str. 632.

<sup>67</sup> Vidjeti presude navedene u prethodnoj fusnoti.

<sup>68</sup> Vidjeti Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/8000, str. 2.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Vidjeti Callies u Callies/Ruffert, op. cit., fn. 42, EUV Art. 12, br. 31 i dalje, 36.

<sup>71</sup> Vidjeti takođe Basedow, ‘Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage eines optionalen EU Kaufrechts’, *EuZW* 2012, 1, 2.

<sup>72</sup> Protokol o primjeni načela subsidiarnosti i srazmjernosti od 13. 12. 2007.

<sup>73</sup> Informaciju dala Andrea Voßhoff, MdB (CDU), u okviru Foruma Ugovorno pravo i zaštita potrošača, Evropeizacija ugovornog prava na Njemačkom savjetovanju notara u Kölnu, održanom od 29. 8. do 1. 9. 2012.

<sup>74</sup> Vidjeti fn. 68.

<sup>75</sup> Vidjeti Bast/von Bogdandy, op. cit., fn. 61, EUV, član 5, br. 58.

mjestu koje taj princip zauzima.<sup>76</sup> Ovo, iako samo šablonski, uzimanje u obzir principa supsidijarnosti od strane zakonodavnih organa EU, pokazuje da postoji granica između politike i prava i da princip supsidijarnosti nije pravni princip, nego politička smjernica. Ako bi moguća presuda da je povrijeđen princip supsidijarnosti kao Damoklov mač visila nad evropskim zakonodavnim aktima usvojenim u dugotrajnom političkom procesu, to bi značilo samo dalju pravnu nesigurnost i odugovlačenja zakonodavnog postupka.<sup>77</sup>

Istovremeno, radi se takođe i o pitanju političke legitimacije EU i njene bliskosti građanima. Komisija, dakle, dobro postupa što ozbiljno shvata princip supsidijarnosti. ZEPP je loš primjer za to, pošto bi mogao nastati utisak da Komisija ovim zaobilaznim putem samo ostvaruje nešto što na drugom polju politički nije mogla ostvariti – punu harmonizaciju potrošačkog prava. Kako bi se sačuvalo balans, valja pričekati da se vidi da li će ovaj pristup savladati i ostale političke prepreke, sasvim neovisno o tome da li će ovaj ili onaj nacionalni parlament uložiti prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti ili će čak biti podignuta tužba za pobijanje.

#### 4. Refleksije na pravne reforme u Bosni i Hercegovini

Oba prikazana aspekta, dakle, ZEPP kao takvo i pitanje supsidijarnosti, imaju aktuelan značaj za nastavak pravnih reformi u Jugoistočnoj Evropi, naročito za Bosnu i Hercegovinu. Ovi aspekti zbog manjka jezičke kompetencije i usljed toga nedovoljnog pristupa pravnoj naučnoj literaturi ovdje mogu biti samo naznačeni, ali nadamo se da daju doprinos ili barem poticaj u okviru pravnog naučnog dijaloga u Bosni i Hercegovini.

##### a. Reforma prava prodaje i potrošačkog prava u Jugoistočnoj Evropi i Bosni i Hercegovini

Značaj za ovaj region proizlazi najprije iz daljeg razvoja evropskog potrošačkog prava i novog razvoja evropskog prava prodaje. Od 2004. godine Parlamentu Bosne i Hercegovine dostavljen je Nacrt Zakona o obligacionim odnosima. Od 2006. godine na snazi je državni Zakon o zaštiti potrošača. Drugačije nego u susjednim zemljama, Nacrt Zakona o obligacionim odnosima predviđa, kao i ZEPP, integraciju prava o zaštiti potrošača u nacionalno pravo prodaje. U Srbiji i Makedoniji za razliku od toga postoje komisije za izradu građanskih zakonika koje se zalažu za zadržavanje izdvojenosti prava o zaštiti potrošača u posebnim zakonima, da se ne bi ugrozila koherentnost građanskih zakonika koji trebaju biti izrađeni. Već s predstavljanjem Zajedničkog referentnog okvira 2009. godine, ali najkasnije s donošenjem Prijedloga Uredbe za ZEPP, zakonodavci u Jugoistočnoj Evropi moraju imati u

vidu ove nove, i ni u kom slučaju zaključene, tendencije u Evropskoj uniji, čiji krajnji rezultat je još uvijek potpuno otvoren. S novim opcionalnim instrumentom se pri tome slijedi jedan pristup koji bi mogao olakšati zakonodavnu djelatnost, iako sadržinska struktura tek treba biti konačno definirana.<sup>78</sup>

##### b. Princip supsidijarnosti prema Ustavu Bosne i Hercegovine

Može se povući izvjesna paralela u pogledu pitanja supsidijarnosti u EU i BiH; ovo pitanje u EU u svojoj problematici podsjeća na razgraničenje zakonodavnih nadležnosti između entiteta Bosne i Hercegovine i države. Ovdje član III tačka 3. Ustava Bosne i Hercegovine<sup>79</sup> predviđa princip supsidijarnosti, prema kojem sve nadležnosti koje po Ustavu nisu izričito dodijeljene državi pripadaju entitetima. Dok odredba o nadležnostima iz člana III tačke 1. Ustava ne navodi eksplicitno ni pravo prodaje ni zaštitu potrošača, u preambuli Ustava spominje se unapređenje tržišne privrede, a u članu I tačka 4. slobodni protok roba. U članu 68. tačka 6. Ustava Republike Srpske navodi se zakonodavna nadležnost za vlasničke i obligacione odnose. Ustavni sud Bosne i Hercegovine je na odgovarajuću žalbu Republike Srpske utvrdio da se uređivanju obligacionih odnosa na nivou države na osnovu nadležnosti za uvođenje “zajedničkog tržišta” u Ustavu Bosne i Hercegovine ustavnopravno ne može prigovoriti i da to ne uskraćuje zakonodavne nadležnosti Republike Srpske.<sup>80</sup>

Paralela s diskusijom o nadležnosti za donošenje ZEPP je frapantna. Doduše, Bosna i Hercegovina nije unija država koja bi se mogla uporediti s EU, nego suverena i cjelovita država. Sumnje koje su iznesene u pogledu zakonodavne nadležnosti Evropske unije u oblasti ugovornog prava,<sup>81</sup> dakle, ne mogu biti jednostavno “preslikane” na BiH. Ako se, međutim, slijedi argumentacija koja počiva na evropskim ugovorima i za Bosnu i Hercegovinu bi se moglo reći da bi nadzor nad pridržavanjem principa supsidijarnosti prije trebao uslijediti na političkom nego na pravnom nivou. Pri tome valja imati u vidu da u skladu s Odlukom Savjeta EU od 18. 2. 2008.<sup>82</sup> “donošenje pravnih

<sup>78</sup> Na Njemačkom savjetovanju notara održanom od 29. 8. do 1. 9. u Kölnu zastupana je ocjena da će prije doći do nekog “malog” rješenja koje se odnosi na pravo prodaje za digitalne sadržaje, a da se ZEPP u daljem zakonodavnom postupku Evropske unije neće izboriti.

<sup>79</sup> Aneks 4 Općeg okvirnog sporazuma, ovdje citirano prema [http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content\\_id=372](http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372)

<sup>80</sup> Odluka Ustavnog suda BiH, broj. U-17/09 od 27. 3. 2010.; Djelimična Odluka Ustavnog suda BiH, U 5/98 od 18. i 19. 2. 2000.

<sup>81</sup> Uporediti gore 1. e.

<sup>82</sup> ABL L 80/18 od 19. 3. 2008, Odluka Savjeta Evropske unije o načelima, prioritetima i uvjetima sadržanim u Evropskom partnerstvu s Bosnom i Hercegovinom i opoziv odluke 2006/55/EG.

<sup>76</sup> Vidjeti S. Albin, loc. cit., fn. 62, str. 629.

<sup>77</sup> Vidjeti takođe Bast/von Bogdandy, op. cit., fn. 61, član 5, br. 58.

propisa o obligacionim odnosima na nivou države<sup>83</sup> spada među prioritete koje bi u kratkom roku trebalo ostvariti.

### c. ZEPP kao dio “*acquisa*” EU

Ako bi ZEPP u dogledno vrijeme bio usvojen kao uredba, postavlja se dodatno pitanje da li to ima posljedice po obaveze država Jugoistočne Evrope, ukoliko su one prema sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju (dalje i: SSP) obavezne na preuzimanje *acquisa* Evropske unije. Iako Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju EU s Bosnom i Hercegovinom još nije stupio na snagu, već sada se preduzimaju sveobuhvatni naponi na preuzimanju *acquisa*, kako bi nakon konačnog stupanja na snagu SSP mogao biti implementiran njegov član 70.<sup>84</sup>

Istovremeno je ZEPP koncipirano kao uredba koja u skladu s članom 277. stav 2. UFEU neposredno važi u svakoj državi članici. Iako su uredbe bez sumnje dio *acquisa*, one usljed neposrednog važenja u državama članicama ne moraju biti preuzete u nacionalno pravno uređenje.<sup>85</sup> Postoji, međutim, obaveza da se nacionalno pravo uskladi tako da se kasnije, sa sticanjem statusa zemlje članice EU, ne protivi primjeni uredbi.<sup>86</sup> Tome odgovara i praksa kod sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, da se izričito navedu uredbe koje države kandidatkinje već prije pristupanja EU moraju implementirati. Iz toga proizlazi na prvi pogled paradoksalna konsekvencija da “jača” zakonodavna mjera Evropske unije, uredba, u procesu stabilizacije i pridruživanja razvija “slabije” dejstvo. S obzirom na neposredno dejstvo uredbi i iz toga proizlazeća prava i obaveze država članica ovaj način posmatranja je, barem prema ovdje zastupanom mišljenju, jedini mogući kako bi se spriječila odbijanja pristupanja određenih zemalja u okviru postupka približavanja EU.

## 5. Rezime

Prijedlog Uredbe o Zajedničkom evropskom pravu prodaje u pravnom razvoju Evropske unije koji dobija sve više na dinamici predstavlja u materiji koja čini jezgru nacionalnih pravnih uređenja jedan ključni događaj. U ovom trenutku, međutim, s obzirom na koncepciju instrumenta i na reakcije, barem u njemačkoj pravnoj nauci, nije moguće predvidjeti kako će ovaj novi instrument biti preuzet u kanon evropskog prava. I pored značajnih izraženih nedoumica u pogledu zakonodavne nadležnosti Unije za reguliranje ovog pitanja i očuvanja načela proporcionalnosti, barem prema tumačenju Evropskog suda ne postoji kršenje (uskog) principa supsidijarnosti, dakle, nema zadiranja u zakonodavne nadležnosti država članica. Jugoistočna Evropa i Bosna i Hercegovina bi postupile dobro ako bi slijedile ovaj razvoj događaja kako bi postavile

temelje za članstvo u Evropskoj uniji. Uključivanje u evropsku pravnu nauku i regionalna saradnja zemalja Jugoistočne Evrope su u tu svrhu nezaobilazne.

Dr. Thomas Meyer

### **Die Einführung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und die Subsidiaritätsrüge**

(Zusammenfassung)

*Der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht stellt einen Meilenstein in der an Dynamik gewinnenden Rechtsentwicklung der Europäischen Union in einer Kernmaterie nationaler Rechtsordnungen dar. Allerdings ist angesichts der Ausgestaltung und der Reaktionen, jedenfalls in der deutschen Rechtswissenschaft, zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht absehbar, wie dieses neue Instrument in den Kanon des Europäischen Rechts aufgenommen werden wird. Trotz erheblicher Bedenken gegen die gesetzgeberische Kompetenz und der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist aber, jedenfalls in der Lesart des EuGH, kein Verstoß gegen das (enge) Subsidiaritätsprinzip, also kein Eingriff in die Gesetzgebungskompetenzen der Mitgliedsstaaten, gegeben. Südosteuropa und Bosnien und Herzegowina sind gut beraten, diese Entwicklungen nachzuvollziehen um die Grundlagen für eine Mitgliedschaft in der Europäischen Union zu legen. Die Einbindung in die europäische Rechtswissenschaft und die regionale Zusammenarbeit der Länder Südosteuropas ist dafür unverzichtbar.*

### **Introducing the Common European Sales Law and the complaint for violation of the principle of subsidiarity**

Abstract

*The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law represents a milestone in the increasingly dynamic development of the European Union regarding one of the core matters of national legal systems. At the moment, however, it is not possible to predict how this new instrument is going to be taken into the canon of European law, especially given the reactions to the instrument, at least in the German legal doctrine. Despite the significant concerns expressed with regard to the legislative competence of the Union to the regulation of this issue and the principle of proportionality, the European Court found no violation of the (narrow) principle of subsidiarity and no prejudice to the legislative competence of the Member States. Southeastern European countries and Bosnia and Herzegovina would be better off if they would follow these developments, which would help lay the groundwork for EU membership. Inclusion in the European legal doctrine and regional cooperation in Southeastern Europe are indispensable for this purpose.*

<sup>83</sup> Uporediti isto, str. 23.

<sup>84</sup> Vidjeti 2008/0073 (AVC)

<sup>85</sup> Vidjeti Ruffert u Callies/Ruffert, op. cit., fn. 42, čl. 238, br. 20.

<sup>86</sup> Vidjeti Ruffert u Callies/Ruffert, op. cit., fn. 42, čl. 288, br. 21.

## Osnove potrošačkog prava Evropske unije

Hannes Rösler\*

UDK: 347:366]:061.1EU

*Predmet ovog članka su područje primjene, sadržaj i različiti aspekti potrošačkog prava Evropske unije (EU) koje se primjenjuje prema skoro pola milijarde stanovnika u 28 država članica. Tekst koji slijedi objašnjava sistematiku, interakciju sa zakonima država članica te definiciju potrošača u pravnim transakcijama. Težište je stavljeno na ugovorno pravo, naročito na potrošačko pravo prodaje koje se poredi s pravom prodaje Ujedinjenih naroda (UN).*

**Ključne riječi:** zaštita potrošača, pravo Evropske unije, unutrašnje tržište, ugovorno pravo, Konvencija Ujedinjenih naroda o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija), uporedno pravo

### 1. Uvod

Širom svijeta pravo zaštite potrošača je jedna od glavnih pokretačkih sila za modernizaciju privatnog prava.<sup>1</sup> U Evropi, direktive Evropske unije (EU) redovno obezbjeđuju zaštitu pojedinaca koji zaključuju pravne poslove sa stručnim licima u privatne svrhe.<sup>2</sup> Ova tipizirana dihotomija

\* Max Planck institut za uporedno i međunarodno privatno pravo, Hamburg, Njemačka; Dr. Iur., Philipps univerzitet u Marburgu, Njemačka (2003); LL. M. Pravni fakultet Harvard, SAD (2004); Docent na Univerzitetu u Hamburgu (2012). Članak je zasnovan na prilogu za Max Planck Encyclopaedia of European Private Law, Oxford: Oxford University Press (2012) gdje se može pronaći većina sadržaja spomenutog u tekstu uključujući i prilog autora o potrošačkim ugovorima u međunarodnom privatnom pravu, pravu elektronske trgovine i tumačenju prava EU.)

<sup>1</sup> Za primjenu vidi H. Schulte-Nölke, et al., eds., *EC Consumer Law Compendium* (Minhen, Sellier 2008) (takođe [www.eu-consumer-law.org](http://www.eu-consumer-law.org)); H. Rösler, 'Europeanisation of Private Law through Directives – Determining Factors and Modalities of Implementation', 11 *European Journal of Law Reform (EJLR)*, (2009), str. 305. Za ostale uticaje, kao npr. pravo prodaje UN-a koje će biti analizirano u dijelu 5, vidi J. Basedow, 'Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG', 25 *International Review of Law and Economics* (2005), str. 487.

<sup>2</sup> Za dobar pregled vidi H.-W. Micklitz, et al., *Understanding EU Consumer Law*, (Antwerpen, Intersentia, 2009); vidi takođe Ch. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, (London, Routledge-Cavendish, 2008); S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2. izdanje, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2005); H. Rösler, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, (Minhen, C.H. Beck Verlag, 2004); takođe vezano za nacionalno pravo H.-W. Micklitz, et al., eds., *Consumer Law – Ius Commune Casebooks for a Common Law of Europe*, (Oxford, Hart Publishing 2010); za njemačko pravo vidi K. Tonner, M. Tamm, Hrg., *Verbraucherrecht*

može se pratiti još od industrijske revolucije koja je, s jedne strane, dovela do masovne proizvodnje i distribucije, a s druge strane do masovne potrošnje.<sup>3</sup> Dok koncentrirana 'racionalizacija' i instrumentalna racionalnost dominira sferom proizvođača i distributera, saznanja ekonomskih, društvenih i bihevioralnih nauka, zajedno sa skorim istraživanjima mozga bacaju sumnju na to da li se krajnji potrošač ponaša kao potpuno racionalna, ravnopravna suprotna strana.

Jedan od razloga je i taj što potrošači najčešće zaključuju ugovore s veoma ograničenim obimom poslovanja. Zbog toga iz perspektive analize odnosa troškova prema koristi potrošača, u pogledu, na primjer, standardnih uslova ugovora ili drugih faktora koji se ne odnose na cijenu ili izvršenje obaveze, ulaganje prekomjernog intelektualnog napora teško da ima smisla. Zbog prednosti koje sa sobom donosi status "stalnog igrača", ovo djeluje upravo suprotno na strani privrednika. Osim toga, racionalne transakcije su takođe ugrožene oglašavanjem, različitim vidovima distribucije i, uz neka ograničenja, pojavom zaštitnih znakova. Upravo zbog toga sam model informisanja, koji se fokusira na balansiranje ove asimetrije pravovremenim dostavljanjem informacije, brzo dostiže svoje granice.

Ovaj članak objašnjava uticaj prava zaštite potrošača EU na pravo koje je od značaja za gotovo pola milijarde njenih stanovnika. Glavni instrument za harmonizaciju privatnog prava država članica je direktiva. Prema članu 288. Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU), države članice moraju implementirati direktivu. Direktiva je obavezujuća u pogledu svog cilja koji slijedi. Tako ona ostavlja nacionalnim zakonodavcima prostor da odaberu najpovoljniji oblik i metode implementacije direktive. S druge strane, uredba ima opštu i direktnu primjenjivost.<sup>4</sup> Članak naglašava važnost potrošačkog prava EU (dio 2.), opisuje tendencije u toj oblasti (dio 3.), analizira pravni koncept evropske zaštite potrošača (dio 4.), ilustrira predmet harmonizacije unutrašnjeg tržišta osvrćući se na značajnu potrošačku direktivu o prodaji robe široke potrošnje (dio 5.) i zaključuje predviđanjem daljeg razvoja (dio 6.).

– *Beratungshandbuch*, (Baden Baden, Nomos, 2012); za englesko pravo vidi G. G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, drugo izdanje, (Aldershot, Ashgate Publishing 2005); za francusko pravo J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, osmo izdanje, (Pariz, Dalloz-Sirey, 2010).

<sup>3</sup> Vidi H. Rösler, 'The Transformation of Contractual Justice – A Historical and Comparative Account of the Impact of Consumption', u: H.-W. Micklitz, ed., *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011) str. 327.

<sup>4</sup> EU dokumenti se mogu pronaći na svim oficijelnim jezicima država članica (uključujući i slovenski) na [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_mot.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_mot.do).

## 2. Uloga potrošačkog prava u Evropi

Činjenica da se moderno potrošačko društvo i za njega vezan koncept zaštite potrošača pojavilo tek iza Drugog svjetskog rata, objašnjava uticaj zaštite potrošača kao pokretačke sile od ranih 60-ih godina 20. stoljeća.<sup>5</sup> Upravo zato starije pravne regulacije i zakoni kao i Rimski ugovor iz 1957. u većem svom dijelu jedva da prepoznaju pojam zaštite potrošača. Ipak, postoji uska povezanost s klasičnim oblastima, kao npr. s ograničenjem autonomije stranaka prema propisima koji regulišu zabludu ili načelu savjesnosti i poštenja, a koji zavise od ocjene u individualnom slučaju. S druge strane, prethodnici ovih ideja ipak se mogu pronaći u starim regulacijama tržišta i profesija.

Pravo zaštite potrošača je karakteristično po svom kategorizirajućem pristupu. Ono odgovara na nove strukturalne izazove i sve veću neravnotežu prije, tokom i nakon zaključivanja masovnih transakcija. Zbog tranzicijske infrastrukture prijevoza i komunikacija, ovo je naročito slučaj kod prekograničnih poslova i poslova na daljinu. Ono što je karakteristično je da EU zakonodavstvo ne reaguje na način da uspostavlja pravila i zakone koji se odnose samo na prekogranične poslove. To se zakonodavstvo, zapravo, primjenjuje kako na nacionalne tako i na međunarodne slučajeve, kako bi se izbjegla potpuna fragmentacija prava. Nadalje, sekundarno pravo koje se odnosi na tržište je upravo zamišljeno da stimulira “unutrašnje tržište potrošača” koje je dijelom bazirano na realnosti, a dijelom na idealu koji tek treba biti ostvaren. Konačno, učešće potrošača u unutrašnjem tržištu ključno je za “podizanje standarda i kvaliteta života na njegovom teritoriju”.<sup>6</sup> U pogledu ova dva aspekta potrošačko pravo EU odstupa od Bečke konvencije<sup>7</sup>, koja dijelom prati tradiciju *lex mercatoria*, iako je po svojoj prirodi međunarodno pravo.

Otprilike 80% ugovornog prava Evropske unije odnosi se na polje zaštite potrošača. Ono objedinjuje tri principa i to informacije potrošača, zaštitu potrošača i organizacije potrošača. Koncepti informacije i zaštite, pri čemu naročito zaštita dobiva na značaju u skorijoj legislativi, povezani su s direktivama koje regulišu ugovorne odnose, a tiču se ugovora zaključenih van poslovnih prostorija,<sup>8</sup> potrošačkih kredita,<sup>9</sup> ugovora na daljinu,<sup>10</sup> prodaje finansijskih usluga

na daljinu,<sup>11</sup> korištenja nekretnina na određeno vrijeme,<sup>12</sup> putovanja s paket aranžmanom,<sup>13</sup> nepravilnih odredbi u potrošačkim ugovorima<sup>14</sup> i prodaje potrošačke robe.<sup>15</sup> Zaštita potrošača u sklopu privatnog prava uključena je i u Direktivu o odgovornosti za proizvode s nedostatkom,<sup>16</sup> te podržana legislativom o sigurnosti proizvoda.

Posebne norme u korist potrošača u međunarodnom privatnom i procesnom pravu su prvenstveno osigurane kroz član 6. Uredbe Rim I<sup>17</sup> i članove 15.–17. Uredbe Brisel I<sup>18</sup>. Mjerodavno pravo u slučajevima spora na osnovu odgovornosti za proizvod s nedostatkom je određeno članom 5. Uredbe Rim II<sup>19</sup>. Ranije spomenuto kolektivno zastupanje interesa (u smislu organizacionog pristupa) je do sada obećavajuće samo u nekim oblastima. Direktiva o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača<sup>20</sup> daje mogućnost tužbe udruženjima potrošača, a Uredba 2006/2004 propisuje saradnju između njih. Direktiva 2002/8/EZ obezbjeđuje zajedničke minimalne standarde pravne pomoći u prekograničnim sporovima.

Direktiva 2000/31/EZ koja se tiče e-trgovine samo dijelom sadrži posebne norme za potrošače. Dodatno, Uredba 261/2004 propisuje naknadu štete i finansijsku podršku za avio-putnike u slučaju izostanka, otkaza ili značajnijeg kašnjenja leta. Nadalje, zaštita potrošača je osigurana i u EU legislativi koja se tiče prava osiguranja, bankarstva, investicija, zaštite podataka i telekomunikacija. Direktiva 2006/123/EZ o uslugama indirektno i marginalno reguliše zaštitu potrošača. Pravila o nelojalnoj konkurenciji su ključna za očuvanje slobode izbora među potrošačima.<sup>21</sup> Ona su dopunjena i posebnim pravilima o marketingu, npr. Direktivom o uslugama audiovizuelnih medijskih usluga (Direktiva 89/552/EEC, izmijenjena Direktivom 2007/65/EZ) i Direktivom o duhanskim proizvodima (Direktiva 2003/33/EZ). U širem smislu i same mjere zabrane nelojalne konkurencije su u cilju zaštite potrošača.

Daljnja potreba za regulacijom postoji u oblastima pravnih posljedica i izvršenja (transnacionalnog) prava. Naročito u slučaju “raspršene” štete, gdje nema dovoljno poticaja za potrošača kao pojedinca da podnese tužbu. Zbog toga Evropska komisija planira da omogući odgovarajuće grupne tužbe za povrede propisa o zaštiti potrošača i propisa o konkurenciji EU.<sup>22</sup>

<sup>5</sup> Prepoznavajući znak predsjednika Johna F. Kennedyja u deklaraciji iz 1962. godine: “Potrošači, po definiciji, podrazumijevaju sve nas.”

<sup>6</sup> Vidi slučaj Evropskog suda pravde C-168/05 – Mostaza Claro [2006] ECR I-10421 paragraf 37.

<sup>7</sup> Vidi H. Rösler, ‘Eliminating borders of national private law – potentials analysis of EU private law, the CISG and the Principles’, *EuLF* (2003), str. 205 (takođe [www.simons-law.com/library/pdf/e/424.pdf](http://www.simons-law.com/library/pdf/e/424.pdf)).

<sup>8</sup> Direktiva 85/577/EEZ.

<sup>9</sup> Direktiva 87/102/EEZ; Direktiva 2008/48/EZ.

<sup>10</sup> Direktiva 97/7/EZ.

<sup>11</sup> Direktiva 2002/65/EZ.

<sup>12</sup> Direktiva 2008/122/EZ.

<sup>13</sup> Direktiva 90/314/EEZ.

<sup>14</sup> Direktiva 93/13/EEZ.

<sup>15</sup> Direktiva 1999/44/EZ.

<sup>16</sup> Direktiva 85/374/EEZ.

<sup>17</sup> Uredba 593/2008.

<sup>18</sup> Uredba 44/2001.

<sup>19</sup> Uredba 864/2007.

<sup>20</sup> Direktiva 98/27/EZ.

<sup>21</sup> Direktiva o nelojalnoj komercijalnoj praksi 2005/29/EZ i Direktiva o zavaravajućem oglašavanju 2006/114/EZ.

<sup>22</sup> SEC(2011)173 final.

### 3. Trendovi razvoja

#### 3.1. Interdisciplinarni presjek

Brojna prethodno spomenuta preklapanja su pokazatelji interdisciplinarnih karakteristika koje moraju biti uzete u obzir prilikom razmatranja horizontalne zaštite potrošača u brojnim oblastima (član 12. UFEU). U javnom pravu, relevantni aspekti uključuju tehničku sigurnost, sigurnost hrane, označavanje proizvoda, cijene (Direktiva 98/6/EZ) i zdravstvenu zaštitu (član 168. UFEU). Ovdje su, međutim, direktive privatnog prava ključne. U svjetlu pitanja nadležnosti, one uglavnom služe za ostvarivanje funkcionisanja evropskog unutrašnjeg tržišta bez narušavanja tržišnog natjecanja (član 114. UFEU), ali istovremeno doprinose i visokom nivou zaštite potrošača (članovi 4.(2)(f), 12., 114.(3) i 169. UFEU). Zbog toga ove direktive s dvojnou funkcijom obično imaju i dvostruki pravni osnov.<sup>23</sup>

#### 3.2. Definicija potrošačkih poslova

Zaštita potrošača u sklopu privatnog prava zahtijeva precizno definisanje lica i situacija u cilju povećanja pravne sigurnosti, te izbjegavanja problema s dokazivanjem. Osim specifičnog materijalnog područja primjene definisanog u direktivama, personalni zahtjevi su obično slijedeći: "potrošač" je svaka fizička osoba koja djeluje za svrhe van njegove poslovne ili profesionalne djelatnosti. Ovo je potkrijepljeno npr. članom 2. Direktive o ugovorima sklopljenim van poslovnih prostorija; nešto drugačiji koncept potrošača je vidljiv u članu 2.(4) Direktive o putovanjima s paket aranžmanom, koja u širem smislu definiše potrošača kao "bilo koju osobu koja uzme ili se složi da uzme paket aranžman".

Neophodno je da strana s kojom potrošač sklapa ugovor bude poslovni subjekt. Obrnuto, druga strana je svaka pravna osoba koja djeluje u okviru svoje profesionalne ili komercijalne djelatnosti.<sup>24</sup> U vezi s navedenim razvila su se dva uniformna, stroga i tipizirana koncepta. Međutim, treba naglasiti da član 15.(1) Uredbe Brisel I, koji vodi porijeklo još iz 1960-ih, čini izuzetak tako što ne isključuje nužno pravna lica iz definicije potrošača. S nešto manje značaja, isti koncept se primjenjuje u članu 9.(b) Direktive o odgovornosti za proizvod s nedostatkom.

Na nacionalnom nivou postoje velike neusklađenosti koje se odnose na koncept i definiciju zaštite potrošača. Što se tiče direktiva minimalne harmonizacije, državama članicama je dozvoljeno da proširuju grupe zaštićenih lica, a kako bi stvorile viši nacionalni stepen zaštite. U mnogim slučajevima, države članice teže koherentnom sistemu i relativno uskoj definiciji potrošača u smislu predstavljenom iznad.<sup>25</sup>

Kao suprotan primjer, francuski Code de la consommation (C. cons.) ne prati jedinstveni koncept potrošača. Potrošač je dijelom izjednačen s kupcem, a dijelom definisan samo kao osoba koja djeluje u neprofesionalne svrhe. U većini slučajeva definisanje lica koja su predmet zaštite ostavljeno je sudovima. Ni pravne osobe nisu u potpunosti isključene. Francuski pristup se primjenjuje i u Španiji prema članu 1.(2), (3) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Općeg zakona za zaštitu potrošača i korisnika) iz 1984., kao i u Austriji prema članu 1.(1) br. 2 *Konsumentenschutzgesetz* (Zakona za zaštitu potrošača – ZZP), a osim njih još i u belgijskom, danskom i grčkom pravu. Nasuprot tome, njemačko, talijansko, holandsko, poljsko i švedsko pravo isključuju pravne osobe kao i član I.-1:105(1) Nacrta Zajedničkog referentnog okvira (NZRO)<sup>26</sup>.

U Francuskoj je zaštita potrošača u dobroj mjeri proširena i na poslovne subjekte koji zaključuju atipične ugovore.<sup>27</sup> Za razliku od francuskog, njemačko pravo je strogo čak i kada je riječ o poslovima u okviru započinjanja poslovne djelatnosti. Osobe koje nastupaju u slučajevima zasnivanja ekonomske ili samostalne djelatnosti smatraju se poslovnim subjektima po § 14. BGB.<sup>28</sup> S druge strane, član 1.(3) austrijskog ZZP, osobu koja zasniva poslovnu djelatnost tretira kao potrošača, a ne kao poslovni subjekt. Još jedna karakteristika njemačkog prava je i ta da zaposlenik može biti i potrošač u smislu § 13. BGB, a kada se predmet njegovog posla ne može pripisati samostalnoj ili privrednoj djelatnosti.

Uzimajući u obzir mješovite privatne i privredne poslove, član 1:201 *Acquis* principa, član I.-1:105(1) NZRO, kao i § 1.(1) švedskog Zakona o zaštiti potrošača iz 1990.

---

prepliće sa tipovima ugovora: član 3.(1)(a) Codice del consumo i § 13. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Engleski prijevod BGB se može pronaći na [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb).

<sup>26</sup> NZRO je veoma detaljan tekst, sličan zakonu (s komentarima na svako pravilo ima više od 6.500 stranica u 6 volumena), pripremljen od strane evropskih akademskih radnika koji pokriva, *inter alia*, ugovorno pravo, deliktno pravo i pitanja prava pokretne imovine. Namijenjeno je da bude "vodič ili alat u rukama zakonodavaca". Ch. von Bar and E. Clive, eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, puno izdanje, pripremljeno od strane studentske grupe koja se bavi Evropskim civilnim zakonikom i istraživačke grupe koja se bavi privatnim pravom EU (Acquis Group), koje je dijelom zasnovano i na prečišćenoj verziji Principles of European Contract Law, (Minhen, Sellier, 2009); online izdanje se može pronaći na: [http://EZ.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://EZ.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

<sup>27</sup> Cour de Cassation, Cass. civ. 1er (5. Mart 2002), Bull. civ. IV, no 78, 60; uklanjanje neprofesionalaca u pravu EU, slučaj Evropskog suda 361/89 – Di Pinto [1991] ECR I-1189.

<sup>28</sup> BGH 24. februar 2005, BGHZ 162, 253; isto vrijedi i za član 15–17. Uredbe Brisel I, slučaj Evropskog suda C-269/95 – Benincasa [1997] ECR I-3767.

<sup>23</sup> Vidi H. Rösler, 'Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon', *Europarecht (EuR)*, (2008), str. 800.

<sup>24</sup> Npr. član 2.(c) Direktive o nepravilnim ugovornim odredbama.

<sup>25</sup> Npr. član 7:5(1) Burgerlijk Wetboek; definicija potrošača se



(Konsumentkoplage) sadrže objašnjenje: ugovori koji se između poslovnih subjekata i potrošača sklapaju većinski u privatne svrhe, također su obuhvaćeni. U ovim slučajevima njemački sudovi određuju koja svrha preovladava.<sup>29</sup> Pravo EU ovdje ne može puno pomoći. EU zakonodavstvo se nije moglo složiti oko uključivanja poslova koji su dijelom zaključeni u privrednu svrhu u Direktivu o prodaji robe široke potrošnje.<sup>30</sup> Samo član 9.(b)(ii) Direktive o odgovornosti za proizvod s nedostatkom spominje kriterij glavne upotrebe. Poređenja radi, Brisel I nalaže da trgovinska ili profesionalna svrha bude tako ograničena da je zanemariva u cjelokupnom kontekstu.<sup>31</sup>

### 3.3. Integracija ili samostalni pristup implementaciji?

Danas je pravo zaštite potrošača sastavni dio privatnog prava. U skladu s tim, njegova pozicija u centralnoj kodifikaciji je sistemski logična. NZRO, Burgerlijk Wetboek (BW) i Njemački građanski zakonik (BGB) potvrđuju da integracija ne vodi nužno ka 'nedosljednosti sistema'. Od 2000. i 2002. godine posljednje navedeni sadrži gotovo sve potrošačke odredbe.<sup>32</sup> Prije toga je zaštita potrošača bila kodificirana u velikom broju posebnih zakona. Ova višestruka priroda je započela već u 1894. sa zakonom koji je regulisao prodaju na rate, a glavni razlog je bio strah od narušavanja cjelovitog koncepta jednakosti i samoodređenja svih pojedinaca u BGB-u. Međutim, ova briga je neosnovana. Pored pravnih odnosa među građanima, modernizirani BGB ne samo da uređuje privredne poslove (business-to-business, B2B, kao dodatak komercijalnom pravu u Trgovačkom zakoniku (*Handelsgesetzbuch* (HGB))) nego i posebne potrošačke poslove (business-to-consumer, B2C) na jedan sistematično dosljedan način.

Nema potrebe za ponovnim osmišljavanjem prava u pogledu zaštite potrošača. Opšte privatno pravo može se prilagoditi kako bi odgovorilo zahtjevima potrošača za višim nivoom zaštite, te može biti specijalizovano na odgovarajući način. Zajedno s jasnijom vidljivošću prava zaštite potrošača, integracijski pristup ima i druge prednosti i to: omogućava pravno pojednostavljenje u poređenju s većinski izolovanim pojedinačnim zakonima, sprečava preklapanja, te jača pravnu sigurnost i efikasnost. Osim toga, integracija unapređuje naučno razjašnjenje prema pravu koje reguliše mane volje, povrede obaveze pružanja informacije iz nehata i prema (drugim) odredbama koje štite slabije pojedince.

S druge strane, trenutni zakoni o zaštiti potrošača ne mogu ništa uraditi bez pozivanja na glavni zakonik.

Tako je C. Cons. iz 1993. godine zbirni zakon. U manjem procentu ovo se odnosi i na *Codice del consumo* iz 2005. godine (koji takođe regulišu prodaju potrošačke robe) i na austrijski KSchG iz 1979. godine (međutim, prodaja potrošačkih dobara se uglavnom nalazi u ABGB). C. Cons kombinira postojeća pravila zaštite potrošača kao *codification administrative*. To objašnjava zašto su prethodno spomenute različite definicije potrošača bile samo prenošene dalje. Takvi potrošački zakoni su kompromis između potpunog priznavanja u glavnoj kodifikaciji i (formalne) fragmentacije. Ovo posljednje je karakteristika engleskog prava sa svojim pristupom nadogradnje ("bolt on" pristup). Tako su ovdje Uredbe o nepravničnim odredbama u potrošačkim ugovorima iz 1994. (kasnije 1999.) jednostavno dodane Zakonu o nepravničnim ugovornim odredbama iz 1977., kako bi se implementirala Direktiva 93/13/EEC. Ipak, Zakon o prodaji dobara iz 1979. i druga dva zakona su aktuelizirani da bi se provela Direktiva 1999/44/EZ.

Sve u svemu, razlika između prava zaštite potrošača EU i zemalja članica je i dalje jasno vidljiva, i pored odlučujućeg uticaja EU kao glavne pokretačke snage.<sup>33</sup> Nažalost, potrošački zakoni nisu doveli do većeg stepena unifikacije, što je dijelom povezano i s nedostatkom (horizontalne) međusobne povezanosti prava EU. Upravo zbog toga bi jedna panevropska direktiva, uredba ili model o zaštiti potrošača bila jako dobra vodilja do zgušnjavanja prava EU u pogledu kako sadržaja, tako i pravne sigurnosti za sve uključene strane.

## 4. Koncept zaštite

### 4.1. Informacijski model i drugi instrumenti

Velika snaga potrošača da utiču na tržišni sistem gubi se kada su osnovne informacije nepotpune ili netačne. Informisani potrošači se ne postavljaju kao suparnici komercijalnoj strani, nego više, a kako je naglašeno u ekonomskoj teoriji informacije, kao partneri u tržišnom procesu. Konkurencija kvalitete i cijena biva unaprijeđena (naročito na liberalnim tržištima) povećanjem transparentnosti i autonomije, npr. ohrabrivanjem promjena u ustaljenim šablonima potrošnje, dobavljača, brandova i cijena u korist potrošača. Ovo je korisno i za pouzdane tržišne igrače, a zbog pravednije konkurencije i za potrošače. Upravo zbog toga pouzdane informacije i ozbiljna praksa distribucije istih moraju na prvom mjestu biti osigurane na poštenoj trgovinskoj praksi.

U direktivama koje se odnose na pravo zaštite potrošača, EU stavlja važan naglasak na davanje informacija, npr. u turizmu ili pravu *timesharinga*. Zbog toga se i princip minimalne ili proporcionalne intervencije i primjenjuje u korist dobro informisanih potrošača. Ali u svjetlu

<sup>29</sup> OLG Celle, NJW-RR 2004, 1645.

<sup>30</sup> Koji je sugeriran u Evropskoj komisiji, COM(95) 520 final.

<sup>31</sup> Vidi slučaj Evropskog suda C-464/01 – Gruber [2005] ECR I-439.

<sup>32</sup> Primarno §§ 13., 241a, 310.(3), 312. i dalje, 355. i dalje, 474. i dalje, 481. i dalje, 491. i dalje, 499. i dalje, 505., 506., 661.a BGB.

<sup>33</sup> J. Basedow, 'Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid', 9 *European Review of Private Law* (ERPL), (2001), str. 35.

kompleksnosti i nesimetričnosti, potrebni su dalji ugovorni instrumenti koji sadrže i veće sužavanje principa *pacta sunt servanda*. Primjeri za ovo su pravo na opoziv zasnovano na uslovima prilikom zaključivanja ugovora, vrsti ugovora ili na udaljenosti između ugovornih strana kao što je sadržano i u direktivama koje se odnose na zaključenje ugovora van poslovnih prostorija, *timesharing*, kao i u nešto skorijim direktivama o potrošačkom kreditu i u dvije direktive koje se odnose na prodaju na daljinu. Evropeiziranje centralnih područja civilnog prava, sudska kontrola uslova u različitim vrstama ugovora i direktive o prodaji potrošačke robe i garancijama sa svojim brojnim pravilima poluimperativne prirode od ključnog su značaja. EU sve navedeno bazira upravo na potrebi za povećanjem potrošačkog povjerenja u unutrašnje tržište.<sup>34</sup>

Samo tanka linija dijeli odgovarajuću zaštitu od patronata i prevelikog regulisanja. U bilo kojem slučaju, evropski potrošač kao pojedinac ostaje fikcija, npr. u pogledu različitog iskustva, obrazovanja i intelekta. Glavni cilj Evropske unije je promovirati efikasnu slobodu izbora putem informacija i stvoriti prostor za donošenje odluka kroz širenje granica tržišta. Temeljni slučaj Evropskog suda pravde (ECJ)<sup>35</sup> *Cassis de Dijon* razjašnjava ovaj drugi temelj potrošačkog prava: onemogućava pretjeranu predostrožnu zaštitu potrošača zemlje članice, a u korist implementacije slobodnog kretanja robe (članovi 34.–36. UFEU).<sup>36</sup>

Kako bi se utvrdila povreda prava konkurencije i žiga, fer konkurencije i prava o zaštitnom znaku, u obzir se mora uzeti i pretpostavljena percepcija prosječnog potrošača robe ili korisnika usluga. Standard je razumno dobro informisan, razumno obazriv i oprezan potrošač.<sup>37</sup> U obzir se mogu uzeti i društvene, kulturološke i jezičke okolnosti.<sup>38</sup>

#### 4.2. Pravna koherentnost i reforma

Prvi (neobavezujući) potrošački program iz 1975. već je prepoznao potrošačke interese koji se tiču zdravstvene zaštite, zaštite ekonomskih interesa, informisanja i samoorganizacije. S Ugovorom iz Maastrichta ovaj koncept je pronašao svoj put do primarnog prava (član 169.(1) UFEU). Ipak i EU pravo zaštite potrošača, koje se razvijalo u nekoliko faza od 1980-ih, nedosljedno je i fragmentarno.<sup>39</sup>

Dijelom zasnovano na kompromisu, ovo pravo ističe područja pojedinačnih problema u različitim potrošačkim ugovorima. Standardizacija koncepata, obaveze informisanja, pravo na opoziv, formalni zahtjevi itd., bili bi poželjni. Evropska komisija je, na temelju Zelene knjige o provjeri potrošačkog *acquisa*<sup>40</sup>, težila sveobuhvatnoj konsolidaciji i reformi prethodno spomenutih direktiva 85/577/EEC, 93/13/EEC, 97/7/EZ i 1999/44/EZ u jednu direktivu o potrošačkom pravu.<sup>41</sup>

Upitno je da li je prvobitno željena promjena od minimalne do maksimalne harmonizacije generalno pravi pristup. Ono što je nepobitno je da su direktive o prodaji finansijskih usluga na daljinu, o nepravilnoj trgovinskoj praksi ili nova direktiva o potrošačkom kreditu već odstupile od opisanog principa minimalne harmonizacije. Međutim, dio IV (potrošačka prodaja i garancije) i dio V (nepravilne ugovorne odredbe) prvobitnog prijedloga vodili bi do smanjenja stepena zaštite, te do "zabetoniranja" potrošačkog prava.<sup>42</sup> Zakonodavac je zbog toga isključio ova poglavlja. Direktiva o pravima potrošača koja je usvojena u oktobru 2011.<sup>43</sup> slijedi samo djelimičnu maksimalnu harmonizaciju. Ovo je slučaj kod informacija za potrošače i prava na opoziv ugovora na daljinu i ugovora zaključenih van poslovnih prostorija. Implementirane odredbe nove direktive primjenjuju se na ugovore zaključene poslije 13. juna 2014.

### 5. Prodaja potrošačke robe kao primjer

#### 5.1. Pozadina

U cilju jačanja povjerenja evropskih potrošača u unutrašnje tržište, Direktiva o prodaji robe široke potrošnje 1999/44/EZ harmonizira nabavku dobara od komercijalnih prodavača za privatne svrhe.<sup>44</sup> Direktiva, za koju je period transpozicije završio 1. januara 2002., oblikuje odgovornost prodavača u državama članicama, uspostavljajući zajednički minimalni standard za dobrobit potrošača.<sup>45</sup> Potrošač bi trebao biti u mogućnosti da profitira uslijed povećane raznovrsnosti ponude koja je nastala zbog otvorenog tržišta

Faktoren, *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRV)*, (2005), str. 134.

<sup>40</sup> Evropska komisija, COM(2006) 744 final.

<sup>41</sup> COM (2008) 614 final.

<sup>42</sup> H.-W. Micklitz, N. Reich, 'Cronica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a "Directive on consumer rights"', 46 *Common Market Law Review (CML Rev.)*, (2009), str. 471; G. Howells, R. Schulze eds., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, (Minhen, Sellier, 2009).

<sup>43</sup> Direktiva 2011/83/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača, dopunjavajući Direktivu Vijeća broj 93/13/EEZ i Direktivu Vijeća i Evropskog parlamenta broj 1999/44/EZ, a ukidajući Direktive 85/577/EEZ i 97/7/EZ, OJ (Službeni glasnik Evropske unije) 2011 L 304/64.

<sup>44</sup> Vidi C. M. Bianca, S. Grundmann, eds., *EU Sales Directive – Commentary*, (2002).

<sup>45</sup> Principi minimalne harmonizacije, član 8.(2).

<sup>34</sup> Npr. recital 5 Direktive o prodaji robe široke potrošnje.

<sup>35</sup> O važnosti suda osnovanog u Luksemburgu vidi u H.-W. Micklitz, B. de Witte, eds., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, (Mortsel, Intersentia, 2012); H. Rösler, *Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*, (Tübingen, Mohr Siebeck, 2012).

<sup>36</sup> Slučaj Evropskog suda 120/78 – *Cassis de Dijon* [1979] ECR 649; u vezi s modelom informisanja i slučaj C-362/88 – *GBINNO-BM* [1990] ECR I-667.

<sup>37</sup> ECJ slučaj C-210/96 – *Gut Springenheide* [1998] ECR I-4657.

<sup>38</sup> ECJ slučaj C-220/98 – *Estee Lauder* [2000] ECR I-117 para 29; recital 18 Direktive 2005/29/EZ.

<sup>39</sup> Vidi i H. Rösler, '30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa – rechtsvergleichende, programmatische und institutionelle

i unaprijedenog saobraćaja i komunikacija na velikim udaljenostima. Paradigma direktive je informisan potrošač koji egzistira unutar Unije, koristi svoja osnovna prava i slobode i na bazi toga zahtijeva odgovarajuću zaštitu – neovisno od toga u kojoj od zemalja članica se prodaja izvrši. Slijedeći ustaljenu praksu u pogledu direktiva za zaštitu prava potrošača, čak i čisto nacionalni ugovori su unutar područja primjene.

Cilj direktive 1999/44/EZ o pojedinim aspektima prodaje robe široke potrošnje i pripadajućih garancija nije samo zaštititi ekonomske interese koji se tiču najvažnijih potrošačkih ugovora. Dodatno se povećava kvalitet i sigurnost proizvoda osiguranjem legitimnih potrošačkih očekivanja. Suprotno Direktivi 93/13/EEZ koja se tiče nepravičnih odredbi ugovora, Direktiva o prodaji potrošačke robe nije oslabljena s indikativnom ‘sivom’ listom u aneksu. Kao dosad najvažnija direktiva u privatnom pravu, Direktiva 1999/44/EZ sadrži opsežna obavezujuća pravila i revolucionarna je za evropsko privatno pravo. S obzirom na to da isto važi i za Konvenciju Ujedinjenih naroda o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija)<sup>46</sup>, tj. jednoobrazno pravo prodaje za 78 zemalja širom svijeta<sup>47</sup> (uključujući i 23 od 27 zemalja članica<sup>48</sup>), paralele koje su iznenađujuće zbog različitih područja primjene<sup>49</sup> bit će naglašene u slijedećim dijelovima.<sup>50</sup>

## 5.2. Poređenje sadržaja s UN pravom prodaje

Personalno područje primjene je definisano pojmovima potrošača i komercijalnog prodavača. Ovi pojmovi su u skladu s opštom definicijom potrošača i njegove suprotne

strane.<sup>51</sup> Stvarno područje primjene obuhvata ugovore o prodaji i ugovore za isporuku robe široke potrošnje koja treba biti izrađena ili proizvedena (članovi 1.(4), 2.(3), 3.; slično poistovjećivanje dva ugovora: član 3.(1) Bečke konvencije). Uzimajući u obzir pitanje predmeta ugovora, npr. “potrošačka dobra”, član 1.(2)(b) samo uopšteno govori o materijalnoj pokretnoj imovini (kao § 90. BGB). Isključena su dobra koja su prodana izvršenjem ili na neki drugi način od strane pravnog autoriteta kao i voda i plin tamo gdje nisu stavljeni u prodaju u ograničenom volumenu ili drugoj mjeri količine (ponovo u skladu s članom 2.(c) i (f) Bečke konvencije).

Ključni koncept za prodavačku odgovornost jeste “usklađenost (robe široke potrošnje) s ugovorom”. Recital 7 precizno određuje da usklađenost s ugovorom služi kao uobičajeni osnovni element za različite pravne tradicije. S puno više detalja zelena knjiga o garancijama potrošačke robe i uslugama poslije prodaje,<sup>52</sup> objašnjava zašto je posebna pažnja usmjerena na holandsko<sup>53</sup>, nordijsko i englesko pravo. Nadalje, sve paralele s Bečkom konvencijom su promišljene i namjerne. Ovo nije slučaj samo kod jedinstvenog koncepta “povrede ugovora” (ne pravi se razlika s obzirom na tipove povrede), nego i za sve vezane detalje.

Da bi se procijenila usklađenost s ugovorom, izričiti dogovor stranaka ima prioritet u odnosu na generalno postavljene uslove za robu. Ako takav dogovor ne postoji, usklađenost dobara se pretpostavlja, što olakšava dokazivanje na sudu, ukoliko su slijedeći uslovi iz člana 2(2) kumulativno ispunjeni. Ovo je slučaj kada roba odgovara opisu datom od strane prodavača ili kada je u skladu s datim uzorkom ili modelom (a) ili su prikladni za svaku svrhu za koju su potrošaču potrebni, što je objasnio trgovcu i na što je trgovac pristao (b).<sup>54</sup> Objektivno gledano, usklađenost dobara se pretpostavlja ako odgovara namjeni koju roba istog tipa obično ima (c) ili ako je vidljivo da posjeduje kvalitet i funkcionalnost koji su uobičajeni za robu istog tipa i koje potrošač razumno može očekivati (d).

Ovo je potpuno identično članu 35.(2) Bečke konvencije. Bečka konvencija, ipak, ukazuje i na vrijeme prelaska rizika, dok se direktiva odnosi na vrijeme “dostavljanja” robe. Dodatno Direktiva sadrži i dvije nove odredbe. Prvo, usklađenost može biti određena oglašavanjem ili označavanjem proizvoda od strane proizvođača ili njegovog predstavnika (član 2.(2)(d) i (4). Direktiva 1999/44/EZ), pri čemu oglašavanje mora biti ozbiljno i vezano za predmet. Drugo, kupcu je dozvoljeno da se žali zbog nedostatka usklađenosti koja je nastala zbog nepravilne instalacije ili zbog propusta u uputstvu vezanom za instalaciju.<sup>55</sup>

<sup>46</sup> Vidi H. Rösler, E. Rabel, ‘E a sua influência sobre um direito mundial dos contratos, Meritum’, 3 *Revista de Direito da FCH/FUMEC*, No. 1, (2008), str. 5 (prijevod Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs, Ernst Rabel – Werk- und Wirkgeschichte, 70 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, (2006), str. 793).

<sup>47</sup> Vidi [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

<sup>48</sup> Bečka konvencija nije ratificirana od strane Portugala, Irske i Velike Britanije.

<sup>49</sup> Prema članu 1.(1) Bečka konvencija se odnosi na ugovore prodaje robe između stranaka čija su mjesta poslovanja u različitim državama: (a) kada su države ugovorne države ili (b) kada pravila međunarodnog privatnog prava vode do primjene prava u ugovornim državama. Konvencija se ne odnosi na prodaju robe kupljene za ličnu, porodičnu ili kućnu upotrebu ukoliko prodavač prije ili u vrijeme zaključivanja ugovora nije znao niti trebao znati da je roba kupljena za takvu upotrebu (član 2.(a) Bečke konvencije).

<sup>50</sup> Vidi S. Grundmann, ‘Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?’, 14 *European Business Law Review (EBLR)*, (2003), str. 237; J. Basedow, ‘Freedom of Contract in the European Union’, 16 *ERPL*, (2008), str. 901; S. Troiano, ‘The CISG’s Impact on EU Legislation’, *Internationales Handelsrecht*, (2008), str. 221; takođe H.-W. Micklitz, ‘An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Compliment?’, *European Business Law Review (EBLR)*, (2002) str. 583.

<sup>51</sup> Član 1.(2)(a) i (c) Direktive 1999/44/EZ.

<sup>52</sup> Evropska komisija, COM(93) 509 final.

<sup>53</sup> Član 7:17 Burgerlijk Wetboek.

<sup>54</sup> Izuzetak u članu 35.(2)(b) zbog nedostatka pouzdanosti ili zbog nerazumnosti pouzdanja u vještine prodavca i procjenu nije usvojen.

<sup>55</sup> Tzv. IKEA klauzula u članu 2.(5.) Direktiva 1999/44/EZ.

Direktivi nedostaje odredba vezana za neodgovarajuće pakovanje kao u članu 35.(2)(d) Bečke konvencije.

U slučaju da roba ne zadovolji uslove, na raspolaganju je sistem pravnih sredstava u dva koraka gdje svaki od koraka sadrži po dva pravna sredstva. Na prvom mjestu član 3.(2), (3) daje pravo potrošaču samo na dopunsko ispunjenje, npr. popravku ili zamjenu u razumnom vremenskom roku bez značajnih neugodnosti.<sup>56</sup> Međutim, sloboda izbora potrošača je ograničena mogućnošću da prodavac odbije jedno od dva pravna sredstva zbog neproporcionalnosti (troškova) ili nemogućnosti (član 49. Bečke konvencije).

Međutim, ovaj drugi korak ima jako visok prag. Mora biti nemoguće ili nerazumno da se roba dovede u zadovoljavajuće stanje popravkom ili zamjenom ili je prodavac propustio da u razumnom vremenskom roku robu vrati u stanje usklađenosti. Ukoliko je to slučaj, potrošač ima pravo na odgovarajuće sniženje cijene (član 3.(5)). Ako nedostatak usklađenosti nije neznatan, potrošač ima pravo raskinuti ugovor, što rezultira potencijalno komplikovanim procesom raskida (član 3.(6)). Kao i u Bečkoj konvenciji (član 49.), i Direktiva je zbog toga bazirana na ideji smanjenja troškova kroz produženje ugovora. Međutim, Direktiva ne zahtijeva od kupca da daje dodatno vrijeme prodavcu, čime se ističe razlika u odnosu na član 47. Bečke konvencije i § 323. BGB.

Nadalje, Direktiva određuje rok od dvije godine od trenutka dostavljanja robe potrošaču, u kojem je prodavac odgovoran potrošaču za bilo koji nedostatak usklađenosti (član 5.(1)). Ako nedostatak usklađenosti postane vidljiv unutar perioda od šest mjeseci od dostave, pretpostavlja se da je postojao u trenutku dostave robe. Ovo pravilo, koje je nepoznato u Bečkoj konvenciji, djelomično vodi računa o visokoj tehnološkoj kvaliteti potrošačkih dobara. U ostalih 18 mjeseci, potrošač mora, u skladu s konkretnim nacionalnim pravom, dokazati nedostatak usklađenosti. Međutim, do pomjeranja tereta dokazivanja u početnih šest mjeseci neće doći ukoliko je pretpostavka o neusklađenosti suprotna samoj prirodi robe ili prirodi nedostatka usklađenosti (član 5.(3)). Za razliku od trgovačkog prava, ovdje potrošač nema obavezu da provjerava robu. Ali ukoliko je u vrijeme ugovaranja potrošač znao ili razumno nije mogao ne znati za neusklađenost, prodavac je oslobođen bilo kakve odgovornosti (član 2.(3) – uporedivo s članom 35.(3) Bečke konvencije).

Osim toga, član 6. Direktive propisuje transparentnost i odgovornost za garancije koje izdaje prodavac. Ove garancije se trebaju razlikovati od onih koje su plaćene ili date od strane trećeg lica (npr. osiguravatelja). Uključene su samo one garancije koje, bez dodatnog plaćanja, obećavaju povrat novca ili zamjenu, popravku ili postupiti s robom na drugi način (član 1.(2)(e)). Garancija je obavezujuća za davaoca garancije u skladu s izjavom o garanciji i vezanim

oglašavanjem (član 6.(1)). Garancija mora da navede sadržaj garancije, vrijeme trajanja i teritorijalno područje primjene kao i ime i adresu davaoca garancije na jasnom i razumljivom jeziku. Dodatno mora biti istaknuto i da se time ne utiče na zakonska prava (član 6.(2)). Garancija mora biti dostupna i u pisanoj formi ako to potrošač zahtijeva. Da bi se spriječila izbjegavanja prava, garancije su obavezujuće čak i kada ne zadovolje ove zahtjeve (član 6.(5)). Sankcije su moguće i drugim sredstvima osim onih propisanih Direktivom – naročito poštujući pravo B2C nepravične trgovinske prakse.

Dodatno se mora analizirati zahtjev transparentnosti iz člana 5. Direktive o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima (Direktiva 93/13/EEZ). Ugovorni uslovi ili sporazumi koji su u suprotnosti s potrošačkim pravima datim Direktivom, nisu obavezujući za potrošača (član 7.(1)1.). Dijelom zbog zahtjeva njemačke vlade, države članice mogu uvesti kraći period odgovornosti za second-hand robu, ali ovaj period ne smije biti kraći od jedne godine (član 7.(1)2. i 3. kao i § 475.(2) BGB). Zbog toga direktiva za second-hand robu u potrošačke ugovore unosi minimalnu odgovornost od jedne godine. Zbog toga je prodaja “kupi kakvo vidiš” npr. polovnih auta, nemoguća. Ovaj nepromjenjiv minimum odgovornosti je predmet kritike, posebno od strane njemačkih autora koji ga nazivaju pretjeranim protekcionizmom koji narušava slobodu ugovaranja.

Konačno, član 4. Direktive čak utiče i na trgovinske odnose između prodavača i proizvođača, trgovaca na veliko i uvoznika. Konačni prodavac može, ukoliko je nedostatak usklađenosti nastao zbog posrednika ili proizvođača, koristiti pravna sredstva protiv osobe odgovorne u ugovornom lancu. Ova pravna sredstva su u skladu s nacionalnim propisima, a recital 9 izričito naglašava privrženost slobodi ugovaranja u ovom slučaju. Član 4. iz ranijih nacrti ostaje sa širim ambicijama. Među ostalim, ni tzv. *action directe*, koja bi omogućila potrošaču da uloži pravna sredstva direktno protiv proizvođača slijedeći time francuski model, nije uvrštena u Direktivu.<sup>57</sup> Osim toga, član 7.(2) Direktive 1999/44/EZ sadrži uobičajenu klauzulu privatnog međunarodnog prava koja štiti potrošača od nedostataka koji mogu nastati izborom prava države nečlanice. Konačno, direktiva spada područje u primjene Direktive 98/27/EZ o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača.

### 5.3. Različita implementacija

Parcijalna harmonizacija takvog centralnog područja kao što je ugovorna odgovornost ima značajan uticaj na obligaciono pravo. Činjenica da je Direktiva nastala uprkos važnosti te oblasti za nacionalnu pravnu kulturu pokazuje postignuti stepen pravne integracije, koja je prije bila ograničena samo na pojedine ugovore kao što su ugovori zaključeni van poslovnih prostorija ili ugovori na

<sup>56</sup> Ovo je razlog zašto je englesko pravo moralo da dozvoli posebno izvršenje ugovora 48E(2) Zakona o prodaji robe 1979.

<sup>57</sup> Odstupanje od Green Paper, str. 112.

daljinu. Uticaj Direktive je dodatno naglašen i mišljenjem njemačkog zakonodavstva, koje sebe smatra nepodesnim za implementaciju Direktive kroz posebnu i djelimičnu legislativu. Zajedno s implementacijom Direktive 2000/35/EZ o kasnom plaćanju i Direktive 2000/31/EZ o elektronskoj trgovini, Direktiva o potrošačkim pravima je dovela do dalekosežne modernizacije obligacionog prava (*Schuldrechtsmodernisierung*).<sup>58</sup>

Tačno je da novi §§ 474.–479. BGB sa svojim posebnim pravilima o potrošačkim ugovorima, predstavlja “evropsko ostrvo” u okviru njemačkog zakonika. Međutim, značajan broj odredbi proširen je na područja u kojim njemačko pravo nije imalo obavezu da se mijenja. Ovo je posebno tačno za ugovornu usklađenost u članu 2. i pravna sredstva u članu 3., prateći koje je § 433.(1) BGB odustao od doktrine odgovornosti i sada se generalno oslanja na doktrinu da se izvršenje dužuje. Njemačko pravo prodaje tako slijedi model uspostavljen članom 2.(1) Direktive, članom 35.(1) Bečke konvencije i u *common law* sistemima. Dodatno, njemačko pravo povrede ugovora o prodaji je široko integrisano u opšte odredbe povrede ugovora. Ostatak zemalja članica odlučio se u korist rješenja malih razmjera, uvodeći odredbe posebnog potrošačkog prava prodaje koje su primjenjive samo na određene ugovore u klasično pravo prodaje.

Čak i u oblasti potrošačke prodaje, implementacija država članica u velikom broju slučajeva odstupa od Direktive. Kao kompromis, četiri odstupanja su određena kao dopuštena. Većina implementacija koristi prethodno spomenuti član 7.(1)2., koji dozvoljava skraćenje roka za second-hand prodaje.<sup>59</sup> Slično, više od polovine država članica opterećuje potrošača fakultativnom obavezom da informiše prodavača o neusklađenosti u skraćenom vremenskom okviru. Danska, Finska, Italija, Holandija, Poljska i Švedska odlučile su da uvedu ovu obavezu obavještenja koja je data u članu 5.(2).

Jednako popularna je i opcija data u članu 6.(4) (koja potiče iz propisa o označavanju hrane), a koja državama članicama daje pravo da zahtijevaju da garancije budu sačinjene na određenom jeziku. Na primjer, ova opcija je prerasla u zakon u članu 15.(5) engleske Uredbe o prodaji i opskrbljivanju robom iz 2002. godine. Konačno, nekoliko pravnih sistema iskoristilo je član 1(3), koji je uveden tokom britanskog predsjedanja Vijećem, da izuzme javne aukcije iz djelokruga Direktive.<sup>60</sup>

Minimalna harmonizacija, koja omogućava viši stepen nacionalne zaštite potrošača, vodi do daljih razlika u implementaciji. U Finskoj pravo zastarijeva za tri godine, a u Engleskoj i Irskoj za šest godina. Značajna odstupanja se mogu primijetiti i u pitanjima ugovorne usklađenosti i vremenu dostave.<sup>61</sup>

Sličnosti s Bečkom konvencijom su bile s namjerom da se državama članicama naglasi prihvatljivost dalje evropeizacije ugovornog prava, upravo slijedeći model Bečke konvencije. To se i ostvarilo npr. u Njemačkoj (pogledati iznad), Grčkoj (članovi 534. i dalje CC), Austriji (§§ 922. i dalje ABGB) i Mađarskoj (posebno §§ 305. i dalje CC). Ipak, većina zemalja se odlučila za minimalnu implementaciju. Dakle, očekivanja za generalizacijom Direktive su samo djelimično ispunjena.

#### 5.4. Evaluacija

Direktiva ne daje individualno i kompletno potrošačko pravo prodaje, nego se bazira na minimum zaštite od nedostataka, te na zahtjeve za informacijama u pogledu garancija. Kao rezultat različitih pravnih tradicija, važna pravna područja su ostala neharmonizirana. Samo sklapanje ugovora je izostavljeno.<sup>62</sup> Jednako neobrađena su ostala i pitanja prelaska rizika, odgoda ili prekid zastare, te primarna i sekundarna šteta za nedostatke, kao i druge štete. Nedostatak pravila o posljedicama štete je veliki nedostatak naročito kad se poredi s članovima 74.–77. Bečke konvencije, koji obezbjeđuju odgovornost bez obzira na to da li je riječ o nemaru ili namjernoj povredi ugovora.

Zbog toga je pravo najčešćih poslova građana EU samo dijelom harmonizirano. Preciznije rečeno, pravna fragmentacija i iz nje rezultirajuće nesigurnosti su, bar u određenom stepenu, povećane. Cijena harmonizacije je nova nacionalna pravna kategorija u potrošačkom pravu prodaje, koje je uređeno zajedno s opštim pravom prodaje (kao u Italiji ili Velikoj Britaniji) ili je ograničeno samo na posebne slučajeve (kao u BGB). Prije implementacije, njemačko pravo, na primjer, nije sadržavalo nikakve posebne odredbe u ovom smislu, za razliku od holandskog<sup>63</sup>, irskog ili nordijskog prava.

Nacionalne razlike vezane za potrošačko pravo nisu, međutim, rezultat samo minimalne harmonizacije, koju je Evropska komisija htjela da ukine predloženom Direktivom o pravima potrošača.<sup>64</sup> Primarno su četiri opcije implementacije upitne. Razmotrimo, na primjer, fakultativnu obavezu o informisanju u roku od dva mjeseca počevši od trenutka saznanja za neusklađenosti. Ova odredba je donesena s ciljem da spriječi potrošača u zloupotrebi njegovih prava. Ipak obaveze obavještanja i

<sup>58</sup> R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives*, (Oxford, Oxford University Press, 2005) str. 159 i dalje.

<sup>59</sup> Ovo se koristi u članovima 9.(1)1. i 2. austrijskog KSchG; 1649.(1) belgijskog Code civil; 134.(2) Codice del consumo; § 475.(2) BGB; 9.(1)2. španskog Ley 23/2003, de garantias en la venta de bienes de consumo; i članu 17. švedskog Konsumentköplag.

<sup>60</sup> Vidi primjer § 474.(1)2 BGB, član L211.-2 Code de la consommation i § 12.(2) Zakon o nepravilnim odredbama ugovora iz 1977.

<sup>61</sup> Vidi Komunikacije o implementaciji COM (2007) 210 final.

<sup>62</sup> U suprotnosti s članovima 11.–24. Bečke konvencije.

<sup>63</sup> Član 7.1 Burgerlijk Wetboek, britanski Zakon o prodaji robe iz 1979. dopunjen sa Zakonom o prodaji i nabavci robe iz 1994.

<sup>64</sup> COM (2008) 614 kraj.

informisanja zagarantovane članovima 39.(1) CISG i § 377. HGB, rijetko su viđene van trgovinskog prava.<sup>65</sup> Relativno mala vrijednost potrošačkog zahtjeva ne opravdava ovu mjeru; prodavac je opterećen teškim teretom dokazivanja da je propustio obavijestiti potrošača (a samim tim i istekom roka u kome postoji odgovornost). I najvažnije, ova opcija je kontradiktorna svrsi harmonizacije unutrašnjeg tržišta i povećanja povjerenja potrošača, s obzirom na to da rezultira u stvaranju razlika.

Sve u svemu, direktiva sa svojim uglavnom poluobavezujućim pravilima i pomjeranjem tereta dokazivanja (u prvih šest mjeseci) je, ipak, podigla rizik od odgovornosti bez obzira na to da li se radi o propustu ili prevari. Svim ovim mjerama pravna pozicija evropskog potrošača nije unaprijeđena samo na međunarodnom planu. Nova pravila koja se odnose na oglašavanje, ugovorne garancije, pravna sredstva u ugovornom lancu kao i primarne popravke ili zamjene stvaraju moderan, funkcionalan i dobro izbalansiran sistem odgovornosti spreman za tržišnu stvarnost i prodaju industrijskih potrošačkih dobara.

Međutim, s ekonomske tačke gledišta postoje kritike koje smatraju da potrošač nije dovoljno ohrabren da primjenjuje pažnju, brigu i održavanje svoje robe u relativno dugom periodu prije nego zastara nastupi. Ipak, kada se temeljitije razmatra član 3.(1), nedostatak usklađenosti mora da postoji već u vremenu dostavljanja robe. Samim tim trajnost robe nije garantovana (recital 14). Kada sumiramo, sofisticirana direktiva zajedno s Bečkom konvencijom čini važnu osnovu za dalji razvoj evropskog ugovornog prava. Moglo bi se zaključiti i da uspješno usklađivanje dominira nad nedostacima.

Nadati se je da će sudovi upućivati slučajeve Sudu EU češće nego su to radili sa starijim direktivama. Evropski sud<sup>66</sup> je već odlučio da njemačke norme, koje uvode kompenzaciju za korištenje robe prije zamjene, nisu u skladu sa zahtjevima da ostvarivanje usklađenosti s ugovorom prema članu 3.(3)1 treba biti besplatno.<sup>67</sup>

## 6. Perspektiva: Opcioni instrument za B2C?

Fragmentiranje potrošačkog prava je nezadovoljavajuće, jer potrošačima i privrednicima otežava učestvovanje u prekograničnim transakcijama. Evropska komisija slijedi dvostruku strategiju. Nakon što je prvobitno dalekosežni prijedlog direktive o pravima potrošača propao kako je opisano,<sup>68</sup> trenutna debata se fokusira na opcionu instrument koji može biti izabran od samih ugovornih

strana.<sup>69</sup> Evropska komisija je tako predložila opcionu instrument pod nazivom Zajedničko evropsko pravo prodaje (ZEPP) u formi (direktno obavezujuće) uredbe.<sup>70</sup> Zasnovana je na spomenutom Zajedničkom referentnom okviru (NZRO)<sup>71</sup> i trenutnoj EU legislativi.<sup>72</sup> ZEPP bi prepustilo strankama, tj. potrošaču i privrednom licu<sup>73</sup> da "optiraju za"<sup>74</sup> primjenu ZEPP-a. Ovim dokumentom pokriveni su prodaja robe, nabavka digitalnih sadržaja i odredbe za povezane usluge.<sup>75</sup>

ZEPP bilo bi mnogo više od soft-law instrumenta s obzirom na to da bi bilo usvojeno od strane Evropskog parlamenta i Vijeća. Prema tome, nosilo bi zvanični pečat evropskog zakonodavca. Nadalje, Sud pravde bi bio nadležan. Ovaj članak ne ostavlja prostor za detaljnu evaluaciju ili za spekulacije o budućnosti Prijedloga Uredbe. Također, ne može se puno više reći osim da ZEPP sa svojih 200 članova predstavlja novinu i uzbudljiv projekat. ZEPP, koje bi se primjenjivalo paralelno s opisanim direktivama, moglo bi biti preteča jednog još šireg evropskog ugovornog prava, npr. koje bi uključivalo "opt out" pristup, primjenjivost na domaće ugovore, te proširenje obima materijalnog prava. Ipak, da li bi potrošači i privrednici zaista odabrali ZEPP, ostaje tek da se vidi.

<sup>69</sup> Vidi: za opcije reforme Evropsku komisiju, Zelena knjiga Komisije za opcije progresa prema evropskom ugovornom pravu za potrošače i poslovne subjekte, COM(2010)348 final; za evaluaciju vidi MPI studiju koju su uradili J. Basedow, et al., 'Policy Options for Progress towards a European Contract Law – Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final', 75 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (RabelsZ), (2011) str. 371; za soft-law instrument N. Reich, 'EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument, European Review of Contract Law' 8 (*ERCL*), (2012), str. 1; H. Rösler, 'Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, (2011), str. 1.

<sup>70</sup> Evropska komisija, Prijedlog uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje, COM(2011) 635 final.

<sup>71</sup> Fusnota 26.

<sup>72</sup> H. Eidenmüller, et al., "Towards a Revision of the Consumer Acquis", 48 *CML Rev.*, (2011), str. 1077., smatraju da je reforma trenutnog prava potrošača u EU neophodna.

<sup>73</sup> Član 7. Prijedloga ZEPP govori o posebnoj ulozi malih i srednjih preduzeća: "(1.) Zajedničko evropsko pravo prodaje će se primijeniti samo ako je prodavač dobara ili dobavljač digitalnog sadržaja trgovac. Ako su sve ugovorne strane trgovci, Zajedničko evropsko pravo prodaje će se primijeniti ako je bar jedna od tih ugovornih strana malo ili srednje preduzeće ("SME"). (2.) Za svrhu ove Uredbe, SME je trgovac koji (a) zapošljava manje od 250 osoba; i (b) ima godišnji prihod koji ne prelazi 50 miliona Eura ili čiji godišnji bilans stanja ne prelazi 43 miliona eura, ili ekvivalentni iznos u valuti države članice ili treće države, ukoliko je sjedište SME u državi u kojoj valuta nije euro, ili u trećoj zemlji.

<sup>74</sup> Bečka konvencija ima *opt-out* pristup.

<sup>75</sup> Član 3. Prijedloga ZEPP.

<sup>65</sup> Komisija je povukla odluku da uvede obavezu pregleda robe kao što je sadržano i u Bečkoj konvenciji i u TZ.

<sup>66</sup> Iz napomene njemačkog Saveznog vrhovnog suda *Bundesgerichtshof (BGH)*.

<sup>67</sup> ECJ slučaj C-404/06 – Quelle [2008] ECR I-2685; vidi i revidirani § 474.(2)1. BGB.

<sup>68</sup> Vidi gore odjeljak 4.2.; za reference za direktivu koje su usvojene vidi fusnotu 43.

Hannes Rösler

**Grundsätze des Verbraucherrechts der EU**

(Zusammenfassung)

*Gegenstand dieses Beitrags sind der Regelungsbereich, der Inhalt und die verschiedenen Aspekte des Verbraucherrechts der EU, das auf fast eine halbe Milliarde Einwohner in 28 Ländern Anwendung findet. Der Text erklärt die Systematik, das Zusammenspiel mit der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung sowie den Verbraucherbegriff bei Rechtsgeschäften. Der Schwerpunkt liegt auf dem Vertragsrecht, insbesondere dem Verbraucherkaufrecht, das mit dem UN-Kaufrecht verglichen wird.*

**Schlüsselwörter:** Verbraucherschutz, EU-Recht, Binnenmarkt, Vertragsrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Rechtsvergleichung

**Fundamentals of European Union Consumer Law**

Abstract

*The article explores the scope, content and different aspects of European Union consumer law that governs nearly half a billion citizens in 28 Member States. The following text explains the importance of systematic questions, the interplay with the Member States' law and the definition of a consumer in a legal transaction. The main focus is on contract law, in particular consumer sales law that gets compared to UN sales law.*

**Keywords:** consumer protection, European Union law, internal market, contract law, CISG, comparative law

## Redefinisanje sadržaja osnovnih međunarodnih radnopravnih standarda

Dr. Mehmed Hadžić\*

UDK: 331.07(100)  
349.2**Rezime**

*Autor u radu, nakon predstavljanja pojmovnog određenja i historijske geneze prava na rad, elaborira različite percepcije sadržaja prava na radu i u vezi s radom proizašle iz dvije deklaracije Međunarodne organizacije rada (MOR) i to: Deklaracije o osnovnim principima i pravima na radu iz 1998. godine i Deklaracije o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije iz 2008. godine. Namjera MOR-a bila je da Deklaracijom iz 1998. godine uspostavi minimalne radne standarde koji će se poštovati na globalnom nivou. Osnovni nedostatak ove deklaracije je taj što ona zanemaruje ekonomsko-socijalna prava radnika, te tako podupire neoliberalnu ideologiju u sferi radnih odnosa koja promovira slobodno tržište u kome se rad ponovo tretira kao roba. Uvidjevši "grešku" takve percepcije prava na radu i u vezi s radom, i posljedice koje ona sa sobom nosi u eri globalizacije u vidu fleksibilizacije nacionalnih tržišta rada, Deklaracijom MOR-a iz 2008. godine nastoji putem agende dostojanstvenog rada redefinisati osnovne međunarodne radnopravne standarde, te na taj način reafirmirati prava na radu i u vezi s radom vraćajući u njihovu sadržinu ekonomsko-socijalna prava, kao i zaštitu prije, tokom i nakon zaposlenja.*

**Ključne riječi:** pravo na rad, osnovni principi i prava na radu, fleksibilizacija tržišta rada, dostojanstveni rad

**Uvod**

Prava na radu i u vezi s radom, regulisana nacionalnim radnim zakonodavstvima, konstantno su bila, više ili manje, predmet preispitivanja u kojoj mjeri ona čine i doprinose socijalnoj sigurnosti osobe gdje ona sama snosi rizik zadovoljavanja svojih egzistencijalnih potreba. Naime, radni odnos je još uvijek dominantno osnovni izvor prihoda za radnike i članove njihovih porodica. Na tragu ove premise, u evropskom kontinentalnom sistemu radnih odnosa, uloga radnog zakonodavstva fokusirana je na zaštitu njihovog ekonomsko-socijalnog položaja. Ova zaštita se uobičajeno ostvarivala na dva nivoa. Prvi nivo je bila zakonska zaštita individualnih prava na radu i povodom rada poput: prava na pravni osnov zaposlenja, prava na plaću, prava na radno vrijeme, prava na odmore, prava na zaštitu na radu, prava na sigurnost zaposlenja itd. Ostvarivanje i zaštita u pogledu obima i razine ovih prava je omogućavana svim radnicima u radnom odnosu. Drugi nivo je bilo zakonsko regulisanje i zaštita kolektivnih prava na radu poput: slobode udruživanja, prava na kolektivno pregovaranje i kolektivno ugovaranje, prava na participaciju, prava na rješavanje kolektivnih radnih sporova, prava na štrajk i prava učešća u postupku donošenja autonomnih općih akata kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti na radu i u vezi s radom. Ostvarivanjem kolektivnih prava, radnicima organizovanim u njihova udruženja, omogućeno je da u direktnim pregovorima s poslodavcima i njihovim udruženjima kao i s nadležnim javnim vlastima, ako imaju ulogu poslodavaca, sklapaju

\* Viši asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

kolektivne ugovore i druge vrste sporazuma kojima se, u njihovom normativnom dijelu, proširuje obim i razina individualnih prava na radu i povodom rada.

Ostvarivanje naznačenih individualnih i kolektivnih radnih prava u zemljama Zapadne Evrope u punom kapacitetu se vezuje za period tzv. "fordizma" od kraja 2. svjetskog rata do početka 1980-ih godina kojeg karakteriše, kako navodi W. Streeck u njegovom briljantnom prikazu industrijskih odnosa danas, postojanje istinskog historijskog kompromisa između radnika koji su prihvatili privatno vlasništvo i zavisni rad i kompanija koje su naučile da žive s teškom, odnosno striktnom regulacijom radnih odnosa poštujući želju radnika za stabilnošću i sigurnošću, te posebno želju za zaštitu od hirovitosti samoregulirajućeg tržišta rada. Drugim riječima, prema W. Streecku, fordizam je nametnuo striktna ograničenja prema komodifikaciji rada, tj. njegovom pretvaranju u robu široke potrošnje, u ime, a što je prihvaćeno i od strane kapitalista, javnog interesa za socijalnim mirom i integracijom, što opravdava zahtjeve za svim vrstama političkih intervencija u ekonomiju.<sup>1</sup> Iako se propast "fordizma" pravdala neodrživošću dotadašnjeg načina rada povezanog s masovnom proizvodnjom dobara u koju je bio uključen veliki broj manuelnih radnika bez vještina, napuštanje socijalnog konsenzusa na državnom nivou koji je radnicima garantovao sigurnost, i uvođenje neoliberalne ideologije u svrhu jačanja konkurentnosti ekonomije na unutrašnjem i međunarodnom nivou dovelo je u pitanje ulogu radnog zakonodavstva. Ono više nije bilo garant uređenosti i stabilnosti radnih odnosa putem kojih se ostvaruje pravo na rad, nego je postalo prepreka ekonomskog razvoja. Deregulacijom radnog zakonodavstva pravo na rad počinje gubiti svoju supstancu kao ljudsko pravo polako se pretvarajući u ekonomsku kategoriju bez pravne zaštite podložnu samovolji poslodavaca. U nastavku će biti dat kratki prikaz historijskog razvoja prava na rad, te različite percepcije osnovnih međunarodnih radnopravnih standarda u deklaracijama Međunarodne organizacije rada iz 1998. i 2008. godine.

## 1. Historijski razvoj prava na rad

Pravo na rad uz slobodu rada i pravo rada predstavljaju osnovna načela koja su jedinstvena za sve radne odnose. Sloboda rada podrazumijeva slobodu izbora zanimanja i slobodu zasnivanja i raskidanja radnog odnosa, dok na strani poslodavca ona podrazumijeva slobodu u pogledu zasnivanja radnog odnosa. Pravo rada, koje u širem smislu supsumira slobodu rada, znači slobodu čovjeka da radi samostalno ili da zasnjuje radni odnos gdje hoće i s kim hoće.<sup>2</sup> Pravo na rad kako navodi S. Jašarević ukratko bi

se moglo definisati kao: mogućnost da svaki pojedinac slobodno izabranim ličnim radom u bezbjednoj i zdravoj radnoj okolini, obezbijedi socijalnu sigurnost i sigurnost svoje porodice.<sup>3</sup>

U tumačenju historijskog razvoja prava na rad kao ljudskog prava ide se čak do samih početaka, te se navodi da se pravo na rad prepoznaje kao interpretacija prava na život, odnosno pravo na život ne samo u smislu pravne zabrane ubijanja, nego u smislu pristupa dobrima potrebnim za život.<sup>4</sup> Koncept prava na rad bio je u zapadnoevropskim zemljama blizak utopijskoj liberalnoj filozofiji tokom sedamnaestog i osamnaestog stoljeća. Ovaj koncept, direktno inspirisan od strane protestantske etike, podrazumijevao je pravo na rad kao direktnu posljedicu i svrhu prava na život. Vitalni značaj koji je davan radu od strane protestantske etike vodio je neke zemlje da uspostave obavezu rada. Sistem uspostavljen Siromaškim zakonom u Engleskoj tokom šesnaestog stoljeća propisivao je prisilni rad.<sup>5</sup>

Pravo na rad kao ustavno načelo ima svoje korijene još u odredbama Francuskog ustava iz 1793, zatim su se o njemu vodile rasprave oko Francuskog ustava iz 1848. pa do njegovog proklamovanja u ustavima SSSR-a iz 1936, Ustava Vajmarske njemačke republike 1919, Republike Italije 1937. itd. Međunarodni značaj kao jedno od temeljnih ljudskih prava pravo na rad dobilo je njegovim ustanovljavanjem u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948. godine.<sup>6</sup>

Postoji kvalitativni i kvantitativni aspekt prava na rad. U pogledu kvalitativnog aspekta uloga države je da osigura ravnopravnost u pristupanju radu zakonskim mjerama. Oni koji budu uskraćeni za to pravo mogu tražiti njegovo

Gradašćević-Sijerčić, *Radno pravo* – drugo, novelirano i prošireno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005. str. 182–185.

<sup>3</sup> S. Jašarević, Socijalno-ekonomska prava u vezi sa radom u međunarodnim i evropskim standardima, *Radno i socijalno pravo – časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, godina XII, broj 1/08, Beograd 2008, str. 176 na str. 185. Pravo na rad je veoma kompleksno, obuhvata više "podprava" i sloboda: 1) slobodu izbora zanimanja i zaposlenja, 2) pravo na zaposlenje i samozaposlenje, 3) zabranu diskriminacije prilikom zapošljavanja, 4) pravo na zdrave i bezbjedne uslove rada, 5) sigurnost zaposlenja, 6) pomoć u slučaju nezaposlenosti, 7) zabranu prinudnog rada, 8) zabranu eksploatacije. Ibid. str. 185–186.

<sup>4</sup> M. C. Branco, The Right to Work and the Political Economy of Human Rights, *Documento de Trabalho*, Univesidade de Evora – departamento de economia, May br. 2006/08 str. 6–7.

<sup>5</sup> C. Vigneau, Freedom to choose occupation and right to engage in work (Article 15) u B. Bercusson et. al. *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety (ETUI-REHS); Nomos 2006. str. 171 na str. 179.

<sup>6</sup> "Svako ima pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na pravedne i povoljne uslove rada i na zaštitu od nezaposlenosti" (član 23 deklaracije).

<sup>1</sup> W. Streeck, *Industrial Relation Today: Reining in Flexibility*, MPIFG Working Paper 08/03, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne August 2008. str. 7.

<sup>2</sup> O slobodi rada i pravu rada vidjeti šire u: S. Dedić, J.



ostvarenje putem suda. Isti je slučaj i s eventualnim isplaćivanjem manjih plaća od zakonom zagarantovane.

Kvantitativni aspekt prava na rad je mnogo komplikovaniji. On bi podrazumijevao obavezu države da osigura poslove svim onim građanima koji su sposobni i koji žele posao, a ne mogu se zaposliti zbog toga što ekonomija u tom momentu ne zahtijeva više radne snage. Država ne može biti zakonski odgovorna da osigura pravo na rad, ali može biti politički odgovorna, odnosno ona je odgovorna pred glasačima, a ne pred sudom.<sup>7</sup> Zbog toga u normativnom smislu historijski gledano, izuzev neuspješnog iskustva 1848. u Francuskoj, pravo na rad nikad nije dostiglo pravno priznanje u bilo kojoj zapadnoevropskoj zemlji. Generalno se smatralo da pravo na rad ne daje subjektivno pravo individualnim osobama protiv države. Danas je ono visoko na hijerarhijskoj ljestvici normi, ali ne uspostavlja obavezu države da osigura posao individualnim osobama. Smatra se da je prisilno ostvarivanje prava na rad suprotno liberalnom društvu kojim upravlja privatna tržišna ekonomija.<sup>8</sup> Prema M. Risseu na temelju prava na rad može se jedino zahtijevati od države da ne opstruiše mogućnosti zapošljavanja u određenim slučajevima.<sup>9</sup> Neki teoretičari su smatrali da je u socijalističkim društvima država dužna da obezbijedi svim sposobnim građanima pravo na rad, a ako to ne uspije dužna je da im zbog toga naknadi štetu.<sup>10</sup>

Na nivou Evropske unije pravo na rad je propisano u Povelji Evropske unije o fundamentalnim pravima. Stav 1 člana 15. Povelje glasi: "Svako ima pravo da učestvuje (sudjeluje) u radu i da se bavi slobodno izabranim ili prihvaćenim zanimanjem" (prevod M. H.). Ova formulacija "svako ima pravo da učestvuje/sudjeluje u radu" prema mišljenju C. Vigneaua u solidarističkom smislu ima više liberalnu orijentaciju nego formulacija "pravo na rad". Ova formulacija u povelji čini se više preferira slobodu nego rad. Ona više cilja na postizanje slobodnog tržišta rada. Takođe, ovom formulacijom se potencira zaštita radnika samo u stadiju regrutiranja odnosno zapošljavanja za razliku od formulacije "pravo na rad" koja uključuje zaštitu prije, tokom i poslije trajanja radnog odnosa.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> M. C. Branco loc. cit. (fn. 4), str. 16.

<sup>8</sup> C. Vigneau, loc. cit. (fn. 5), str. 175.

<sup>9</sup> M. Risse, A Right to Work? A Right to Holidays with Pay? Labor Rights as Human Rights, *Faculty Research Working Papers Series*, Harvard University John F. Kennedy School of Government, December 2007 RWPO7-058 (Revised February 2008) str. 43. Prema ovom autoru pravo na rad slično pravu na brak koje ne zahtijeva od države da učini bilo šta da pomogne ljudima koje niko ne smatra privlačnim.

<sup>10</sup> Vidjeti šire u: B. Perić, *Radno pravo sa socijalnim osiguranjem. Sveska I – opšti dio*, Univerzitet u Sarajevu Pravni fakultet, Sarajevo 1968., str. 56–58. Ovakvo gledanje prava na rad vjerovatno je proizašlo iz autorovog stava da je svakako nemoguće zamisliti da bi nezaposlenost u uslovima socijalizma mogla biti neka stalna pojava.

<sup>11</sup> O pravu na rad u Povelji Evropske unije o osnovnim pravima vidjeti šire u: C. Vigneau loc. cit. (fn. 5).

U zavisnosti koliko u određenom društvu postoji prethodno spomenuti javni interes za socijalnim mirom i integracijom, toliko se aktivno pristupa stvaranju uslova za ostvarivanje prava na rad.

## 2. Osnovni međunarodni radni standardi – Deklaracija o osnovnim principima i pravima na radu

Međunarodna organizacija rada (MOR), nakon njenog osnivanja 1919. godine na Mirovnoj konferenciji u Parizu, za 96 godina svog postojanja (2013. godina) donijela je 189 konvencija i 202 preporuke.<sup>12</sup> Ove konvencije i preporuke predstavljaju najveći i najvažniji dio univerzalnih međunarodnih radnih standarda. One se kroz utvrđene standarde rada svrstavaju u sljedeće grupe<sup>13</sup>:

1. Osnovna ljudska prava na radu i u vezi s radom (sloboda udruživanja, zabrana prinudnog rada i jednakost u mogućnostima i tretmanu);
2. Zapošljavanje (politika zapošljavanja, službe za zapošljavanje, profesionalna orijentacija i stručno osposobljavanje, rehabilitacija i zapošljavanje invalida, sigurnost zaposlenja);
3. Socijalna politika;
4. Radna administracija (inspekcija rada, radna statistika, tripartitno savjetovanje);
5. Industrijski odnosi i participacija (kolektivno pregovaranje);
6. Uvjeti rada (plaće, zaštita plaća, klauzula o radu, radno vrijeme, noćni rad, sedmični odnosno nedjeljni odmor, plaćeni odmor, zaštita na radu, zaštita pojedinih profesija);
7. Socijalna sigurnost (okvirne norme, zaštita u različitim granama socijalnog obezbjeđenja: bolest, starost, invalidnost, smrt, davanja u slučaju nesreće na poslu i profesionalnih oboljenja, davanja u slučaju nezaposlenosti);
8. Zapošljavanje žena (žena s porodičnim obavezama, zaštita materinstva, noćni rad, podzemni rad);
9. Zapošljavanje djece i omladine (minimalne godine starosti, noćni rad, ljekarski pregled);
10. Stari radnici;
11. Radnici migranti;
12. Domorodačko i drugo autohtono stanovništvo;
13. Radnici u zavisnim teritorijama;
14. Specifične oblasti zapošljavanja (pomorci, ribari, unutrašnja plovidba, lučki radnici, rad na plantažama, zakupci i napoličari, osoblje za bolesničko njegovanje, radnici u hotelima i gostionicama).

Međunarodna organizacija rada je 18. juna 1998. godine na svom 86. zasjedanju u Ženevi usvojila Deklaraciju o

<sup>12</sup> www.ilo.org (uvid iz marta 2013. godine)

<sup>13</sup> S. Dedić, J. Gradašević-Sijerčić, *Temelji međunarodnog radnog prava*, Pravni centar – Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo 2000. godine, str. 31–32.

osnovnim principima i pravima na radu. U ovoj deklaraciji osam konvencija MOR-a su proglašene suštinskim. To su sljedeće konvencije:

- Konvencija o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, br. 87 iz 1948. godine;
- Konvencija o pravu na organiziranje i kolektivno pregovaranje, br. 98 iz 1949. godine;
- Konvencija o prisilnom radu, br. 29. iz 1930. godine;
- Konvencija o ukidanju prisilnog rada, br. 105 iz 1957. godine;
- Konvencija o minimalnoj dobi za zasnivanje radnog odnosa, br. 138 iz 1973. godine;
- Konvencija o najgorim oblicima dječijeg rada, br. 182 iz 1999. godine (koja naknadno pojačava Konvenciju br. 138);
- Konvencija o jednakom nagrađivanju, br. 100 iz 1951. godine i
- Konvencija o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja, br. 111 iz 1958. godine.

Deklaracijom se promovise obaveza i država članica koje nisu potpisnice navedenih konvencija da poštuju prava i principe koji su predmet ovih konvencija. To su sljedeći principi:

1. sloboda udruživanja i djelotvorno priznavanje prava na kolektivno pregovaranje,
2. ukidanje svih oblika prisilnog ili prinudnog rada,
3. djelotvorno ukidanje dječijeg rada i
4. ukidanje diskriminacije u odnosu na zapošljavanje i zanimanje.<sup>14</sup>

Ovi principi predstavljaju “jezgro radnih standarda” (core labour standards), odnosno kako navodi C. Kaufmann “jezgro radnih prava” (core labour rights), koji pretendiraju da budu općeprihvaćeni standardi, odnosno prava na radu ne samo u okviru članica MOR-a, nego u čitavom svijetu.

Deklaracija MOR-a dalje razvija koncept radnih prava koje već sadrži Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima i ona reflektira univerzalni konsenzus da se ova prava postave kao obaveza *erga omnes*. Druge međunarodne organizacije kao što su Bretton Woods institucije (Svjetska banka i Međunarodni monetarni fond), Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), te Svjetska trgovinska organizacija (WTO) slijede različite pristupe prema ovom jezgru radnih standarda.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> S. Dedić, J. Gradašević-Sijerčić, op. cit. (fn. 2), str. 62–63, E. E. Potter, A Pragmatic Assessment from the Employers' Perspective, u: *Workers' Rights as Human Rights* Edited by J. A. Gross, Cornell University Press 2003. str. 118 na str. 118–119.

<sup>15</sup> Bretton Woods institucije poštuju jezgro radnih standarda u svojim aktivnostima, ali ih ne uključuju rutinski u svoje programe za države članice. Slično OECD ne slijedi pravni koncept jezgra radnih prava nego se oslanja na “meko pravo” (soft law) kao što su smjernice za multinacionalne kompanije i stručni savjeti. WTO nasuprot prethodnim dvjema vodi se detaljnim pravnim pravilima i još uvijek se oslanja na koncept suverenosti nacionalnih država. C. Kaufmann, *Globalisation*

U studiji OECD-a o jezgru radnih prava i međunarodnoj trgovini, urađenoj 1996, dakle prije donošenja Deklaracije MOR-a, analiziraju se mehanizmi za promociju jezgra međunarodnih standarda rada. Neki od tih mehanizama su sljedeći: (1) osnaživanje uloge MOR-a, (2) razvoj, kooperacija i akcija kroz druge međunarodne organizacije, te (3) drugi mehanizmi na nacionalnom i regionalnom nivou.

MOR može ubijediti zemlje da u njihovom interesu promovisu bazična radna prava i izbjegavaju eksploataciju radnika, jer MOR informiše međunarodnu zajednicu o slučajevima nepoštovanja jezgra radnih standarda. Takođe, tehnička pomoć od strane MOR-a može doprinijeti njihovoj promociji.

U kontekstu koordinacije s drugim međunarodnim organizacijama, prije svega finansijskim, navodi se primjer Svjetske trgovinske organizacije koja trenutno zbog njenih pravila ne doprinosi promociji ovih prava koliko bi objektivno mogla.

Drugi mehanizmi uključuju unilateralne akcije poput onih od strane SAD-a i EU. Kao primjer regionalnog nivoa navodi se organizacija NAFTA (Sjevernoamerički sporazum o slobodnoj trgovini).

Pored ovih postoje i mehanizmi u privatnom sektoru kao što su: etički standardi firmi, drugi mehanizmi koji ubjeđuju potrošače da ne kupuju samo na osnovu cijene nego i moralnih principa, socijalno odgovorne sheme investiranja itd.

Neki od argumenata zašto se jezgro međunarodnih standarda rada ne poštuje u nekim dijelovima svijeta su: (1) argument javnog dobra, (2) argument blokirajuće manjine, (3) argument ekonomskog razvoja itd.<sup>16</sup>

*and Labour Rights The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007. str. 297–298.

<sup>16</sup> 1) Suština argumenta javnog teoretičara Freemana, koji se navodi u studiji, jeste u tome što se radni standardi predstavljaju kao jedna od mnogih karakteristika dobara i servisa koja uključuju potrošačeve preference. Drugim riječima, potrošači će kupiti neki proizvod s većom cijenom zato što je proizveden pod uslovima “dobrih” radnih standarda dok će drugi preferirati proizvode koji uključuju “loše standarde”. Međutim, postoje i argumenti protiv po kojima radni standardi osnažuju kompetitivnost na tržištu rada kao i da se veliki stepen participacije i transparentnosti između radnika i poslodavaca na osnovu slobode udruživanja može smatrati javnim dobrom.

2) Po argumentu blokirajuće manjine u određenim društvima postoje manjine koje drže poluge ekonomske i pravne moći, te zbog zaštite vlastitih interesa ne dozvoljavaju da se uvedu i poštuju međunarodni standardi rada.

3) Prema argumentu ekonomskog razvoja nepoštovanje jezgra međunarodnih standarda rada koristi se kao alat za osnaživanje izvoza i direktnih stranih investicija posebno u slučaju izvoznih zona (Bangladeš, Pakistan, Gvatemala, Panama, Malezija itd.).

O mehanizmima promocije jezgra međunarodnih radnih standarda i argumentima zašto se oni ne uvode vidjeti više u:

### 3. Kritički osvrt na Deklaraciju o osnovnim principima i pravima na radu

U kritičkoj analizi sadržaja Deklaracije nameće se pitanje u kojoj mjeri, čak i pod pretpostavkom da su je sve zainteresirane strane bezuvjetno prihvatile, ona može doprinijeti poboljšanju pravnog, ekonomskog i socijalnog položaja radnika? Da li se njome, u namjeri što većeg obuhvata država i institucija koje će je poštovati, donja granica zaštite položaja radnika postavlja isuviše nisko, ako se postavlja uopće? Da li se izostavljanjem ekonomsko-socijalnih prava uopće može više govoriti o statusu radnika od kojeg su ova prava u njegovom pojmovnom određenju neodvojiva?

A. Singh i A. Zammit u njihovoj analizi jezgra radnih standarda i "trke ka dnu"<sup>17</sup> (Race to bottom) navode da MOR-ova Deklaracija sugerira da radni standardi ne smiju biti upotrijebljeni u protekcionističke svrhe. Takođe se sugerira da bazični principi i prava ne trebaju ni na koji način uticati na komparativne prednosti bilo koje zemlje. Signifikantno je da suštinske konvencije ne uključuju minimalne zarade, jer bi to možda uticalo na komparativne prednosti zemalja. SAD i saveznici žalili su se da MOR "nema zube" npr. nesposobni su da upotrijebe bilo koju sankciju protiv prestupnika. A. Singh i A. Zammit između ostalog zaključuju da su MOR-ove suštinske konvencije previše restriktivne. Jezgro treba biti prošireno uključivanjem slobode od gladi i siromaštva i pravom na dostojanstven život kao novim konvencijama koje odražavaju primarnu brigu zemalja u razvoju i međunarodne zajednice. Oni takođe sugeriraju da su radni standardi važan indikator ekonomskog razvoja, ali njihova promocija bi se najbolje postigla u neprisilnom i podržavajućem okruženju, kao što to osigurava MOR. Prisilni radni standardi ne bi bili optimalni ni za razvijene, ni za zemlje u razvoju.<sup>18</sup>

Mnogo oštriju kritiku Deklaracije daje M. J. Zimmer uspoređujući je s Filadelfijskom deklaracijom iz 1944. godine. Nasuprot širokim ciljevima socijalne pravde iz Filadelfijske deklaracije<sup>19</sup> usmjerenih ka kolektivnoj

dobrobiti, ciljevi Deklaracije iz 1998. godine su mnogo više konzistentni s neoliberalnim aspiracijama. Rad je danas nasuprot stremljenju iz 1944. godine ponovo postao roba. Uzroke promjene percepcije prava na radu u odnosu na onu s kraja Drugog svjetskog rata po Zimmeru treba tražiti potpunoj prevazi ideologije slobodnog tržišta tj. neoliberalne ekonomije čiji je glavni zagovornik bio američki ekonomista Milton Freedman. Njegova stanovišta imala su presudan utjecaj kako na većinu intelektualaca, tako i na, što je puno značajnije, vlade SAD-a koje su imale instrumente za njenu implementaciju.<sup>20</sup>

Preovlađujući neoliberalni koncept u Sjedinjenim Američkim Državama je nakon njihovog povratka u MOR ranih 1980-ih godina, kako navodi B. Urdarević, snažno utjecao na stavove ove organizacije u vezi sadržine i načina implementacije univerzalnih radnih standarda. MOR je, u zamjenu za izdašnu finansijsku podršku od strane SAD-a i međunarodnih finansijskih institucija, podlegao pritisku za fleksibilizacijom tržišta rada i državnog zaštitnog zakonodavstva. Zbog toga je i sama Deklaracija iz 1998. godine prema B. Urdareviću problematična iz dva razloga. Prvi je taj što se njome potencira da su neki radni standardi fundamentalni, tj. esencijalni, što implicira da postoje neki ili svi ostali koji su manje fundamentalni odnosno esencijalni. Drugi razlog je taj što Deklaracija u potpunosti zanemaruje radnička ekonomska i socijalna prava, i većinom je fokusirana na negativni aspekt pojedinih prava poput onih da se od pojedinaca, grupa i država zahtijeva zabrana diskriminacije, ukidanje prinudnog rada i eliminacija dječijeg rada.<sup>21</sup>

Na tragu ovih izdvojenih kritičkih analiza nameće se zaključak da je Međunarodna organizacija rada nastupanjem globalizacije bila nespremna odgovoriti izazovima postavljenim pred nju. Ako ne poraz, onda evidentno ustupanje pred naletom neoliberalne ideologije krajem 20. i početkom 21. stoljeća dovelo je do potrebe preispitivanja osnovne funkcije MOR-a, a to je zaštita radnika. Naime, do početka 1980-ih godina, u odnosu na tri metoda njenog djelovanja, normativni metod, za razliku od praktičnog i naučnoistraživačkog, je bio dominantan.<sup>22</sup> To je za posljedicu imalo usvajanje niza konvencija i preporuka svrstanih u prethodno naznačene grupe kojima su konstantno pomjerane granice zaštite radnika. Države

Trade, Employment and Labour Standards – A Study of Core Workers' Rights and International Trade, OECD 1996, str. 14–19, 83–85.

<sup>17</sup> Trkom ka dnu označava se stanje kada se više država nadmeće između sebe u derogiranju zaštitnih odredbi svog zakonodavstva, ne samo radnog, kako bi bile konkurentnije i privlačnije stranim investitorima.

<sup>18</sup> Vidjeti šire u: A. Singh, A. Zammit, Labour Standards And The "Race To The Bottom": Rethinking Globalisation And Workers Rights From Developmental And Solidaristic Perspectives, *Working Paper No. 279* ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, March 2004.

<sup>19</sup> Ti ciljevi su : 1) Rad nije roba, 2) Siromaštvo (bijeda) ma gdje postojalo, predstavlja opasnost za prosperitet svih, 3) Neophodna je međunarodna saradnja, kao i saradnja vlada, radnika i poslodavaca u borbi za poboljšanje uslova rada i zapošljavanja, na bazi svih partnera u slobodnoj diskusiji i

diskusijama demokratskog karaktera u cilju unapređivanja zajedničke dobiti, 4) Da je sloboda izražavanja i sloboda udruživanja neophodan uslov trajnog napretka.

<sup>20</sup> M. J. Zimmer, Decent Work with a Living Wage, in: Blanpain R (ed.), *Global Labour Market: From Globalization to Flexicurity*, Kluwer Law International, 2008. str. 61 na str. 62–66.

<sup>21</sup> B. Urdarević, Creation and Development of International Labour Standards, in: editorial board Jessel-Holst C. and oth., *New Perspectives of South East European Private Law: South East European Post-Doctoral Colloquium in Private Law: Proceedings*, Skopje 2012. str. 139 na str. 143–144.

<sup>22</sup> U okviru MOR-a zaključno s 1981. godinom doneseno je 156 konvencija, a od tada do danas svega 33.

članice su ratifikacijom konvencija MOR-a bile obavezane urediti svoj interni normativni okvir u odnosu na pitanja uređena konvencijom. Na taj način bi na državnom nivou ustanovljeni radni standardi pretočeni u radno zakonodavstvo važili erga omnes, čime se širi kako krug subjekata na koje se primjenjuje radno zakonodavstvo tako i kvantitet i kvalitet prava koja se uređuju, ali i kako bi se izbjegla mogućnost da socijalni partneri autonomnim uređivanjem međusobnih odnosa određenih instituta i kategorija na radu i povodom rada, u okviru određene djelatnosti ili samo na određenom geografskom području, ugovaraju različite standarde, što dovodi do nejednakog tretmana radnika. Ovo, naravno, ne dovodi u pitanje potrebu i značaj autonomnog uređivanja međusobnih odnosa socijalnih partnera na radu i povodom rada, već se ističe uloga državnog zaštitnog zakonodavstva kojim se uređuje minimum radnih standarda koji će obavezivati sve poslodavce. Bez obzira na to što se radni standardi primjenjuju isključivo na nacionalnom nivou, a odraz njihove zastupljenosti predstavlja broj zemalja iz pojedinih regija koje su se obavezale na njihovo poštovanje, Deklaracija MOR-a iz 1998. godine, nije uspjela postaviti donju granicu poštivanja ekonomsko-socijalnih prava radnika na globalnom nivou koje će se pridržavati sve zemlje članice MOR-a nezavisno o njihovoj ratifikaciji dosadašnjih ili budućih konvencija.

#### 4. Deklaracija MOR-a o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije

Nakon donošenja Deklaracije o osnovnim pravima i principima na radu i upućenih kritika o njenoj komplementarnosti s neoliberalnom ideologijom koja podrazumijeva potpuno slobodno tržište rada u kome radno zakonodavstvo predstavlja prepreku uspješnom poslovanju, MOR se Deklaracijom o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije, usvojenoj na 97. zasjedanju Međunarodne konferencije rada 10. juna 2008. godine u Ženevi,<sup>23</sup> odlučila za svojevrzni "povratak kući".

Razlog ovakvog zaokreta treba tražiti u devastirajućem utjecaju globalizacije na državna zaštitna zakonodavstva koja su pretpostavka za ostvarivanje prava na rad. Osnovna karakteristika globalizacije u području rada i radnih odnosa, oslonjena na naznačeni neoliberalni koncept tržišta rada, jeste snažan pritisak na nadležne javne vlasti da se izvrši fleksibilizacija radnih odnosa. Ovaj pritisak se manifestuje na dva nivoa. Prvi nivo veže se za razvijene zemlje kako bi se osigurala unutrašnja konkurentnost poslodavaca, a drugi nivo se veže za zemlje u razvoju kako bi se pored unutrašnje osigurala i konkurentnost na međunarodnom nivou i na taj način privukle direktne strane investicije. Unutrašnja konkurentnost poslodavaca,

a posredstvom nje i konkurentnost cjelokupne ekonomije na međunarodnom nivou u sferi radnih odnosa nastoji se osigurati deregulacijom procedura za davanje otkaza kako bi poslodavci brže mogli otpuštati radnike, te tako odgovarati izazovima tržišta, a pravnom regulacijom nestandardnih oblika radnog odnosa poput rada na određeno vrijeme, rada s nepunim radnim vremenom, rada preko agencija za privremeno zapošljavanje, rada na daljinu i sl., tzv. outsajderi tj. nezaposlene osobe izvan tržišta rada mogle bi biti radno angažovane u obimu i vremenskom periodu koji odgovara poslodavcima.<sup>24</sup> Fleksibilizacija tržišta rada i liberalizacija tržišta kapitala se, kako navodi J. E. Stiglitz, možda doimaju kao simetrične politike oslobađajući tržišta rada i kapitala, ali one imaju veoma asimetrične posljedice, i obje služe jačanju položaja odnosno dobrobiti kapitala, ali na račun radnika. Dok su se ova uvriježena pravila o liberalizaciji pretvarala u mantru dobre politike, distributivne posljedice, prema J. S. Stiglitzu su skoro u potpunosti ignorisane.<sup>25</sup>

Deklaracija MOR-a o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije iz 2008. godine naglašava potrebu da se u centar ekonomskih i socijalnih politika postave puno i produktivno zapošljavanje i dostojanstven rad. Agenda MOR-a o dostojanstvenom radu sadrži četiri strateška cilja čije se ostvarivanje u državama članicama putem ove deklaracije nastoji postići. Ti ciljevi su:

1. Unapređenje zapošljavanja stvaranjem održivog institucionalnog i ekonomskog okruženja,
2. Razvijanje i jačanje mjera socijalne zaštite – socijalne sigurnosti i zaštite rada – koje su održive i prilagođene domaćim okolnostima,
3. Promovisanje socijalnog dijaloga i tripartitnosti,
4. Poštovanje, unapređenje i realizacija osnovnih principa i prava na radu, koji su od posebne važnosti, kao i prava i uslova koji to omogućavaju, a koji su neophodni za punu realizaciju svih strateških ciljeva.

Ova četiri strateška cilja su, kako se navodi u Deklaraciji, neodvojiva, međusobno povezana i međusobno podržana. Neuspjeh da se unaprijedi bilo koji od njih naštetio bi napretku drugih ciljeva. Da bi se postigao njihov optimalan uticaj, nastojanja da se oni unaprijede bi trebala da budu dio globalne i integrirane strategije MOR-a u cilju dostojanstvenog rada.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Tekst Deklaracije na bosanskom jeziku vidjeti na: <http://www.ilo.org/public/english/anniversary/90th/download/events/bosnia/deklaracija-bosanski-web.pdf>

<sup>24</sup> O navedenim nestandardnim oblicima zapošljavanja koji se u okviru sveukupne fleksibilnosti radnih odnosa svrstavaju u kategoriju eksterne numeričke fleksibilnosti vidjeti šire u: I. Rozić et al., Harmonizacija nacionalnog radnog prava s komunitarnim radnim pravom uz poseban osvrt na fleksibilne oblike zapošljavanja (Republika Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija), u Zbornik radova *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2012., str. 330 na str. 333–345.

<sup>25</sup> J. E. Stiglitz, Employment, social justice and societal well-being, *International Labour Review*, Vol. 141, No. 1–2, 2002., str. 9 na str. 14.

<sup>26</sup> Dio I, tačka B Deklaracije.

Svaki od ovih širokih ciljeva u sebi sadrži nekoliko konkretnih ciljeva u različitim oblastima radnih odnosa i socijalne sigurnosti koji treba da doprinesu ostvarenju osnovnog cilja. Ovdje treba istaći strateški cilj br. 2 koji se odnosi na razvijanje i jačanje mjera socijalne zaštite – socijalne sigurnosti i zaštite rada – koje su održive i prilagođene domaćim okolnostima, uključujući:

1. Proširenje socijalne sigurnosti na sve, uključujući i mjere za obezbjeđenje osnovnih prihoda svima kojima je potrebna takva zaštita, te prilagođavanje njenog obima i obuhvata u cilju zadovoljenja novih potreba i rješavanja neizvjesnosti nastalih brzinom tehnoloških, društvenih, demografskih i ekonomskih promjena;
2. Zdrave i sigurne uslove rada, i
3. Politike u vezi s plaćama i zaradama, radnim vremenom i drugim uslovima rada, osmišljenim tako da obezbijede pravedan udio u plodovima napretka svima i minimalne plaće za život svim zaposlenima, a kojima je takva zaštita potrebna.

Ovako definisanim ciljevima nastoji se ponovo uvesti prioritet poštivanja ekonomsko-socijalnih prava radnika na globalnom nivou za razliku osnovnih principa i prava na radu, odnosno jezgra radnih standarda u Deklaraciji iz 1998. godine. Deklaracija iz 2008. naglašava važnost osnovnih principa, odnosno jezgra koji su postavljeni ne kao krajnji cilj, nego kao jedan od strateških ciljeva koji treba da doprinese ostvarenju ostalih.

U konceptu dostojanstvenog rada koji se Deklaracijom iz 2008. godine promovira kao krajnji cilj na globalnom nivou, a koji je razvio MOR, prema M. J. Zimmeru, izostavljen je ključni element, a to je prihod, odnosno plata potrebna za život (*living wage*). On navodi definiciju radnih standarda koji odražavaju dostojanstveni rad kanadskog profesora Harryja Arthursa sadržanu u kanadskim Federalnim radnim standardima za 21. stoljeće prema kojoj nijedan radnik ne bi smio primiti plaću koja je nedovoljna za život.<sup>27</sup>

Svaka država članica će utvrditi kako će ostvariti strateške ciljeve iz Deklaracije MOR-a o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije u skladu sa svojim postojećim međunarodnim obavezama i osnovnim principima i pravima na radu. Pored ostalih aktivnosti navedenih u Deklaraciji, države članice MOR-a trebaju donijeti i svoje državne ili regionalne strategije dostojanstvenog rada, ili obje, s usmjerenjem na skup prioriteta u cilju integriranog ostvarenja strateških ciljeva.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> M. J. Zimmer, loc. cit. (fn. 20), str. 68.

<sup>28</sup> Bosna i Hercegovina je s Međunarodnom organizacijom rada potpisala Dokument programa dostojanstvenog rada za Bosnu i Hercegovinu 2012–2015. U ovom dokumentu identificirana su tri glavna prioriteta koji će odrediti smjer i obim aktivnosti pomoći MOR-a u četvorogodišnjem periodu. Ti prioriteti su:  
1. Jačanje kapaciteta vladinih institucija i socijalnih partnera za poboljšanje upravljanja na tržištu rada,

## Zaključak

Nakon ere fordizma u kojoj je postojao snažan socijalni konsenzus između predstavnika rada, kapitala i nadležne javne vlasti, u kome se nastojanje radnika za stabilnošću i sigurnošću stavljalo u istu ravan s nastojanjima vlasnika kapitala za povećanjem profita, dolazi do promjene percepcije ostvarivanja prava na rad konkretizovane u državnom zaštitnom zakonodavstvu. Pod pritiskom neoliberalne ideologije ekonomsko-socijalna prava radnika se nisu više tretirala kao preduslov za uspješno poslovanje, nego kao njegova prepreka pod izgovorom da se na taj način gubi konkurentnost na unutrašnjem i na međunarodnom nivou. Fleksibilizacijom radnih odnosa koja je potom uslijedila, snažno podržavana od strane međunarodnih finansijskih institucija, a koja uključuje pojednostavljenja ili čak ukidanja procedura za davanje otkaza, te uvođenja novih nestandardnih oblika zapošljavanja kojima se znatno smanjuje uloga i mjesto radnog odnosa na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom, došlo je do erozije prava na radu i povodom rada koja su garantovala stabilnost i sigurnost radnika. Ovi fleksibilni oblici zapošljavanja jesu neophodni i oni su egzistirali i ranije, ali je potrebno u njih ugraditi elemente koji će garantovati socijalnu sigurnost i stabilnost radnika za koju će i dalje biti odgovoran poslodavac.

Pritisku usmjerenom ka fleksibilizaciji radnog zakonodavstva i suspenziji ekonomsko-socijalnih prava koja radne odnosne odvajaju od građanskih i obligacionih odnosa nije odoljela ni Međunarodna organizacija rada. Naime, sadržaj osnovnih principa i prava na radu obuhvaćenih Deklaracijom iz 1998. godine oslonjen samo na negativni aspekt pojedinih prava, bez stvarnog potencijala da poboljša ekonomsko-socijalni položaj radnika, ide u prilog argumentaciji da čak i MOR promovira slobodno tržište rada. Uvidjevši "grešku" i posljedice koje percepcija Deklaracije iz 1998. godine proizvodi, MOR je nakon relativno kratkog vremena 2008. godine donio Deklaraciju o socijalnoj pravdi u cilju fer globalizacije kojom promovira agendu dostojanstvenog rada, čime se ponovo vraća u fokus ekonomski aspekt prava na rad. Ponovnim definisanjem, odnosno redefinisanjem sadržaja osnovnih međunarodnih radnopravnih standarda u okviru MOR-a nastojala se, barem nominalno, postići svojevrsna reafirmacija prava na radu i u vezi s radom u koje se ponovo vraća, tj. uključuje, zaštita radnika prije, tokom i nakon prestanka radnog odnosa.

Pored reafirmacije prava na radu potrebno je pristupiti i reafirmaciji socijalnih i kulturnih vrijednosti koje su prema W. Streecku takođe posljedica ekonomske liberalizacije, gdje se organizovanje i reorganizovanje nečijeg života u skladu s diktatima tržišta i karijere radije smatra kao izazov, prilika ili avantura, nego kao neprihvatljivo nametanje.<sup>29</sup>

2. Povećanje mogućnosti za zapošljavanje,

3. Jačanje sistema socijalne zaštite.

<sup>29</sup> W. Streeck, loc. cit. (fn. 1), str. 15.

Dr. Mehmed Hadžić

### Die Neudefinierung des Inhalts der grundlegenden internationalen arbeitsrechtlichen Standards

(Zusammenfassung)

Zuerst bestimmt der Autor den Begriff des Rechtes auf Arbeit und stellt seine historische Entwicklung dar. Anschließend elaboriert er die verschiedenen Auffassungen des Inhalts des Rechts auf Arbeit und bezüglich der Arbeit, die aus zwei Deklarationen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) hervorgehen und zwar: der Deklaration über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit von 1998 und der Deklaration über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung von 2008. Die Absicht der IAO war es mit der Deklaration von 1998 minimale Arbeitsstandards einzuführen, die global beachtet werden würden. Der größte Mangel dieser Deklaration war jedoch der, dass sie die wirtschaftlich-sozialen Rechte der Arbeiter außer Acht gelassen hat. Dadurch förderte sie die neoliberale Ideologie im Bereich der Arbeitsverhältnisse, die Arbeit als Ware auf dem freien Markt behandelt. Nachdem der "Fehler" dieser Auffassung sowie deren Folgen in der Zeit der Globalisierung, der in der Flexibilisierung der nationalen Arbeitsmärkte besteht, eingesehen wurde, hat die IAO mit der Deklaration von 2008 versucht mit der Agenda der menschenwürdigen Arbeit die grundlegenden internationalen arbeitsrechtlichen Standards neu zu definieren. Auf diese Weise hat sie versucht, die Rechte bei der Arbeit und bezüglich der Arbeit zu reaffirmieren, indem die wirtschaftlich-sozialen Rechte, sowie der Schutz vor, während und nach der Beschäftigung wieder in deren Inhalt aufgenommen wurden.

**Schlüsselwörter:** Recht auf Arbeit, grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, Flexibilisierung des Arbeitsmarktes, menschenwürdige Arbeit

### Redefining the content of basic international labour and employment law standards

Abstract

After outlining the basic conceptual and historical genesis of the right-to-work, the author elaborates different perceptions of the content of the above named concept and other rights related to labour and employment stemming from two declarations of the International Labour Organization (ILO), specifically: Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998) and Declaration on Social Justice for a Fair Globalization (2008). The ILO's intention with the 1998 Declaration was to commit Member States to respect and promote labour principles and standards on a global level. The key shortcomings of this Declaration include its neglect of the economic and social rights of the workers, and its support for neoliberal ideology in the realm of social relations, which promotes free markets where labour is treated as a commodity. Realizing these "mistakes" and perceptions, as well as their consequences in the era of globalization and the liberalization of national labour markets, the ILO's Declaration from 2008 intended to redefine the basic international work and employment standards. It did this through an agenda of dignifying the right to work, and hence reaffirming labour and related rights by giving them back their social and economic dimension, as well as mechanisms of protection before, during and after employment.

**Key words:** right to work, basic principles and labour rights, liberalization of the labour market, dignified work.

## Uloga formalne odbrane u različitim fazama postupka

Mag. sci. Bisera Kalaba\*

UDK: 343.121.4

### Sažetak

Pomoć koju branitelj može pružiti i koju objektivno pruža svom branjeniku u svim fazama krivičnog postupka nije jednostavno kvalitativno izmjeriti. Prolazeći kroz najbitnije odredbe koje regulišu položaj branitelja kroz faze krivičnog postupka, ovim radom želi se ukazati na one faze postupka u kojima je funkcija branitelja aktivnija, uz dodatnu teorijsku polemiku i stajališta različitih autora o tome koja faza postupka je zapravo najvažnija za konkretne procesne aktivnosti u pravcu

pobijanja navoda optužbe. Da li branitelji koriste neka od svojih ovlaštenja i koliko su uspješni u tome, također će se iznijeti u tekstu koji slijedi uz navođenje prijedloga na koji način i u kom pravcu bi se moglo djelovati kako bi se mogao poboljšati položaj osumnjičenog koji preko branitelja organizuje svoju odbranu. Kroz rad su prikazana i praktična iskustva, uključujući i neka empirijska istraživanja u pogledu primjene pojedinih instituta od strane branitelja.

**Ključne riječi:** krivični postupak, branitelj, prethodni prigovori, unakrsno ispitivanje, žalba.

### UVOD

Pravo na odbranu uz pomoć branitelja je jedno od najstarijih procesnih prava koje i danas u različitim oblicima egzistira u modernim krivično procesnim sistemima. Položaj osumnjičenog i njegovog branitelja i drugih glavnih i sporednih subjekata krivičnog postupka zavisi od modela krivičnog postupka. Tako, u mješovitom krivičnom

\* Autorica je asistentica na Pravnom fakultetu u Tuzli.

postupku kakav je u Bosni i Hercegovini (dalje BiH), položaj procesnih subjekata u značajnoj mjeri zavisi od faze krivičnog postupka. Ostavljajući po strani položaj drugih subjekata krivičnog postupka, predstojećom analizom nastojaće se definisati procesni položaj branitelja prvenstveno u istražnoj i raspravnoj fazi postupka, ali i u preostalim, često zapostavljenim fazama krivične procedure, kakva je ona u postupku po prethodnim prigovorima na optužnicu.

Zapitaćemo se takođe i o mjeri u kojoj se branitelji koriste svojim procesnim ovlaštenjima i koliko korištenje ili nekorištenje tih ovlaštenja može uticati na tok i ishod postupka, pri čemu se nadamo da će ovo naše istraživanje doprinijeti i nekim praktičnim efektima u smjeru poboljšanja pojedinih procesnih rješenja.

## 1. Uloga branitelja u prethodnom postupku

O položaju branitelja<sup>1</sup> i općenito o pravu na branitelja<sup>2</sup> u prethodnom postupku, bilo je podijeljenih mišljenja i nejasnoća koje su direktna posljedica činjenice da većina zemalja koje su ratificirale Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (dalje, Konvencija, EKLJP) spada u zemlje s mješovitim modelom krivičnog postupka.<sup>3</sup> Nejasnoće su riješene presudom u predmetu *Imbrioscia* protiv Švicarske<sup>4</sup>, kada je ESLJP zauzeo stav da je i pored činjenice da je članom 6. EKLJP zagarantovano pravo na branitelja na "suđenju", ovo ne mora nužno značiti da branitelj nije potreban i u prethodnom postupku. Tako je rečeno da se pravo na branitelja odnosi i na fazu preliminarne istrage od strane policije.<sup>5</sup> Upravo zbog ovakvog stava smatra se da

je ovo bio način da se premoste ograničenja koja se nalaze na strani odbrane u ovoj fazi postupka, te način da se ujednači procesni položaj stranaka u ovoj fazi postupka,<sup>6</sup> o čijoj potrebi ujednačavanja govore i rasprave u pravničkim krugovima.<sup>7</sup> Ustvari, odbrana u najranijoj fazi krivičnog postupka osobito je značajna baš zato što se tada najčešće pribavljaju ključni dokazi na kojima će se kasnije zasnivati presuda.<sup>8</sup>

Potrebno je, međutim, odmah ukazati i na neke bitne razlike u zakonskom položaju osumnjičenog i njegovog branioca.<sup>9</sup> Prava osumnjičenika na sopstvenu odbranu ponekad su šira od onih koje branitelj ima, a ponekad on ima uža prava od branitelja. Naprimjer, osumnjičeni može prikrivati i uništavati dokaze koji ga terete, jer on uživa zaštitu od samoinkriminacije;<sup>10</sup> branilac bi, međutim, u takvom slučaju počinio krivično djelo sprečavanja dokazivanja. S druge strane, u pritvorskoj fazi postupka branilac ima pravo da vrši uvid u dokaze<sup>11</sup>, što osumnjičenom nije dozvoljeno.<sup>12</sup>

Ipak, uopšteno gledano, i mimo navedenih iznimki, trebalo bi uzeti da branilac ima ona ovlaštenja koja pripadaju osumnjičenom.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> Branitelj u svojstvu procesnog pomoćnika optuženog, a ujedno i pomoćnika suda u utvrđivanju činjenica koje su relevantne za konkretan slučaj, svoja ovlaštenja crpi iz procesnog položaja osumnjičenog, odnosno optuženog. Tako, analizirajući ovlaštenja koja se nalaze na strani branitelja, ujedno se utvrđuje i procesni položaj osumnjičenog, odnosno optuženog, po pojedinim fazama postupka.

<sup>2</sup> Pravo na branitelja, nakon što on bude angažovan, prelazi u njegovu obavezu prema osumnjičenom, odnosno optuženom i to u sadržajnom smislu definisanom odredbom čl. 50. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, dalje ZKP BiH ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09): "Branitelj mora, zastupajući osumnjičenog, odnosno optuženog, preduzimati sve neophodne radnje u cilju utvrđivanja činjenica, prikupljanja dokaza koji idu u korist osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i zaštite njihovih prava".

<sup>3</sup> Z., Đurević, et. al., 'One case two systems – A comparative view of American and German Criminal justice', vol. 13, broj 2, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (2006.), str. 1169–1175.

<sup>4</sup> Presuda ESLJP od 24. 11. 1993. godine, *Imbrioscia protiv Švicarske*.

<sup>5</sup> "applies even at the stage of the preliminary investigation into an offence by the police". Presuda od 8. 2. 1996. godine u predmetu *Johan Murray protiv UK*.

<sup>6</sup> Više, E. Ivičević Karas, 'Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 4-5 *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (2007) str. 761–788.

<sup>7</sup> Tako je na Konferenciji odvjetnika i odvjetničkih vježbenika održanoj u Zadru 20–23. maja 2010. godine, kao jedna od dilema i kritika na ZKP izneseno i to da je diskrecionim pravima koja su data tužitelju (mogućnost da provodi istragu u tajnosti i o tome ne izvještava osumnjičenog izvjesno vrijeme, položaj *dominus litisa* u ovoj fazi postupka) izvršena povreda niza odredaba međunarodnih akata koji se bave zaštitom osnovnih ljudskih prava i sloboda. Više, A. Milovan-Solter, 'Pozicija branitelja u kaznenom postupku i prava osumnjičenika u odnosu na novi Zakon o kaznenom postupku', u 5-6 *Odvjetnik*, (2010), str. 8 i 9.

<sup>8</sup> S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford University Press, New York, 2005), str. 250.

<sup>9</sup> Iako je većina autora saglasna da je branitelj procesni pomoćnik, a ne punomoćnik osumnjičenog, odnosno optuženog, interesantno je naglasiti da ovo shvatanje nije prihvaćeno i u njemačkoj pravnoj literaturi. Tako R. Von Hippel u djelu "Der deutsche Strafprozess", (Marburg, 1941), smatra branioca zamjenikom okrivljenog (*Stellvertreter des Beschuldigten*)..

<sup>10</sup> Više, S. Trechsel, op. cit., fn. 8, str. 250.

<sup>11</sup> Čl. 61. st. 2. ZKP FBiH.

<sup>12</sup> Pravo branjenika da razmatra spise i pregleda predmete koji služe kao dokaz može biti uže od prava branioca, jer on to pravo (u nekim zakonodavstvima) stiže tek kada bude ispitan. Pravo branioca teče od donošenja prvostepenog rješenja o provođenju istrage, a to rješenje se može donijeti i prije ispitivanja okrivljenog. M. Stefanović-Zlatić, *Povlastice okrivljenog u jugoslavenskom krivičnom postupku*, (Kosmos, Beograd, 1982.) str. 37.

<sup>13</sup> Interesantan je institut slanja poziva od strane branitelja građanima za koje smatra da njihovim saslušanjem može doći do

Iako istraga formalno počinje podizanjem naredbe o provođenju istrage, ona zapravo počinje već od momenta kada organi krivičnog progona saznaju za postojanje krivičnog događaja.<sup>14</sup> To, međutim, ne znači da branitelj i u toj fazi istrage ne može poduzimati određene radnje ukoliko mu se branjenik obrati. Ove aktivnosti se odnose na prikupljanje informacija, razgledanje mjesta izvršenja djela, razgovaranje s odgovarajućim stručnim licima čije mišljenje može pomoći u pripremanju odbrane, i sl. Formalni momenat koji dijeli ovu predistražnu fazu od istrage, a od kojeg ipak zavise određena prava koja određuju položaj osumnjičenog i njegovog branitelja, jeste donošenje naredbe o provođenju istrage. Budući da je ova odluka internog karaktera, osumnjičeni i njegov branitelj o tome se ne obavještavaju sve do ispita osumnjičenog ili donošenja naredbe o obustavi istrage.<sup>15</sup> Nakon što osumnjičeni bude ispitan, branitelj ima pravo uvida u dokaze koji idu u korist osumnjičenom,<sup>16</sup> ali, osim u pritvorskim predmetima, to im se pravo najčešće uskraćuje na temelju ocjene tužioca da bi se uvidom u dokaze ugrozila istraga,<sup>17</sup> jer ovakva

informacija bitnih za sam postupak. Ova praksa je poznata u Hrvatskoj, i branitelj je jedino onemogućen u slanju poziva oštećenom ili žrtvi krivičnog djela. U pozivu, čiji je prijedlog sadržaja dat od strane Hrvatske odvjetničke komore na sjednici dana 13. 5. 2009. godine a koji je potvrđen od strane nadležnog ministra, dužan je naznačiti u kom svojstvu i zašto se poziva građanin, i nema mogućnost ponovnog slanja poziva ako se isti ne odazove, ili odbije da ponudi odgovore na pojedina pitanja. Saznanja dobijena na ovaj način nisu dokaz u formalnom smislu riječi, ali mogu bitno uticati na formiranje teze odbrane i strategije koju će osumnjičeni sa svojim braniteljem primjenjivati tokom cijelog postupka. O sadržaju spomenutog dopisa i aktivnostima branitelja u fazi istrage, pogledati L. Valković, 'Pravni i praktični problemi dobre odbrane okrivljenika' u 5-6 *Glasilu – časopis Hrvatske odvjetničke komore*, (2010.), str. 44–50.

<sup>14</sup> Paralelno ovome, ukoliko u vrijeme preduzimanja istražnih radnji osumnjičeni nije bio poznat organima krivičnog gonjenja, neće biti povreda prava na odbranu, odnosno prava na unakrsno ispitivanje u smislu člana 261. st. 3. i čl. 262. ZKP BiH, te odredbe iz čl. II/2 Ustava BiH i čl. 6. st. 1. i st. 3. tačka d) EKLJP, kada se na glavnom pretresu u dokaznom postupku pročita iskaz svjedoka koji je dat u istrazi, iako saslušanju nije prisustvovao optuženi, budući da je u to vrijeme istraga vođena protiv nepoznatog lica, čime nije ni bilo moguće obezbijediti prisustvo optuženog i njegovog branitelja. Presuda Suda BiH Kž-116/04 od 21. 10. 2004. godine.

<sup>15</sup> O sadržaju naredbe o pokretanju istrage pogledati čl. 216. ZKP BiH.

<sup>16</sup> U Zakoniku o krivičnom postupku Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 10/2011) branilac, neposredno prije prvog saslušavanja osumnjičenog, ima pravo da pročita samo krivičnu prijavu, odnosno obavještenje o krivičnom djelu. Ujedno, nema pravo na razgovor s osumnjičenim prije njegovog saslušanja, osim u slučajevima kada je osumnjičeni u pritvoru, te je komunikacija s braniteljem nesmetana.– čl. 74. st. 3. ZKP R. Srbije.

<sup>17</sup> Čl. 55. st. 1. ZKP RS, čl. 61. st. 1. ZKP FBiH, čl. 47. st. 1. ZKP BiH i ZKP BD: "U toku istrage branilac ima pravo da

ocjena ne podliježe nikakvoj formalnoj kontroli.<sup>18</sup> Kod takvog stanja stvari moguće su i zloupotrebe.<sup>19</sup> Prema nekim autorima ovakva zakonska rješenja predstavljaju nazadovanje u procesnom položaju osumnjičenog.<sup>20</sup>

Kako osumnjičeni, odnosno optuženi može imati branitelja u toku cijelog krivičnog postupka, tako o pravu na angažovanje branitelja mora biti upoznat već prilikom prvog ispitivanja, bilo da se ispitivanje vrši kod nadležnog tužitelja ili kod ovlaštenih službenih lica.<sup>21</sup> O pravu na prisustvo branitelja osumnjičeni se mora izričito izjasniti prilikom svakog ispitivanja i ova pouka mora biti unesena u zapisnik i potpisana od strane osumnjičenog.<sup>22</sup> Tu sada

---

razmatra spise i razgleda pribavljene predmete koji su u korist osumnjičenog. Ovo pravo se braniocu može uskratiti ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u pitanje cilj istrage."

<sup>18</sup> Ovako postavljena mogućnost uvida u spis u toku istrage nije bila predviđena oduvijek, tako su bili poznati slučajevi u praksi kada je branitelj osumnjičenog informacije o napredovanju istrage mogao dobijati isključivo iskruživanjem članaka iz dnevnih novina. Više o tome u V. Guberina, *Branio sam...*, (Beograd, 1970), str. 110.

<sup>19</sup> Poznat je slučaj kada je jednom zagrebačkom advokatu istražni sudija, smatrajući da nigdje u zakonu nije propisano da branilac ima pravo da dobije kopije zapisnika o saslušanju svjedoka u istrazi, dozvolio samo uvid u spis, ali ne i fotokopiranje jako velikih zapisnika o saslušanju svjedoka. Omogućeno mu je bilo da ih čita i eventualno prepisuje rukom. Jasno je da bi mu za ovu radnju bilo potrebno najmanje sedam dana neprekidnog rada, ako i zanemarimo odgovornost preciznog prepisivanja svake riječi, jer se radilo o verbalnom deliktu, gdje je važna svaka riječ. Kako ni sud ne bi mogao ostaviti na raspolaganju branitelju spis tako dug vremenski period, jasno je da bi sva procedura prepisivanja potrajala znatno duže, možda i do same istrage, pa bi u konačnici i to prepisivanje bilo besmisleno. Istovremeno, tužilac je dobio sve fotokopije. D. Šimatović, 'Otežavanje funkcije branitelja u istrazi', u 1-2 *Odvjetnik* (1983), str. 23–24.

<sup>20</sup> Tako, mišljenje Žarka Bulića je, koje je on prikazao u svom radu "Kritički osvrt na aktuelno zakonsko rješenje krivične procedure u BiH", da je izmjenama zakona iz krivične oblasti iz 2003. godine učinjen pomak unazad, odnosno vraćanje u vrijeme iz 1948. godine, po pitanju zakonske regulative procesnog položaja osumnjičenog. Ž. Bulić, 'Kritički osvrt na aktuelno zakonsko rješenje krivične procedure u BiH', u 1 *Advokat – Odvetnik, časopis za pravnu teoriju i sudsku praksu*, (2005), str. 41–48.

<sup>21</sup> Čl. 78. ZKP BiH.

<sup>22</sup> Gotovo hirurški precizno gramatičko definiranje i tumačenje osnovnih pojmova, kod propisivanja prava procesnih subjekata, višestruko je korisno. Na ovo upućuje i tekst EKLJP u dvije jezičke varijante, i to kako slijedi: "[Everyone charged with criminal offence has the following minimum rights:] ... c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;" Ovako definisano pravo odbrane razlikuje se u francuskoj i u engleskoj verziji dokumenta. Tumačenje po kojem je prikladnija francuska verzija teksta ove konvencije, uz objašnjenje da bi doslovno prevođenje engleske verzije u potpunosti promijenilo pravo značenje ove garancije,



razlikujemo tri procesne situacije koje ukazuju na naročito značajnu ulogu koju naši procesni zakoni pridaju ulozi branioca prilikom ispitivanja osumnjičenika. Ukoliko se osumnjičeni na zapisnik odrekne prava na prisustvo branitelja prilikom ispitivanja, onda se takva njegova izjava neće moći koristiti kao dokaz pred raspravnim sudom, ali se može koristiti za potrebe istrage i u fazi potvrđivanja optužnice. Ukoliko on, međutim, zatraži branitelja, a ipak bude ispitan u njegovom odsustvu, takva se izjava neće moći zakonito koristiti čak ni u istrazi. Na kraju, ukoliko branitelj prisustvuje ispitivanju osumnjičenika, takva se izjava onda može koristiti i u istrazi i pred raspravnim sudom. Praktično gledano, iskaz osumnjičenika zaštićen je jednim naročitim oblikom obavezne odbrane koji zakon izričito ne spominje, ali se o njegovom postojanju na temelju aktuelnih procesnih rješenja jasno zaključuje.<sup>23</sup>

Branitelj ima pravo i da prisustvuje pretresanju prostorija, stana, pokretnih stvari i osoba, o čemu se obavještava osumnjičeni, jer je ova pouka sastavni dio naredbe za pretresanje.<sup>24</sup> Pored predlaganja preduzimanja određenih istražnih radnji, branitelj može predložiti i sudsko osiguranje dokaza pod uslovima predviđenim ZKP-om.<sup>25</sup>

*Suma summarum*, iako procesna uloga branioca u istražnoj fazi postupka trpi značajna ograničenja, ova ograničenja moguće je djelimično amortizovati uz uporno insistiranje branioca da tužilaštvo pribavlja i dokaze koje idu u korist osumnjičenom, što je tužiočeva obaveza prema važećim zakonskim rješenjima.

## 2. Uloga i postupanje branitelja u postupku potvrđivanja optužnice

Nakon istražne faze i prikupljanja dokaza kojima bi se potvrdila osnovana sumnja da je lice protiv kojeg se podiže optužnica počinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret, slijedi faza u kojoj uloga branitelja nije zanemarljiva. Aktivno držanje branitelja bi moglo u mnogome izmijeniti procesni položaj osumnjičenog upravo u fazi potvrđivanja optužnice, jer sada branitelj ima pravo uvida u sve dokaze kojima tužilaštvo raspolaze.<sup>26</sup>

detaljnije je objašnjeno i u S. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, (Academy of European Law, European University Institute, Oxford, 2006), str. 243. O ovoj razlici, više pogledati u Simović, et. al. *Advokatura u BiH*, (Sarajevo, 2008), str. 41.

<sup>23</sup> Osumnjičeni mora biti upoznat sa svojim pravima prije započinjanja ispitivanja, među kojima je i pravo da izabere branitelja koji će biti prisutan njegovom ispitivanju. Čl. 92. st. 2. t. b) ZKP FBiH; čl. 78. st. 2. t. b) ZKP BiH, čl. 78. st. 2. t. b) ZKP BDBiH, čl. 142. st. 2. t. b), ZKP RS.

<sup>24</sup> Čl. 58. st. 1. t. j) ZKP BiH.

<sup>25</sup> Čl. 223. st. 1. ZKP BiH.

<sup>26</sup> Dakle, nakon podizanja optužnice, osumnjičeni, odnosno optuženi i branitelj imaju pravo uvida u sve spise i dokaze. Čl. 55. st. 3. ZKP RS, čl. 61. st. 3. ZKP FBiH, čl. 47. st. 3. ZKP BiH, čl. 47. ZKP BDBiH.

Nakon uvida, branilac ima pravo na prethodne prigovore na potvrđenu optužnicu.<sup>27</sup> Aktivno učešće branitelja u ovoj fazi krivičnog postupka neobično je značajno, ali bojimo se da zakonska rješenja nisu najsrećnije izabrana. Institut prethodnih prigovora zasniva se na ideji prethodne kontrole optužnice, a ne na kontroli već potvrđene optužnice.<sup>28</sup> U našem procesnom pravu, međutim, prethodni prigovori izjavljuju se tek nakon potvrđivanja optužnice, pa, gledano s čisto formalnog aspekta, optužnica ostaje na snazi čak i ukoliko sud usvoji prigovore. Osim toga, povodom prigovora ne zakazuje se posebno ročište, a stranke nemaju pravo ni posebne žalbe na rješenje sudije za prethodno saslušanje o podnesenim prethodnim prigovorima. Povrh svega rok za izjavljivanje prigovora je samo petnaest dana, što je u mnogim slučajevima nedovoljno za razmatranje spisa predmeta, pa su to vjerovatno i razlozi zašto branitelji rijeko izjavljuju prigovore na optužnicu, nego te prigovore ostavljaju za raspravnu fazu postupka, čime se postupak komplikuje, a kada je u pitanju institut nezakonitih dokaza, dovodi u pitanje i funkcionalna nadležnost raspravnog suda da odlučuje o prigovoru na dokaze koji su bili korišteni u postupku potvrđivanja optužnice.<sup>29</sup>

Uloga stručne odbrane značajna je i na ročištu za izjašnjenje o krivnji, na ročištu za razmatranje izjave o priznanju krivnje,<sup>30</sup> kao i ročištu za izricanje krivičnopravne

<sup>27</sup> Prema čl. 233. ZKP BiH, prethodnim prigovorima se: a) Osporava nadležnost, b) Ističu okolnosti iz čl. 224. st. 1., t. d) ovoga zakona; c) Ukazuje na formalne nedostatke u optužnici; d) Osporava zakonitost dokaza; e) Zahtjeva spajanje ili razdvajanje postupka; f) Osporava odluka o odbijanju zahtjeva za postavljanje branioca na osnovu čl. 46. st. 1. ovoga zakona.

<sup>28</sup> Više o postupku potvrđivanja optužnice pred optužnim vijećem, koje postoji u krivičnom zakonodavstvu Republike Hrvatske, pogledati u D. Kos, 'Odgovorna odbrana okrivljenika u kaznenom postupku, postupak pred optužnim vijećem', 2 *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, (2009.), str. 573–582.

<sup>29</sup> U provedenom istraživanju bio je neznatan broj predmeta u kojima je uložen prethodni prigovor na optužnicu. Ne radi se o tome da prethodni prigovori nisu ulagani zato što za to nema osnova, nego, naprotiv, branioci ponekad smatraju da je takve prigovore nepotrebno izjavljivati usprkos njihovoj osnovanosti. U jednom predmetu, na upit predsjednika vijeća upućen branitelju, a koji se tiče razloga nepodnošenja prethodnog prigovora iako je osnov očit, branitelj se izjasnio da optuženi i on lično "imaju veće povjerenje u viši sud". Slično prethodno spomenutom, osnov za ulaganje prethodnih prigovora koji se tiče nezakonitosti dokaza, također nije korišten iako je prvostepena odluka ukidana po žalbi zbog nezakonitosti pojedinih dokaza, a po kazivanju koje je branitelj iznio u svojoj žalbi. Predmet Kantonalnog suda u Tuzli broj K-325/08. Samo u jednom predmetu u 2008. godini, uložen je prethodni prigovor sa zahtjevom za razdvajanje postupka, i taj prigovor je odbijen.

<sup>30</sup> Tako u provedenom istraživanju za 2007. godinu, u polovici predmeta u koje je izvršen uvid, optuženi je priznao krivnju. U 2008. godini u 25% predmeta priznata je krivnja, u 2009.

sankcije.<sup>31</sup>

Godina	Ukupan broj predmeta	Broj predmeta u kojima je priznata krivnja	% kolone II u odnosu na kolonu I	Broj datih priznanja na ročištu za izjašnjenje o krivnji
2007.	20	10	50%	0
2008.	20	5	25%	0
2009.	20	5	25%	0

Tabela 1:

*Prikaz broja predmeta u kojima je optuženi priznao krivnju i procentualni omjer u odnosu na ukupan broj predmeta*

Branitelj, po prirodi stvari, detaljno upoznaje optuženog o posljedicama davanja ovog iskaza. Interesantno je primijetiti da u svim ovim predmetima u kojima je krivnja priznata, optuženi nije krivnju priznao na ročištu za izjašnjenje o krivnji, nego naknadno na glavnom pretresu. U nekoliko predmeta branitelj je dao pojašnjenje ovakvog postupanja, pa je to obrazlagano pregovorima s tužilaštvom koje u konačnici nisu uspjeli postići, te je odlučeno da se iskoristi ovaj institut priznanja krivnje.<sup>32</sup> Ne čudi onda, zašto su sve izjave o priznanju krivnje date na glavnom pretresu.<sup>33</sup> O navedenom, te o motivima ovakvog postupanja, kao prostoru koji ostavlja mogućnost manipulacije procesnim odredbama u svrhu pribavljanja dvostruko većih materijalnih naknada za formalno preduzete aktivnosti, dalo bi se razmisliti.

Branitelj, u slučaju priznanja krivnje na početku glavnog pretresa, ne mora izdvajati dodatno vrijeme na pronalaženje dokaza i svjedoka koji idu u korist optuženom, ne mora gubiti vrijeme na pripreme za opovrgavanje navoda koji proizlaze iz dokaznih prijedloga optužbe, ujedno ne mora gubiti vrijeme na glavnim raspravama, a priznanje se uzima kao olakšavajuća okolnost na strani optuženog.<sup>34</sup>

godini krivnju su priznali optuženi u jednakom broju predmeta kao u prethodnoj godini.

<sup>31</sup> Izjašnjenje o krivnji je kao faza obavezno nakon dostavljanja potvrđene optužnice, te protoka roka za izjavljivanje prethodnih prigovora odnosno odlučivanja, ali ostala dva ročišta će se održati ukoliko je optuženi priznao krivnju na ročištu za izjašnjenje o krivnji. U drugom slučaju, dakle u slučaju poricanja krivnje, prelazi se u fazu zakazivanja glavnog pretresa, te će o položaju branitelja u ovoj fazi postupka biti govora u nastavku rada.

<sup>32</sup> Nije naodmet istražiti i da li je naknada braniocu jedan od mogućih razloga takvog postupanja, budući da njena visina u slučaju priznanja krivnje na ročištu za izjašnjenje o krivnji, ili kada se dođe u fazu glavnog pretresa, nije ni približno iste vrijednosti.

<sup>33</sup> Ne bi bilo naodmet pokušati proniknuti u namjeru zakonodavca prilikom uvođenja izjašnjenja o krivnji, jer ako je ona bila usmjerena na olakšanje prikupljanja dokaza (samo priznanje bez dokaza nema pravnu snagu), praksa njegove primjene otišla je u potpuno drugom smjeru.

<sup>34</sup> Iako bi se moglo postaviti pitanje kako je branitelj siguran da će optuženi priznati krivnju, ako su u tom pravcu organizovali

Jasno je da je "kašnjenje s davanjem priznanja" motivisano troškovima koji nastaju u međuvremenu, od održavanja ročišta za izjašnjenje o krivnji, pa sve do zakazivanja i održavanja prvog glavnog pretresa, a koji troškovi padaju na teret budžeta. Jasno je da optuženom, koji u svakom slučaju odlazi na izdržavanje kazne zatvora, dužina boravka u pritvoru faktički ne znači mnogo, branitelju odugovlačenje s davanjem priznanja odgovara iz finansijskih razloga, a krajnji ishod je da poreski obveznici, koji su pretrpjeli štetu i počinjenjem krivičnog djela, plaćaju troškove koji nastaju ovakvim procesnim postupanjem branitelja, odnosno optuženog.

### 3. Uloga i postupanje branitelja na glavnom pretresu

Novinama u krivičnom zakonodavstvu iz 2003. godine, uloga branitelja se, posebno na glavnom pretresu, znatno izmijenila. Naime, uvođenjem akuzatorskih elemenata, prvenstveno insistiranjem na ravnopravnosti stranaka, razumljivo je da se branitelj ne može više pasivno držati i očekivati od sudije, odnosno vijeća da predlaže i izvodi dokaze u odbranu optuženog. Istina da je ZKP ostavio u mogućnosti i sudu da izvodi dokaze nakon što to učine stranke, ali praksa pokazuje da se to čini izuzetno rijetko, gotovo nikako.<sup>35</sup> Time je dokazna inicijativa prešla u isključivu nadležnost optuženog i njegovog branitelja.<sup>36</sup> Upravo ovo govori koliko je bitno imati dobro educiranog, iskusnog, organizovanog branitelja, zainteresovanog za dokazivanje teze odbrane. S razlogom se može reći da je ovo procesni trenutak kada uloga branitelja, bez obzira na to da li se radi o obligatornoj ili fakultativnoj odbrani, kulminira.<sup>37</sup> Međutim, branitelj se prilikom preduzimanja

svoju odbranu, alternativa priznanju ne postoji ako je ono učinjeno na glavnom pretresu, na kojem su već izvedeni dokazi koji idu na štetu optuženom, posebno ako se ima u vidu da su svi optuženi bili u pritvoru za koji je isto tako potreban dovoljan kvantum dokaza o njegovoj krivici. Ono što se pruža optuženom u smislu "obligatorne" olakšavajuće okolnosti u vidu priznanja je svakako prihvatljivije na prvi pogled od neizbježne osuđujuće presude sa zatvorskom kaznom.

<sup>35</sup> U uzorku predmeta koji su bili analizirani ni u jednom slučaju nije zabilježeno da je neki od dokaza izveden na prijedlog predsjednika ili članova vijeća. Ovo se odnosi ne samo na utvrđivanje činjenica koje se tiču izvršenja krivičnog djela, nego i činjenica koje se tiču sporednih predmeta krivičnog postupka – imovinskopravnog zahtjeva i troškova postupka.

<sup>36</sup> Više o materijalnoj istini u krivičnom postupku pogledati, H. Sijerčić-Čolić, 'Načelo materijalne istine u krivičnom postupku', u *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*, (Beograd, 2012), str. 169–189.

<sup>37</sup> Međutim, mišljenje drugih autora je da je učinjena izmjena u zakonu, koja podrazumijeva veliki broj predmeta koji se okončavaju prije održavanja glavnog pretresa (priznanjem krivnje, sporazumom o uvjetima priznanja krivnje, izdavanjem kaznenog naloga, ulaganjem osnovanih prethodnih prigovora na optužnicu, i sl.) da je uloga branitelja kod ovako organizovanog krivičnog postupka, u istražnoj fazi mnogo

aktivnosti iz svoje nadležnosti, a posebno prilikom ispitivanja optuženog i svjedoka, mora držati profesionalno i poštovati etičke norme koje ga obavezuju u odnosu na branjenika kao i u odnosu na ostale subjekte krivičnog postupka.<sup>38</sup>

Da bi branitelj mogao vršiti odbranu na glavnom pretresu, prvenstveno je potrebno obezbijediti prisustvo branitelja. Ovo nije samo mogućnost, nego i obaveza kada je i pitanju obligatorna odbrana, bez obzira na aktivno ili pasivno držanje branitelja tokom njegovog trajanja.<sup>39</sup>

U vezi s pozivanjem, kao načinom obezbjeđivanja prisustva stranaka u postupku, postojala su različita shvatanja u pogledu toga da li pozivati branitelja ili samo optuženog, pri čemu je većina autora saglasna oko obaveze pozivanja branitelja.<sup>40</sup> Međutim, kada se radi o prvom pozivanju optuženog, branilac se obavezno poziva ukoliko ga osumnjičeni ima, a prilikom prvog ispitivanja ili ga nema ili organ koji ga poziva s tim nije upoznat. Prilikom pozivanja, mora se voditi računa o obaveznom periodu između dostavljanja poziva i termina zakazanog glavnog pretresa, a čime se nastoji omogućiti efikasnije pripremanje odbrane.<sup>41</sup> Osim pozivanja, odnosno dostavljanja poziva, dostavljanje i drugih pismena je bitno kod postupanja u slučajevima odbrane uz pomoć branitelja. Ranija sudska praksa bila je na stanovištu da je potrebno sva pismena, čak i u slučajevima kada se radi o obligatornoj odbrani, dostavljati optuženom, a ne nužno i braniocu.<sup>42</sup> Brojne

odredbe, od kojih posebno zabrana primjene mjere isključenja javnosti na branioca, nemogućnost nastavljanja postupka u slučaju isključenja branioca zbog ometanja reda i mira u sudnici (do postavljanja novog), kao i novčano kažnjavanje branitelja zbog neopravdanog nedolaska na glavni pretres<sup>43</sup>, regulišu položaj branioca na glavnom pretresu u slučaju obligatorne odbrane.

Umijeće branitelja u pogledu vršenja odbrane na glavnom pretresu moći će se od samog početka vidjeti prilikom davanja uvodnog izlaganja. Kod uvodnog izlaganja stranaka, postoje izvjesna ograničenja koja su ustanovljena kako pisanim pravilima, tako i sudskom praksom.<sup>44</sup> U uvodnom izlaganju ističu se bitne činjenice koje će biti predmetom dokazivanja od strane odbrane, kao i dokazi kojima će se utvrđivati navedene činjenice.<sup>45</sup> Potrebno je spomenuti i pravna pitanja, te sporne činjenice na koje će se posebno osvrnuti, a čije rješavanje je neophodno za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja.

Dokazna inicijativa branitelja je od izuzetnog značaja, i to ne samo kod eventualnog pronalaza dokaza kojima će se potvrditi teza odbrane, nego i kod raspolaganja dokazima optužbe, odnosno uspješnosti njihovog opovrgavanja. Tako branitelj ima pravo savjetovati srodnike optuženog da ne svjedoče, tj. da se koriste ovom zakonskom mogućnošću,

bitnija, nego na glavnom pretresu. Provedeno istraživanje je uistinu pokazalo veliki broj slučajeva, gotovo polovicu, u kojima je predmet završen priznanjem krivnje od strane optuženog, ili zaključenjem sporazuma o uvjetima priznanja krivnje.

<sup>38</sup> "Moj advokat rekao mi je pre pretresa: Glavno je da me bezuslovno slušate. Kad olovku držim uspravno, tada govorite. Ako je držim koso, odmah učutite. Kada se počešem, po glavi, kažete da: ako popravim kravatu, kažete ne. Ako podignem beležnicu počnete da plaćete i plaćete sve dok je ponovo ne spustim." E. Berneker et al., Hrsg., *Die Juristischen Berufe in Vergangenheit und Gegenwart*, (Verl. Kirchleim & Co, Mainz/Rhein 1948,) str. 127.

<sup>39</sup> Tako kod pozivanja optuženog na glavni pretres, u slučajevima obligatorne odbrane, ne mora stajati napomena o tome da može imati branitelja, kao što se to naglašava u slučajevima fakultativne odbrane.

<sup>40</sup> Čl. 124. st. 3. ZKP BiH: "Kada se osumnjičeni, odnosno optuženi prvi put poziva, poučit će se u pozivu o pravu da uzme branioca i da branilac bude prisutan njegovom ispitivanju."

<sup>41</sup> Iako naše zakonodavstvo ne predviđa mogućnost suđenja u odsustvu, što je jedan od osnova za obligatornu odbranu u susjednim zemljama, "odbijanje prijedloga branioca po službenoj dužnosti koji je postavljen odsutnom okrivljenom istoga dana kada je i održan glavni pretres da se glavni pretres odloži radi pripreme odbrane, moglo je biti od uticaja na zakonitost i pravilnost presude..." – Sklep Višjeg sudišta v Kopru Kp. 153/81-5 od 21. 5. 1981. godine.

<sup>42</sup> "U slučaju obavezne odbrane samo prepis presude se dostavlja i optuženom i braniocu, a sve ostale odluke od čijeg dostavljanja teče rok za žalbu dostavljaju se lično okrivljenom, a

braniocu samo na zahtjev okrivljenog. Prema tome, prvostepeni sud je pravilno postupio kada je prepis rešenja o produženju pritvora dostavio samo okrivljenom iako se radilo o postupku u kojem je odbrana bila obavezna." – VS BiH Kž. 954/74 od 25. 7. 1975. godine.

<sup>43</sup> Međutim, i u slučajevima kada uredno pozvana braniteljica nije pristupila na glavni pretres i svoj izostanak nije opravdala, a glavni pretres nije održan zbog zauzetosti sudske sale koja je tehnički opremljena za zvučno snimanje, ne može se rješenjem izreći novčana kazna zbog nedolaska braniteljice, jer razlog neodržavanja pretresa nije njen nedolazak. Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj Kž – 228/05 od 5. 5. 2005. godine.

<sup>44</sup> Pored pisanih pravila u pogledu načina ispitivanja svjedoka i redoslijeda izvođenja dokaza, postoje određena pravila oko sadržaja uvodnog izlaganja stranaka. Tako, Pavlović u svom radu ističe da u uvodnom izlaganju tužitelj ne smije spominjati raniju osuđivanost optuženoga. Također ističe da branitelj svoje uvodno izlaganje ne mora dati kako je to predviđeno, na samom početku glavnog pretresa, nego to uvodno izlaganje može biti dato i nakon izvođenja dokaza od strane tužitelja. Š. Pavlović, 'Položaj branitelja prema novom Zakonu o kaznenom postupku', u 82 *Glasilu – časopis hrvatske odvjetničke komore*, (2009), str. 228-243.

<sup>45</sup> Uvodna izlaganja su, iako bi se moglo činiti da nemaju neku posebnu strukturu ili svrhu, ipak značajna kod činjenice da vijeće pred kojim se provodi postupak poznato s osnovanom sumnjom koja proizlazi samo iz optužnice. Svakako je korisno da stranke u uvodnom izlaganju, radi preglednosti provođenja dokaza, daju uvodna izlaganja. Međutim, praksa je pokazala da se ovome ne pridaje previše značaja, što se moglo vidjeti i prilikom provođenja ovog istraživanja, gdje je pretresno vijeće upozoravalo tužitelje ili branitelje na sadržaj uvodnog izlaganja, i to u smislu davanja sugestija šta uvodno izlaganje treba da sadrži.

ukoliko je to u interesu odbrane. Pri tome, svakako da se branitelj ne može služiti prijetnjama i prevarom u istu svrhu. U provedenom istraživanju, utvrđeno je da je u polovici predmeta branitelj imao dokazne prijedloge i predlagao saslušanje svjedoka ili vještaka na okolnosti osporavanja navoda iz optužnice. Ne treba zaboraviti da u ovo nisu uračunati predmeti u kojima je optuženi priznao krivnju, kada su predlagani dokazi isključivo u pogledu odluke o vrsti i visini krivičnopravne sankcije. Međutim, ne treba zaboraviti ni preostalu polovicu predmeta u kojima nije priznata krivnja, a u kojima branitelj na glavnom pretresu nije imao nikakvih dokaznih prijedloga kojima bi pokazao svoje aktivno učešće u pravcu pobijanja navoda iz optužnice. U isto vrijeme, primijećeno je da je u većini predmeta vršeno unakrsno ispitivanje svjedoka pozvanih od strane tužilaštva, što u konačnici upućuje na zaključak da se ipak i u slučajevima kada branitelj nije imao svoje dokazne prijedloge, uključio u ispitivanje svjedoka optužbe. No, da li je to dovoljno, i da li je to maksimalno koliko se moglo učiniti za svoga branjenika?

Prema nekim autorima,<sup>46</sup> najsloženija aktivnost branitelja u pružanju odbrane jest davanje završne riječi. Budući da se sudu obraća pretposljednji,<sup>47</sup> dakle, neposredno prije optuženog, sadržaj i način davanja završne riječi time dobija na značaju. Objektivnost, stručnost, i neemotivan jezik omogućavaju ukratko osvrtanje na činjenice (ne)utvrđene u toku postupka, te njihovo rezimiranje. Bitno je naglasiti da braniteljeva završna riječ nije suvišna i u slučajevima kada osumnjičeni traži teže kažnjavanje, jer branitelj ponovo može iznositi vlastiti stav u pogledu olakšavajućih okolnosti i eventualne sumnje u krivnju optuženog. Obratno, kada se optuženi uporno izjašnjava kao nevin, iako sav dokazni materijal upućuje upravo na suprotan zaključak, branitelj ne može u završnom izlaganju ići na njegovu štetu ili suprotno od navoda optuženog. Upravo su iskrenost, pouzdanost i neemotivnost oznake profesionalnosti koje se posebno vide u završnom izlaganju, i ove karakteristike i reputacija omogućavaju branitelju da sud pokloni više vjere u navode koje iznosi u svom izlaganju.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> B. M. Ignjatović, i sl.

<sup>47</sup> Iako je naznačeno da se branitelj obraća sudu, publika kojoj se branitelj obraća je znatno raznovrsnija. Tako, branitelj zapravo ima oko šest različitih vrsta slušalaca, i to: sudsko vijeće kojem se obraća svojim govorom, druge branioc, ako ih ima, čiju podršku očekuje; tužioca, čiju optužbu napada; publiku prisutnu u sudnici, koju želi da pridobije; optuženog koji se nalazi u posebnom stanju, i koji od njega očekuje efikasnu pomoć; oštećenog, ili njegovog zastupnika, koji će napasti optuženog, kao i tužilac; a ponekad i vještaci. Više o davanju završnog izlaganja pogledati u B. M. Ignjatović, *Advokat kao branilac okrivljenog*, (Beograd, 1984), str. 326.

<sup>48</sup> U slučaju kada branitelj ne pristupi na glavni pretres, a prethodno je samo dan ranije obavijestio sud da usljed bolesti neće moći pristupiti u zakazano vrijeme, pa kad je sud održao glavni pretres s obrazloženjem da su svi dokazi već

#### 4. Uloga i postupanje branitelja u postupku po pravnim lijekovima

Donošenjem prvostepene presude završava se prvi formalni dio krivičnog postupka. Od odluke suda u pogledu krivnje i krivičnopravne sankcije koja je eventualno izrečena optuženom, zavisi i da li će se izjaviti žalba od aktivno legitimisanih subjekata,<sup>49</sup> te da li će samim time doći do postupka povodom ovog pravnog lijeka.

Najjednostavnija situacija sa aspekta odnosa između optuženog i njegovog branitelja jest povoljna odluka, odnosno oslobađajuća presuda. Uloga branitelja i njegove aktivnosti ovakvim ishodom dobivaju mnogo veći značaj iz ugla optuženog, uskoro oslobođenog.

Delikatnija situacija je kada se donesenom presudom optuženi oglašava krivim. Bez obzira na koncept i sadržaj odbrane, iskustvo je pokazalo da veći broj odnosa branilac i branjenik ovdje prestaje i optuženi se obraća novom branitelju sa zahtjevom za izjavljivanje žalbe. Tako branitelj može izjaviti neki od redovnih pravnih lijekova i to žalbu na presudu ili žalbu na rješenje, a po potrebi vanredni pravni lijek, a to je zahtjev za ponavljanje krivičnog postupka, odnosno zahtjev za zaštitu zakonitosti.<sup>50</sup> U ovom dijelu postupka se, u izvjesnim situacijama, ovlaštenja branitelja proširuju van granica volje optuženoga. Tako, ako je optuženi lice osuđeno na kaznu dugotrajnog zatvora, branilac može izjaviti žalbu protiv ovakve presude i mimo volje optuženoga.<sup>51</sup>

Ulaganje pravnih lijekova na odluke suda, posebno u slučajevima kada je optuženi oglašen krivim, značajna su aktivnost odbrane koju branitelj poduzima zajedno s optuženim.<sup>52</sup> Zanimljivo je bilo sagledati u posmatranom

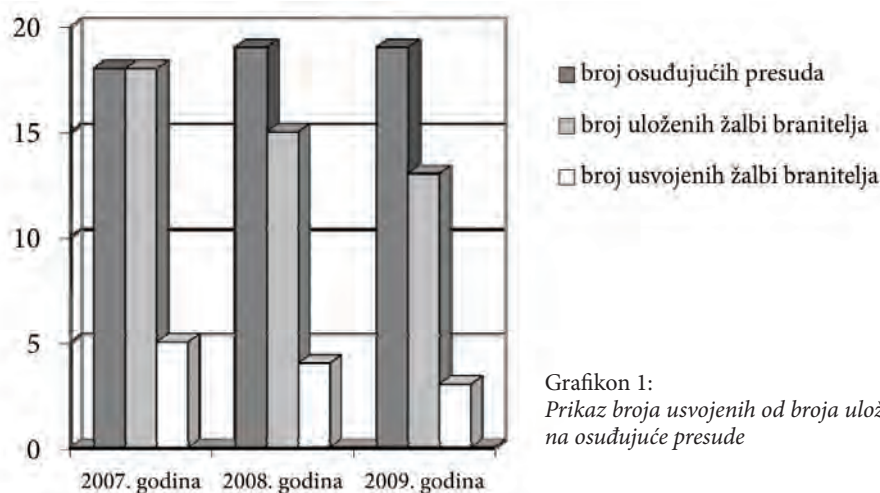
ranije izvedeni i da je optuženom ostalo samo da da završno izlaganje, izvršena je povreda čl. 6. st. 3. t. c) EKLJP jer se "podnositelj zahtjeva nije mogao braniti uz pravnu pomoć po svom odabiru u mjeri kako to zahtijeva Konvencija". U ovom predmetu jedan od sudija je izdvojio mišljenje, smatrajući da nije došlo do povrede navedenog člana – predmet Hanževački protiv Hrvatske, presuda od 16. 4. 2009. godine, zahtjev broj 17182/07.

<sup>49</sup> I u slučajevima kada je optuženi svoju odbranu iznio bez prisustva svoga branitelja na glavnom pretresu, on time nije opozvao punomoć koju mu je ranije dao, te se donesena presuda ima dostaviti branitelju. Odluka Okružnog suda u Beogradu, K. 8/02 od 18. januara 2002. godine.

<sup>50</sup> Ovaj vanredni lijek je vraćen, nakon temeljitih izmjena u krivičnoj oblasti u 2003. godini, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku RS ("Službeni glasnik RS", br. 119/2008).

<sup>51</sup> Čl. 293. st. 6. ZKP BiH.

<sup>52</sup> Interesantno je napomenuti da je generalno stanovište da pogrešno data pouka o pravnom lijeku ne može konstituisati nečije pravo na izjavljivanje pravnog lijeka. Upravo iz tog razloga iznenađuje stav koji je iznesen u odluci Vrhovnog suda Srbije u predmetu broj Kzs. 56/79 od 23. 11. 1992. godine, u kojem stoji da "uputstvo o pravnom lijeku mora sadržavati obavještenje da rok za izjavljivanje žalbe teče od dana dostavljanja presude



Grafikon 1:  
Prikaz broja usvojenih od broja uložениh žalbi branitelja  
na osuđujuće presude

uzorku predmeta koliko su ulagane žalbe na osuđujuće odluke, koji je osnov pobijanja presude i koliko žalbi branitelja je usvojeno. Bez značaja nije ni osnov po kojem je rada uloga i aktivnosti branitelja po pojedinim fazama tužilaštvo ulagalo žalbe, ali pošto je centralna problematika krivičnog postupka, svakako će akcenat biti stavljen na aktivnosti branitelja i optuženog.

Tako su, u 2007. godini, u svih 18 predmeta u kojima je donesena osuđujuća presuda, uložene žalbe od strane branitelja. Usvojeno je 5 žalbi, a najčešći osnov za ulaganje ovog pravnog lijeka bila je odluka o krivičnopravnoj sankciji (63%). Navedeni osnov za ulaganje žalbe ne iznenađuje ako se prisjetimo iz prethodnog teksta da je u najvećem broju slučajeva priznata krivnja, slijedom čega se presuda pobijala samo u pogledu odluke o krivičnopravnoj sankciji.

U 2008. godini, od ukupno 19 predmeta u kojima je donesena osuđujuća presuda, branitelj je uložio žalbu u 15 predmeta, što je rezultiralo usvajanjem samo 4 žalbe. Najčešći osnov za ulaganje žalbe bilo je pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje (34%), ali su gotovo ravnomjerno bili zastupljeni i drugi osnovi i to sa po 20%.

U trećoj godini, dakle u 2009. godini, od 19 osuđujućih presuda, uložena je žalba na 13 presuda, od kojih su tri usvojene. Žalbe su ulagane, ponovo, najčešće na odluku o krivičnopravnoj sankciji (40%).

Iz prethodnog slijedi da je preovladavajući osnov za ulaganje žalbe odluka o krivičnopravnoj sankciji. Ovo je potpuno očekivano, ako se ima u vidu da je istim istraživanjem potvrđeno da je gotovo polovica predmeta okončana priznanjem krivnje na glavnom pretresu, na koju presudu je branitelj uvijek ulagao žalbu zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji zahtijevajući da se priznanju krivnje kao olakšavajućoj okolnosti da veći značaj od onoga kako je to cijenio prvostepeni sud.

U isto vrijeme, ulagane su žalbe od strane tužitelja koji se u svojim žalbama nikako ne pozivaju na povrede krivičnog zakona i jako rijetko na povrede krivičnog postupka. Uglavnom kao osnov ulaganja žalbe preovladava odluka o krivičnopravnoj sankciji (60% u 2007. godini, 70% u 2008. godini i 90% u 2009. godini). Preovladavanje ovog osnova, ponovo se može dovesti u vezu s činjenicom da je u najvećem broju predmeta optuženi priznao krivnju, ali uz kontrargumentaciju od one kako je to navodio branitelj u svojim žalbama. Dakle, tužitelji su u svojim žalbama iznosili kako je prvostepeni sud precijenio priznanje krivnje kao olakšavajuću okolnost i zatražili strožije kažnjavanje optuženog.

Uspješnost tužiteljevih žalbi je procentualno veća od uspješnosti žalbi koje je uložio branitelj. Tako je tužitelj u 2007. godini uložio 15 žalbi, a samo dvije su usvojene (zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji i povrede krivičnog postupka). U narednom periodu, procenat uspješnosti tužiteljevih žalbi je znatno veći, tako da je zabilježeno u 2008. godini da je tužitelj uložio osam žalbi od kojih su tri usvojene, a u 2009. godini je uloženo deset žalbi koje su rezultirale usvajanjem tri žalbe. Veći procenat usvojenih žalbi tužitelja u odnosu na žalbe branitelja, upućuje na veću kritičnost tužitelja prilikom odlučivanja o eventualnom ulaganju pravnoga lijeka. Ne treba zanemariti ni činjenicu da će branitelj kod odbrane po službenoj dužnosti, za sačinjenu žalbu bez obzira na njen sadržaj i ishod, svakako biti adekvatno nagrađen kroz isplatu troškova postupka po pravosnažnosti presude. Dakle, ni ovaj momenat naknade troškova, ne treba isključiti kao motiv podnošenja žalbi u skoro svim predmetima u kojima je izrečena osuđujuća presuda optuženom.

Odnos podnijetih žalbi u korist optuženog kroz sve tri godine, posmatrajući od 2007. do 2009. godine iznosi 3:1, zatim 4:1 pa u konačnici 5:1. Dakle, primjećuje se da je u prvoj godini od tri podnesene, jedna žalba usvojena, da bi taj broj u 2009. godini porastao na jednu usvojenu žalbu na pet podnesenih. Interesantno je naglasiti da nijedna žalba, ni tužioca ni branioca, nije odbačena iz bilo kog od zakonskih osnova.

branitelju. Ako uputstvo o pravnom lijeku ovo ne sadrži, a okrivljeni, koji je primio otporak presude sa uputstvom posle uručenja braniocu, izjavi žalbu u roku navedenom u uputstvu, izjavljena žalba će se smatrati blagovremenom.”

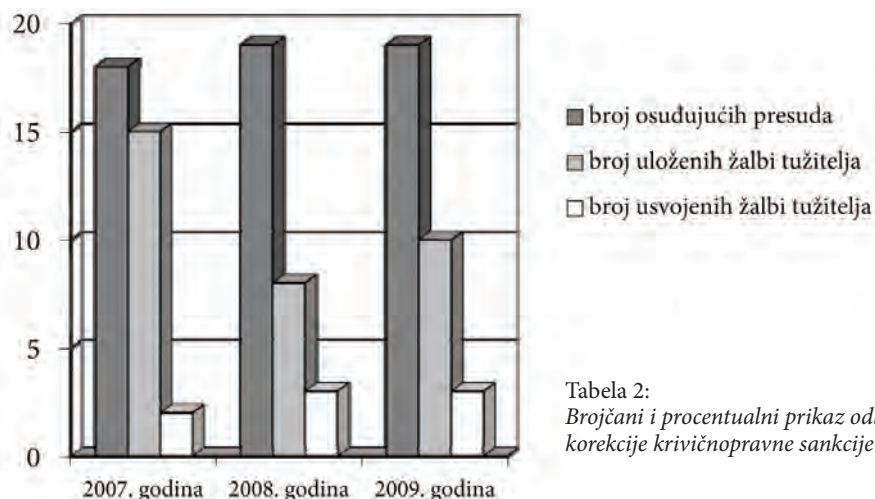


Tabela 2:

Brojčani i procentualni prikaz odluka višeg suda u pogledu korekcije krivičnopravne sankcije izrečene prvostepenom presudom

Uporedna istraživanja pokazuju da i u drugim zemljama postoji prisutno nezadovoljstvo tužitelja u pogledu kaznene politike sudova, ali ujedno iznenađuje zašto se tužitelji ne žale u svim predmetima u kojima imaju mogućnost, te zašto postoji veći broj žalbi branitelja koje se uvažavaju od strane viših sudova.<sup>53</sup> Tako prema zaključcima istih istraživanja broj podnesenih žalbi i njihov ishod je veliki i jasan pokazatelj kaznene politike u jednoj zemlji, i stvarne mogućnosti pojedinih subjekata žalbe da utiču na pravac njenog daljeg kretanja.

Analizirajući aktivnosti branitelja u smislu ulaganja žalbe, nije bez značaja i vrsta odluka koje su donošene na višem sudu po žalbama koje su uložile stranke.

U 2007. godini u pet predmeta izvršena je korekcija izrečene kazne, tako da je visina kazne u tri slučaja umanjena, dok je u dva predmeta po žalbi tužitelja kazna povećana. Za razliku od ove godine, u narednoj godini, dakle u 2008. godini drugostepeni sud je izmijenio odluku o sankciji u osam predmeta, i to u polovici predmeta je sankcija umanjena, a u drugim slučajevima kazna je povećana. U konačnici, u 2009. godini korigovana je odluka o krivičnopravnoj sankciji u pet predmeta, od čega je u četiri slučaja sankcija povećana, a samo u jednom je sankcija umanjena.

Godina	Odluke drugostepenog suda u pogledu sankcije	Predmeti u kojima je sankcija smanjena (br./%)	Predmeti u kojima je sankcija povećana (br./%)
2007.	5	3 / 60%	2 / 40%
2008.	8	4 / 50%	4 / 50%
2009.	5	1 / 20%	4 / 80%

Posljedično se može zaključiti da se kaznena politika polako koriguje, tako da viši sud iz godine u godinu u sve više slučajeva izriče strožiju kaznu.

### Zaključak

Položaj i ovlaštenja branitelja kao procesnog pomoćnika osumnjičenog, odnosno optuženog zavise od faze krivičnog postupka. Njegov položaj zavisi i od niza drugih faktora među kojima je svakako bitan i taj na koji način je branitelj angažovan. Međutim, položaj osumnjičenog i tok krivičnog postupka svakako zavise i od aktivnosti koje njegov branitelj poduzima u odgovarajućim fazama postupka, kako bi izdejsstvovao najpovoljniju odluku za svoga klijenta, a to je oslobađajuća presuda.

U istražnoj fazi, branitelj može biti angažovan od momenta kada osumnjičeni sazna da se vodi krivični postupak protiv njega. Branitelj mora biti angažovan od prvog ispitivanja osumnjičenog u pojedinim slučajevima obligatorne odbrane, ali je sveukupnost ovlaštenja koja mu stoje na raspolaganju znatno ograničena, čime se dodatno može potvrditi činjenica da u fazi istrage preovladavaju inkvizitorski elementi. Nepostojanje formalne odluke o započinjanju istrage na koju bi branitelj mogao uložiti pravni lijek, svakako znači da aktivniju ulogu ovog sporednog subjekta u procesnom smislu možemo očekivati tek u narednoj fazi, iako se najveći dio dokaza na kojima će se temeljiti sudska odluka pribavlja upravo u fazi istrage.

Pored niza ovlaštenja koja stoje na raspolaganju branitelju u fazi optuživanja, najznačajniji su svakako prethodni prigovori, koji se u praksi izuzetno rijetko koriste. Utvrđeno je da je u nekoliko slučajeva postojao osnov za ulaganje prethodnog prigovora, bilo iz razloga nenadležnosti ili nezakonitosti dokaza, ali prigovori nisu uloženi. Teško je zamisliti koji bi opravdani razlog na strani branitelja bio za ovakvo postupanje, ukoliko se počne od pretpostavke da je i branitelju u interesu da u što kraćem roku, u najranijoj fazi krivičnog postupka, izdejsstvuje najpovoljniju odluku za svoga klijenta. U tom

<sup>53</sup> D. Novosel, 'Žalbe državnog odvjetnika i okrivljenika kao korektiv izrečenih kazni', vol. 11, br. 2 *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (2004), str. 274.

smislu, potrebno je dodatno potencirati usavršavanja i aktualiziranje problematike instituta prethodnih prigovora, za koje se sada već ne može reći da su relativno skoro uvedeni u naše zakonodavstvo.

Definisanjem strategije odbrane, prolongiranjem momenta davanja izjašnjenja o krivnji, odnosno mijenjanja prvobitno date izjave o osporavanju krivnje, ostavlja se prostora za detaljnije analize posljedica ovakvog postupanja. Nekim opsežnijim istraživanjem, kojim će biti obuhvaćen veći uzorak predmeta, analizirani eventualno i tužilački dijelovi istoga spisa, mogli bi se provjeriti navodi koji su dati od strane branitelja za naknadno priznavanje krivnje, i potvrditi činjenica da je cjelokupno postupanje branitelja upravo u najboljem interesu njihovog klijenta. Nadalje, ne bi bilo zanemarljivo ni utvrditi koliko zapravo priznanje jeste olakšavajuća okolnost prema mišljenju viših sudova, ako se prisjetimo da je broj odluka kojim se umanjuje izrečena krivičnopravna sankcija iz godine u godinu sve manji. Dalo bi se nagovijestiti da je priznanje kao olakšavajuća okolnost, možda precijenjena.

Iako prema nekim autorima uloga branitelja kulminira na glavnom pretresu kroz aktivnosti koje se uglavnom svode na predlaganje i izvođenje dokaza, ispitivanje svjedoka, ulaganjem prigovora i davanje završnog izlaganja, po drugim autorima ova faza je zapravo samo rezultat onoga što je pribavljeno u istrazi. U tom pravcu, branitelji redovno koriste svoje pravo na unakrsno ispitivanje svjedoka optužbe, ali se znatno rjeđe odlučuju na vlastitu dokaznu inicijativu predlaganjem i izvođenjem dokaza odbrane na glavnom pretresu. Kada je u pitanju korištenje instituta unakrsnog ispitivanja, potrebno je naglasiti da je i danas prisutna intervencija tužitelja i vijeća, odnosno predsjednika vijeća po pitanju načina vršenja unakrsnog ispitivanja. Tako sve sugestije i prigovori s kojima istupaju ovi subjekti krivičnog postupka ukazuju na potrebu dodatnog educiranja i organizovanja praktičnih radionica na temu unakrsnog ispitivanja svjedoka, sa svim pravilima i ograničenjima koja za njih važe.

Možda posljednja prilika da se koriguje odluka koja je donesena u krivičnom postupku je podnošenje žalbe i pokušaj da se navodima iz žalbe izdejstvuje povoljnija odluka za optuženog. Preinačena ili ukinuta odluka u korist optuženog nije isključivo rezultat braniteljeve sposobnosti da sačini dobru žalbu, nego i cjelokupnog postupka i držanja i ostalih procesnih subjekata, a posebno suda koji bi mogao tokom postupka učiniti neku povredu na koju bi branitelj ukazao. Međutim, polemika koja je iznesena u ovom radu u pogledu činjenice da će postavljeni branitelj ostvariti naknadu za sačinjenu žalbu bez obzira na njen ishod, ostavlja prostora za dalje razmišljanje o tome koliko je stvarno branitelj motiviran izdejstvovati povoljnu odluku za svoga klijenta, i koliko stvarno koristi sva ovlaštenja koja su mu zakonskim odredbama pružena kroz sve faze postupka.

Mag. sci. Bisera Kalaba

## **Die Rolle der Verteidigung in verschiedenen Phasen des Strafprozesses**

(Zusammenfassung)

*Der Rechtsbeistand, den der Verteidiger dem Angeklagten in allen Phasen des Strafprozesses leistet, ist qualitativ schwer messbar. Das Ziel dieses Beitrags ist es, durch die Analyse der verschiedenen Phasen des Strafprozesses, diejenigen aufzuzeigen, in welchen der Verteidiger besonders aktiv ist. Zusätzlich werden die theoretischen Standpunkte darüber, welche Prozessphase die wichtigste ist um die Anklage zu Fall zu bringen, dargestellt. Ebenfalls wird in dem Beitrag erörtert, wie die Verteidiger ihre Befugnisse ausschöpfen und erfolgreich zur Verteidigung des Angeklagten tätig werden können. Dabei werden Vorschläge für das Vorgehen der Verteidigung gemacht. Dabei werden praktische Erfahrungen sowie empirischen Untersuchungen über die Anwendung einzelner Institute durch den Verteidiger berücksichtigt.*

## **The role of formal defence in different stages of the proceeding**

Abstract

*The quality of legal assistance provided to an accused person by his/her defence attorney at any stage of criminal proceedings cannot be easily analysed and measured in terms of its quality. When considering the basic provisions of the criminal procedure which regulate the position of the defence attorney in every stage in proceeding, this paper aims at outlining the specific phases of the procedure where the function of the attorney is more active, with additional theoretical analysis of the views of different authors on what phase of the proceeding is the most important for particular activities in refuting the criminal charges. The analysis considers the question: How do defence attorneys use some of their prerogatives and how successful are they?*

*The paper suggests how one can improve the position of the suspect who is defended by an attorney. Finally, it offers practical insights and experiences, including empirical research on the implementation of some elements of criminal law used by a defence attorney.*

**Key words:** *criminal proceeding, defence attorney, preliminary objections, cross-examination, appeal.*

## Aktuelnosti iz evropskog prava

## Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima

(Sl. list EU 2012, L 351/1)

Dženana Radončić\*

Doc. dr. Zlatan Meškić

### I Uvod

Uredba br. 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Brisel I)<sup>1</sup> čini jezgro međunarodnog privatnog prava EU (evropskog kolizionog prava). Pravni režim sadržan u Uredbi Brisel I može se pozvati na dugu pravnu tradiciju, jednu od najdužih unutar prava EU uopće. Naime, Evropske ekonomske zajednice su već 1959. godine naložile Komisiji da pokrene inicijativu za započinjanje pregovora među državama članicama kako bi se uspostavio sistem pojednostavljenog postupka uzajamnog priznanja i izvršenja sudskih i drugih odluka.<sup>2</sup> Tako je nastao međunarodni sporazum potpisan između šest prvobitnih država članica, koji je postavio temelje današnjeg evropskog kolizionog prava (EKP), a to je Briselska konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16. 9. 1968. godine (Briselska konvencija).<sup>3</sup> Briselska konvencija s aspekta podjele pravnih izvora unutar Evropske unije nije spadala ni u primarno ni u sekundarno pravo EU,

jer sve do Amsterdamskog ugovora iz 1999. godine nije postojala pravna norma unutar primarnog prava EU, koja bi dala izričito ovlaštenje Evropskoj uniji da samostalno donosi pravne akte u oblasti međunarodnog privatnog prava. Ipak, Briselska konvencija služila je ciljevima prava EU i ubrzavanju unijskog integracionog procesa, te je svrstavamo u tzv. "prateće pravo EU".<sup>4</sup> Takvo rano donošenje Briselske konvencije omogućilo je da se načelo međusobnog priznanja sudskih odluka u evropskom pravosudnom području razvija paralelno s ekonomskom i političkom integracijom.<sup>5</sup> Uticaj Konvencije proširen je i van EU, kada su države Evropske asocijacije za slobodnu trgovinu (EFTA) odlučile inicirati potpisivanje konvencije koja bi proširila sistem Briselske konvencije na njih.<sup>6</sup> Nastala je tzv. Lugano konvencija od 16. 9. 1988. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koja je gotovo u cijelosti preuzela tekst tada važeće verzije Briselske konvencije. Proces preuzimanja Briselske konvencije u formalne izvore prava EU konačno je završen kada je Briselska konvencija, uz određene izmjene, pretvorena u Uredbu Brisel I.<sup>7</sup>

Kvalitet rješenja Uredbe Brisel I, odnosno Lugano konvencije, kao i cilj pristupanja EU, navele su države članice Centralnoevropskog sporazuma o slobodnoj trgovini (CEFTA) da razmotre mogućnosti preuzimanja rješenja iz Uredbe Brisel I na tradicionalnoj Sedmoj konferenciji za međunarodno privatno pravo, održanoj u Novom Sadu 2009. godine. Nudile su se opcije preuzimanja Uredbe Brisel I u nacionalna zakonodavstva uz opasnost da konačna rješenja u pojedinim državama budu različita, zatim pristupanje Lugano konvenciji gdje bi postojala

\* Dž. Radončić je asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

<sup>1</sup> Uredba (EZ) br. 44/2001 Vijeća o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Briselska uredba ili Brisel I), Sl. list 2001 L 12/1.

<sup>2</sup> J. Alihodžić, *Razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini* (Tuzla 2012) str. 84; Opširnije u J. Basedow, *Die Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam*, u Baur/Mansel (ed.), *Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht* (2002) str. 19.

<sup>3</sup> Konvencija o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 16. 9. 1988., Sl. list 1972. L 299 str. 43–44.

<sup>4</sup> Njem. *begleitendes Gemeinschaftsrecht*; G. Reichelt, *Europa-recht*, (Wien 2002) str. 44.

<sup>5</sup> Ch. Kohler, "Von der EuGVVO zum Europäischen Vollstreckungstitel", u G. Reichelt/W. Rechberger, *Europäisches Kollisionsrecht*, (Wien 2004) str. 63 (91).

<sup>6</sup> Prva inicijativa došla je od Švedske već 1973. godine; vidi D. Martiny, "The Idea underlying the Lugano Convention – Experience in its application and reform", *Zbornik radova sa Sedme konferencije za međunarodno privatno pravo – proširenje "Evropskog pravosudnog prostora" na države članice CEFTA*, (Novi Sad 2010) str. 20.

<sup>7</sup> Uredba (EZ) br. 44/2001 Vijeća o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Briselska uredba ili Brisel I), Sl. list 2001 L 12/1; To je imalo za posljedicu da je reformisana i Lugano konvencija, kako ne bi došlo do razlika između ova dva režima, te su revizirani Lugansku konvenciju potpisale Evropska zajednica, Danska, Island, Norveška i Švicarska 30. 10. 2007. godine u Luganu.



opasnost da ne uspiju sve države CEFTA-e istovremeno pristupiti ili bi proces trajao veoma dugo, te potpisivanje multilateralne regionalne konvencije s kojom bi se preuzela rješenja iz Uredbe Brisel I.<sup>8</sup> Prevagnulo je posljednje navedeno rješenje, zbog najveće mogućnosti da će države bivše SFR Jugoslavije (bez Slovenije i najvjerovatnije Hrvatske), uz dodatno Albaniju i Moldaviju kao države CEFTA-e, uspostaviti zajednički sistem međunarodne nadležnosti, te pojednostavljenog priznanja i izvršenja presuda u građanskim i trgovačkim stvarima. Konvencija je nazvana Sarajevska konvencija zbog prvog službenog susreta u Sarajevu 2011. godine, a ove godine očekuje se njena ratifikacija i stupanje na snagu.

## II Potreba za revizijom Uredbe Brisel I

Izmjena akta koji dobro funkcioniše u praksi i čiji značaj putem Lugano konvencije, a nadamo se uskoro i Sarajevske konvencije, seže izvan EU, mora biti opravdana kako pravno, tako i ekonomski i politički.<sup>9</sup> Ovdje se EU možda po prvi put suočava sa situacijom da joj kvalitet i tradicija uspostavljenog režima na nivou EU postaju prepreka za visoki ritam zakonodavnih aktivnosti, dok je do sada takav otpor postojao samo na nivou država članica. Komisija je prijedlog pripremala slijedeći viziju pravnog prostora unutar EU u kojem presude slobodno cirkulišu, u kojem je olakšan pristup pravosuđu, poboljšana efikasnost prorogacionih sporazuma i koordinacija između Uredbe i međunarodnog arbitražnog prava.<sup>10</sup> Zbog toga je u septembru 2009. godine poduzela konkretan korak i dala prijedlog Uredbe o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim predmetima,<sup>11</sup> a Savjet

je uvažavajući samo ograničen broj predloženih izmjena od strane Komisije usvojio novu verziju Uredbe Brisel I, 6. decembra 2012. godine.<sup>12</sup> Kada se uzme u obzir prethodno naglašena uspješnost režima Brisel I, prijedlog Komisije sadržavao je značajne izmjene od kojih se mogu izdvojiti četiri: 1. proširenje područja primjene propisa o nadležnosti sudova država članica EU na osobe koje nemaju prebivalište u EU (pitanje univerzalne nadležnosti); 2. povećanje efektivnosti prorogacionih sporazuma u slučajevima dvostruke međunarodne litispencije; 3. ukidanje egzekviture (postupka priznanja i izvršenja sudskih odluka iz drugih država članica EU); te 4. proširenje područja primjene na arbitražne sporazume. U nastavku će biti objašnjeni razlozi koji su Komisiju naveli na predložene izmjene, ukratko će se predstaviti prijedlozi izmjena, te prikazati konačno usvojena rješenja u izmijenjenoj Uredbi Brisel I, pri čemu će naglasak biti stavljen na izmjene koje su se našle u konačnoj verziji Uredbe Brisel I. Neće biti moguće ispoštovati cjelovitost prikaza prijedloga izmjena Komisije, jer bi to uveliko prevazišlo okvire ovog rada.

### a) Položaj trećih država

Uprkos uspješnom funkcionisanju briselskog režima, određeni nedostaci i nedosljednosti, koje su proizlazili iz doslovne primjene Uredbe, postali su evidentni. Osnov za opštu nadležnost<sup>13</sup> u vidu prebivališta tuženog, iako generalno prihvaćen kao osnovno pravilo za univerzalnu nadležnost, pokazuje svoje manjkavosti u relaciji s trećim državama. Prema ovoj odredbi, nadležnost države članice može se zasnovati na osnovu Uredbe, ukoliko tuženi ima prebivalište na teritoriji te države članice, bez potrebe da se ostvari bilo koji drugi težišni kontakt s teritorijom iste države. Za tužene s prebivalištem na području neke treće države, ovo znači da se nadležnost neće ocjenjivati na osnovu Uredbe Brisel I, nego prema pravilima 27 nacionalnih režima država članica.<sup>14</sup> Izuzetak predstavljaju situacije u kojima su ispunjeni uslovi za isključivu nadležnost države članice u skladu s članom 22. Uredbe, kada prebivalište tuženog nije od značaja, čak i ako se nalazi na teritoriji treće države ili postojanje prorogacionog sporazuma u korist suda države članice. Upravo zbog navedene problematike, Komisija je u Prijedlogu izbacila sporni uslov u članu 4. stav 1. Uredbe i predvidjela mogućnost da se na tužene koji nemaju prebivalište na području EU primjenjuju pravila o posebnoj nadležnosti. Ovo rješenje bilo je modificirano ostavljanjem mogućnosti primjene dva supsidijarna osnova za nadležnost,<sup>15</sup> čime

<sup>8</sup> I. Kunda, "The question of an appropriate method: Incorporation of the community instrument, invitation to join the Lugano convention or a new convention?", *Zbornik radova sa Sedme konferencije za međunarodno privatno pravo – proširenje "Evropskog pravosudnog prostora" na države članice CEFTA*, (Novi Sad 2010) str. 47.

<sup>9</sup> A. Dickinson, "The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) ("Brussels I bis" Regulation), *Evropski parlament* (2011), 3, dostupno online: <http://ssrn.com/abstract=1930712>.

<sup>10</sup> I. Pretelli, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast)", *Directorate-general for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs*, dostupno na: [http://www.academia.edu/1532197/Proposal\\_for\\_a\\_regulation\\_of\\_the\\_European\\_Parliament\\_and\\_of\\_the\\_Council\\_on\\_jurisdiction\\_and\\_the\\_recognition\\_and\\_enforcement\\_of\\_judgments\\_in\\_civil\\_and\\_commercial\\_matters\\_recast\\_\(pristup\\_dana\\_12.3.2013.godine\)](http://www.academia.edu/1532197/Proposal_for_a_regulation_of_the_European_Parliament_and_of_the_Council_on_jurisdiction_and_the_recognition_and_enforcement_of_judgments_in_civil_and_commercial_matters_recast_(pristup_dana_12.3.2013.godine))

<sup>11</sup> *Evropska komisija, Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Recast)*, Brussels, 14. 12. 2010, COM(2010) 748 final.

<sup>12</sup> Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog Parlamenta i Vijeća od 12. decembra 2012 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (recast), *Sl. list EU* 2012, L 351/1.

<sup>13</sup> Predviđen u čl. 2. st. 1. Uredbe.

<sup>14</sup> U skladu s čl. 4. st. 1. Uredbe.

<sup>15</sup> Radi se o dopunskim osnovama za nadležnost države članice, za dvije situacije, prema čl. 25. Prijedloga, prva, ukoliko se

je Komisija nastojala proširiti domet pravila uredbe, određujući tako da nema mjesta za primjenu nacionalnih propisa o sukobu jurisdikcije.<sup>16</sup>

Sobzirom na ovako postavljene ciljeve Prijedloga Komisije da omogući primjenu Uredbe i u onim situacijama u kojima tuženi nema prebivalište na području EU, predložene izmjene dobivaju svoj *ratio* ako se shvate kao logičan odgovor Komisije na praksu Suda EU u presudi *Owusu*<sup>17</sup>. Nastojeći osigurati primjenu pravila Uredbe čak i u slučajevima isključive nadležnosti trećih država, Sud EU je zauzeo stav da se sudovi država članica ne mogu oglasiti nenadležnim, sve dok postoji mogućnost za primjenu bilo kojeg osnova za nadležnost unutar Uredbe. Ovo vrijedi bez obzira na ispunjenost uslova za nadležnost sudova u trećoj državi, primjenom istih pravila Uredbe. Ova "obaveza" prihvatanja nadležnosti, dok god za nju postoji osnov u Uredbi, našla je svoju potvrdu u spomenutoj presudi *Owusu* Suda EU. Naime, engleski sud se, primjenom pravila *forum non conveniens*<sup>18</sup> oglasio nenadležnim u korist suda na Jamajci, što je Sud EU ocijenio nedopuštenim, jer je engleski sud bio opštenadležan prema odredbama Uredbe, potvrđujući na taj način, imperativnost odredbe o opštoj nadležnosti. Čak i u situacijama kada, primjenom odredbi Uredbe o isključivoj nadležnosti, postoji isključiva nadležnost treće države, sudovi država članica ostaju opštenadležni, čime je zauzet stav o nepostojanju tzv. "refleksnog dejstva". Refleksno dejstvo odredbi Uredbe podrazumijeva njihovu analognu primjenu i na sporove u vezi s trećim državama, a koje se inače ne bi primijenile jer vode zasnivanju nadležnosti suda te treće države. Problematika refleksnog dejstva može se pojaviti u tri slučaja:

- a) u pogledu odredbi o isključivoj nadležnosti,<sup>19</sup> čija bi analogna primjena zasnovala isključivu nadležnost sudova trećih država. U ovom slučaju oglašavanje

države članice nenadležnom u korist isključive nadležnosti treće države djeluje opravdano, jer bi u suprotnom bilo dovedeno u pitanje priznanje i izvršenje takve odluke u trećoj državi;

- b) povodom prorogacionih sporazuma<sup>20</sup> u korist trećih država, te
- c) u slučaju da je parnica prvo započeta pred sudom treće države, u kom slučaju bi se sud države članice oglasio nenadležnim i prepustio odlučivanje u konkretnom sporu sudu treće države.<sup>21</sup>

Dakle, kada postoji ijedan osnov unutar Uredbe za nadležnost države članice, ta nadležnost se ne može odbaciti, makar okolnost slučaja ukazivala čak i na isključivu nadležnost treće države.<sup>22</sup> Ipak, refleksno dejstvo odredbi Uredbe koje se odnose na isključivu nadležnost, prorogaciju nadležnosti i litispendenciju moguće je osigurati, ali u ublaženom obliku, kako je to učinio i engleski sud u predmetu *Ferrexpo*<sup>23</sup>. Radi se o tzv. djelomičnom refleksnom dejstvu u situacijama kada univerzalna primjena navedenih pravila Uredbe ide u korist treće države, a prema nacionalnom kolizionom pravu te iste države ima osnova za zasnivanje nadležnosti. Odluka *Ferrexpo* donesena je povodom dugotrajnog spora o vlasništvu nad ukrajinskom kompanijom između engleskih kompanija, s jedne, i švicarskih kompanija, s druge strane. Spor je prvobitno započeo u Ukrajini, a potom u Engleskoj, koja je iskoristila priliku da pomiri *common law* principe, prema kojima je trebalo dati prednost sudovima u Ukrajini, i odredbe Uredbe, prema kojima je imala obavezu zasnivanja nadležnosti na osnovu prebivališta tuženog, bez obzira na prvobitno započetu parnicu u Ukrajini. Navedena odluka je važna za problematiku litispendencije u koju su uključene treće zemlje, jer pokazuje spremnost engleskog suda da pruži refleksivno dejstvo odredbi Uredbe o litispendenciji, u korist trećih država, konkretno Ukrajine, uvažavajući okolnosti da se radilo o pitanju pravnog subjektiviteta i upisa u strani javni registar.<sup>24</sup> Ova modificirana varijanta teorije o refleksnom dejstvu predstavlja nastojanje da se onemogućuje apsurdne situacije univerzalne primjene pravila Uredbe u korist treće države, onda kada prema njenom međunarodnom privatnom pravu nema uopšte osnova za nadležnost.<sup>25</sup>

na teritoriji države članice nalazi imovina tužnog koja je u odgovarajućoj proporciji s tužbenim zahtjevom i pod uslovom da slučaj ima dovoljnu vezu s konkretnom državom članicom, te čl. 26. kojim je predviđen *forum necessitatis* kao zaštitna mreža ukoliko je u trećoj državi upitno ostvarivanje prava na pravično suđenje i pristup pravosuđu, a sam slučaj ima, na osnovu Uredbe, dovoljnu vezu s državom članicom. Očigledno je da se radi o dosta nejasnim kriterijima, kojima bi bio ostavljen značajan diskrecioni prostor državi članici. U svakom slučaju navedene odredbe nisu našle svoje mjesto u konačno usvojenoj verziji Uredbe. Izbacivanjem navedene izmjene, nisu uspjela nastojanja Komisije da popuni postojeću pravnu prazninu.

<sup>16</sup> J. Weber, "Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation", Max Planck Private Law Research Paper No. 11/7, *RebelsZ Bd. 75* (2011) str. 620 na str. 637.

<sup>17</sup> Sud EU, C-281/02, Andrew Owusu/N.B. Jackson, vlasnik preduzeća 'Villa Holidays Bal-Inn Villas' i dr., 2005, I-1383.

<sup>18</sup> *Forum non conveniens* je *common law* doktrina koja propisuje da sudovi mogu odbiti nadležnost u postupku, ukoliko bi drugi sud, koji je inače dostupan strankama, više odgovarao okolnostima slučaja.

<sup>19</sup> Čl. 22. Uredbe iz 2001. godine.

<sup>20</sup> Čl. 23. Uredbe iz 2001. godine.

<sup>21</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 630.

<sup>22</sup> Vidi šire: M. Stanivuković, "Recasting Brussels I a Regulation and it's Impact upon Third Countries, in Particular Serbia", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2011, (2011) str. 91 na str. 99.

<sup>23</sup> Commercial Court, *Ferrexpo AG/Gilson Investments Ltd & Ors* [2012] EWHC 721; [2012] 1 Lloyd's Rep. 588.

<sup>24</sup> S. Trimmings/C. Sanderson, "The Impact of The English Court's Decision in FERREXPO AG v. Gilson Investment LTD, et al. in Parties Involved in Cross-Border Litigation", *Newsletter – TerraLex Practice Groups*, (2012) str. 7.

<sup>25</sup> Vidi šire: P. de Verneuil Smith, et al., "Reflections on Owusu:

Čini se da navedena presuda *Owusu* ostavlja mnogo neriješenih pitanja. S jedne strane, teško se oduprijeti utisku da protekcionistički stav Suda EU prema domicilu tuženog kao neprikosnovenom osnovu za opštu nadležnost države članice spram bilo kakve, pa čak i očigledno tješnje povezanosti s trećom državom, nije u skladu s briselskim režimom koji slijedi cilj što bolje sudske kooperacije i uspostavljanja efikasnog sistema priznanja i izvršenja presuda.<sup>26</sup> Smisao ovog pravila jeste da se olakša tuženom da se brani ili, kako pojedini autori navode, da igra "domaću igru"<sup>27</sup>. Ovo bazično rješenje vrijedi, ukoliko pravila o posebnoj nadležnosti ne pružaju osnov tužitelju da pokrene postupak u drugoj državi članici.<sup>28</sup> S druge strane, jednosmjernost pravila o nadležnosti ne može spriječiti pokretanje paralelnog postupka protiv istog tuženog u trećoj državi, što dovodi do opasnosti postojanja više nepomirljivih presuda povodom iste stvari. Čak ni postojanje prorogacionog sporazuma u korist treće države, ne bi uzdrimalo nadležnost države članice prema pravilima Uredbe. Osim toga, ističe se da odluka postavlja obavezu za zasnivanje nadležnosti države članice, čak i kad se to protivi s njenim nacionalnim odredbama, što znači da će takve odredbe primjenjivati u slučaju tuženog izvan EU. Osim toga, domašaj ovih odredbi, kao takav, vrijedi između država članica. Zbog toga nastaje nesvrshodna situacija u srcu briselskog režima, gdje je sud države članice primoran da prihvati svoju nadležnost, koje bi se, u slučaju refleksivnog dejstva Uredbe na treće države, morao odreći ili bi makar imao takvu mogućnost.<sup>29</sup>

Osim toga, opravdano su se kritikovale odredbe Uredbe prema kojima je za opštu nadležnost dovoljan samo domicil na teritoriji države članice,<sup>30</sup> dok osnove za posebnu nadležnost, iako predstavljaju tijesnu vezu s konkretnim sudom, nisu dovoljne za uspostavljanje nadležnosti bez obzira na prebivalište.<sup>31</sup> Naime, prema rješenju sadržanom u članu 4. stav 1. Uredbe, tuženi koji nemaju prebivalište na području države članice, podvrgavaju se pravilima

nacionalnog kolizionog prava svake od država članica. Čini se da ovakvo rješenje ne odgovara ni tužiteljima s domicilom na teritoriji države članice, ni tuženim s domicilom na teritoriji neke treće zemlje. Prvi uživaju pogodnosti režima Uredbe Brisel I samo kad tuženi ima prebivalište na teritoriji države članice, jer se primjena Uredbe smatra kao zaštita pružena tuženim iz EU u odnosu na ekstenzivna pravila o nadležnosti koja mogu biti sadržana u pravnim porecima država članica.<sup>32</sup> Drugi se podvrgavaju pravilima 27 nacionalnih pravnih režima, što je nesretno rješenje prvenstveno zbog ugrožene pravne sigurnosti potencijalnog tuženog i njegove otežane mogućnosti da predvidi vlastiti pravni rizik, budući da je upoznavanje s nacionalnim pravilima o sukobu jurisdikcija povezano s dosta poteškoća.<sup>33</sup> Na tom tragu, Komisija je predložila brisanje odredbe o primjeni nacionalnih režima na tuženog s prebivalištem van EU, kao i izbacivanje uslova domicila tuženog na teritoriji države članice za primjenu odredbi o posebnoj nadležnosti, čime bi se postavila jedinstvena pravila za sve aktere Unutrašnjeg tržišta, te stimulisali subjekti iz trećih država da se uključe u poslovne aktivnosti unutar EU. Ipak, ovakva nastojanja Komisije nisu motivisana zaštitom tuženih iz trećih država, nego upravo osiguranjem nesmetanog i predvidivog pristupa sudu države članice za tužitelje s prebivalištem unutar EU, koji se shvataju kao slabija strana u potrošačkim i radnopravnim sporovima, te ih je potrebno zaštititi u odnosu na tužene izvan EU.<sup>34</sup>

U svakom slučaju, usvojeni tekst revidirane Uredbe ostaje na tradicionalnim stajalištima, kako u pogledu razlikovanja režima za tuženog iz treće države, tako i u poglavlju koje uređuje posebnu nadležnost zadržava ranija rješenja i kao prvi uslov za zasnivanje nadležnosti predviđa domicil tuženog u nekoj od država članica. Jedina izmjena se, u skladu s članom 6. stav 1. revidirane Uredbe<sup>35</sup>, odnosi na proširenje primjene nacionalnog prava država članica na tužene s prebivalištem izvan EU u slučaju potrošačkih i radnopravnih sporova. Za bosanskohercegovačke građane s prebivalištem izvan EU, ukoliko se isti nađu u poziciji

The Radical Decision in *Ferrexpo*, *Journal of Private International Law*, Vol. 8 No. 2, (2012), str. 389 na str. 397.

<sup>26</sup> P. de Verneuil Smith, et al., loc. cit., fn 25, str. 389 na str. 394.

<sup>27</sup> Th. C. J. A. van Engelen, "Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14. 3, (2010) str. 4.

<sup>28</sup> P. Cachia, "Recent Developments in the Sphere of Jurisdiction in Civil and Commercial Matters", *ELSA MALTA LAW REVIEW*, Edition I, (2011) str. 69 na str. 71.

<sup>29</sup> Vidi šire: P. de Verneuil Smith, et al., loc. cit., str. 389 na str. 397.

<sup>30</sup> Opšta nadležnost postavljena je kao pravilo, a ostale odredbe o nadležnosti predstavljaju samo izuzetak tog pravila i moraju se tumačiti restriktivno, kako je već utvrdio Sud EU u nekoliko navrata (Sud EU, C-412/98, Group Josi Reinsurance Comp/UGIC, 2000, I-5925, tačke 35-7; Sud EU, C-51/97, Réunion européenne SA and Others/Splithoff's Bevrachtin-gskantoorBV, 1998, I-6511, tačka. 16.).

<sup>31</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 620 na str. 625.

<sup>32</sup> Klasičan primjer takvih pravila može se pronaći u čl. 14. i 15. francuskog Code Civila prema kojem francuski sudovi imaju nadležnost za tužbe koje podnesu ili koje se podnesu protiv francuskog građanina ili privrednog društva iz Francuske. S revidiranom Uredbom, takve odredbe će biti dostupne tužiteljima iz EU samo u odnosu na tužene iz trećih država. (H. Lovells/Ch.Coslin, "The position of the Council of the European Union on the recast of the regulation "Brussels I": a new step forwards or backwards?", Globe Business Publishing Ltd, 2012)

<sup>33</sup> M. Stanivuković, loc. cit., fn 22, str. 91 na str. 93.

<sup>34</sup> K. Takahashi, "Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspectives of Non-Member States (Third States)", *Journal of Private International Law*, Vol. 8 No. 1, (2012) str. 1 na str. 4.

<sup>35</sup> Na taj način djelimično je izmijenjen spomenuti čl. 4. st. 1. Uredbe.

tuženog, navedeno znači da će se u sporu u kojem je tužilac radnik ili potrošač s prebivalištem u EU, te u pogledu materije koja spada u isključivu nadležnost neke države članice<sup>36</sup> ili prorogacionih sporazuma u korist neke od država članica<sup>37</sup>, nadležnost suda države članice određivati na osnovu Uredbe Brisel I.

U pogledu atrakcije nadležnosti za pasivne suparničare, Uredba dosta široko i neprecizno određuje da u slučaju više tuženih, jedan tuženi može biti podvrgnut nadležnosti suda države u kojoj bilo koji od tuženih ima prebivalište.<sup>38</sup> Sud EU ograničio je ovu formulaciju u predmetu *Kalfelis/Schroder*<sup>39</sup>, zahtijevajući da postoji veza između tužbenih zahtjeva i to takva da je svrsishodno donijeti jednu odluku zbog opasnosti od nepomirljivih razlika između presuda donesenih u odvojenim postupcima.

Kritika upućena ovakvom rješenju tiče se neopravdanog isključenja tuženih iz trećih država, zbog postojanja mogućnosti da bude ispunjen neki drugi uslov za zasnivanje nadležnosti. Ovakvo rješenje ugrožava i poziciju subjekata iz EU, s obzirom na to da nije dosljedno isključena opasnost od nepomirljivih odluka.<sup>40</sup> Prijedlog Komisije nije donio nikakvu suštinsku izmjenu, pa ni u samom tekstu revidirane Uredbe nije izbačen uslov prebivališta tuženog, kako bi se izvršila atrakcija nadležnosti.

Jednu značajnu izmjenu u pogledu uzimanja u obzir nadležnosti sudova trećih država ipak donosi nova Uredba Brisel I, a to je mogućnost prekida postupka u korist ranije pokrenutog postupka pred sudom treće države. Ovo pitanje do sada nije bilo regulisano Uredbom Brisel I, te se rješenje pokušalo pronaći primjenom "refleksnog dejstva" članova koji regulišu dvostruku međunarodnu litispendenciju unutar EU.<sup>41</sup> Sada postoji izričita odredba koja dozvoljava sudovima država članica da prekinu postupak, ako se već vodi postupak o istom zahtjevu između istih stranaka pred sudom treće države (član 33. stav 1. Brisel I). Uslov za prekid postupka je da je sud države članice svoju nadležnost zasnovao na općoj nadležnosti (član 4. Brisel I) ili nekoj od posebnih nadležnosti iz članova 7.–9. Uredbe Brisel I, čime je isključena primjena ove odredbe u slučajevima isključive nadležnosti, prorogacionih sporazuma, te potrošačkih, radnopravnih sporova i osiguranja. Dodatni uslov je da se može očekivati da će odluka suda treće države moći biti priznata i eventualno i izvršena u državama članicama, te da je prekid postupka nužan za uredno pravosuđe (njem. geordnete Rechtspflege; eng. proper administration of justice). Uslov nužnosti za uredno pravosuđe ostavlja širok

diskrecioni prostor sudovima država članica, te se čini da je inspirisano teorijom "forum non conveniens", i samim time uvodi režim prema trećim državama kakav ne postoji za slučajeve unutar EU.<sup>42</sup> Jednake uslove predviđa i novi član 34. Uredbe Brisel I, prema kojem sudovi država članica mogu prekinuti postupak koji je povezan s postupkom koji je u toku pred sudom treće države, ako bi bilo prikladno voditi jedinstven postupak i donijeti jedinstvenu odluku za obje tužbe. Bez obzira na strožiji pristup prema povezanim postupcima koji se vode pred sudovima trećih država, članovi 33. i 34. Uredbe Brisel I predstavljaju značajno poboljšanje u pravcu koordinacije i saradnje sa sudovima trećih država.

### b) Dejstvo prorogacionih sporazuma

Odredba člana 23. Uredbe, kao jedan od uslova za valjanost prorogacionog sporazuma<sup>43</sup> u korist države članice, predviđa da makar jedna od ugovornih strana ima prebivalište na području EU. Iako se autonomija volje ugovornih strana visoko vrednuje, čini se da ipak nije neprikosnovena, naročito u odnosu na nastojanje da se izbjegnu nepomirljive presude, te osigura pravna sigurnost i predvidivost pravila o nadležnosti.<sup>44</sup> Osiguranje dejstva prorogacionih sporazuma koje je bilo jedno od prioritarnih ciljeva za Komisiju, svoje porijeklo vuče iz presude *Gasser*<sup>45</sup> u kojoj je zauzet rigidan stav da sud države članice pred kojim je kasnije započeta parnica, bez obzira na postojanje prorogacionog sporazuma u njegovu korist, mora zaustaviti svoje postupanje, dok se sud pred kojim je parnica prvenstveno počela teći ne oglasi nenadležnim. Jasno je da ovakva odluka ima svoje opravdanje u zaštiti pravne sigurnosti i onemogućavanju paralelnih procedura, ali navedeno ne sprečava zloupotrebu takvih pravila. Spomenuti slučaj *Gasser*, samo je jedan od tri slučaja koji su svojim beskompromisnim napadom na prorogacione sporazume i uslovi prihvaćene izmjene Uredbe. Radi se o još dva dobro poznata slučaja, *Turner*<sup>46</sup> i već spomenutom slučaju *Owusu*. Formalističkim pristupom i analizom navedenih slučajeva može se zaključiti da Sud EU, iako nije iskoristio mogućnosti koje pružaju različite metode tumačenja, ipak ostaje unutar slova, ali ne nužno i duha Uredbe. Čak ni argument predugog trajanja postupka pred sudom koji je prvi započeo parnicu nije dovoljno ubjedljiv za Sud EU da bi napravio izuzetak od strogog pravila

<sup>36</sup> Čl. 24. st. 1. revidirane Uredbe.

<sup>37</sup> Čl. 25. revidirane Uredbe.

<sup>38</sup> Čl. 6. st. 1. tačka 1. Uredbe.

<sup>39</sup> Sud EU, C-189/87, *Kalfelis/Schroder*, 1988, I-5565.

<sup>40</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 620 na str. 627 i 628.

<sup>41</sup> R. Fentiman, "Lis pendens – related actions" in U. Magnus/P. Mankowski, *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Walter de Gruyter, (2011) str. 557.

<sup>42</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 620 na str. 636.

<sup>43</sup> Prorogacioni sporazum ne treba nužno shvatiti kao poseban sporazum u odnosu na osnovni ugovor, budući da to može biti i pojedinačna klauzula inkorporirana u isti ugovor.

<sup>44</sup> P. Briza, "Choice-of-Court Agreements: Could the Hague Choice of Court Agreements Convention and the Reform of the Brussels I Regulation be the Way Out of the *Gasser-Owusu* Disillusion?" *Journal of Private International Law*, (2009) str. 537 na str. 538.

<sup>45</sup> Sud EU, C-116/02, *Gasser/MISAT*, 2003, I-14693.

<sup>46</sup> Sud EU, C-159/02, *Turner/Grovit*, 2004, I-3565.

litispencije.<sup>47</sup> Druga strana medalje je da bi neosnovano dozvoljavanje takvog izuzetka miniralo princip povjerenja u međusobne pravne sisteme i efikasno pravosuđe.

U slučaju *Gasser* nastao je sukob između prorogacionog sporazuma i pravila o litispenciji, budući da je jedan od parničara pokrenuo postupak pred sudom koji nije predviđen kao nadležan u samom sporazumu. Pravilo o litispenciji izvojevalo je ubjedljivu pobjedu, čime se prvobitna volja stranaka stavila u drugi plan. Ovakvo rješenje se pravdalo činjenicom da litispencija nosi sa sobom rizik paralelnih procedura i nepomirljivih presuda, te da Sud EU ne može dozvoliti izuzetak, ako to nije učinila sama Uredba.<sup>48</sup> Ovdje se ipak radi o biranju jednog od dva zla, jer se uvažavanjem pravila litispencije isključuje rizik nepomirljivih presuda, dok se s druge strane omogućava maliciozno djelovanje ugovornih strana, te stvara opasnost da sud koji je prvi započeo parnicu utvrdi ništavost prorogacionog sporazuma. Pokušaji nacionalnih sudova država članica da onemoguće pokretanje postupaka u drugoj državi članici putem mjera sudske zabrane, osuđeni su na propast u presudi *Turner*, jer takve mjere predstavljaju miješanje u nadležnosti sudova druge države, zbog čega su suprotne principu međusobnog povjerenja. Ovakav stav suda potvrđen je i u presudi *West Tankers*<sup>49</sup>.

Kontradiktorne i nepomirljive presude su nepoželjne u EU u toj mjeri da je zabrana pokretanja, odnosno nastavljanja već započetog postupka beskompromisne prirode, te ne trpi izuzetke, što je i potvrđeno kroz navedenu sudsku praksu. Uprkos generalnom uspjehu i pogodnostima koje je donijela Uredba, sama njena operacionalizacija nije protekla bez problema. U isto vrijeme, ovakav jednostrani i strogi pristup ima svoje nuspojave, prije svega u obliku "utrke za sudove" kada se u funkciju stavlja i čuveni torpedo. Problem koji je najuočljiviji i koji je kao takav stekao i zloglasnu oznaku "torpedo", spada među glavne zamjerke ranijeg sistema. Riječ je o malicioznoj praksi koja je nastala pred italijanskim sudovima, a počiva na okolnosti da pokretanje parnice pred sudom jedne države članice blokira pokretanje procedure pred drugim sudom, između istih stranaka, povodom iste pravne stvari.<sup>50</sup> Praktične posljedice ovakve zloupotrebe pravila o zabrani litispencije nanose ozbiljnu štetu savjesnim ugovornim stranama. Prvenstvenim započinjanjem parnice pred

drugim sudom, brižljivo odabranim zbog njegove tromosti, blokira se druga ugovorna strana od započinjanja parnice pred sudom predviđenim u prorogacionom sporazumu. Ova druga, savjesna ugovorna strana primorana je čekati mjesecima, nekad i godinama, da prvi sud odluči o svojoj (ne)nadležnosti, pa se zbog mogućih troškova često opredijeli i za nagodbu. Čini se ipak da su ovakvoj praksi odbrojani dani, jer su prema odredbama revidirane Uredbe pravila o zabrani litispencije obogaćena ovlaštenjem izabranog suda da sam odluči o svojoj nadležnosti i nastavljanju parnice, bez obzira na to da li je pred njim započeo prvi postupak.<sup>51</sup> Ovakvo rješenje se mora ocijeniti kao pozitivno, jer prije svega uvažava prvobitnu volju i dogovor ugovornih strana, te onemogućava naknadno zlonamjerno postupanje nesavjesne strane.

Kako je režim predviđen Uredbom i protumačen navedenom praksom Suda EU u pogledu dejstva prorogacionih sporazuma bio krajnje nezadovoljavajući, zbog nemogućnosti ugovornih strana da preduprije i sankcionišu nepoštivanje takvih sporazuma,<sup>52</sup> Komisija je predložila nekoliko ključnih izmjena. Prva izmjena je podrazumijevala izbacivanje uslova prebivališta unutar EU jedne od ugovornih strana za punovažnost prorogacionog sporazuma,<sup>53</sup> što se može pozdraviti kao olakšanje zasnivanja nadležnosti, bez ulaska u problematiku ispitivanja domicila ugovornih strana. Druga izmjena se mora sagledati u kombinaciji s odredbama o zabrani litispencije,<sup>54</sup> prema kojima drugi sudovi ne mogu zasnovati svoju nadležnost, osim ako se prorogirani sud ne oglasi nenadležnim. Navedene izmjene su prihvaćene u konačnom tekstu revidirane Uredbe,<sup>55</sup> što u konačnici znači da dva poslovna subjekta, od kojih nijedan nema prebivalište/sjedište unutar EU, mogu zaključiti valjan prorogacioni sporazum u korist države članice, pod pretpostavkom da takav sporazum zadovoljava uslove koje predviđa nacionalno pravo te države članice.

U slučaju *Owusu*, slično kao i u prethodna dva slučaja, princip pravne sigurnost potvrđen je kao nedodirljiv, ali revidirana Uredba označila je novi početak makar u pogledu prorogacionih sporazuma. Revidirana Uredba donijela je nekoliko izmjena odredbi koje se tiču prorogacionih sporazuma. Prvenstveno, određeno je da se takvi sporazumi imaju tretirati kao zasebni u odnosu na glavni ugovor, što vodi zaključku da se ne mogu proglasiti ništavim samo zato što je i osnovni ugovor ništav.<sup>56</sup> Odvajanje pravne sudbine prorogacionog sporazuma od bazičnog ugovora znači da će nacionalno pravo države članice u korist čijeg suda je dogovorena nadležnost određivati njihovu valjanost,

<sup>47</sup> P. Briza, loc. cit., fn 44, str. 537 na str. 539.

<sup>48</sup> J. Steinle/E. Vasiliades, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy", *Journal of Private International Law*, Vol. 6 No. 3, (2010), str. 565 na str. 571.

<sup>49</sup> Sud EU C-185/07, *Alianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA)/West Tankers Inc*, 2009, I-663.

<sup>50</sup> Vidi šire: J. Eisengraeber, "Lis alibi pendens under the Brussels I Regulation, How to minimise 'Torpedo Litigation' and other unwanted effects of the 'first-come, first-served' rule", Centre for European Legal Studies, *Exeter Papers in European Law* No. 16, (2004).

<sup>51</sup> Članovi 29–35. revidirane Uredbe.

<sup>52</sup> J. Steinle/E. Vasiliades, loc. cit., fn 48, str. 565 na str. 574.

<sup>53</sup> Čl. 23. st. 1. Prijedloga Komisije.

<sup>54</sup> Čl. 32. st. 2. Prijedloga Komisije.

<sup>55</sup> Pogledati čl. 25. st. 1. i čl. 31. st. 2. revidirane Uredbe.

<sup>56</sup> Čl. 25. st. 5. revidirane Uredbe.

odnosno nevaljanost. Ovakva formulacija otvara pitanja da li se radi o materijalnom pravu države članice ili o njenim kolizionim pravilima, što može dovesti do primjene prava druge države za ocjenu valjanosti takvog sporazuma. Ako nacionalno pravo shvatimo kao cjelokupno pravo države članice, onda su ovom formulacijom jednako obuhvaćena i kolizionna pravila. Budući da član 25. revidirane Uredbe samo predviđa da valjanost prorogacionog sporazuma ocjenjuje odvojeno od osnovnog ugovora, navedeno se može tumačiti kao da upućuje na supstancijalni rezultat, tj. primjenu materijalnog nacionalnog prava. Naime, ni relevantne odredbe<sup>57</sup> Uredbe Rim I ne uređuju pitanje mjerodavnog prava za prorogacioni sporazum, jer tu problematiku prepuštaju odredbama briselske Uredbe<sup>58</sup>, što može biti problematično u slučaju primjene različitih prava na osnovni ugovor i prorogacioni sporazum. Naime, razdvajanje pravnih režima za prorogacioni sporazum i osnovni ugovor može dovesti do specifičnog problema cijepanja prava,<sup>59</sup> ukoliko se radi o ugovoru u koji je kao ugovorna klauzula umetnut prorogacioni sporazum, pa je za takvu klauzulu potrebno primijeniti različito pravo od onog primjenjivog na ostatak ugovora. Još jedan nelogičan rezultat predstavlja situacija u kojoj bi zbog primjene različitih prava na ove dvije vrste ugovora, treće lice bilo vezano ugovorom, ali ne i prorogacionim sporazumom.<sup>60</sup>

Lako je primijetiti da ovakvo rješenje stoji u sukobu sa zahtjevom pravne sigurnosti za dobrobit unutrašnjeg tržišta kroz harmoniziran set pravila.<sup>61</sup> Bez obzira na potencijalne probleme, opravdano i svrsishodno djeluje da država čiji je sud odabran primjenjuje svoje pravo za ocjenu valjanosti sporazuma, budući da od toga ovisi nadležnost suda iste države, osim ako same ugovorne strane nisu odabrale neko drugo pravo za ocjenu valjanosti sporazuma, što bi i bilo u skladu s načelom autonomije volje.<sup>62</sup>

U svakom slučaju, ostaje žaljenje zbog onemogućavanja zaključenja prorogacionih sporazuma u korist trećih država. S obzirom na generalni izostanak odredbi o refleksivnom dejstvu pravila Uredbe, odredbama člana 24. revidirane Uredbe teško da bi se moglo osigurati direktno refleksivno dejstvo.<sup>63</sup> Na ovaj način, slijedeći izričitu formulaciju navedenog člana, i dalje nije moguće izvršiti izbor suda treće države kao nadležnog. Valja napomenuti

da i dalje postoji prostor za ublaženo refleksno dejstvo odredbi Uredbe, kako je to prethodno elaborirano, što ipak znači samo mogućnost, ali ne i obavezu za države članice.

### c) Napuštanje egzekvatore

Jedan od osnovnih ciljeva Uredbe jeste pojednostavljanje formalnosti priznanja i izvršenja presuda drugih država članica. Zbog ovog cilja, Uredba sadrži dalekosežna i imperativna pravila koja ostavljaju malo prostora za odbijanje priznanja presude u drugoj državi članici. U odnosu na tužene izvan EU, problem leži u činjenici da se presuda na temelju egzorbitantnih osnova nadležnosti<sup>64</sup> može priznati i izvršiti u drugim državama članicama prema liberalnom briselskom režimu.<sup>65</sup> Dakle, ako država članica zasnuje svoju nadležnost nad tuženim iz treće države na temelju egzorbitantnih pravila, takva presuda će, najčešće bez većih problema, biti priznata i izvršena u drugim državama članicama u skladu s Uredbom, što može biti nepovoljno za tuženog ukoliko ima imovinu na području EU podobnu za prinudno izvršenje.

S obzirom na to da su ova pravila primjenjiva samo na države članice, kada se radi o presudi iz treće države, ona će morati proći kroz sistem priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka koji uređuje nacionalno pravo konkretne države članice.<sup>66</sup> Prema ranijim rješenjima Uredbe, sudska odluka jedne države članice se priznavala, uz minimalnu kontrolu, u drugoj državi članici bez naročitog postupka priznanja, uz predviđanje smetnji za takvo priznanje. Takve smetnje su taksativno navedene i obuhvataju povredu javnog poretka države u kojoj se traži priznanje, povredu prava na odbranu, nespojivost konkretne odluke s drugom odlukom o istoj stvari i između istih stranaka, te povredu odredbi Uredbe o isključivoj nadležnosti.<sup>67</sup> Za izvršenje presude, prema članovima 53. i 54. Uredbe bilo je potrebno pribaviti posebnu potvrdu o izvršnosti, u skladu s certifikatom sadržanim u Prilogu V Uredbe. U svom Prijedlogu, Komisija je preporučila napuštanje prakse izdavanja potvrda o izvršnosti presuda druge države članice kako bi se ukinuli posrednički mehanizmi i omogućilo slobodno cirkulisanje sudskih odluka.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Ovi osnovi su navedeni u Prilogu I Uredbe.

<sup>65</sup> K. Takahashi, loc. cit., fn 34, str. 1.

<sup>66</sup> Izuzev očiglednog problema koji se tiče primjene nacionalnih režima priznanja i izvršenja, sa svim uslovima koje nacionalno pravo predviđa, pozicija tuženog iz trećih država je utoliko nepovoljnija što takva presuda mora biti priznata u svakoj državi članici odvojeno, prema pravilima njenog prava, čime se troškovi i potrebno vrijeme za izvršenje presude drastično povećavaju.

<sup>67</sup> J. Alihodžić, op. cit., fn 2, str. 106.

<sup>68</sup> A. Dickinson, "The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) ("Brussels I bis" Regulation), (2011) str. 6, dostupno online: <http://ssrn.com/abstract=1930712>. (pristup dana: 13. 3. 2013. godine).

<sup>57</sup> Čl. 1. st. 2. tačka e) Uredbe Rim I.

<sup>58</sup> J. Steinle/E. Vasiliades, loc. cit., fn 48, str. 565 na str. 586.

<sup>59</sup> Institut cijepanja prava (tzv. *dépeçage*) podrazumijeva primjenu više prava na isti ugovorni odnos, kao posljedicu propisivanja različitih tačaka vezivanja za formu i sadržinu ugovora ili izbora više prava od strane ugovornih stranaka.

<sup>60</sup> Ch. Heinze, "Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", *RabelsZ Bd. 75*, (2011) str. 584 na str. 584.

<sup>61</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 620 na str. 631.

<sup>62</sup> J. Steinle/E. Vasiliades, loc. cit., fn 48, str. 565 na str. 587.

<sup>63</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 620 na str. 630.

Izmjena je usvojena, te kao preduslov u članu 37. revidirane Uredbe predviđa samo prilaganje izvorne odluke i potvrdu suda koji je donio odluku.

Ipak, ukidanje procedure priznanja presude treba razlikovati od reforme razloga za ispitivanja priznanja. Sama Komisija predložila je napuštanje egzekviture, ali i preporučila zadržavanje neke vrste zaštite, što je vidljivo iz razloga za odbijanje priznanja/izvršenja strane odluke. Zbog toga, Komisija je predložila da se javni poredak isključi kao osnov odbijanja priznanja i izvršenja strane presude, pozivanjem na pravosudnu saradnju i međusobno povjerenje.<sup>69</sup> Ovakva nastojanja Komisije nisu polučila uspjeh, pa je javni poredak našao svoje mjesto i u revidiranoj Uredbi. Na taj način i dalje je jedan od razloga za odbijanje priznanja strane odluke njena suprotnost s domaćim javnim poretkom, koji ipak treba biti restriktivno tumačen. Obaveza za opreznom i suženom interpretacijom javnog poretka potvrđena je u odlukama *Krombach*<sup>70</sup> i *Renault*<sup>71</sup>, te je to naročito uzeto u obzir prilikom transformacije Konvencije u Uredbu, kada je predviđeno da se “odluka neće priznati ... ako je njeno priznanje u očiglednoj suprotnosti sa javnim poretkom države koja priznaje”. Ovaj izuzetak je predviđen kao brana protiv stranih rješenja neprihvatljivih za domaći pravni poredak. Iako djeluje pomalo kontradiktorno, upravo je ovaj izuzetak omogućio dalji razvoj međunarodnog privatnog prava, jer državama služi kao zaštitna mreža, zbog čega su one i spremnije na ustupke drugim državama u odnosima s elementom inostranosti.<sup>72</sup> Zadržavanje javnog poretka djeluje svrsishodno, naročito uzevši u obzir ograničene mogućnosti njegove primjene, čime se sprečava neopravdano odbijanje priznanja i izvršenja strane odluke.

Budući da se polazi od principa napuštanja egzekviture, moguć je scenarij prvenstvenog priznanja presude, pa tek kasnijeg ispitivanja ispunjenosti uslova za takvo priznanje. Iako bi ovakav posterioristički pristup poboljšao pravosudnu saradnju, postavlja se pitanje je li ovo zaista najbolje rješenje problema.<sup>73</sup> Za sada nije bilo pokušaja harmoniziranja pravila o priznanju i izvršenju presuda iz trećih država, što znači da pravni subjekti iz trećih država trebaju pokretati postupak priznanja odluke u svakoj državi zasebno, što predstavlja nezanemarljivo finansijsko

i vremensko opterećenje. Uspostavljanje jednoobraznih pravila o priznanju i izvršenju presuda iz trećih država, predstavljalo bi značajnu pogodnost za sve subjekte koji imaju aspiraciju da se uključe u unutrašnje tržište, pa tako i za građane regiona, jer bi im omogućavalo da procijene hoće li se presuda priznati u bilo kojoj državi članici.<sup>74</sup>

Postoji više razloga za zalaganje Komisije da se egzekvatura napusti, pored ekonomskih razloga koji su očigledni, zbog uštede novca i vremena u namirenju prekograničnog potraživanja, postoje i politički, koji slijede cilj uspostavljanja istinski jedinstvenog tržišta, gdje granice gube svoj značaj. Značajan problem koji se nameće u liberalnom sistemu međusobnog priznanja presuda je pitanje zaštite ljudskih prava, jer upravo kroz postupak priznanja presude, država vrši kontrolu i usklađenost strane odluke s evropskim pravom zaštite ljudskih prava, a naročito pravom na pravično suđenje u skladu s članom 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>75</sup>

Iako liberalni režim priznanja i izvršenja presuda u EU prema revidiranoj Uredbi donosi značajno olakšanje u nesmetanom cirkulisanju presuda, zadržavanje osnova za odbijanje priznanja/izvršenja djeluju opravdano, naročito u pogledu *očigledne* [podvukli autori] suprotnosti s domaćim javnim poretkom i ugroženim pravom na odbranu. Ukidanje procedure priznanja i posljedično izvršenja sudskih odluka, naglašeno je i simboličnim izbacivanjem oznake “strana” sudska odluka, kako je to ranije bilo naznačeno u pojedinim odredbama Uredbe<sup>76</sup>. Osim toga, za priznanje u pravilu neće biti potreban ni prijevod certifikata, odnosno presude čije se priznanje traži, osim ako je to neophodno, što proizlazi iz odredbe člana 37. stav 2. Uredbe. Na ovaj način, tužitelj koji je ishodio presudu u svoju korist u jednoj državi članici i želi da se namiri iz imovine tuženog koja se nalazi na teritoriji druge države članice u cilju priznanja takve presude treba samo da priloži kopiju i certifikat u skladu s članom 54. Uredbe, a samo izvršenje će biti omogućeno, bez ikakve dodatne procedure, ukoliko je predmetna presuda postala izvršna u državi članici u kojoj je i donesena. Predstavljani režim i dalje ne vrijedi za presude iz trećih država, čije priznanje i izvršenje nažalost ostaje u sferi regulisanja nacionalnih pravnih poredaka država članica i eventualno, bilateralnih ugovora, budući da države članice nisu bile voljne omogućiti harmonizaciju pravila i u pogledu trećih država, preferirajući da ta problematika ostane predmetom regulisanja na nacionalnom nivou.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> Nedostatak povrede javnog poretka kao razloga za odbijanje izvršenja vidljiv je iz čl 43. Prijedloga Uredbe.

<sup>70</sup> Sud EU, C-7/98, Dieter Krombach/André Bamberski, 2000, I-1935.

<sup>71</sup> Sud EU, C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA/Maxicar SpA i Orazio Formento, 2000, I-2973.

<sup>72</sup> J. K. Škregl, “European Public Policy (with an Emphasis on Exequatur Proceedings)”, *Journal of Private International Law*, Vol. 7 No. 3, (2011) str. 461 na str. 461.

<sup>73</sup> P. Beaumont/E. Johnstone, “Can Exequatur be Abolished in Brussels I whilst retaining a Public Policy Defence?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 6 No. 2, (2010) str. 249 na str. 252.

<sup>74</sup> J. Weber, loc. cit., fn 16, str. 620 na str. 643.

<sup>75</sup> G. Cuniberti/I. Rueda, “Abolition of Exequatur, Addressing the Commission’s Concerns”, *RabelsZ Bd.* 75, (2011) str. 286 na str. 293.

<sup>76</sup> Pogledati odredbe čl. 36, 45, 48. i 49. Uredbe iz 2001. godine.

<sup>77</sup> M. Stanivuković, loc. cit., fn 22, str. 91 na str. 102.

#### d) Arbitražni sporazumi

Odnos arbitraže i Uredbe Brisel I bio je naročito zanimljiv u kontekstu rasprava o reviziji Uredbe.<sup>78</sup> Prema članu 1. stav 2 t. (d) arbitraža je izričito isključena iz područja primjene Uredbe, što u praksi nije stvaralo veće probleme, sve do odluke *West Tankers*<sup>79</sup>. Navedena odluka tiče se sporova naknade štete koja je nastala nakon što se brod u vlasništvu West Tankers Inc, a pod zakupom ERG Petroli Spa nasukao u pristaništu. Ugovorom o zakupu broda bila je predviđena nadležnost arbitražnog suda u Engleskoj. Iako je postupak pred odabranim sudom započet, osiguravajuće društvo je postavilo regresne zahtjeve protiv vlasnika, West Tankersa u Italiji, nakon čega je engleski sud izdao naredbu o prestanku procedura u Italiji dok se ne odluči o valjanosti arbitražnog sporazuma. S obzirom na isključenje arbitraža iz Uredbe, Sudu EU je postavljeno pitanje da li je takvo postupanje u skladu s odredbama Uredbe. Sud je donio kontraverznu odluku da su takve zabrane suprotne pravilima Uredbe, jer država članica ne može spriječiti ili prekinuti postupak pred sudom druge države članice zbog postojanja arbitražnog sporazuma, ali da prethodno pitanje koje se tiče valjanosti arbitražnog sporazuma ipak spada u područje primjene Uredbe.<sup>80</sup>

Nastojeći riješiti ovu problematiku, Komisija je prihvatila umjeren pristup<sup>81</sup> i opredijelila se za djelimično napuštanje isključenja arbitraže iz Uredbe<sup>82</sup> u kombinaciji s djelovanjem pravila o litispendenciji<sup>83</sup>. Prema ovoj izmjeni, sud države članice čija je nadležnost isključena na temelju arbitražnog sporazuma, mora prekinuti svoje postupanje sve dok arbitražni sud ne odluči o postojanju, valjanosti ili efektivnosti takvog sporazuma.

Odnos arbitraža i Uredbe problematičan je u pogledu više pitanja<sup>84</sup>, ali kako predložene izmjene nisu u konačnici

usvojene, te je u skladu s članom 1. stav 2 t.(d) arbitraža i dalje isključena iz režima Uredbe, ova materija se neće detaljnije razmatrati.

#### III Zaključak

Revizijom Uredbe Brisel I o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, zakonodavac EU preispitao je temeljni akt međunarodnog privatnog prava EU. Kako to biva i u nacionalnom pravu s prijedlozima izmjena pravnih akata koji su stekli status tradicionalnog, i u pogledu izmjene Uredbe Brisel I pokazalo se da čak i za prethodno kritikovana rješenja, ne postoji volja za radikalnom izmjenom.

Za države regiona najzanimljiviji prijedlozi izmjena Uredbe Brisel I tiču se proširenja područja primjene Uredbe Brisel I na treće države. Odnose prema trećim državama u prijedlogu Komisije podrazumijevao je cijeli paket izmjena, koji se sastojao iz mogućnosti zasnivanja međunarodne nadležnosti sudova država članica na osnovu odredaba o posebnoj nadležnosti, neovisno o tome da li tuženi ima prebivalište u državi članici ili trećoj državi, zatim od uzimanja u obzir ranije pokrenutog postupka o istoj ili povezanoj stvari pred sudom treće države, te regulaciji prorogacionih sporazuma u korist sudova trećih država. Već sam prijedlog izmjena Uredbe Brisel I nije uključio ništa manje bitno pitanje priznanja i izvršenja odluka iz trećih država u državama članicama EU. Jedinstvena regulacija navedenih pitanja u Uredbi Brisel I omogućila bi da odnos prema trećim državama u trgovačkim i građanskim predmetima bude jednak u svim državama članicama EU, umjesto da podliježe 27 različitih nacionalnih režima kakva je situacija trenutno. Ipak, u usvojenoj verziji nove Uredbe Brisel I br. 1215/2012 održala se samo izmjena u pogledu mogućnosti prekida postupka pred sudom države članice uslijed ranije pokrenutog postupka u trećoj državi, te mogućnost zasnivanja međunarodne nadležnosti u potrošačkim i radnopravnim sporovima na propisima o posebnoj nadležnosti neovisno o prebivalištu tuženog. Možemo govoriti o prvom koraku u pravcu koordinacije međunarodne nadležnosti sa sudovima trećih država na nivou EU.

Prijedlozi izmjena koji su podigli najviše prašine poput proširenja područja primjene na arbitražne sporove ili ukidanje javnog poretka kao razloga za odbijanje priznanja/izvršenja stranih sudskih odluka, nisu pronašli svoj put do konačne verzije Uredbe Brisel I. Najveći pobjednici reforme su prorogacioni sporazumi koji će na osnovu usvojenih izmjena omogućiti sudu u čiju korist je dogovorena nadležnost da vodi postupak, neovisno o tome da li je pred sudom druge države članice ranije pokrenut

<sup>78</sup> L. G. R. di Brazolo, "Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: Seeds of Home Country Control and of Harmonisation?", *Journal of Private International Law*, Vol. 7 No. 3, (2011) str. 423 na str. 423.

<sup>79</sup> Sud EU, C-185/07, Allianz ./. West Tankers, 2009, I-663.

<sup>80</sup> N. Archer, "The Practical Implications of the West Tankers decisions", [http://www.slaughterandmay.com/media/822289/the\\_practical\\_implications\\_of\\_the\\_west\\_tankers\\_decision.pdf](http://www.slaughterandmay.com/media/822289/the_practical_implications_of_the_west_tankers_decision.pdf) (Pristup dana 23. 3. 2013. godine).

<sup>81</sup> U smislu opredjeljenja između dvije krajnje solucije, a to su potpuno napuštanje izričitog isključenja i održanja postojećeg stanja.

<sup>82</sup> M. Illmer, "Brussels I and Arbitration Revisited – The European Commission's Proposal COM(2010) 748 final", *RabelsZ Bd. 75* (2011) str. 645 na str. 647.

<sup>83</sup> Čl. 29. st. 4. Prijedloga Komisije.

<sup>84</sup> Neki od problema tiču se nadležnosti za pitanja koja se mogu javiti povodom arbitražnog sporazuma, poput zamjene ili postavljanja arbitara, provođenja dokaznog postupka i donošenja privremenih mjera, zatim pitanje valjanosti arbitražnog sporazuma i arbitražne odluke u smislu njenog priznanja u državama članicama, a naročito u slučaju međunarodne

litispendencije (Vidi šire: L. G. R. di Brazolo, loc. cit., fn 78, str. 423 na str. 425 i 426).



postupak, čime se konačno pruža zaštita od “torpedo” parnica. Te konačno, kako praktično, tako i politički najvažnija izmjena je mogućnost neposrednog izvršenja izvršne odluke suda druge države članice, bez potrebe njenog prethodnog proglašenja izvršnom u državi članici u kojoj se izvršenje zahtijeva. Time je načelo međusobnog povjerenja doživjelo novi vrhunac u razvoju procesnog međunarodnog privatnog prava EU, iako još uvijek vrijedi samo do granica rezerve zaštite domaćeg javnog poretka država članica. Nova Uredba Brisel I stupiće na snagu 10. januara 2015. godine.

Dženana Radončić  
Doc. Dr. Zlatan Meškić

**Die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen**

(Abl. EU 2012, L 351/1)

(Zusammenfassung)

*Die Brüssel-I-Verordnung als der grundlegende Rechtsakt des Europäischen IPR hat eine neue Fassung. Die Tradition und die Qualität des derzeit noch geltenden Brüssel-I-Regimes hat dazu geführt, dass durch die Lugano-Konvention, die darin enthaltenen Lösungen auch ausserhalb der EU Anwendung finden. Mit der für dieses Jahr geplanten Ratifikation der Sarajevo-Konvention soll das gleiche Regime auch zwischen den CEFTA-Staaten gelten. Daher ist es nicht verwunderlich, dass die Hauptziele der Reform, nämlich die Effizienz der Zuständigkeitsvereinbarungen, die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Personen mit Drittstaatwohnsitz, die Abschaffung der Exequatur und die Erweiterung auf Schiedsgerichtsbarkeit, nur im begrenzten Maße erreicht wurden. Der Artikel nimmt sich zum Vorsatz, die wichtigsten Reformvorschläge im Überblick darzustellen, mit dem Schwerpunkt auf den Reformvorschlägen der Kommission, die in die Endfassung der neuen Brüssel-I-Verordnung aufgenommen wurden. Die reformierte Brüssel-I-Verordnung tritt am 15. Januar 2015 in Kraft.*

## Unitarni patent: jedinstvo i nesigurnost

Dr. Iza Razija Mešević\*

### Uvod

Konvencija o izdavanju evropskih patenata od 5. oktobra 1973. s izmjenama od 17. decembra 1991. i 29. novembra 2000. godine (KEP) ustanovila je Evropsku patentnu organizaciju (EPO) i povjerila joj zadatak izdavanja evropskih patenata. U praksi, ovaj zadatak realizira Evropski patentni ured (EPU). KEP trenutno broji 38 članica, uključujući sve članice EU. Nakon njegove dodjele, evropski patent u suštini postaje “snop nacionalnih patenata”, nakon čega se plaćaju i takse za njegovo održavanje u svakoj naznačenoj državi. Pored toga, pojedine države članice EPO-a postavljaju i uslov prevoda evropskog patenta na njihov zvanični jezik/e, kako bi evropski patent u tim državama bio validiran. Međutim, ovo rješenje je sve drugo osim idealno iz ugla gledanja EU i njenog jedinstvenog tržišta i rezultira u troškovima koji sežu do 38.000 € za jedan evropski patent u svim državama članicama EU. Dodatni troškovi nastaju prilikom provođenja (zaštite) patenta u pojedinim državama članicama EU. Ideja o potencijalnom rješenju ovog problema u vidu evropskog unitarnog patenta i Jedinstvenog patentnog suda, čiji bi cilj bio da kreira jedan jedinstven, usmjeren, korisnički orijentisan i ekonomičan patentni sistem za cijelu Evropu, koji ne zahtijeva od nosilaca patentnog prava da pojedinačno u svim državama EU validiraju svoje pravo, stara je već više od 40 godina punih diskusija i pregovora.

Odlukom usvojenom 2011. godine<sup>1</sup>, Vijeće Evropske unije odobrilo je “proširenu saradnju” (enhanced cooperation) između 25 od 27 država članica EU u pogledu kreiranja unitarne patentne zaštite. Italija i Španija odbile su da učestvuju u njoj. Uredbom br. 1257/2012 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. decembra 2012. koja implementira “proširenu saradnju” u domenu kreiranja unitarne patentne zaštite i Uredbom br. 1260/2012 od 17. decembra 2012. koja implementira “proširenu saradnju” u domenu kreiranja unitarne patentne zaštite s obzirom na uređenje pitanja prevoda koje se treba primijeniti,<sup>2</sup> novi sistem patentne zaštite je ušao u svoju narednu fazu. Međutim, određene prepreke i nejasnoće su još uvijek prisutne.

\* Autorica je viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

<sup>1</sup> Council Decision 2011/167/EU of 10. March 2011 authorising enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection. Službeni list EU L 76/59, 22. 3. 2011.

<sup>2</sup> Službeni list EU L 361/1 i Službeni list EU L 361/89, 31. 12. 2012.

## I. Koncept

Evropski patent s unitarnim efektom (unitarni patent) predstavljaće dodatnu mogućnost patentne zaštite pored već postojećih nacionalnih patenata i klasičnih evropskih patenata. Unitarni patent će predstavljati evropski patent, koji će priznavati, tj. izdavati EPU u skladu s odredbama KEP, koji na zahtjev podnosioca prijave nakon njegove dodjele stiče dejstvo unitarnog patenta za teritoriju spomenutih 25 država članica EU.<sup>3</sup> Postupak za njegovo izdavanje je veoma pojednostavljen. Zahtjev za izdavanje unitarnog patenta se podnosi EPU u okviru od mjesec dana od datuma publikacije podatka o priznavanju evropskog patenta u Evropskom patentnom glasniku<sup>4</sup>. Shodno tome, ne nastaje jedan potpuno novi patent, već države članice KEP, koje su članice EU (tj. 25 njih) zamjenjuju princip “snopa nacionalnih patenata” za jedinstveni patent (unitarni patent), koji se registruje pri EPU na osnovu Uredbe br. 1257/2012. Osnovnu osobinu unitarnog patenta, kako je to opisano u preambuli br. 7 Uredbe br. 1257/2012<sup>5</sup> predstavljao bi njegov unitarni, tj. jedinstveni karakter, u smislu pružanja jedinstvene zaštite i proizvođenja jedinstvenog dejstva u svim involviranim državama članicama EU.

Shodno tome, unitarni patent će moći jedino biti ograničen, prenesen, oglašen ništavim ili isteći u pogledu svih involviranih država članica EU (tj. 25 njih). Da bi se osigurao jednoobrazni obim sadržaja zaštite koju pruža unitarni patent, samo evropski patenti koji će biti dodijeljeni za sve involvirane države članice EU s istim sadržajem patentnih zahtjeva moći će uživati unitarno dejstvo<sup>6</sup>. Međutim, bit će moguće izdati licencu za pronalazak zaštićen unitarnim patentom za cjelokupnu teritoriju ili dio teritorija involviranih država članica.<sup>7</sup>

U pogledu prevoda unitarnog patenta, odlučeno je da se ovo pitanje riješi na principu primjene tri službena jezika postupka pred EPU (engleski, francuski i njemački), što je predstavljalo i razlog za protivljenje Italije i Španije. Nakon dodjele evropskog patenta, dalji “ljudski prevod” neće biti potreban, ukoliko nosilac patenta optira za izdavanje unitarnog patenta,<sup>8</sup> osim u slučaju spora.<sup>9</sup> U tranzicionom periodu, dok tzv. “elektronski sistem prevoda” (machine translation system) ne bude u potpunosti operativan (a koji će pomoći da se barem dobije prevod koji će pojasniti osnovne tehničke karakteristike pronalaska, ukoliko se ne vlada jezikom na kojem je patentna prijava podnijeta), kada je jezik postupka pred EPU njemački ili francuski, potpuni prevod spisa evropskog patenta mora biti stavljen

<sup>3</sup> Čl. 3, Uredba br. 1257/2012, fn. 2.

<sup>4</sup> Čl. 9, st. 1, e), Uredba br. 1257/2012.

<sup>5</sup> Vidjeti fn. 2.

<sup>6</sup> Čl. 3, Uredba br. 1257/2012.

<sup>7</sup> Čl. 8, Uredba br. 1257/2012.

<sup>8</sup> Čl. 3, Uredba br. 1260/2012.

<sup>9</sup> Čl. 4, Uredba br. 1260/2012.

na raspolaganje na engleskom jeziku, ili, ako je jezik postupka engleski, na zvanični jezik neke države članice EU.<sup>10</sup> Ovaj prevod će morati podnijeti nosilac patenta/podnosilac prijave, zajedno sa zahtjevom za izdavanje unitarnog patenta.

## II. Neriješena pitanja

Dok na sjednici Vijeća Evropske unije održanoj 2011. godine nije došlo do potpisivanja Sporazuma o osnivanju Jedinstvenog patentnog suda zbog činjenice da nije ostvaren konsenzus po pitanju njegovog sjedišta, 2012. godine ovo pitanje je riješeno.<sup>11</sup> U skladu s čl. 17 Sporazuma o Jedinstvenom patentnom sudu centralno odjeljenje ovog suda će biti u Parizu, a dodatna odjeljenja će biti u Minhenu i Londonu. Slučajevi pred centralnim odjeljenjem bit će raspodijeljeni prema tematskim sekcijama<sup>12</sup>. Žalbeni sud lociran je u Luksemburgu (čl. 9) i također služi kao registar suda. Trening sudija će biti realiziran u Budimpešti (čl. 19), dok će centre za arbitražu i medijaciju ugostiti Lisbon i Ljubljana (čl. 35).

No, 2012. je bila i godina kada su i određena neriješena pitanja ponovno izašla na površinu.

### 1. Zajednički slučaj Italije i Španije

Kao što je ranije naglašeno, Španija i Italija ne učestvuju u “proširenoj saradnji” i također su uložile tužbu za poništenje Sporazuma o proširenoj saradnji,<sup>13</sup> no ona je 16. aprila 2013. odbijena<sup>14</sup>. Nezavisni advokat (Advocate General) Bot je prije donošenja predmetne presude u svom mišljenju predložio da Sud pravde Evropske unije odbaci sve prigovore izložene od strane Španije i Italije, te shodno odbije obje tužbe.<sup>15</sup> Prema stavu nezavisnog advokata, države članice mogu ustanoviti “proširenu saradnju” isključivo u oblastima koje ulaze u okvir neisključivih ovlasti EU. On izlaže da Ugovor o funkcionisanju EU (TFEU) ustanovljuje zaključenu listu oblasti u okviru kojih EU posjeduje isključivu nadležnost. Pored toga, stvaranje evropskih prava intelektualnog vlasništva ulazi i u okvire oblasti uređenja unutrašnjeg tržišta, gdje postoji podijeljena nadležnost između EU i država članica (čl. 4, st. 2, a) i čl. 118 TFEU). Shodno tome, on smatra da TFEU stavlja na raspolaganje adekvatnu pravnu osnovu za stvaranje

<sup>10</sup> Čl. 6, Uredba br. 1260/2012.

<sup>11</sup> Council Document 16351/12 of 11 January 2013, Agreement on a unified patent court.

<sup>12</sup> Vidjeti Annex II to Council Document 16351/12 of 11. January 2013, Agreement on a unified patent court.

<sup>13</sup> Spojeni predmeti C-274/11 i C-295/11.

<sup>14</sup> Presuda dostupna na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db3cf31e36262642cd87258be2d2d2e753.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLax50?text=&docid=136302&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=899787>

<sup>15</sup> Advocate General's Opinion in Joined Cases C-274/11 and 295/11, Press Release No. 163/12, Luxembourg, 11. 12. 2012.

prava intelektualnog vlasništva, što predstavlja oblast gdje postoji podijeljena nadležnost između EU i država članica. "Proširena saradnja" mora imati za cilj unapređenje ciljeva EU, zaštitu njenih interesa i jačanje njenog integrativnog procesa. Uvođenje mehanizma "proširene saradnje" za unitarni patent inspirirano je porastom heterogenosti država članica i njihovih specifičnih interesa i potreba. Prema tome, kada je nastupila nesaglasnost u pogledu dogovora o zvaničnim jezicima za unitarni patent i kada je Vijeće Evropske unije odlučilo da razriješi ovu blokadu uspostavljanjem "proširene saradnje", ovaj organ je samo iskoristio instrument, koji mu je na raspolaganje stavio TFEU (čl. 326–334). Proširena saradnja se treba primijeniti samo kao zadnja mogućnost (*last resort*), odnosno, kada se ciljevi kojima se teži ne mogu u primjerenom roku ostvariti u okviru EU kao cjeline, te kada je izvjesno da nije moguće ostvariti kompromisno rješenje sredstvima redovne legislativne procedure. Prema stavu nezavisnog advokata Vijeće u konkretnom slučaju nije napravilo pogrešnu procjenu, s obzirom na to da nakon mnogih godina bezuspješnih diskusija nije bilo moguće obezbijediti jednoglasnost i ostvariti uspjeh uz učešće svih država članica EU. Shodno, nezavisni advokat smatra da je tvrdnja o kršenju uslova zadnje mogućnosti (*last resort*) neutemeljena. Sud pravde Evropske unije je u obrazloženju svoje presude od 16. 4. 2013. u najvećoj mjeri potvrdio izložene argumente nezavisnog advokata.

## 2. Ostali problemi

Negativno mišljenje je izraženo od strane Max-Planck instituta,<sup>16</sup> koji je istakao dvanaest tačaka/razloga koji ukazuju na nedostatke unitarnog patenta u pogledu pravnog osnova na kojem je nastao. Osnovni nedostaci na koje Institut upućuje su fragmentacija patentne zaštite u okviru EU, koja nije samo teritorijalne, već i supstancijalne prirode, zatim fragmentacija pravila koja se odnose na Jedinstveni patentni sud, fragmentacija u pogledu nadležnosti, nedostatnost izuzetaka i ograničenja od "paketa regulative" za unitarni patent, nedostajanje defanzivnih mjera (npr. prinudne licence i sl.), rizik od disfunkcionalne patentne prakse i mogućnost da unitarni patent proizvodi diskriminatorne efekte.

Max-Planck institut se također ne slaže s eliminisanjem članova 6–9 Uredbe 1257/2012 zbog čega nedostaje pravni osnov za pitanja vezana za povredu ovog prava. Naime, predmetni članovi predviđali su pravo da se spriječi posredna ili neposredna upotreba izuma (čl. 6 i 7), te ograničenja dejstva unitarnog patenta (čl. 9) i iscrpljenje unitarnog patenta (čl. 9). Snažan "pokret otpora" koji su formirali pravni praktičari i njihova udruženja (npr.

EPLAW<sup>17</sup> i Jochen Pagenberg, European Patent Judges<sup>18</sup> i Sir Robin Jacob, prof. Krasser<sup>19</sup> i CIPA<sup>20</sup>), predstavnici industrije (npr. ICC<sup>21</sup> i IP Federation<sup>22</sup>), te i nekolicina političara (npr. član JURI-a Cecilia Wikström i Baroness Wilcox iz Velike Britanije) zahtijevao je da se čl. 6–9 eliminišu iz Uredbe, da bi se spriječilo podvrgavanje materijalnog patentnog prava interpretaciji od strane Suda pravde Evropske unije putem prethodnih pitanja u skladu s čl. 267 TFEU.

## III. Dalji koraci

Zaključenjem Sporazuma o Jedinstvenom patentnom sudu 19. februara 2013. godine u Briselu od strane 24 države, tj. 23 države članice koje su uključene u sistem unitarnog patenta (sve osim Poljske<sup>23</sup> i Bugarske<sup>24</sup>), te Italije<sup>25</sup>, sistem unitarnog patenta ušao je u narednu fazu, koja zahtijeva da države potpisnice ili ratificiraju ovaj sporazum u okviru svojih nacionalnih parlamentarnih procedura ili da ostvare neophodnu većinu u okviru referenduma, kao što je to slučaj u Irskoj. Potpisivanjem Sporazuma o Jedinstvenom patentnom sudu, države potpisnice su se obavezale ustanoviti bez odgađanja tzv. Komisiju za pripremu<sup>26</sup>. Shodno tome, započela je nova faza u okviru koje potpisnice moraju preuzeti odgovornost na sebe i zaista i kreirati Jedinstveni patentni sud, bez Vijeća Evropske unije u ulozi glavnog motivatora i nosioca tereta zadatka. Drugim riječima, one moraju da ostvare konsenzus u pogledu svih otvorenih pitanja, kao što su pravni okvir, finansijski aspekti, IT i prostor, ljudski resursi i edukacija.

<sup>17</sup> <http://www.ipeg.eu/wp-content/uploads/EPLAW-Resolution-on-United-Patent-Court-27.92.pdf>.

<sup>18</sup> <http://www.ipeg.eu/wp-content/uploads/Venice-Judges-Resolution-2011.pdf>.

<sup>19</sup> <http://blog.ksnh.eu/en/2012/03/19/wp-content/uploads/2012/03/Prof-Krasser-opinion-on-EU-Patent.pdf>.

<sup>20</sup> <http://www.cipa.org.uk/pages/news/article?5CBE0D61-C05A-4F50-8A62-A42EBE86CD00>.

<sup>21</sup> [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/intellectual\\_property/Statements/ICC%20letter%20Art%206\\_8\\_14\\_Nov\\_11\(2\).pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/intellectual_property/Statements/ICC%20letter%20Art%206_8_14_Nov_11(2).pdf).

<sup>22</sup> [http://www.ipfederation.com/document\\_download.php?id=852](http://www.ipfederation.com/document_download.php?id=852).

<sup>23</sup> Poljska je odlučila da pričekava i vidi kako funkcioniše novi patentni sistem, prije nego što se uključi, zbog sumnji da bi on mogao naštetiti nacionalnoj ekonomiji.

<sup>24</sup> Bugarska je potpisala Sporazum 5. marta, nakon što je finalizirala određene interne procedure.

<sup>25</sup> Iako Italija ne učestvuje u "proširenoj saradnji", potpisivanjem Sporazuma omogućava ovom sudu da ima nadležnost u pogledu tradicionalnih evropskih patenata, koji su na snazi u ovoj zemlji.

<sup>26</sup> Deklaracija u tom pravcu će biti uključena u "Zapisnik o potpisivanju Sporazuma o Jedinstvenom patentnom sudu", vidjeti dokument 16221/12 od 14. 11. 2012, tačka 3.

<sup>16</sup> Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern, dostupno na: [http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP\\_Twelve-Reasons\\_2012-10-17.pdf](http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17.pdf).

Dr. Iza Razija Mešević

### **Gemeinschaftspatent: Einheit und Unsicherheit**

(Zusammenfassung)

*Die Verfasserin stellt in kurzen Zügen den Grundgedanken des Gemeinschaftspatents, seine Unterschiede zum System des regionalen Europäischen Patents und insbesondere die aktuellen Entwicklungen auf EU-Ebene in Bezug auf die Entstehung des Gemeinschaftspatents und die Gründung des Gemeinschaftspatentgerichts dar. Insbesondere hebt sie die Einwände Italiens und Spaniens in Bezug auf die Sprachenregelung und eine verstärkte Zusammenarbeit hervor. Abschliessend wird auf die notwendigen weiteren Schritte hingewiesen, die auf die Schaffung einheitlicher Patentgerichte auf nationaler Ebene gerichtet sind.*

## **Prikaz presude Evropskog suda za ljudska prava od 6. novembra 2012. godine u predmetu *Ališić i dr. protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije* ("Ljubljanska banka")**

Doc. dr. Zlatan Meškić

Pitanje povrata "stare" devizne štednje iz Ljubljanske banke postavlja se od disolucije SFR Jugoslavije. S presudom Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Ališić i dr.*<sup>1</sup> dobija svoj slijedeći nastavak, u kojem se Srbiji i Sloveniji nalaže da poduzmu sve neophodne mjere u roku od šest mjeseci od dana kada presuda postane pravosnažna kako bi omogućile aplikantima i svima ostalima koji su u istoj poziciji isplatu stare devizne štednje pod istim uslovima kao i za one koji su imali takvu ušteđevinu u njihovim domaćim filijalama. Aplikantima dodatno imaju isplatiti 4000 eura nematerijalne štete. Radi se o "pilot-presudi" za više od 1.650 sličnih predstavki, podnijetih u ime više od 8.000 podnosilaca. Presuda je trenutno naročito značajna

1 Prevod cjelokupne presude moguće je naći na slijedećim web-stranicama:

[www.mhrr.gov.ba/PDF/UredPDF/?id=3302](http://www.mhrr.gov.ba/PDF/UredPDF/?id=3302);  
[http://www.paragraf.rs/zastupnik/odluka\\_emina\\_alisic.htm](http://www.paragraf.rs/zastupnik/odluka_emina_alisic.htm);  
[http://www.vlada.hr/hr/uredi/ured\\_zastupnika\\_rh\\_pred\\_europskim\\_sudom\\_za\\_ljudska\\_prava/sudska\\_praksa/clanak\\_1\\_protokol\\_br\\_1\\_zastita\\_vlasnistva/alisic\\_i\\_drugi\\_presuda\\_06\\_11\\_2012/%28view\\_online%29/1](http://www.vlada.hr/hr/uredi/ured_zastupnika_rh_pred_europskim_sudom_za_ljudska_prava/sudska_praksa/clanak_1_protokol_br_1_zastita_vlasnistva/alisic_i_drugi_presuda_06_11_2012/%28view_online%29/1).

u svjetlu Sporazuma o pristupanju Republike Hrvatske Evropskoj uniji, koji je slovenački parlament konačno ratifikovao 2. aprila 2013. godine. Ipak, presuda koja će u nastavku biti predstavljena u najkraćim crtama, nije konačna riječ Evropskog suda u Strazburu o ovom pitanju. Evropski sud za ljudska prava je 18. marta 2013. godine prihvatio zahtjev Slovenije i Srbije da o predmetu konačno odluči Veliko vijeće od 17 sudija. Prva rasprava zakazana je za 13. juli 2013. godine.

### **Činjenično stanje**

Predstavka je podnesena 30. jula 2005. godine od strane troje građana Bosne i Hercegovine koji žive u Njemačkoj, Emine Ališić, Aziza Sadžaka i Sakiba Šahdanovića, pri čemu Emina Ališić posjeduje i njemačko državljanstvo. Prije disolucije SFR Jugoslavija privlačila je svoje građane da ulažu devizna sredstva kod njenih banaka. Na ta ulaganja dobijale su se visoke kamate (godišnja kamatna stopa često je prelazila 10%), te je za njih garantovala država za slučaj stečaja ili "očigledne insolventnosti" neke banke, na zahtjev te banke. Aplikanti nisu mogli da povuku svoju deviznu štednju iz dvije banke na teritoriji sadašnje Bosne i Hercegovine, Ljubljanske banke Sarajevo i tuzlanske filijale Investbanke. Ljubljanska banka Sarajevo je 1. 1. 1990. godine postala filijala (bez posebnog pravnog subjektiviteta) Ljubljanske banke Ljubljana, a ova druga je preuzela prava, sredstva i obaveze prve banke. Suprotno tome, Investbanka je postala nezavisna banka s centralom u Srbiji i jednim brojem filijala u Bosni i Hercegovini (uključujući i tuzlansku filijalu). Neposredno prije disolucije SFR Jugoslavije povlačenje devizne štednje bilo je znatno ograničeno, dok je od disolucije ta štednja duži vremenski period bila "zamrznuta" i dobila naziv "stara devizna štednja". Nakon tog perioda, države nasljednice su se obavezale da će isplatiti staru deviznu štednju u domaćim bankama. Međutim, u pogledu stare devizne štednje u domaćim filijalama Ljubljanske banke Ljubljana i Investbanke Ustavni sud je razmotrio brojne pojedinačne žalbe o propustu Bosne i Hercegovine i njenih entiteta da isplate staru deviznu štednju, i utvrdio da ni Bosna i Hercegovina ni njeni entiteti nisu odgovorni i umjesto toga je naložio državi da pomogne svojim štedišama tih filijala da povrate svoje štednje od Slovenije i Srbije.

### **Iz obrazloženja**

NAVODI O POVREDI ČLANA 1. PROTOKOLA BR. 1  
67. Deponovanjem deviznih sredstava u bankama, devizne štediše su stekle pravo da naplate od banke svoje uloge u bilo koje vrijeme, zajedno s ostvarenom kamatom. Njihova potraživanja od banaka su nadživjela raspad SFRJ. Dok je tačno da je sva stara devizna štednja bila pod garancijom države, garancija je mogla biti aktivirana samo na zahtjev banke i nijedna banka u ovom predmetu nije istakla takav zahtjev. Odgovornost, prema tome, nije

prešla s tih banaka na SFRJ. Takođe, trebalo bi imati u vidu da filijale Ljubljanske banke Ljubljana i Investbanke nisu imale zaseban pravni subjektivitet u trenutku raspada SFRJ; u skladu s registrom privrednih društava, djelovale su u ime i za račun matičnih banaka.

Uzimajući u obzir gorenavedeno, Sud nalazi da su Ljubljanska banka Ljubljana, sa sjedištem u Sloveniji i Investbanka, sa sjedištem u Srbiji, ostale odgovorne za staru deviznu štednju u svojim filijalama, nezavisno od njihove lokacije, sve do raspada SFRJ.(...)

68. Što se tiče Ljubljanske banke Ljubljana, Vlada Slovenije je prvo nacionalizovala, a zatim prebacila većinu njenih sredstava na novu banku; u isto vrijeme, potvrdila je da stara Ljubljanska banka zadržava odgovornost za staru deviznu štednju u svojim filijalama u drugim državama sljedbenicama i povezana potraživanja od Narodne banke Jugoslavije (NBj). Sud je još ranije odlučio da država ugovornica može biti odgovorna za dugove privrednog društva u državnom vlasništvu čak iako je preduzeće odvojeni pravni entitet, pod uslovom da preduzeće ne uživa "dovoljnu institucionalnu i operativnu nezavisnost od države" (vidi *Mykhalenky and Others v. Ukraine*, br. 35091/02 et al., stavovi 43–45, ESLJP 2004 XII). Jasno je da je Slovenija jedini akcionar stare Ljubljanske banke i da je ovom bankom upravljala vladina agencija. Pored toga, država je odgovorna, u velikoj mjeri, za nemogućnost banke da izmiri svoje dugove (pošto je, na osnovu zakona, prebacila većinu njenih sredstava na drugu banku). Na kraju, Sud primjećuje da je većina sredstava sarajevske filijale Ljubljanske banke Ljubljana, po svemu sudeći, završila u Sloveniji. Razmatrajući sve ove faktore, Sud zaključuje da postoji dovoljna osnova da se Slovenija smatra odgovornom za dugove banke prema gđi Ališić i g. Sadžaku u posebnim okolnostima predmetnog slučaja.

70. Što se tiče Investbanke, ona je ostala odgovorna za staru deviznu štednju u svojim filijalama u drugim državama sljedbenicama sve do 3. januara 2002. godine. Na taj dan, nadležni sud u Srbiji odredio je stečaj nad tom bankom i državna garancija za staru deviznu štednju u toj banci i njenim filijalama je aktivirana. Sud dalje konstatuje da je Investbanka u potpunosti ili u velikoj mjeri u društvenom vlasništvu. Sud je u sličnim slučajevima protiv Srbije nalazio da je država odgovorna za dugove društvenih preduzeća pošto ih veoma strogo kontroliše vladina agencija (vidi, posebno, *R. Kačapor i drugi protiv Srbije*, br. 2269/06 et al., stavovi 97–98. od 15. januara 2008. godine, u vezi s preduzećem koje uglavnom čini društveni kapital, i *Rašković i Milunović protiv Srbije*, br. 1789/07 i 28058/07, stav 71, od 31. maja 2011. godine, o preduzeću sačinjenom i od društvenog i od državnog kapitala). Sud ne nalazi nijedan razlog da odstupa od ovakve prakse. Uzimajući u obzir i činjenicu da je većina sredstava tuzlanske filijale Investbanke najvjerovatnije završila u Srbiji i da je Srbija prodala sve prostorije te filijale koje se nalaze u Bosni i Hercegovini, Sud zaključuje da postoji dovoljna osnova

da Srbija bude odgovorna za dug te banke prema g. Šahdanoviću u posebnim okolnostima predmetnog slučaja.

#### NAVODI O POVREDI ČLANA 13. KONVENCIJE

1. Što se tiče sarajevske filijale stare Ljubljanske banke

(a) Građanska parnica protiv stare Ljubljanske banke pred sudovima u Sloveniji

83. Sud primjećuje da je Okružni sud u Ljubljani donio brojne presude kojima nalaže staroj Ljubljanskoj banci da isplati staru deviznu štednju u svojoj sarajevskoj i zagrebačkoj filijali, zajedno s kamatom, i da je najmanje jedna takva presuda, koja se tiče sarajevske filijale, već proglašena pravosnažnom. Međutim, s obzirom na činjenicu da je zakon iz 1994. godine ostavio banku s ograničenim sredstvima, neizvjesno je da li će ove presude biti i izvršene. Zaista, slovenačka Vlada nije uspjela da pokaže da je bar jedna od ovih odluka i izvršena. Prema tome, za sada nema dokaza da je ovaj pravni lijek u mogućnosti da osigura odgovarajuće i dovoljno obeštećenje podnosiocima.

(b) Građanska parnica protiv Republike Slovenije pred sudovima u Sloveniji

84. Izvjestan broj klijenata sarajevske i zagrebačke filijale stare Ljubljanske banke je pokrenuo parnične postupke protiv Republike Slovenije. Pošto do sada nijedna od njih nije bila uspješna, Sud nalazi da ovaj pravni lijek ne pruža opravdan izgled na uspjeh za podnosiocima (vidi, po analogiji, *E. O. and V. P. v. Slovakia*, br. 56193/00 i 57581/00, stav 97. od 27. aprila 2004. godine).

(c) Peticija slovenačkom Ustavnom sudu

85. (...) Što se tiče djelotvornosti upućivanja peticije slovenačkom Ustavnom sudu za pokretanje ispitivanja ustavnosti prekida postupaka u periodu od 1997. do 2009. godine, tačno je da je takva peticija dvojice hrvatskih državljana bila uspješna u smislu što je Ustavni sud Slovenije proglasio prekid postupaka neustavnim omogućavajući tako nastavak parničnih postupaka u vezi s ovim pitanjem. Međutim, nije im bila dodijeljena nikakva nadoknada ili bilo koje drugo obeštećenje. Pored toga, činjenica da su njihovi parnični postupci nakon toga nastavljeni nije dovoljna sama po sebi da proglašeni peticiju Ustavnom sudu djelotvornim pravnim lijekom, pošto je Sud već našao (vidi stavove 83. i 84. iznad) da su parnični postupci ili bili u nemogućnosti da osiguraju odgovarajuće i dovoljno obeštećenje ili nisu nudili opravdane izgleda na uspjeh za podnosiocima.

2. Što se tiče tuzlanske filijale Investbanke

(a) Zahtjev nadležnom stečajnom sudu u Srbiji

87. Iako je stotine klijenata filijala Investbanke u Bosni i Hercegovini uložilo takve zahtjeve nadležnom stečajnom sudu, nijedan od njih do sada nije bio uspješan.

Prema tome, slijedi da ovaj pravni lijek nije ponudio opravdan izgled na uspjeh za g. Šahdanovića.

(b) Građanska parnica protiv Investbanke pred srpskim sudovima

88. Iako je tačno da je u ranim 1990-im godinama mali broj štediša filijala banaka sa sjedištem u Srbiji izvan Srbije dobio presude pred sudovima u Srbiji kojima se bankama nalaže da isplate staru deviznu štednju (vidi činjenice u presudi *Šekerović protiv Srbije* (odluka) br. 32472/03 od 4. januara 2006. godine), srpska Vlada nije uspjela da dokaže da je ijedna od tih presuda bila i izvršena prije zakonskog prekida svih izvršnih postupaka o ovom pitanju 1998. godine. Prema tome, ovaj lijek nije u mogućnosti da osigura odgovarajuće i dovoljno obeštećenje g. Šahdanoviću.

NAVODI O POVREDI ČLANA 14. KONVENCIJE

93. (...) imajući u vidu svoje zaključke u vezi s članom 13. i članom 1. Protokola br. 1 u stavovima 90–91, Sud smatra da nema potrebe ispitivati ovo pitanje prema članu 14. u vezi s ovim članovima što se tiče Srbije i Slovenije i da nije bilo povrede člana 14. što se tiče ostalih tuženih država.

PRIMJENA ČLANA 46. KONVENCIJE

98. Povreda koju je Sud našao u ovom predmetu utiče na mnoge ljude. Postoji više od 1.650 sličnih predstavi, podnijetih u ime više od 8.000 podnosilaca, koje su u toku pred Sudom. Prema tome, Sud smatra da je primjena procedure "pilot presude" u ovom slučaju odgovarajuća, i pored prigovora stranaka u vezi sa tim.

99. (...) Posebno, Slovenija treba da preduzme sve neophodne mjere u roku od šest mjeseci od dana kada predmetna presuda postane pravosnažna kako bi omogućila gđi Ališić, g. Sadžaku i svima ostalima koji su u istoj poziciji isplatu stare devizne štednje pod istim uslovima kao i za one koji su imali takvu ušteđevinu u domaćim filijalama slovenačkih banaka. U istom roku, Srbija treba da preduzme sve neophodne korake da omogući g. Šahdanoviću i svim ostalim u istoj poziciji isplatu njegove stare devizne štednje pod istim uslovima koje su imali srpski državljani s takvim ušteđevinama u domaćim filijalama srpskih banaka.

Što se tiče ranijih odugovlačenja, Sud ne nalazi za neophodno, za sada, da naloži pružanje odgovarajućeg obeštećenja svim oštećenim licima. Ukoliko, međutim, bilo Srbija ili Slovenija ne primijene opšte mjere navedene iznad i nastave da krše Konvenciju, Sud može ponovo razmatrati pitanje obeštećenja u nekom budućem odgovarajućem predmetu protiv te države (vidi, po analogiji, *Suljagić protiv Bosne i Hercegovine*, br. 27912/02 od 3. novembra 2009. godine).

100. Neophodno je naglasiti da se gorenavedeni nalozi ne odnose na lica kojima je, iako u istoj poziciji kao i predmetni podnosioci, isplaćena stara devizna štednja od

strane drugih država sljedbenica, kao što su oni koji su bili u mogućnosti da podignu svoju staru deviznu štednju na humanitarnoj osnovi ili da je koriste u procesu privatizacije i oni kojima je isplaćena ušteđevina iz zagrebačke i skopljanske filijale Ljubljanske banke Ljubljana od strane hrvatske i makedonske vlade. Srbija i Slovenija, prema tome, mogu da isključe te osobe iz svojih planova otplate. Međutim, ako je na takav način isplaćen samo dio stare devizne štednje, Srbija i Slovenija su sada obavezne za ostatak (Srbija za staru deviznu štednju u svim filijalama srpskih banaka i Slovenija za ušteđevine u svim filijalama slovenačkih banaka, bez obzira na lokaciju filijale ili državljanstvo predmetnog ulagača).

101. Konačno, Sud odlaže ispitivanje sličnih predmeta na šest mjeseci od dana kada ova presuda postane pravosnažna (vidi, po analogiji, *Suljagić*, naveden gore). Ova odluka ne dovodi u pitanje ovlaštenje Suda da u bilo kom trenutku proglasi neprihvatljivim bilo koji predmet ili da ga izbriše sa svog spiska u skladu s Konvencijom.

PRIMJENA ČLANA 41. KONVENCIJE

104. Svaki podnosilac je dalje zahtijevao 4.000 eura na ime nematerijalne štete. Vlade Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije i Makedonije navode da su ovi zahtjevi neopravdani. Sud, međutim, prihvata da su podnosioci pretrpjeli određene gubitke usljed povrede Konvencije koja je u ovom slučaju utvrđena. Procjenjujući na osnovu pravičnosti, kao što se zahtijeva članom 41. Konvencije, Sud dodjeljuje tražene iznose (tj. 4.000 eura gđi Ališić i isti iznos g. Sadžaku koje će isplatiti Slovenija i 4.000 eura g. Šahdanoviću koje će isplatiti Srbija).

*Dispozitiv*

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. *Odbacuje* sa šest prema jedan prigovore vlada u vezi s propustom podnosilaca da iscrpe domaće pravne lijekove;
2. *Zaključuje* jednoglasno da postoji povreda člana 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju od strane Srbije u odnosu na g. Šahdanovića;
3. *Zaključuje* sa šest prema jedan da postoji povreda člana 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju od strane Slovenije u odnosu na gđu Ališić i g. Sadžaka;
4. *Zaključuje* jednoglasno da ne postoji povreda člana 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju od strane drugih tuženih država;
5. *Zaključuje* jednoglasno da postoji povreda člana 13. Konvencije od strane Srbije u odnosu na g. Šahdanovića;
6. *Zaključuje* sa šest prema jedan da postoji povreda člana 13. Konvencije od strane Slovenije u odnosu na gđu Ališić i g. Sadžaka;
7. *Zaključuje* jednoglasno da ne postoji povreda člana 13. Konvencije od strane drugih tuženih država;
8. *Zaključuje* jednoglasno da ne postoji potreba za ispitivanjem zahtjeva prema članu 14. Konvencije u vezi s članom 13. Konvencije i članom 1. Protokola br. 1 što se tiče

Srbije i Slovenije i da nema povrede člana 14. Konvencije u vezi s članom 13. Konvencije i članom 1. Protokola br. 1 što se tiče ostalih tuženih država;

9. *Zaključuje* jednoglasno da propust srpske i slovenačke vlade da uključi predmetne podnosiocice i sve ostale koji se nalaze u istoj poziciji u svoje planove otplate stare devizne štednje predstavlja sistemski problem;

10. *Zaključuje* jednoglasno da Srbija treba da preduzme sve neophodne mjere u roku od šest mjeseci od dana kada predmetna presuda postane pravosnažna u skladu s članom 44. st. 2. Konvencije, kako bi omogućila g. Šahdanoviću i svim ostalim u istoj poziciji isplatu njegove stare devizne štednje pod istim uslovima koje su imali srpski državljani s takvim ušteđevinama u domaćim filijalama srpskih banaka;

11. *Zaključuje* sa šest prema jedan da Slovenija treba da preduzme sve neophodne mjere u roku od šest mjeseci od dana kada predmetna presuda postane pravosnažna u skladu s članom 44. st. 2. Konvencije, kako bi omogućila gđi Ališić i g. Sadžaku i svim ostalim u istoj poziciji isplatu stare devizne štednje pod istim uslovima koje su imali drugi s takvim ušteđevinama u domaćim filijalama slovenačkih banaka;

12. *Odlučuje* jednoglasno da odloži, na šest mjeseci od dana kada ova presuda postane pravosnažna, ispitivanje svih sličnih predmeta ne dovodeći u pitanje ovlaštenje Suda da u bilo kom trenutku proglašuje neprihvatljivim bilo koji predmet ili da ga izbriše sa svog spiska u skladu s Konvencijom.

13. *Zaključuje* jednoglasno

- (a) da Srbija isplati g. Šahdanoviću, u roku od tri mjeseca od dana kada predmetna presuda postane pravosnažna u skladu s članom 44. st. 2. Konvencije, 4.000 eura (četiri hiljade eura) na ime nematerijalne štete, plus poreze koji mogu biti naplaćeni.
- (b) da se nakon isteka gorenavedena tri mjeseca do isplate, računa obična kamata na gornji iznos po stopi jednakoj graničnoj aktivnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke tokom perioda docnje uz dodatak tri procentna poena;

14. *Zaključuje* sa šest prema jedan

- (a) da Slovenija isplati gđi Ališić i g. Sadžaku, u roku od tri mjeseca od dana kada predmetna presuda postane pravosnažna u skladu s članom 44. st. 2. Konvencije, 4.000 eura (četiri hiljade eura) na ime nematerijalne štete, plus poreze koji mogu biti naplaćeni;
- (b) da se od isteka gore navedena tri mjeseca do isplate, računa obična kamata na gornji iznos po stopi jednakoj graničnoj aktivnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke tokom perioda docnje plus tri procentna poena;

15. *Odbija* jednoglasno preostali dio zahtjeva podnositelaca za pravično zadovoljenje.

Doc. Dr. Zlatan Meškić

**Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 6. November 2012, Rechtsache Ališić u.a. gegen Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Serbien, Slowenien und Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien (Beschwerde Nr. 60642/08)**

(Zusammenfassung)

*Die Frage der Rückerstattung der "alten" Ersparnisse in Auslandswährung bei der Ljubljanska Banka, stellt sich seit der Auflösung der SFR Jugoslawien. Mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Ališić u.a., die hier in Auszügen wiedergegeben wird, bekommt sie eine neue Fortsetzung, in der Serbien und Slowenien angehalten sind, innerhalb von 6 Monaten ab Rechtskraft der Entscheidung alle notwendigen Massnahmen zu unternehmen, um den Beschwerdeführern und allen anderen, die sich in der selben Lage befinden, eine Auszahlung der alten Ersparnisse in Auslandswährung unter den selben Bedingungen zu ermöglichen, wie dies bei solchen Ersparnissen ihrer inländischen Filialen erfolgte. Den Beschwerdeführer wurde, zusätzlich zum Auszahlungsanspruch, auch ein Anspruch von 4.000 Euro als immaterieller Schaden zugesprochen. Bei dem Urteil handelt es sich um ein "Pilot-Urteil" für mehr als 1.650 ähnliche Beschwerden im Namen von mehr als 8.000 Beschwerdeführern. Die Entscheidung hat im Zusammenhang mit dem Beitrittsübereinkommen der Republik Kroatien zur Europäischen Union, das vom slowenischen Parlament am 2. April 2013 ratifiziert wurde, besondere Bedeutung. Das Urteil, das in diesem Beitrag kurz dargestellt wird, ist aber nicht das letzte Wort des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg zu dieser Frage. Der EGMR hat am 18. März 2013 den Antrag von Slowenien und Serbien, die Rechtssache endgültig vor der Großen Kammer von 17 Richtern entscheiden zu lassen, angenommen. Die erste Verhandlung ist für den 13. Juli 2013 angesetzt.*

## Aktuelnosti iz njemačkog prava

Dr. Stefan Pürner

### Uvod

U Njemačkoj je na području zakonodavstva izvršena reforma prava najma. Pri regulisanju ovog obligaciono-pravnog odnosa, zakonodavac je morao da uzme u obzir brojne političke ciljeve (poticanje štednje energetske potrošnje u stambenim objektima), ekonomske prilike (održavanje spremnosti najmodavaca za investiranje pri istovremenoj socijalnoj zaštiti najmoprimaca) kao i socijalnu stvarnost (postojanje tzv. nomada najmoprimaca<sup>1</sup>). Mnogobrojna pitanja imala su se riješiti i Zakonom o pravima pacijenata, koji objedinjuje kako obligacionopravne aspekte, tako i aspekte prava osiguranja. Na području sudske prakse valja istaći nekoliko važnih presuda, od kojih će samo dvije biti predmet detaljnije analize, a koje se tiču prava na pristup informacijama. Jedna odluka Vrhovnog suda SR Njemačke, u kojoj je kao tužilac nastupio poznati pop pjevač Xavier Naidoo, tiče se uslova pod kojima davatelji internet usluga moraju da dopuste uvid u lične podatke korisnika, koji na internetu nelegalno dijele muzičke datoteke, bez cilja ostvarivanja dobiti.

Druga odluka (presuda Višeg pokrajinskog suda u Hammu) tiče se prava djece koja su začeta metodom vještačke oplodnje, tačnije anonimnom donacijom sperme, na pristup ličnim podacima njihovih bioloških očeva. Nadalje će biti riječi o nezavisnoj Historijskoj komisiji koja govori o odnosu Saveznog ministarstva pravde prema svojoj nacionalsocijalističkoj prošlosti, te će se govoriti i o kraju takozvanih "sudskih emisija" na njemačkoj privatnoj televiziji.

### Aktualnosti s područja zakonodavstva

#### Bundesrat izglasao izmjene prava najma

Pravo najma je pravno područje u kojem se najrazličitiji interesi susreću s mnoštvom različitih životnih prilika, s obzirom na to da pravo služi zadovoljavanju egzistencijalne potrebe građana za stambenim prostorom. Stoga ono naročito u Njemačkoj dobiva na značaju, gdje je 2008. godine samo 43% stanovništva živjelo u vlastitim nekretninama (što je dosta nizak postotak u poređenju sa

Španijom, 87%, Norveškom, 78% i Velikom Britanijom, 71%). Tržište nekretnina ujedno je i značajan ekonomski faktor. Također je neophodno uzeti u obzir da u vremenu klimatskih promjena, stanovi, pa tako i unajmljeni stanovi, uveliko doprinose potrošnji energije i emisijom zagađenju u Njemačkoj. Prema podacima kojima raspolaže Savezno ministarstvo pravde, 40% energetske potrošnje otpada na zgrade. Nadalje je zakonodavac imao da riješi sve učestaliji problem tzv. "nomada najmoprimaca". Riječ je o najmoprimcima, koji često mjesecima ne plaćaju najamninu, koristeći pri otkazu stana i deložaciji zbog neplaćanja najmnine postojeću socijalnu zaštitu najmoprimaca. Najmodavci su se suočavali sa sve rjeđim isplatama najmnina. Također se često dešava da najmoprimci nisu održavali stan na propisani način, pa se najmodavci nađu u situaciji da moraju snositi štetu. Ovo, naročito za privatne najmodavce,<sup>2</sup> koji su vlasnici 60% iznajmljenih stanova, može imati teške finansijske posljedice. Sve ovo pokušava uzeti u obzir "Zakon o energetske modernizaciji iznajmljenih stanova i o pojednostavljenom izvršenju deložacija", koji je u januaru izglasan u Bundesratu, nakon što ga je Bundestag donio u decembru prošle godine. Ovaj zakon mijenja i postojeće zakone: Građanski zakonik, Uvodni zakon u Građanski zakonik, Zakon o etažnom vlasništvu, Zakon o parničnom, vanparničnom i izvršnom postupku, Uvodni zakon u Zakon o parničnom, vanparničnom i izvršnom postupku, Zakon o sudskim troškovima, Troškovnik sudskih izvršilaca i Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad advokata.

Najvažnije izmjene su sljedeće: Neki od novih propisa imaju za cilj olakšati najmodavcima rekonstrukciju stanova. Najmoprimci ubuduće kod ometanja usljed radova koji se vrše radi energetske modernizacije tokom prva tri mjeseca nemaju pravo da zatraže smanjenje najmnine, ukoliko će im mjere rekonstrukcije dugoročno smanjiti troškove. Tako ova odredba u prva tri mjeseca trajanja radova na stanu isključuje mogućnost pozivanja na smanjenje najmnine prema § 536. BGB zbog ometanja usljed mjera toplotne izolacije stambenog objekta, iz razloga što će najmoprimac ovim smanjiti troškove grijanja. Ovo pravilo se, međutim, odnosi samo na mjere energetske modernizacije, ali ne i na mjere koje isključivo imaju za cilj zaštitu klime. Prema tome bi najmoprimac mogao zahtijevati smanjenje najmnine kod ometanja usljed instalacije solarnih ploča na krovu, čija će električna energija teći u gradsku mrežu

<sup>1</sup> Nomadi najmoprimci (njem. *Mietnomaden*) su osobe koje se usele u stan, a ne plaćaju najamninu, te po otkrivanju presele u novi stan ne izmirujuć dugove po osnovu najmnine (op. prev).

<sup>2</sup> Pod privatnim najmodavcem ovdje se podrazumijeva fizičko lice koje iznajmljuje stambeni prostor bez posredovanja agencije za nekretnine (op. prev).



električne energije. Ovdje je, naime, riječ o mjerama koje za cilj isključivo imaju zaštitu klime, a koje nisu vidljivo i neposredno korisne za najmpirimca.

Nepromijenjen ostaje § 559. BGB. Prema ovoj odredbi najmodavac je ovlašten da troškove modernizacije u iznosu do 11% godišnje prenese na najamninu. Od ovog pravila postoji izuzetak, kada najmpirimci nisu u stanju finansijski podnijeti povišenje najamnine zbog mjera modernizacije. U tom slučaju mogu biti oslobođeni te obaveze, što sada prema § 555.d st. 2., 3. BGB može uslijediti samo ulaganjem pismenog prigovora unutar određenog roka.

Zaštita najmodavaca od spomenutih "nomada najmpirimaca" obezbijedena je nizom zakonskih propisa: sudski postupci deložacije unajmljenih stanova zbog neplaćanja najamnine će se sada prema § 272. st. 4. ZPO ubrzati, a rokovi unutar kojih se stranke u postupku mogu izjasniti o tužbi skraćeni su na nužni minimum. Razlog za donošenje ove odredbe leži u činjenici da se najmodavci i pri zakonitom jednostranom raskidu ugovora, ne mogu osloboditi svoje ugovorne obaveze (prepuštanje posjeda stana najmpirimcu), pa su tako manje zaštićeni u odnosu na druge povjerioce koji imaju novčana potraživanja iz dvostrano obavezujućih ugovora. Ukoliko najmpirimac tokom trajanja sudskog postupka ne plaća najamninu (što je u praksi učestao slučaj), potraživanja najmodavca kao tužitelja mjesečno se povećavaju. Zbog ovoga najmodavac često mora pretrpjeti dodatnu štetu, pošto nakon izricanja sudske presude nije u stanju da potraživanja nastala tokom trajanja spora potražuje putem prinudnog izvršenja. Stoga je u § 283.a ZPO predviđena nova mjera sudskog osiguranja, putem koje najmodavac na sudu od najmpirimca može tražiti dodatna osiguranja za svoja mjesečna novčana potraživanja. Ukoliko se najmpirimac ne pridržava sudske mjere osiguranja, najmodavac može putem privremenih mjera brže izdejtstvovati donošenja rješenja o deložaciji.

Također je olakšano provođenje rješenja o izvršenju čiji je predmet deložacija najmpirimaca zbog neplaćanja najamnine. U praksi su deložacije za najmodavca često vrlo skupe, jer je on, ukoliko mu se usvoji tužbeni zahtjev, obavezan predujmiti troškove deložacije, ali i troškove preseljenja predmeta koji su bili u stanu, ukoliko se najmpirimac ne iseli svojevoljno. Mnogi privatni najmodavci iznajmljuju samo jedan stan, a najamnina im čini sastavni dio njihovih ličnih primanja. Stoga se kod provođenja rješenja o izvršenju deložacije često susreću s finansijskim poteškoćama, iako je u prethodnom parničnom postupku sud već donio rješenje o deložaciji u njihovu korist. Prema novoj odredbi § 885.a ZPO deložacija se može ograničiti na prinudno iseljenje najmpirimca, dok mu vlasništvo može ostati u stanu. Na taj način za najmodavca ne nastaju nikakvi troškovi transporta i skladištenja predmeta preostalih u stanu. Ova nova mogućnost deložacije uvedena je s ciljem podsticanja svojevoljnog iseljenja najmpirimaca protiv kojih je

doneseno rješenje o deložaciji. K tome se najmodavčeva odgovornost za štetu nastalu na najmpirimčevim stvarima u stanu ograničava na umišljaj i grubu nepažnju.

Zaštita najmodavca u čiju korist je doneseno rješenje o deložaciji zbog najmpirimčevog neplaćanja najamnine ide čak korak dalje u odnosu na prijašnja zakonska rješenja: u praksi su se često dešavale situacije da se na dan dolaska sudskog izvršitelja na adresu najmpirimca u stanu ne nađe najmpirimac, nego nepoznata osoba koja bi tvrdila da je podnajmpirimac. Pošto se rješenje o deložaciji može izvršiti samo protiv osobe koja je imenovana u rješenju, najmodavac je morao pokrenuti novi parnični postupak protiv te nove osobe. Prema novoj odredbi iz § 940.a st. 2. ZPO najmodavac putem privremene mjere može podnijeti zahtjev za sticanje izvršnog naslova i protiv neovlaštenog podnajmpirimca (odredba glasi: "Deložacija iz stambenog objekta putem privremene mjere može biti naložena i protiv trećeg lica, koje je u posjedu predmeta najma, ukoliko je najmodavac protiv najmpirimca stekao izvršni naslov, a najmodavac za treće lice posjednika saznao tek po okončanju usmene rasprave.")

Nakon što je Zakon izglasan u Bundesratu, on mora biti objavljen u Službenom listu. Nacrt Zakona je, međutim, već sad dostupan na internetu: [http://www.bundesrat.de/cln\\_340/SharedDocs/Drucksachen/2013/0001-0100/10-13,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/10-13.pdf](http://www.bundesrat.de/cln_340/SharedDocs/Drucksachen/2013/0001-0100/10-13,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/10-13.pdf).

### **Bundesrat usvojio i Zakon o pravima pacijenata**

Za praksu vrlo značajno pravno područje je i medicinsko pravo (iz kojeg je krajem 2012. godine na Pravnom fakultetu u Sarajevu održan i seminar). U Njemačkoj je početkom 2013. godine donesen Zakon o jačanju prava pacijenata (skraćeno: Zakon o pravima pacijenata). Ovim zakonom se po prvi put jedinstveno reguliraju prava pacijenata, kako prema njihovim liječnicima, tako i prema zavodu zdravstvenog osiguranja. Donošenje ovog zakona je za posljedicu imalo i izmjenu njemačkog Građanskog zakonika (BGB), u koji je uveden ugovor o medicinskoj skrbi kao nova vrstu ugovora, kojim se regulira odnos između liječnika i pacijenta u slučaju medicinskog tretmana (§§ 630.a-h BGB). Prava pacijenata su u prošlosti uglavnom regulirana općim načelima razvijenim u sudskoj praksi. Novim zakonom ova prava postaju transparentnija i jasnija. Također je neka prava Zakon konkretizirao i proširio u odnosu na ranija rješenja. Ugovor o medicinskoj skrbi regulira pravni odnos između pacijenata i njihovih liječnika, ali i pripadnika drugih medicinskih i srodnih profesija kao što su osobe koje prakticiraju alternativnu medicinu, babice, psiho- i fizioterapeuti pri pružanju medicinske skrbi. Zakonom se utvrđuje opširna liječnička obaveza informiranja pacijenata. Ta obaveza ne obuhvata samo informiranje pacijenta o potrebnim medicinskim pregledima, dijagnozama, planiranim terapijama i njihovim mogućim nuspojavama i rizicima, nego i obavezu

informiranja o troškovima vezanim za medicinsku skrb. Liječnik koji zna da zavod zdravstvenog osiguranja neće pokriti troškove medicinske skrbi njegovog pacijenta, mora ga o tome izvijestiti (§ 630.c st. 3. BGB). Također je obavezan da, pod određenim uslovima, informira pacijenta o liječničkoj grešci za koju je sam odgovoran (§ 630.c st. 2., reč. 2 BGB). Zakon regulira i način na koji pacijent treba da bude obaviješten: u pravilu je liječnik dužan izvijestiti pacijenta blagovremeno prije planiranog medicinskog tretmana pozivajući na lični razgovor. Sama pismena obavijest nije dovoljna (§ 630.e st. 2. BGB). Zakon nadalje regulira liječničku obavezu dokumentiranja pružene medicinske skrbi. Medicinska dokumentacija pacijenata mora biti uredno vođena i potpuna (§ 630.f BGB). Ukoliko je dokumentacija nepotpuna ili nepostojeća, teret dokazivanja pada na liječnika. Tako će se u sudskom postupku na teret liječnika pretpostaviti, da medicinske intervencije koje nisu dokumentirane u medicinskoj dokumentaciji pacijenta nisu nikad ni izvedene. Ovim se oštećenom htjelo olakšati dokazivanje, što je kao načelo bilo razvijeno već u sudskoj praksi. Novom zakonskom odredbom postignuta je još veća izvjesnost građana u pogledu pitanja, ko u postupku pred sudom šta ima dokazati. Predmetni član 630.h BGB u prijevodu glasi:

**§ 630.h BGB: Teret dokazivanja kod odgovornosti za naknadu štete prouzrokovane liječničkom greškom**

- (1) Liječnička greška će biti pretpostavljena, ukoliko je nastupio rizik u vezi s medicinskom skrbi, koji je liječnik realno mogao da kontrolira, a usljed kojih je pacijent preminuo ili zadobio tjelesne povrede ili mu je narušeno zdravlje.
- (2) Liječnikima dokazati da je za medicinsku skrb dobio saglasnost shodno § 630.d, te da je dao odgovarajuće pouke u skladu s § 630.e. Ukoliko pouke nisu izvršene u skladu s uslovima iz § 630.e, liječnik se može pozvati na okolnost da bi pacijent i u slučaju urednog obavještenja, pristao na medicinski zahvat.
- (3) Ukoliko liječnik poduzeti medicinski zahvat, koji je s medicinskog aspekta bio nužan, kao i njegove rezultate protivno § 630.f st. 1. ili st. 2. ne evidentira u medicinskoj dokumentaciji pacijenta, ili medicinsku dokumentaciju pacijenta protivno 630.f st. 3. ne sačuva, pretpostavit će se da medicinski zahvat nije niti poduzet.
- (4) Ukoliko liječnik za poduzeti medicinski zahvat nije bio osposobljen, pretpostavit će se da je liječnička nesposobnost bila uzrok smrti, zadobijenih tjelesnih povreda ili narušenog zdravlja pacijenta.
- (5) Ukoliko je došlo do grube liječničke greške koja načelno može da prouzroči smrt, tjelesne povrede ili da naruši zdravlje pacijenta u obliku u kojem su smrt, tjelesne povrede ili narušeno zdravlje zaista i nastupili, pretpostavit će se da je liječnička greška

bila uzrok tome. Isto vrijedi i za slučaj kada je liječnik propustio da blagovremeno izvrši neophodne medicinske pretrage, čiji bi rezultat s dovoljnom vjerovatnoćom dao povoda za poduzimanje odgovarajućih medicinskih zahvata i kada liječnički propust poduzimanja takvog medicinskog zahvata predstavlja grubu stručnu grešku.

Zakon također mijenja Zakonik o socijalnim pravima na način da jačaju prava pacijenata prema zavodu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Zavodi će ubuduće imati obavezu da, ovisno o konkretnom slučaju, u roku od tri do šest sedmica odluče o zahtjevu osiguranog lica za pokrivanje troškova određene medicinske usluge. Ukoliko zavod obaveznog zdravstvenog osiguranja ne navede opravdan razlog prekoračenja ovog roka, medicinska usluga će se po isteku roka smatrati odobrenom (§ 13. st. 3.a Zakonika o socijalnoj zaštiti V). K tome su zavodi obaveznog zdravstvenog osiguranja sada dužni pomoći osiguranicima koji žele podnijeti zahtjev za naknadu štete protiv liječnika zbog liječničke greške. Pomoć se primjerice može sastojati u sastavljanju stručnog medicinskog mišljenja, koje bi osiguraniku olakšalo dokazivanje nastale štete (§ 66. Zakonika o socijalnoj zaštiti V). Više informacija o ovom zakonu sadrži izjava za medije Saveznog ministarstva pravde, koja je dostupna online: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130102\\_PatientenG.html?nn=3433226](http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130102_PatientenG.html?nn=3433226). Na web stranici Saveznog ministarstva pravde dostupan je i video, koji objašnjava zakonske izmjene: [http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Patientenrechte/\\_node\\_hidden.html](http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Patientenrechte/_node_hidden.html). Zakon u trenutku pisanja ovog priloga još nije bio objavljen u Službenom glasniku. Nacrt Zakona dostupan je online: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz\\_zur\\_Verbesserung\\_der\\_Rechte\\_von\\_Patientinnen\\_und\\_Patienten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz_zur_Verbesserung_der_Rechte_von_Patientinnen_und_Patienten.pdf?__blob=publicationFile). Postoji i neoficijelna, skraćena verzija svih novih zakonskih izmjena: <http://www.patienten-rechte-gesetz.de/bgb-sgbv/beweislast-haftung-behandlungsfehler-aufklaerungsfehler.html>

## Iz sudske prakse

Njemački sudovi su u proteklim mjesecima u dva vrlo različita spora morali odlučivati o pravu na pristup informacijama. Ovi slučajevi su naišli na veliko interesovanje medija i javnosti.

### BGH<sup>3</sup>: Neovlašteno dijeljenje muzičkih djela na internetu u nekomercijalne svrhe

U prvom slučaju se Savezni vrhovni sud bavio pitanjem pod kojim uslovima davatelji internet usluga moraju dati pristup ličnim podacima korisnika licu čija su autorska

<sup>3</sup> BGH – skraćeno za *Bundesgerichtshof* – Savezni vrhovni sud (op. prev.).

prava povrijeđena, ukoliko je korisnik na internetu dijelio njegovo zaštićeno muzičko djelo bez namjere sticanja dobiti. Tužitelj je bilo društvo za muzičku distribuciju Naidoo Records GmbH, koje je zastupalo pop pjevača Xaviera Naidooa. Njegova pjesma "Bitte höre nicht auf zu träumen" je u septembru 2011. godine putem flesharing programa ponuđena drugim internet korisnicima na download. Tužitelj je od tuženog društva Telekom AG kao davatelja internet usluga zahtijevao pristup informacijama o imenu i adresi korisnika, koji je pjesmu postavio na internet. Pošto je tužitelju bila poznata IP adresa korisnika, nije bilo nikakvih tehničkih prepreka za davanje pristupa traženim informacijama. Pravni osnov za zahtijevanje ovih informacija bili su § 101. st. 9. njemačkog Zakona o autorskim pravima (UrhG) zajedno s § 101. st. 2. reč. broj 3 UrhG. Ovi dijelovi § 101. UrhG u prijevodu glase:

### § 101. Pravo na pristup informacijama

- (1) Ko s ciljem sticanja dobiti prekrši autorsko ili srodno pravo koje je zaštićeno ovim zakonom, na zahtjev autora čija su prava povrijeđena dužan je bez odlaganja pružiti mu informacije o porijeklu i načinu distribucije protupravno umnoženih autorskih djela. Namjera sticanja dobiti može se cijeliti kako iz broja tako i iz težine protupravnih radnji koje su u vezi s kršenjem autorskih i srodnih prava.
- (2) U slučaju očitog kršenja autorskih ili srodnih prava ..., pravo na pristup informacijama postoji neovisno o stavu 1, i prema osobama, koje su s ciljem sticanja dobiti (...)
3. pružale usluge putem kojih su izvršene radnje kršenja autorskih i srodnih prava osim ako je ta osoba prema §§ 383. do 385. Zakonika o građanskom postupku oslobođena dužnosti svjedočenja.

Ovdje je važno skrenuti pažnju na sljedeće: § 101. st. 1. UrhG autoru daje pravo da zahtijeva određene informacije protiv lica koje je prekršilo njegovo autorsko ili srodno pravo, koje je to moralo činiti s ciljem sticanja dobiti, dok § 101. st. 2. br. 3 UrhG autoru ovo pravo daje prema trećem licu (npr. davatelju internet usluga), koji pruža usluge s ciljem sticanja dobiti. Formulacija "s ciljem sticanja dobiti" u § 101. st. 2. br. 3 UrhG se, dakle, ne odnosi na protupravnu činidbu kojom se autorsko ili srodno pravo krši.

Pokrajinski sud kao i Viši pokrajinski sud u Kölnu odbili su žalbu na prvostepeno rješenje, pošto su smatrali, da pravo na zahtijevanje takvih informacija prema § 101. st. 2. br. 3 UrhG postoji samo onda kada se autorsko ili srodno pravo prekršilo "s ciljem sticanja dobiti".

Ovi sudovi su pretpostavku kršenja autorskog ili srodnog prava s ciljem sticanja dobiti iz § 101. st. 1. UrhG kojom se uslovljava pravo na pristup informacijama protiv lica koje krši autorsko ili srodno pravo prenijeli i

na § 101. st. 2. br. 3 UrhG, koji regulira pravo na pristup informacijama prema davatelju internet usluga koji svoje usluge nudi u komercijalne svrhe. Ovo je između ostalog i iz razloga što je tokom donošenja ovog zakona "autor Nacrta Zakona smatrao, da pravo na pristup informacijama prema trećem licu iz § 101. st. 2. UrhG uvijek pretpostavlja i povredu autorskog ili srodnog prava u komercijalne svrhe iz § 101. st. 1. UrhG" (citirano iz presude BGH). U konkretnom slučaju, međutim, nije bilo nikakvih naznaka da je povreda autorskog prava izvršena s ciljem sticanja dobiti.

BGH je bio drugog mišljenja, dolazeći do zaključka, da u slučajevima postojanja očigledne povrede prava (kao što je npr. neovlašteno postavljanje autorski zaštićenog muzičkog djela na internet), pravo autora na pristup informacijama postoji protiv svakoga, ko je povrijedio tuđe autorsko ili srodno pravo.

Ovo pravo autora, dakle, zahtijeva samo čin očite povrede prava, a ne i namjeru "sticanja dobiti" lica koje vrši povredu. BGH to obrazlaže, između ostalog, činjenicom, da bi autor kao imatelj ovog prava bio nezaštićen, ukoliko ne bi imao pravo na pristup informacijama prema osobi koja krši njegovo autorsko ili srodno pravo, ako povreda nije izvršena s ciljem sticanja dobiti. Također dolazi do zaključka, da je pri odmjeravanju prava i interesa autora s jedne strane i osobe koja vrši povredu autorskog ili srodnog prava s druge strane, te uzimajući u obzir princip proporcionalnosti, interes autora za pristup informacijama ovdje prevagnuo. Razlog tome je između ostalog činjenica, da "zaštita autorskog prava nije ograničena na poslovne ili komercijalne činidbe, nego obuhvata sve privatnopravne činidbe". BGH se također osvrće na argument prema kojem je autor Nacrta Zakona bio mišljenja, da se pravo iz § 101. st. 2. UrhG također uslovljava postojanjem namjere za "sticanjem dobiti" lica koje krši autorsko ili drugo pravo. To BGH opovrgava, navodeći da je za tumačenje pravne norme ta okolnost irelevantna, te da je pri njenom tumačenju nužno voditi se isključivo "objektivnom namjerom zakonodavca". BGH dalje kaže: "Subjektivne predstave organa koji sudjeluju u zakonodavnom postupku ili predstave pojedinih članova tih organa o značenju pravnih normi su bez značaja." (BVerfGE 1, 299, 312; BGH, presuda od 20. maja 1954. godine – GSZ 6/53, BGHZ 13, 265, 277). "Tumačenje pravnih normi se prvenstveno mora voditi smislom i ciljem zakona, a ne motivima koji su predstavljeni samo u zakonodavnom postupku, ali nisu sadržani i u gramatičkom značenju pravne norme." (BGH, rješenje od 8. februara 2011. godine – X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 Rn. 20 – S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I s daljnjim izvorima; vidjeti i BGH, presuda od 14. aprila 1983. godine – VII ZR 199/82, BGHZ 87, 191, 30 194 i dalje.; BGH, rješenje od 25. juna 2008. godine – II ZB 39/07, BGHZ 177, 131 Rn. 17).

**Rješenje BGH dostupno je u punoj verziji na njemačkom jeziku na sljedećoj web adresi:** <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document>.

py?Gericht=bgh&Art=en&sid=33f00ca4f331233f3055aa932be249ab&n=61400&pos=0&anz=4. Daljnje informacije o ovom rješenju dostupne su na: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/internet-provider-muessen-filesarar-ip-adressen-herausgeben/>

### **Viši pokrajinski sud u Hammu:**

#### **Pravo na pristup informacijama djeteta koje je začeto anonimnom donacijom sperme**

O pravu na pristup informacijama morao je odlučiti i Viši pokrajinski sud u Hammu (6. februar 2013. godine, AZ: I-14 U 7/12) gdje se, međutim, radilo o potpuno drugačijem slučaju. Sud je presudio u korist dvadeset-trogodišnje žene, koja je začeta 1990. godine umjetnom oplodnjom i to sjemenom nepoznatog muškarca, iz razloga što je muž njene majke bio neplodan. Liječnička ordinacija u kojoj je umjetna oplodnja izvršena s donatorom sperme tada je ugovorila anonimnost donacije. Tužiteljica je tek nakon svoje 18. godine života od majke saznala, da njen muž (kojeg je tužiteljica smatrala svojim ocem) nije biološki otac tužiteljice. Tužiteljica je nakon toga od liječničke ordinacije zatražila informacije o svom biološkom ocu. Taj zahtjev je ordinacija odbila, pozivajući se na s donatorom ugovoreno čuvanje njegovih ličnih podataka u tajnosti. Ordinacija je također navela, da interes donatora za ugovorenim čuvanjem njegovih ličnih podataka u tajnosti ima prednost nad zahtjevom tužiteljice na pristup informacijama. Viši pokrajinski sud u Hammu je, međutim, bio drugog mišljenja, polazeći od toga da je poznavanje vlastitog porijekla jedan aspekt prava na slobodan razvoj ličnosti i ljudskog dostojanstva, pošto poznavanje vlastitog porijekla kao "konstruktivni faktor" čovjeku može pomoći pri boljem razumijevanju vlastite ličnosti. Ova "fundamentalna pravna pozicija" uživa prednost nad pravom tuženog na obavljanje zanimanja, ali i prednost nad pravom ličnosti donatora sperme, koji se uzdao u anonimnost donacije. Potreba za zaštitom prava liječnika i prava anonimnog donatora sperme manja je već iz razloga što su oni posljedice anonimne donacije sperme već unaprijed mogli uzeti u obzir. K tome su morali računati s tim, da će dijete koje je začeto ovim načinom umjetne oplodnje jednog dana željeti znati svoje porijeklo. Daljnji argument u korist tužiteljice jesu porodičnopravne posljedice biološkog očinstva, koje za stranke nisu dispozitivne. Također je izričito navedeno, da davanjem informacija o ličnim podacima donatora sperme, tuženi liječnik ne krši pravila struke o liječničkoj tajni, pošto je po sudskom tumačenju zakona čak obavezan na davanje ovih informacija. Stoga liječnik otkrivanjem identiteta biološkog oca ne čini krivično djelo.

Ovo pravo tužiteljice, Sud izvodi iz § 242. BGB, tj. iz načela savjesnosti i poštenja, koje po svojoj funkciji odgovara čl. 12. prijašnjeg jugoslavenskog Zakona o obligacionim odnosima. Ova odredba u prijevodu glasi: "Dužnik je dužan izvršiti svoju obavezu u skladu s načelom savjesnosti i

poštenja, uvažavajući običajna pravila u pravnom prometu." Njemačka sudska praksa iz ove generalne klauzule djelimično izvodi i prava kao što su pravo na pristup informacijama. S tim u vezi se u presudi navodi sljedeće (Rn. 50):

"Prema § 242. BGB, obaveza davanja informacija postoji onda, kada postojeći pravni odnos između ovlaštenog i obavezanog lica karakteriše okolnost, u kojoj ovlašteno lice iz opravdanih razloga nema izvjesnosti o postojanju i obimu svoga prava, a obavezano lice davanjem potrebnih informacija bez poteškoća može da otkloni neizvjesnost" (vidjeti Palandt/Grüneberg, BGB-Kom., 71. Izdanje, 2012. godina, § 260 Rz. 4.)"

Ova presuda, međutim, još nije omogućila tužiteljici pristup informacijama o ličnim podacima svoga biološkog oca. Liječnička ordinacija je, naime, istaknula da pristup ovim informacijama više nije moguć, pošto se zagubila dokumentacija iz tog vremena. Sudskom vijeću Višeg pokrajinskog suda u Hammu koje je raspravljalo o ovome predmetu to, međutim, nije djelovalo uvjerljivo, stoga je predmet vraćen Pokrajinskom sudu kao nižoj instanci na daljnje utvrđivanje činjenica.

Cjelokupni tekst presude dostupan je preko: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I\\_14\\_U\\_7\\_12\\_Urteil\\_20130206.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/I_14_U_7_12_Urteil_20130206.html). Daljnje informacije (na njemačkom jeziku) dostupne su na sljedećim web adresama: [http://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/02\\_aktuelle\\_mitteilungen/19-heterologe-Insemination.pdf](http://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/02_aktuelle_mitteilungen/19-heterologe-Insemination.pdf) kao i <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/familie/urteil-des-olg-hamm-name-von-samenspende-muss-preisgegeben-werden-12053061.html>.

## **Ostalo**

### **Historijska komisija govori o odnosu Saveznog ministarstva pravde prema svojoj nacionalsocijalističkoj prošlosti**

Odnos građana prema pravu njihove zemlje ne ovisi samo o zakonima i sudskoj praksi te zemlje. Građani će pravo prihvatiti samo onda, kada se otvoreno govori i diskutuje o pravnoj prošlosti – a što je još važnije: i o nepravu i nepravdi iz prošlosti! Posebnu odgovornost u tom smislu imaju pravni sljednici onih institucija koje su činile nepravdu u prošlosti ili *nisu* sankcionirale one koji su činili nepravdu, nego su ih, štaviše, poticale. Ovo se u poslijeratnoj Njemačkoj nerijetko dešavalo. To, kao i činjenica da je među Nijemcima od 1945. godine porasla spremnost da se suoče sa svojom prošlošću, a ne da je negiraju, jedan je od razloga zašto pri njemačkom Saveznom ministarstvu pravde danas postoji samostalna komisija, koja istražuje poslijeratni odnos ovog ministarstva sa svojom nacionalsocijalističkom prošlošću. Valja istaći

da zadatak Komisije nije osvjetljavanje uloge Ministarstva pravde Njemačkog rajha tokom nacionalsocijalizma, nego istraživanje načina na koji se Ministarstvo pravde novoosnovane Savezne Republike Njemačke nosilo s tim “naslijeđem”. Pri tome je akcenat stavljen na pravnike, koji su svoju karijeru započeli u Hitlerovoj diktaturi, nastavljajući je, kako se čini bez većih poteškoća, “nakon četrdesetpete”.

Drugi simpozij o odnosu Saveznog ministarstva pravde prema svojoj nacionalsocijalističkoj prošlosti, održan je u historijskoj sali Porotnog suda u Nürnbergu, na istom mjestu gdje je održan Nirnberški proces. Uz prisustvo savezne ministrice pravde, gospođe Leutheusser-Schnarrenberger, profesor Christoph Safferling, jedan od voditelja Historijske komisije (koji je za IRZ već držao predavanja na treninzima za uposlenike Odjela za ratne zločine Suda BiH), predstavio je nova saznanja o karijeri poznatog nacionalsocijalističkog pravnika u Saveznom ministarstvu pravde.

Riječ je o Eduardu Dreheru, čiji je razvoj karijere tipičan za pravnike nakon 1945. godine. Dreher je bio autor izrazito popularnog komentara Zakona o krivičnom postupku, kojeg je autor ove rubrike i sam koristio tokom svog studija prava i rada kao pripravnik, bez da je znao za Dreherovu prošlost i povezanost s nacionalsocijalističkim režimom. Safferlingova istraživanja izvršena su po nalogu Saveznog ministarstva pravde, a temelje se na Dreherovoj ličnoj dokumentaciji. Istraživanja pokazuju da je Dreher kao tužilac u nacionalsocijalizmu i za krivična djela malog značaja tražio smrtnu kaznu. S ovim su njegovi pretpostavljeni nakon 1945. godine očito bili upoznati, ali su reagovali “blago i s razumijevanjem”. Safferling je također skrenuo pažnju na činjenicu da je Dreher profitirao od propisa o rokovima zastare krivičnih djela, na čijem nacrtu je u poslijeratnom periodu i sam kao autor radio. Krivični postupak koji je protiv njega pokrenut zbog njegovog angažmana kao tužitelja u Trećem rajhu, kada je već bio zaposlen u Saveznom ministarstvu pravde, obustavljen je bez daljnje provjere činjeničnog stanja, pošto je čin pomaganja u izvršenju krivičnih djela protiv života i tijela po tom zakonu već bio zastario.

Daljnje informacije dostupne su preko: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2013/20130206\\_2\\_Symposium\\_die\\_Rosenburg\\_Verantwortung\\_der\\_Juristen.html?nn=1468860](http://www.bmj.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2013/20130206_2_Symposium_die_Rosenburg_Verantwortung_der_Juristen.html?nn=1468860). Video izvještaj o konferenciji može se pogledati na sljedećoj adresi: [http://www.youtube.com/watch?v=imeOEYIH\\_ak&feature=youtu.be](http://www.youtube.com/watch?v=imeOEYIH_ak&feature=youtu.be).

### **Ukinuta zadnja “sudska TV emisija” na njemačkoj privatnoj televiziji**

Odnos između pravosuđa i medija često nije jednostavan. Pravnici često kritikuju način na koji neke medijske kuće izvještavaju o toku stvarnih sudskih postupaka. U zadnjih 12 godina mediji u Njemačkoj su od strane

pravnika naročito kritizirani zbog takozvanih “sudskih TV emisija”. U tim emisijama sudije na plaćenom ili neplaćenom odsustvu, na privatnim TV kanalima vode simulirana suđenja, koja se navodno temelje na nekom stvarnom slučaju. Ulogu stranaka koje sudjeluju u postupku (optuženi, oštećeni, ali i sama publika) igraju glumci. Ovim TV emisijama se često predbacivalo, da stvaraju krivu sliku o sudskoj stvarnosti, te da javnost ne informiraju na pravi način o toku sudskih postupaka, doprinoseći tako širenju dezinformacija. K tome se činilo, da su krivična djela počinitelja o kojima se u ovim sudskim postupcima na TV-u raspravljalo, više rezultat mašte autora nekog šund romana, nego odraz životne stvarnosti. (Uvod u jednu takvu emisiju početkom ove godine glasi npr.: “Nico radi u sex shopu pošto nije mogao da nastavi zanatsko obrazovanje. Svojoj djevojci Lauri o tome ništa nije rekao, jer se toga stidio. Nakon što je njegova radna kolegica odala njegovu tajnu, Laura je raskinula s njim. Je li Nico zbog toga istukao svoju radnu kolegicu?”).

Diskusije o smislu ovih emisija u Njemačkoj uskoro će pripadati prošlosti. U februaru je, naime, emitovana zadnja epizoda zadnje u Njemačkoj prikazane sudske emisije. Ko želi da pogleda jednu takvu emisiju, može to učiniti na web adresi: <http://www.sat1.de/tv/alexander-hold>, gdje su epizode emisije “Sudija Alexander Hold” postavljene u punom trajanju. *Süddeutsche Zeitung* o ovoj vrsti emisija izvještava s izvjesnom rezervom (<http://www.sueddeutsche.de/medien/richter-alexander-hold-endet-fortsetzung-des-krimis-mit-anderen-mitteln-1.1594320>).

Dr. Stefan Pürner

### **Aktuelles aus dem deutschen Recht**

(Zusammenfassung)

*Die Rubrik “Aktuelles aus dem deutschen Recht” berichtet aus dem deutschen Rechtsleben. In dieser Ausgabe werden aus dem Bereich der Gesetzgebung das “Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln” und das Patientenrechtsgesetz vorgestellt. Aus der Rechtsprechung werden der Beschluss des BGH vom 19.4.2012, Az. I ZB 80/11 über die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2 S. Nr. 3 UrhG gegen den Internetprovider bei unberechtigtem Anbieten eines Musiktitels zum Download und das Urteil des OLG Hamm vom 6. Februar 2013 (Az. I-14 U 7/12) zum Anspruch eines durch anonyme Samenspende gezeugten Kindes auf Informationen über seinen biologischen Vater vorgestellt. Aus dem sonstigen Rechtsleben wird über die unabhängige Historikerkommission zum Umgang des Bundesjustizministeriums mit seiner NS-Vergangenheit und über das Ende der sogenannten “Gerichtsshows” im deutschen Privatfernsehen berichtet. Zu allen Themen werden Hinweise zu weiterführenden Informationen im Internet gegeben. Außerdem werden Übersetzungen der wichtigsten Passagen der in Bezug genommenen Rechtsnormen und Urteilsbegründungen gegeben.*

## Aktuelnosti iz prava regiona

## O nekim karakteristikama kaznene (zatezne) kamate u Zakonu o obligacionim odnosima u Republici Makedoniji

Doc. dr. Kimo Čavdar\*

UDK: 336.781:347.441.23  
347.447.86

### 1. Uvod

Republika Makedonija je, kao zemlja koja želi postati član Evropske unije, Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju s Evropskom unijom preuzela obaveze da stvori uslove za nesmetano i efikasno odvijanje prometa robe i usluga. Preuzimajući ove obaveze, Republika Makedonija pristupila je izmjenama Zakona o obligacionim odnosima<sup>1</sup> (dalje ZOO/RM) i transponiranju evropskih direktiva koje reguliraju promet robe i usluga, te su najveće izmjene i dopune izvršene 2009. godine.<sup>2</sup> Prelaznim i završnim odredbama Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima (ZID ZOO/RM) iz 2009. godine, propisano je da će se ove odredbe primjenjivati od 1. 2. 2010. godine.

Transponiranje Direktive 2000/35/EU<sup>3</sup> o sprečavanju docnje u plaćanju kod trgovačkih transakcija izvršeno je izmjenama glave III ZOO/RM gdje su uvedeni novi članovi kojima se određuje visina stope zatezних kamata, način njenog obračuna i vremenskog perioda na koji se odnosi. U međuvremenu je ova direktiva zamijenjena novom Direktivom 2011/7/EU o sprečavanju docnje u plaćanju kod trgovačkih transakcija<sup>4</sup>; u vremenu kada je

Makedonija vršila usklađivanje svog obligacionog prava, na snazi je bila stara direktiva.<sup>5</sup> Cilj Direktive 2000/35/EU i shodno tome cilj izmjena ZOO/RM jeste da se poveća efikasno postupanje stranaka u transakcijama slijedeći jasan ekonomski cilj, a imajući u vidu da je jedna četvrtina stečajnih postupaka zbog insolventnosti u EU<sup>6</sup>, rezultat kašnjenja u plaćanju prema insolventnom subjektu od strane njegovih dužnika. Ovi se brojevi u znatnoj mjeri odnose i na Republiku Makedoniju. Navedenom direktivom se isto tako usaglašavaju pravila i praksa zemalja članica Evropske unije o rokovima za plaćanje novčanih obaveza u trgovačkim poslovima, kao i posljedice zbog nepoštovanja tih rokova, što predstavlja jedan od mehanizama za osiguranje odgovarajućeg funkcionisanja unutrašnjeg tržišta. U Direktivi se određuju visina stope kaznenih kamata i rokovi u kojima treba ispunjavati novčana potraživanja. Izmjenama ZOO/RM od 2009. godine vrše se specifične promjene načina na koji su uređena pitanja povezana s kamatama, kako s kaznenim (zateznim) tako i s ugovornim kamatama.

Prethodno, izmjenama i dopunama ZOO/RM iz 2008. godine, izvršene su i značajne izmjene pravnog uređenja materije koja se odnosi na kamate, ne samo s obzirom na propise koje se zamjenjuju, već i s obzirom na sadržaj odredbi u vezi s kamatama, kako u odnosu na ugovorne tako i u odnosu na zatezne kamate, koje su do tada bile imenovane kao zatezne kamate, a od tada se nazivaju kaznenim kamatama.

### 2. Općenito o zateznoj kamati u makedonskom pravu

Obaveza plaćanja zatezne kamate postoji prema članu 313. ZOO/RM kada dužnik padne u docnju, a dužnik dolazi u docnju kada ne ispunji ugovornu obavezu u roku određenom za ispunjenje. Ako rok za ispunjenje nije određen, dužnik dolazi u docnju kada ga povjerilac pozove da ispunji obavezu, usmeno ili pismeno, vansudskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čija je svrha da se postigne ispunjenje obaveze. Obrnuto, dolaskom povjerioca u docnju prestaje docnja dužnika i na povjerioca prelazi rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari, i od tog dana povjeriočeve docnje prestaju teći kamate (član 315. stav 1. i stav 2. ZOO/RM).

\* Autor je docent na University American College Skopje.

<sup>1</sup> Zakon o obligacionim odnosima (Закон за облигационите односи), čiji je uzor bio savezni Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine (ZOO/78), donijet je na sjednici Sobraanja RM održanoj 20. februara 2001, objavljen je u *Službenom vesniku Republike Makedonije* (dalje *Sl. vesnik RM*), br. 18/01, a stupio je na snagu 13. marta 2001. (član 1141. ZOO/RM). Izmjene i dopune ZOO objavljene su u *Sl. vesniku RM*, br. 4/02 i 5/03, a posljednje najbrojnije izmjene objavljene su u *Sl. vesniku RM* br. 84/08 od 11. jula 2008, s dopunama objavljenim u *Sl. vesniku RM*, br. 161/09 od 31. decembra 2009.

<sup>2</sup> *Sl. vesnik RM* br. 161/2009 od 30. 12. 2009. godine, a primjenjuje se od 1. 2. 2010. godine.

<sup>3</sup> Direktiva 2000/35/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 29. juna 2000, *OJ EC [Službeni list EU]* L 200/35, 8. 8. 2000.

<sup>4</sup> Direktiva 2011/7/EU od 16. 2. 2011, *OJ EU* L 48/1 od 23. 2. 2011.

<sup>5</sup> Krajnji rok za usklađivanje s Direktivom 2011/7/EU za zemlje članice je netom istekao (16. 3. 2013).

<sup>6</sup> Čavdar Kiril, Čavdar Kimo, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (Коментар на Законот за облигационите односи)* (treće izdanje, Skopje, Akademik 2011) str. 427.

Plaćanje kaznene (zatezne) kamate predviđeno je i kod neugovornih obaveza, npr. kod vraćanja onoga što je stečeno bez osnova ukoliko je sticalac nesavjestan, od dana sticanja (čl. 203. ZOO/RM).

S obzirom na to da se zatezna kamata duguje kod neispunjenja novčanih obaveza, treba imati u vidu da su novčane obaveze one koje imaju za predmet isplatu određene svote novca koji je u zakonitom optičaju u državi i koji predstavlja zakonsko sredstvo plaćanja u platnom sistemu. To znači da kao novčana obaveza važi i plaćanje određene svote inostranog novca u slučajevima kada je to dozvoljeno pozitivnim propisima.

Zbog njihovih specifičnosti, novčane obaveze su posebno regulisane odredbama članova 383–390. ZOO/RM i u tim odredbama u okviru specijalnih odredaba o novčanim transakcijama regulisana je ugovorna kamata. Zatezna kamata kao jedna od tih specifičnosti upravo je sadržana u odredbi člana 266. ZOO/RM kojim je propisano da dužnik koji zadocni s ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, zateznu kamatu utvrđenu zakonom, odnosno ugovorom i to bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje (član 267. stav 1. ZOO/RM).

Što se njene prirode tiče, kamata je cijena koja se plaća za upotrebu novca ili drugih zamjenljivih stvari u slučaju kada su nekome stavljene na raspolaganje ili ih neko koristi mimo ugovora. Onaj ko duguje kamatu, ne mora zaista da koristi novac; dovoljno je da ima mogućnosti da ga koristi na neki način, npr. da neizvršenjem svoje obaveze spriječi drugo lica da ga koristi.<sup>7</sup>

### 3. Pravna priroda zatezних kamata

Naime, s obzirom na odredbu člana 266. ZOO/RM kojom se propisuje da dužnik koji zadocni s ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu utvrđenu zakonom, odnosno ugovorom, ima se u vidu da je ona svojevrsna kazna, ili bolje kazano, imovinska sankcija za neurednog dužnika. Dalje, ona predstavlja određenu vrstu naknade imovinske štete koja je proizašla zbog neurednosti dužnika. U svakom slučaju ona predstavlja i svojevrsni preventivni pritisak na dužnika kako bi na vrijeme izvršio svoju glavnu obavezu (platio glavicu).

Zatezna se kamata uvijek duguje kada dužnik zakasni s vraćanjem novčanih sredstava dobivenih kao zajam, kredit ili stečenih na neki drugi način. Padanjem dužnika u docnju, koje, u pravilu, nastaje slijedećeg dana po dospelosti, dužnik, pored novčane obaveze (glavnice) duguje i zateznu kamatu. Ova se kamata duguje bez obzira na to da li je povjerilac zbog zakašnjenja dužnika pretrpio štetu.

Ovim se jasno ukazuje na to da zatezna kamata primarno ima kaznenu funkciju. Međutim, s obzirom na to da se zakašnjenjem povjeriocu prouzrokuje i šteta,

ona istovremeno ima i odštetnu funkciju ili, kako se i još i naziva – reparatornu funkciju.<sup>8</sup> Njome se u ovom slučaju, ako je posmatramo kao reparatorni instrument, nadomještava pretrpljena šteta, onoliko koliko iznosi njen realno obračunati iznos. Ukoliko postoji razlika u odnosu na stvarno pretrpljenu štetu, ona se naknađuje prema pravilima koja se odnose za naknadu prouzrokovane štete.

Ukoliko se posmatra preventivna funkcija kaznene kamate, može se reći da se ona ogleda u tome da se vrši određeni pritisak na dužnika da ispuni svoju osnovnu (glavnu) obavezu na dan njene dospelosti i na taj način izbjegne plaćanje zatezne kamate povjeriocu, što za dužnika predstavlja vanredni trošak, ili, pravno posmatrano, jednu dopunsku obavezu.

Do početka primjene izmjena ZOO/RM<sup>9</sup> tj. sve do 19. jula 2008. godine, ova se kamata imenovala kao zatezna, zbog toga što se zateže, figurativno kazano, uže oko vrata dužnika, jer što se više odugovlači s vraćanjem duga, tim se više uže zateže oko njegovog vrata, a nakon toga je shodno njenoj prirodi korišten naziv kaznena kamata.

Prilikom donošenja izmjena ZOO/RM imala se u vidu pravna priroda zatezних kamata koje Zakon definira kao kaznene kamate.

### 4. Novo uređenje kaznenih (zatezних) kamata u Republici Makedoniji

Prva razlika je već navedena, a tiče se izmjene naziva kamata shodno njihovoj primarnoj kaznenoj funkciji.

Za razliku od ugovorne kamate kod koje se obaveza za njeno plaćanje i njena visina određuje ugovorom između strana, obaveza za plaćanje kaznene (zatezne) kamate i njena visina određuje se zakonom, kao sankcija za neblagovremeno ispunjavanje obaveze, koja je zakonom predviđena s obzirom na prirodu novca kao predmeta dugovane činidbe. Međutim, prema novoj odredbi člana 266-a stav 3. ZOO/RM, nakon 1. februara 2010. godine, u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i lica javnog prava, može se ugovoriti i viša stopa od stope zakonske kaznene kamate koja je važila na dan zaključenja ugovora (ugovorna kaznena kamata), s tim da ona ne može iznositi više od 50 procenata od utvrđene zakonske kamate. Ova kamata teče sve dok je dužnik u docnji i dok ne isplati dug.

#### 4.1. Visina stope kaznene (zatezne) kamate

Sljedeća značajna izmjena tiče se visine stope zatezne kamate.

<sup>7</sup> Gale Galev, Jadranka Dabović Anastasovska, *Obligaciono pravo (Облигационо право)* (Skopje, Pravni fakultet "Justinijan prvi" 2008) str. 209–215.

<sup>8</sup> U vezi ovoga treba vidjeti i Konvenciju Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine poznatiju kao Bečka konvencija. Ova je konvencija bila ratifikovana od strane bivše Jugoslavije 1984. godine (*Službeni list SFRJ* br. 10/1/1984), a preuzeta od strane Republike Makedonije Ustavnim amandmanima iz 1991. g. (*Sl. vesnik RM* br. 52/91).

<sup>9</sup> Ove su izmjene objavljene u *Službenom vesniku RM* br. 84/2008.

Stopa i obračun kaznene (zatezne) kamate uređeni su odredbama članova 266-a, 266-b, 267, 268 i 268-a ZOO/RM. Odredbom člana 266-a stav 1. propisuje se da se stopa kaznene kamate određuje za svako polugodište i to u visini kamatne stope osnovnog instrumenta operacija na otvorenom tržištu Narodne banke Republike Makedonije (referentna stopa) koja je važila posljednjeg dana polugodišta koje je prethodilo tekućem polugodištu, uvećana za deset procentnih poena kod trgovačkih ugovora i ugovora između trgovaca i lica javnog prava, odnosno uvećana za osam procentnih poena u ugovorima kod kojih barem jedno lice nije trgovac (zakonska kaznena kamata).

Odredbom člana 266-a stav 2. ZOO/RM propisuje se da se, kad je novčana obaveza izražena ili određena u stranoj valuti, stopa kaznene kamate za obaveze izražene u eurima određuje za svako polugodište i to u visini jednomjesečne stope EURIBOR-a koja je važila posljednjeg dana polugodišta koje je prethodilo tekućem polugodištu uvećana za deset procentnih poena kod trgovačkih ugovora i ugovora između trgovaca i lica javnog prava, odnosno uvećana za osam procentnih poena u ugovorima kod kojih barem jedno lice nije trgovac (zakonska kaznena kamata).

Ovo rješenje korespondira s rješenjem Direktive 2000/35/EU, ali i s rješenjima nove Direktive 2011/7/EU u vezi primjene referentne stope, određivanja visina stope zateznih kamata i načina njenog obračuna 1. januara i 1. jula tekuće godine, kao i izjednačavanja poslovnih subjekata i subjekata javnog prava u vezi plaćanja zateznih kamata (član 3. i 4. Direktive 2011/7/EU). Međutim, u vezi s ostalim pitanjima koje obuhvata Direktiva 2011/7/EU, kao što je rok plaćanja fakture ili pojam "nelojalne" odredbe u ugovorima, u ovom se radu ne raspravlja, no zakonodavac u Republici Makedoniji mora postupiti saglasno Direktivi 2011/7/EU kako bi se ona u cijelosti transponirala u makedonsko zakonodavstvo.

S obzirom na to da se navedena direktiva isključivo primjenjuje na trgovačke ugovore, odnosno ugovore između lica (fizičkih i pravnih) koji su preduzeti u okviru njihove ekonomske ili profesionalne djelatnosti, odredbom člana 266-a stav 3. ZOO/RM, propisuje se da se u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i lica javnog prava može ugovoriti i viša stopa od stope zakonske kaznene kamate koja je važila na dan zaključenja ugovora (ugovorna kaznena kamata), no najviše do 50 procenata viša od utvrđene zakonske kaznene kamate.

Kod uvođenja ove mogućnosti, za ugovorno povećanje stope kaznene kamate nisu slučajno izostavljena fizička lica. Naime, imalo se u vidu da su za trgovce, odnosno lica javnog prava, transakcije izvor njihovih prihoda, a njihovi su troškovi veći od troškova fizičkih lica, tako da su potencijalni gubici i šteta koja može da proizađe zbog docnjenja u plaćanju, veći.<sup>10</sup> Ovim se vrši usaglašavanje s Direktivom,

<sup>10</sup> I. Jankovec u S. Perović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (Beograd, Savremena administracija 1995) str. 55–60.

iz čijeg sadržaja i smisla proizlazi potenciranje kaznene funkcije zateznih kamata, a sve to u cilju da se poveća efikasnost transakcija. Zbog toga su i rokovi za ispunjenje obaveza utvrđeni odredbama člana 266. ZOO/RM u slučajevima kada se dospelost ne može utvrditi na način koji je propisan zakonom tj. ugovorom ili na drugi način, usklađeni s navedenom direktivom.<sup>11</sup>

U vezi s odredbom člana 266-a stav 3. ZOO/RM, pojam trgovca treba se shvatiti prema njegovom određivanju datom u Zakonu o trgovačkim društvima,<sup>12</sup> dok se pojam trgovačkog ugovora treba shvatiti prema odredbama člana 17. stav 2. ZOO/RM. Prema navedenoj odredbi, trgovački ugovor je onaj ugovor koji trgovačka društva, trgovci pojedinci i druga pravna ili fizička lica koja obavljaju trgovinsku djelatnost zaključuju između sebe u obavljanju djelatnosti koje čine predmet njihovog rada ili su u vezi s tim djelatnostima.

Licima javnog prava,<sup>13</sup> prema odredbi člana 266-a stav 7. ZOO/RM, smatraju se lica koja su obavezna da postupaju prema postupku o javnim nabavkama, osim trgovaca.

Odredbom člana 266-a stav 4. ZOO/RM, predviđeno je da je u cjelini ili djelimično ništavna odredba kojom se ugovara viša kamatna stopa od stope zakonske kaznene kamate ako iz okolnosti slučaja, trgovačkih običaja ili prirode predmeta obaveze, proizlazi da je ovako ugovorena stopa kaznene kamate protivna načelu savjesnosti i poštenja, jednake vrijednosti uzajamnih davanja i pravičnosti, kao i da ima elemente zelenaških ugovora jer je prouzrokovana očigledna nesrazmjera između prava i obaveza ugovornih strana.

Ukoliko je, pak, ugovorena ugovorna kaznena kamata između lica koja nisu trgovci ili između trgovaca i lica koja nisu trgovci ili samo između lica javnog prava, sud, po službenoj dužnosti, neće primijeniti takvu ugovorenu kaznenu kamatu, tako što će presuditi kao da ne postoji ugovor u ugovornoj kaznenoj kamati, odnosno primijenit će zakonsku kaznenu kamatu.

Nadalje, odredbama člana 266-b ZOO/RM propisano je da se na novčane obaveze koje proizlaze iz ostalih vrsta obligacionih odnosa, primjenjuje stopa zakonske kaznene kamate za ugovore u kojima barem jedno lice nije trgovac, za odgovarajuću valutu. U smislu ove odredbe, imaju se u vidu obligacioni odnosi koji nastaju prouzrokoivanjem štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga i jednostranih pravnih poslova.

Kod štete koja je nastala zbog povrede ugovora, primjenjuje se stopa kaznene kamate koja važi za slučaj

<sup>11</sup> Čavdar Kiril, Čavdar Kimo *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (Коментар на Законот за облигационите односи) (tredo izdanje, Skopje, Akademik 2011) str. 426–429.

<sup>12</sup> Zakon o trgovačkim društvima (Закон за трговските друштва), *Službeni vesnik RM*, br. 28/04, 84/05, 25/07, 87/08, 42/10 i 48/10, 4/11, 166/12, 70/13.

<sup>13</sup> M. Netkov et al., *Pravo na društva* (Право на друштвата) (kniga vtora, Skopje, Sigma press 2008) str. 117–128.



zadocnjenja s ispunjenjem novčane obaveze koja proizlazi od ugovornih odnosa tj. zavisno od toga da li se radi o trgovačkom ugovoru ili o ugovoru između trgovca i lica javnog prava, ili se radi o ugovorima u kojima barem jedan učesnik nije trgovac.

#### 4.2. Način obračuna kaznenih kamata

Zakonske izmjene odnose se i na način obračuna kaznenih kamata. Prema članu 266-v ZOO/RM, predviđena je zamjena konformne metode obračuna kamata, koja se primjenjivala do tada, dekurzivnom jednostavnom kamatnom metodom, čime se želi izbjeći indirektni anatocizam koji se pojavljuje kod korišćenja konformnog metoda.

Kod obračuna kaznenih kamata prema odredbi člana 266-v stav 1. ZOO/RM, primjenjuje se referentna stopa određena ovim članom i to primjenom dekurzivne jednostavne kamatne metode na dospjelu glavnicu, bez dodavanja kaznene kamate na glavnicu. Ova je odredba u saglasnosti s odredbama članova 268. i 388-b ZOO/RM, kojim se zabranjuje anatocizam tj. obračun kamate na kamatu.<sup>14</sup>

Kod obračuna kamata, dekurzivni metod označava obračun kamata koji se vrši na kraju perioda u kojem je kamata tekla, a to pravilo važi kod kaznenih (zatezних) kamata, koje se uvijek obračunavaju dekurzivno. Za razliku od ovoga, kod anticipativne metode, kamate se obračunavaju na početku perioda za koji se treba platiti kamata, na osnovu početne glavnice kao npr. kod anuitetnih kredita, eskontnih poslova i slično.

U vezi s primjenom odredbe člana 266-v stav 2. ZOO/RM kojom se propisuje da, kada se obračun kaznenih kamata vrši za obračunski period duži od jedne godine, iznos dužnih kaznenih kamata dobija se tako što se rezultat dobijen množenjem glavnice stopom kaznene kamate i brojem godina docnje, dijeli s brojem 100. Treba imati u vidu da se radi o cijelim godinama, a ne o periodu koji završava na kraju kalendarske godine koja završava. 31. decembra odnosno godine. Za ostatak perioda, nakon izvršenja obračuna za cijelu godinu, čiji se ostatak utvrđuje u danima (a ne u mjesecima), obračun se vrši prema odredbi člana 266-v stav 3. ZOO/RM, prema kojoj, kada se obračun kaznenih kamata vrši za obračunski period kraći od jedne godine, iznos dugovane kaznene kamate dobija se tako što se rezultat dobijen množenjem glavnice stopom kaznene kamate i broj dana docnje dijeli brojem 36.500, odnosno brojem 36.600 kada je godina prestupna.

S obzirom na to da se do dana primjene ovih izmjena Zakona o obligacionim odnosima na obračun zatezних kamata primjenjivao Zakon o visini stope zatezних kamata<sup>15</sup>, kojim je bilo određeno da dužnik koji je u docnji s ispunjenjem novčane obaveze plaća zatezne kamate na iznos duga do momenta isplate u visine eskontne stope koju utvrđuje Narodna banka Republike Makedonije povećane za 200%, i da se obračun zatezних kamata vrši mjesečno primjenom konformne metode, smatra se da su ovim izmjenama pravila o visini stope zatezних kamata i njihovog obračuna uređena na savremeni način i usaglašena s Direktivom 2000/35/EU i u tom dijelu s Direktivom 2011/7/EU.

#### 5. Zaključak

U dosadašnjoj primjeni ovih novih odredaba u Republici Makedonije nisu primijećeni nedostaci ili pogreške, tako da se može zaključiti da su ove izmjene prihvaćene i bez kolebanja primjenjivane u praksi, osobito kod trgovačkih transakcija, a takođe i kod prinudnih izvršenja preduzetih na osnovu naloga izvršitelja, koji predstavljaju organe prinudnog izvršenja presuda i drugih izvršnih akata u Republici Makedoniji<sup>16</sup>.

Doc. Dr. Kimo Čavdar

#### **Ausgewählte Fragen des Verzugszinsens im mazedonischen Obligationengesetz**

(Zusammenfassung)

*In diesem Beitrag werden die Bestimmungen des mazedonischen Obligationengesetzes über Verzugszinsen, insbesondere die seit 1. Februar 2012 geltenden Neuregelungen, die den Anspruch des Gläubigers auf Zahlung von Verzugszinsen betreffen, dargestellt. Hierbei wird die Rechtsnatur dieser Zinsart erörtert, außerdem werden die Vorschriften, über die Höhe des Zinssatzes in Handels- und Verbraucherverträgen sowie die Zinsberechnung bei Forderungen in einheimischer und in fremder Währung dargestellt. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass die Gesetzänderungen im Einklang mit der Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, die im Moment der Verabschiedung des Gesetzes in Kraft war, steht. Abschließend untersucht er auch die Anwendung dieser Vorschriften in der Praxis und kommt zu dem Ergebnis, dass diese keine Probleme bereitet und deshalb die Neuerungen als erfolgreich bezeichnet werden können.*

<sup>14</sup> Dekurzivni metod obračuna kaznene kamate u Republici Makedoniji počeo se primjenjivati kada je Vrhovni sud Republike Makedonije na Opštoj sjednici suda koja je održana 21. 12. 1995. godine, donio pravni stav da se pri obračunu kaznene kamate primijeni taj metod kako bi se odstranila mogućnost obračuna kamate na kamate. V. *Zbirka sudskih odluka (Збирка на судски одлуки) VSRM broj VI* Skopje 1996. g.

<sup>15</sup> Zakon o visini stope zatezne kamate (Закон за висината на стапката на затезната камата), *Služben vesnik RM* br. 65/92, 70/93.

<sup>16</sup> Čavdar Kiril, Čavdar Kimo *Komentar zakona o izvršenju (Коментар на законот за извршување)* (vtoro izdanie, Skopje, Akademik 2011) str. 436–440.

## Propisi i materijali

## Republika Hrvatska: Zakonske odredbe o nedavno uvedenom jednostavnom društvu s ograničenom odgovornošću "j.d.o.o."\*

Dr. Stefan Pürner, Bonn\*\*

### I. Uvod

#### 1. Sažeti prikaz jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću "j.d.o.o." prema hrvatskom pravu

Hrvatska će vrlo vjerojatno 1. srpnja 2013. postati 28. članica Europske unije. Uoči tog povijesnog datuma za zemlju došlo je do bitnih promjena propisa o društvima s ograničenom odgovornošću, u skladu s kojima će ubuduće biti moguće osnovati vlastito poduzeće uz neznatne troškove. Odgovarajuće odredbe hrvatskog Zakona o trgovačkim društvima (ZTD) nalaze se na kraju ovog teksta. Moguće je da će ti propisi izazvati čuđenje pojedinih čitatelja, jer je osnivanje društva na taj način znatno pojednostavljeno, a mnoge stvari koje su desetljećima vrijedile u pravu trgovačkih društava mnogih kontinentalnoeuropskih država time su poništene. To vrijedi posebice za minimalni temeljni kapital jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću (j.d.o.o.), koji je više nego simboličan i iznosi ravno 10,00 KN (*slovima: deset kuna*), što je preračunato u eure oko 1,30 EUR, dok najniži nominalni iznos poslovnog udjela može iznositi 1,00 KN. Takav iznos za osnivanje društva kapitala bi se prije nekoliko godina, kako u Hrvatskoj, tako i u Njemačkoj, smatrao gotovo skandalozno malim.

S druge strane, čitatelji koji su upoznati s aktualnim njemačkim propisima o društvima s ograničenom odgovornošću uočiti će veliku sličnost s njemačkim pravom. Naime, mnoge stvari u novom hrvatskom propisu podudaraju se s odredbama o "poduzetničkom društvu (s ograničenom odgovornošću)" (*Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)*, skraćeno UG) u njemačkom pravu, koje je uvedeno tijekom zadnje reforme njemačkog Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću (*GmbHG*).

\* Tekst je prevela s njemačkog jezika Ines Meštrović.

\*\* Odvjetnik dr. Stefan Pürner voditelj je projektnog područja Bosna i Hercegovina, Makedonija, Crna Gora i Srbija u njemačkoj Zakladi za međunarodnu pravnu suradnju (IRZ) u Bonnu. Ovaj prilog odražava osobne stavove autora.

Prije nego što se osvrnemo na razloge za te promjene u hrvatskom i njemačkom pravu trgovačkih društava, koje možemo nazvati skoro revolucionarnima, čini nam se nužnim najprije prikazati bitna obilježja "jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću" prema hrvatskom pravu i njihovu sličnost s odgovarajućim pravnim oblikom u Njemačkoj. (Pandani pravnog oblika j.d.o.o. u Hrvatskoj je njemačko "poduzetničko društvo (s ograničenom odgovornošću)", koje se često naziva i "mini d.o.o."). Tako ćemo, naime, bolje prepoznati ono što je zajedničko njemačkom i hrvatskom pravu.

- Posebnosti j.d.o.o. prema hrvatskom pravu su – kao i kod odgovarajućeg pravnog oblika u Njemačkoj – sljedeće: Pojednostavljena uplata temeljnog kapitala (odnosno "prve akontacije" temeljnog kapitala "pravog" d.o.o. kojemu se teži) (vidi: čl. 390. st. 1. ZTD-a, odnosno § 5.a st. 2. GmbHG);
- Isključiva mogućnost uplate osnivačkog kapitala u novcu, tj. isključenje unosa kapitala u stvarima;
- Standardizacija postupka osnivanja društva obvezatnim korištenjem obrasca društvenog ugovora (vidi: čl. 387. st. 2. toč. 2. do 5., ZTD-a, odnosno § 5.a st. 2., 2. rečenica GmbHG), iz koje u konačnici proizlazi ograničenje ugovorne slobode;
- Ograničenje broja članova društva i članova uprave (vidi: čl. 387. st. 2., toč. 1. ZTD-a, odnosno § 2. st. 1.a GmbHG);
- Posebnom "dodatku" uz pravni oblik koji upućuje na pojednostavljeno osnivanje (i veći rizik za vjerovnike društva) (vidi: čl. 13. st. 2. toč. 4. ZTD-a, odnosno § 5.a GmbHG);
- Obvezu formiranja zakonskih rezervi do postizanja minimalnog temeljnog kapitala koji je nacionalni zakonodavac prvobitno predvidio (vidi: čl. 390. st. 5. ZTD-a, odnosno § 5.a st. 3. GmbHG);
- Obvezu da se u slučaju platežne nesposobnosti hitno sazove skupština društva (vidi: čl. 390. st. 6. ZTD-a, odnosno § 5.a st. 4. GmbHG).

#### 2. Pojediniosti o jednostavnom d.o.o. prema hrvatskom pravu

- a) *Odredbe se većim dijelom oslanjaju na njemačko pravo.* Kao što je razvidno iz prethodnog pregleda, hrvatsko pravo po pitanju j.d.o.o. u mnogim točkama preuzima rješenja njemačkog prava do detalja. To se vidi posebice po tome što i u Hrvatskoj takva društva mogu imati najviše tri (3) člana, a uprava samo jednog člana. Daljnje paralele su već prethodno spomenuta obveza sazivanja

skupštine društva, isključenje uloga u stvarima, nužnost da se koristi obrazac osnivačkog ugovora (zapisnika o osnivanju društva) iz priloga zakona i slično.

*b) Najniži iznos temeljnog kapitala i poslovnih udjela.*

Međutim, postoji jedno odstupanje – po prirodi stvari – kod iznosa osnivačkih uloga i temeljnog kapitala. U Hrvatskoj nužan temeljni kapital kod j.d.o.o. iznosi 10 kuna, a najniži nominalni poslovni udio 1,00 kunu, pri čemu oba iznosa (sličnost s odredbama iz čl. 5. st. 3, toč. 2. GmbHG) moraju glasiti na pune iznose kuna (čl. 390. st. 3. ZTD). U tom kontekstu treba naglasiti da su formulacije koje su autori hrvatskog zakona koristili u odredbama o najnižem iznosu temeljnog kapitala potrebnog za hrvatski “mini d.o.o.”, znatno jasnije i razumljivije od odgovarajućih odredbi njemačkog zakona (GmbHG), gdje samo osobe s pravnim predznanjem usporedivši članak 5. i članak 5.a) zakona (GmbHG) mogu razabrati da temeljni kapital za “poduzetničko društvo” (UG) iznosi jedan euro. (U tom kontekstu želimo ukazati na još jednu prednost hrvatskog ZTD-a u odnosu na njemačko pravo trgovačkih društava: zahvaljujući tomu što je prije dva desetljeća iskorištena prilika koju je nudila tranzicija da se propisi o trgovačkim društvima prilikom kodifikacije ujednače, tekst hrvatskog zakona puno je jednostavniji od njemačkih regulacija, koje su raspršene u nekoliko posebnih zakona za pojedine oblike trgovačkih društava, što je bilo uvjetovano povijesnim razvojem, te u posebnom Zakonu o pretvorbi.<sup>1)</sup>

*c) Troškovi za osnivanje jednostavnog d.o.o.:*

Prema tarifnom br. 25 st. 2. Zakona o sudskim pristojbama<sup>2</sup> troškovi za upis jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću u Sudski registar iznose 30 kuna, dakle preračunato nešto više od 3,50 €. Zajedno s drugim troškovima za osnivanje j.d.o.o. prema hrvatskom pravu (osim temeljnog kapitala koji je uistinu minimalan) ukupni troškovi za osnivanje takvog društva iznose 807,50 kuna.<sup>3</sup>

*d) Radnopravna i socijalnopravna pitanja:*

U dosadašnjim izjavama o najnovijim izmjenama ZTD-a ističe se da (jedini) član uprave jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću ne mora biti u radnom odnosu u tom društvu.<sup>4</sup> Ako član uprave ne plaća socijalne doprinose po nekoj drugoj osnovi, ipak je u skladu s čl. 9. Zakona o doprinosima, koji se odnosi

na zakonski obvezna osiguranja,<sup>5</sup> obavezan uplaćivati doprinose za mirovinsko i socijalno osiguranje (1. stup).

*e) Porezni tretman zakonskih rezervi:*

Rezerve, koje se u skladu s čl. 5.a st. 3. GmbHG moraju formirati sve dok temeljni kapital ne dosegne iznos temeljnog kapitala uobičajenog d.o.o., prema čl. 6. st. 1. toč. 6. Zakona o porezu na dobit u verziji koja važi od kraja 2012. godine,<sup>6</sup> odbijaju se od porezne osnovice koja vrijedi za porez na dobit. Na ostvarene iznose koji se iskazuju kao rezerva se, dakle, ne mora (do)platiti porez na dobit.

Mini d.o.o. je u Njemačkoj i Hrvatskoj uveden kako bi se pojednostavilo osnivanje društava. No, intencija je i nadalje ta da se tijekom svog poslovanja ta društva razvijaju u d.o.o. s uplaćenim punim iznosom temeljnog kapitala kakav je predviđen za d.o.o. Zbog toga je kako u hrvatskom, tako i u njemačkom pravu, predviđena mogućnost da se j.d.o.o., nakon što dosegne minimalni temeljni kapital za d.o.o., pretvori u “klasični” d.o.o. To posebice znači da društvo nakon toga može prestati koristiti dodatak “jednostavno” koji je upućivao na pojednostavljeno osnivanje (vidi: čl. 309.a st. 7. ZTD-a). Ako bismo to ilustrirali primjerom iz prirode: u tom trenutku bi se gusjenica “j.d.o.o.” preobrazila u leptira, odnosno u “pravi” d.o.o.

### **3. Pozadina i razlozi za uvođenje “mini d.o.o.” u raznim državama članicama EU**

*a) Uvodna razmišljanja*

Prije nekoliko godina u kontinentalnim europskim zemljama bilo je nezamislivo da postoji d.o.o. s temeljnim kapitalom od 10 kuna ili usporedivom iznosu u nekoj drugoj valuti. Napokon, temeljni kapital bi u društvima kapitala trebao pružati minimum sigurnosti vjerovnicima tog društva. No, tu svrhu takvi simbolički iznosi ne mogu ispuniti. Što je, dakle, potaklo zakonodavce u kontinentalnim europskim zemljama da dopuste osnivanje takvih društava? Odgovor se skriva u razvoju europskog prava trgovačkih društava, koji je potaknuo Europski sud (a ne legislativni procesi Europske unije na području tog prava).

*b) Paralelizam različitih koncepcija propisa o trgovačkim društvima u Europskoj uniji*

Prije nego što ukratko prikažemo taj razvoj, nužno je kratko baciti pogled na anglosaksonsko korporativno pravo i njegove razlike u odnosu na kontinentalnoeuropske propise o društvima kapitala. Kako anglosaksonsko, tako i kontinentalno europsko pravo trgovačkih društava

<sup>1</sup> Slična je situacija i na području radnog prava.

<sup>2</sup> Zakon o sudskim pristojbama (NN 74/95, 57/96, 137/02, 26/03, 125/11, 112/12).

<sup>3</sup> U vezi pojedinosti vidi odgovarajuća pojašnjenja na internet-skoj stranici hrvatskog Ministarstva za poduzetništvo i obrt <http://www.minpo.hr/default.aspx?id=239>.

<sup>4</sup> Prema Danielu Dekoviću, *Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću*, u *IUS-INFO* od 12. 10. 2012.

<sup>5</sup> Zakon o doprinosima za obvezna osiguranja, NN br. 147/02, 175/03, 177/04.

<sup>6</sup> Zakon o porezu na dobit, NN br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12.

želi zaštititi vjerovnike društava od gubitka novca kod poslovanja s trgovačkim društvima. No, te su dvije pravne tradicije krenule drugačijim putem kako bi ostvarile taj cilj: u kontinentalnom europskom pravu polazi se od minimalnog iznosa kapitala koja društva moraju imati u trenutku osnivanja. U anglosaksonskom pravu se za razliku od toga smatra da to ne bi zaštitilo vjerovnike društva. (I kontinentalnoeuropski pravnik mora priznati da ima nešto u tom argumentu. Naposljetku, većina vjerovnika društva kapitala koja su otišla u stečaj u praksi ostaju kratkih rukava. No, s druge strane, ni anglosaksonsko pravo – barem prema saznanjima autora ovog teksta – vjerovnicima ne nudi bolju zaštitu.) Zbog toga se u anglosaksonskom pravu smatra da se vjerovnici najbolje štite kontrolom od strane službenih tijela i transparentnošću financijske situacije poduzeća. U skladu s time ondje se obveze objavljivanja financijskih izvješća shvaćaju jako striktno, dok se kapitalu društva pridaje manje pažnje.

Unutar Europske zajednice (danas Europske unije) paralelno su postojale obje koncepcije prava trgovačkih društava, sve dok domišljati osnivači poduzeća nisu došli na ideju da u Velikoj Britaniji za neznatan ulog kapitala osnuju društva (Limited) koja uopće neće poslovati u Velikoj Britaniji, već će se u kontinentalnoeuropskim zemljama (domicilnim zemljama osnivača) registrirati kao podružnice i poslovati tamo, bez da su pritom morali uplatiti minimalan temeljni kapital u skladu s nacionalnim propisima.

c) *Europski sud dopušta "konkurenciju različitih nacionalnih propisa o trgovačkim društvima"*

Dotične zemlje smatrale su to zaobilaženjem svojih propisa o unosu zakonski propisanog minimalnog temeljnog kapitala prema nacionalnom pravu. Međutim, Europski sud je bio drugačijeg mišljenja.<sup>7</sup> Odlučio je da zbog slobode zasnivanja poslovnog nastana koja vrijedi u cijeloj Europskoj uniji (čl. 43. UoEZ), poduzeća iz jedne države članice (u ovom slučaju: države članice koja traži visok temeljni kapital za osnivanje društva kapitala; u daljnjem slijedu DČ 1) mogu osnovati društvo u drugoj državi članci (u ovom slučaju: državi članici koja ima nizak temeljni kapital kod osnivanja društva kapitala; u

daljnjem slijedu DČ 2) i zatim preseliti upravno sjedište tog društva u svoju domicilnu zemlju, te tamo početi poslovati preko tog društva. Takva društva osnovana po stranom pravu moraju se priznati u pravnom sustavu druge države članice. Posebice se priznavanju takvih društava ne može prigovoriti da gore ukratko prikazana konstrukcija predstavlja zaobilaženje propisa o unosu minimalnog kapitala u državi članici koja postavlja više kriterije po pitanju minimalnog temeljnog kapitala (dakle DČ 1). Takvo postupanje u pravilu ne predstavlja zlorabu prava. Prema shvaćanju Europskog suda, sloboda zasnivanja poslovnog nastana vodi do konkurencije različitih nacionalnih sustava prava trgovačkih društava. A takvu konkurenciju u Europskoj uniji, dakle u pravnom sustavu koji u konkurenciji prije svega vidi pozitivnu pojavu, pojedine države članice ne smiju sprječavati. U skladu s time, druge države članice moraju se pomiriti s tom konkurencijom pa stoga moraju dopustiti i poslovanje npr. društava osnovanih po engleskom pravu (Ltd), ako su članovi društva njihovi državljani. Na to je njemački zakonodavac (a sada i hrvatski) reagirao na način da je u vlastitom pravnom sustavu stvorio mogućnost za osnivanje društva kapitala po sličnim pojednostavljenim uvjetima kao što je to slučaj kod Ltd-a.

#### 4. Zaključak

Uvođenje oblika mini d.o.o. u državama članicama Europske unije, kao i u Njemačkoj i Hrvatskoj, posljedica je sudske prakse Europskog suda u vezi europskog prava trgovačkih društava. Međutim, to nije posljedica harmonizacije europskog prava trgovačkih društava uredbama i direktivama iz tog područja.<sup>8</sup> Uvođenje tog oblika, dakle, nije dio obavezne harmonizacije, već vlastiti "dodatak" (Mnogi bi rekli: Uvidjelo se da je to neizbježno). I za brojne pravnike u državama članicama Europske unije (kako u onima koje su bili osnivači EEZ-a, tako i u članicama koje su tek nedavno pristupile EU) to znači uvođenje elemenata u vlastito pravo koji su do sada bili nepoznati (a kod mnogih baš i nisu omiljeni). No, da stvari ne ispadnu baš uvijek u skladu s vlastitim predodžbama, s time će se morati pomiriti svi koji žele biti članovi veće

<sup>7</sup> Kratak sažetak presuda na njemačkom jeziku može se naći kod *Olivera Mörsdorfa* *Europäisches Gesellschaftsrecht / Europsko korporativno pravo*, Bonn, 2012 (Skripta predavanja za zimski semestar 2012/13), str. 8 ff ([http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich\\_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/Lehrveranstaltungen/Skript\\_Europaeisches\\_GesRI1-59.pdf](http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/Lehrveranstaltungen/Skript_Europaeisches_GesRI1-59.pdf)). Kratak i dobar pregled, također na njemačkom jeziku, u vezi razmišljanja i koraka njemačkog zakonodavca može se naći kod *Henninga Klugea*, *GmbH-Reform [Update] Schnellere, einfachere Unternehmensgründung / Henning Kluge, Reforma d.o.o. – Brže, jednostavnije osnivanje poduzeća* – 23. 5. 08 na linku <http://www.heise.de/resale/artikel/GmbH-Reform-Update-273480.html>.

<sup>8</sup> Pregled i pojašnjenja o područjima korporativnog prava koji su tema uredbi i direktiva EU može se naći na njemačkom jeziku na stranicama EU pod [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/company\\_law/index\\_de.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/index_de.htm) i na engleskom jeziku pod [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/company\\_law/index\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/index_en.htm). Nakon pristupanja Hrvatske EU vjerojatno će tekstovi na tim stranicama (kao i daljnji materijali na koje vode linkovi) ubrzo postojati i na hrvatskom. Možemo preporučiti detaljan pregled europskog prava trgovačkih društava (na njemačkom): *Matthias Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht – Einführung für Studium und Praxis / Europsko korporativno pravo – Uvod za studij i praksu*, (4. izdanje, München, 2011).

zajednice. Hrvatska je ovim izmjenama zakona sigurno željela odaslati signal državama članicama EU i tamošnjim investitorima. No, taj bi signal i državama u regiji, za koje je članstvo u EU još stvar dalje budućnosti, trebao jasno pokazati da je prošlo doba vlastitih rješenja i pridržavanja starih navika. Onaj tko se u doba globalizacije želi nositi s

konkurencijom, mora biti spreman izaći iz okvira u kojem se osjeća lagodno, te se prilagoditi konkurentima. To je jasno svakome tko trenira za neko sportsko natjecanje. Isto vrijedi i za konkurenciju u gospodarstvu i pravne okvirne uvjete u kojima gospodarstvo funkcionira.

## II. Tekst hrvatskog zakona

### Zakon o trgovačkim društvima

– izvod iz zakona –  
od 23. 11. 1993. u verziji od 29. 9. 2012.

“Narodne novine”, br. 111/93, 34/99, 121/99.  
– vjerodostojno tumačenje, 52/00. – Odluka Ustavnog suda  
Republike Hrvatske, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09. i 152/11.  
– pročišćeni tekst i 111/12)

#### Sadržaj tvrtke

##### Članak 13.

- (2) Uz sastojke navedene u stavku 1. ovoga članka,
4. tvrtka društva s ograničenom odgovornošću mora sadržavati riječi »društvo s ograničenom odgovornošću« ili oznaku »d.o.o.«, a jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću oznaku »jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću« ili oznaku »j.d.o.o.«;

#### GLAVA V.

#### DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

##### Odjeljak 1. OSNIVANJE

##### Osnivači Članak 386.

Društvo mogu osnovati jedna ili više osoba.

##### Način osnivanja društva Članak 387.

- (1) Društvo se osniva na temelju ugovora kojega sklapaju osnivači (društveni ugovor). Svi osnivači moraju potpisati društveni ugovor koji se sklapa u obliku javnobilježničkog akta ili privatne isprave koju potvrdi javni bilježnik.
- (2) Društvo koje ima najviše tri člana i jednog člana uprave može se osnovati na pojednostavnjeni način. Za takvo osnivanje društva moraju se koristiti obrasci

zapisnika koje sastavlja javni bilježnik, a koji su prilozi ovom Zakonu. Osim u pogledu toga ne mogu se dogovoriti nikakva odstupanja od odredbi ovoga Zakona. Popunjeni obrazac zapisnika vrijedi kao popis članova društva, popis osoba ovlaštenih da vode poslove društva, te sadrži izjavu kojom član uprave prihvaća imenovanje te potpis člana uprave koji se pohranjuje u sudski registar. U svemu ostalome na takav se zapisnik na odgovarajući način primjenjuju odredbe ovoga Zakona o društvenom ugovoru.

- (3) Ako društvo osniva jedan osnivač, društveni ugovor zamjenjuje izjava osnivača o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću dana kod javnog bilježnika.

##### Temeljni kapital

##### Članak 389.

- (1) Temeljni kapital društva mora biti izražen u kunama.
- (2) Najniži iznos temeljnog kapitala društva je 20.000,00 kuna.

##### Ulozi za preuzete poslovne udjele

##### Članak 390.

- (1) Nominalni iznos poslovnog udjela ne može biti manji od 200,00 kuna, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno. Nominalni iznos poslovnog udjela mora biti izražen cijelim brojem koji je višekratnik broja sto. Zbroj nominalnih iznosa svih poslovnih udjela mora odgovarati iznosu temeljnoga kapitala društva.
- (2) Prije upisa društva u sudski registar svaki osnivač mora uplatiti najmanje četvrtinu uloga za preuzeti poslovni udio kojega uplaćuje u novcu, s tim da ukupni iznos svih uplata u novcu ne može biti manji od 10.000,00 kuna, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno.
- (3) Ulog u društvo može se unijeti ulaganjem stvari i prava. Ulog uniošenjem u društvo stvari i prava mora se u cjelini unijeti prije upisa društva u sudski registar. Ako je vrijednost uloga u stvarima i u pravima u vrijeme podnošenja prijave za upis društva u sudski registar manja od vrijednosti uloga koji se time ulaže, razlika do visine tako izraženoga uloga mora se uplatiti u novcu.

- (4) Na ulaganje stvari i prava na odgovarajući se način primjenjuju odredbe članka 176., članka 179. stavka 5. druge rečenice, članka 181. do 185.a, članka 187. stavka 2. točke 2. i 3., te članka 191. do 193. ovoga Zakona.
- (5) Uloge se mora uplatiti tako da društvo može s njima slobodno raspolagati.
- (6) Novčani ulozi uplaćuju se zakonom određenim sredstvom plaćanja u Republici Hrvatskoj na račun društva kod kreditne institucije u Republici Hrvatskoj. Ta institucija izdaje potvrdu o tome da će društvo moći slobodno raspolagati s uplaćenim iznosom nakon što bude upisano u sudski registar.

#### Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću

##### Članak 390.a

- (1) Društvo iz članka 387. stavka 2. ovoga Zakona osniva se kao jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću.
- (2) Tvrtka društva iz stavka 1. ovoga članka mora sadržavati riječi, odnosno oznaku iz članka 13. stavka 2. točke 4. ovoga Zakona.
- (3) Najniži iznos temeljnog kapitala društva je 10,00 kuna, a najniži nominalni iznos poslovnog udjela 1,00 kuna. Temeljni kapital i poslovni udjeli u društvu moraju glasiti na pune iznose kuna.
- (4) Ulozi za preuzete poslovne udjele uplaćuju se samo u novcu. Prijava za upis društva u sudski registar podnosi se nakon što su potpuno uplaćeni ulozi za sve preuzete poslovne udjele u društvu.
- (5) Društvo mora imati zakonske rezerve u koje mora unijeti četvrtinu iznosa dobiti društva iskazane u godišnjim financijskim izvješćima umanjene za iznos gubitka iz prethodne godine. Zakonske rezerve smiju se upotrijebiti:
  1. za povećanje temeljnog kapitala pretvaranjem rezervi u temeljni kapital društva,
  2. za pokriće gubitka iskazanog za godinu za koju se podnose godišnja financijska izvješća ako nije pokriven iz dobiti prethodne godine i
  3. za pokriće gubitka iskazanog za prethodnu godinu ako nije pokriven iz dobiti iskazane u godišnjim financijskim izvješćima za godinu za koju se podnose.

- (6) Prijeti li društvu nesposobnost za plaćanje, mora se odmah sazvati skupština društva.
- (7) Poveća li društvo temeljni kapital tako da dosegne ili postaje veći od najnižeg temeljnog kapitala iz članka 389. stavka 2. ovoga Zakona, na društvo se više ne primjenjuju odredbe stavaka 3. do 6. ovoga članka s time da ono smije zadržati tvrtku iz stavka 2. ovoga članka. Na temeljni kapital društva i na poslovne udjele tada se primjenjuju odredbe članka 390. stavka 1. ovoga Zakona.

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner

#### **Dokumente und Vorschriften: Republik Kroatien: Die gesetzlichen Vorschriften über die neu eingeführte "Einfache GmbH"**

(Zusammenfassung)

*Dieser Beitrag in der Rubrik "Vorschriften und Dokumente" enthält die gesetzlichen Bestimmungen über die in der Republik Kroatien neu geschaffene "Einfache GmbH" mit einer Einführung. In dieser wird darauf hingewiesen, dass die "Einfache GmbH" nach kroatischem Recht weitgehend der deutschen "Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)" nachgebildet ist. Darüber hinaus werden die europarechtlichen Hintergründe ("Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme", Reaktion auf die Verbreitung der limited) der Zulassung von "Mini-GmbH-en" in nationalen Recht, die früher erheblich höhere Anforderungen an das gesetzliche Mindeststammkapital aufgestellt haben, dargestellt. Hervorgehoben wird, dass die Zulassung solcher Gesellschaften kein notwendiger Bestandteil der europarechtlichen gesellschaftsrechtlichen Harmonisierung, sondern eine autonome, zusätzliche Reaktion der jeweiligen nationalen Gesetzgeber auf die entsprechende Rechtsprechung des EuGH ist. Außerdem wird hervorgehoben, dass die anderen Staaten der Region, die noch längere Zeit nicht EU-Mitgliedsstaat werden, und in ihren Gesellschaftsrechten häufig hybride Ansätze verwirklichen, sich zukünftig am, nach deutschem Vorbild harmonisierten Gesellschaftsrecht Kroatiens, das am 1. Juli 2013 Mitgliedstaat der EU wurde, messen lassen müssen. Deutsche Leser sei noch darauf hingewiesen, dass in der April-Ausgabe der "Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa" (WiRO) ein Beitrag des Verfassers zum selben Thema erschienen ist, der auch eine deutsche Übersetzung der betreffenden Vorschriften des kroatischen Rechts enthält.*

**PRILOG 1. ZAKONU O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA**

Zapisnik o osnivanju  
jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću s najviše  
jednim članom

broj iz upisnika javnog bilježnika

U ..... dana ..... (slovima: ..... )

U moj javnobilježnički ured pristupio/la je: .....

.....

.....

te je dao/dala

Izjavu o osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću.

1. Ja, ..... ovom Izjavom osnivam jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću pod tvrtkom .....  
.....  
skraćena tvrtka: .....  
kojem je sjedište u .....,  
a adresa .....
2. Predmet poslovanja društva je: .....  
1. ....  
2. ....  
3. ....  
.....
3. Temeljni kapital društva je ..... kuna (slovima: .....  
..... kuna).  
Osnivač društva preuzima obvezu uplate uloga u cijelosti u novcu prije upisa društva u sudski registar.
4. Uprava ima jednog člana koji društvo zastupa samostalno i neograničeno. Za člana uprave društva imenuje se: .....
5. Društvo se osniva na određeno vrijeme/neodređeno vrijeme.
6. Društvo snosi troškove osnivanja najviše do visine od 2.000,00 kuna (slovima: dvjetisuće kuna), ali ne više od iznosa temeljnog kapitala.

Član uprave izjavljuje:

»Izjavljujem da ne postoje okolnosti iz članka 239. stavka 2., a u svezi s člankom 394. stavak 5. točka 6. Zakona o trgovačkim društvima koje bi sprječavale moje imenovanje za direktora trgovačkog društva. Nisam kažnjen za kazneno djelo zlorabe stečaja, zlorabe u postupku stečaja, pogodovanja vjerovnika ili povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz Kaznenog zakonika Republike Hrvatske, a protiv mene nije izrečena nikakva mjera sigurnosti obavljanja zanimanja koje je u potpunosti ili djelomično obuhvaćeno predmetnom poslovanja društva. Izjavljujem da prihvaćam postavljenje za direktora ovog trgovačkog društva.«

Potpis direktora koji se pohranjuje u sudski registar: \_\_\_\_\_

Uvjerio sam se da je stranka sposobna i ovlaštena za davanje ove izjave, objasnio sam joj smisao i posljedice njezina davanja te se uvjerio u njezinu pravu i ozbiljnu volju. Potvrđujem, ujedno, da je ovaj javnobilježnički zapisnik pročitao stranci.

Otpis ovog zapisnika izdan je za svakog osnivača, društvo i za trgovački sud.

Javnobilježnička pristojba utvrđena temeljem TB. \_ i. ZJP u iznosu od \_\_,00 kn.

Javnobilježnička nagrada utvrđena temeljem članka \_ . PPJT u iznosu od \_\_,00 kn + PDV.

Osnivač:

Javni bilježnik:

## PRILOG 2. ZAKONU O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

Zapisnik o osnivanju  
jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću s najviše tri člana

broj iz upisnika javnog bilježnika

U ..... dana ..... (slovima: ..... )

U moj javnobilježnički ured pristupili su:

1. ....
2. ....
3. ....

te su sklopili

Društveni ugovor jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću koje ima do tri člana

Ovim društvenim ugovorom osniva se jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću pod tvrtkom

1. ....  
skraćena tvrtka: .....  
kojem je sjedište u .....  
a adresa .....
2. Predmet poslovanja društva je: .....  
1. ....  
2. ....  
3. ....
3. Temeljni kapital društva je ..... kuna (slovima: .....  
..... kuna).
4. Osnivači društva preuzimaju obvezu uplate uloga kako slijedi:  
1. .... preuzima jedan poslovni udio nominalnog iznosa  
..... kn (slovima: ..... kuna);  
2. .... preuzima jedan poslovni udio nominalnog iznosa  
..... kn (slovima: ..... kuna);  
3. .... preuzima jedan poslovni udio nominalnog iznosa  
..... kn (slovima: ..... kuna);  
Preuzeti uložci uplaćuju se u cijelosti u novcu prije upisa društva u sudski registar.
5. Uprava ima jednog člana koji društvo zastupa samostalno i neograničeno. Za člana uprave društva imenuje se: .....
6. Društvo se osniva na određeno vrijeme/neodređeno vrijeme.
7. Društvo snosi troškove osnivanja najviše do visine od 2.000,00 kuna (slovima: dvijetisuće kuna), ali ne više od iznosa temeljnog kapitala.

Član uprave daje izjavu:

»Izjavljujem da ne postoje okolnosti iz članka 239. stavka 2., a u svezi s člankom 394. stavak 5. točka 6. Zakona o trgovačkim društvima koje bi sprječavale moje imenovanje za direktora trgovačkog društva. Nisam kažnjen za kazneno djelo zlouporabe stečaja, zlouporabe u postupku stečaja, pogodovanja vjerovnika ili povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz Kaznenog zakonika Republike Hrvatske, a protiv mene nije izrečena nikakva mjera sigurnosti obavljanja zanimanja koje je u potpunosti ili djelomično obuhvaćeno predmetnom poslovanja društva. Izjavljujem da prihvaćam postavljenje za direktora ovog trgovačkog društva.«

Potpis direktora koji se pohranjuje u sudski registar: \_\_\_\_\_

Uvjero sam se da su stranke sposobne i ovlaštene za sklapanje ovog društvenog ugovora, objasnio sam im smisao i posljedice njegova sklapanja te sam se uvjrio u njihovu pravu i ozbiljnu volju. Potvrđujem, ujedno, da je ovaj javnobilježnički zapisnik pročitao strankama.

Otpisak ovog zapisnika izdan je za svakog osnivača, društvo i za trgovački sud.

Javnobilježnička pristojba utvrđena temeljem TB. \_ i. ZJP u iznosu od \_\_,00 kn.

Javnobilježnička nagrada utvrđena temeljem članka \_\_. PPJT u iznosu od \_\_,00 kn + PDV.

Osnivač:

Javni bilježnik:



## Prikazi knjiga

Nedim Kulenović\*

**Bosanskohercegovački federalizam**Autor: **Goran Marković**str. 1470, 2012 (Službeni glasnik/University Press,  
Beograd/Sarajevo)

ISBN: 978-9958-673-07-8

U ovoj monografiji, koja ujedno predstavlja i prerađenu verziju autorove doktorske disertacije iz 2009. godine, razmatraju se neka od najzanimljivijih, ali i najspornijih pitanja bosanskohercegovačkog ustavnog prava i politologije. Tu prije svega imamo u vidu određenje prirode državnog uređenja i političkog režima u BiH, koje autor u ovom radu ističe kao federalizam, odnosno konsocijaciju, razmatrajući ujedno i njihov međusobni odnos. Hipoteza od koje autor polazi u radu jeste da je "[BiH] evoluirala od države sa federalnim uređenjem u kome su izraženi konfederalni elementi ka državi u kojoj jasno preovladavaju i jačaju obilježja federalnog uređenja" (str. 15).

S obzirom na ovo izrazito sadržajno djelo, u ovom prikazu možemo ukazati tek na neke teorijski značajnije i zanimljivije aspekte. Potrebno je odmah naznačiti da rad posjeduje dvije naročito pohvalne odlike. Prvo, tu je autorova privrženost multimetodološkom pristupu, a zatim i njegovo nastojanje da izbjegne "ideološko-političk[u] okovanost predmeta istraživanja" (str. 9),<sup>1</sup> što inače predstavlja jedan od najozbiljnijih sistematskih problema u ovoj oblasti naučnog rada.<sup>2</sup>

U prvoj glavi rada Marković analizira društveno-političku uslovljenost federalizma u BiH, te se ne ustručava od razmatranja svih najkontroverznijih pitanja ustavnog prava na području bivše Jugoslavije, od pitanja prestanka postojanja SFRJ, prava BiH na secesiju, odnosno prava na organizovanje referendumu o nezavisnosti BiH,

karaktera rata u BiH, pravne prirode etničkih političkih zajednica nastalih tokom rata, te pitanja državnosti RBiH. Ukratko, autor zaključuje da je SFRJ prestala postojati faktičkim putem, da savezne republike nisu imale pravo na secesiju, da je referendum o nezavisnosti BiH bio nelegalan, da se na području BiH vodio građanski rat, a da sama BiH nije u relevantnom periodu postojala kao država. Pojedini od ovih zaključaka su sporni, što je često rezultat autorovih problematičnih tumačenja normi i standarda međunarodnog prava, ali i dovoljno kompleksni da ih ne možemo ovdje ozbiljno razmatrati. Ipak, treba ukazati na barem jednu internu nekonzistentnost. Naime, autorovi stavovi o tome da BiH, u relevantnom periodu rata, "kao država nije postojala" (str. 46, 58), odnosno da su na njenom području nastale "tri nacionalne države" (str. 47, 50, 81, 84), sasvim su nekompatibilni s njegovim zaključkom da je u BiH vođen "građanski rat" (str. 50, 58, 279), budući da bi svaki sukob između tih "(suverenih) država", odnosno pojedinih od njih i nekih trećih država (npr. SRJ), nužno bio međunarodni oružani sukob.<sup>3</sup>

Druga glava knjige teorijski je i najznačajnija, s obzirom na to da u njoj autor razmatra aspekte federalizma i Ustava BiH, te ujedno ukazuje na ozbiljnost autorovog pristupa ovoj problematici, odnosno sadrži kvalitetnu analizu svih najkompleksnijih aspekata bosanskohercegovačkog ustavnopravnog sistema. Autor analizira pitanja nastanka bosanskohercegovačke federacije, zatim pitanja organizacije vlasti po Ustavu BiH, podjele nadležnosti u Ustavu BiH, pravnog položaja entiteta u ustavnom sistemu BiH, te pitanje pravne prirode Brčko distrikta BiH. S obzirom na zaključke prethodne glave, autor je mišljenja da je BiH "federacija nastala metodom agregacije" (str. 74), odnosno da "ne postoji (unutrašnji) pravni kontinuitet s prethodno postojećom državom" (str. 81). Budući da je autor u monografiji izostavio dio iz disertacije koji se bavio općom teorijom federalizma, odnosno komparativnim federalizmom, razmatranje prirode državnog uređenja učinjeno je fragmentarno u čitavoj glavi, a naročito kroz sistematsku de(kon)strukciju shvatanja o konfederalnom uređenju BiH.<sup>4</sup> U posljednjem poglavlju ove glave rada

\* Autor je student III ciklusa studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

<sup>1</sup> G. Marković se često izričito ograđuje od davanja vrijednosnih sudova – vidi, npr.: str. 46, fn. 81; str. 48, fn. 90; str. 50; str. 66; str. 84, fn. 153; str. 316, fn. 586.

<sup>2</sup> Vidi, npr.: E. Šarčević, "Osvrt na udžbenik ustavnog prava Rajka Kuzmanovića, Banja Luka, knjiga I. i II.", 3–4 *Pravna misao* (2000), str. 71–89; Šarčević, "Nauka o javnom pravu u dejtonskom modelu", u H. Bašić, et al., eds., *Međunarodni simpozij: Bosna i Hercegovina – 15 godina Dejtonskog mirovnog sporazuma* (Sarajevo, Univerzitet u Sarajevu 2011), str. 322.

<sup>3</sup> Marković se ovdje pretežno ograničava na domaće autore koji često iznose vrijednosno impregnirane stavove, te ne razmatra relevantnu stranu literaturu, odnosno mogućnost da su na teritoriji BiH postojali *de facto* režimi. S tim u vezi, npr.: Frowein, "De Facto Regime", in W. Rudiger, ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (Oxford, Oxford University Press 2012) str. 1053–1054.

<sup>4</sup> Vidi, npr.: str. 81, 88, 90 (fn. 162), 103, 104, 119, 126, 135–136, 161 (fn. 341), 165, 185, 188.

autor vrši konačnu sumaciju svih teorijskih argumenata o političko-pravnoj prirodi uređenja BiH, te zaključuje – i pored zapažanja o brojnim odstupanjima od principa federalizma – da pretežu argumenti u korist tvrdnje o federalnom uređenju države.

U trećoj glavi rada Marković razmatra prirodu političkog režima u BiH, te odnos konsocijacije i federalizma. Razjašnjavanje ove dileme važno je i za autorovu tvrdnju o neodbranjivosti stavova da BiH, zbog konsocijacijskih elemenata političkog režima, i nije država, već konfederacija. Autor ispravno insistira na konceptualnoj preciznosti ističući razlikovanje između federacije kao oblika državnog uređenja, i konsocijacije kao oblika političkog režima. Imajući u vidu standardno određenje konsocijacije Arenda Lijpharta – dijeljenje vlasti (naročito izvršne), grupna autonomija, proporcionalna predstavljenost i međusobni veto – autor detaljnom analizom institucionalnog sistema BiH zaključuje da se on “organizuje i funkcioniše na principima konsocijativne demokratije” (str. 215), te uz to da “federalno državno uređenje ide uporedo” s konsocijativnim političkim režimom (str. 247), uz taj izuzetak što svi društveni segmenti nisu na jednak način ostvarili grupnu autonomiju (str. 250), odnosno što model konsocijativne demokratije nije proveden konzistentno na državnom i nižim nivoima vlasti (str. 241). Nakon prepoznavanja svih nedostataka konsocijativne demokratije, odnosno činjenice da u BiH nije izbjegnuto niti jedan, autor ipak zaključuje da je to “jedini politički režim u kome [BiH] može opstati” (str. 202), odnosno da taj režim u sadašnjim okolnostima “doprinosi bržoj integraciji društva nego što bi to mogla većinska, liberalna demokratija” (str. 233). Ovaj vrijednosni stav je naročito iznenađujući ukoliko uzmemo u obzir da autor uopće nije razmatrao alternativne modele, niti istakao njihovo postojanje, te da stavove ograničava na lažnu dilemu između konsocijacijske i tradicionalne “većinske, liberalne demokratije”.

Naime, u savremenoj političkoj teoriji naročito se ističu dva modela suočavanja s problemom vladavine u duboko podijeljenim društvima, i to onaj konsocijacijske demokratije, te model koji se često označava kao “centripetalistički pristup” čiji je zagovornik jedan od najustrajnijih Lijphartovih kritičara – Donald L. Horowitz. Zajedničko za oba modela jeste što ozbiljno pristupaju činjenici društvenog sukoba i podijeljenosti, te ističu rješenja unutar te paradigme,<sup>5</sup> s tim što centripetalistički pristup naglasak stavlja na iznalaženje rješenja za stvaranje umjerenih političkih opcija, naspram ekstremističkim – što je suprotno konsocijacijskom pristupu koji političkom inkluzijom (naročito kroz velike koalicije i proporcionalnost) kultiviše ekstremne opcije i stavove, ne nudeći nikakve (političke) nagrade za njihovo napuštanje.

Glavne poticaje ka političkoj umjerenosti centripetalistička teorija vidi u specifičnom inženjeringu izbornog sistema, te federalnom državnom uređenju. Iako nije najjasnije da li se Marković svrstava među one koji konsocijaciju vide kao prelazno rješenje, nije očito da taj model omogućava ostvarenje ciljeva koje Marković želi vidjeti, naročito stvaranje izukrštanih rascjepa kroz razvoj višenacionalnih stranaka (str. 231), jačanje pozicije građanina (str. 229), odnosno samoinicijativno odustajanje političkih stranaka od isključujućih stajališta. Štaviše, dok razvoj političkog sistema u postratnoj BiH objašnjava zašto ništa od toga nismo vidjeli, konceptualne kritike strukturalnih manjkavosti konsocijacijskog modela objašnjavaju zašto se takve posljedice ne mogu očekivati.

Četvrta glava rada analizira pitanje federalizma u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, što je zanimljivo pitanje kako iz razloga što postojanje FBiH kao entiteta usložnjava državno uređenje u BiH na jedinstven način u savremenom federalizmu, ali i iz razloga što je FBiH predstavljala predložak za državno uređenje, ali i politički režim BiH. Također, analiziranje federalizma na ovom nivou vlasti za Markovića je značajno i zbog toga što je to i snažan argument u prilog federalnoj prirodi državnog uređenja BiH, s obzirom na to da “[p]oređenje dva modela federalizma u [BiH] navodi na zaključak da nema suštinskih razlika između oblika državnog uređenja [BiH] i [FBiH]”, uz iznimku “obima i načina primjene principa konstitutivnosti naroda” (str. 304), što utiče na prirodu političkog režima. Najvećim dijelom radi se o deskriptivnoj analizi, u kojoj autor pažljivo prati evoluciju u organizaciji vlasti u Federaciji i kantonima, izvršenu kroz 109 amandmana, često ukazujući na nedosljedna rješenja.

Da deskriptivna analiza, koja se zadržava na ustavnom tekstu, ograničava eksplanatorni domet rada pokazuje i razmatranje izuzetno važnog pitanja podjele nadležnosti između Federacije i kantona. Analizom Ustava, odnosno relevantnih amandmana, autor zaključuje da je FBiH umjereno centralizovana, ističući naročito materije taksativno nabrojane u odredbama o isključivoj nadležnosti Federacije, odnosno zajedničkoj nadležnosti s kantonima. Autor, međutim, ne razmatra pitanje značajnog broja zakona koje je FBiH usvojila, a koji nemaju jasno ustavno utemeljenje, a što bi se moglo objasniti faktičkim prenošenjem nadležnosti s kantona na Federaciju. To je, inače, općeniti nedostatak sve literature o federalizmu u FBiH. Istovremeno, Marković je i jedini autor koji razmatra semantičke i teorijske aspekte čl. V 1.2 Ustava FBiH, ali ne i modalitete primjene ovog člana u praksi, što bi zahtijevalo i empirijsko istraživanje, a što znači da ostajemo i bez odgovora na ove značajne ustavnopravne dileme.

Posljednja glava monografije ujedno je i najobimnija, te u njoj autor razmatra preobražaje bosanskohercegovačkog federalizma, analizom pitanja revizije Ustava BiH, sadržaja ustavnih reformi, uticaja ustavnih reformi na pravnu prirodu federalizma, te konačno i pitanje mogućnosti preobražaja federalizma, koji sadrži poseban normativni

<sup>5</sup> Vidi, npr.: D. Horowitz, “Conciliatory Institutions and Constitutional Process in Post-Conflict States”, 49 *William and Mary Law Review* (2008), str. 1219.

osvrt gdje autor ističe i moguća ustavnopravna rješenja. Autor na ovom mjestu ukazuje na svojevrsni paradoks državnog uređenja BiH, koji se sastoji u tome da je ono "komplikovano i neefikasno, ali istovremeno nema konsenzusa o tome kako ga učiniti djelotvornijim i jednostavnijim" (str. 307), što općenito vodi ka opravdanom zaključku da su radikalnije reforme ustavnog sistema BiH, u trenutnim okolnostima, neizgledne. U razmatranju uloge OHR-a u reformi ustavnih sistema u BiH, autor se upušta i u zanimljiv ekskurs o tome da li je BiH suverena država, zaključujući da je BiH država s ograničenim suverenitetom, ističući zanimljivu teoriju o "pretpostavljenoj suverenosti" institucija BiH (str. 321). Ipak, treba primijetiti da je razmatranje samog koncepta suvereniteta na ovom mjestu, pozivajući se na značajne klasične autore poput H. Kelsena, u raskoraku sa stvarnošću savremenog konstitucionalizma, naročito u kontekstu Evropske unije. Ovaj dio rada sadrži i obimno, koliko i analitički precizno, razmatranje principa konstitutivnosti naroda, odnosno njegove primjene u ustavnom sistemu BiH i nižih nivoa vlasti.

Zaključno treba istaći da se autor Marković u ovom djelu na analitički sofisticiran način bavi svim najspornijim pitanjima kompleksnog bosanskohercegovačkog državnog uređenja i političkog režima, te da monografija predstavlja značajan doprinos literaturi iz ustavnog prava u BiH.

Nedim Kulenović

### Der bosnisch-herzegowinische Föderalismus

(Goran Marković, Beograd/Sarajevo:  
Službeni glasnik/University Press, 2012, 470 Seiten)

*In dem Beitrag wird die Monographie "Der bosnisch-herzegowinische Föderalismus" von Goran Marković vorgestellt. Hierbei stellt der Rezensent fest dass das Buch auf analytische und sophistizierte Weise alle interessanten, aber auch strittigen Fragen der komplexen bosnisch-herzegowinischen Staatsordnung, die er als Föderation bzw. Konsortiation bezeichnet, behandelt und gleichzeitig auch deren gegenseitiges Verhältnis analysiert. Das Werk kennzeichne, so weiter, ein multimethodischer Zugang und das Bestreben des Autors, die ideologisch-politischen Diskussionen, die solchen Themen immanent sind, zu vermeiden. Außerdem enthielte es zahlreiche scharfsinnige Einsichten und Erklärungen und stelle deshalb einen bedeutenden Beitrag zur verfassungsrechtlichen Literatur in Bosnien und Herzegowina dar. Einer der, durch den Umfang bedingten Mängel dieses Werkes sei das Fehlen eines gesonderten Kapitels, in dem die allgemeinen Aspekte des Föderalismus bzw. vergleichenden Föderalismus dargestellt werden. Dies hätte zu einer klareren Klassifizierung der bosnisch-herzegowinischen Staatsordnung beitragen können. Ebenfalls als Mangel werden die Bemerkungen des Autors zu einigen völkerrechtlichen bzw. theoretischen Aspekten der Staatlichkeit Bosnien und Herzegowinas sowie seine Beurteilung hinsichtlich des derzeitigen politischen Systems in Bosnien und Herzegowina empfunden.*

Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL. M.

### Prikaz knjige: Sjef van Erp, Bram Akkermans (ed.), Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law

Hart Publishing, Oxford and Portland,  
Oregon (2012), 1170 str.  
ISBN 9781841137506

Djelo priređeno od strane Sejfa van Erpa i Brama Akkermansa u saradnji s afirmisanim autorima iz različitih zemalja Evropske unije Alexandrom Braun, Monikom Hinteregger, Carolinom Lebon, Michaelom Milom, Vincentom Sagaertom, Williamom Swadlingom i Larsom van Vlietom predstavlja osmu publikaciju u okviru edicije praktikuma "Ius Commune casebooks for the Common Law of Europe". Djelo je po svojoj prirodi više praktikum nego udžbenik, pri čemu se ne radi o uobičajenom praktikumu jer sadrži obimnu kompilaciju materijala iz četiri velika evropska pravna sistema – Engleske i Welsa, Francuske, Holandije i Njemačke, a djelomično se osvrće i na pravo Austrije i Belgije, te pravo Evropske unije.

Građa je strukturirana primjenom funkcionalnog pristupa, od kojeg je odstupljeno samo u slučajevima u kojima se taj pristup nije pokazao praktičnim zbog većih divergencija između pojedinih pravnih sistema, te je pribjegnuto tradicionalnom komparativnom pristupu po pojedinačnim zemljama. Iako su priređivači uz svaku tematsku oblast nastojali prikazati vodeće slučajeve iz sudske prakse prevedene na engleski jezik, tamo gdje nije bilo moguće identificirati odgovarajuće slučajeve, prikazani su drugi izvori, i to uglavnom izvodi iz zakonodavstva i stavovi pravne doktrine. Ovo je prva publikacija na tržištu koja je objedinila uporednopravnu praksu iz oblasti stvarnog prava, što je čini posebno dragocjenom.

Materija je izložena u deset poglavlja u okviru kojih su obrađena temeljna pitanja iz oblasti stvarnog prava. Na samom početku je u okviru uvoda čitaocima ovog djela dat opširan putokaz za korištenje ovih materijala. U uvodnom dijelu su ukratko predstavljeni pravni sistemi obuhvaćeni u praktikumu, prikazujući osnovne izvore prava u datim pravnim sistemima, organizaciju i ulogu sudova u pojedinim pravnim sistemima i ukazujući time na različitost pristupa kako između zemalja *common law* i *civil law* pravnog kruga, tako i unutar zemalja *civil law* pravnog kruga u pogledu nomotehnike i tehnike pisanja sudskih odluka.

Prvo poglavlje posvećeno je određenju pojma stvarnog prava oslanjajući se kako na klasični tako i na savremeni pristup određenju pojma stvarnog prava, određujući pravnu prirodu stvarnih prava i prikazujući temeljna načela

i karakteristike stvarnih prava uz kratki historijski osvrt na njihov razvoj i genezu. Drugo poglavlje posvećeno je zaštiti stvarnih prava, a naročito prava vlasništva, uključujući i posjedovnu zaštitu. Poglavlja tri do pet posvećena su pojedinim stvarnim pravima u zavisnosti od objekata stvarnih prava. Tako su u poglavlju tri predstavljena stvarna prava na pokretnim i na nepokretnim stvarima, u poglavlju četiri stvarna prava na pravima, dok su u petom poglavlju izložena stvarnopravna sredstva osiguranja potraživanja. Šesto poglavlje posvećeno je pitanju načina na koji jedan subjekt može biti titular određene imovine i s tim u vezi instrumentima koji u pojedinim pravnim porecima služe kao sredstva upravljanja imovinom kao što su engleski *trust*, njemački *Treuhand* ili francuski *fiducie*. Sedmo i osmo poglavlje posvećeni su načinima sticanja stvarnih prava – originarnim i derivativnim, a deveto prestanku stvarnih prava. U okviru desetog poglavlja predstavljeni su preduzeti koraci i inicijative u procesu harmonizacije stvarnog prava u okviru Evropske unije. Tek se nakon čitanja prethodnih poglavlja u punom svjetlu ističe značaj, ali i poteškoće prilikom pokušaja harmonizacije ove pravne oblasti.

Unutar svakog poglavlja autori su nastojali prikazati kratki historijski razvoj datih instituta, temeljne principe i koncepte i pristup, odnosno način rezonovanja karakterističan za određeni pravni sistem koji je potkrijepljen pomno odabranim primjerima prakse.

Osnovni cilj praktikuma jeste da kompilacijom primjera iz zakonodavstva, sudske prakse i pravne doktrine, razotkrije sličnosti između najvećih pravnih sistema u Evropi, istovremeno ukazujući na i poštujući različitosti, kojih u ovoj oblasti prava zasigurno ima mnogo. Ovaj materijal otkriva kako i u oblasti stvarnog prava, koja je dugo važila kao pravna oblast koja stoji pod velikim uticajem historijskog razvoja i političkih nazora, zbog čega je smatrana nepogodnom za harmonizaciju između pravnih sistema postoji primjetna konvergencija, te je moguće identificirati zajedničke osnove i vrijednosti. To otvara pitanje o potrebi i mogućnostima unifikacije

ili harmonizacije stvarnog prava odnosno stvaranja svojevrstnog *ius commune* u ovoj pravnoj oblasti u Evropi, te metoda koje u tom pogledu treba primijeniti.

Ovo djelo čitatelju omogućava uvid u uporedno stvarno pravo, ali i bolje razumijevanje različitih pravnih kultura. Na fascinantna način i uz brojne primjere ilustrirano je kako su različiti pravni sistemi iznjedrili različite odgovore i rješenja za istovrsne pravne probleme. Mnogoštvu alternativnih rješenja na jednom mjestu omogućava njihovu analizu i proučavanje u različite svrhe – između ostalog, ovo djelo može biti izvjestan putokaz prilikom reformiranja ove pravne oblasti i u Bosni i Hercegovini i regionu.

Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.

**Sjef van Erp, Bram Akkermans (ed.),  
Cases, Materials and Text on National,  
Supranational and International Property Law,**  
Hart Publishing, Oxford and Portland,  
Oregon (2012), 1170 Seiten

(Zusammenfassung)

*Der Beitrag enthält eine Besprechung des Werks der Herausgeber Sejf van Erp und Barm Akkermans, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law. Es handelt sich um ein umfangreiches, rechtsvergleichendes Werk, das mehr ein Fallbuch als ein Lehrbuch darstellt. Es enthält eine Fülle an Materialien aus der Praxis der vier größten Rechtsordnungen Europas (England und Wales, Frankreich, Deutschland und Niederlande) mit entsprechender theoretischer Einführung in die Problematik und lehrreichen historischen Einblicken in die Entwicklung der wichtigsten sachenrechtlichen Institute.*

*Es werden Unterschiede, aber auch Ähnlichkeiten zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen aufgedeckt, die dem Leser nicht nur einen tiefgreifenden Einblick, sondern auch ein besseres Verständnis der fremden Rechtsordnungen ermöglichen.*

## Značajni njemački pravnici

Doc. dr. Slavko Đorđević\*

**Friedrich Carl von Savigny  
(Fridrih Karl fon Savinji)**

U ovom izdanju rubrike “Veliki nemački pravnici“ predstavljamo jedno od najprepoznatljivijih imena nemačke i evropske pravne nauke, profesora Fridriha Karla fon Savinjija, čije su ideje i dela dala svojevrsno obeležje dobu u kojem živeo i stvarao, a koje su imale uticaja na naredne generacije nemačkih i evropskih pravnika sve do naših dana. Njegovu bogatu pravničku i državničku karijeru, kao i njegova pravnička dostignuća, gotovo je nemoguće detaljno i jasno predstaviti na svega nekoliko stranica. Zato smo se opredelili da, najpre, u najvažnijim crtama prikazemo životni i profesionalni put ovog briljantnog pravnog naučnika, zatim da se nakratko osvrnemo na njegov naučni opus koji ga svrstava u velikog romanistu (ujedno i civilistu), pravnog istoričara i filozofa, metodologa i sociologa prava, i na kraju posebno iznesemo njegov istorijskopравни метод i osnovne postulate istorijskopравne škole čiji je bio najznačajniji predstavnik, kao i njegova pravnička dostignuća u oblasti kolizije zakona (međunarodnog privatnog prava).

**Profesionalni put briljantnog pravnika**

Fridrih Karl fon Savinji (Friedrich Carl von Savigny) rođen je 1779. godine u Frankfurtu na Majni u porodici koja je vodila poreklo iz Francuske. Njegov otac Kristijan Karl Ludvig fon Savinji (Christian Karl Ludwig von Savigny) bio je u to vreme visoki državni činovnik. Nakon smrti svojih roditelja (1791. i 1792), Savinji je živeo kod svog staraoca Konstantina fon Nojarta (Constantin von Neurath) u Veclaru (Wetzlar), gde je pohađao gimnaziju. Kao darovit mladi čovek upisao je studije prava 1795. godine na Univerzitetu u Marburgu. Godinu dana je studirao i na Univerzitetu u Getingenu (1796/97), da bi po povratku u Marburg okončao studije 1799. godine.

Po završetku studija, Savinji je doktorirao na temu iz krivičnog prava “De concursu delictorum formali” (1800. godine) takođe na Univerzitetu u Marburgu, gde je ubrzo postao docent i držao predavanja iz krivičnog prava i pandektistike. Svega tri godine nakon postavljenja za docenta, objavljuje svoje prvo veliko delo “Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung”<sup>1</sup> koje ga je

vinulo u prvu klasu nemačkih pravnika toga doba. Ubrzo nakon toga napušta profesuru u Marburgu, odbija pozive univerziteta u Grajfsvaldu (Greifswald) i Hajdelbergu (Heidelberg) i polazi na višegodišnje putovanje koje je bilo usmereno na pretraživanje domaćih i evropskih biblioteka (u Nemačkoj, Francuskoj i Austriji) u cilju prikupljanja građe i materijala za njegova buduća naučna ostvarenja, naročito za delo “Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter”<sup>2</sup> (“Istorija rimskog prava u srednjem veku”) koje će nastati desetak godina kasnije. Po povratku s ovog studijsko-istraživačkog putovanja, Savinji je pozeleo da se vrati profesorskom pozivu i da zauzme mesto na nekom nemačkom univerzitetu. Međutim, političke i kulturne prilike su se promenile. Francuska na čelu s Napoleonom osvojila je nemačke zemlje, a sam Napoleon je u to vreme vršio snažan uticaj na nemačko visoko obrazovanje i zatvorio je mnoge univerzitete, jer se bojavao otpora nemačkih studenata francuskoj vojsci. Nakon bezuspešnog pokušaja da se zaposli na Univerzitetu u Hajdelbergu i u očekivanju da se ponovo osnuje Univerzitet u Berlinu, Savinji je 1808. godine prihvatio poziv Univerziteta u Landshutu (Landshut) u Bavarskoj, gde je radio naredne dve godine kao profesor Rimskog prava. Iste godine (1808) Vilhelm Humbolt (Wilhelm Humboldt), koji je u to vreme bio pruski poslanik u Vatikanu, dobio je zadatak od pruskog kralja da uspostavi i organizuje berlinski univerzitet. Humbolt je pristupio ostvarenju ovog poduhvata tako što je za svako polje nauke, za koju treba da postoji poseban fakultet na univerzitetu, pokušao da dovede najboljeg naučnika u tom naučnom polju u Nemačkoj, kojem bi dao određene ruke u formiranju fakulteta. U oblasti pravne nauke njegov izbor je odmah pao na Savinjija. Savinji je prihvatio poziv 1810. godine i postao redovni profesor Univerziteta u Berlinu, gde je držao predavanja iz predmeta “Institucije i istorija prava” i “Založno pravo”.

Kao berlinski profesor prava, u godinama koje su dolazile, Savinji je napisao svoja najznačajnija dela iz rimskog i građanskog prava, koja su ga uvrstila u red pravnih naučnika novije istorije, i postavio i razradio osnovne postulate istorijskopравne škole, koja je do kraja 19. veka (pa čak i u 20. veku) imala snažan uticaj na razvoj pravne nauke kako u Nemačkoj tako i u celoj Evropi. I dan-danas kada se govori o pravnoj nauci i njenim najvišim standardima, ime F. K. fon Savinjija neizostavno se pominje. Prikaz njegovog naučnog opusa dajemo u narednom odeljku.

\* Autor je docent na Pravnom fakultetu u Kragujevcu.

<sup>1</sup> F. C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, (Giessen, 1803).<sup>2</sup> F. C. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. I, (Heidelberg, 1815).

Pored toga što je bio veliki profesor i pravni mislilac svog vremena, Savinji je bio angažovan i na državnim poslovima. Godine 1817. imenovan je za člana-savetnika pruskog Ministarstva pravde (Staatsrat Mitglied des preußischen Justizministeriums), 1819. godine za člana Višeg tribunala za provincije Rajne (Mitglied des Obertribunals für die Rheinprovinzen) i 1820. za člana Komisije za reviziju opšteg zemaljskog prava za pruske zemlje (Mitglied der Kommission für die Revision des Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten). Čak je i jedno vreme bio angažovan kao privatni nastavnik pruskog prestolonaslednika za predmete Rimsko pravo, Prusko pravo i Krivično pravo. Kralj Fridrih Vilhelm IV (Friedrich Wilhelm IV) imenovao je Savinjija 1842. godine za ministra za zakonodavstvo (Minister für Gesetzgebung). Na mestu ministra ostao je do marta 1848. godine, kada je zbog revolucije zajedno s ostalim ministrima podneo ostavku.

Fridrih Karl fon Savinji umro je 25. oktobra 1861. godine u Berlinu, posle kraće bolesti.

#### **Naučni opus – romanista i istoričar prava, pravni filozof i teoretičar, sociolog prava**

Iako je doktorirao na temi iz krivičnog prava, Savinji je svoja naučna istraživanja potpuno usmerio ka rimskom i građanskom pravu. Već smo spomenuli da je svoje prvo poznato delo "Das Recht des Besitzes" (Pravo poseda), u kome je dokazivao da u pogledu poseda rimsko pravo mora da važi i u tadašnje vreme, objavio 1803. godine kada je imao svega 24 godine. U narednim godinama on je ovo delo stalno obnavljao i dopunjavao novim izdanjima. Bilo ih je ukupno šest, a sedmo posthumno izdanje objavljeno je 1865. godine.

Desetak godina kasnije (tačnije 1814), kao profesor Univerziteta u Berlinu Savinji objavljuje možda svoje najčuvenije i najčitnije delo pod naslovom "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"<sup>3</sup> ("O pozivu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj nauci"). U ovom spisu Savinji je, kritikujući francuski i austrijski kodifikatorski poduhvat u to doba kao i stavove čuvenog hajdelberškog profesora Tiboja (Thibaut) o potrebi za donošenjem građanskog zakonika za Nemačku, postavio postulate istorijskopravne škole čiji je bio najznačajniji i najistaknutiji predstavnik. Ovim delom je jasno označio su rimsko pravo i nemačko pravo kao i njihove novije modifikacije osnovni materijali istorijskopravne nauke. Već sledeće, 1815. godine Savinji je objavio prvi tom svog čuvenog dela "Geschichte des römischen Recht im Mittelalter"<sup>4</sup>, koje je narednih petnaestak godina dopunio sa još pet tomova.

U periodu od 1840. do 1849. godine Savinji je objavio svoja najznačajnija istraživanja građanskog prava u osam tomova pod naslovom "System des heutigen römischen

Rechts"<sup>5</sup> (Sistem sadašnjeg rimskog prava). Ovo naučno delo obuhvata opšta učenja o građanskom pravu, uključujući metodološka pitanja i pravne izvore. Godine 1853. pridodata su mu još dva toma posvećena obligacionom pravu ("Obligationsrecht"<sup>6</sup>). Građa ovog impozantnog dela vezuje se za pojam pravnog odnosa kao osnove subjektivnih prava, pri čemu su subjektivno pravo i pravni odnos delimično izjednačeni. Suštinu, biće prava, Savinji vidi u tome da pravu pripada slobodan prostor u kome se njegova volja, nezavisno od svake druge slobodne volje, može razvijati po moralnim običajima. Savinji se u ovom delu posebno bavio i problemom tumačenja zakona gde je postavio četiri osnovna sredstva (metoda) tumačenja prava koja važe i danas: gramatičko (jezičko), logičko, istorijsko i sistemsko tumačenje. Kritičari dvadesetog veka zamerali su mu da nije uspostavio jasnu hijerarhiju između ovih metoda tumačenja, kao i da nije uvrstio u ove metode i teleološko tumačenje. Poslednji, osmi tom "Sistema savremenog rimskog prava" obuhvata i istraživanja u materiji međunarodnog privatnog prava koja su snažno uticala na razvoj ove grane prava i koja se i danas smatraju neprevaziđenim.

U Savinjijev naučni i stručni opus ulazi i veliki broj studija, članaka, prikaza i drugih spisa koji su objavljeni 1850. godine u pet tomova pod naslovom "Vermischte Schriften"<sup>7</sup>.

Godine 1815. Savinji je zajedno sa Karlom Fridrihom Ajhornom (Karl Friedrich Eichhorn) i J. F. L. Gošenom (Johann Friedrich Ludwig Göschen) pokrenuo časopis "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" koji je predstavljao najznačajnije glasilo istorijskopravne škole. Ovaj časopis je izlazio do 1850. godine, kada je objavljen poslednji broj (Band 15 1848/1850). Njegovu tradiciju je nastavio časopis "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte" koji je počeo da izlazi od 1861. godine.

Imajući u vidu njegov impozantni naučni opus, Savinji je dao ogroman doprinos razvoju prava i pravne nauke, kao i njenim pojedinim pravnim disciplinama. Iako je sebe smatrao u prvom redu istoričarem prava, rezultati njegovih istraživanja ga svrstavaju i u pravnog filozofa, teoretičara i sociologa prava, kao i u pravnog dogmatičara. Rudolf von Jering, takođe veliki nemački pravnik i mlađi Savinjijev kolega, napisao je u svom članku posvećenom životu i delu F. K. fon Savinjija da se Savinji smatra Geteom u nemačkoj pravnoj nauci.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> F. C. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I 1840, Bd. II 1840, Bd. III 1840, Bd. IV 1841, Bd. V 1841, Bd. VI 1. Abt. 1846, Bd. VI 2. Abt. 1847, Bd. VII 1848, Bd. VIII 1849.

<sup>6</sup> F. C. von Savigny, *Das Obligationsrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, 2. Bde. (1851–1853).

<sup>7</sup> F. C. von Savigny, *Vermischte Schriften*, in 5 Bänden, (1850).

<sup>8</sup> R. Jering, F. C. von Savigny, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Hrsg. von G. F. Gerber und R. Jering), Fünfter Band, (Jena 1861), str.

<sup>3</sup> F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (Heidelberg, 1814), 3. Aufl. (1840).

<sup>4</sup> Vidi fn. 2.

U narednim odeljcima osvrnućemo se na Savinjijev istorijskopravni metod i njegove osnovne postulate kojima je utvrdio temelje i smernice istorijskopravnoj školi, kao i na njegova pravnička dostignuća u oblasti međunarodnog privatnog prava koja su predstavljena u osmom tomu "Sistema sadašnjeg rimskog prava".

### Najznačajniji predstavnik istorijskopravne škole

Istorijskopravna škola razvijala se krajem 18. i u 19. veku i u pravu je videla istorijskopravnu tvorevinu koja predstavlja izraz duha jednog naroda (Volksgeist). Osnivačem ove škole smatra se Gustav Hugo (1764–1844), a njenim najznačajnijim predstavnikom upravo F. K. fon Savinji. Već smo pomenuli da je Savinji u svom delu "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"<sup>9</sup> (objavljeno 1814) postavio temelje i programska načela istorijskopravne škole. Inače, ovaj spis je nastao kao Savinjijeva kritika ideja tadašnjih nemačkih pravnika (pre svega Tiboja) o donošenju građanskog zakonika za Nemačku. Na ovom mestu iznet ćemo osnovne ideje i razmatranja iz ovog Savinjijevog dela<sup>10</sup> koja prožimaju čitav njegov naučni opus.

Savinji smatra da se jedino putem istorijskih istraživanja može spoznati kvalitet građanskog prava u datom trenutku i odrediti smernice njegovog daljeg razvitka. Po njemu, građansko pravo, već u ranoj fazi razvoja jednog naroda, ima određen karakter koji je svojstven tom narodu, baš kao što su mu svojstveni jezik, običaji, religija. Pravo, kao i jezik, živi u svesti naroda i između njih postoji organska povezanost koja se razvija tokom vremena. Ono je potčinjeno kretanju i razvitku naroda.<sup>11</sup> Pravo, kako ističe Savinji, raste zajedno sa narodom, uobličava se zajedno sa njim i najzad odumire, kao što i narod gubi svoju svojstvenost. Međutim, on primećuje da se sa kulturnim razvojem sve više razdvajaju delatnosti naroda, i ono što je pripadalo zajedničkoj svesti u ranoj fazi razvoja, sada pripada pojedinim staležima. Kao takav izdvojen stalež javljaju se pravници i pravna nauka koji putem jezika uobličavaju pravo. Ono što je u početku živelo u zajedničkoj svesti celog naroda, sada živi u svesti pravnika koji predstavljaju narod u toj funkciji.<sup>12</sup> Prema tome, zaključuje Savinji, pravo najpre stvara običaj i narodno verovanje, a zatim to čini pravna nauka, i to Savinji označava unutrašnjim silama koje tiho deluju.<sup>13</sup>

Zapravo, to su sile narodnog duha iz kojih nastaje pravo, a ne samovolja nekog zakonodavca.

Preispitujući ideje o neophodnosti usvajanja građanskog zakonika u tadašnjoj Nemačkoj, Savinji se najpre poziva na stavove Bekona (Bacon) koji smatra da rad na zakoniku ne treba preduzimati bez preke potrebe, a ako se pristupi tom poduhvatu, neophodno je sa naročitom brižljivošću ispitati važeće pravne izvore i preuzeti iz njih sve što se može primeniti.<sup>14</sup> Pri tom, ovom radu po Bekonu treba pristupiti samo u takva vremena koja se po obrazovanju i poznavanju stvari nalaze na višem stupnju nego prethodna, jer bi bilo pogubno ako usled neznanja u sadašnjem vremenu dela iz prošlosti budu osakaćena. Savinji iz Bekonovih stavova izvodi zaključak da postojeće pravo koje ne treba da bude promenjeno nego zadržano mora biti temeljno spoznato i tačno iskazano. Nema sumnje da je ovo zadatak pravne nauke. Savinji smatra da je za donošenje kvalitetnog i potpunog zakonika neophodno da pravna nauka prepozna i ovlada tzv. rukovodećim načelima u pravu jednog naroda koja se moraju osetiti i pomoću kojih se spoznaje unutrašnja veza i srodnost pravnih pojmova i postavki. Njihovo prepoznavanje spada u najteže zadatke pravne nauke (odnosno kako on ističe "to je ono što našem radu daje naučni karakter"), pa ako zakonik nastaje u vreme u kome se nije ovladalo tom veštinom, nastaće loše posledice i rđav zakonik.<sup>15</sup>

Za primer izvrsnog prava jednog naroda koje se organski razvijalo kroz istoriju Savinji uzima rimsko pravo kome izražava svoje iskreno divljenje. Tvrdeći da sav uspeh u pravnoj nauci počiva na posedovanju rukovodećih načela, Savinji veliča rimske pravničke (Papinijana i Ulpijana) koji su ova načela posedovali. Kako ističe, pojmovi i postavke rimskog prava nisu proizvoljno stvoreni, već su to stvarna bića čije postojanje su rimski pravници upoznali "družeci" se prisno i dugo sa njima. Savinji posebno naglašava da se kod rimskih pravnika, u čijim tekstovima su opisani celi pravni slučajevi, teorija i praksa prožimaju i stapaju u jedno – njihova teorija je uobličena sve do najneposrednije primene, a njihovu praksu neposredno oplemenjuje naučni metod. On smatra da je ovaj metod opšte dobro rimskog klasičnog doba kojeg krasi savršeni umetnički jezik, ali koji je nastajao zajedno sa istorijskim razvojem Rima i rimskog naroda.<sup>16</sup> U početku se rimsko pravo pridržavalo tradicije i religije, pa se sa razvitkom samog naroda i novim shvatanjima postepeno toga oslobađalo, tako da je njegov istorijski razvitak do izvrsnog prava klasičnog doba bio potpuno organski. Zato, Savinji smatra da pravni genije koji je odredio rimsko pravo izvrsnim ne pripada jednom dobu, već naciji uopšte.<sup>17</sup>

Analizirajući i kritikujući novousvojene građanske zakonike tog doba (pre svega, francuski Građanski zakonik

354–377 (citirano prema S. Vračar, "Savinjijev pogled na kodifikaciju prava – pogovor", u: F. K. von Savinji, *Zakonodavstvo i pravna nauka*, (Beograd 1998), str. 192.

<sup>9</sup> Ovo delo je 1998. godine prevedeno na srpski jezik pod naslovom F. K. von Savinji, *Zakonodavstvo i pravna nauka*.

<sup>10</sup> Prilikom iznošenja Savinjijevih ideja iz ovog dela pretežno smo se služili prevedenim tekstom koji objavljen u knjizi navedenoj u prethodnoj fusnoti.

<sup>11</sup> F. K. fon Savinji, *Zakonodavstvo i pravna nauka*, str. 19–21.

<sup>12</sup> Ibid., str. 22.

<sup>13</sup> Ibid., str. 23.

<sup>14</sup> Ibid., str. 28 i 48.

<sup>15</sup> Ibid., str. 29.

<sup>16</sup> Vid. ibid., str. 34–37.

<sup>17</sup> Ibid., str. 37.

iz 1803. i austrijski Građanski zakonik iz 1811), kao i stanje nemačkog prava i pravne nauke, Savinji zaključuje da nemačko pravo nije doseglo onaj stepen razvoja koji su imali rimski pravници klasičnog doba, te se stoga još uvek nisu stekli uslovi za donošenje nemačkog građanskog zakonika. Prema njegovom mišljenju, nemačka pravna nauka mora u prvom redu da koristi istorijskopравни метод kako bi donela sud o nasleđenoj građi prava, a zatim pomoću njega da utvrdi opšte i zemaljsko pravo kao pravne izvore koji su uistinu upotrebljivi i primenljivi. Pri tom, ključno je početi od korena i iskustava rimskog prava. U ovaj poduhvat ne treba da budu uključeni samo pravni naučnici, već i pravni praktičari, jer jedino iz približavanja teorije i prakse može proisteći valjano pravosuđe kakvo je bilo u Rimu.<sup>18</sup> Otuda, prema Savinjinim rečima, nemačka teorija mora biti praktičnija, a praksa naučnija.<sup>19</sup> Jednom rečju, pouzdano i valjano građansko pravo po Savinjiu može nastati delovanjem pravne nauke koja se organski razvija i koja može biti zajednička za celu nemačku naciju, a ne putem zakonika.

Savinjijeve postavke i ideje istorijskopravne škole uticale su na mnoge pravnike širom Evrope, a među njima je bio i čuveni crnogorski pravnik Valtazar Bogišić (1834–1908). Domaća literatura građanskog prava smatra da je Bogišić, za razliku od nemačkih pravnika, neke od postavki istorijskopravne škole i ostvario, s obzirom na to da se prilikom izrade Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru bavio istraživanjem svesti i običaja crnogorskog naroda čije je rezultate utkao u ovaj zakonik<sup>20</sup>.

#### Otac modernog međunarodnog privatnog prava

U osmom tomu "Sistema sadašnjeg rimskog prava" iz 1849. godine, Savinji je, raspravljajući o vremenskom i prostornom važenju zakona, udario temelje modernom međunarodnom privatnom pravu, postavljajući tri postavke (ideje) koje su opredelile razvoj ove grane prava i koje važe i danas.

Prvo, odbacivši shvatanje škole statuta, po kojoj prilikom određivanja merodavnog prava treba poći od prirode materijalnopravne norme i njenom analizom utvrditi pod koji statut ona potpada (statuta personalia, statuta realia ili statuta mixta), Savinji je smatrao da treba poći od konkretnog životnog odnosa, tj. od privatnopravnog odnosa, ispitati ga i pronaći "sedište", tj. državu kome on prirodno pripada ("Sitz des Rechtsverhältnisses"). To znači da Savinji stavlja u središte svojih razmatranja privatnopravne odnose koji se vezuju za više država, a ne norme odnosno zakone čija bi primena mogla doći u obzir. Potom, želi da ispita prirodu tih pravnih odnosa i odredi prostornu vezu sa jednom državom čije pravo treba

primeniti. U literaturi međunarodnog privatnog prava je ovaj zaokret (od klasifikacije statuta ka individualnom traženju sedišta pravnog odnosa) nazvan "kopernikanskim obrtom" u materiji međunarodnog privatnog prava.<sup>21</sup> Traženje sedišta privatnopravnog odnosa u današnje vreme naziva se principom najbliže veze kojim se ostvaruje pravičnost u međunarodnom privatnom pravu. Suštinski posmatrano, ovaj Savinjijev metod koristi se kako za izradu zakona o međunarodnom privatnom pravu, tako i za sudijsko formiranje kolizionih pravila radi popunjavanja pravnih praznina kada posebnog zakona nema ili ako nedostaje koliziono pravilo za konkretnu vrstu privatnopravnog odnosa.

Tražeci prirodno sedište za pojedine grupe privatnopravnih odnosa, Savinji je postavio nekoliko kolizionih pravila od kojih pojedina važe i u pravnim sistemima današnjice. Na primer, za svojinskopravne i stvarnopravne odnose, povodom i nepokretnih i pokretnih stvari, prirodno sedište prema Savinjiu jeste mesto (država) u kojoj se stvar nalazi; za ugovorne odnose to je mesto (država) u kome treba ispuniti ugovorne obaveze (lex loci solutionis); za lične odnose (pravnu i poslovnu sposobnost) sedište se nalazi u mestu domicila fizičkog lica u pitanju; za naslednopravne odnose to je mesto poslednjeg domicila ostavioca (ovim kolizionim pravilom Savinji je uspostavio princip tzv. jedinstvene zaostavštine – tj. da se na celokupnu zaostavštinu ostavioca primenjuje pravo jedne država, bez obzira na to gde se pojedini delovi zaostavštine nalaze).

Drugo, Savinji je razmatrao princip comitas gentium koji pretpostavlja postojanje međunarodne zajednice zasnovane na međusobnom poštovanju i kurtoaznim i tolerantnim odnosima civilizovanih naroda. Ovaj princip, koji dolazi iz holandske škole statuta i kojeg je dalje razvio američki pravnik Džozef Stori (Joseph Story), za Savinjiu predstavlja osnov na temelju kojeg svaka država treba da dopusti primenu stranog prava na svojoj teritoriji. Na taj način se obezbeđuje da sud na privatnopravni odnos primeni pravo države u kojoj se nalazi prirodno sedište tog odnosa, bez obzira na to da li je reč o domaćoj ili stranoj državi.

Treće, Savinji je predstavio ideju međunarodne harmonije odlučivanja (die internationale Entscheidungsgleichheit) koju treba posmatrati kao ideal kome međunarodno privatno pravo treba da teži. Ovaj ideal Savinji je opisao rečima: "... die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Kollision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterscheid, ob in diesem oder jenem Staate des Urtheil gesprochen werde"<sup>22</sup>. U slobodnijem prevodu Savinji je rekao sledeće: "Pravne odnose, u slučajevima kolizije zakona, treba jednako vrednovati, bez obzira u kojoj državi se donosi odluka". Prema tome, harmonija odnosno

<sup>18</sup> Vid. Ibid., str. 93–108.

<sup>19</sup> Ibid., str. 103.

<sup>20</sup> Tako V. Vodinelić, *Građansko pravo – uvodne teme*, (Beograd, 1991), str. 131–132, fn. 186.

<sup>21</sup> H. Neuhaus, 'Abschied von Savigny?', 46 *RebelsZ* (1982), str. 7.

<sup>22</sup> *System des heutigen römischen Rechts VIII*, (Berlin, 1849), str. 27.



jednakost u odlučivanju znači da rezultat rešavanja sporova sa elementom inostranosti mora biti isti, bilo da se sudi u domaćoj bilo u stranoj državi. Savinji je u prvom redu smatrao da se ovo može postići formiranjem ujednačenih pravila kojima se rešava kolizija zakona (dakle, kolizionim pravilima).

Ideal međunarodne harmonije odlučivanja u današnje vreme, barem kada je reč o Evropskoj uniji, polako postaje stvarnost. Na teritoriji EU unifikovana su koliziona pravila za ugovorne i vanugovorne obaveze, za pojedina pitanja porodičnopravnih odnosa, za naslednopravne odnose, a usvojena su i jedinstvena pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti u mnogim oblastima prava. Ova aktivnost evropskih zakonodavnih organa stvorila je ambijent u kome postaje svejedno u kojoj državi članici EU će se raspravljati spor sa elementom inostranosti, jer će svaka od njih primenjivati ista koliziona pravila koja treba da upute na merodavno materijalno pravo primenom čijih normi se rešava spor. Primena istih materijalnopravnih normi, bez obzira na to gde se sudi, trebalo bi da dovede do istog rezultata rešavanja spora.

Pored toga, valja napomenuti da pojedini instituti savremenog međunarodnog privatnog prava, iako deluju unutar jednog pravnog poretka, imaju za cilj da streme ostvarenju Savinjijske međunarodne harmonije odlučivanja. Na ovom mestu samo ćemo pomenuti priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, koje ima za cilj da rezultat odlučivanja o jednom sporu važi i u drugoj državi, i ustanovu uzvratanja i prepućivanja (renvoi) i princip kolizionopravne autonomije volje.

Doc. Dr. Slavko Đorđević

### Friedrich Carl von Savigny

(Zusammenfassung)

*In dieser Ausgabe der Rubrik "Bedeutende deutsche Juristen" werden Leben und Werk Friedrich Carl von Savignys dargestellt. Diesen bezeichnet der Autor als eine der bedeutendsten Persönlichkeiten der deutschen und europäischen Rechtswissenschaft, dessen Lebens- und Berufsweg, der in seinen wesentlichsten Zügen dargestellt wird, sowie wissenschaftlicher Opus belegen, dass es sich um einen hervorragenden Romanisten, Zivilisten, Rechtshistoriker und -philosophen, sowie -soziologen handelt. Da Savigny der wichtigste Vertreter der rechtshistorischen Schule war, werden insbesondere die von ihm aufgestellten Postulate, auf denen diese Schule gründet, dargestellt, und seine rechtshistorische Methode erklärt. Abschließend werden seine Errungenschaften im Bereich des Kollisionsrechts (Sitz des Rechtsverhältnisses, Entscheidungsharmonie), dargestellt, die dazu geführt haben, dass Savigny als Vater des modernen Internationalen Privatrechts in Europa betrachtet wird.*

## Razno

Dr. Tanasije Marinković\*

### Poruke Međunarodnog kongresa evropskog i uporednog ustavnog prava

U Regensburgu u Nemačkoj, od 31. maja do 1. juna 2013. godine održan je Petnaesti međunarodni kongres evropskog i uporednog ustavnog prava. Ovaj kongres, koji okuplja stručnjake za ustavno pravo različitih profesija, organizovali su tradicionalno Univerzitet u Regensburgu i Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ). U domaćine ovog skupa svakako se mora svrstati i profesor Rajner Arnold (Univerzitet u Regensburgu, *Jean Monnet Chair*), koji je zahvaljujući svom višedecenijskom akademskom radu uspeo i ovog puta da okupi preko 70 sudija ustavnih sudova i profesora ustavnog prava, pre svega, zemalja Centralne i Istočne Evrope, ali i drugih delova Evrope i sveta.

Ovogodišnji kongres bio je posvećen uticaju finansijske krize na razvoj ustavnog prava. Iako su se učesnici Kongresa brzo složili da finansijska kriza, za razliku od nekih drugih političkih i ekonomskih kriza (izazvanih unutrašnjim nestabilnostima, ratovima, terorističkim napadima i sl.) nije dovela do pojave novih instituta u ustavnom pravu, nedvosmisleno je zauzet stav da je ona ojačala određene tendencije u ovoj grani prava kojima se narušava njeno klasično shvatanje. Finansijska kriza se, naime, odrazila na organizaciju vlasti, kako horizontalnu (podelu vlasti), tako i vertikalnu (odnos između države, s jedne strane, i naddržavnih i međunarodnih organizacija, s druge strane). Podstičući razvlašćenje tradicionalnih centara političke moći (vlade i parlamenta), finansijska kriza je oživela i pitanja demokratskog karaktera državne vlasti, kao i legitimnosti naddržavnih i međunarodnih (finansijskih) organizacija.

U ovim procesima, istaknuto je na Kongresu, središnje mesto, sa ustavnopravnog stanovišta, zauzimaju socio-ekonomska prava. Kao posledica finansijske krize i mera štednje koje države preduzimaju, ona bivaju, makar kratkoročno posmatrano, sve više ugrožena. Te mere su delom izraz uticaja koje naddržavne i međunarodne organizacije ostvaruju na nacionalnom nivou, o čemu svedoči i unošenje "zlatnog pravila" u ustave jednog broja

\* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i generalni sekretar Srpskog udruženja za ustavno pravo.

država članica Evropske unije, tj. zahteva za uravnoteženim budžetom, na osnovu odredaba Evropskog fiskalnog sporazuma. U datim uslovima sve veće individualne i kolektivne nesigurnosti, umnožavaju se zahtevi sudovima, a posebno ustavnim sudovima, za preispitivanje konkretnih programa državne politike u cilju zaštite osnovnih prava građana. Prihvatanjem nadležnosti u ovim pitanjima i njihovim pozitivnim rešavanjem, postavljaju se temelji judikalizacije socioekonomske politike, koja se tradicionalno smatrala "političkim pitanjem" države, dakle, onim koje nije pravno, i samim time nije podesno za sudsko odlučivanje. Tako su presudom *Hartz IV* Saveznog ustavnog suda Nemačke, od 2010, proglašene neustavnim zakonske norme koje su smanjivale socijalnu pomoć, a presudom Ustavnog suda Portugalije, od aprila ove godine, odbijena je gotovo polovina mera štednje sadržanih u Zakonu o budžetu.

Stvaranjem prostora za ovakvu razmenu iskustava i širenje vidika u ustavnom pravu opravdano se može reći da je Kongres ispunio očekivanja i organizatora i učesnika.

Dr. Tanasije Marinković

### **Bericht über den 15. internationalen verfassungsrechtlichen Kongress in Regensburg**

(Zusammenfassung)

*Der Beitrag enthält einen Bericht über den 15. internationalen verfassungsrechtlichen Kongress in Regensburg, der vom 31. Mai bis zum 1. Juni 2013 gemeinsam von dem Jean Monnet Lehrstuhl von Prof. Dr. Rainer Arnold und der IRZ veranstaltet wurde. Dieser befasste sich in diesem Jahr mit den Auswirkungen der Finanzkrise auf die Entwicklung des Verfassungsrechts. Die Teilnehmer stellten fest, dass sich im Zusammenhang mit der Finanzkrise Fragen der Gewaltenteilung stellen; dies einerseits innerstaatlich, andererseits im Verhältnis zwischen den Staaten und supra- und internationalen Organisationen. Außerdem stellen sich Fragen nach den sozialen Rechten und der gerichtlichen Überprüfbarkeit sozialpolitischer Maßnahmen vermehrt. Außer der Hartz IV Entscheidung des BVerG aus dem Jahr 2010 wurde auch eine Entscheidung des portugiesischen Verfassungsgerichts vom April dieses Jahres diskutiert, die fast die Hälfte der durch das Haushaltsgesetz vorgesehenen Sparmaßnahmen für verfassungswidrig erklärte.*

## Pravo na internetu

Doc. dr. Zlatan Meškić

### **Uputstvo: Kako pronaći odluku Suda EU?**

Odluke Suda EU objavljuju se u Zbirci sudskih odluka (eng. *European Court Reports – ECR*, njem. *Sammlung der Rechtsprechung – Slg.*, fra. *Recueil de la jurisprudence – Rec.*). Predmeti Suda označavaju se slovom "C" (fra. *Cour*), odluke Tribunala slovom "T" (fra. *Tribunal*), a odluke Suda za službeničke sporove slovom "F" (fra. *Tribunal de la fonction publique*). Tako se oznaka predmeta sastoji od oznake suda, unutar Suda EU, pred kojim se predmet odlučuje, broja predmeta i godine u kojoj je predmet dospio na Sud EU (npr. C-11/89 ili T-198/97). S obzirom na to da je Opći sud, tada pod nazivom Sud prve instance, počeo s radom 1989. godine, slova "C" odnosno "T" stavljaju se ispred broja predmeta tek od tada. Odluke se na potpun način citiraju ovako: Sud EU, 6/64, Flaminio Costa / E. N. E. L. (Costa), 1964., str. 1253. Naziv predmeta stavljen u zagradu predstavlja skraćeni naziv koji se koristi u literaturi, a najčešće se formira prema imenu tužioca. Posljednja dva citirana broja predstavljaju godinu objave i broj stranice Zbirke sudskih odluka.

Odluke se mogu pronaći na više načina, od kojih ovdje predstavljamo tri uobičajena načina.

I Ukoliko je predmet dospio na Sud EU od 1998. godine i dalje (dakle, ako je broj predmeta C-xx/98 ili T-xx/98), najjednostavnije je koristiti formular za pretragu, koji omogućava pronalazak odluke prema datumu, broju predmeta, strankama, godini i broju stranice Zbirke sudskih odluka, ali i pretragu u punom tekstu odluke i mnogim drugim kriterijima. Tako možete naći odluke, rješenja i mišljenja generalnog advokata donesena u datom predmetu. Formular za pretragu na njemačkom jeziku dostupan je na <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>, a na engleskom jeziku na <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>.

II Ukoliko je predmet dospio na Sud EU 1997. godine ili ranije, a poznat je samo datum, broj predmeta ili stranke, najjednostavniji način je:

1. Otići na web-stranicu Suda EU: <http://curia.europa.eu/>
2. Otići na *Rechtsprechung / Zugang mit Aktenzeichen* (njemački), odnosno *Case-Law / Numerical access to the case-law* (engleski)
3. Beim Gerichtshof eingegangene Rechtssachen (njemački) odnosno *Cases lodged before the Court of Justice* (engleski)
4. Ukoliko se radi o slučaju koji je dospio na Sud EU do 1989. izaberete taj spisak, inače poslije 1989.

5. Pronađete odgovarajuću odluku prema datumu, broju predmeta, strankama ili godini i broju stranice Zbirke sudskih odluka.
6. Na ovaj način možete doći do svih relevantnih podataka o samom predmetu, a što je najvažnije, do godine odluke i broja stranice u Zbirci sudskih odluka. Tada možete naći mišljenje generalnog advokata:
  - a) Otići na web-stranicu: [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=de](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=de) (njemački) odnosno [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=en](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=en) (engleski)
  - b) Otići na "Sammlung der Rechtsprechung" (njemački) odnosno "European Court Reports" (engleski) i unijeti godinu i broj stranice Zbirke sudskih odluka.

III Ukoliko je predmet dospio na Sud EU 1997. ili ranije, a poznata je godina i broj stranice Zbirke sudskih odluka:

1. Otići na web-stranicu: [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=de](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=de) (njemački) odnosno [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=en](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=en) (engleski)
2. Otići na "Sammlung der Rechtsprechung" (njemački) odnosno "European Court Reports" (engleski) i unijeti godinu i broj stranice Zbirke sudskih odluka.

Doc. Dr. Zlatan Meškić

### Wie findet man eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union

(Zusammenfassung)

*Bei dem Beitrag handelt es sich um eine praktische Anleitung für die Suche von Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Internet. Hierbei werden, abhängig davon, über welche Daten der Rechtssache man verfügt (zB Datum des Eingangs der Rechtssache, Aktenzeichen, Namen der Parteien), praktische Tipps gegeben wie über die Webseiten <http://curia.europa.eu> und [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=de](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=de) alle relevanten Informationen über die Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU gefunden werden können.*



## Poziv za dostavljanje radova

*Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* je pravni časopis osnovan od strane njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-Stiftung) i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV).

Namjera pokretača ovog časopisa je da stvore forum za objavljivanje naučnih priloga i informativnih prikaza iz prava Bosne i Hercegovine i Njemačke, ali i iz evropskog prava i te iz prava drugih zemalja regije.

Naročito su poželjni naučni prilozi za sljedeće rubrike:

- Aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine (države i entiteta, te Distrikta Brčko BiH)
- Aktuelnosti iz evropskog prava
- Aktuelnosti iz prava zemalja Jugoistočne Evrope

Konkretno teme članaka autori mogu slobodno birati. Naročito su poželjni članci sa praktičnim uklonom, članci koji doprinose razvoju prava, te članci mladih naučnika koji se nalaze na početku svoje akademske karijere.

Kako bi se obezbijedio visoki nivo priloga, svi prilozi predviđeni za rubriku "Članci" će biti recenzirani. Prilozi će od strane recenzenata biti i kategorizirani prema uobičajenoj kategorizaciji (izvorni naučni rad, pregledni rad, stručni rad) Svi članci koji budu ocijenjeni pozitivno od strane recenzenata, a koji zbog ograničenog obima časopisa ne budu objavljeni u jednom broju, bit će uzeti u obzir za sljedeće izdanje časopisa.

Autorice i autori su sami odgovorni za sadržaj svojih priloga. Autorice i autori *Novoj pravnoj reviji* ustupaju prava na objavljivanje i eventualno prevođenje članka na jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine u štampanoj formi, te u elektronskoj formi na internetu. Objavljene priloge autorice i autori mogu objavljivati u drugim štampanim ili online-publikacijama po isteku godine dana od objavljivanja u *Novoj pravnoj reviji* uz navođenje izvora prvog objavljivanja.

Autorica/autor podnošenjem svog manuskripta prihvata sve uslove navedene u ovom dokumentu i garantira da prilog u predanom ili sličnom obliku nije objavljen na drugom mjestu i da njemu ne postoje prava trećih lica.

## Članci i prilozi:

Moguće je predati dva tipa priloga:

1. Dugi članak (10 – 20 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 – 9 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćirilicom pismu, te će takvi biti i objavljeni. 1.500 karaktera vrijede kao jedna stranica. Uz članak je potrebno priložiti i kratki apstrakt (do 200 riječi) koji uključuje pet ključnih riječi na kraju apstrakta, a koji će od strane redakcije časopisa biti prevedeni na njemački ili engleski jezik. Autoricama i autorima će prevodi apstrakta na strani jezik biti dostavljeni na autorizaciju.

Kako bi se osigurao jedinstven način citiranja i navođenja izvora nužno je da se autorice/autori pridržavaju pravila za citiranje i navođenje koji su dati u prilogu ovog poziva.

Prilozi se predaju na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini ili na njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na email adresu:

novappravnavrevija@gmail.com

Uz prilog se predaje kratki *curriculum vitae* (1 stranica) koji sadržava podatke o obrazovanju i profesionalnoj karijeri autora/autorice, te spisak eventualnih dosadašnjih publikacija.

Rok za predaju priloga za sljedeći broj časopisa:

15. 9. 2013. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 31.10. 2013. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 15. 11. 2013. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću email adresu:

novappravnavrevija@gmail.com

ili na broj broja telefona 033 206-350 lok. 234.

## CITIRANJE I NAVOĐENJE IZVORA

### Citiranje

“xxxx” C Citati treba da budu navedeni pod navodnim znacima

C Okvirno je pravilo da citati duži od četiri reda treba da budu navedeni u bloku/cjelini.

“xxxx.” C Znacni navoda trebaju uvijek biti stavljeni nakon završnog interpunkcijskog znaka.

[xxxxxxx] C Ako autor želi da unese vlastiti komentar u citat, taj komentar treba biti stavljen između uglastih zagrada.

[podvukao autor] C Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [podvukao autor].

N. B. Ukoliko fusnota sadrži citat, njegov izvor treba da bude naveden neposredno po završetku citata.

### Navođenje izvora

U pravilu reference i izvori trebaju biti navedeni u fusnotama, a izbjegnuti u samom tekstu. Broj fusnote treba da bude stavljen iza završnog interpunkcijskog znaka ako se referira na cijelu rečenicu odnosno direktno iza riječi ako referira samo na tu riječ.

#### 1. Navođenje u samom tekstu

Ukoliko se izvori kao zakoni ili međunarodni sporazumi navode u samom tekstu obratiti pažnju na slijedeće:

Kod prvog navođenja je potrebno navesti njihov puni naziv.

Ukoliko se želi upotrijebiti skraćenica, navesti je uz prvo spominjanje izvora.

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od jezika u službenoj upotrebi u BiH (dalje: lokalni jezici) kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5. Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

“Član/članak”, “stav”, “alineja” – ukoliko se navode u tekstu treba da budu navedeni u punom obliku, a ako se stavljaju u zagrade, tada se kao i u fusnotama upotrebljava skraćenica (Čl. 34. st. 2.).

#### 2. Navođenje u fusnotama

##### 2.1 Navođenje sudskih presuda

Kod navođenja presuda preporučuje se korištenje onog metoda citiranja koji je karakterističan za pojedine zemlje npr.:

(a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35

(b) Odluka Suda Evropske unije od 3. juna 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

##### 2.2 Navođenje zakona i međunarodnih sporazuma

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od lokalnih jezika kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Kod prvog navođenja pravnog akta se može dati skraćenica koja će upotrebljavati u daljem tekstu.

Kod prvog navođenja pravnog akta potrebno je dati i broj/brojeve službenog glasila gdje je objavljen uključujući i sve naknadne izmjene.

## 2.3 Navođenje monografija

### 2.3.1 Prvo navođenje u radu

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora ili izdavača i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) puni naziv knjige (kurziv/in italics)
- 3) Izdanje i/ili volumen, tom, svezak
- 4) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvoispomenuto)
- 5) izdavač
- 6) godina izdanja
- 7) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti slijedeći primjer:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Naslovi koji nisu na lokalnim jezicima se ne prevode, ali je potrebno u uglastim zagradaama dati prevod naslova na lokalne jezike. Za autore koji radove predaju na stranim jezicima prevod naslova će dati prevodilac. Ipak, za naslove koji nisu izvorno na njemačkom, engleskom ili francuskom autori treba sami da daju prevod na engleskom jeziku u uglastim zagradaama.

### 2.3.2 Docnija navođenja

Docnija navođenja se vrše navođenjem imena autora i skraćenice 'op. cit.' i broja fusnote u kojoj je prvi put spomenuto djelo, a nakon toga slijedi broj stranice na koju se referira.

Ukoliko je u istoj fusnoti ili u radu navedeno više djela istog autora potrebno je navesti naziv djela, broj fusnote u kojem je prvi put navedeno i broj stranice na koju se referira.

## 2.4 Navođenje priloga u zbornicima

### 2.4.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Puni naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) Ime izdavača zbornika (ako ga ima) nakon čega slijedi: engleska verzija: 'ed.', ili 'eds.', njemačka verzija 'Hrsg.'

- 4) puni naziv zbornika (kurziv/in italics)
- 5) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvoispomenuto)
- 6) izdavač
- 7) godina izdanja
- 8) broj prve stranice priloga te broj stranice na koju se referira.

Primjer:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

### 2.4.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'

## 2.5 Navođenja članaka iz periodike

### 2.5.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/in italics; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćenica)
- 5) godina izdanja
- 6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

### 2.5.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija, ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'



## Call for Papers

*Die Neue juristische Rundschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht ist eine Rechtszeitschrift, die seitens der IRZ- Stiftung und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV) gegründet wurde.*

Die Idee der Gründer dieser Zeitschrift war es, ein Forum für die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Artikeln und informativen Beiträgen aus dem bosnischen, dem deutschen, dem europäischen Recht, aber auch dem Recht anderer Länder der Region zu schaffen.

Insbesondere sind Beiträge für die folgenden Rubriken erwünscht:

- Aktuelles aus dem bosnisch-herzegowinischen Recht (Staat und Entitäten sowie Distrikt Brčko BiH)
- Aktuelles aus dem deutschen Recht
- Aktuelles aus dem europäischen Recht
- Aktuelles aus dem Recht der Länder Südosteuropas

Die jeweiligen Themen der Beiträge können die Autoren frei wählen. Besonders willkommen sind praxisrelevante Beiträge, Beiträge, die zur Rechtsentwicklung beitragen, sowie Beiträge junger Wissenschaftler, die sich am Anfang ihrer akademischen Laufbahn befinden.

Um ein hohes Niveau der Beiträge zu gewährleisten, werden die Beiträge, die für die Rubrik Aufsätze vorgesehen wurden, rezensiert. Die Beiträge werden von den Rezensenten kategorisiert, anhand der in der Region üblichen Kategorisierung (origineller wissenschaftlicher Beitrag, Überblicksbeitrag, Fachbeitrag). Alle Beiträge, welche seitens der Rezensenten positiv bewertet werden, die jedoch wegen des begrenzten Umfangs der Zeitschrift nicht in einer Ausgabe veröffentlicht werden können, werden für die nächste Ausgabe berücksichtigt.

Die Autorinnen und Autoren sind selbst für den Inhalt ihrer Beiträge verantwortlich. Die Autorinnen und Autoren treten an die "Nova pravna revija" die Rechte zur Veröffentlichung und eventueller Übersetzung der Artikel in eine der Amtsprachen in Bosnien und Herzegowina in Druckform und in elektronischer Form im Internet ab. Die veröffentlichten Beiträge können die Autorinnen

und Autoren in anderen Publikationen, in gedruckter oder elektronischer Form nach Ablauf einer einjährigen Frist ab der Erstveröffentlichung in der "Nova pravna revija", mit Angabe der Quelle der Erstveröffentlichung veröffentlichen.

Die Autorin/der Autor akzeptiert durch die Einreichung des Manuskripts alle in diesem Dokument angegebenen Bedingungen und garantiert, dass der Beitrag in der abgegebenen oder einer ähnlichen Fassung nicht anderweitig veröffentlicht wurde und keine Drittrechte daran bestehen.

## Artikel und Beiträge:

Es können zwei Typen von Beiträgen eingereicht werden:

1. Längerer Artikel (10–20 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)
2. Kurzer Beitrag (3–9 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)

Die Beiträge können in lateinischer und kyrillischer Schrift eingereicht werden und werden in der Selben Schrift veröffentlicht. 1500 Zeichen gelten als eine Seite. Zu jedem Beitrag sollte eine kurze Zusammenfassung (bis 200 Wörter) abgegeben werden, mit fünf Schlüsselwörtern am Ende der Zusammenfassung, welche seitens der Redaktion in die englische oder deutsche Sprache übersetzt werden. Den Autorinnen und Autoren werden die übersetzten Zusammenfassungen zur Einsicht geschickt.

Um eine einheitliche Zitierweise und Anführung von Quellen zu gewährleisten, ist es notwendig, dass sich die Autorinnen und Autoren an die im Anschluss an diesen Call for Papers angegebenen Zitierregeln halten.

Die Beiträge können in einer der Amtsprachen in Bosnien und Herzegowina oder in deutscher Sprache in elektronischer Form als Word Dokument an die email Adresse: novaprvnarevija@gmail.com abgegeben werden.

Zum Beitrag sollte ein kurzer Lebenslauf (1 Seite) beigefügt werden, aus dem die Ausbildung und der berufliche Werdegang des Autors/der Autorin, sowie eine Liste der eventuellen bisherigen Publikationen ersichtlich sind.

Die Abgabefrist für die nächste Ausgabe der Zeitschrift ist der 15. 9. 2013.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 31. 10. 2013. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 15. 11. 2013.

Beiträge deutscher Autoren, die für die Veröffentlichung ausgewählt wurden, werden dann von der Redaktion in die Landessprache übersetzt.

Alle Fragen hinsichtlich der Zeitschrift können an die folgende email Adresse:

novaprvnarevija@gmail.com

oder die Telefonnummer

033 206350 ext. 234 gerichtet werden.

## ZITIERREGELN UND QUELLENANGABEN

**Zitieren**

- “xxxx” C Zitate sollten unter Anführungszeichen angegeben werden
- C Zitate, die länger als vier Zeilen sind, sollten als Ganzes/in einem Block angeführt werden (Rahmenregel)
- “xxxx.” C Anführungszeichen sollten immer hinter dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden.
- [xxxxxxx] C Möchte der Autor/die Autorin einen eigenen Kommentar in das Zitat einbringen, sollte dieser in eckigen Klammern erfolgen.
- [Betonung des Autors] C Enthält das Zitat Teile, welche im Kursiv seitens des Autors hervorgehoben werden sollte angegeben werden: Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [Betonung des Autors].

N.B. Wenn das Zitat in einer Fussnote enthalten ist, sollte die Quellenangabe unmittelbar nach dem Zitat erfolgen.

**Quellenangabe**

In der Regel sollten Referenzen und Quellen in Fussnoten angegeben werden und im eigentlichen Text vermieden werden. Die Nummer der Fußnote sollte nach dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden, wenn sie sich auf den gesamten Satz bezieht, bzw direkt nach dem Wort, wenn sie sich lediglich auf dieses Wort bezieht.

**1. Angaben im Text**

Werden die Quellen zB Gesetze oder internationale Abkommen im Text angegeben, sollte Folgendes beachtet werden:

Bei der Erstangabe sollte die gesamte Bezeichnung angegeben werden.

Wenn eine Abkürzung verwendet werden möchte, sollte diese bei der Erstangabe angegeben werden.

Wenn Rechtsakte, welche nicht ursprünglich in einer der Amtssprachen in BuH verabschiedet wurden (anschließend: lokale Sprachen) angegeben werden, sollte bei der Erstangabe neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung angegeben werden. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [Beurkundungsgesetz].

“Artikel”, “Absatz”, “Ziffer” – wenn diese im Text angegeben werden, sollte dies nicht in abgekürzter Form erfolgen. Wenn sie in Klammern angegeben werden, werden sie wie in den Fussnoten abgekürzt (Art 34 Abs 2)

**2. Angaben in Fußnoten****2.1 Angaben von Gerichtsentscheidungen**

Bei Angaben von Gerichtsentscheidungen wird empfohlen, die Zitierweise, die für das entsprechende Land charakteristisch ist zu verwenden zB:

- (a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35
- (b) Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 3. Juni 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)
- (c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....
- (d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

**2.2 Angaben von Gesetzen und internationalen Abkommen**

Wenn es sich um Rechtsakte handelt, die nicht ursprünglich in einer der lokalen Sprachen verabschiedet wurden, ist es bei der Erstangabe notwendig, neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung anzugeben. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [Beurkundungsgesetz].

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes kann auch die Abkürzung, welche weiter im Text verwendet werden soll angegeben werden.

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes sollte auch die Nummer des Amtsblatts einschließlich aller späteren Änderungen angegeben werden.

**2.3 Angaben von Monographien****2.3.1 Erste Angabe**

Nach folgender Reihenfolge werden angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren oder der Herausgeber und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren/Herausgeber, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (im Kursiv)
- 3) Ausgabe und/Volumen, Band, Heft
- 4) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 5) Verleger
- 6) Erscheinungsjahr
- 7) Seitenzahl auf die verwiesen wird..

Hinsichtlich der Interpunktion sollte folgendem Beispiel gefolgt werden:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Titel, die nicht in lokalen Sprachen sind werden nicht übersetzt, jedoch sollte in eckigen Klammern eine Übersetzung in lokale Sprachen erfolgen. Für Autoren, die

ihre Beiträge in einer Fremdsprache einreichen, übersetzt ein Übersetzer die Titel. Für Titel, die im Original nicht in Deutscher, Englischer oder Französischer Sprache sind, sollten jedoch die Autoren selbst in eckigen Klammern eine Übersetzung ins Englische angeben.

### 2.3.2 Spätere Angaben

Spätere Angaben erfolgen mit Angabe des Namens des Autors mit der Abkürzung 'op. cit.' unter Angabe der Fussnote, in welcher das Werk zum ersten Mal zitiert wurde, darauf folgt die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Sollten in der Selben Fussnote mehrere Werke des Selben Autors genannt werden, sollte der Titel des Werks genannt werden, die Angabe der Fussnote in der es das erste Mal genannt wurde, sowie die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

## 2.4 Angaben von Beiträgen in Sammelbänden

### 2.4.1 Erstangabe

Die Angaben erfolgen nach folgender Reihenfolge:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')  
Name des Herausgebers (falls vorhanden) mit Zusatz: 'ed.' oder 'eds.' (englische Version oder 'Hrsg.' (deutsche Version)
- 3) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 4) Verleger
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Erste Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje evropskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

### 2.4.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.

## 2.5 Angaben von Beiträgen in Zeitschriften

### 2.5.1 Erstangabe

Nach folgender Reihenfolge werden Angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Titel des Beitrags (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
- 3) Nummer
- 4) Bezeichnung der Zeitschrift (im Kursiv; es sollte die volle bezeichnung angegeben werden, wenn es sich um eine international bekannte Zeitschrift handelt, kann auch die übliche Abkürzung verwendet werden)
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

### 2.5.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.