

# 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:

### Članci:

*PD dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxon):* Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu

*Doc. dr. Romana Matanovac Vučković / Doc. dr. Hano Ernst:* Prava na izumu koja mogu biti predmet ovrhe – hrvatska, europska i međunarodna perspektiva

*Dr. Ana Keglević, LL.M. (London):* Postoje li jedinstvena pravila o naknadi štete zbog neispunjenja ugovora u pravnom okviru ugovornog prava EU? – Poredbenopravna analiza s posebnim osvrtom na hrvatsko i njemačko pravo

*Mag. sci. Lana Bubalo,* Institut prinudne licence u međunarodnom, uporednom i bosanskohercegovačkom pravu

*Žarko Radić,* Jačanje morala kao svrha kažnjavanja u Republici Srbiji i nekim zemljama jugoistočne Evrope

### Osim toga:

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

### Težište broja:

Pravo regiona



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

# 2/2013

Godina 4, vol. 7.  
 decembar / prosinac 2013.  
 stranice 1-124

## NOVA PRAVNA REVUJA

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 pravnikā/  
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, prof. 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

Prijevodni:  
Ines Meštrović, Selma Mezetović, Dragan Simić, 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: novappravnarevija@gmail.com  
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



# NOVA PRAVNA REVIIJA NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Poštovane čitateljke i čitaoci,  
drage kolegice i kolege,

“Nova pravna revija – časopis za domaće, evropsko i njemačko pravo” (skraćeno: NPR) u svom naslovu navodi tri pravna područja. Pri tome je posebno značajno “domaće” (ili drugim riječima: regionalno) pravo kao pravo zemalja iz kojih potiče najviše čitalaca. Prilikom pokretanja ovog časopisa u 2010. godini nadali smo se da se časopis neće samo čitati u ovim državama, već da ćemo iz regiona imati i mnogobrojne autore, koji će pisati priloge o pravu njihove zemlje. NPR, takva je naša intencija, nije trebao da u državama bivše Jugoslavije postane samo priznatim izvorom informacija o evropskom i njemačkom pravu, već istovremeno da informira o različitim “domaćim” pravima.

Jedan pogled na sadržaj ovog izdanja pokazuje da se ova nada ispunila. Tamo se, naime, mogu naći prilozi o pravu Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Hrvatske i Srbije. Isto tako su raznovrsne obrađene pravne teme kao i države iz kojih potiču autori.

Time se NPR u prethodnim godinama nije samo etablirao kao pravni časopis, već je postao medijum na kojem saraduju pravnici iz svih država regiona. Posebno raduje da radovi objavljeni u NPR u regionu postaju sve relevantnijim i sve se više citiraju. Time je časopis takođe potvrdio o tome da u regionu saradnja među stručnjacima funkcioniše kao i ranije i da čak raste. Pokretače ovog časopisa to naročito raduje, budući da ta okolnost potvrđuje da traganje i rad na onome što povezuje, donosi više od naglašavanja suprotnosti.

Takođe su u svakom izdanju mnogobrojni osvrti na evropsko pravo. Objavljeni prilozi o određenim novim pravnim aktima ili novom razvoju na evropskoj razini (npr. o Uredbi o nasljednom pravu, Prijedlogu Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje) posebno su značajni za region, s obzirom na to da ih budući pravnici koriste i kao materijal za učenje.

Ni ovo izdanje časopisa NPR ne bi bilo moguće bez podrške čitavog niza pojedinaca i institucija. Zbog toga bismo željeli da se zahvalimo svim čitaocima i autorima (takođe i onima, čiji radovi zbog određenog votuma recenzenata za sada još nisu mogli biti prihvaćeni za objavu u NPR). Željeli bismo se takođe zahvaliti Pravnom fakultetu u Sarajevu kao i dekanu prof. dr. Borislavu Petroviću na gostoprimstvu koje nam ovaj fakultet pruža za održavanje redovnih sastanaka redakcije.

Posebnu zahvalnost ponovo zaslužuje Savezno ministarstvo pravde i Ministarstvo vanjskih poslova SR Njemačke, koji na različite načine, a naročito kroz finansijska sredstva Pakta stabilnosti za Jugoistočnu Evropu podržavaju Fondaciju IRZ i njenu aktivnost u Jugoistočnoj Evropi, i time takođe ovaj časopis. Da podrška od navedenih institucija nije samo institucionalna, već da NPR podržavaju i lično i snažno njihovi uposlenici biva u ovom izdanju vidljivo kroz prilog dr. Rolf Wagnera iz njemačkog Saveznog ministarstva pravde. Ovaj prilog donosi jedan uvid u razvoj pravosudne saradnje u oblasti privatnog prava u Evropskoj uniji kakav do sada nije bio objavljen na jezicima regiona.

Taj prilog predstavlja prevod rada koji je objavljen u jednom od vodećih njemačkih pravnih časopisa “Neue Juristische Wochenschrift” (kratko: NJW), koji izdaje izdavačka kuća Verlag C. H. Beck. Ovo objavljivanje ne znači da se prvi put u NPR štampaju takvi prilozi (pri tome ne treba prešutjeti: bez ikakve finansijske protunaknade, odnosno bez materijalne koristi kako za autora tako i za izdavača određenog priloga). Tako se u ovom broju nalazi i prilog koji je prvi put objavljen u časopisu “Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht” (kratko: FamRZ), koji izdaje izdavačka kuća Gieseking. Stoga se na ovom mjestu želimo srdačno zahvaliti autorima takvih priloga kao i navedenim izdavačkim kućama.

NPR se izdaje u štampanoj formi, ali moguće je elektronsko izdanje časopisa preuzeti i s određenih internetskih stranica. Štampana verzija se u regionu besplatno distribuira odabranim institucijama i pojedincima preko mreže samih izdavača, dakle Fondacije IRZ, Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnik (DBHJV) i Društva za istraživanje i recepciju njemačkog prava sa sjedištem u Beogradu, kao i preko daljih partnera. Suprotno nego se na jednom mjestu uporno navodi (uporediti [www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079](http://www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079), posljednji pristup 15. 12. 2013, 21:16) na časopis nije moguća pretplata. Mole se naučne institucije, sudovi i organi, koji žele dobiti časopis u štampanoj formi, da se obrate izdavaču na nekom od jezika regiona, njemačkom ili engleskom na e-mail adresu [novapravnarevija@gmail.com](mailto:novapravnarevija@gmail.com).

Jedan način distribucije koji biva sve važniji je naravno internet. Zbog toga se radujemo da su se tri pravničke internet stranice, koje su u regionu poznate i široko korištene, već prije dužeg vremena odlučile da NPR ponude svojim korisnicima u elektronskoj verziji. To su Visoko sudijsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine (<http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307>), srbijanska naučna baza podataka Singipedia (<http://www.singipedia.com/content/3214-nova-pravna-revija>) kao i web stranica Akademije za pravne studije HARMONIUS (<http://www.harmonius.org/npr-izdanja/>). Tamo čitaoci mogu naći i ranija izdanja časopisa NPR. Željeli bismo iskoristiti ovu priliku da se tim organizacijama i odgovornim licama tih organizacija srdačno zahvalimo za ovu kako pragmatičnu, tako i važnu podršku našem radu.

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,

Die "Nova Pravna Revija – Časopis za domaće, evropsko i njemačko pravo" (Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, europäisches und deutsches Recht, kurz: NPR) führt drei Rechtsgebiete im Titel. Hierbei kommt dem "einheimischen" (oder auch: regionalem) Recht als Recht der Heimatstaaten der weitaus meisten Leser eine besondere Bedeutung zu. Bei Gründung dieser Zeitschrift im Jahre 2010 hatten wir die Hoffnung, dass die Zeitschrift nicht nur in diesen Staaten gelesen werden würde, sondern dass sich auch zahlreiche Autoren aus diesen Staaten finden würden, die Beiträge zu ihrem eigenen Recht verfassen. Die NPR, so unsere Intention, sollte sich nicht nur zu einer in den Staaten des ehemaligen Jugoslawiens bekannten und anerkannten Informationsquelle über europäisches und deutsches Recht entwickeln, sondern gleichzeitig auch über die verschiedenen "einheimischen" Rechte informieren.

Ein Blick in das Inhaltsverzeichnis dieser Ausgabe zeigt, dass sich diese Hoffnung erfüllt hat. Dort finden sich nämlich Beiträge über das Recht Bosniens und Herzegowinas, Kroatiens, Montenegros und Serbiens. Ebenso vielfältig sind die behandelten Rechtsthemen und die nationale Herkunft der Autoren.

Damit hat sich die NPR in den vergangenen Jahren nicht nur als juristische Zeitschrift etabliert, sondern sie ist auch zu einem Medium geworden, an dem Juristen aus allen Staaten der Region gemeinsam arbeiten. Erfreulich ist insbesondere, dass die in NPR veröffentlichten Arbeiten in der Region zunehmend beachtet und zitiert werden. Damit ist die Zeitschrift auch ein Beleg dafür, dass in der Region die Kooperation unter Fachleuten nach wie vor funktioniert und im Wachsen begriffen ist. Die Initiatoren dieser Zeitschrift freut dies besonders, da dieser Umstand bestätigt, dass es weiter führt, Gemeinsamkeiten zu suchen und herauszuarbeiten als Gegensätze zu betonen.

Zahlreich sind auch die Bezüge zum europäischen Recht in jeder Ausgabe. Die bisher diesbezüglich veröffentlichten Beiträge zu neuen Regelungen oder Entwicklungen auf europäischer Ebene (z.B. zur Verordnung über Erbrecht, zum Vorschlag einer Verordnung über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht und zum europäischen Schadenersatzrecht) sind darüber hinaus für die Region von besonderer Bedeutung, da sie auch nützliches Studienmaterial für angehende Juristen enthalten.

Auch diese Ausgabe der NPR wäre ohne die Unterstützung einer ganzen Reihe von Einzelpersonen und Institutionen nicht möglich gewesen. Deshalb möchten wir uns wiederum bei allen Lesern und Autoren (auch bei denjenigen, deren Arbeiten aufgrund eines entsprechenden Votums der Rezensenten gegenwärtig noch nicht Aufnahme in die NPR finden konnten) bedanken. Außerdem möchten wir der Juristischen Fakultät der Universität Sarajevo sowie ihrem Dekan Prof. Dr. Borislav Petrović dafür danken, dass wir an dieser Fakultät unsere regelmäßigen Redaktionssitzungen abhalten können.

Besonderer Dank gebührt wiederum dem deutschen Justizministerium und dem deutschen Auswärtigen Amt, die die IRZ und ihre Tätigkeit in Südosteuropa, und damit auch diese Zeitschrift, auf vielfältige Weise, insbesondere auch durch finanzielle Mittel aus dem deutschen Beitrag zum Stabilitätspakt für Südosteuropa, unterstützen. Dass diese Unterstützung nicht nur durch die genannten Institutionen als solcher erfolgt, sondern auch dortige Mitarbeiter die NPR persönlich und tatkräftig unterstützen, wird in dieser Ausgabe durch den Beitrag von Dr. Rolf Wagner aus dem deutschen Bundesjustizministerium deutlich. Dieser Aufsatz gibt einen, in den Sprachen der Region ansonsten nicht erhältlichen Überblick über die Entwicklung der justiziellen Zusammenarbeit im Zivilrecht in der Europäischen Union.

Bei ihm handelt es sich um die Übersetzung einer Arbeit, die in der führenden deutschen juristischen Zeitschrift "Neue Juristische Wochenschrift" (kurz: NJW), die im Verlag C. H. Beck herausgegeben wird, erschienen ist. Diese Veröffentlichung ist nicht das erste Mal, dass in der NPR solche Beiträge (auch das soll nicht verschwiegen werden: ohne finanzielle Gegenleistung, das heißt ohne materielle Nutzen für die Autoren und den Verlag der Erstveröffentlichung) gedruckt werden. So findet sich in dieser Ausgabe auch ein Beitrag, der in der "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht" (kurz FamRZ), die vom Verlag Gieseking herausgegeben wird, erstmalig erschien. Deshalb möchten wir uns an dieser Stelle bei allen betreffenden Autoren und den genannten Verlagen herzlich bedanken.

Die NPR erscheint in gedruckter Version und ist als Download im Internet erhältlich.

Die Druckversion wird über das Netzwerk der Herausgeber, also der IRZ, der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung e.V. (DBHJV) und der Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts und seiner Rezeption mit

Sitz in Belgrad, sowie weiterer Partner zielgerichtet an Institutionen und Einzelpersonen kostenfrei distribuiert. Anders als an anderer Stelle beharrlich behauptet (vgl. [www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079](http://www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079), zuletzt abgerufen am 15. 12. 2013, 21:16) ist die Zeitschrift nicht im Abonnement erhältlich. Wissenschaftliche Einrichtungen und Gerichte sowie Behörden, welche die Zeitschrift in der Druckausgabe erhalten möchten, werden gebeten, sich unter [novaprvnarevija@gmail.com](mailto:novaprvnarevija@gmail.com) in einer der Sprachen der Region, in Deutsch oder Englisch an die Herausgeber zu wenden.

Ein Vertriebsweg, der immer wichtiger wird, ist jedoch das Internet. Diesbezüglich freuen wir uns, dass sich drei in der Region bekannte und viel genutzte juristische Internetseiten bereits vor längerem entschlossen haben, die NPR ihren Nutzern zum Download anzubieten. Dabei handele es sich um den Hohen Justiz- und Staatsanwaltsrat Bosnien und Herzegowinas (<http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307>), die serbische Wissenschaftsdatenbank Singipedia (<http://www.singipedia.com/content/3214-nova-pravna-revija>) sowie die Webseite des Netzwerkes junger südosteuropäische Juristen HARMONIUS (<http://www.harmonius.org/npr-izdanja/>). Dort können Leser auch frühere Ausgaben der NPR finden. Wir möchten die Gelegenheit nutzen, diesen Organisationen und den dort jeweils Verantwortlichen ganz herzlich für diese ebenso pragmatische wie wichtige Unterstützung unserer Arbeit zu danken.

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

### ČLANCI

- PD dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxon):* Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu 9
- Doc. dr. Romana Matanovac Vučković / Doc. dr. Hano Ernst:* Prava na izumu koja mogu biti predmet ovrhe – hrvatska, europska i međunarodna perspektiva 23
- Dr. Ana Keglević, LL.M. (London):* Postoje li jedinstvena pravila o naknadi štete zbog neispunjenja ugovora u pravnom okviru ugovornog prava EU? – Poredbenopravna analiza s posebnim osvrtom na hrvatsko i njemačko pravo 39
- Mag. sci. Lana Bubalo:* Institut prinudne licence u međunarodnom, uporednom i bosanskohercegovačkom pravu 55
- Žarko Radić:* Jačanje morala kao svrha kažnjavanja u Republici Srbiji i nekim zemljama jugoistočne Evrope 64

### AKTUELNOSTI IZ BOSANSKOHERCEGOVAČKOG PRAVA

- Mirela Omanović, LL.M:* Najnovije izmjene zakonâ o parničnom i izvršnom postupku u Republici Srpskoj: ubrzanje ili dodatno odugovlačenje sudskih postupaka? 73

### AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

- Dr. Rolf Wagner:* Aktuelne tendencije u okviru pravosudne saradnje u građanskim stvarima 82
- Prof. dr. Zlatan Meškić:* Evropski sud za ljudska prava, presuda od 22. decembra 2009. godine, predmet Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine 91

### AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

- Dr. Stefan Pürner:* Aktuelnosti iz njemačke sudske prakse 95

### AKTUELNOSTI IZ PRAVA REGIONA

- Dr. Slavko Đorđević/mag. sci. Mirko Đorđević:* O realizaciji vansudske izvršne hipoteke u pravu Republike Srbije – kritički osvrt 100

### PROPISI I MATERIJALI

- Dr. Stefan Pürner:* Crna Gora: Zakon o sprečavanju nelegalnog poslovanja – Uvod u rubriku 105
- Zakon o sprječavanju nelegalnog poslovanja, Službeni list Crne Gore br. 29/2013 108

### PRIKAZI KNJIGA

- Nedžad Smilagić:* K. Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part 112

### RAZNO

#### Pravo na internetu

- Dr. Stefan Pürner:* Homepage “Narodnih novina” 114

#### Iz djelatnosti IRZ Fondacije:

- Dr. M. Thode/P. Fortuna/A. Wuckert:* Iz aktivnosti IRZ fondacije u Hrvatskoj 115
- Dr. Bernd Asbrock/Dr. Axel Boetticher:* Iz aktivnosti IRZ fondacije u Gruziji 117

- Poziv za dostavljanje radova 120





## Inhaltsverzeichnis

### AUFSÄTZE

- PD Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxon):* Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union  
– Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung 9
- Doc. Dr. Romana Matanovac Vučković / Doc. Dr. Hano Ernst:* Erfindung als Gegenstand der  
Zwangsvollstreckung: kroatische, europäische und internationale Perspektive 23
- Dr. Ana Keglević, LL.M. (London):* Gibt es eine einheitliche Regelung über den Schadensersatz  
wegen Nichterfüllung eines Vertrages im Rahmen des europäischen Vertragsrechts?  
– Rechtsvergleichende Analyse unter besonderer Berücksichtigung des kroatischen  
und deutschen Rechts 39
- Mag. sci. Lana Bubalo:* Das Institut des Zwangslizenz im internationalen, vergleichenden  
und bosnisch-herzegowinischen Recht 55
- Žarko Radić:* Die Stärkung der Moral als Strafzweck in der Republik Serbien und in einigen  
anderen Staaten Südosteuropas 64

### AKTUELLES AUS DEM RECHT BOSNIEN UND HERZEGOWINAS

- Mirela Omanović, LL.M:* Die neuesten Änderungen der Gesetze über den Zivilprozess und  
die Zwangsvollstreckung in der Republika Srpska – Beschleunigung oder zusätzliche  
Verlangsamung der Gerichtsverfahren? 73

### AKTUELLES AUS DEM EUROPÄISCHEN RECHT

- Dr. Rolf Wagner:* Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen 82
- Prof. Dr. Zlatan Meškić:* Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte,  
Urteil vom 22. Dezember 2009, Rechtsache Sejdić und Finci gegen  
Bosnien und Herzegowina, (Beschwerden Nr. 27996/06 i 34836/06) 91

### AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT

- Dr. Stefan Pürner:* Aktuelles aus der deutschen Rechtsprechung 95

### AKTUELLES AUS DEM RECHT DER REGION

- Dr. Slavko Đorđević/Mag. sci. Mirko Đorđević:* Über die außergerichtliche Verwertung einer  
Hypothek im Recht der Republik Serbien – Eine kritische Betrachtung 100

### VORSCHRIFTEN UND MATERIALIEN

- Dr. Stefan Pürner:* Montenegro: Gesetz über die Verhinderung illegaler Geschäftstätigkeit  
– Einführung in die Rubrik 105
- Gesetz über die Verhinderung illegaler Geschäftstätigkeit,  
Amtsblatt der Republik Montenegro Nr. 29/2013 108

### BUCHBESPRECHUNGEN

- Nedžad Smilagić:* K. Ambos, Treatise on International Criminal Law.  
Volume I: Foundations and General Part 112

## VERSCHIEDENES

## Recht im internet

*Dr. Stefan Pürner: Homepage des kroatischen Gesetzblattes "Narodne novine"* 114

## Aus der Tätigkeit der IRZ-Stiftung

*Dr. M. Thode/P. Fortuna/A. Wuckert: Aus der Tätigkeit der IRZ-Stiftung in Kroatien* 115

*Dr. Bernd Asbrock/Dr. Axel Boetticher: Aus der Tätigkeit der IRZ-Stiftung in Georgien* 117

## Call for Papers

122

## Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije – prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu\*

PD dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxon)\*\*

UDK 347.65/68:061.1EU)

### 1. Pregled i prethodne napomene

Dana 4. 7. 2012. godine evropski zakonodavac je napravio veliki iskorak na putu ka realizaciji jedinstvenog prostora slobode, sigurnosti i pravde – prostora čije kreiranje Evropska unija (EU) još od Amsterdamskog ugovora obećava svojim građanima. Nakon dugih pripremnih aktivnosti okončan je jedan od dosad najambicioznijih projekata u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima: evropska Uredba o nasljednom pravu (Uredba 650/2012)<sup>1</sup>, koja sadrži sveobuhvatna pravila za nasljednopravne odnose s međunarodnim elementom i koja će međunarodno nasljedno pravo država članica od 2015. godine, a s njenim prethodnim dejstvima u suštini to i danas već čini (vidi *infra* 9.), u velikoj mjeri potisnuti.

Uredba 650/2012 izlazi izvan klasičnih pitanja međunarodnog privatnog prava. Ona, naravno, regulira međunarodnu nadležnost (vidi *infra* 3.), mjerodavno pravo (vidi *infra* 4.) i priznavanje i izvršenje stranih odluka (vidi *infra* 5.). Osim toga, ona zahvata i sasvim novi teritorij poput “prihvatanja” stranih javnih isprava (vidi *infra* 6.), a naročito u pogledu uvođenja evropske potvrde o nasljeđivanju, koja građaninu Evropske unije omogućava prekograničnu potvrdu o položaju nasljednika, legatara, izvršioca testamenta ili upravitelja ostavinom, s jednakim dejstvom u okviru EU, i koja će time u Njemačkoj

zauzeti poziciju pored potvrde nasljeđivanju (*Erbschein*) i potvrde o imenovanju izvršioca testamenta (*Testamentsvollstreckerzeugnis*) (vidi *infra* 7.).

Nažalost, neće sve države članice EU biti vezane Uredbom. Danska, Irska, te Ujedinjeno Kraljevstvo, koje u okviru poduhvata ka jedinstvenom prostoru slobode, sigurnosti i pravde uživaju poseban status, nisu države članice u smislu Uredbe, iako ova uredba, za razliku od drugih evropskih akata u ovoj oblasti, ne definira pojam države članice, nego ovo ograničenje proizlazi iz Preambule.<sup>2</sup>

Kod Uredbe 650/2012 radi se o pravnom aktu Evropske unije koji će kao uredba biti neposredno primjenjiv bez dodatne zakonodavne aktivnosti država članica, član 288. st. 2. UFEU, iako je na brojnim mjestima potrebno donošenje popratnih provedbenih propisa država članica. Evropski karakter novih pravila ima posljedice i u pogledu tumačenja. Uredba 650/2012 se uvijek ima tumačiti autonomno,<sup>3</sup> tj. bez posezanja za nacionalnim pravom, nego imajući u vidu formulaciju dotične norme, njenu genezu, ciljeve i sistematiku odnosnog pravnog akta,<sup>4</sup> kao i opća pravna načela koja proizlaze iz cjelokupnosti nacionalnih pravnih poredaka.<sup>5</sup> Nad jedinstvenim tumačenjem u skladu s ovim principima bdije Sud Evropske unije, kojem od Lisabonskog ugovora nižestepeni sudovi mogu podnositi pitanja u vezi s tumačenjem, član 267. st. 2. UFEU.

Posredstvom Uredbe 650/2012 i notari dolaze više u fokus evropskog zakonodavstva. Pošto određene mjere u skladu s Uredbom u nekim državama članicama poduzimaju notari, koji se u tim slučajevima u smislu Uredbe smatraju “sudom”,<sup>6</sup> postavlja se pitanje da li su i notari ujedno legitimirani da se obrate Sudu za prethodnu odluku. I notari mogu biti smatrani sudom u smislu člana 267. st. 2. UFEU ukoliko oni, koristeći se terminologijom Suda, ne djeluju samo kao upravni organi, nego ukoliko “pred njima postoji određeni spor po kojem oni trebaju

\* Ovaj prilog je na njemačkom jeziku već objavljen u – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2013, str. 4–15, pod naslovom: “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. Zadržan je način citiranja iz prve objave.

\*\* Naučni referent na Max-Planck institutu za strano i međunarodno privatno pravo Hamburg.

<sup>1</sup> Uredba (EU) br. 650/2012 Evropskog parlamenta i Vijeća od 4. 7. 2012. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvatanju i izvršenju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uvođenju Evropske potvrde o nasljeđivanju, Sl. list 2012 L 201/107.

<sup>2</sup> Tačka 82. i 83. Preambule.

<sup>3</sup> O potrebi autonomnog tumačenja svih pravnih akata koji se zasnivaju na čl. 61. tačka c, tačka 65. Preambule (sada čl. 81. UFEU) još Sud EU od 8. 11. 2005. god. u predmetu C-443/03 (*Leffler*), Zbirka sudskih odluka, 2005, I-9611., Rb. 45.

<sup>4</sup> Uporedi npr. Sud EU od 3. 5. 2007. god. u predmetu C-386/05 (*Color Drack*), Zbirka sudskih odluka, 2007, I-3699, Rb. 17. i sljedeća.

<sup>5</sup> Uporedi npr. Evropski sud od 14. 10. 1976. god., u predmetu 29/76 (*Eurocontrol*), Zbirka sudskih odluka 1976, 1541, Rb. 3.

<sup>6</sup> Čl. 3. Abs. 2. Uredbe 650/2012 kao i Preambula 20. i dalje.

odlučiti u okviru odgovarajućeg postupka, što ima za posljedicu odluku sa karakterom sudske odluke”, pri čemu ovdje potpadaju i postupci dobrovoljnog sudovanja.<sup>7</sup> Aktivna legitimacija njemačkih notara da se obrate Sudu EU na taj način dolazi u obzir u mjeri u kojoj su na njih prenesene sudske nadležnosti u nasljednopravnim predmetima.<sup>8</sup>

## 2. Stvarno područje primjene Uredbe

Uredba se primjenjuje na “pravnu sukcesiju usljed smrti”, čl. 1. st. 1. tačka 1. Uredbe 650/2012, što prema čl. 3. st. 1. tačka a pretpostavlja svaki prenos imovine bilo na osnovu testamentarnog ili na osnovu zakonskog nasljeđivanja.<sup>9</sup> Obuhvaćeno je svakako i nužno nasljeđivanje bilo u obliku obligacionopravnog zahtjeva za nužnim dijelom, ili kao nužno nasljedno pravo, što naročito proizlazi iz odredbe čl. 23. st. 2. tačka h. Pozitivna lista pitanja koja prema čl. 23. st. 2. potpadaju pod primjenu mjerodavnog prava za nasljeđivanje može se uzeti u obzir i prilikom stvarnog polja primjene Uredbe općenito. Čl. 1. st. 2. Uredbe 650/2012 isključuje brojna pitanja iz svoje primjene, pri čemu, kao što je to i dosad bio slučaj, povlačenje granice u odnosu na pravo društava (tačke h i i; vidi *infra* 4.2.5), pravo trusta (tačka j; uporedi i tačku 13. Preambule), kao i u odnosu na opće imovinsko pravo, a naročito stvarno pravo (tačke k i l; vidi *infra* 4.3.1.) u pogledu detalja nipošto nije trivijalno pitanje. Primjenjivač prava će ubuduće biti pošteđen razgraničavanja nasljednog prava i bračno-imovinskog režima u slučaju smrti jednog bračnog partnera, pošto se Uredba ne odnosi na pitanja bračno-imovinskih odnosa (tačka d; vidi *infra* 4.1.), nego ta pitanja prepušta planiranom uređenju međunarodnog bračno-imovinskog prava, za koje već postoje prijedlozi uredbi.<sup>10</sup> Izazov će predstavljati i raspravljanje poklona između bračnih partnera ili vanbračnih partnera među živima, koji načelno ne spadaju u polje primjene Uredbe 650/2012 (tačka g), nego ih kao neimenovana raspolaganja treba vezati za buduće uredbe o imovinskim

odnosima bračnih drugova, odnosno kao prave poklone za Uredbu Rim I<sup>11</sup>; u najboljem slučaju će pokloni za slučaj smrti potpadati pod Uredbu 650/2012.<sup>12</sup> Povećanje nužnog nasljednog dijela zbog poklona za života (i druga dejstva koja pokloni za života izazivaju u nasljednom pravu) potpadaju pod mjerodavno pravo za nasljeđivanje,<sup>13</sup> uporedi čl. 23. st. 1. tačke h i i Uredbe 650/2012.

Uredba štiti i u pogledu međunarodnog prava poreza na nasljeđivanje (vidi čl. 1. st. 1. tačka 2. Uredbe i tačka 10. Preambule).

## 3. Međunarodna nadležnost za nasljednopravne predmete

Uredba 650/2012 u drugom poglavlju regulira međunarodnu, ali ne mjesnu, stvarnu ili funkcionalnu nadležnost, vidjeti član 2. Pravila o nadležnosti ne prave razliku – kao što to ne čini ni Uredba u cijelosti – između parničnog i vanparničnog postupka, te se na taj način potiskuje analogna ili dvostruko funkcionalna primjena kako odredbi §§ 12. i dalje Zakona o parničnom postupku (posebno §§ 27., 28.) tako i §§ 105., 343. i dalje FamFG. Dosadašnje evropsko pravo koje regulira nadležnost ne sadrži odredbe o međunarodnoj nadležnosti u nasljednopravnim stvarima. Uredba Brisel I<sup>14</sup> u članu 1. stav 1. izričito izuzima nasljednopravne stvari iz područja primjene *rationae materiae*. Međutim, Sud Evropske unije je u jednom svom mišljenju naznačio da u svakom slučaju ostvarenje određenog naslijeđenog zahtjeva, gdje se pitanja nasljednopravne prirode mogu pojaviti kao sporedna pitanja, potpada kao građanski i trgovački predmet pod opći režim Uredbe Brisel I<sup>15</sup>, pa se time pretpostavlja da ni ubuduće neće biti obuhvaćeno Uredbom 650/2012 i njenim odredbama o nadležnosti.

### 3.1 Temeljno pravilo, čl. 4. i 10. Uredbe 650/2012

Polazna tačka Uredbe je opća nadležnost prema posljednjem *redovnom boravištu* ostavioca (član 4. Uredbe). Redovno boravište predstavlja jedan neprecizan pravni pojam koji sudovima dodjeljuje značajan prostor za diskreciju prilikom odlučivanja. U drugom kontekstu, u slučajevima procesnog prava u vezi s roditeljskom odgovornošću prema Uredbi Brisel II<sup>16</sup>, Sud EU je prije

<sup>7</sup> Evropski sud od 27. 4. 2006., u predmetu C-96/04 (*Standesamt Stadt Niebüll*), Zbirka sudskih odluka, 2006, I-3561, Rb. 13.

<sup>8</sup> Trenutno npr. prema § 487. st. 1. br. 3. FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Zakon o postupanju u porodičnim stvarima i u vanparničnim stvarima, u daljem tekstu: FamFG), pri čemu posredovanje ne može biti smatrano kao odluka u “pravnom sporu” jer obaveznost mjere zavisi od volje uključenih strana; ali vidi nacrt o prenosu nadležnosti u oblasti dobrovoljnog sudovanja na notare, Sl. gl. 17/1469.

<sup>9</sup> Vidjeti i Preambulu 9.

<sup>10</sup> Uporediti oba prijedloga Evropske komisije za Uredbu o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju odluka u oblasti bračno-imovinskog režima COM(2011) 126. konačno od 16. 3. 2011, kao i Uredbu o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju odluka u oblasti imovinskog režima registrovanih partnerstava COM(2011) 127 konačno od 16. 3. 2011.

<sup>11</sup> Uredba (EG) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17. 6. 2008. o pravu primjenjivom na ugovorne odnose (Rim I), Sl. list 2008 L 177/6.

<sup>12</sup> *Dörner*, ZEV 2012, 505, 508, također uz uputu na široku definiciju ugovora o nasljeđivanju u čl. 3. st. 1(b) Uredbe 650/2012 (o tome ispod 4.2.1).

<sup>13</sup> Tako i *Janzen*, DNotZ 2012, 484, 487.

<sup>14</sup> Uredba (EZ) br. 44/2001 od 22. 12. 2000. o sudskoj nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, Sl. list 2001 L 12/1.

<sup>15</sup> Sud EU od 17. 9. 2009., Rs. C-347/08 (*Vorarlberger Gebietskrankenkasse*), Slg. 2009, I-8661, Rn. 44.

<sup>16</sup> Čl. 8. i dalji članovi Uredbe (EZ) br. 2201/2003 Vijeća od

svoga naglasio zadatak pozvanog suda da uzme u obzir okolnosti pojedinog slučaja,<sup>17</sup> a isti zahtjev je potcrtan i od strane zakonodavca u Uredbi 650/2012.<sup>18</sup> Osim toga, Sud je predmetima evropskog roditeljskog prava već odredio izvjesne faktore koji su od značaja prilikom odlučivanja o redovnom boravištu, naročito (oslobođeno od specifičnog konteksta predmeta u roditeljskom pravu) trajanje, redovitost i okolnosti boravka, razlozi boravka, državljanstvo, poznavanje jezika, kao i porodične i društvene veze osobe o kojoj se radi.<sup>19</sup> Međutim, zakonodavac naglašava u tački 23. Preambule da je kod Uredbe 650/2012 prilikom utvrđivanja redovnog boravišta posebno važno utvrditi “naročito blisku i čvrstu vezu s dotičnom državom”. Prema tome ne iznenađuje da zakonodavac u tački 24. Preambule prije svega naglašava stabilnost veze ostavioca s njegovom državom porijekla u slučajevima kada je ostavilac često mijenjao boravište iz ekonomskih razloga ili razloga zaposlenja, ili u slučajevima svakodnevnog putovanja između dvije države. Vezivanje međunarodne nadležnosti za posljednje redovno boravište u pravilu vodi ka, što i jeste javno priznati cilj zakonodavca,<sup>20</sup> sinhronizaciji nadležnog suda i prava, odnosno međunarodne nadležnosti i mjerodavnog prava za nasljeđivanje, jer se i mjerodavno nasljedno pravo određuje prema posljednjem redovnom boravištu, član 21. stav 1. (vidi *infra* 4.1.).

Evropska nadležnost prema posljednjem redovnom boravištu bi sama zasigurno bila nepotpuna. Ostavilac može u momentu svoje smrti redovno boraviti i izvan EU u nekoj trećoj državi, a da i dalje postoji potreba za evropskom nadležnosti jer nasljednopravni slučaj ukazuje na dodirne tačke s državama članicama. Uredba 650/2012 pruža pomoć u članu 10. kroz supsidijarnu nadležnost sudova one države članice, u kojoj se nalaze dijelovi zaostavštine, i to prvo u vidu potpune nadležnosti za cjelokupnu zaostavštinu prema članu 10. stav 1., ako je ostavilac bio državljanin te države članice u momentu svoje smrti (a), ili u slučaju nedostatka takvog državljanstva države članice,<sup>21</sup> ako je umrla u posljednjih pet godina prije obraćanja sudu imao redovno boravište u toj državi članici (b), i drugo, u vidu ograničene nadležnosti prema članu 10. st. 2. u svim drugim slučajevima, koja se odnosi samo na one dijelove zaostavštine koji se nalaze u dotičnoj

državi članici. Član 10. nije primjenjiv kada se posljednje redovno boravište ostavioca, bez obzira na to da li je ono u državi članici ili nekoj trećoj državi, uopće ne može utvrditi. Uredba polazi od toga da svaki ostavilac ima posljednje redovno boravište, jer u suprotnom, u svakom slučaju nepostojanja izbora prava, mjerodavno pravo za nasljednopravni slučaj ne bi moglo biti utvrđeno, vidi član 21. stav 1. Uredbe 650/2012.

Od ovog osnovnog pravila prema kojem se opća nadležnost određuje prema posljednjem redovnom boravištu (član 4.), supsidijarna nadležnost prema mjestu nalaženja predmeta zaostavštine (član 10.), Uredba, međutim, odstupa u nekoliko navrata:

### 3.2 Odstupanje u slučaju izbora mjerodavnog prava od strane ostavioca, čl. 5. i dalje Uredbe 650/2012

Prije svega, stranke u postupku mogu uskladiti međunarodnu nadležnost i mjerodavno pravo, ako je ostavilac kao mjerodavno pravo izabrao pravo države (članice) svog državljanstva (vidi *infra* 4.1.). U slučaju izbora prava Uredba omogućava strankama u postupku, tj. osobama kojih se postupak tiče,<sup>22</sup> da zasnuju sudsku nadležnost u državi članici, čije pravo je izabrao ostavilac, i to na tri načina: kroz *formalni sporazum o izboru suda* (čl. 5. Uredbe uz djelovanje čl. 6(b), čl. 7(b).<sup>23</sup>), kroz *neformalno priznavanje nadležnosti* (čl. 7(c).), te na zahtjev jedne od stranaka u postupku kroz diskrecionu odluku suda nadležnog na temelju osnovnog pravila, ako na osnovu okolnosti pojedinog slučaja smatra da su sudovi države članice izabranog prava u boljem položaju da odlučuju, pri čemu Uredba izričito navodi uobičajeno boravište stranaka i mjesto gdje se imovina nalazi kao faktore koji moraju biti uzeti u obzir (čl. 6(a). Uredbe s djelovanjem prema čl. 7(a)). S posljednjom navedenom mogućnošću evropski zakonodavac u homeopatskim dozama prihvata ideju “*forum-non-conveniens* doktrine”, kao što je već bio slučaj i u čl. 15. Uredbe Brisel II. Zatim, stranke u postupku mogu derogirati nadležnost sudova države članice određenu u skladu s čl. 4. i čl. 10. kroz sporazum o vansudskoj nagodbi mirnim putem (čl. 8. Uredbe), čak i kada su ti sudovi pokrenuli postupak po službenoj dužnosti,<sup>24</sup> te procesno

27. 11. 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom skrbi, te povodom ukidanja Uredbe (EZ) br. 1347/2000, 2003 L 338/1.

<sup>17</sup> Sud EU od 2. 4. 2009., Rs. C-523/07 (A), Slg. 2009, I-2805, Rn. 37 f., 42.

<sup>18</sup> Preambula 23. tačka 2.

<sup>19</sup> Sud EU od 2. 4. 2009., Rs. C-523/07 (A), Slg. 2009, I-2805, Rn. 39.

<sup>20</sup> Preambula 27.

<sup>21</sup> Vidjeti slovo (a) na kraju (“ako ovo nije slučaj”) kao i Preambula 30 (“prinudni redosljed”).

<sup>22</sup> Vidjeti tačku 28. Preambule (“sve stranke na koje se odnosi nasljeđivanje”).

<sup>23</sup> Također i čl. 7(a). Uredbe 650/2012 ako se sud, koji je nadležan u skladu s osnovnim pravilom, na temelju sporazuma o nadležnosti ranije oglasio nenadležnim prema čl. 6(b). Odgodno djelovanje čl. 7(b) time ima efekta samo u slučaju ako nijedna stranka nije već bila pozvala sud nadležan u skladu s osnovnim pravilom.

<sup>24</sup> U postupcima koji se pokreću na zahtjev stranaka i postupcima koji se pokreću tužbom, stranke u postupku mogu prema procesnom pravu svake države članice kako u parničnim tako i u vanparničnim postupcima sporazumno okončati postupak (vidjeti npr. izričito § 22 st. 3 FamFG) i nasljednopravnu stvar riješiti vansudskim putem; vidjeti i tačku 29. Preambule st. 2. i 3.

pravo te države članice ne dopušta sporazumno okončanje postupka od strane učesnika u istom (npr. § 22. stav 4. FamFG). Uredba štiti o pravu koje će biti primijenjeno na naprijed navedene sporazume, uz izuzetak pitanja dopuštenosti i valjanosti forme sporazuma o izboru suda koje član 5. neposredno regulira, te izričitog priznavanja nadležnosti koje propisuje član 7(c).

Nastanak i materijalna valjanost moraju biti podvrgnuti pravu mjerodavnom za nasljeđivanje,<sup>25</sup> čijoj primjeni uostalom podliježu i međusobni odnosi stranaka u postupku.

Nakon bližeg posmatranja, međutim, već osnovna ideja ove izuzetno složene regulative teško da je pravno-politički ubjedljiva. Prije svega nije razumljivo zašto stranke u postupku *inter partes*, posebno u jednom spornom ostavinskom postupku kakav je, recimo, onaj među pretendentima na nasljedstvo, mogu samo u slučaju načinjenog izbora prava od strane ostavioca napraviti sporazum o nadležnosti i to ograničeno samo na sudove države članice čije je pravo izabrano. U čl. 5. i čl. 7(c). Uredba ostaje daleko iza rješenja Uredbe Brisel I (čl. 23. st. 1.), a čak je i Uredba Brisel IIa u pogledu postupka u oblasti roditeljskog prava velikodušnija (čl. 12. st. 1. i 3.). Čini se da je evropskom zakonodavcu privatna autonomija stranaka u postupku bila strana riječ prilikom donošenja ove uredbe. Evropski zakonodavac želi očigledno privatnu autonomiju dozvoliti samo ukoliko ona eliminira primjenu stranog prava od strane sudova,<sup>26</sup> te time izdiže usklađenost foruma i iusa na štetu stranaka u postupku, kojima su nedostaci primjene stranog prava samo jedan od mnogih faktora prilikom izbora foruma. Zbog toga bi se čl. 5. i dalji članovi Uredbe trebali tumačiti što je moguće šire, i ne ograničavajući ih na slučajeve sveobuhvatnog izbora prava prema čl. 22. Uredbe, nego bi strankama trebalo biti dozvoljeno i odstupanje od principa nadležnosti prema redovnom boravištu ukoliko je ostavilac samo izabrao pravo u pogledu dopuštenosti i materijalnopravne valjanosti određenog raspolaganja za slučaj smrti prema čl. 24. st. 2. ili prema čl. 25. st. 3. Uredbe (vidi ispod 4.2.1.)<sup>27</sup>. Još jedna zakonodavna odluka može biti predmetom kritike: Uredba ne dopušta ostaviocu jednostrani izbor nadležnosti. Ovo je proturječno vrednovanju zakonodavca u čl. 23. st. 4. Uredbe Brisel I, koji osnivaču trusta (*settlor*) – radi se o pravnom institutu koji u odgovarajućim pravnim porecima u formi testamentarnog trusta prvenstveno ima funkciju oblikovanja i planiranja zaostavštine – omogućava takav izbor. Ostavioci koji svoju zaostavštinu reguliraju uz pomoć trusta imaju na taj način više prostora u smislu određivanja nadležnosti nego ostavioci u pravnim

porecima kojima ova mogućnost ostaje uskraćena.<sup>28</sup> U najboljem slučaju ostavilac može s budućim strankama u postupku, eventualno u okviru ugovora o nasljeđivanju, zaključiti sporazum o nadležnosti prema čl. 5.<sup>29</sup>, kojim se oni vezuju još za života ostavioca, pri čemu ostavilac ni u kom slučaju u procesnompravnom smislu ne može spriječiti stranke u postupku da taj sporazum kasnije ponište. Međutim, ostavilac može materijalnopravno uticati na ponašanje stranaka u postupku posredstvom potestativnih uvjeta ili naloga.

Odredbe Uredbe 650/2012 o sporazumu o izboru suda (čl. 5.) i o prihvatanju nadležnosti suda (čl. 7(c).) povlače i niz praktičnih pitanja, naročito kod ostavinskih postupaka u okviru vanparničnog pravosuđa, koja bi mogla pogađati i nepoznata treća lica, a koja će biti učesnici u postupku čim postanu poznati sudu, kao što je kod nas slučaj prema § 7. st. 2 br. 1. i § 345. FamFG, te će najkasnije tada postati “stranke u postupku” u smislu Uredbe.

Šta se događa kada se nasljednici sporazumiju o nadležnosti suda u skladu s čl. 5. Uredbe 650/2012, pa se naknadno pojavi nepoznati nasljednik? Prema čl. 9. st. 1. ostaje se pri ugovorenoj nadležnosti ako je sud već vršio svoju nadležnost, te se novopojavljena stranka upusti u postupak bez osporavanja nadležnosti suda; u suprotnom će biti primijenjeno osnovno pravilo čl. 4. i čl. 10. Nažalost, Uredba štiti o sudbini mjera, koje prema čl. 5. i dalje donosi nadležni sud, kao što su imenovanje izvršioca testamenta, isključenje određenog povjerioca zaostavštine u okviru postupka prijavljivanja zahtjeva, ili izdavanje potvrde o svojstvu nasljednika. Ostaju li one valjane ili stupaju van snage? Ili, može li sud, koji je nadležan prema osnovnom pravilu čl. 4. i čl. 10. Uredbe, a u korist čega postoje određeni dokazi (uporediti na primjer *ratio* čl. 20. st. 2 Uredbe Brisel IIa), odlučiti o sudbini ovih mjera?

### 3.3 *Forum necessitatis*, čl. 11. Uredbe 650/2012

Uredba u čl. 11. predviđa *forum necessitatis* u EU ukoliko se pokaže da je postupak nemoguće ili nerazumno provesti u trećoj državi, na primjer zbog rata, prirodnih katastrofa, političkog progona ili obustave rada pravosuđa. Uredba se na ovom mjestu vraća na autonomnu regulaciju čl. 7. Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te saradnji u stvarima koje se odnose na obavezu izdržavanja<sup>30</sup>, a ne na rješenje čl. 7. i 14. Uredbe Brisel IIa, pri čemu je u ovom smislu relevantan *lex fori*.

<sup>25</sup> Također i *Kunz*, GPR 2012, 208, 210.

<sup>26</sup> Vidjeti i tačku 27. Preambule tačka 2.

<sup>27</sup> Suprotno tome *Janzen*, DNotZ 2012, 484, 491 s fusnotom 22.

<sup>28</sup> Uporediti još kritiku *Max Planck Instituta*, *RabelsZ* 74 (2010) 522, 586, i *Dutta*, u: *Reichelt/Rechberger*, *Europ. ErbR*, 2011, 57, 82 i dalje.

<sup>29</sup> Ostavljeno otvorenim kod *Kunz*, GPR 2012, 208, 209.

<sup>30</sup> Uredba (EZ) br. 4/2009 od 18. 12. 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te saradnji u stvarima koje se odnose na obavezu, *Sl. gl.* 2009 L 7/1.

### 3.4 Ograničenje na zaostavštinu koja se nalazi unutar EU, čl. 12. Uredbe 650/2012

Sudovi pozvani po osnovu čl. 4. i dalje su u pravilu međunarodno nadležni za cjelokupnu zaostavštinu (Načelo jedinstva zaostavštine u pogledu sudske nadležnosti). Izuzetak od ovog načela je već naveden: čl. 10. st. 2. (vidi iznad 3.1.). Drugi, manje očigledan izuzetak sadržan u čl. 12. st. 1., po kojem se sud sveobuhvatne nadležnosti u slučaju postojanja zaostavštine u trećim zemljama može, na zahtjev jedne od stranaka, ograničiti na dijelove zaostavštine koji se nalaze u EU ako nema izgleda da odluka donesena u državi članici bude priznata ili izvršiva u toj trećoj državi. Nije jasno zašto je potrebno jedno takvo anticipirajuće ograničenje koje ispitivanje nadležnosti opterećuje i s prognoziranjem priznavanja prema stranom pravu. Ako odluka donesena u državi članici ne bude priznata ili izvršiva, onda je to činjenica koja će vjerovatno igrati ulogu kod potrebe za pružanjem pravne pomoći, ali koja ne zahtijeva formalno ograničenje nadležnosti. Trebalo bi svakoj od stranaka biti prepušteno da odluči da li će odluku donesenu u državi članici koristiti u trećoj državi. Pozvani sud bi prema tome trebao suzdržano koristiti svoju diskrecionu ocjenu.

### 3.5 Prihvatanje određenih nasljednopravnih izjava, čl. 13. Uredbe 650/2012

Jedno interesantno rješenje se nalazi u čl. 13., koje predviđa posebnu nadležnost za prihvatanje određenih nasljednopravnih izjava, prihvata ili odricanje od nasljeđa, legata ili nužnog dijela, ili izjava o ograničenju odgovornosti za obaveze iz nasljedstva. Sudovi u redovnom boravištu davaoca izjave su nadležni za prihvata jedne takve izjave ako ta izjava može biti data pred sudom prema pravu mjerodavnom za nasljeđivanje kao i prema pravu dotične države članice ili, pretpostavlja se, čak mora biti data pred sudom. Prema tome, kod nas čl. 13. Uredbe 650/2012 pogađa pojedina nasljednopravna pitanja prema § 342. st. 1. br. 5. FamFG, prije svega odricanje od nasljedstva (§ 1945. BGB), pobijanje prihvata ili odricanja (§ 1955. BGB) kao dodatnu izjavu kod prihvata ili odricanja, predaju dijelova ostavine (§ 1993. BGB, uporediti i § 2004. BGB), kao i formalna zakletva nasljednika u pogledu tačnosti određene izjave – (*eidesstattliche Versicherung*) (§ 2006. st. 1. BGB).

Nasuprot tome, odredba nije bila proširena na druge nasljednopravne izjave, koje mogu biti uzete od strane ostavinskog suda, kao što su po njemačkom nasljednom pravu opoziv testamenta (§ 2081 BGB), ugovora o nasljeđivanju ili zajedničkog testamenta (§ 2281. BGB neposredno, odnosno analogno), prihvata, odbijanje ili otkaz dužnosti izvršioca testamenta (§ 2202. st. 2, § 2226. st. 2 BGB), te prijava nastupanja fideikomisarne supstitucije (§ 2146. st. 1. BGB), kao i prodaja nasljednog dijela ili neki sličan posao (§ 2384. st. 1, uporediti i § 2385. BGB). Član 13. Uredbe 650/2012 također ne obuhvata *zahtjeve*

*usmjerene na sudske odluke*, koje u pravilu prekoračuju preko pukog prihvatanja izjave<sup>31</sup>, kao što je kod nas ograničenje odgovornosti za obaveze iz nasljedstva, zahtjevi za prijavu zahtjeva povjerilaca zaostavštine, otvaranje stečaja zaostavštine ili naredba o imenovanju upravitelja zaostavštinom.

Član 13., koji je dopunjen posebnim pravilom o formi izjave koja se prihvata u čl. 28. (vidjeti *infra* 4.2.3), dogmatski se kreće u graničnom području između prava o nadležnosti i kolizionog prava. S jedne strane, Uredba stvara procesnopravnu nadležnost za prihvatanje izjava sudova o kojima je riječ, pri čemu se ovdje radi samo o jednoj posebnoj nadležnosti, jer se konkretne izjave mogu slobodno dati i pred sudovima nadležnim u skladu s čl. 4–11. S druge strane se kod čl. 13. radi i o prikrivenoj odredbi o supstituciji, koja jasno predviđa da izjava data pred stranim sudom može s jednakim važenjem zamijeniti izjavu predviđenu pravom mjerodavnom za nasljeđivanje, datu pred domaćim (ostavinskim) sudom.<sup>32</sup> Ipak, Uredba, nažalost, ne regulira pitanje kako će u odnosu na ostala pitanja nadležni sud saznati za izjavu; ideja o obavezi prosljeđivanja informacija od strane suda nadležnog prema čl. 13. nije prihvaćena.<sup>33</sup> Umjesto toga, evropski zakonodavac polazi od toga da će davalac izjave sam informisati sudove nadležne za konkretan nasljednopravni slučaj (vidi Preambulu 32 odjeljak 3).

### 3.6 Ostali propisi o nadležnosti

Preostale odredbe o nadležnosti iz čl. 14. i daljih članova Uredbe 650/2012 (provjeravanje nadležnosti i dopustivosti pokretanja postupka, litispencija i privremene mjere) se orijentiraju prema čl. 25. i daljim članovima Uredbe Brisel I<sup>34</sup> koji su negdje bolje, negdje lošije prilagođeni ostavinskom postupku prema izabranoj nadležnosti.<sup>35</sup> Novost je, na primjer, čl. 14(c) koji regulira pozivanje suda u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti i koji bi po mogućnosti mogao biti primijenjen analogno u okviru Uredbe Brisel IIa, a gdje je odgovarajuće rješenje do sada nedostajalo, uporediti čl. 16. Uredbe Brisel IIa.

## 4. Određivanje mjerodavnog prava

Srž Uredbe 650/2012 čine sveobuhvatne odredbe u trećem poglavlju o određivanju mjerodavnog prava za nasljeđivanje, koje će gotovo u potpunosti zamijeniti

<sup>31</sup> Vidjeti i tačku 33. Preambule.

<sup>32</sup> O supstituciji općenito *Kropholler*, Internat. PrivatR, 6. Aufl. 2006, 231. i dalje.

<sup>33</sup> *Max Planck Institute*, *RabelsZ* 74 (2010), 522, 591. i dalje.

<sup>34</sup> *Janzen*, *DNotZ* 2012, 484, 491; EG 34 govori o "opštim procesnim propisima prema uzoru na druge pravne instrumente Unije u oblasti saradnje u pravosuđu."

<sup>35</sup> Tako npr. čl. 14(a). i (b)., čl. 16. st. 1 Uredbe 650/2012 govore o "tužiocu", odnosno "optuženom" (= Brisel I-terminologija); drugačije u čl. 17. čl. 18. Uredbe 650/2012 gdje se govori o "postupku" umjesto o "tužbi" (vidjeti ispod 5.).

koliziono nasljedno pravo država članica, kod nas prije svega čl. 25. i 26. Uvodnog zakona uz BGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, u daljem tekstu EGBGB), ali također i čl. 31 st. 2. EGBGB. Naime, kolizione norme čl. 21. i daljih članova Uredbe 650/2012 univerzalno su oblikovane i utvrđuju mjerodavno pravo čak i onda kada se radi o pravu treće države, čl. 20. Uredbe. Ipak, sporadično i dalje ostaje prostora za kolizione norme država članica (vidjeti *infra* 4.2.2).

#### 4.1 Opća kolizijska norma, čl. 21. i dalje Uredbe 650/2012

Pravne sukcesije po osnovu smrti, kao uostalom i međunarodna nadležnost u nasljednopravnim stvarima, *objektivno* se uglavnom vezuje za posljednje uobičajeno boravište ostavioca, čl. 21. st. 1. S obzirom na otvorenost pojma boravišta (vidjeti *supra* 3.1) iznenađuje što evropski zakonodavac smatra da predviđanjem klauzule odstupanja može ostvariti dodatnu pravednost u pojedinačnim slučajevima.<sup>36</sup> Ukoliko je ostavilac po pitanju nasljeđivanja "očigledno bliže povezan" s nekom drugom državom nego s državom svog redovnog boravišta, u tom slučaju bi prema čl. 21. st. 2. trebalo biti primijenjeno pravo te druge države. U svakom slučaju, sudovi mogu putem klauzule odstupanja štiti interese ostavioca za stabilnošću, posebno u pogledu primjene nekog ranijeg prava države državljanstva ili države boravišta u slučajevima skorih promjena boravišta.<sup>37</sup> Ova klauzula odstupanja također omogućava sudu da primijeni strano pravo, s kojim je ostavilac u užoj vezi, a da time ne dovede u pitanje svoju međunarodnu nadležnost zavisnu od uobičajenog boravišta.<sup>38</sup>

Međutim, ostavilac može u konačnici putem *izbora prava* izbjeći primjenu ovih ponekad teško predvidivih kolizijskih normi. Čl. 22. st. 1. Uredbe 650/2012 dozvoljava mu da za svoje nasljeđivanje izabere pravo svog državljanstva, i to državljanstva koje ima u momentu izbora ili u momentu smrti, a u slučaju višestrukog državljanstva, jedno od njih. Izbor može biti izvršen i konkludentnom radnjom, čl. 22. st. 2., na primjer ako je ostavilac nedvojbeno zavještao svoju zaostavštinu prema pravu države svog državljanstva; zahtjevi u pogledu izražavanja volje za izbor prava pravnim poslom trebaju biti mali.<sup>39</sup> Čl. 22. st. 2. osim toga nalaže da se izbor prava vrši u formi izjave o raspolaganju imovinom za slučaj smrti, u skladu s pravom mjerodavnim za formu u konkretnom slučaju (vidjeti *infra* 4.2.2)<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Kritički prema ograničenju uobičajenog boravišta i klauzule odstupanja i *Wilke*, RIW 2012, 601, 605; *Vollmer*, ZErB 2012, 227, 231; vidjeti i *Kohler/Pintens*, FamRZ 2012, 1425, 1427.

<sup>37</sup> Uporediti tačku 25. Preambule st. 1.

<sup>38</sup> *Dörner*, ZEV 2012, 505, 511.

<sup>39</sup> Uporediti tačku 39. Preambule st. 2.; uporediti i fikciju prema čl. 83. st. 4. Uredbe 650/2012.

<sup>40</sup> Donekle iskričljeno zbog toga *Kunz*, GPR 2012, 208, po kojem se izbor prava "nužno povezuje s posljednjom izjavom

Inače, i ovdje vrijedi u međuvremenu općeprihvaćeno kolizijsko pravilo unijskog međunarodnog privatnog prava prema kojem izabrano pravo odlučuje o materijalnoj valjanosti i vršenju izbora prava, čl. 22. st. 3., pri čemu je, naravno, pitanje dopuštenosti izbora prava isključeno<sup>41</sup> iz ovog općeg izabranog prava i zapravo očigledno proizlazi iz čl. 2. st. 1. Nasuprot tome, odredbe o opozivu i promjeni izbora prava su, nažalost, ostale nepotpune. Čl. 22. st. 4. sadrži samo odredbu o formi analognu odredbi o izboru prava u st. 2. Na ostala pitanja dopuštenosti, tumačenja, nastanka i materijalne valjanosti opoziva ili promjene će se *mutatis mutandis* primjenjivati čl. 22. st. 1–3.<sup>42</sup>

Opća kolizijska norma čl. 21. i čl. 22. Uredbe 650/2012 slijedi osnovno pravilo kolizionopravnog jedinstva zaostavštine; objektivno i subjektivno određeno pravo nasljeđivanja vrijedi za cjelokupnu zaostavštinu. Više se ne pravi razlika između pokretne i nepokretne imovine<sup>43</sup> kako je do sada bio slučaj u pojedinim pravima država članica.<sup>44</sup>

*Obim upućivanja* – uglavnom se primjenjuje cjelokupno pravo "pravne sukcesije za slučaj smrti" pravnog poretka određenog u skladu s čl. 21. ili čl. 22. – kako je već navedeno (vidjeti *supra* 2.), konkretizira kroz zajednički pregled negativne liste u čl. 1. st. 2. i pozitivne liste u čl. 23. st. 2. Dok čl. 1. st. 2. jasno precizira koje oblasti nisu predmetom regulacije mjerodavnog prava određenog u skladu s Uredbom, čl. 23. st. 2. određuje na koja pitanja će odgovor dati pravo mjerodavno za nasljeđivanje. Pored razgraničenja sa stvarnim pravom (vidjeti *infra* 4.3.1) naročito jedna tačka zaslužuje detaljniju analizu: s njemačkog stanovišta čl. 23. st. 2(b). otvara pitanje šta se misli pod "nasljednim pravima preživjelog bračnog ili vanbračnog partnera", odnosno konkretnije, pitanje da li će mjerodavnom pravu za nasljeđivanje biti podvrgnut i paušalni iznos ili čak matematički iznos udjela u povećanju imovine (*Zugewinnausgleich*) za slučaj smrti prema § 1371 BGB, a ne pravu mjerodavnom za bračno-imovinski režim, koji nije predmet regulacije Uredbe 650/2012 (čl. 1. st. 2(d); vidjeti *supra* 2.). Ovo klasično pitanje, koje u njemačkom kolizijskom pravu uglavnom biva odgovoreno u korist bračno-imovinsko pravne kvalifikacije prema

volje" a "izolirani izbor prava bio bi nevažeći". Čl. 22. st. 2. Uredbe 650/2012 je i sam formalni propis; da izbor prava čak i bez testamenta (u odgovarajućem pravnom smislu) može biti učinjen, pokazuju već čl. 24. st. 2. i čl. 25. st. 3., koji upravo posebno spominju slučaj testamenta (u odgovarajućem pravnom smislu) (vidjeti ispod 4.2.1).

<sup>41</sup> Tačka 40. Preambule st. 1.

<sup>42</sup> Uporediti i čl. 24. st. 3. EuErbVO kao i tačku 40. Preambule st. 3.

<sup>43</sup> Uporediti također čl. 22. st. 1. i čl. 23. st. 1. koji govore o "cijelosti nasljeđivanja" (naglasio autor), tako i tačka 37. Preambule st. 4.

<sup>44</sup> Za uporednopravni pregled vidjeti npr. *Dutta*, *RabelsZ* 73 (2009), 547, 554 i dalje.



§ 1371 BGB u svim njegovim varijantama,<sup>45</sup> stoga se javlja i po novom evropskom pravu, ali ovdje mora, za razliku od ranije, biti odgovoreno autonomno bez osvrtnja na nacionalno pravo (vidjeti *supra* 1.). Mnogo toga također i pod okriljem Uredbe govori u korist bračno-imovinsko pravne kvalifikacije izjednačenja povećanja imovine za slučaj smrti.<sup>46</sup> Tako je Sud Evropske unije u jednom drugom kontekstu prilikom kvalificiranja porodičnih imovinskopravnih instituta dao više važnosti njihovoj svrsi nego obliku,<sup>47</sup> tako da bi bilo smisljeno i kod paušalnog izjednačenja povećanja imovine naglasiti njegovu bračno-imovinsko pravnu funkciju, koja postoji barem prema volji njemačkog zakonodavca, a manje njegov nasljednopravni oblik.<sup>48</sup>

## 4.2 Posebne tačke vezivanja

Sigurno se opšta kolizionna norma – osnovna veza s posljednjim uobičajenim boravištem ostavioca ukoliko nije izabrano pravo države državljanstva – ne može primijeniti na sva pitanja koja se tiču nasljeđivanja; pojedini aspekti nasljednog prava zahtijevaju posebnu kolizionu normu.

### 4.2.1 Dopustivost, materijalna valjanost i obavezujuće dejstvo raspolaganja za slučaj smrti, čl. 24. i dalje Uredbe 650/2012

Izrazito je očigledna potreba posebnog vezivanja, naročito kod raspolaganja za slučaj smrti. Prema čl. 21. i čl. 22. Uredbe 650/2012 mjerodavno je uobičajeno boravište ili izbor ostavioca u momentu smrti; pravo koje će se primijeniti na nasljeđivanje je time promjenjivo za života ostavioca. Ukoliko bi se ostalo pri ovoj promjenjivosti, u tom slučaju bi samo u trenutku smrti moglo sa sigurnošću biti ustanovljeno da li je jedno raspolaganje za slučaj smrti valjano, jer tek u tom trenutku postoji izvjesnost o pravu koje će biti primijenjeno na nasljeđivanje. Uredba zato, s pravom, želi da se pobrine za stabilnost prava primjenjivog na raspolaganje za slučaj smrti – prema čl. 3. st. 1. Uredbe 650/2012 se ovdje radi o testamentima, zajedničkim testamentima i ugovorima o nasljeđivanju.<sup>49</sup> Posebna tačka vezivanja postoji za dopustivost i materijalnu valjanost

raspolaganja (čl. 24. st. 1., čl. 25. st. 1.), kod ugovora o nasljeđivanju i za njihovo obavezujuće dejstvo (čl. 25. st. 1.), pri čemu će se ovo preciziranje u svakom slučaju morati primijeniti i kod zajedničkih testamenata, jer se i tu postavlja pitanje obavezujućeg dejstva (§ 2271 BGB), ako se korelativno raspolaganje po njemačkom pravu ionako ne kvalificira kao ugovor o nasljeđivanju u smislu Uredbe (definicija u čl. 3. st. 1(b): “uključujući sporazume na osnovu uzajamnih testamenata”)<sup>50</sup>. U pogledu obavezujućeg vezivanja time Uredba određuje mjerodavno pravo već za života ostavioca.<sup>51</sup> Član 26. st. 1. inače određuje određena pitanja koja potpadaju pod pojam materijalne valjanosti: testamentarna sposobnost (tačka (a)., unatoč čl. 1. st. 2(b).), zakonske zabrane testiranja u odnosu na određene ovlaštenike (tačka (b).), formalna stroga ličnost (tačka (c).), tumačenje (tačka (d).) kao i mane volje i volje testatora (tačka (e).). Nasuprot tome, posljedice raspolaganja za slučaj smrti koje ugrozi nužni nasljedni dio podliježu opštem pravu nasljeđivanja, uporediti čl. 23. st. 2(h). kao i tačku 50 Preambule. Kod posebnog vezivanja ovih pitanja Uredba grubo govoreći razlikuje da li se raspolaganje za slučaj smrti, za koje je potrebno utvrditi tačku vezivanja, odnosi na jednu ili na više osoba: raspolaganje za slučaj smrti, koje ima za predmet zaostavštinu jednog ostavioca, u skladu s čl. 24. st. 1. i čl. 25. st. 1. Uredbe 650/2012 će biti podvrgnuto pravu koje bi hipotetički bilo mjerodavno u momentu sačinjavanja dotičnog raspolaganja za nasljednopravni slučaj u skladu s opštom kolizionom normom. Član 24. st. 2. i čl. 25. st. 3. jasno predviđaju da ostavilac i stranke ugovora o nasljeđivanju mogu izabrati mjerodavno pravo prema čl. 22. i izolirano u pogledu dopustivosti, materijalne valjanosti i obavezujućeg dejstva raspolaganja o kojem se radi. Opoziv ili promjena testamenta, ukoliko istu predviđa mjerodavno pravo, podliježu pravu mjerodavnom za nasljeđivanje koje bi hipotetički bilo mjerodavno u momentu opoziva, čl. 24. st. 3., pri čemu čl. 26. st. 2. regulira da jednom korištena sposobnost testiranja ne može biti pogođena kasnijom izmjenom mjerodavnog prava. Nasuprot tome će se na opoziv raspolaganja za slučaj smrti, kao dio njihovog obavezujućeg dejstva, primijeniti hipotetičko mjerodavno pravo u momentu sačinjavanja prvobitnog testamenta.<sup>52</sup>

<sup>45</sup> Posljednji npr. OLG Stuttgart od 8. 3. 2005., ZEV 2005, 443; OLG Frankfurt od 20. 10. 2009., ZEV 2010, 253; OLG Düsseldorf od 1. 3. 2011., NJW-RR 2011, 1017; OLG München od 16. 4. 2012., ZErB 2012, 220. Za nasljednopravnu kvalifikaciju paušalnog izjednačavanja povećanja imovine u slučaju stranog nasljednog prava OLG Köln od 5. 8. 2011., ZEV 2012, 205; ostavljeno otvorenim kod BGH od 12. 9. 2012., ZEV 2012, 590.

<sup>46</sup> Tako i *Dörner*, ZEV 2012, 505, 507.

<sup>47</sup> Uporediti za razgraničenje bračno-imovinskog prava i prava izdržavanja Sud EU od 6. 3. 1980., Rs. 120/1979 (*de Cavel II*), Slg. 1980, 731, Rn. 3, i prije svega Sud EU od 27. 2. 1997., Rs. C-220/95 (*van den Boogaard*), Slg. 1997, I-1147, Rn. 22 i dalje.

<sup>48</sup> Za tačku 12. Preambule tačka 2 vidjeti ispod 7.

<sup>49</sup> Uporediti i tačku 48. Preambule tačka 1.

<sup>50</sup> Definicije zajedničkog testamenta i ugovora o nasljeđivanju se imaju autonomno tumačiti (vidjeti iznad 2.) i ne smiju ni u kom slučaju po pitanju obima primjene biti izjednačene s terminologijom BGB-a. Ovdje je problematično što definicija u čl. 3. st. 1(b). ugovor o nasljeđivanju definira koristeći materijalne kriterije, dok čl. 3. st. 1(c) sadrži formalnu definiciju zajedničkog testamenta. U pogledu ovih različitih referentnih tačaka razlikovanja definicija nisu isključena; kritika kod *Wilke*, RIW 2012, 601, 606; detaljnije *Nordmeier*, ZEV 2012, 513, 514 i dalje.

<sup>51</sup> Drugaćijeg mišljenja očigledno *Wilke*, RIW 2012, 601, 602, zasigurno bez uzimanja u obzir čl. 25.

<sup>52</sup> Uporediti i *Nordmeier*, ZEV 2012, 513, 518.

Također i kod ugovora o nasljeđivanju Uredba u čl. 25. st. 1. za pretpostavke raskidanja ugovora upućuje na pravo nasljeđivanja koje bi hipotetički bilo mjerodavno u momentu zaključenja ugovora.

Odluka o pravu mjerodavnom za raspolaganje za slučaj smrti je teška kada je predmetom raspolaganja imovina više ostavilaca; tada je i veći broj hipotetički mjerodavnih prava u igri. Uredba rješava ovu dilemu za ugovor o nasljeđivanju (u smislu unijskog prava). O dopustivosti ugovora o nasljeđivanju bi trebala kumulativno odlučiti uključena mjerodavna nasljedna prava, čl. 25. st. 1. tačka 1., tako da stranke mogu zaključiti ugovor o nasljeđivanju samo ako je on dozvoljen prema pravu koje bi prilikom zaključenja ugovora bilo mjerodavno za relevantne nasljednike. Tek kod materijalne valjanosti i obavezujućeg dejstva ugovora o nasljeđivanju Uredba se odlučuje za jedno od prava: prema čl. 25. st. 2. tačka 2. bi ova pitanja trebala dosljedno biti podvrgnuta onom od hipotetički mjerodavnih prava s kojim ugovor ima najbližu vezu. Naravno, stranke ugovora o nasljeđivanju mogu otkloniti ovu nesigurnost po pitanju mjerodavnog prava na način da izaberu pravo, pri čemu imaju izbor između hipotetički mjerodavnih prava nasljeđivanja, čl. 25. st. 3. Prilikom primjene čl. 24. i čl. 25. u obzir, naravno, treba uzeti sljedeće: u unijskopravnom smislu Uredba u čl. 3. st. 1(b). daje široki pojam ugovora o nasljeđivanju, koji prelazi okvire njemačkog poimanja ugovora o nasljeđivanju iz § 1941. st. 1. BGB, te koji, kao što je već navedeno<sup>53</sup>, može obuhvatiti i korelativna raspolaganja zajedničkim testamentima – u njemačkom smislu – kao jedan “sporazum na osnovu uzajamnih testamenta”<sup>54</sup>. Definicija u čl. 3. st. 1(b). prevazilazi čak i pojam raspolaganja za slučaj smrti prema njemačkom razumijevanju (§§ 1937. i dalji članovi BGB) i sadržajno obuhvata svaki “sporazum [...], koji, uz protučinidbu ili bez nje, zasniva, mijenja ili okončava prava na budućoj zaostavštini ili zaostavštinama jedne ili više osoba koje učestvuju u sporazumu”. Pod ovim će se morati supsumirati i odricanje od nasljedstva, odricanje od nužnog nasljedstva i poklon za slučaj smrti (vidjeti *supra* 2. s fn. 12.) čija se dopustivost, materijalna valjanost i obavezujuće dejstvo time također vežu preko posebne tačke vezivanja.

#### 4.2.2 Formalna valjanost raspolaganja za slučaj smrti, čl. 27. Uredbe 650/2012

Član 27. Uredbe 650/2012 sadrži jedno posebno pravilo za formalnu valjanost raspolaganja *mortis causa* učinjenog pismenim putem. Istina da su mnoge države članice – uključujući i Njemačku, ugovornice Haške konvencije o formi testamenta<sup>55</sup>, na koju se čl. 27(h). svjesno

naslanja.<sup>56</sup> No, s obzirom na to da sve zemlje članice nisu vezane ovom konvencijom, niti EU može pristupiti Konvenciji za svoje države članice, kao što je slučaj s kasnijim haškim konvencijama, jednoobrazna regulacija se mogla postići samo preuzimanjem u Uredbu. Evropski zakonodavac je pri tome želio očuvati Hašku konvenciju, tako da je pravni položaj za države članice, koje su kao Njemačka također zemlje ugovornice Konvencije, prilično nepregledan: prema čl. 75. st. 1. tačka 2. Uredbe 650/2012 se i dalje primjenjuje Konvencija, koja je u Njemačkoj u velikoj mjeri preuzeta u čl. 26. st. 1–4. EGBGB, ukoliko je Konvencija materijalno pravno primjenjiva, dakle, u pogledu testamentata i zajedničkih testamentata primjenjuje se čl. 4. Konvencije. Ova unijskoppravna zadržka u korist Haške konvencije, međutim, ne obuhvata pravila država članica poput čl. 26. st. 1. br. 5. EGBGB, koja proširuju krug alternativno mjerodavnih prava prema Konvenciji u skladu s čl. 3. Konvencije. Nasuprot tome, na ugovore o nasljeđivanju (prema širokom unijskopravnom shvatanju, vidjeti *supra* 4.2.1) primjenjuje se čl. 27., jer Konvencija ne obuhvata takva raspolaganja za slučaj smrti. Autonomno koliziono pravo određuje pravo mjerodavno za formu usmenih raspolaganja za slučaj smrti, kada je država članica, za razliku od Njemačke, pridržala mogućnost neprimjenjivanja Haške konvencije u tom pogledu prema čl. 10. Konvencije, jer i Uredba isključuje ovo pitanje, čl. 1. st. 2(f). Uredbe 650/2012.

Kod ovog pitanja kako čl. 27. Uredbe 650/2012 tako i Haška konvencija nastoje ići u korist formalne valjanosti raspolaganja za slučaj smrti, na način da ih alternativno podvrgavaju što je moguće većem broju prava (*favor negotii*).

Često je problematično razgraničenje između formalnih i materijalnih smetnji valjanosti. Do sada je bilo sporno kako se imaju kvalificirati zabrane određenih raspolaganja za slučaj smrti, da li npr. zabrana ugovora o nasljeđivanju potpada pod kolizione norme u pogledu formalne ili materijalne valjanosti. Prema Uredbi 650/2012 dopustivost određenog raspolaganja za slučaj smrti se ne tiče prava koje se odnosi na formu, nego podliježe kolizionim normama o dopustivosti i materijalnoj valjanosti raspolaganja *mortis causa* (čl. 24. i dalji; vidjeti *supra* 4.2.1), i to eventualno čak i onda kada kod zabrane određenih raspolaganja za slučaj smrti formalni razlozi stoje u prvom planu<sup>57</sup>; to vrijedi u svakom slučaju za dopustivost zajedničkog testamentata, koji čl. 3. st. 1(c). Uredbe 650/2012 definira<sup>58</sup> pribjegavajući isključivo formalnim kriterijima (“testament koji su u jednoj ispravi sastavile dvije ili više osoba”), različito od, na primjer, njemačkog prava, koje, odvojeno od određene forme zajedničkih izjava, pretpostavlja volju ostavilaca da

<sup>53</sup> Uporediti fusnotu 50.

<sup>54</sup> Drugačije *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2396 o članu 25. Uredbe 650/2012.

<sup>55</sup> Konvencija od 5. 10. 1961. o pravu mjerodavnom za formu testamentata, BGBl 1965 II, 1145.

<sup>56</sup> Tačka 52. Preambule st. 1.

<sup>57</sup> Drugo mišljenje zastupa *Nordmeier*, ZEV 2012, 513, 516; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2396.

<sup>58</sup> Vidjeti *infra* fn. 50.

zajednički testiraju.<sup>59</sup> Evropski zakonodavac je zasigurno mogao i pitanje dopustivosti jednoobrazno kvalificirati kao pitanje u vezi s formalnom valjanosti, u cilju jačanja principa *favor negotii*.<sup>60</sup>

#### 4.2.3 Formalna valjanost dugih nasljednopravnih izjava, čl. 28. Uredbe 650/2012

Član 28. Uredbe dopunjuje već spomenuti čl. 13., koji za davanje određenih nasljednopravnih izjava otvara posebnu nadležnost suda uobičajenog boravišta davaoca izjave (vidjeti *supra* 3.5). Prema čl. 28. se na formalnu valjanost ovih izjava – prihvatanje ili odricanje kao i izjave o ograničenju odgovornosti – alternativno primjenjuje opšte mjerodavno nasljedno pravo (tačka (a)), ili pravo redovnog boravišta davaoca izjave (tačka (b)). Sigurno se postavlja pitanje zašto alternativno – kao npr. prema čl. 11. Uredbe Rim I – nije postavljeno i pravo mjesta davanja izjave, koje može važiti pored prava navedenih u (a) i (b). Također je bilo smisleno proširiti čl. 28. i na druge nasljednopravne izjave (vidjeti *supra* 3.5).

#### 4.2.4 Obavezno upravljanje zaostavštinom prema *lex fori* ili na temelju zahtjeva, čl. 29. Uredbe 650/2012

Član 29. sadrži izrazito detaljno reguliranje imenovanja i ovlaštenja upravitelja zaostavštine kada je imenovanje upravitelja obavezno prema *lex fori* ili na temelju zahtjeva, a međunarodna nadležnost i nasljedno pravo se ne podudaraju. Pojedini pravni poreci, prije svega oni iz anglosaksonskog pravnog sistema, ne slijede nasljednopravno načelo neposredne sukcesije, nego u proces prelaska zaostavštine na nasljednike uključuju i obaveznog upravitelja zaostavštinom kao ličnog predstavnika (*personal representative*) ostavioca koji, kao izvršilac kojeg je odredio ostavilac, odnosno kao upravitelj kojeg je odredio sud, a koji upravlja zaostavštinom i kasnije je dijeli između nasljednika. Prema čl. 23. st. 2(e). mjerodavnom pravu za nasljeđivanje podliježe i prelazak zaostavštine, kao i prema (f), ovlaštenja upravitelja zaostavštine, a time i pitanje posebnog “postupka nasljeđivanja”. Član 29. bi stoga trebao državama članicama, koje predviđaju obavezno upravljanje zaostavštinom, omogućiti da zadrže ovaj postupak, kada su sudovi jedne takve države članice međunarodno nadležni u skladu s Uredbom, ali – i samo se tada i javlja ovaj problem – je prema Uredbi mjerodavno strano pravo (st. 1.). To će sigurno biti rijetko slučaj, s obzirom na nastojanja Uredbe da ostvari uskladenost foruma i iusa (vidjeti *supra* 3.2).

Vezano za obavezno upravljanje zaostavštinom, čl. 29. će iz jednog drugog razloga ostati mrtvo slovo na papiru: sve dok Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska ne budu države

članice u kontekstu Uredbe (vidi *supra* 1.), odredba će se u najboljem slučaju primjenjivati na Kipar, naročito s obzirom na to da austrijski institut *Einantwortung* – striktno propisani način prelaska zaostavštine na nasljednike na osnovu akta državnog organa vlasti, nije obuhvaćen odredbom. Član 29. bi imao određeni značaj u pogledu “obaveznog upravljanja zaostavštinom na temelju zahtjeva”, ako se pod tim supsumira i kod nas uobičajeno nalaganje upravljanja zaostavštinom na zahtjev nasljednika ili povjerilaca zaostavštine prema § 1981. BGB.

#### 4.2.5 Posebna pravila nasljeđivanja u pogledu određene imovine, čl. 30. Uredbe 650/2012

Pridržaj u pogledu posebnih prevladavajućih obaveznih normi nalazi se u čl. 30. Uredbe 650/2012, koji je inspirisan čl. 15. sveobuhvatne, ali neuspješne Haške konvencije o nasljednom pravu iz 1989. godine i koji se odnosi na “regulativu u pravu jedne države u kojoj se nalazi određena nepokretna imovina, određena preduzeća ili druge posebne kategorije imovine koja iz ekonomskih, porodičnih ili socijalnih razloga dotiču ili ograničavaju pravnu sukcesiju za slučaj smrti u pogledu te imovine”. Naročito su na ovaj način zadržana posebna pravila o nasljeđivanju, koja iz pravno-političkih razloga poznaju brojni pravni poreci npr. u oblasti nasljeđivanja poljoprivrednih imanja (nastojanje održavanja plodonosnih imanja u seoskim porodicama), ukoliko su ta pravila primjenjiva na nasljednopravni slučaj bez obzira na opšte nasljedno pravo. Za čl. 30. nije dovoljno da koliziono pravo *lex rei sitae* slijedi načelo podjele zaostavštine (vidjeti *supra* 4.1) i da će u pogledu nasljeđivanja nepokretne imovine generalno biti primijenjena posebna tačka vezivanja.<sup>61</sup> Dalje, čl. 30. nije primjenjiv na posebna pravila za nasljeđivanje poslovnih udjela, jer ovo pitanje nije uopšte pokriveno materijalnim poljem primjene ove uredbe (čl. 1. st. 2(h). i (i); vidjeti *infra* 2.). Umjesto toga, prvenstveno vrijedi statut društva.<sup>62</sup>

#### 4.2.6 Komorijenti, čl. 32. Uredbe 650/2012

Jedna prikrivena materijalnopravna norma je sadržana u čl. 32., koja se zasniva na Haškoj konvenciji o nasljeđivanju (član 13.), i to za slučaj da prvo, nasljeđivanje više osoba podliježe različitim pravima, drugo, da je nejasno ko je koga nadživio, i treće, nasljedna prava predviđaju različite, čak i ako ne nužno kontradiktorne presumpcije, ili ih uopće ne predviđaju. Za ovaj konflikt involviranih nasljednih prava Uredba 650/2012 određuje, isto kao što to u konačnici čini i njemačka presumpcija u pogledu komorijenata iz

<sup>61</sup> Tačka 54. Preambule st. 4.

<sup>62</sup> Detaljnije o ovom pravilu o prednosti Dutta, RabelsZ 73 (2009), 727, 735 i dalje; vidjeti također Leitzen, ZEV 2012, 520, 522: Iako “nije opšte prvenstveno pravilo”, ali “svojevrсно iskustveno pravilo [...] da proturječnosti u regulativi između prava mjerodavnog za nasljeđivanje i prava mjerodavnog u pogledu privrednog društva mogu biti riješene u korist privrednog prava”.

<sup>59</sup> BGH v. 12. 3. 1953, BGHZ 9, 113, 115 i dalje, uz §§ 2265. i dalji BGB.

<sup>60</sup> Tako i prijedlog Dutta, RabelsZ 73 (2009) 547, 585 f., te Max Planck Institute, RabelsZ 74 (2010), 522, 623 i dalje.

§ 11. Zakona o nestalim (*Verschollenheitsgesetz*, u daljem tekstu *VerschG*), da nema korelativnih nasljednih prava, čak i kad pretpostavke smrti i nestalosti nisu obuhvaćene materijalnim područjem primjene Uredbe, uporediti čl. 1. st. 2(c).

#### 4.2.7 Zaostavština bez nasljednika i prava države, čl. 33. Uredbe 650/2012

Jedan komplicirani problem postoji u vezi s odredbom čl. 33. koja – osim jedne dopune – u velikoj mjeri odgovara čl. 16. Haške konvencije o nasljeđivanju, odnosno situaciji da ostavilac nije u nečiju korist raspolagao zaostavštinom za slučaj smrti, te da ga kao intestatni nasljednik neće nadživjeti ni jedno fizičko lice, pa se postavlja pitanje sudbine zaostavštine, na koje se u većini pravnih poredaka odgovara s privatnim položajem nasljednika ili s javnim pravom prisvajanja od strane države. Kod prekograničnih slučajeva ovdje može doći do konflikata, kada jedna “država nasljednica” zahtijeva cijelu zaostavštinu za sebe, jer je mjerodavno njeno pravo, ali “država prisvajateljica” zahtijeva predmete zaostavštine koji se nalaze na njoj teritoriji. Član 33. Uredbe 650/2012 u ovakvom slučaju daje prednost “državi prisvajateljici”, sigurno uz rezervu da povjerioci zaostavštine mogu pristupiti predmetima zaostavštine. Ipak, član 33. ostavlja određena pitanja otvorenim, npr. šta će se desiti ako je mjerodavno nasljedno pravo pravo “države prisvajateljice”, ali predmeti zaostavštine se nalaze u “zemlji nasljednici”, tako da potencijalno niti jedna država dotične predmete neće preuzeti.<sup>63</sup>

#### 4.3 Odredbe opšteg dijela

Kao i ostali kolizionopravni akti Evropske unije i Uredba 650/2012 sadrži izričita pravila za pojedina pitanja opšteg dijela međunarodnog privatnog prava.

##### 4.3.1 Prilagođavanje stvarnih prava, čl. 31. Uredbe 650/2012

Nasljedno pravo i imovinsko pravo su međusobno usko povezani. S obzirom na to da nasljedno pravo zaostavštini dodjeljuje novog nosioca, može doći do napetosti kako prilikom raspodjele zaostavštine – načina nasljeđivanja tako i kod rezultata raspodjele – prava na nasljedstvo, između nasljednog prava i mjerodavnog imovinskog, a posebno stvarnog prava. Uredba daje samo nejasne smjernice za razgraničenje između ovih pravnih oblasti, a što će po pitanju zahtjeva autonomnog tumačenja i kvalificiranja (vidjeti iznad 1.) biti jedan od većih izazova prilikom primjene novog prava. Premda Uredba isključuje u čl. 1. st. 2(k). “vrstu stvarnih prava” iz područja svoje primjene, raspodjela zaostavštine se u čl. 23. st. 2(e). (“prenos na nasljednike i, ovisno o slučaju, na legatere imovine, prava i obveza koji čine ostavinu”) izričito navodi kao dio prava koje je mjerodavno za nasljeđivanje. U principu, isključenje iz polja primjene iz čl. 1. st. 2(l). koje

se odnosi na upisivanje prava u registre ima manju ulogu nego što bi se na prvi pogled moglo pretpostaviti. Samo su učinci upisa na materijalno pravo isključeni iz primjene prava koje regulira nasljeđivanje, ali ne i postupak prenosa, na primjer zahtjev za posebnim prenosom vlasništva kod određenih nasljedopravnih raspolaganja npr. legata po njemačkom pravu. Pravo koje regulira upis bavi se samo aspektom registracije u okviru nasljeđivanja, ali ne i samim činom prenosa koji preostaje u domenu mjerodavnog nasljednog prava.<sup>64</sup>

Drugačije tumačenje bi teško bilo kompatibilno s čl. 23. st. 2(e).<sup>65</sup>, čiji bi se regulacioni sadržaj time ograničio na neregistrovana imovinska prava i njihovo nasljeđivanje, ukoliko bi već čl. 1. st. 1.(l) izuzeo materijalnopравни prenos registrovanih imovinskih prava po osnovu nasljeđivanja iz područja primjene Uredbe. Član 31. pokazuje da i rezultat raspodjele nasljednih prava, za razliku od onog što sugerira čl. 1. st. 2(k)., mora u određenom stepenu biti podvrgnut mjerodavnom nasljednom pravu, čime dolazimo do prvog pitanja općeg dijela – pitanja prilagođavanja: Stvarno pravo kreirano prema mjerodavnom nasljednom pravu, treba ukoliko je ono nepoznato u državi članici “u kojoj se na to pravo poziva”, biti prilagođeno u “najbliže uporedivo pravo” te države članice s ekonomskog aspekta. Ukoliko nasljedno pravo npr. određuje nastanak zakonskog trusta, kao kod engleskog prava intestatnog nasljeđivanja nadživjelog bračnog partnera,<sup>66</sup> tako bi ovaj trust mogao u pogledu doživotnog prava iz trusta (*life interest*) nadživjelog bračnog partnera preko čl. 31. biti reinterpetiran u položaj prethodnog nasljednika u okviru fideikomisarne supstitucije, ukoliko se zaostavština nalazi unutar zemlje. Pri tome je nejasno, a što je naročito značajno u pogledu stranih vindikacijskih legata na stvarima unutar države<sup>67</sup>, da li čl. 31. obuhvata i proces raspodjele. Protiv takvog tumačenja u svakom slučaju govori formulacija ove odredbe naročito u svjetlu člana 23. st. 2. (e)<sup>68</sup>. Neobično je to što Uredba predviđa prilagođavanje pravu države članice u kojoj se poziva na stvarno pravo, dakle *lex fori*. Potreba za prilagođavanjem ne postoji u pogledu *lex fori*, nego u pogledu *lex causae* stvarnog prava, što je kod stvarnog prava

<sup>64</sup> Drugačije mišljenje zastupa *Hertel*, DNotZ 2012, 688, 690 f.; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2394 kao i 2397 upućujući na genezu i Preambulu 18, koja se pri tome ograničava samo na izjave u pogledu prava registra; uporedi i: *Kohler/Pintens*, FamRZ 2012, 1425: “Ukoliko pravo mjerodavno za nasljeđivanje i registarsko pravo drugačije uređuju sticanje prava [...], prednost uživa registarsko pravo”; i ovdje pri tome vrijedi: registarsko pravo ne uređuje sticanje prava nego samo njegovu registraciju u registru.

<sup>65</sup> Uporedi i *Dörner*, ZEV 2012, 505, 509.

<sup>66</sup> Sec. 46 st. 1 br. I Administration of Estates Act 1925 (UK); o uključivanju ovih dejstava unatoč čl. 1 st. 2(j) Uredbe 650/2012 vidi Preambulu 13.

<sup>67</sup> Detaljno o tretmanu vindikacijskih legata prema Uredbi 650/2012 *J. P. Schmidt*, *RabelsZ* 77 (2013) H. 1, 1.

<sup>68</sup> *Dörner*, ZEV 2012, 505, 509.

<sup>63</sup> Vidjeti npr. *Dutta*, *RabelsZ* 73 (2009), 547, 595 i dalje.

*lex rei sitae*. Time će se uputa na *lex fori* morati uzeti kao uputa na pravo, koje bi u pogledu imovinskog prava koje se prilagođava bilo primjenjivo prema kolizionim pravilima *lex fori*, slično kao kod odgovarajućih odredbi koje su imale veliki uticaj u pogledu čl. 31. Uredbe 650/2012, poput čl. 15. Haške konvencije o trustu iz 1985.

#### 4.3.2 Uzvratanje i upućivanje dalje, čl. 34. Uredbe 650/2012

Dok je međunarodno privatno pravo Evropske unije dosad karakterizirala skepsa u odnosu na *renvoi*, i, kao u čl. 20. Uredbe Rim I i čl. 24. Uredbe Rim II<sup>69</sup>, upućivalo samo na dotično materijalno pravo isključujući koliziono pravo, evropski zakonodavac u čl. 34. st. 1. Uredbe 650/2012 priznaje *renvoi*. *Renvoi* je relevantan kada pravo (treće države) na koje upućuje Uredba, upućuje na pravo države članice (a), ili na pravo treće države koje prihvata ovo upućivanje (b). U skladu s tradicionalnim općim teorijama član 34. st. 2. isključuje *renvoi* prilikom primjene izbjegavajućih klauzula, prilikom izbora mjerodavnog prava<sup>70</sup>, kao i kod alternativnog vezivanja.

#### 4.3.3 *Ordre public* klauzula, čl. 35. Uredbe 650/2012

Naravno, Uredba u čl. 35. sadržava i rezervu u pogledu javnog poretka. Pri tome je značajno ono što Uredba više ne sadrži: u prijedlogu Komisije nalazilo se i pojašnjenje prema kojem odstupanja kod nužnog nasljednog dijela kao takva nisu dovoljna da bi se smatrala protivnim javnom poretku.<sup>71</sup>

#### 4.3.4 Konkretizacija kod upućivanja na pravo država s više pravnih sistema, čl. 36. i dalje Uredbe 650/2012

Uredba svakako važi samo u pogledu razgraničenja nacionalnih nasljednih prava, a ne u pogledu interlokalnih konflikata – čl. 38. Uz to odredbe čl. 36. i 37. konkretiziraju upućivanja u skladu s Uredbom u slučaju kada pravni poredak na koji se upućuje karakterizira interlokalna ili čak interpersonalna raslojenost prava.

#### 4.3.5 Kolizionopravno vezivanje prethodnih pitanja

Uredba sadrži samo mali broj naznaka u vezi s jednim klasičnim pitanjem međunarodnog privatnog prava: pitanjem kolizionopravnog vezivanja prethodnih nasljednopravnih pitanja,<sup>72</sup> a konkretno prejudicijelnih

pravnih odnosa prema mjerodavnom pravu za nasljeđivanje. U pogledu statusnih pitanja, koja igraju veliku ulogu kod intestatnog i nužnog nasljeđivanja u većini pravnih sistema, čl. 1. st. 2. propisuje samo da ta pitanja nisu obuhvaćena Uredbom. Ostavljeno je otvorenim da li npr. kod nasljednog prava bračnog druga sud mjerodavno pravo u pogledu valjanosti braka ima odrediti u skladu s kolizionim normama prava mjerodavnog za nasljeđivanje (nesamostalno vezivanje), ili pak, prema *lex fori* (samostalno vezivanje). U korist nesamostalnog vezivanja svakako govori međunarodna usklađenost odlučivanja u okviru EU, koja je evropskom zakonodavcu u harmoniziranoj pravnoj oblasti vjerovatno bitnija u odnosu na internu usklađenost odlučivanja u oblasti koja nije harmonizirana (vidi *infra* 7. prije fn 87).

### 5. Priznavanje i izvršenje odluka država članica u nasljednopravnim stvarima

Čl. 39. i sljedeći Uredbe 650/2012 uređuju priznavanje i izvršenje odluka država članica u unutrašnjosti. Ove odredbe se zasnivaju pretežno na modelu Brisel I<sup>73</sup>, koji se pri tome odnosi na odluke u parničnim postupcima, tako da nisu isključene frikcije prilikom priznavanja mjera dobrovoljnog sudovanja, na koje se ove odredbe također primjenjuju.<sup>74</sup> Naročito su problematični razlozi za nepriznavanje odluke prema članu 40. Uredbe 650/2012, koji su, uz određene jezičke modifikacije, preuzeti iz člana 34. Uredbe Brisel I. Uredba prvo konstantno govori o “tuženom” i “strankama”, ali i sadržajno ove odredbe ne odgovaraju baš najbolje, primjera radi u pogledu nalaganja upravljanja zaostavštinom, prijavljivanja zahtjeva povjerilaca zaostavštine, imenovanja izvršioca testamenta ili izdavanja potvrde o svojstvu nasljednika. Član 40. (b) koji treba osigurati uredno učešće zainteresiranih osoba u postupku iz kojeg je proizašla odluka koja se priznaje, na način da se “tuženi” ima obavijestiti o početku postupka, ne proizvodi željeni efekt ukoliko se tumači strogo jezički, jer ne postoji “tuženi” ili protivnik zahtjeva. Da li time jedan povjerilac zaostavštine na Siciliji mora trpjeti dejstva pravosnažne odluke o isključenju donesene u okviru njemačkog postupka za prijavu zahtjeva (*Aufgebotsverfahren*), ukoliko se za njega znalo, ali mu nije saopšteno otvaranje postupka za prijavu zahtjeva? Povjerilac zaostavštine nije “tuženi” niti protivnik zahtjeva, nego samo sudionik na kojeg se odnosi postupak prema čl. 7. st. 2. br. 1. FamFG, kojem se treba saopštiti otvaranje postupka.<sup>75</sup> U ovom slučaju pojam tuženog mora biti tumačen široko i proširen na sve osobe koje u skladu s

<sup>69</sup> Uredba (EZ) 864/2007 od 11. 7. 2007. o pravu mjerodavnom za vanugovorne obaveze (Rim II), Sl. list 2007 L 199/40.

<sup>70</sup> Čak i u situacijama koje nisu izričito predviđene čl. 24. st. 2. i čl. 25. st. 3., tako i *Janzen*, DnotZ 2012, 484, 490 s fn. 21.

<sup>71</sup> Uporedi čl. 27. st. 2. Prijedloga Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju presuda i javnih isprava u nasljednopravnim stvarima i o uvođenju Evropske potvrde o nasljeđivanju, KOM (2009) 154. fin. od 14. 10. 2009.

<sup>72</sup> Više o kolizionopravnom vezivanju prethodnih pitanja u

međunarodnom privatnom pravu Evropske unije npr. *Heinze*, u FS für Jan Kropholler (2008), 105, 113 i dalje.; *Solomon*, u FS für Ulrich Spellenberg (2010), 355.

<sup>73</sup> *Janzen*, DNotZ 2012, 484, 491; uporediti i tačka 59. Preambule.

<sup>74</sup> Izričito tačka 59. Preambule.

<sup>75</sup> Npr. BT-Drs. 16/6308, str. 296.

procesnim pravilima država članica moraju biti uključene u postupak po njihovom zahtjevu ili po službenoj dužnosti.

## 6. “Prihvatanje” i izvršenje javnih isprava i sudskih nagodbi država članica

Peto poglavlje Uredbe 650/2012 posvećeno je javnim ispravama i sudskim nagodbama i njihovom priznavanju i, po mogućnosti, izvršenju. Odredbe o izvršnosti javnih isprava (čl. 60.) i sudskih nagodbi (čl. 61.) se u biti zasnivaju na Uredbi Brisel I. Novi teritorij Uredba zahvata, međutim, s članom 59. koji nosi sjajeći zvanični naslov “Prihvatanje javnih isprava”. Čl. 59. st. 1. tačka 1. nalaže da “javna isprava sačinjena u državi članici [...] u drugoj državi članici ima istu formalnu dokaznu snagu kao u državi porijekla, ili dejstvo koje je tome najbliže, ukoliko to nije u očiglednom sukobu s javnim poretkom (*ordre public*) dotične države članice”. Time se priznaje procesnopravna dokazna snaga javne isprave prema stranom pravu (definicija u čl. 3 st. 1. (i)). Tako prema njemačkom pravu javne isprave dokazuju činjenice o kojima se u njima svjedoči, pri čemu je tu dokaznu snagu moguće obarati dokazivanjem suprotnog, npr. prema čl. 418. Zakona o parničnom postupku (Zivilprozessordnung, u daljem tekstu: ZPO), kao i čl. 54. Zakona o porodičnopravnom statusu osoba (*Personenstandsgesetz*, u daljem tekstu: PStG). Ova dokazna snaga isprave države porijekla se posredstvom člana 59. st. 1. tačka 1. Uredbe 650/2012 proteže na druge države članice, pri čemu tačan sadržaj stranog procesnog prava može biti dokazan formularom (tačka 2). Iz toga proizlazi da je član 59. procesnopravna koliziorna norma.<sup>76</sup> Takvim uređenjem Uredba 650/2012 izlazi izvan okvira dosadašnjeg prava Unije, iako je Sud EU već utvrdio da u oblasti primjene osnovnih sloboda u unutrašnjosti treba uzeti u obzir javne isprave drugih država članica<sup>77</sup>, što obuhvata i javne isprave u vezi s nasljednopravnim stvarima.<sup>78</sup> Međutim, iz ove obaveze uzimanja u obzir proizlazi samo da takvoj stranoj ispravi treba dati dokaznu snagu isprave, ali ne nužno i jaču dokaznu snagu domaće javne isprave.<sup>79</sup>

Na prvi pogled nije jasno šta se u članu 59. st. 1. tačka 1. podrazumijeva pod alternativnim upućivanjem na najbliže dejstvo u odnosu na formalnu dokaznu snagu koju ta isprava ima u državi porijekla. Iz ove formulacije se u

svakom slučaju ne može pročitati “dvostruko ograničenje formalne dokazne snage prema pravu države porijekla i države cilja”<sup>80</sup>, što ima za posljedicu da jednoj ispravi nikad ne može biti priznata jača dokazna snaga od one koja je predviđena u domaćem pravu. Kada bi se htjelo slijediti ovo tumačenje koje nije tek tako lako pomirljivo s formulacijom odredbe, onda *ordre public* klauzula u čl. 29. st. 1. tačka 1. ne bi imala nikakvu funkciju, jer bi se svakako kumulativno uvijek primjenjivalo i nacionalno procesno pravo. Činjenice u pogledu kojih se poseže za dokaznom snagom teško da mogu biti protivne javnom poretku, nego to može biti samo strano pravo i njegova primjena. Daleko svrsishodnije je referencu na najbliže dejstvo ograničiti na dokazna dejstva koja su nepoznata u domaćem procesnom pravu i tumačiti da “prihvatajući” organ ima obavezu da ispravi prema domaćem procesnom pravu dodijeli dejstva najbliža onim koja ima u stranom procesnom pravu.<sup>81</sup> Tada i *ordre public* klauzula ima smislen zadatak i to u pogledu primjene stranog procesnog prava. Tako će se kod nas “prihvatanje” isprave morati odbiti zbog kršenja javnog poretka, ukoliko strano procesno pravo ne dozvoljava poništenje dokazne snage dokazivanjem suprotnoga, drugačije od njemačkog prava kod uporedive isprave. Sudija ne smije biti primoran da otvorenih očiju donese odluku koja se zasniva na pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju (ali, uporedi i § 165. ZPO ili § 80. Zakona o prinudnoj prodaji i upravljanju – Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, u daljem tekstu: ZVG).

## 7. Evropska potvrda o nasljeđivanju

Uvođenje Evropske potvrde o nasljeđivanju – EPN u šestom poglavlju Uredbe 650/2012 možemo nazvati kvantnim skokom u evropeizaciji međunarodnog privatnog prava, potvrde kojom građani mogu i izvan granica svoje države i s jedinstvenim dejstvom dokazivati svoj pravni položaj nasljednika, legatara, izvršioca testamenta ili upravitelja zaostavštine, čl. 63. st. 1. Potreba za EPN nije za odbaciti, jer države članice imaju vrlo različite oblike službenih dokaza nasljedničkog položaja, koji se u drugim državama, prije svega u Njemačkoj, samo vrlo oprezno priznaju kao strane odluke ili razmatraju kao supstituti domaćeg dokaza o položaju nasljednika.<sup>82</sup> To bi se svakako nakon Uredbe moglo promijeniti. Potvrde o položaju

<sup>76</sup> Uporediti i tačku 61. Preambule kao i *Fitcher*, J. Priv. Int'l L. 8 (2012) 323, 356, po kojem čl. 59. “is intended to transmit foreign evidentiary and procedural rules”.

<sup>77</sup> Sud EU od 2. 12. 1997., C-336/94 (*Dafeki*), Zbirka sudske prakse 1997, I-6761, br. 19 (o potvrdama o statusu osoba).

<sup>78</sup> Prekogrančni nasljednopravni transferi i njihovo eventualno ograničenje kroz nepriznavanje stranih javnih isprava spadaju u polje primjene osnovnih sloboda, posebno slobode kretanja kapitala; vidjeti npr. Sud EU od 23. 2. 2006., C-513/03 (*van Hilten-van der Heijden*), Zbirka sudske prakse 2006, I-1957, ZEV 2006, 460 s komentarom Jochum, br. 42.

<sup>79</sup> OLG Köln od 3. 12. 2004., StAZ 2006, 53.

<sup>80</sup> Ali vidjeti i *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2397.

<sup>81</sup> U ovom pravcu i *Fitcher*, J. Priv. Int'l L. 8 (2012) 323 (356): “resort to the ‘most comparable effects’ may, assuming public policy compliance, only be an option when the incoming authentic instruments seeks ‘acceptance’ from an authority of a Member State which cannot grant actual foreign evidentiary effects because its legal systems is ignorant of such authentic instruments.”

<sup>82</sup> Uporediti i BayObLG od 27. 3. 1991, 1098; OLG Bremen od 19. 5. 2011, FamRZ 2011, 1892.

nasljednika država članica koje EPN ne dodiruje (čl. 62. st. 2. i 3.) eventualno mogu također biti “prihvaćene” širom Unije kao javne isprave prema čl. 59., ili biti priznate kao odluke u smislu člana 3. st. 1. (g) kao i člana 39. i sljedećih.<sup>83</sup>

Potvrda se izdaje po zahtjevu (detaljnije član 65.) od strane organa ili sudova one države članice, čiji su sudovi nadležni prema općim pravilima, pri čemu ovi organi očito ne mogu potvrditi o nasljeđivanju ograničiti na imovinu koja se nalazi na prostoru Unije prema članu 12., uporedi čl. 64. st. 1. tačka 1.<sup>84</sup> Nakon ispitivanja zahtjeva (detaljnije čl. 66.) organ izdaje potvrdu o nasljeđivanju (detaljnije čl. 67.), koja će se vizuelno i sadržinski značajno razlikovati od njemačke potvrde o svojstvu nasljednika kada se pogleda član 68. koji uređuje sadržaj potvrde. Neizvjesno je kojeg će obima biti formular koji još treba biti izrađen (čl. 67. st. 1. tačka 2.). Kako bi se zadržala kontrola u pogledu upotrebe potvrde, izdaju se samo ovjereni prepisi potvrde koji važe šest mjeseci (pravilo), nakon čega se moraju produžiti, čl. 70. Naravno, organ koji izdaje potvrdu može je ispraviti, izmijeniti ili opozvati, čl. 71. I treća lica mogu putem suda osporavati izdavanje potvrde, čl. 72. Organ koji je izdao potvrdu i sud kojem je podnesen pravni lijek mogu i prije izmjene ili opoziva, odnosno odluke o tom pravnom lijeku suspendovati dejstva potvrde, čl. 73.

U pogledu sadržaja potvrde je uočljiv jedan problem: prema čl. 68. (1) se ima navesti “nasljedni dio svakog nasljednika” koji kod nadživjelog bračnog partnera, barem u njemačkom pravu, može zavisiti od bračno-imovinskog režima koji se zasniva na paušalnom izjednačavanju uvećanja imovine, a koji pri tome nije obuhvaćen poljem primjene Uredbe 650/2012 (vidi *infra* 4.1) zbog čega se ne bi smio pojavljivati u potvrdi o nasljeđivanju, barem ne u pogledu njegovih pravnih djestava koja će biti prikazana u nastavku.<sup>85</sup> Međutim, evropski zakonodavac je prepoznao ovaj problem i u tački 12(2). Preambule razjašnjava da sudovi koji postupaju u nekom nasljednopravnom predmetu “u skladu s okolnostima pojedinačnog slučaja” smiju “uzeti u obzir” i uticaje uređenja bračno-imovinskog režima na udio ovlaštenika. Na taj način polja primjene procesnog prava (potvrda o nasljeđivanju, nadležnost) i kolizionog prava Uredbe možda nisu kongruentna. Pošto u pogledu uticaja bračno-imovinskog režima na nasljedne dijelove u Evropskoj uniji još uvijek ne vlada jedinstvenost u odlučivanju, sve dok koliziona pravila u pogledu bračno-imovinskog prava nisu ujednačena,<sup>86</sup> zamislivo je da potvrda o nasljeđivanju neće s aspekta svake države članice

korektno odražavati nasljedne kvote, iako potvrda razvija jedinstvena dejstva u svim državama članicama. Nevolje prijete i od strane neujednačenih kolizionih normi u pogledu prethodnih pitanja prema pravu mjerodavnom za nasljeđivanje, koje kod samostalnog vezivanja vode do potvrde o nasljeđivanju koja ne opisuje pravnu situaciju korektno za cijelu Evropsku uniju – još jedan razlog u korist nesamostalnog vezivanja (vidi *infra* 4.3.5.) nasljednopravnih prethodnih pitanja.<sup>87</sup>

Postavlja se pitanje koja su to *dejstva* potvrde o nasljeđivanju koja se prema čl. 69. st. 1. protežu na cjelokupnu Uniju? Prvo, potvrda ima dokazno dejstvo: prema čl. 69. st. 2. tačka 1. se presumira da su u njoj utvrđene činjenice istinite. Uz to dolazi i presumpcija da osoba koja je u potvrdi navedena kao nasljednik, legatar, izvršilac testamenta ili upravitelj zaostavštine, ovaj pravni položaj ima u navedenom obimu, čl. 69. st. 2 tačka 2. Obje presumpcije vrijede i u postupku registracije, čl. 69. st. 5., uporedi i § 35. Zakona o zemljišnim knjigama (Grundbuchordnung, u daljem tekstu: GBO) kao i tačku 18(5). Preambule. U pogledu mogućnosti obaranja ove presumpcije Uredba šuti; za pretpostaviti je pri tome da je protudokaz dozvoljen.<sup>88</sup> Nadalje potvrda razvija dejstva u pogledu zaštite savjesnosti i to u odnosu na izvršavanje obaveza prema osobi legitimiranoj u potvrdi (čl. 69. st. 3.), kao i u odnosu na raspolaganja te osobe (čl. 69. st. 4.), pri čemu znanje za netačnost podataka u potvrdi, ili neznanje usljed grube nepažnje (za razliku od članova 2366. i 2367. BGB) škodi. Dejstva u pogledu zaštite savjesnosti kod potvrde o nasljeđivanju svakako nastupaju samo ukoliko su, kako potvrda dokazuje, prema mjerodavnom pravu nasljednik, legatar, izvršilac testament ili upravitelj ostavine ovlašteni da prime izvršenje ili poduzmu akt raspolaganja, što na primjer kod legatara prema njemačkom kao i prema engleskom pravu, kada je *personal representative* jedini nosilac i upravitelj zaostavštine, svakako nije slučaj.

## 8. Postojeći bilateralni sporazumi država članica

Uredba ne dira postojeće sporazume država članica, čak i kada se oni odnose na pitanja na koja se primjenjuje Uredba, čl. 75. st. 1. tačka 1., podtačka 2. Ova zadržka se kod detaljnijeg razmatranja pokazuje kao Ahilova peta Uredbe. U Njemačkoj npr. i dalje vrijedi njemačko-turska konvencija o nasljeđivanju,<sup>89</sup> njemačko-perzijska konvencija o nastanu,<sup>90</sup> kao i njemačko-sovjetski konzularni ugovor,<sup>91</sup> koji svi sadržavaju pravila koja odstupaju

<sup>83</sup> Oprezno Dörner, ZEV 2012, 505, 512; Hertel, DnotZ 2012, 688, 689.

<sup>84</sup> Tako i Buschbaum/Simon, ZEV 2012, 525, 526.

<sup>85</sup> Tako Dörner, ZEV 2012, 505, 508: samo navođenje bračno-imovinske četvrtine prema čl. 68.(h) Uredbe s “informativnim karakterom”.

<sup>86</sup> Uporediti međutim fn. 10.

<sup>87</sup> Dörner, ZEV 2012, 505, 513.

<sup>88</sup> Tako i Janzen, DnotZ 2012, 484, 493.

<sup>89</sup> Aneks čl. 20. konzularnog ugovora između Njemačkog Reicha i Republike Turske od 28. 5. 1929., RGBl 1930 II, 758; vidjeti i čl. 16. konzularnog ugovora.

<sup>90</sup> Čl. 8. Konvencije o nastanu između Njemačkog Reicha i Perzijskog Carstva od 17. 2. 1929.

<sup>91</sup> Čl. 25. i dalji članovi Konzularnog ugovora od 25. 4. 1958.

od Uredbe i koja su djelimično zastarjela, ali koja će, zbog takvog opredjeljenja u Uredbi, za velike dijelove stranog stanovništva u Njemačkoj derogirati nova jedinstvena pravila. Evropski zakonodavac bi stoga države članice trebao ovlastiti i ohrabriti da ovakve sporazume po mogućnosti otkažu.<sup>92</sup>

## 9. Prelazne odredbe i prethodno djelovanje

Uredba 650/2012 već danas mora biti uzeta u obzir prilikom planiranja ostavine, iako će se Uredba primjenjivati tek na nasljednopravne slučajeve od 17. 8. 2015., čl. 83. st. 1., kao i čl. 84. st. 2., tačka 2. Izbor mjerodavnog prava ili raspolaganje za slučaj smrti učinjeni prije tog datuma i nakon tog datuma ostaju važeći ukoliko ispunjavaju bilo pretpostavke iz Uredbe ili dosadašnjih kolizionih pravila prava države u kojoj ostavilac ima prebivalište ili čiji je državljanin., čl. 83. st. 2. i st. 3. Prema drugačijoj engleskoj jezičkoj verziji člana 3. u pogledu starih raspolaganja osim toga važe i dosadašnje kolizione norme prava foruma. Nadati se da će ova greška u prevodu biti korigovana. Njemački državljanin koji želi da se na njega i nakon početka primjene Uredbe, neovisno o njegovom redovnom boravištu, primjenjuje njemačko nasljedno pravo, već danas može učiniti odgovarajući izbor mjerodavnog prava. Ostavioca treba upoznati s ovom mogućnošću prilikom savjetovanja, čak i kod čisto domaćih slučajeva, ukoliko ostavilac ne može isključiti mogućnost da će posljednje godine života provesti u inostranstvu. Istovremeno izbor mjerodavnog prava u skladu s čl. 25. st. 2. EGBG stranog državljanina koji je ograničen na nekretnine koje se nalaze na domaćoj teritoriji, koji je prema čl. 22. nevaljan, ostaje na snazi i nakon 17. 8. 2015., ukoliko je ostavilac u momentu izbora mjerodavnog prava imao redovno boravište u Njemačkoj.<sup>93</sup> Čl. 83. st. 4. sadrži fikciju izbora mjerodavnog prava ukoliko je ostavilac testirao na osnovu prava države čiji je državljanin.

## 10. Prvi zaključak

Veliki zakonodavni koraci nisu bili beščujni nego su digli veliku prašinu. Uredba 650/2012 će primjenjivačima prava u sljedećim godinama zadavati glavobolje. Pozitivno je što je evropski zakonodavac predvidio trogodišnji period vakacije koji treba iskoristiti. Ko je posmatrao borbu u vezi s Uredbom mogao je primijetiti da evropski zakonodavac – članovi komisije, zastupnici država članica

u Evropskom vijeću, kao ni parlamentarci, nisu odabrali liniju manjeg otpora. “Vjerovatno se radi o najtežem poduhvatu pravosudne saradnje u građanskim stvarima o kojem je ikad pregovarano u Briselu”, rezimirao je *Rolf Wagner*<sup>94</sup>. Pored sve kritike u pogledu detalja, ipak evropski zakonodavac zaslužuje poštovanje što je, unatoč svim sumnjama, ovaj projekat izveo do kraja.

PD dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxon)

### Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung

(Zusammenfassung)

*Am 4. Juli 2012 ist der europäische Gesetzgeber einen großen Schritt auf seinem Weg zur Verwirklichung eines einheitlichen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vorangekommen – eines Raums, dessen Schaffung die Europäische Union ihren Bürgern seit dem Vertrag von Amsterdam verspricht. Nach langen Vorarbeiten hat eines der bisher ambitioniertesten Projekte des europäischen Gesetzgebers im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen einen Abschluss gefunden: die europäische Erbrechtsverordnung, die umfassende Regelungen für grenzüberschreitende Erbfälle enthält und das mitgliedstaatliche internationale Erbrecht ab 2015 verdrängen wird. Der Beitrag stellt die wesentlichen Vorschriften der Verordnung dar und versucht, erste Problem- punkte zu identifizieren.*

### The new rules for cross-border successions in the European Union – a first reading of the Succession Regulation

(Summary)

*On 4 July 2012 the European legislator took an important move forward on its path to realising a common area of freedom, security and justice – an area which the European Union has promised its citizens since the Treaty of Amsterdam. After long negotiations, one of the most ambitious projects of the European legislator so far has been finalised: the European Succession Regulation, which contains comprehensive rules for cross-border successions and will supersede the national provisions after August 2015. The paper presents the most important provisions of the Regulation and tries to identify first issues which could arise when applying the new rules.*

između Savezne Republike Njemačke i Saveza sovjetskih socijalističkih republika, BGBI 1959 II, 233.

<sup>92</sup> Max Planck Institute, *RebelsZ* 74 (2010), 522, 532 i dalje.

<sup>93</sup> Previše paušalno od nevaljanosti polazi stoga *Lehmann*, *ZEV* 2012, 533.

<sup>94</sup> *NJW* 2012, 1333, 1334.



## Prava na izumu koja mogu biti predmet ovrhe – hrvatska, europska i međunarodna perspektiva

Doc. dr. sc. Romana Matanovac Vučković

Doc. dr. sc. Hano Ernst\*

UDK: 347.771:347.61

*Kod ovrhe na patentu valja uzeti u obzir obilježja patenta kao prava intelektualnog vlasništva kojim se štite izumi. U tome smislu predmet ovrhe može biti nacionalni patent, kao i patent stečen na temelju međunarodne prijave, te europski patent. Nadalje, predmeti ovrhe mogu biti i pravo iz prijave za priznanje patenta, konsenzualni patent, te svjedodžba o dodatnoj zaštiti. Za patente stečene na temelju nacionalne, međunarodne i europske prijave relevantan je nacionalni registar patenata, a za nacionalne i međunarodne prijave nacionalni registar patentnih prijava. Jedino je za europske patentne prijave relevantan europski registar patenata. Nakon stupanja na snagu predmet ovrhe moći će biti i unitarni patent koji će u ovrsi biti podložan hrvatskom pravu s učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje u području patenata, u onim slučajevima kada podnositelj prijave za stjecanje takvog patenta ima prebivalište ili glavno sjedište, podredno sjedište u Hrvatskoj.*

*Načelo teritorijalnosti kod ovrhe na patentu djeluje u dva smjera. S jedne strane, patent je vezan uz područje države koja ga je u odnosu na svoj teritorij priznala. S druge strane, prema ovršnom pravu ovrhu stranih sudskih odluka na području neke države provode sudovi države na čijem se teritoriju ovrha provodi. Stoga ovrhu na patentu koji proizvodi učinke u Hrvatskoj mogu provoditi isključivo hrvatski sudovi prema hrvatskome pravu.*

**Ključne riječi:** izum, prava na izumu, patent, ovrha, ovrha na patentu

### 1. Uvod

Sve se češće govori o intelektualnom vlasništvu kao vrijednom dijelu imovine, kako poslovnih subjekata tako i drugih osoba koji se bave znanstvenim, stručnim i kreativnim radom, bilo da je riječ o područjima tehničkih znanosti ili drugim kreativnim, znanstvenim i umjetničkim područjima. Među predmetima koji se štite raznim oblicima prava intelektualnog vlasništva svakako vrlo važno mjesto zauzima patent kao pravo koje se uobičajeno svrstava među prava industrijskog vlasništva. U Hrvatskoj su propisi u području patenata u cijelosti usuglašeni s najvišim europskim i svjetskim standardima.<sup>1</sup>

Jednako tako, i upravna praksa priznavanja patenata koju u Hrvatskoj provode Državni zavod za intelektualno vlasništvo<sup>2</sup> kao prvostupanjsko tijelo i Žalbena vijeća u području industrijskog vlasništva<sup>3</sup> kao drugostupanjsko tijelo odgovaraju spomenutim standardima. I trgovački sudovi koji su nadležni za postupke zaštite patenata (kao i drugih prava intelektualnog vlasništva) od povrede, sustavno rade na kontinuiranom obrazovanju i usavršavanju sudaca u području patenata (i drugih prava intelektualnog vlasništva). Međutim, usprkos tomu, sam broj patenata koji važe na području Hrvatske vrlo je malen i nedostatan da bi se moglo govoriti o bilo kakvoj sustavnoj politici primijenjenih znanstvenih i stručnih istraživanja i

(dalje u tekstu ZoP); Pravilnik o patentu Narodne novine 117/07, 03/11, 66/11, 145/12 i 85/13 (dalje u tekstu PoP); Ugovor o suradnji na području patenata [*Patent Cooperation Treaty*] Narodne novine Međunarodni ugovori 3/98, 10/98 (dalje u tekstu PCT) i Pravilnik prema Ugovoru o suradnji na području patenata [Rules under the Patent Cooperation Treaty] Narodne novine Međunarodni ugovori 10/98, 3/01, 4/02, 15/02, 1/03, 18/03, 3/05, 3/06, 5/08, 12/08, 5/09, 4/10 i 9/11 (dalje u tekstu Pravilnik uz PCT); Europska patentna konvencija [*European Patent Convention*] Narodne novine Međunarodni ugovori 8/07 i 1/08 (dalje u tekstu EPC) i Provedbeni pravilnik Europske patentne konvencije [*Implementing Regulations to the European Patent Convention*] (dalje u tekstu Provedbeni pravilnik EPC); Uredba (EZ) br. 469/09 Europskog parlamenta i Vijeća od 6. svibnja 2009. koja se odnosi na uvođenje svjedodžbe o dodatnoj zaštiti za lijekove namijenjene ljudima ili životinjama, kako je dopunjavana SL L 152, 16. 6. 2009. [*Regulation (EC) No 469/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products (Codified version)*] (dalje u tekstu: Uredba (EZ) br. 469/2009) te Uredba (EZ) br. 1610/96 Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 1996. koja se odnosi na uvođenje svjedodžbe o dodatnoj zaštiti za proizvode za zaštitu bilja, kako je dopunjavana, SL L 198, 8. 8. 1996. sa svim izmjenama i dopunama [*Regulation (EC) No 1610/96 of the European Parliament and of the Council of 23 July 1996 concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products*] (dalje u tekstu: Uredba (EZ) br. 1610/1996).

<sup>2</sup> Državni zavod za intelektualno vlasništvo (dalje u tekstu Zavod) u Hrvatskoj ima status državne upravne organizacije koja je nadležna za postupke registracije i održavanja u vrijednosti prava industrijskog vlasništva među koje pripada i patent. Vidi čl. 4. i 30. Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstva i drugih središnjih tijela državne uprave (Narodne novine 150/11, 22/12 i 39/13).

<sup>3</sup> Žalbena vijeća u području prava industrijskog vlasništva odlučuju o žalbama koje se podnose protiv odluka Zavoda. Uređena su u čl. 91. do 94. ZoP. Više vidi R. Matanovac, "Žalba u postupcima za stjecanje prava industrijskog vlasništva i sudska nadležnost u odlučivanju o zakonitosti tih odluka – stanje nakon novela iz 2007. godine, dvojbe i perspektive", u: R. Matanovac (ur.), *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu* (Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, Zagreb, 2007), str. 89, na str. 89. do 113.

\* Katedra za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

<sup>1</sup> U Hrvatskoj su na snazi sljedeći propisi u području patenata relevantni za ovrhu na patentu: Zakon o patentu Narodne novine 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11 i 76/13

patentiranja,<sup>4</sup> kako u javnom tako i u privatnom sektoru. U tome području Hrvatska treba još puno raditi, osobito ako se uzme u obzir da su jedan od temelja razvoja Europske unije prema Strategiji Europa 2020 upravo ulaganja u istraživanje i razvoj te inovacije.<sup>5</sup> Napori pojedinih javnih institucija (kao što su hrvatska sveučilišta i pojedini fakulteti, Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta te Hrvatska poslovno-inovacijska agencija BICRO), pa i pojedinih privatnih gospodarskih subjekata koji mogu biti primjer dobrog ulaganja u istraživanje i razvoj, predstavljaju tek manje dijelove sustavnog pristupa koji bi se trebao izgraditi na državnoj razini, kako u području istraživanja i razvoja tako i u području komercijalizacije intelektualnih tvorevina koje nastaju kao njihov rezultat. To je, uostalom, i jedna od zadaća Hrvatske prema Strategiji Europa 2020. S druge strane, malen broj patenata upućuje i na zaključak da Hrvatska kao tržište nije zanimljiva za inozemne subjekte koji se bave proizvodnim i uslužnim djelatnostima u području novih tehnologija. Naime, netko tko na tržište plasira proizvode i usluge koji se temelje na novim tehnologijama, svakako će nastojati na takvom tržištu osigurati pravnu zaštitu kroz patentiranje, a podaci o malom broju patenata u važenju na području Hrvatske ukazuju na upravo suprotnu gospodarsku praksu.

Slijedom činjenice da je sam broj patenata u Hrvatskoj vrlo malen, ni ovrha na patentu uistinu nije nešto s čime se može redovito susresti u praksi.<sup>6</sup> No, ipak, odlučili smo obraditi ovu temu i time dati mali doprinos nastojanjima da se pravni okvir u području patenata unaprijedi i u onim graničnim područjima koja predstavljaju građanskopravne

institute primijenjene na patente. Cilj je ovog rada upozoriti da patent i druga prava vezana uz izume<sup>7</sup> mogu biti vrlo vrijedni dijelovi imovine, a time i objekti ovrhe, što do sada nije bilo prepoznato. Razlozi za to su različiti, no sasvim je sigurno jedan od najvažnijih razloga za izbjegavanje ovrhe na patentu taj što ona nije ni najmanje jednostavna, kako ne iz postupovnog tako posebice niti iz supstancijalnog kuta gledanja, što proizlazi iz naravi i gospodarske svrhe patenata.

Dakle, nedvojbeno jest da patent može biti predmet ovrhe. To izričito proizlazi iz čl. 62.a ZoP.<sup>8</sup> Sud koji provodi ovrhu po službenoj dužnosti obavješćuje Zavod o pokrenutoj ovrhi na patentu radi upisa u registar. Od upisa u registar ovrha ima učinak prema trećima. Činjenica da se provodi ovrha na patentu objavljuje se u službenom glasilu Zavoda.<sup>9</sup> Također, i u Ovršnom zakonu<sup>10</sup> sadržana su pravila koja upućuju na to da patent može biti predmet ovrhe. Tako je u čl. 242. st. 1. tč. 5. OZ propisano da se ovrha protiv pravne osobe koja svoju djelatnost obavlja radi stjecanja dobiti može provesti na njenim patentima, tehničkim unaprjeđenjima i drugim pravima, bez ograničenja. Slijedom odredaba iz čl. 243. st. 2. te čl. 75. st. 3. OZ navedeno pravilo primjenjuje se i u odnosu na ovrhu protiv druge pravne osobe kao i protiv fizičke osobe koja obavlja registriranu djelatnost. Konačno, i u dijelu OZ u kojem je uređena ovrha na drugim imovinskim odnosno

<sup>4</sup> U Hrvatskoj je od 1. siječnja 1992. do 22. kolovoza 2013. godine podneseno ukupno 15.923 prijave za registraciju patenta, među kojima je 7.149 domaćih te 8.774 stranih podnositelja. U 2013. godini je do 22. kolovoza podneseno ukupno 187 prijava među kojima je 171 domaćih i 16 stranih podnositelja. Na dan 22. kolovoza u Hrvatskoj je na snazi 3.870 patenata i 398 konsenzualnih patenata, što ukupno čini 4.268 patenata. Izvor: Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva 8/2013, dostupno na <<http://www.dziv.hr/hr/glasnik-hgiv/pregled-glasnika/>> (posljednji posjet 30. 8. 2013.)

<sup>5</sup> Strategija je objavljena u dokumentu *COM(2010) 20202 final Europe 2020 Strategy for smart, sustainable and inclusive growth*. Prvi među tri prioriteta te strategije koji se međusobno nadopunjuju jest pametan rast koji se temelji na razvijanju ekonomije utemeljene na znanju i inovaciji. Nadalje, prva među četiri glavne prioritetne teme te strategije je "Unija inovacija" kojoj je cilj unaprjeđenje okvirnih uvjeta i dostupnosti financiranja za istraživanje i inovacije kako bi se osigurala mogućnost transformacije inovativnih ideja u proizvode i usluge koje stvaraju rast i radna mjesta. Shodno tome jedan od glavnih ciljeva te strategije jest investiranje 3% BDP-a u istraživanje i razvoj.

<sup>6</sup> Prema podacima iz registra patenata kojima raspolaže Državni zavod za intelektualno vlasništvo u vrijeme pisanja ovoga rada registrirana je tek jedna ovrha i to na konsenzualnom patentu koji je prestao važiti. (Izvor: e-mail od 22. 8. 2013. upućen autorima ovog rada iz info centra Zavoda INCENTIV).

<sup>7</sup> Definiciju i obilježja izuma vidjeti npr. kod S. Marković, *Patentno pravo*, 1. izdanje (Beograd, Nomos, 1997), str. 63. do 68.

<sup>8</sup> Pravila o ovrhi na patentu su u ZoP uvrštena tek novelom iz 2007. godine (vidi čl. 20. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o patentu Narodne novine 76/07). Do tada propisi o patentima u Hrvatskoj nisu sadržavali odredbe kojima bi se uredilo pitanje ovrhe na patentu, kako ne Zakon o patentima iz 1999. godine tako ni Zakon o industrijskom vlasništvu koji je bio preuzet iz bivše države. Međutim, već je Ovršni zakon iz 1996. godine jasno u čl. 199. st. 1. upućivao da je ovrha na patentu moguća i dopuštena. Prema tome, nema mjesta tvrdnjama da bi do 2007. godine ovrha na patentu u Hrvatskoj bila nemoguća ili nedopuštena. Za razliku od patenata, već je Zakon o žigu iz 1999. godine sadržavao odredbe o ovrhi na žigu (čl. 32.). Vidi više J. Čizmić, D. Zlatović, *Komentar Zakona o žigu*, (Zagreb, Faber i Zgombić, 2002), str. 254. Također, i Zakon o žigu iz 2003. godine koji je s izmjenama i dopunama na snazi do danas, sadrži odredbe o ovrhi na žigu (čl. 40). O ovrhi na žigu prema važećem Zakonu o žigu (Narodne novine 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11) i drugim relevantnim propisima vidi više R. Matanovac Vučković, H. Ernst, "Ovrha na žigu – kako premostiti podnormiranost?", u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, (Rijeka, Pravni fakultet, 2013, v. 34, br. 1), str. 173., na str. 173. do 208.

<sup>9</sup> Vidi čl. 61.a st. 2. ZoP.

<sup>10</sup> Ovršni zakon Narodne novine 112/12 i 25/13 (dalje u tekstu OZ). Riječ je o zakonu koji je stupio na snagu 15. listopada 2012. godine, osim odredaba iz čl. 356. do 364. kojima se uređuje europski ovršni nalog i koje su stupile na snagu na dan kada je Republika Hrvatska pristupila u Europsku uniju. Njegovim stupanjem na snagu prestao je važiti Ovršni zakon Narodne novine 139/10, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12 i 80/12.

materijalnim pravima, u čl. 239. u kojem se uređuje mjesna nadležnost također se izrijekom navode patenti i tehnička unaprjeđenja kao i slična ovršenikova prava (st. 1.).

Upravo u situacijama u kojima neki poslovni subjekt ima patent, može biti riječ o vrijednom dijelu imovine koji može dopuniti ili čak predstavljati u cijelosti vrijednost koju je potrebno namaknuti da bi se namirila vjerovnikova tražbina. U ovome radu bavimo se obilježjima patenta i drugih prava na izumu koji su relevantni za ovršno pravo. Naime, u odluci koja pravila i na koji način se primjenjuju kod ovrhe na patentu valja uzeti u obzir i sva obilježja patenta kao subjektivnog prava intelektualnog vlasništva kojim se štite izumi i načine njegova stjecanja, ali i specifična druga subjektivna prava vezana uz izume kao što su pravo na patent (izumiteljsko pravo), pravo iz prijave patenta, te pravo iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti, budući da i ona mogu biti predmeti ovrhe. Treba uzeti također u obzir i različite registre patenata i patentnih prijava koji postoje vezano uz postupak priznanja patenta na temelju nacionalne, međunarodne i europske prijave patenta.

Ovdje će se obraditi i unitarni patent koji će na području Europske unije tek stupiti na snagu a koji također može biti predmet ovrhe.

## 2. Patent kao registarsko pravo

Postoji niz subjektivnih prava vezanih uz izume: pravo na stjecanje patenta, kraće pravo na patent (izumiteljsko pravo), pravo iz prijave patenta, pravo iz patenta, pravo iz konsenzualnog patenta, te pravo iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti. Istodobno, izum se može štititi i tajnošću. Dok su izumiteljsko pravo i zaštita izuma (poslovnom) tajnom neregistarska prava, sva ostala navedena subjektivna prava se registriraju.

Ovdje će se obraditi i svi načini stjecanja patenta: na temelju nacionalne prijave, na temelju međunarodne prijave patenta ili PCT prijave kao i na temelju europske prijave patenta. Obradit će se i unitarni patent koji će kao novo unitarno pravo intelektualnog vlasništva tek stupiti na snagu u Europskoj uniji.

Ovo se obrađuje stoga što pravila o ovrsi mogu biti različita, s obzirom na sva navedena različita prava na izumima kao i na sve navedene načine stjecanja patenta.

### 2.1. Subjektivna prava na izumu

Patent se u Hrvatskoj kao i u svim ostalim državama članicama Europske unije te diljem svijeta stječe u posebnom upravnom postupku za priznanje patenta u kojem nadležno tijelo donosi odluku o priznanju koja se objavljuje, te se patent upisuje u poseban registar patenata koji je javan i koji se u pravilu vodi u elektroničkom obliku. Patent je isključivo subjektivno pravo koje štiti svog nositelja u pogledu gospodarskog iskorištavanja njegovog izuma.<sup>11</sup>

Patentom se može štititi svaki izum iz bilo kojeg područja tehnike,<sup>12</sup> koji je nov,<sup>13</sup> koji ima inventivnu razinu<sup>14</sup> i koji je industrijski primjenjiv.<sup>15</sup> Patentna zaštita izuma je ograničena na područje države u kojoj je patent priznat. Upravni postupak za priznanje patenta za područje jedne države provodi ovlašteno tijelo u kojem država kao suveren na svom području dopušta privatnoj osobi uživanje monopola u pogledu gospodarskog iskorištavanja njenog izuma.<sup>16</sup> Različite su teorije koje opravdavaju postojanje patenta kao isključivog prava,<sup>17</sup> no u svakom slučaju razlog nastanka i opstanka patenta izrazito odražava gospodarske interese, kako privatne tako i javne. Sažeto rečeno, države na svojim područjima dodjeljuju monopol u pogledu gospodarskog iskorištavanja izuma zaštićenog patentom čime štite privatnu investiciju, ali istodobno štite i svoj interes usmjeren na poticanje i omogućivanje ukupnog tehnološkog razvoja. U preispitivanju potrebe

*op. cit.* u bilj. 7, str. 2, V. Besarović, *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, 1. izdanje (Beograd, NIO Poslovna politika, 1984), str. 44, W. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5. izdanje (London, Sweet & Maxwell, 2003), str. 7.

<sup>12</sup> Ipak, budući da izum zaštićen patentom daje svojem nositelju isključivo pravo iskorištavanja izuma, propisima su određene kategorije izuma u javnom interesu izuzete od patentne zaštite. Nositelj patenta može tijekom trajanja patenta na području za koje je patent priznat svakome zabraniti korištenje svog izuma. Drugim riječima, nositelj patenta ima monopol u određenom vremenskom razdoblju u pogledu iskorištavanja svoga izuma. Stoga su u interesu zaštite npr. javnog zdravlja po ZoP, iz patentne zaštite izuzeti izumi koji se odnose na dijagnostičke ili kirurške postupke ili postupke liječenja koji se primjenjuju neposredno na ljudskom ili životinjskom tijelu osim proizvoda, posebno tvari i smjesa koje se primjenjuju u navedenim postupcima (čl. 6. tč. 3. ZoP).

<sup>13</sup> Izum je nov ako nije sadržan u stanju tehnike. Novost izuma procjenjuje se po objektivnom kriteriju: pod stanjem tehnike podrazumijeva se sve što je poznato javnosti bilo gdje u svijetu, na bilo koji način (pisano, usmeno, uporabom), prije datuma podnošenja prijave patenta. (Vidi detaljno čl. 8. ZoP) Za razliku od patenata, npr. novost kod autorskog prava procjenjuje se po subjektivnom kriteriju: novim se smatra autorsko djelo ako je ono novo za svoga tvorca, autora, bez obzira na to postoji li takav isti izražaj negdje dalje u svijetu.

<sup>14</sup> Izum ima inventivnu razinu ako za stručnu osobu iz odgovarajućeg područja ne proizlazi na očigledan način iz postojećeg stanja tehnike. Za takav izum se još kaže i da je neočigledan. (Vidi čl. 10. ZoP).

<sup>15</sup> Izum je industrijski primjenjiv (praktično primjenjiv u industrijskom opsegu) ako se njegov predmet može proizvesti ili upotrijebiti u bilo kojoj grani industrije, uključujući poljoprivredu. (Vidi čl. 11. ZoP).

<sup>16</sup> Patentom se može štititi kako proizvod tako i postupak, te određena primjena nekog proizvoda ili postupka.

<sup>17</sup> U stručnoj literaturi su se vremenom razvile četiri teorije o patentnom pravu, koje nužno ne isključuju jedna drugu i koje imaju dalje izdiferencirane podoblike. To su teorija ugovora, prirodopravna teorija, teorija nagrade i teorija podsticaja/stimulacije. Više vidi npr. Verona, *op.cit.* u bilj. 11, str. 67. i 68, Marković, *op.cit.* u bilj. 7, str. 24. do 38.

<sup>11</sup> Definiciju patenta vidi npr. A. Verona, *Pravo industrijskog vlasništva*, 1. izdanje (Zagreb, Informator, 1978), str. 70, Marković,

za opstojnošću patenta kao isključivog i vremenski ograničenog prava monopolnog karaktera, zaključilo se da je primarna funkcija patentnog sustava unaprjeđenje inovacija i poticanje razvoja novih tehnologija. Tehnološki razvoj počiva na inovacijskoj aktivnosti pojedinaca – izumitelja i onih koji ulažu u istraživanje i razvoj te im je zato potrebno osigurati pravnu zaštitu. Ona se na najracionalniji način postiže kroz sustav zaštite izuma patentom koji djeluje erga omnes na području države za koju je priznat.

### 2.1.1. Izum zaštićen tajnom

Moguće je izum štititi i tajnošću, u kojem se slučaju neće provoditi postupak ispitivanja patenta. Osoba koja ima izum jednostavno ga drži u tajnosti i nikome ga ne razotkriva. U slučaju da ga drugome razotkrije mora tu osobu istodobno obvezati na čuvanje tajnosti podataka o izumu. Ovakav oblik pravne zaštite izuma nema veze s patentiranjem. Međutim, taj izum koji čini dio poduzeća, poslovne cjeline,<sup>18</sup> mogao bi biti obuhvaćen ovrhom u okviru ovrhe poduzeća ili dijela poduzeća koji čini samostalan pogon i u kojemu se taj izum rabi.<sup>19</sup> Dakle, vezano uz pitanje ovrhe na tajnom izumu valja uočiti da se na takvu ovrhu ne primjenjuju pravila o ovrsci na patentu već o ovrsci na poduzeću.

### 2.1.2. Izumiteljsko pravo

U kontekstu izuma zaštićenog tajnom valja spomenuti i pravo na patent ili izumiteljsko pravo.<sup>20</sup> Tu je riječ o subjektivnom pravu koje se ne registrira, koje nastaje u trenutku stvaranja izuma, tj. pronalaska novog rješenja nekom tehničkom problemu koje je novo, ima inventivnu razinu i industrijski je primjenjivo. Dakle, izumitelj kao fizička osoba koja je stvorila izum stječe činom stvaranja izuma izumiteljsko pravo. Sadržaj tog subjektivnog prava vrlo je uzak i sastoji se u pravu podnijeti prijavu za

registraciju patenta. Dakle, podnošenjem prijave za registraciju patenta izumiteljsko pravo se konzumira i ono prestaje. Nadalje, budući da je pretpostavka za stjecanje patenta novost izuma, izumitelj ne smije prije podnošenja prijave za registraciju svoj izum otkriti javnosti jer će time uništiti novost patenta i svoju mogućnost priznanja patenta za taj izum. Time će ujedno izgubiti i izumiteljsko pravo budući da ono prestaje u trenutku kada izum prestane biti nov. I naposljetku, ovdje valja upozoriti da se u hrvatskom patentnom pravu, kao i drugdje u Europskoj uniji, primjenjuje načelo *prior tempore potior iure* kojim se rješava situacija konkurencije dva izumiteljska prava u odnosu na isti izum. Drugim riječima, ako su dva izumitelja djelovala neovisno jedan o drugome i stvorila isto rješenje za isti tehnički problem, tj. isti izum, obojica će steći izumiteljsko pravo, tj. pravo na svoje ime registrirati patent. U konkurenciji ta dva prava prednost će imati onaj tko prvi podnese patentnu prijavu – on će time isključiti drugoga od mogućnosti stjecanja patenta za isti izum. Često se to načelo označuje engleskim izrazom *first-to-file*.<sup>21</sup>

Postavlja se pitanje bi li izumiteljsko pravo, s obzirom na njegovu pravnu narav kakva je prethodno opisana, moglo biti predmetom ovrhe. U čl. 62.a st. 4. ZoP, u kojem se uređuje primjena pravila o ovrsci *mutatis mutandis* i na konsenzualni patent, pravo iz prijave i pravo iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti, izumiteljsko pravo se ne spominje. No, to je i logično, budući da je nemoguće primijeniti pravila iz čl. 62.a ZoP o ovrsci na patentu na odgovarajući način na izumiteljsko pravo jer je ono neregistrirano pravo. Stoga bi trebalo zastupati stajalište o izumiteljskom pravu kao “drugom imovinskom pravu” odnosno “sličnom ovršenikovu pravu” na kojemu se može provesti ovrha, sukladno čl. 240. OZ. Ipak, valja imati na umu da je vjerojatnost da ovrhovoditelj znade za postojanje izumiteljskog prava malena, budući da će u pravilu izumitelj koji želi konzumirati svoje izumiteljsko pravo u fazi prije podnošenja prijave za priznanje patenta izum držati tajnim. Ipak, ponekad je moguće da ovrhovoditelj sazna za postojanje izumiteljskog prava na nekoj međunarodnoj izložbi, zbog zlouporabe treće osobe<sup>22</sup> ili slijedom podnošenja prijave za priznanje patenta za isti izum u nekoj drugoj državi (pod uvjetom da prijava bude na zahtjev podnositelja objavljena prije isteka od 18 mjeseci od podnošenja).<sup>23</sup> Pravila o ovrsci na takvom pravu, budući da je riječ o neregistriranom pravu, razlikuju se od pravila o ovrsci na registriranim pravima kakvo je patent. Također, treba napomenuti da izumiteljsko pravo ima i

<sup>18</sup> U ovome kontekstu poduzeće je zajednica imovine i osoba, odnosno spoj kapitala i rada pod jedinstvenim vodstvom, usmjerena na ostvarivanje gospodarskih ciljeva i jedinstveno istupanje na tržištu. Ta gospodarska cjelina nema pravnu osobnost, već na tržištu istupa, te u pravne odnose ulazi nositelj poduzeća ili poduzetnik, bez obzira na njegov organizacijski oblik, način financiranja te namjeravano ili stvarno ostvarivanje dobiti. Tako J. Barbić, *Pravo društava, knjiga prva*, 1. izdanje (Zagreb, Organizator, 1999), str. 196. Više vidi i J. Barbić, “Poduzeće – pojam i značenje”, 11 *Računovodstvo, revizija i financije* (2001), str. 114, na str. 114 do 121.

<sup>19</sup> Ne bi trebalo biti spora oko toga da poduzeće u opisanom smislu, kao i proizvodni pogon ili obrt (uz određena ograničenja) mogu biti predmeti ovrhe. Vidi više M. Dika, *Građansko ovršno pravo (I. knjiga – Opće građansko ovršno pravo)*, 1. izdanje (Zagreb, Narodne novine, 2007), str. 615., koji poduzeće svrstava “pod druga imovinska prava” na kojima je sukladno čl. 239. OZ moguće provesti ovrhu.

<sup>20</sup> Više o izumiteljskom pravu vidi R. Matanovac Vučković, “Hrvatska i Makedonija u europskom patentnom sustavu”, u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (Zagreb, Pravni fakultet, vol. 61, br. 2., 2011), str. 675., na str. 682. do 684.

<sup>21</sup> Vidi čl. 22. ZoP.

<sup>22</sup> U ova dva slučaja riječ je o razotkrivanju izuma bez štetnih posljedica iz čl. 9. ZoP.

<sup>23</sup> To proizlazi iz mogućnosti podnositelja prijave za registraciju patenta da se pozove na pravo prvenstva ranije prijave za isti izum podnesene u državi članici Pariške unije ili Svjetske trgovinske organizacije. Vidi čl. 23. do 28. ZoP.

svoju moralnu, osobnu komponentu<sup>24</sup> koja je neotuđiva i neprenosiva i na kojoj se ne može provesti ovrha.

Vezano uz izum koji se štiti tajnom i izumiteljsko pravo, naposljetku valja uočiti da bi izumiteljsko pravo na izumu koji se rabi u nekom poduzeću moglo bi biti i predmetom ovrhe u okviru ovrhe na tome poduzeću, kao što je prethodno napomenuto uz izume koji se štite tajnom. No, istodobno valja uočiti da izumiteljsko pravo postoji bez obzira na to rabi li se izum u nekom poduzeću ili ne. Time ono predstavlja samostalno subjektivno pravo ograničenog sadržaja i kao takvo može biti samostalan predmet ovrhe.

### 2.1.3. Pravo iz patenta

Kad je riječ o ovrsci na patentu, misli se u prvome redu na registrirani patent koji za svojeg nositelja stvara isključiva prava opisana u čl. 58. ZoP (te u čl. 59. ako je riječ o patentu iz područja biotehnologije). Ukratko rečeno, nositelj patenta ima isključivo pravo gospodarski iskorištavati predmet svojeg patenta kroz razdoblje od 20 godina, računajući od datuma podnošenja prijave za registraciju patenta, te može svakome drugome zabraniti takvo iskorištavanje. Takvo subjektivno pravo naziva se pravom iz patenta ili pravom iz registracije patenta.<sup>25</sup> Pravo iz patenta nastaje u trenutku objave podatka o priznanju patenata na temelju odluke nadležnog tijela da se priznaje patent jer je izum koji je njegov predmet nov, industrijski primjenjiv i ima inventivnu razinu, te budući da ne postoje razlozi za isključenje patentibilnosti.<sup>26</sup> Učinci tog subjektivnog prava djeluju retroaktivno, od trenutka podnošenja prijave za registraciju.<sup>27</sup> Pravo iz patenta je sadržajem puno, cjelovito pravo i na njemu se redovito može provesti ovrha. Kao što je rečeno, patent traje 20 godina.

### 2.1.4. Pravo iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti

U odnosu na neke vrste izuma moguće je produžiti trajanje isključivih prava do maksimalno pet godina putem

instituta koji se naziva svjedodžba o dodatnoj zaštiti. On je uređen u čl. 87.a do 87.l ZoP, no riječ je tek o odredbama kojima je svrha omogućiti neposrednu primjenu Uredbe (EZ) 469/2009 koja se odnosi na medicinske proizvode i Uredbe (EZ) 1610 koja se odnosi na herbicide i pesticide.<sup>28</sup> Na temelju tih uredaba nadležna tijela država članica Europske unije na isti način i pod istim pretpostavkama dodjeljuju svjedodžbe o dodatnoj zaštiti s važenjem za njihovo područje. Svjedodžba o dodatnoj zaštiti daje sadržajem ista isključiva prava kao i patent,<sup>29</sup> ali je predmet zaštite drukčiji, tj. uži. Naime, njome se štiti samo aktivna supstanca medicinskog proizvoda<sup>30</sup> odnosno proizvoda za zaštitu bilja. Zato i nije riječ o produženju zaštite patentom već ovaj oblik zaštite nosi drugo ime – svjedodžba o dodatnoj zaštiti.

Budući da pravo iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti daje sadržajno ista subjektivna isključiva prava iz čl. 58. ZoP koja daje patent, ali u odnosu na suženi dio prvobitnog izuma (aktivnu supstancu), i pravila o ovrsci na svjedodžbi su ista pravila koja se primjenjuju na patent. U čl. 62.a st. 4. ZoP izričito je uređeno da se pravila o ovrsci na patentu iz toga članka na odgovarajući način primjenjuju i na ovrhu na pravu iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti.

Budući da prema čl. 87.b st. 1. ZoP Zavod vodi registar svjedodžbi o dodatnoj zaštiti, ovrha na svjedodžbi upisuje se u taj registar na isti način i primjenom istih pravila koja se primjenjuju na registraciju ovrhe na patentu.

### 2.1.5. Konsenzualni patent

Pored patenta koji traje 20 godina i u odnosu na kojeg su u postupku potpunog ispitivanja patentni ispitivači – stručnjaci u području kojem pripada izum posebno educirani za provedbu postupka potpunog ispitivanja (engl. *person skilled in the art*) – provjerili je li izum nov, ima li inventivnu razinu i je li industrijski primjenjiv, postoji u hrvatskome pravu i konsenzualni patent.<sup>31</sup> Takav se patent u drugim državama često naziva i malim patentom (engl. *small patent*) ili neispitanim patentom. Riječ je o vrsti registracije koja nositelju konsenzualnog patenta na vrijeme od 10 godina<sup>32</sup> daje sadržajno jednaka isključiva prava<sup>33</sup> kao i nositelju patenta za kojeg je proveden postupak potpunog ispitivanja, no ta su prava uvjetna. Naime, u postupku registracije patenta podnositelj prijave u roku od šest mjeseci od objave prijave patenta mora

<sup>24</sup> Vidi čl. ZoP.

<sup>25</sup> Više o pravu iz patenta vidi Matanovac Vučković, *loc. cit.* u bilj. 20, str. 688. do 692. Nešto drukčije shvaćanje sadržaja prava vidi Z. Parać, "Patentirani izum i know-how kao predmeti ugovora o licenci", u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (Zagreb, Pravni fakultet, vol. 36, br. 3–4, 1986), str. 469, na str. 477. do 479.

<sup>26</sup> Vidi čl. 51. st. 1. ZoP. Podatak o priznanju patenta objavljuje se u prvom idućem broju službenog glasila Zavoda, računajući od datuma donošenja rješenja o priznanju. Rješenje o priznanju patenta ima učinak od datuma objave podatka o priznanju. Vidi i čl. 49. st. 1. ZoP. Podaci iz rješenja o priznanju patenta, s datumom donošenja rješenja, upisuju se u Registar patenata koji vodi Zavod. Ove odredbe upućuju na zaključak da se prava iz patenta stječu objavom podataka o priznanju s učinkom *ex tunc*, od datuma podnošenja prijave patenta. Objava ima, dakle, konstitutivno značenje za stjecanje prava. Slijedom toga, registracija patenta je tek deklaratoran akt o činjenici da je patent priznat.

<sup>27</sup> Vidi čl. 70. st. 1. ZoP.

<sup>28</sup> Više o tome institutu vidi R. Matanovac Vučković, *Zbirka propisa u području prava intelektualnog vlasništva, uvodna studija: Intelektualno vlasništvo i pristupanje Europskoj uniji – novele zakona iz 2007. godine*, (Zagreb, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2008), str. 30. i 31. te 41. i 42.

<sup>29</sup> Vidi čl. 5. Uredbe (EZ) 469/2009 i čl. 5. Uredbe (EZ) 1610/96.

<sup>30</sup> Vidi čl. 4. Uredbe (EZ) 469/2009 i čl. 4. Uredbe (EZ) 1610/96.

<sup>31</sup> Vidi čl. 41. ZoP.

<sup>32</sup> Vidi čl. 70. st. 2. ZoP.

<sup>33</sup> I za konsenzualni patent sadržaj prava treba potražiti u čl. 58. ZoP.

podnijeti zahtjev za priznanje patenta. On u tome zahtjevu može odabrati želi li da se provede postupak potpunog ispitivanja ili da mu se prizna patent bez postupka potpunog ispitivanja.<sup>34</sup> Ako odabere potonje, riječ je o konsenzualnom patentu. Dakle, u odnosu na takav izum neće se ispitivati novost, inventivna razina i industrijska primjenjivost, već će se presumirati da su te pretpostavke za registraciju ispunjene. Ako nitko u ostavljenom roku ne prigovori registraciji toga patenta ili ako nitko ne podnese zahtjev za provođenje postupka potpunog ispitivanja,<sup>35</sup> taj će patent vrijediti kao konsenzualni patent. Povodom prigovora ili zahtjeva za provođenje postupka potpunog ispitivanja Zavod može donijeti rješenje o odbijanju patenta ili o priznanju patenta. U prvome slučaju nositelj konsenzualnog patenta gubi sva prava *ex tunc*. Dakle, rješenje o odbijanju patenta djeluje retroaktivno i briše sve učinke konsenzualnog patenta od trenutka podnošenja prijave za registraciju, kao da konsenzualnog patenta nikada nije ni bilo. U drugome slučaju nositelju konsenzualnog patenta se *ex tunc* priznaju sva prava iz patenta za kojeg je naknadno proveden postupak potpunog ispitivanja. Dakle, i ovo rješenje djeluje retroaktivno, s time da, suprotno prethodnom slučaju, daje sve učinke potpunog patenta od trenutka podnošenja prijave za registraciju, kao da je od toga datuma nositelj patenta imao bezuvjetna isključiva prava iz čl. 58. (i čl. 59.) ZoP a ne tek konsenzualni patent.<sup>36</sup>

Jasno je uređeno u čl. 62.a st. 4. ZoP da i konsenzualni patent može biti predmet ovrhe. No, valja prigodom ovrhe imati na umu da je riječ o neispitanom patentu tj. da se presumira da je izum koji se njime štiti nov, da ima inventivnu razinu i da je industrijski primjenjiv.<sup>37</sup> Svjedodžbom o dodatnoj zaštiti ne može se produžiti trajanje isključivih prava u odnosu na odgovarajući dio izuma zaštićenog konsenzualnim patentom.<sup>38</sup>

#### 2.1.6. Pravo iz prijave

Prema čl. 62.a st. 4. ZoP pravila o ovrsi na patentu primjenjuju se i na pravo iz prijave patenta. Riječ je o pravu koje traje od datuma podnošenja ili objave prijave do datuma stjecanja patenta i u nekim je državama sadržajno jednako isključivim pravima iz patenta uz ograničenje da djeluju uvjetno, pod uvjetom da patent uistinu i bude priznat.<sup>39</sup> No, mnoge države, među kojima se nalazi i Hrvatska,<sup>40</sup> ograničile su sadržaj subjektivnog prava koje proizlazi iz prijave samo na pravo na naknadu štete od osobe koja u vremenu od datuma objave prijave do datuma objave

podatka o priznanju patenta iskoristava izum na način koji bi nakon priznanja patenta predstavljao povredu patenta.<sup>41</sup> Riječ je o privremenom pravu. Objavom podatka o priznanju patenta nastaje pravo iz patenta koje djeluje *ex tunc*, od dana podnošenja prijave. U tome trenutku pravo iz prijave transformira se u pravo iz patenta.

Sukladno čl. 62.a st. 4. ZoP i pravo iz prijave može biti predmet ovrhe te se prema toj odredbi pravila o ovrsi na patentu na odgovarajući način primjenjuju i na ovrhu na prijavi patenta. No, ovdje treba postupati s posebnom pažnjom kad je riječ o ovrsi na pravu iz prijave koja je međunarodna prijava ili europska prijava ili europska prijava za stjecanje unitarnog patenta, budući da tu ima nekih značajnih posebnosti u odnosu na nacionalnu prijavu koje će se u nastavku razraditi. Također, kod ovrhe na pravu iz prijave valja imati na umu da prijava patenta ne mora rezultirati priznanjem patenta tj. da patentna zaštita može biti odbijena. U tom će se slučaju prava iz prijave poništiti *ex tunc*, kao da nikada i nisu postojala. U tome slučaju stjecatelj prava iz prijave koji je ta prava stekao u postupku ovrhe također gubi sva prava *ex tunc*, kao da ih nije ni bilo.

#### 2.2. Načini registracije

Patent se u Hrvatskoj, kao i u svim državama članicama Europske unije, može registrirati primjenjujući tzv. nacionalnu, tzv. međunarodnu ili PCT rutu i tzv. europsku ili EPC rutu. U nastavku će se obraditi posebnosti svakog od ovih načina registracije patenta. No, svaki od njih rezultira nacionalnim patentom. Također, obradit će se i novi regionalni sustav patentne zaštite u Europskoj uniji – patent pojačane suradnje koji se naziva i unitarnim patentom i koji bi uskoro trebao stupiti na snagu u Europskoj uniji. On bi trebao imati jedinstveni učinak u svim zemljama Europske unije s izuzetkom Italije i Španjolske. Izgledno je da će mu pristupiti i Hrvatska.

Također valja upozoriti da ZoP propisuje četiri vrste registara koji se odnose na izume: registar prijava patenata,<sup>42</sup> registar patenata<sup>43</sup> te registar zahtjeva za izdavanje svjedodžbi o dodatnoj zaštiti (koji uključuje i zahtjeve za produljenje trajanja svjedodžbi) i registar svjedodžbi o dodatnoj zaštiti.<sup>44</sup> Na registar zahtjeva za izdavanje svjedodžbi o dodatnoj zaštiti se na odgovarajući način primjenjuju pravila o registru prijava dok se na registar svjedodžbi na odgovarajući način primjenjuju pravila o registru patenata. Pored ovih postoji i registar europskih patenata koji vodi Europski patentni ured i u koji se upisuju europske prijave patenata i europski patenti. Taj registar također proizvodi učinak na području Hrvatske.

<sup>34</sup> Vidi čl. 36. st. 1. ZoP.

<sup>35</sup> Vidi čl. 43. ZoP.

<sup>36</sup> Vidi čl. 44. do 48. ZoP.

<sup>37</sup> Kao što je navedeno u bilj. 7, jedina ovrha koja je registrirana u Hrvatskoj bila je na konsenzualnom patentu.

<sup>38</sup> Vidi čl. 87.l ZoP.

<sup>39</sup> Tu su primjer Francuska i Italija.

<sup>40</sup> Slično Hrvatskoj prava iz prijave uredile su npr. Njemačka i Austrija.

<sup>41</sup> Vidi čl. 60. ZoP. Detaljno o pravu iz prijave vidi Matanovac Vučković, *loc. cit.* u bilj. 20, str. 685. do 688.

<sup>42</sup> Vidi čl. 30. ZoP.

<sup>43</sup> Vidi čl. 49. ZoP.

<sup>44</sup> Vidi čl. 87.b ZoP.

I, naposljetku, Međunarodni ured Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo vodi javno dostupnu *on-line* bazu podataka u kojoj su sadržani svi podaci o međunarodnim prijavama patenata, no ta baza nije registar. Prema PCT ne postoji registar međunarodnih prijava. Stupanjem na snagu sustava unitarnog patenta na području Hrvatske učinke će proizvoditi i registar unitarnih patenata koji će biti sastavni dio registra europskih patenata koji vodi Europski patentni ured.

### 2.2.1. Nacionalna prijava

Nacionalna prijava za priznanje patenta podnosi se Zavodu, primjenom pravila ZoP i pripadajućeg PoP. Takvu prijavu Zavod ispituje u odnosu na formalnu urednost te joj dodjeljuje datum podnošenja. Prijava kojoj je utvrđen taj datum upisuje se u registar prijava patenata koji vodi Zavod<sup>45</sup> i nakon toga više se ne može izmijeniti proširenjem predmeta za koji se zahtijeva zaštita patentom.<sup>46</sup> Potom Zavod ispituje pretpostavke za objavu prijave i, ako su one ispunjene, objavljuje prijavu u svojem službenom glasilu. Međutim, objava slijedi tek po isteku 18 mjeseci od datuma podnošenja<sup>47</sup> a ranije samo ako to podnositelj zahtijeva.<sup>48</sup> Objavom prijave podnositelj stječe privremeno pravo iz prijave opisano u čl. 60. ZoP. Dakle, upis u registar prijava patenata nije relevantan za stjecanje prava iz prijave kao što upisom u registar prijava patenata njen sadržaj ne postaje dostupan javnosti.<sup>49</sup> Objava je relevantan datum. Prijava postaje dostupna javnosti i ulazi u stanje tehnike tek objavom, u kojem trenutku podnositelj stječe pravo iz prijave s učinkom *ex tunc*, od datuma njena podnošenja Zavodu. Slijedom toga, registar prijava je javan samo za prijave patenata koje su objavljene.<sup>50</sup>

Tek šest mjeseci nakon objave prijave podnositelj mora Zavodu podnijeti zahtjev za priznanje patenta provedbom postupka potpunog ispitivanja ili zahtjev za priznanje konsenzualnog patenta kod kojega se ne provodi postupak potpunog ispitivanja. Ako je podnositelj zahtijevao prvo, Zavod ispituje sve pretpostavke za priznanje patenta:

novost, inventivnu razinu (inventivni iskorak) i industrijsku primjenjivost te, ako su one ispunjene, priznaje patent i upisuje ga u registar patenata. Podaci o priznanju patenta objavljuju se u prvom idućem broju službenog glasila Zavoda od kojeg trenutka podnositelj prijave za priznanje patenta stječe isključiva prava iz patenta s djelovanjem *ex tunc*, od trenutka podnošenja prijave.<sup>51</sup> Dakle, ni ovdje donošenje rješenja i upis u registar nemaju konstitutivno značenje za stjecanje prava iz patenta. Objava je relevantna kao konstitutivan akt za stjecanje prava iz patenta. S druge strane, ako rezultati potpunog ispitivanja pokazuju da prijavu treba odbiti, Zavod će o tome obavijestiti podnositelja i dati mu prije donošenja rješenja o odbijanju priliku da se o tome izjasni.<sup>52</sup> U slučaju odbijanja zahtjeva za priznanje patenta, podatak o tome upisat će se u registar prijava patenata.<sup>53</sup>

Ako se ne provodi postupak potpunog ispitivanja<sup>54</sup> te ako u roku od šest mjeseci od objave zahtjeva za priznanje patenta bez postupka potpunog ispitivanja nitko ne podnese prigovor protiv takvog zahtjeva, Zavod donosi rješenje o priznanju konsenzualnog patenta i upisuje ga u registar te objavljuje. Sve što je prethodno opisano primjenjuje se na odgovarajući način i na konsenzualni patent. Tek objavom podataka o priznanju konsenzualnog patenta nositelj stječe isključivo uvjetno pravo iz konsenzualnog patenta koje je prethodno u radu opisano.

Rezultat opisanog postupka jest registrirani nacionalni patent koji proizvodi učinke na području Hrvatske. Objava je konstitutivan akt za nastanak subjektivnih prava koja proizlaze iz patenta i konsenzualnog patenta. Međutim, sama činjenica priznanja i registracije patenta tek je *prima facie* dokaz o njegovoj valjanosti. Naime, bez obzira na to što je proveden postupak potpunog ispitivanja, moguće je da je Zavod u tome postupku učinio pogrešku i priznao patent za izum koji nije patentibilan ili koji nije nov, nema inventivnu razinu, nije industrijski primjenjiv ili koji nije otkriven na dovoljno jasan i detaljan način ili patent nije valjan iz nekih drugih razloga propisanih u čl. 79. ZoP. Stoga svatko može u svako doba zahtijevati da se priznati patent poništi *ex tunc*. Postupak poništaja također provodi Zavod.<sup>55</sup> Stoga valja biti oprezan u svim onim situacijama u kojima je u odnosu na patent koji bi bio potencijalan predmet ovrhe u tijeku postupak poništaja jer postoji mogućnost da se brišu učinci toga prava *ex tunc*. Također,

<sup>45</sup> Vidi čl. 29. i 30. ZoP. Na zahtjev podnositelja prijave Zavod izdaje svjedodžbu o pravu prvenstva koje je stečeno utvrđenim datumom podnošenja prijave (čl. 31. ZoP).

<sup>46</sup> Vidi čl. 33. ZoP.

<sup>47</sup> Datum podnošenja može se zamijeniti s datumom prvenstva iz ranije prijave podnesene u nekoj državi članici Pariške unije ili Svjetske trgovinske organizacije za isti izum, ako je nacionalna prijava prema ZoP podnesena u roku od 12 mjeseci od takve ranije prijave a podnositelj nacionalne prijave se pozvao na prvenstvo ranije prijave. Riječ je o tzv. unijskom pravu prvenstva. Vidi čl. 23. do 28. ZoP.

<sup>48</sup> Vidi čl. 35. ZoP.

<sup>49</sup> Više o registru prijava patenata vidi R. Matanovac, A. Rački Marinković, "Registri prava intelektualnog vlasništva", u: T. Josipović, *Hrvatsko registarsko pravo*, (Zagreb, Narodne novine, 2006), str. 153., na str. 157. i 158.

<sup>50</sup> Vidi čl. 17. st. 1. PoP. U tome smislu moguće je i izdavanje izvataka iz registra prijava.

<sup>51</sup> Vidi čl. 51. st. 1. ZoP.

<sup>52</sup> Pravila o potpunom ispitivanju prijave patenta vidi čl. 36., 37., 47. i 48. ZoP.

<sup>53</sup> Vidi čl. 16. tč. 17. PoP.

<sup>54</sup> U ovom slučaju Zavod provodi ispitivanje tek nekih pretpostavki za priznanje patenta (da je izum patentibilan u smislu čl. 5. st. 6. ZoP tj. da se smatra izumom, da nije izuzet od patentibilnosti prema čl. 6. i 7. ZoP te da je industrijski primjenjiv) dok sve ostale pretpostavke (novost, inventivni iskorak) oborivo presumira. Vidi čl. 41. ZoP.

<sup>55</sup> Vidi čl. 79. do 83. ZoP.

općenito, u slučaju ovrhe na patentu valja imati na umu činjenicu da registracija nije neprikosnoveni činjenica koja svjedoči o postojanju patenta. Ona je *prima facie* dokaz, oboriva predmnijeva o postojanju patenta i moguće je da takav patent ima pravni nedostatak u smislu da je prikladan za poništaj.

S druge strane, konsenzualan patent je u cijelosti uvjetno isključivo pravo i svatko može zahtijevati, za cijelo vrijeme trajanja konsenzualnog patenta, provođenje postupka potpunog ispitivanja, u kojem slučaju i opstojnost toga patenta dovodi u pitanje.<sup>56</sup> To također valja imati na umu u slučaju ovrhe.

Valja još napomenuti da su sve odluke Zavoda podložne žalbi o kojoj odlučuju Žalbena vijeća kao drugostupanjsko tijelo.

### 2.2.2. Međunarodna prijava

Nacionalnu prijavu za registraciju patenta može podnijeti svatko, pa i stranac. No, često stranim osobama to neće biti praktično, kako iz tehničkih tako i iz financijskih razloga, pa će posegnuti za drugim putem registracije, tzv. međunarodnom rutom za registraciju ili PCT rutom. Takve će osobe u Hrvatskoj steći nacionalni patent na temelju međunarodne prijave. Prema PCT, podnošenje jedne jedinstvene međunarodne prijave patenta zamjenjuje više nacionalnih prijava za isti izum u više država, čime se pojednostavljuje postupak priznanja patenta u različitim državama u kojima se traži zaštita. Istodobno, podnositelju međunarodne prijave daje se više vremena do nastupanja tzv. nacionalne faze u kojoj troškovi za priznanje patenta značajno rastu. Na taj način podnositelj prijave u razdoblju tzv. međunarodne faze, koja u pravilu traje 30 mjeseci i u kojoj su troškovi postupka niži, može provjeriti ima li smisla registrirati patent u svim ili samo nekim naznačenim državama ili odustati od prijave.<sup>57</sup>

Međunarodna prijava može se podnijeti bilo kojem uredu države potpisnice PCT kao prijamnom uredu.<sup>58</sup> U prijavi se, uza sve ostale elemente navedene u čl. 4. PCT,

moraju navesti i države u kojima se traži zaštita patentom (naznačene ili designirane države).<sup>59</sup> Prijamni ured ispituje formalne pretpostavke za priznanje datuma podnošenja te dodjeljuje taj datum međunarodnoj prijavi, koji ima učinak kao datum podnošenja u svim naznačenim državama. U tome smislu međunarodna prijava ima iste učinke kao i nacionalna prijava u naznačenim državama.<sup>60</sup> Nakon toga prijamni ured po jednu kopiju međunarodne prijave dostavlja Međunarodnom uredu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo i Ovlaštenom tijelu za međunarodno pretraživanje,<sup>61</sup> budući da je svaka prijava podložna međunarodnom pretraživanju u odnosu na relevantno stanje tehnike.<sup>62</sup> Međunarodni ured Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo objavljuje prijavu u službenom PCT glasilu<sup>63</sup> te u posebnoj bazi podataka koju vodi,<sup>64</sup> po isteku 18 mjeseci nakon datuma prvenstva prijave.<sup>65</sup> Nakon objave prijava ulazi u stanje tehnike. Prema PCT ne postoji registar međunarodnih prijava.

Podnositelj prijave dužan je najkasnije po isteku 30 mjeseci od datuma prvenstva prosljediti naznačenom uredu kopiju međunarodne prijave i njen prijevod uz plaćanje pristojbe propisane u toj državi, čime međunarodna prijava ulazi u nacionalnu fazu.<sup>66</sup> Države potpisnice PCT mogu odrediti i kasniji datum kao krajnji datum za ulazak u nacionalnu fazu.<sup>67</sup> Hrvatska je u skladu s tim u čl. 111. st. 1. ZoP odredila da je krajnji rok za ulazak u nacionalnu fazu u slučaju kada je Hrvatska naznačena država istek 31 mjeseca računajući od datuma podnošenja međunarodne prijave odnosno datuma prvenstva ako je zahtijevano. Nakon ulaska u nacionalnu fazu u pojedinim naznačenim državama se s međunarodnom prijavom

<sup>56</sup> Ali, suprotno tomu, može mu dati i značenje potpunog patenta.

<sup>57</sup> Međunarodna prijava ima i niz drugih prednosti među kojima je i mogućnost prethodnog međunarodnog ispitivanja koje je opcionalan instrument, no podnositelj prijave može odlučiti koristiti se rezultatima takvog ispitivanja u državama koje izabere (tzv. izabrane države) među državama koje je naznačio u međunarodnoj prijavi (tzv. naznačene države). Dakle, on na temelju tog jednog ispitivanja koje se obavlja prije ulaska u nacionalnu fazu već ima vjerodostojan dokument o pretpostavkama za priznanje svojeg patenta. Vidi poglavlje II PCT, posebice čl. 31.

<sup>58</sup> Vidi čl. 10. PCT. Prema čl. 110. st. 1. ZoP međunarodna prijava može se podnijeti Zavodu kao prijamnom uredu ako je podnositelj hrvatski državljanin ili u Hrvatskoj ima prebivalište ili sjedište, s ciljem stjecanja patenta u jednoj ili više država potpisnica PCT koje je naznačio u prijavi. Inače, prijamni ured može biti bilo koji ured države potpisnice PCT, kao i Europski patentni ured te Međunarodni ured Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo.

<sup>59</sup> Vidi čl. 43. PCT. Nije nužno da se na temelju međunarodne prijave u svakoj naznačenoj državi zahtijeva priznanje patenta na temelju postupka potpunog ispitivanja. Može se zahtijevati bilo koji oblik zaštite izuma koji se prema propisima naznačene države u toj državi može dobiti. Tako se npr. za Hrvatsku može zahtijevati stjecanje konsenzualnog patenta. Takav se zahtjev i onako, po redovitom tijeku stvari prema PCT, podnosi tek u nacionalnoj fazi međunarodne prijave.

<sup>60</sup> Vidi čl. 11., posebice st. 3. PCT.

<sup>61</sup> Ovlašteno tijelo za međunarodno pretraživanje (engl. *International Search Authority*) je ured za patente neke države potpisnice PCT ili regionalni ured ili slično tijelo koje u pogledu administrativnih kapaciteta i stručnosti ispunjava visoko postavljene standarde patentnog ispitivanja i koje je kao takvo imenovala Skupština Unije za međunarodnu suradnju u području patenata ustanovljene u čl. 1. PCT.

<sup>62</sup> Vidi čl. 15. PCT. Postupak pred Ovlaštenim tijelom za međunarodno pretraživanje vidi čl. 17. do 20. PCT.

<sup>63</sup> Vidi čl. 55. st. 4. PCT i pravilo 86 Pravilnika uz PCT.

<sup>64</sup> Vidjeti bazu PATENTSCOPE, dostupno na <<http://patentscope.wipo.int/search/en/structuredSearch.jsf>> (posljednji posjet 26. 8. 2013.)

<sup>65</sup> Vidi čl. 21. PCT. Podnositelj prijave može zahtijevati da se prijava objavi ranije.

<sup>66</sup> Vidi čl. 20. PCT.

<sup>67</sup> Vidi čl. 22. st. 3. PCT.



dalje postupa u skladu s nacionalnim propisima o patentu. Dakle, ako je Hrvatska naznačena država, nakon ulaska u nacionalnu fazu međunarodna prijava objavljuje se u službenom glasilu Zavoda i s njome se postupa jednako kao i s nacionalnom prijavom, sukladno ZoP i PoP. Takva prijava rezultira nacionalnim patentom koji ima učinke u Hrvatskoj u skladu s čl. 58. (i čl. 59.) ZoP.

Tu, međutim, valja uočiti jednu posebnost vezano uz učinke objavljenih međunarodnih prijava u Hrvatskoj. Kao što je prethodno rečeno, pravo iz hrvatske nacionalne prijave se prema čl. 60. ZoP stječe činom objave prijave i traje od datuma objave prijave do datuma objave podatka o priznanju patenta, kada se transformira u pravo iz patenta. No, kao što vidimo, međunarodnu prijavu Međunarodni ured Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo objavljuje u svojem službenom glasilu prije no što je ona ušla u nacionalnu fazu. Tada ona još nije objavljena u naznačenim državama na jeziku naznačenih država pa tako ni na hrvatskom jeziku. Istodobno, sukladno čl. 11. st. 3. te čl. 29. st. 1. PCT, međunarodna prijava ima jednake učinke kao i nacionalna prijava, u svim naznačenim državama. No, tu postoji rezerva propisana u PCT koju je Hrvatska iskoristila u pogledu učinaka međunarodne prijave na području Hrvatske.<sup>68</sup> Prema PCT, ako je međunarodna prijava podnesena na jeziku koji se razlikuje od jezika naznačene države, tada nacionalni propis te naznačene države može odgoditi učinke međunarodne prijave. To se upravo dogodilo u Hrvatskoj. Objava međunarodne prijave u službenom glasilu Međunarodnog ureda Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo nema učinak u Hrvatskoj. Takva prijava u Hrvatskoj ne ulazi ni u stanje tehnike.<sup>69</sup> Međunarodna prijava se u tome slučaju tek nakon ulaska u nacionalnu fazu objavljuje na hrvatskome jeziku u službenom glasilu Zavoda. Zavod je to dužan učiniti najkasnije šest mjeseci od datuma podnošenja kopije međunarodne prijave i njenog prijevoda Zavodu.<sup>70</sup> U čl. 111. st. 3. ZoP propisano je da međunarodna prijava u kojoj je Hrvatska naznačena država proizvodi pravo iz prijave propisano u čl. 60. ZoP tek po njoj objavi na hrvatskom jeziku. Od te objave teče i šestomjesečni rok za podnošenje zahtjeva za priznanje patenta provedbom postupka potpunog ispitivanja ili konsenzualnog patenta.<sup>71</sup> Dakle, pravo iz međunarodne prijave u slučaju kad je Hrvatska naznačena država, podnositelj neće steći međunarodnom objavom prijave prema PCT-u, već tek nacionalnom objavom prijave prema ZoP, što može biti najkasnije 37 mjeseci od datuma podnošenja međunarodne prijave odnosno od datuma prvenstva, ako je zahtijevano. U onom razdoblju od podnošenja međunarodne prijave i njene objave u službenom glasilu Međunarodnog ureda

Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo do objave te prijave u službenom glasilu Zavoda na hrvatskom jeziku podnositelj zapravo u Hrvatskoj nema prava iz prijave. Utoliko valja biti oprezan kod provedbe ovrhe na međunarodnoj prijavi patenta u kojoj je Hrvatska naznačena država. U vremenu dok nema prava iz prijave, pitanje je što zapravo može biti predmetom ovrhe. Sasvim sigurno nekakvo pravo u toj fazi postoji, kao što je sasvim sigurno da prijava ne mora ući u Hrvatskoj u nacionalnu fazu, tj. da prijavitelj može odustati od Hrvatske kao naznačene države. Imajući u vidu sve što je rečeno moglo bi se zaključiti da bi tu mogla biti riječ o izumu koji se štiti tajnom pa može biti predmetom ovrhe na način kako je u svezi s tim pravima prethodno opisano, u okviru ovrhe na poduzeću. Tek kad međunarodna prijava bude objavljena u službenom glasilu Zavoda moguće je provesti ovrhu na pravu iz prijave.

### 2.2.3. Europska prijava i europski patent

U Hrvatskoj se patent može steći i na temelju europske prijave patenta, sukladno EPC. Riječ je o regionalnom sustavu kojeg obilježuje viši stupanj integracije patentnog prava više država no što je to slučaj kod međunarodne prijave, iako i europska prijava rezultira nacionalnim patentima u naznačenim državama. Viši stupanj integracije odražava se u činjenici da se povodom jedne prijave pred Europskim patentnim uredom u skladu s EPC provodi jedan jedinstveni postupak ispitivanja nakon kojeg podnositelj europske prijave stječe patent u svim državama potpisnicama EPC koje je u prijavi naznačio.<sup>72</sup>

Europska patentna prijava podnosi se neposredno Europskom patentnom uredu ili Zavodu kao prijammom uredu koji ga prosljeđuje u Europski patentni ured.<sup>73</sup> On ispituje pretpostavke za dodjeljivanje datuma podnošenja, a potom i formalno ispituje prijavu na sličan način kako to Zavod čini u postupku povodom nacionalne prijave.<sup>74</sup> Europska patentna prijava kojoj je utvrđen datum podnošenja i koja udovoljava pretpostavkama za objavu objavljuje se u službenom glasilu Europskog patentnog ureda najranije po isteku 18 mjeseci od datuma podnošenja odnosno datuma prvenstva ako je zatraženo, osim ako je sam podnositelj zahtijevao da se objavi ranije.<sup>75</sup> Tako objavljena europska prijava kojoj je dodijeljen datum podnošenja ekvivalentna je nacionalnoj prijavi u naznačenim državama.<sup>76</sup> Europska patentna prijava, prema čl. 67. st. 1. EPC daje u naznačenim državama ista prava kao i europski patent, ali su ta prava uvjetna, privremena. No, države potpisnice EPC mogu u svojim nacionalnim zakonodavstvima dati i manje prava iz europske prijave, ali

<sup>68</sup> Vidi čl. 29. st. 2. PCT.

<sup>69</sup> Vidi čl. 111. st. 5. ZoP.

<sup>70</sup> Vidi čl. 111. st. 2. ZoP i čl. 47. PoP.

<sup>71</sup> Vidi čl. 111. st. 4. u svezi s čl. 36. ZoP.

<sup>72</sup> Vidi čl. 2. st. 2. EPC.

<sup>73</sup> Vidi čl. 108.b ZoP i čl. 75. EPC.

<sup>74</sup> Vidi čl. 90. EPC.

<sup>75</sup> Vidi čl. 93. EPC.

<sup>76</sup> Vidi čl. 66. EPC.

svakako ne manje prava no što ih daje nacionalna prijava.<sup>77</sup> Također, države potpisnice EPC mogu propisati u svojim nacionalnim zakonodavstvima da će pravo iz europske prijave imati učinak kao i pravo nacionalne prijave tek uz dostavu prijevoda patentnih zahtjeva na službeni jezik te države.<sup>78</sup> Hrvatska se odlučila za taj pristup te je stoga u čl. 108.d st. 2. ZoP propisano da će objavljena europska patentna prijava imati iste učinke u Hrvatskoj kao i objavljena nacionalna prijava, ali od datuma na koji je podnositelj prijave dostavio prijevod patentnih zahtjeva na hrvatski jezik osobi koja se koristi tim izumom u Hrvatskoj. I u pogledu sadržaja prava iz prijave Hrvatska se odlučila za užu varijantu, kako u odnosu na nacionalne tako i u odnosu na europske prijave. Dakle, privremena prava iz prijave propisana u čl. 60. ZoP podnositelj europske prijave stječe u Hrvatskoj kao naznačenoj državi dostavom prijevoda te prijave koja je objavljena u službenom glasilu Europske patentne organizacije osobi koja se koristi predmetnim izumom u Hrvatskoj. Europska patentna prijava objavljuje se, kao što je rečeno, u službenom glasilu Europskog patentnog ureda i potom se upisuje u europski registar patenata kojeg vodi taj ured.<sup>79</sup> Bez obzira na to što proizvodi učinke u Hrvatskoj, europska prijava neće se objavljivati u službenom glasilu Zavoda niti će se upisivati u registar prijava iz ZoP. Cijeli posao u svezi s ispitivanjem prijave i priznanjem europskog patenta provodi Europski patentni ured. Hrvatska, kao i sve države potpisnice EPC, prihvaća rezultate takvog ispitivanja i odluku o priznanju kao svoje.

Što se ovrhe na europskoj patentnoj prijavi tiče, sukladno čl. 74. EPC, s njome se postupa kao s nacionalnom prijavom, primjenjujući pravo naznačene države s učinkom za tu državu.<sup>80</sup> Drugim riječima, iako je europska prijava jedna jedinstvena prijava u odnosu na koju se provodi jedan jedinstveni postupak potpunog ispitivanja pred Europskim patentnim uredom, ona se razdvaja u svojim učincima na onoliko nacionalnih prijava koliko je naznačenih država. U svakoj od tih država jedna te ista prijava imat će učinke koji su ekvivalentni nacionalnim prijavama, bez obzira na to što se ti učinci razlikuju. Npr. u nekim naznačenim državama europska prijava dat će ista prava kao i nacionalni patent, ali privremeno i uvjetno, dok će u drugima dati tek pravo na naknadu štete ili naknadu koju bi uobičajeno platio neovlašteni korisnik patenta jer ta država propisuje takav sadržaj prava iz prijave. Jednako tako, europska patentna prijava može biti predmet ovrhe u jednoj, a ne mora biti predmet ovrhe u drugoj naznačenoj državi, budući da su njihovi učinci u naznačenim državama razdvojeni. Slijedom

toga, ako je europska prijava u kojoj je Hrvatska naznačena država predmet ovrhe u Hrvatskoj, na nju će se u ovrshi primjenjivati hrvatsko pravo, s učinkom za Hrvatsku.<sup>81</sup> Posljedica toga bit će ta da je nositelj europske patentne prijave za Hrvatsku osoba koja je u ovrshi stekla prava iz prijave dok će u drugim naznačenim državama nositelj prijave ostati bivši ovršenik.<sup>82</sup> S druge strane, budući da se europska patentna prijava ne upisuje u nacionalni registar prijava patenata, postavlja se pitanje gdje će se ovrha registrirati i primjenjuje li se čl. 62.a st. 3. ZoP i na europsku prijavu patenata? Odgovor na to pitanje je negativan. Naime, sukladno pravilu 23. Provedbenog pravilnika EPC ovrha na europskoj patentnoj prijavi upisuje se u registar europskih patenata kojeg vodi Europska patentna organizacija, na temelju zahtjeva zainteresirane osobe te uz plaćanje odgovarajuće pristojbe.<sup>83</sup>

Nakon provedbe postupka potpunog ispitivanja Europski patentni ured donosi odluku o priznanju europskog patenta u naznačenim državama ili o odbijanju patentne prijave ako utvrdi da nisu ispunjene pretpostavke za priznanje. Odluka o priznanju ima učinak u svim državama članicama od trenutka objave u službenom glasilu Europskog patentnog ureda,<sup>84</sup> pa tako i u Hrvatskoj.<sup>85</sup> Europski patent i svi podaci o njemu upisuju se u registar europskih patenata kojeg vodi Europski patentni ured.<sup>86</sup> Nositelj europskog patenta dužan je u roku od tri mjeseca od objave patenta u službenom glasilu Europskog patentnog ureda dostaviti Zavodu prijevod patentnog spisa na engleskom jeziku te prijevod patentnih zahtjeva na hrvatski jezik, što Zavod upisuje u svoj registar patenata, te podatak o prijevodu objavljuje u svom službenom glasilu.<sup>87</sup> Dakle, za stjecanje prava iz europskog patenta konstitutivna je objava u službenom glasilu Europskog patentnog ureda, a ne objava u službenom glasilu Zavoda koja ima tek deklaratoran karakter.

Europski patent kao objekt ovrhe u istom je položaju kao i nacionalni patent. Naime, nakon priznanja europski patent se razdvaja na onoliko nacionalnih prava koliko je bilo naznačenih država u europskoj patentnoj prijavi. Stoga

<sup>81</sup> Vidi čl. 74. EPC u kojem se uređuje pravo mjerodavno za imovinskoppravna raspolaganja europskom patentnom prijavom.

<sup>82</sup> U svezi s tim valja uočiti i čl. 71. EPC u kojem je propisano da europska prijava može biti prenesena na drugu osobu u odnosu na jednu ili više naznačenih država, što potvrđuje tezu o njenim razdvojenim učincima. Tu nije riječ o jedinstvenom pravu.

<sup>83</sup> Vidi također čl. 143. st. 1. tč. (w) Provedbenog pravilnika EPC koji uređuje sadržaj registra europskih patenata koji vodi Europski patentni ured. Ova pravila iz EPC derogiraju pravila ZoP, jer je EPC međunarodni ugovor s jačom pravnom snagom od zakona.

<sup>84</sup> Vidi čl. 97. EPC.

<sup>85</sup> Vidi čl. 108.e st. 1. ZoP.

<sup>86</sup> Vidi čl. 127 EPC i Pravilo 143. Provedbenog pravilnika EPC.

<sup>87</sup> Vidi čl. 108.e i 108.o ZoP. Tek u slučaju spora nositelj europskog patenta dužan je na zahtjev dostaviti cijeli patentni spis na hrvatskom jeziku.

<sup>77</sup> Vidi čl. 67. st. 2. EPC.

<sup>78</sup> Prijevod se može dostaviti ukupnoj javnosti objavom ili osobi koja se koristi predmetnim izumom u državi članici. Vidi čl. 67. st. 3. EPC.

<sup>79</sup> Vidi čl. 127. EPC i pravilo 143. Provedbenog pravilnika EPC.

<sup>80</sup> Isto propisuje i čl. 108.k ZoP.

se s njime i u ovrshi postupka kao s nacionalnim patentom te se na nj u cijelosti primjenjuje čl. 62.a ZoP. Ta se odredba primjenjuje na europski patent i u pogledu registracije ovrhe. No, u pravilu 85. Provedbenog pravilnika EPC stoji da se na svaki prijenos prava europskog patenta koji se dogodi za vrijeme roka za prigovor<sup>88</sup> ili za vrijeme postupka povodom prigovora protiv europskog patenta primjenjuje pravilo 22. Provedbenog pravilnika EPC, što znači da se prijenos prava na zahtjev zainteresirane osobe upisuje u registar europskih patenata kojeg vodi Europski patentni ured. Drugim riječima, ovrha na europskom patentu koji ima učinak u Hrvatskoj provodi se prema hrvatskim ovršnim pravilima i prema ZoP (uključujući posebice primjenu čl. 62.a) te se sukladno tim pravilima upisuje u nacionalni registar patenata koji vodi Zavod. No, po dovršetku ovrhe dolazi do promjene nositelja europskog patenta, koja promjena se na zahtjev zainteresirane osobe upisuje u registar europskih patenata kojeg vodi Europski patentni ured, ali samo ako je u tijeku devetomjesečni rok za podnošenje prigovora protiv priznanja europskog patenta ili je postupak povodom takvog prigovora u tijeku pred Europskim patentnim uredom.

Jednako kao što je to slučaj kod nacionalnog patenta, bilo da je stečen na temelju nacionalne ili međunarodne prijave, ni europski patent nije neprikosnovo pravo, budući da je podložan opozivu povodom prigovora koji se protiv odluke o priznanju može podnijeti pred Europskim patentnim uredom.<sup>89</sup> Ako u postupku pred Europskim patentnim uredom patent bude opozvan jer ne udovoljava pretpostavkama za priznanje, on će prestati vrijediti *ex tunc* u svim naznačenim državama. S druge strane, u svakoj od naznačenih država može biti pokrenut postupak poništaja europskog patenta pred nadležnim tijelom, s tim da odluka o poništaju ima učinak samo za tu naznačenu državu.<sup>90</sup> Dakle, Zavod može na zahtjev zainteresirane osobe poništiti europski patent s učinkom za Hrvatsku ako utvrdi da nisu bile ispunjene pretpostavke za njegovo priznanje. Ovo također valja imati na umu u postupku ovrhe te uzeti u obzir činjenicu da je eventualno podnesen prigovor odnosno pokrenut postupak poništaja protiv europskog patenta.

#### 2.2.4. Unitarni patent i europska prijava za stjecanje unitarnog patenta

Stupanje na snagu unitarnog patenta kao novog unitarnog prava sličnog žigu Zajednice i industrijskom dizajnu Zajednice očekuje se 1. siječnja 2014. ili kasnije<sup>91</sup>. No, nije

riječ o pravu koje djeluje na području cijele Europske unije jer Španjolska i Italija nisu htjele pristupiti tome sustavu. Stoga je u njemu za sada 25 država članica. Pristupanje Hrvatske se očekuje. Riječ je o novom sofisticiranom sustavu za zaštitu patenata istodobno u više država koji se u velikoj mjeri oslanja na postojeći sustav europskog patenta i koji će biti u nadležnosti Europskog patentnog ureda. Ovdje nema dovoljno mjesta za njegovu cjelovitu obradu, pa ćemo samo naznačiti osnovne elemente toga sustava bitne za ovrhu.

Europski patent koji je priznat s istim patentnim zahtjevima za sve države članice koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje u području patenata imat će od objave u službenom glasilu Europskog patentnog ureda unitarni učinak u svim tim državama i dat će jednaku pravnu zaštitu u svim državama pojačane suradnje.<sup>92</sup> Sadržaj toga prava određen je posebnom formulom propisanom u čl. 5. st. 3. u svezi s čl. 7. Uredbe br. 1257/2012 koja zapravo sadrži kolizijska pravila i upućuje na primjenu mjerodavnog prava one države u kojoj podnositelj prijave za priznanje europskog patenta ima prebivalište ili glavno sjedište, podredno sjedište te svemu podredno njemačko pravo.<sup>93</sup> Dakle, u pogledu sadržaja prava koje proizlazi iz unitarnog patenta primjenjuje se pravo države u kojoj podnositelj u vrijeme podnošenja prijave za priznanje patenta ima prebivalište, glavno sjedište, podredno sjedište, svemu podredno njemačko pravo, s jedinstvenim učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje. Na primjer, kad bi nositelj unitarnog patenta u vrijeme podnošenja europske prijave za stjecanje takvog patenta imao prebivalište ili glavno sjedište u Hrvatskoj, tada bi on u slučaju priznanja takvog patenta, od objave podatka o priznanju u službenom glasilu Europskog patentnog ureda imao sva prava iz tog patenta propisana u čl. 58. (i čl. 59.) ZoP, s učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje.

Unitarni patent kao dio imovine svojeg nositelja može biti prenesen na drugu osobu samo u odnosu na sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje.<sup>94</sup> Iz tog pravila slijedi dalje da unitarni patent može biti predmet ovrhe samo u odnosu na sve države koje sudjeluju u sustavu

---

području patenata tj. unitarnog patenta, određen je 1. siječnja 2014. ili datum kada sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje ratificiraju Ugovor o Jedinstvenom patentnom sudu, ovisno o tome koji od njih se kasnije dogodi. Unitarni patent uređen je, među ostalim Uredbom (EU) br. 1257/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. prosinca 2013. kojom se implementira pojačana suradnja u području stvaranja zaštite unitarnim patentom SL L 361, 31. 12. 2012, str. 1–8 [Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection] (dalje u tekstu Uredba br. 1257/2012).

<sup>92</sup> Vidi čl. 4. st. 1. Uredbe br. 1257/2012.

<sup>93</sup> Vidi čl. 5. st. 3. i čl. 7. Uredbe br. 1257/2012.

<sup>94</sup> Vidi čl. 3. st. 2. Uredbe br. 1257/2012.

<sup>88</sup> Vidi bilj. 89.

<sup>89</sup> Prigovor protiv priznanja europskog patenta može u roku od 9 mjeseci nakon objave podnijeti bilo koja osoba. Vidi čl. 99. do 104. EPC. Također, protiv priznatog europskog patenta Europskoj patentnoj organizaciji sam nositelj prava može podnijeti zahtjev za ograničenjem patenta suženjem sadržaja patentnih zahtjeva. Vidi čl. 105.a do 105.c EPC.

<sup>90</sup> Vidi čl. 138. EPC i čl. 108.m ZoP.

<sup>91</sup> Kao datum stupanja na snagu sustava pojačanje suradnje u

pojačane suradnje. S druge strane, kolizijsko pravilo iz čl. 7. Uredbe br. 1257/2012 upućuje na to da se s njime u pogledu imovinskopravnih raspolaganja postupa kao s nacionalnim patentnom one države u kojoj njegov nositelj u trenutku podnošenja prijave ima svoje prebivalište ili glavno sjedište, podredno sjedište te svemu podredno kao s njemačkim nacionalnim patentom. Učinci tih raspolaganja su jedinstveni u svim državama koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje. Iako to nije izričito uređeno u Uredbi br. 1257/2012, ista kolizijska formula bi se primjenjivala i u pogledu određenja mjerodavnog prava za određivanje nadležnosti suda u ovršnom postupku. Iz svega navedenog proizlazi sljedeće: ako je unitarni patent predmet ovrhe, a podnositelj prijave je u vrijeme njena podnošenja imao prebivalište ili glavno sjedište u Hrvatskoj, prema čl. 7. Uredbe br. 1257/2012 ovrha na takvom patentu provodila bi se uz primjenu hrvatskog ovršnog prava te pred hrvatskim nadležnim sudom. Učinak ovrhe odnosio bi se na cijeli unitarni patent, za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje. Unitarni patent nije moguće teritorijalno dijeliti kao što nije moguće teritorijalno dijeliti ni europsku prijavu za stjecanje unitarnog patenta. U čl. 1. tč. (e) Uredbe br. 1257/2012 propisano je da se u registar unitarnih patenata koji je sastavni dio registra europskih patenata koji vodi Europski patentni ured upisuju i licencije te prijenosi patenata. Mada se ovrha tu ne spominje, čini se razumnim tumačiti da se u isti registar upisuje i ovrha na tome patentu, kao i na prijavi za takav patent, budući da se ona nema gdje dalje upisati. Istodobno, u čl. 7. st. 4. Uredbe br. 1257/2012 stoji da stjecanje prava na unitarnom patentu ne smije biti ovisno o registraciji u nacionalnim patentnim registrima.<sup>95</sup> To bi valjalo primijeniti i na pitanje ovrhe budući da naslov iznad poglavlja III Uredbe br. 1257/2012 u kojem je sadržan i čl. 7 upućuje da se pravila iz toga poglavlja odnose na sva pitanja koja se tiču imovinskopravnih raspolaganja unitarnim patentom.<sup>96</sup> S obzirom na kolizijsko pravilo iz čl. 7. Uredbe 1257/2012 čini se logičnim rješenje da se na ovrhu kako na europskoj prijavi za stjecanje unitarnog patenta tako i na unitarnom patentu primijeni čl. 62.a ZoP, kao i sva ostala hrvatska ovršna pravila, u slučaju kad čl. 7. Uredbe 1257/2012 upućuje na primjenu hrvatskog prava. Istodobno, međutim, budući da spomenuti članak 62.a ZoP upućuje na potrebu registracije ovrhe, ta bi se registracija, kako u odnosu na europsku prijavu za stjecanje unitarnog patenta tako i na unitarni patent, trebala upisivati u europski registar patenata koji vodi Europski patentni ured i čiji je sastavni dio registar unitarnog patenta. Takva ovrha imala bi učinak u svim državama koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje.

<sup>95</sup> Tu nije samo pitanje ovrhe već svih ostalih imovinskopravnih raspolaganja na unitarnom patentu.

<sup>96</sup> Naslov na engleskom jeziku glasi: *A European patent with unitary effect as an object of property.*

### 3. Patent kao teritorijalno pravo

Kod ovrhe na patentu valja uzeti u obzir da je riječ o teritorijalnom pravu.<sup>97</sup> Patent, kao i ostala registarska prava industrijskog vlasništva, proizvodi učinke samo na onom području na kojem djeluje pojedina registracija. Vidjelo se iz prethodnog dijela rada da svi načini stjecanja patenta, kako povodom nacionalne tako i povodom međunarodne i europske prijave završavaju na kraju nacionalnim patentom. Tek će unitarni patent imati jedinstvene učinke u državama koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje, pa će to biti regionalno unitarno pravo.

S obzirom na svoju teritorijalnu narav, patent se ponaša poput stvari, točnije nekretnine.<sup>98</sup> On je vezan za teritorij za koji je priznat. Nije moguće u Hrvatskoj registrirati patent prema pravilima neke druge države, već isključivo prema pravilima hrvatskih patentnih propisa.<sup>99</sup> Dio nacionalnog patentnog korpusa čine i PCT i EPC, kao međunarodni ugovori koji se neposredno primjenjuju i čija je neposredna primjena omogućena u ZoP.<sup>100</sup> Također, za odlučivanje o priznanju patenta nadležna su isključivo hrvatska tijela, s izuzetkom europskog patenta o čijem priznanju odlučuje Europski patentni ured budući da je Hrvatska, kao i ostale države, pristupanjem EPC dio svojeg suvereniteta u svezi s postupkom priznanja europskih patenata prenijela na Europsku patentnu organizaciju. Isto pravilo primjenjuje se i u Europskoj uniji.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Bogat popis tekstova u kojima se obrađuje načelo teritorijalnosti prava intelektualnog vlasništva vidi kod I. Kunda, "Međunarodna nadležnost u postupcima povodom povrede prava intelektualnog vlasništva u Europskoj uniji – priprema za izravnu primjenu *acquisa*", u: R. Matanovac (ur.), *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, (Zagreb, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2007), str. 271., na str. 273., bilj. 8.

<sup>98</sup> Osobito u njemačkoj pravnoj književnosti naći će se ovakve usporedbe. Vidi npr. u svezi sa žigovima G. Eisenfür, D. Schennen, *Gemeinschaftsmarkenverordnung Kommentar* (Köln u.a., Heymann, 2003), str. 268, 275.

<sup>99</sup> Uz ZoŽ i PoŽ u postupku registracije kao supsidijarni izvor postupovnog prava primjenjuju se Zakon o općem upravnom postupku Narodne novine 47/09 i Zakon o upravnim sporovima Narodne novine 20/10 i 143/12.

<sup>100</sup> Vidi bilj. 1.

<sup>101</sup> Povodom toga, u čl. 22. tč. 4. Uredbe Vijeća (EZ) 44/2001 od 22. 12. 2000. o nadležnosti te priznanju i ovrshi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima SL L 12 od 16. 1. 2001 [Corrigendum to Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters] (dalje u tekstu Uredba Brisel I) određeno je da su u postupcima koji se odnose na registraciju ili valjanost patenta i drugih registarskih prava industrijskog vlasništva isključivo nadležni sudovi države članice u kojoj se podnosi prijava za priznanje odnosno registraciju. To je pravilo posebice važno kod problema kada povodom povrede prava intelektualnog vlasništva suprotna strana istakne protutužbu ili prigovor da predmetno pravo nije valjano, tzv. torpedo. Iako su sudovi pojedinih država članica Europske unije bili skloni drukčijem

Sve ovo još ne odgovara na pitanje koji sud je nadležan za provedbu ovrhe na patentu koji učinak proizvodi u Hrvatskoj kao ni na pitanje može li strani sud provesti ovrhu na patentu koji na temelju nacionalne ili međunarodne ili europske prijave ima učinke u Hrvatskoj? Kod rasprave o ovim pitanjima potpuno je nebitno iz kakvog odnosa proizlazi dug koji je utvrđen u ovršnoj ispravi i radi kojeg je potrebno provesti ovrhu. Pretpostavka je da postoji ovršna isprava i da se na temelju takve isprave može provesti ovrha na imovini ovršenika u koju pripada i patent koji na temelju nacionalne, međunarodne ili europske prijave proizvodi učinke u Hrvatskoj.

Prema prevladavajućem shvaćanju obavljanje ovrhe na području Hrvatske u isključivoj je međunarodnoj nadležnosti hrvatskih sudova. To pravilo proizlazi iz okolnosti da je isključivo obnašanje državne vlasti na vlastitom teritoriju bitan atribut suverenosti te vlasti, a s druge strane, to pravilo posredno proizlazi i iz pravila međunarodnog procesnog prava po kojima ovrhu na temelju stranih sudskih odluka mogu u Hrvatskoj provoditi samo hrvatski sudovi, i to nakon što te odluke i drugi akti budu priznati u Hrvatskoj.<sup>102</sup> Dakle, ako bi se ovrha provodila protiv strane osobe koja ima patent u Hrvatskoj stečen na temelju nacionalne, međunarodne ili europske prijave, za ovrhu na takvom patentu bio bi nadležan hrvatski sud koji bi ovrhu provodio prema hrvatskom pravu koje se primjenjuje kao *lex fori*. To proizlazi iz općeg pravila prihvaćenog u hrvatskom OZ koje određuje da je sud nadležan za ovrhu onaj na čijem teritoriju se nalazi predmet ovrhe.<sup>103</sup> To bi bilo u suglasju i s odredbom iz čl. 22. st. 5. Uredbe Brisel I u kojoj je u odnosu na ovrhu propisana isključiva nadležnost suda u kojoj se ovrha provodi odnosno u kojoj se treba provesti.

tumačenju te iako je u pravnoj književnosti takvo stajalište kritizirano, Europski sud pravde je u odluci *GAT v. LuK*, broj C-4/03 restriktivno tumačio navedenu odredbu Uredbe Brisel I. Detaljno vidi Kunda, *loc. cit.* u bilj. 97., str. 271. do 329.

<sup>102</sup> Dika, *op. cit.* u bilj. 19, str. 85. Ovdje Dika upućuje na odredbe iz čl. 86. do 96. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima Narodne novine 53/91 i 88/01 (dalje u tekstu ZRSZ) u kojima se uređuje priznanje stranih sudskih odluka te čl. 101. istoga Zakona kojim se uređuje da je za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka i stranih arbitražnih odluka mjesno nadležan sud na čijem području treba provesti postupak priznanja odnosno izvršenja. Upućuje i na čl. 38. do 40. 43. i 47. do 49. Zakona o arbitraži Narodne novine 88/01 (dalje u tekstu ZA).

<sup>103</sup> Vidi i I. Kunda, "Croatia"; u: T. Kono, T. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law – Comparative Perspective*, (Oregon, Oxford and Portland, 2012), str. 478, na str. 505. Kunda ukazuje da hrvatsko ovršno pravo općenito prihvaća načelo teritorijalnosti. I ona, kao i Dika (vidi bilj. 102), upućuje i na odredbu iz čl. 101. st. 1. ZRSZ kojom se uređuje da je za izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka mjesno nadležan sud na čijem području treba provesti ovrhu.

Što se interne mjesne nadležnosti<sup>104</sup> tiče, valja uočiti čl. 239. st. 1. i 2. OZ iz kojih proizlazi da je za ovrhu na patentu isključivo mjesno nadležan<sup>105</sup> sud na čijem se području nalazi prebivalište odnosno sjedište ovršenika. Ako ovršenik nema prebivalište u Hrvatskoj, mjesno je nadležan sud njegova boravišta.<sup>106</sup> Međutim, nema pravila o tome koji mjesni sud je nadležan ako ovršenik nema ni prebivalište, ni boravište, ni sjedište niti podružnicu u Hrvatskoj, što je u praksi svakako moguće. Tu bi prazninu *de lege ferenda* bilo korisno popuniti.<sup>107</sup>

Što se stvarne nadležnosti tiče, u nedostatku posebnih pravila, primjenjuju se opća pravila o stvarnoj nadležnosti.<sup>108</sup>

Patent može biti predmetom ovrhe i na temelju strane sudske odluke priznate u Hrvatskoj prema općim pravilima o priznanju stranih sudskih odluka, pri čemu valja voditi računa da se nakon pristupanja Hrvatske u Europsku uniju na ta pitanja u Hrvatskoj neposredno primjenjuju odgovarajuće europske uredbe. S druge strane, valja imati na umu da su danom pristupanja Hrvatske u Europsku uniju stupile na snagu odredbe iz čl. 356. do 364. OZ u kojima se uređuje europski ovršni nalog, točnije europski ovršni naslov.<sup>109</sup> To znači da se ovrha na patentu sada može provesti i neposredno na temelju strane sudske presude, strane sudske nagodbe ili druge strane ovršne javne isprave ako one predstavljaju europski ovršni naslov u smislu Uredbe (EZ) 805/2004 Europskog parlamenta i

<sup>104</sup> Vidi M. Dika, "Ovrha na pravima intelektualnog vlasništva radi naplate novčane tražbine", u: R. Matanovac, (ur.), *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, (Zagreb, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2006), str. 223., na str. 231. i 232.

<sup>105</sup> Da je riječ o isključivoj mjesnoj nadležnosti proizlazi iz čl. 38. OZ. Isto za ranije propise Dika, *loc. cit.* u bilj. 104., str. 232.

<sup>106</sup> Vidi i odluku Visokog trgovačkog suda Pž-3295/12-3 donesenu prema Ovršnom zakonu Narodne novine 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08: "Nadalje, stvarna nadležnost regulirana je odredbom čl. 33.a st. 2. t. 1. OZ-a (sud koji je donio ovršnu ispravu), dok se mjesna nadležnost određuje pozivom na odredbu čl. 200. OZ-a pa se supsidijarno primjenjuju odredbe Ovršnog zakona o mjesnoj nadležnosti suda u ovrši na pokretninama i to odredba čl. 126. st. 1. OZ-a prema kojoj je za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu na pokretninama i za provedbu te ovrhe mjesno nadležan sud na čijem se području, prema naznaci u prijedlogu za ovrhu, one nalaze."

<sup>107</sup> Na istu potrebu upućuje i Dika, *loc. cit.* u bilj. 104., str. 232. Moguće rješenje za ovakav slučaj moglo bi biti da se uredi da je u slučaju kada ovršenik nema ni prebivalište ni sjedište ni boravište nadležan sud u Zagrebu.

<sup>108</sup> Vidi Dika, *op. cit.* u bilj. 19., str. 86. do 94. te Dika, *loc. cit.* u bilj. 104., str. 227. do 231.

<sup>109</sup> Dika napominje da izraz *ovršni nalog* iz čl. 356. do 364. OZ treba shvatiti u smislu *ovršnog naslova* (*titulus executionis*), dakle, ovršne isprave, budući da je izraz ovršni nalog nekritički preuzet iz engleskog teksta Uredbe (EZ) 805/2004 gdje stoji *legal order*. M. Dika, *Ovršni zakon (tekst zakona s interpretativnim i komentarskim bilješkama te stvarnim kazalom)*, (Zagreb, Narodne novine, 2012), str. 380.

Vijeća od 21. travnja 2004. kojom se uvodi europski ovršni nalog (tj. naslov) za nesporne tražbine.<sup>110</sup>

Sve ovo se na odgovarajući način odnosi i na ovrhu na pravima iz prijave, na konsenzualnom patentu te na pravima iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti.

Kad je riječ o unitarnom patentu, i tu vrijedi načelo teritorijalnosti. Međutim, teritorij na kojem će unitarni patent (kad stupi na snagu) proizvoditi jedinstveni učinak su sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje, bez iznimke. Unitarni patent ne može se teritorijalno dijeliti. Budući da je vezan uz nadnacionalno područje, nije moguće primijeniti odredbe o isključivoj mjesnoj nadležnosti hrvatskih sudova. Uostalom, svaka država članica Europske unije se ulaskom u tu zajednicu država odrekla dijela svojeg suvereniteta. Tako će i u području patentnoga prava svaka od država koja sudjeluje u sustavu pojačane suradnje na području patenata, kada taj sustav stupi na snagu, dopustiti da unitarni patent proizvodi neposredne učinke na njenom teritoriju, i to neposredno na temelju Uredbe br. 1257/2012. Međutim, Europski patentni ured koji je nadležan za postupak ispitivanja i priznanja unitarnih patenata, nema kompetencije u svim pitanjima koja se tiču pravnog života unitarnog patenta, kao što ni ta Uredba nema autonomna pravila kojima bi se riješila sva pitanja vezana uz pravni život unitarnog patenta. Stoga je u pitanju ovrhe na unitarnom patentu s učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje, kao što je u prethodnom poglavlju ovoga rada to prikazano, Uredba br. 1257/2012 uputila na pravo one države u kojoj nositelj unitarnog patenta u vrijeme podnošenja europske patentne prijave za stjecanje unitarnog patenta ima prebivalište ili glavno sjedište, podredno sjedište te svemu podredno njemačko pravo ako ništa od prijašnjeg nije u nekoj od država članica koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje.

#### 4. Patent kao apsolutno i monopolno pravo

Svaki patent koji proizvodi učinke u Hrvatskoj, bez obzira na to je li stečen na temelju nacionalne, međunarodne ili europske prijave prema svojem sadržaju predstavlja apsolutno pravo, budući da djeluje prema svima, te monopolno pravo budući da svojem nositelju dodjeljuje isključiva prava u pogledu uporabe izuma koji je zaštićen patentom, sve dok traje registracija. To znači najviše 20 godina, uz mogućnost da se za neke izume dobije zaštita za dodatnih maksimalno 5 godina kroz prava iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti.

Iako Uredba br. 1257/2012 naizgled dosta komplicirano u pogledu sadržaja prava koja proizlaze iz unitarnog

patenta upućuje na pravo jedne države s učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje, riječ je o uglavnom istom sadržaju prava. Ako je podnositelj europske prijave za priznanje unitarnog patenta imao prebivalište ili glavno sjedište, podredno sjedište u Hrvatskoj, sadržaj prava s učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje određen je u čl. 58. ZoP, odnosno u čl. 59. ako je riječ o patentima u području biotehnologije. Za vrijeme dok ima patent u Hrvatskoj, njegov nositelj je ovlašten iskorištavati njime zaštićen izum te svakog drugog spriječiti u takvom iskorištavanju. Isto će na području svih država koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje moći činiti nositelj unitarnog patenta nakon što taj sustav stupi na snagu.

#### 5. Povezanost izuma sa znanjem i iskustvom i povezanost više patenata

Vrlo često patentna dokumentacija ne daje dovoljno podataka za uspješno gospodarsko iskorištavanje izuma već je za to potrebno imati određeno znanje i iskustvo (engl. *know-how*) koje je u tome slučaju u pravilu tehničke naravi.<sup>111</sup> Također, često određena tehnologija podrazumijeva korištenje većeg broja patenata ili je izum zaštićen patentom tek jedan dio znanja koje se mora upotrijebiti da bi se s uspjehom koristilo određenom tehnologijom. Stoga osoba koja pribavlja izum zaštićen patentom vrlo često mora od njegova nositelja pribaviti i određeno znanje i iskustvo potrebno za uspješno iskorištavanje takvog izuma. Vrlo često je znanje i iskustvo tajno, no pojam tajnosti ovdje nije apsolutan kao kod patenata već je relativan. U pravilu znanje i iskustvo je tajno za onoga tko ga ne zna i spreman je na određeni način platiti da ga pribavi, iako ono nije apsolutno nepoznato. Znanje i iskustvo ne štiti se registracijom niti predstavlja apsolutno pravo već se, kao što je rečeno, najčešće štiti tajnom, što imatelja znanja i iskustva stavlja u faktično a ne pravno monopolni položaj na tržištu. To znači da svatko može neometano istraživati i koristiti se nekim znanjem i iskustvom ako ga je na legalan način stekao i ako time ne vrijeđa neku svoju ranije preuzetu obvezu prema ovlašteniku znanja i iskustva. Slijedom toga, netko može biti zainteresiran za pribavljanje znanja i iskustva uz naknadu samo ako ga ne može lakše i jeftinije pribaviti na drugi legalan način.

Kod ovrhe na patentu i drugim pravima na izumu valja voditi računa o tome treba li uz izum tj. pravima koja su predmet ovrhe pribaviti i neko znanje i iskustvo koje je potrebno za njegovo gospodarsko iskorištavanje. Stoga osoba koja u ovrsi "kupuje" patent ili drugo pravo na izumu treba biti zainteresirana da istodobno pribavi i

<sup>110</sup> Corrigendum to Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims OJ L 143, 30. 4. 2004 (dalje u tekstu Uredba o europskom ovršnom nalogu).

<sup>111</sup> Znanje i iskustvo ne mora biti tehničke naravi niti je uvijek povezano s izumom. Ono može postojati i bez obzira na izum te može biti i u području npr. trgovine i pružanja raznih usluga, vođenja određenih poslova i sl.

relevantno znanje i iskustvo kojim se ovršenik koristi u svojem poduzeću za gospodarsko iskorištavanje odnosno izuma. Ovrha na znanju i iskustvu ne bi se mogla provesti primjenom istih pravila kao i ovrha na patentu budući da znanje i iskustvo nije registrabilno, a nema ni propisa kojim se ono definira i na drugi način uređuje. S druge strane, budući da nema zakonom definirani sadržaj ni način zaštite, kao ni način ovrhe, zaključujemo da je jedini način provedbe ovrhe na znanju i iskustvu moguć u okviru ovrhe na poduzeću u kojem se njime koristi. Ovrha na znanju i iskustvu bi se, dakle, mogla provesti na isti način na koji se provodi ovrha na tajnom izumu, o čemu je prethodno bilo riječi.

U stvarnosti, iznimno rijetko netko ima interes pribaviti samo jedan patent, već će u pravilu biti zainteresiran za cijeli patentni portfolio nekog gospodarskog subjekta kao i za znanje i iskustvo koje se uz taj patentni portfolio koristi. Uz to će vrlo često ići i određena druga prava intelektualnog vlasništva. O tome valja razmišljati i prigodom ovrhe. Ovrhovoditelj će biti puno uspješniji u namirenju svoje tražbine ako ovrhom istodobno zahvati sva prava ovršenika koja su vezana uz određenu tehnologiju, uključujući patente i eventualno druga prava na izumima, žigove, dizajne i autorska i srodna prava te znanje i iskustvo koji su vezani uz određenu tehnologiju, jer će samo tako biti u položaju da ponudi u ovršnoj prodaji nešto što bi imalo kupca i postiglo relevantnu cijenu.

## 6. Vrijednost patenta

Predmet ovrhe, dakako, može biti samo ono pravo koje ima imovinsku vrijednost, koje se može unovčiti da bi se ovrhovoditelj namirio iz njegove vrijednosti. Tako i patent te ostala prava na izumu mogu biti predmetom ovrhe zato što imaju određenu imovinsku vrijednost. Poseban problem kod patenata, kao uostalom i kod svih prava intelektualnog vlasništva, leži upravo u utvrđivanju njihove vrijednosti na tržištu. Danas su u svijetu razvijene složene metode izračunavanja vrijednosti patenata. Takve metode moraju biti dostupne i sudskom procjenitelju prigodom ovrhe. Kod ovrhe na patentu ne može se koristiti uobičajenim metodama utvrđivanja tržišne vrijednosti predmeta ovrhe.<sup>112</sup>

<sup>112</sup> Vidi npr. H.H. et al., *The market value of patents and R&D: Evidence from European firms*, The National Bureau of Economic Research, dostupno na: <<http://www.nber.org/papers/w13426>> te J. G. Hadzima Jr., *How To Tell What Patents Are Worth*, Forbes, dostupno na <<http://www.forbes.com/sites/forbesleadershipforum/2013/06/25/how-to-tell-what-patents-are-worth/>>, posljednji posjet 27. 8. 2013. kao i Ž. Topić, "Primjena intelektualnog vlasništva kao razvojnog resursa – ekonomika i menadžment intelektualnog vlasništva", u: R. Matanovac (ur.) *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, (Zagreb, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2006), str. 249., na str. 249. do 288.

## 7. Zaključak

Iz svega prethodno obrađenog možemo zaključiti sljedeće:

1) Predmet ovrhe može biti nacionalni patent koji je stečen u postupku povodom nacionalne prijave patenta, međunarodne ili PCT prijave patenta te europske ili EPC prijave patenta. U svakom od ovih načina stjecanja patenta rezultat je nacionalni patent koji učinak proizvodi na području Hrvatske. Za sve je te patente nakon njihova priznanja relevantan nacionalni registar patenata koji vodi Zavod te se na njih primjenjuju odredbe iz čl. 62.a ZoP. Za europski patent, pored nacionalnog, relevantan je i europski registar patenata koji vodi Europski patentni ured. No, u taj se registar upisuje samo promjena nositelja patenta nakon ovrhe i to samo ako je do promjene došlo za vrijeme roka za prigovor ili za vrijeme trajanja postupka po prigovoru.

Predmet ovrhe može biti i konsenzualan patent koji se može steći na temelju nacionalne ili međunarodne prijave za priznanje patenta. U tome slučaju riječ je o uvjetnom pravu na koje se primjenjuju sva pravila o ovrsi kao i na nacionalni patent. Za konsenzualni patent relevantan je također nacionalni registar patenata.

Predmet ovrhe može biti i pravo iz svjedodžbe o dodatnoj zaštiti kojim se produžuju učinci isključivih prava jednakih pravima iz patenta ali samo u odnosu na aktivnu supstancu lijeka ili pesticida koji je činio sastavni dio izuma. I tu se primjenjuju jednaka pravila o ovrsi kao i na nacionalni patent s time da je za ta prava relevantan nacionalni registar svjedodžbi o dodatnoj zaštiti koji vodi Zavod, pa će se ovrha na svjedodžbi upisivati u taj registar.

Predmet ovrhe može biti i pravo iz prijave. Ako je riječ o nacionalnoj prijavi, pravo iz prijave nastaje njenom objavom u službenom glasilu Zavoda. Za takve je prijave relevantan nacionalni registar prijave patenata. Budući da se pravila o ovrsi na patentu na odgovarajući način primjenjuju i na pravo iz prijave, ovrha na pravu iz prijave provodit će se po istim pravilima i upisivati u registar prijave koji vodi Zavod. Ako je riječ o međunarodnoj ili PCT prijavi, pravo iz prijave ne nastaje objavom u službenom glasilu Međunarodnog ureda Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, već tek objavom prijave na hrvatskom jeziku u službenom glasilu Zavoda. Također, međunarodna prijava ne upisuje se ni u kakav međunarodni registar patentnih prijava jer takav registar ne postoji već se upisuje u nacionalni registar patentnih prijava koji vodi Zavod. To znači da u vremenu trajanja tzv. međunarodne faze povodom podnošenja međunarodne prijave za priznanje patenta u Hrvatskoj podnositelj te prijave nema pravo iz prijave. Pravo iz prijave nastaje tek kad prijava uđe u tzv. nacionalnu fazu. Tek tada moguće je provesti ovrhu na pravu iz prijave primjenjujući na odgovarajući način pravila o ovrsi na nacionalnom patentu odnosno na nacionalnoj prijavi i upisujući ovrhu

u nacionalni registar patentnih prijava koji vodi Zavod. Naposljetku, ako je riječ o europskoj prijavi patenta, pravo iz prijave se u Hrvatskoj stječe dostavom prijave patentnih zahtjeva osobi koja se u Hrvatskoj koristi izumom. Europska patentna prijava ne objavljuje se u Hrvatskoj niti se upisuje u nacionalni registar patentnih prijava koji vodi Zavod. Ona se objavljuje u službenom glasilu Europskog patentnog ureda i upisuje u registar europskih patenata koji vodi taj ured. Od trenutka kada proizvede učinak u Hrvatskoj europska patentna prijava, tj. pravo koje iz nje proizlazi, može biti predmet ovrhe i na tu ovrhu primjenjuju se na odgovarajući način pravila o ovrshi na nacionalnom patentu s time da se takva ovrha upisuje u registar europskih patenata s učinkom za Hrvatsku.

Ovrha je moguća i na izumiteljskom pravu te na izumu koji se štiti tajnom, no u tome se slučaju ne mogu na odgovarajući način primijeniti pravila o ovrshi na patentu, budući da je riječ o neregistriranim pravima. Ovrha na tim pravima moguća je u okviru ovrhe na poduzeću u kojem se rabe.

Kada stupi na snagu, predmet ovrhe moći će biti i unitarni patent kao i europska prijava za stjecanje toga patenta. Ako nositelj prava u vrijeme podnošenja prijave ima prebivalište ili glavno sjedište (podredno tome sjedište) u Hrvatskoj, za ovrhu na takvom pravu iz prijave odnosno na takvom patentu bit će nadležni hrvatski sudovi i primjenjivat će se hrvatsko pravo s jedinstvenim učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje.

2) Načelo teritorijalnosti kod ovrhe na patentu djeluje u dva smjera. Kao prvo, patent je, kao i druga apsolutna prava intelektualnog vlasništva, teritorijalno pravo, on je vezan uz područje države koja ga je u odnosu na svoj teritorij priznala. Kao drugo, u ovršnom pravu u kojem se prisilno, mimo volje ovršenika, provode sudske odluke i druge ovršne isprave smatra se da je isključivo vršenje državne vlasti na vlastitom teritoriju bitan atribut suverenosti te vlasti. Također, prema međunarodnom ovršnom pravu ovrhu stranih sudskih odluka na području neke države provode sudovi države na čijem se teritoriju ovrha provodi. U sinergiji smjerova djelovanja načela teritorijalnosti u patentnom pravu i međunarodnom ovršnom pravu može se jedino zaključiti da ovrhu na patentu koji proizvodi učinke u Hrvatskoj mogu provoditi isključivo hrvatski sudovi prema hrvatskome pravu, bez obzira na to provodi li se ovrha na temelju domaće ili strane sudske ili druge odluke ili druge ovršne isprave ili europskog ovršnog naloga (naslova).

U odnosu na unitarni patent, prema kolizijskim pravilima iz Uredbe br. 1257/2012 ovrhu, s učinkom za sve države koje sudjeluju u sustavu pojačane suradnje provode hrvatski sudovi primjenom hrvatskog prava u slučajevima kada nositelj unitarnog patenta ima prebivalište odnosno glavno sjedište, podredno sjedište u Hrvatskoj.

3) Provedbom ovrhe na patentu stjecatelj patenta stječe apsolutna i monopolna prava koja proizlaze iz toga patenta.

4) Patent predstavlja samostalan dio imovine i kao takav je prikladan za ovrhu. No, za gospodarsko iskorištavanje izuma koji se štiti patentom često je nužna primjena određenog znanja i iskustva. Također, često je za uspješno iskorištavanje određene tehnologije potrebno steći više povezanih patenata. Stoga ovrhovoditelj treba voditi računa da u ovrshi smisleno obuhvati sve one predmete koji su potrebni za cjelovito i uspješno iskorištavanje određene tehnologije kako bi uspio zainteresirati potencijalne stjecatelje. Tu valja uzeti u obzir da se ovrha na znanju i iskustvu ne provodi prema pravilima o ovrshi na patentu već da je tu ovrhu, s obzirom na pravnu narav znanja i iskustva, moguće provesti u okviru ovrhe na poduzeću ili dijelu poduzeća u kojemu se znanjem i iskustvom koristi.

5) Postupak utvrđivanja vrijednosti patenta kao predmeta ovrhe vrlo je složen u smislu metoda koje se primjenjuju u svrhu utvrđivanja njegove tržišne vrijednosti. Stoga se ne preporučuje tome postupku pristupiti bez posebnih stručnih znanja.

Doc. Dr. sc. Romana Matanovac Vučković,  
Doc. Dr. sc. Hano Ernst

### **Erfindung als Gegenstand der Zwangsvollstreckung: kroatische, europäische und internationale Perspektive**

(Zusammenfassung)

*Die Autoren behandeln Fragen der Zwangsvollstreckung in ein Patent nach kroatischem, europäischen und internationalen Recht. Sie heben hervor, dass hierbei die Merkmale eines Patents als geistiges Eigentum, durch das eine Erfindung geschützt wird, zu berücksichtigen sind. Gegenstand der Zwangsvollstreckung kann ein nationales Patent, ein Patent, das aufgrund einer internationalen Anmeldung erworben wurde, sowie ein europäisches Patent sein. Ausserdem können das Recht aus der Patentanmeldung sowie eine Urkunde über den erweiterten Schutz Gegenstand der Vollstreckung sein. Für Patente, die aufgrund einer nationalen, internationalen und europäischen Anmeldung erworben wurden, ist das jeweilige nationale Patentregister ausschlaggebend; für nationale und internationale Anmeldungen das nationale Register der Patentanmeldungen. Das europäische Patentregister hingegen ist nur für europäische Patentanmeldungen relevant. Nach Wirksamwerden kann in den Fällen, in denen der Anmelder seinen Wohnsitz, seine Hauptniederlassung oder Zweitniederlassung in Kroatien besitzt, auch ein Unionspatent Gegenstand einer Zwangsvollstreckung nach kroatischem Recht mit Wirkung für alle Staaten, die am System der Verstärkung der Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Patente zusammenarbeiten, sein.*

*Das Territorialitätsprinzip wirkt bei der Vollstreckung der Patente in zwei Richtungen: einerseits ist ein Patent an das Gebiet des Staates, der es bezüglich seines Territoriums*



anerkannt hat, gebunden; andererseits vollstrecken die Gerichte von Staaten, auf deren Gebiet die Vollstreckung durchgeführt wird, ausländische Gerichtsentscheidungen. Deshalb können bei Anwendung des kroatischen Rechts ausschliesslich kroatische Gerichte die Vollstreckung in Patente, die in Kroatien gültig sind, durchführen.

### Rights over invention which can be object of enforcement – Croatian, European and international perspective

(Summary)

Enforcement against a patent requires us to respect the patent's characteristics as an intellectual property right which protects inventions. In this respect, the object of enforcement can be a national patent, as well as a patent acquired on the basis of an international application, and a European patent. Furthermore, an object of enforcement can also be the right from the patent application, the consensual patent, and the Supplementary Protection Certificate. For patents acquired on the basis of a national, international, and European application, the relevant register is the national register of patents, whereas for national and international applications it is the national register of patent applications. Only for European patent applications it is the European Patent Register. After it comes into force, the unitary patent will also be subject to enforcement, where it will be subject to Croatian law with an effect for all countries which participate in the system of enhanced cooperation in the area of patents, in such cases where the patent applicant is a resident of or headquartered in Croatia.

The principle of territoriality in enforcement proceedings against a patent has a dual effect. On the one hand, the patent is tied to the territory of the country which has recognized for its territory. On the other hand, enforcement law delegates the enforcement of foreign judgments within the territory of a country to the courts of that country. Therefore, enforcement proceedings against a patent which has effects in Croatia can only be run by Croatian courts according to Croatian law.

## Postoje li jedinstvena pravila o naknadi štete zbog neispunjenja ugovora u pravnom okviru ugovornog prava EU?

- Poredbenopravna analiza s posebnim osvrtom na hrvatsko i njemačko pravo

Dr. sc. Ana Keglević, LL.M. (London)\*

UDK: 347.4:347.426.6]:061.1EU

**Sažetak:** U radu se analizira institut naknade štete zbog neispunjenja ugovora u različitim pravnim izvorima pravnog okvira ugovornog prava Europske unije na nacionalnoj i supranacionalnoj razini. Cilj je utvrditi postoje li jedinstvena pravila koja uređuju ovaj institut, te možemo li dati afirmativnu izjavu o tipizaciji ili unifikaciji pravnih pravila u užem smislu riječi. Analiza se odvija na dvije razine. Na nižoj razini rad nastoji odgovoriti na pitanje može li se iz različitosti pravnog poimanja pojma štete i multipliciteta pravnih pravila izvesti neki općenit, logičan i održiv koncept pravnih pravila o naknadi štete u europskom privatnom (ugovornom) pravu i ako može, s kolikom razinom teškoće. Na višoj razini rad nastoji odgovoriti na pitanje mogu li takva jedinstvena pravila, ukoliko postoje, biti element harmonizacije europskog privatnog (ugovornog) prava. Formulacija takvih pravila čini se razumnom i korisnom za stvaranje cjelovitog sustava pravnih pravila o naknadi štete zbog neispunjenja ugovora unutar pravnog okvira ugovornog prava EU.

**Ključne riječi:** naknada štete, neispunjenje ugovora, europsko privatno pravo, ugovorno pravo, PECL, DCFR, CESL, CISG, UNIDROIT PICC

### 1. Uvod

U pravnom okviru ugovornog prava Europske unije, odnosno u europskom privatnom pravu u užem smislu,<sup>1</sup> postoji čitav niz pravnih pravila o ugovornoj, pa čak i predugovornoj odgovornosti za štetu, koja su rasprostranjena u čitavom nizu pravnih instrumenata. Osim u pravima država članica, nalazimo ih s različitim stupnjem regulacije u pravnoj stečevini EU (*acquis communautaire*), zatim u različitim zajedničkim načelima usmjerenim na harmonizaciju europskog ugovornog prava, posebice europskog ugovornog prava kupoprodaje, ali i u mnogim drugim instrumentima unifikacije međunarodnog prava kupoprodaje. Njihova mnogobrojna pravila koincidiraju i nerazdvojno su povezana s izvanugovornom odgovornošću za štetu i zapravo se ne smiju promatrati odvojeno jedno

\* Dr. sc. Ana Keglević, LL.M. (London), viša asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Katedra za građansko pravo, Trg M. Tita 14, HR-10000 Zagreb, akeglevic@pravo.hr.

<sup>1</sup> A. von Vogel, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2006., str. 4–6.

od drugih. Na razini primarnog prava Europske unije sama obveza naknade štete proizlazi iz temeljne odredbe iz čl. 340(1-2) Ugovora iz Lisabona.<sup>2</sup> Premda navedena odredba u drugom stavku u većem dijelu upućuje na primjenu općih načela zajedničkim privatnopravnim sustavima država članica i premda se ponajprije odnosi na izvanugovornu štetu, ta odredba ipak je dala pravnu osnovu za interpretaciju postojećeg *acquisa* i sudski razvoj određenog skupa pravnih pravila o odgovornosti za štetu, kao što su koncept dosude neimovinske štete, izgubljene dobiti, nominalne štete i sl. Odluka Suda EU (ranije: Europskog suda, ECJ) u predmetu *Francovich* predstavlja početak razvoja takvih pravila.<sup>3</sup> U svim tim instrumentima pretpostavke pod kojima se može odobriti naknada štete, kao i ostali elementi određivanja vrsta i opsega štete razlikuju se. Ipak svi instrumenti rezultiraju s istim ciljem – kompenzacijom oštećene strane.<sup>4</sup>

Zbog različitosti u pristupu uređenja odgovornosti za štetu, jedno od osnovnih pitanja na koje želi odgovoriti ovaj rad jeste može li se iz različitosti pravnog poimanja štete i multipliciteta pravnih pravila koja čine ukupnost europskog privatnog (ugovornog) prava izvesti neki općenit, logičan i koherentan skup pravnih pravila o naknadi štete zbog povrede ugovora u europskom privatnom (ugovornom) pravu i ako može, s kolikom razinom teškoće. Na višoj razini pitanje je mogu li zajednička pravila o naknadi štete zbog neispunjenja ugovora biti moguć i koristan element harmonizacije europskog privatnog (ugovornog) prava, radi ostvarenja zadovoljavajućeg stupnja integracije EU.<sup>5</sup>

Kako bi se rasvijetlilo ovo kompleksno pitanje, u radu će se raspraviti o sljedećim elementima. Najprije će se postaviti pravni okvir za naknadu štete u europskom privatnom pravu i osnovne pretpostavke njezine naknade. Potom će se analizirati sam obujam naknade štete, a posebice pitanje totalne reparacije, doprinosa oštećenika vlastitoj šteti, element predvidljivosti kao pretpostavka ograničenja opsega štete, kao i neki drugi posebni slučajevi apstraktne ocjene štete. Cilj koji se nastoji postići jeste utvrditi postoje li neke tipične karakteristike ili zajednička pravna pravila koja bi mogla biti element harmonizacije na razini Europske unije.

## 2. Naknada štete – osnovna načela

### 2.1. Pravni okvir

Osim samih prava država članica, pravni izvor pravnih pravila koja reguliraju naknadu štete zbog neispunjenja ugovora u europskom privatnom pravu nalazimo u odredbama Načela europskog ugovornog prava (čl. 9:501–9:510 PECL),<sup>6</sup> Nacrta zajedničkog referentnog okvira (čl. III-3:701–3:707 DCFR),<sup>7</sup> te Zajedničkog europskog prava kupoprodaje (odredbe čl. 159–165. CESL).<sup>8</sup> Na razini međunarodne prodaje robe posebice su značajne odredbe o naknadi štete zbog povrede ugovora iz Konvencije o međunarodnoj prodaji robe (čl. 45(1)(b) CISG koje treba iščitavati u relaciji s odredbama o naknadi štete iz čl. 74–77 CISG),<sup>9</sup> te odredbe UNIDROIT Načela za međunarodne trgovačke ugovore (čl. 7.4.1.–7.4.8. UNIDROIT PICC).<sup>10</sup> Svi ovi legislativni instrumenti harmonizacije europskog privatnog prava (dalje zajedno: legislativni instrumenti)

<sup>2</sup> *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (Lisbon Treaty)*, OJ C 83, 30. 3. 2010. <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm#founding>, službeni prijevod na hrvatski jezik dostupan je na stranici Ministarstva vanjskih i europskih poslova <http://www.mvep.hr/hr/hrvatska-i-europska-unija/ugovori/temeljni-ugovori-o-osnivanju-i-pristupanju-europskoj-uniji>. Stranica posjećena 20. 10. 2013.

<sup>3</sup> Joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, ECR 1991, I-05357. Više T. Josipović, *Načela europskog prava u presudama suda Europske zajednice*, Narodne Novine, 2005., str. 210–215.

<sup>4</sup> W. Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, – Einrechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, str. 107.; H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012., str. 45.; isto za poredbenopravni pregled U. Magnus, *Unification in Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague, 2001. str. 185.

<sup>5</sup> Europsko ugovorno pravo dio je europskog privatnog prava. Prema pravnoj literaturi europsko ugovorno pravo možemo definirati kao postojeće ugovorno pravo EU koje se sastoji od ukupnosti: a) cjelokupnog *acquis communautaire* (pravne stečevine EU) i b) ugovornog prava svih 28 država članica ali i kao ukupnost c) općih načela ugovornog prava koja su zajednička svim pravnim sustavima država članica EU. Ono je skup svih pravnih pravila u pravnom okviru ugovornog prava EU, koje uređuje odnose između privatnih osoba. Von Vogel,

*Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 8. Za temeljne probleme integracije i moguća rješenja v. P. Jung, C. Baldus (Hrsg.), *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, Sellier, München, 2003., str. 1–27. et seq.

<sup>6</sup> O. Lando, H. Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law (PECL), Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.

<sup>7</sup> C. von Bar, E. Clive (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European contract law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009. Odredbe čl. III-3:701–3:707 DCFR ne primjenjuje se na štetu koja se nadoknađuje prema Knjizi IV. Izvanugovorna odgovornost uzrokovana drugome (*Book IV. Non-contractual liability arising out of damage caused by another*) kao ni na štete uzrokovane povredom neke javne obveze, niti na neispunjenje novčanih obveza zbog same suprotnosti s prirodom same obveze; str. 915.

<sup>8</sup> R. Schulze (Ed.), *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2012.

<sup>9</sup> I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

<sup>10</sup> *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2010. [www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversion/principles2010-e.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversion/principles2010-e.pdf)

u većoj mjeri sadrže jednaka načela i uvjete pod kojima nalažu popravlanje štete oštećenoj strani.

U pravnoj stečevini EU odredbe o naknadi štete su prisutne, ali s različitom razinom pravnog uređenja. Neke smjernice samo načelno priznaju pravo na naknadu štete bez specifičnih pravila o njezinoj naknadi. Koristeći vrlo općenit pojam, one samo nalažu da sankcionirajuće mjere zbog neispunjenja ugovora moraju biti "učinkovite, razmjerne i odvraćajuće" (*effective, proportionate and dissuasive sanctions*) ostavljajući time pojedinim državama članicama da prilagode takva pravila svojem pravnom sustavu.<sup>11</sup> Primjer takva uređenja su Smjernica o elektroničkoj trgovini (čl. 20 Smjernice), Smjernica o sklapanju ugovora s potrošačima o financijskim uslugama na daljinu (čl. 11 Smjernice) ili Smjernica o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena ponuđenih proizvoda (čl. 8(2) Smjernice). Isto uređenje nalazimo i u mnogim drugim EU uredbama i smjernicama.<sup>12</sup> Propisivanje mjera koje su "učinkovite, razmjerne i odvraćajuće" u potpunom je skladu s politikom europskog zakonodavca i ovlaštenjima Europskog suda da u okviru interpretacije i analize primjene prava Unije na legislativnoj razini nalaže sankcije državama članicama koje nisu zadovoljile uvjete naloženih mjera.<sup>13,14</sup> Različito od toga, nekim EU smjernicama obveza naknade štete vrlo je detaljno propisana. Primjerice Smjernica o borbi protiv zakašnjenja u plaćanju dopušta naknadu štete kada je određivanje uvjeta za plaćanje obveze u velikoj mjeri nepošteno za ugovaratelja i uzrokuje mu štetu (čl. 3(3) Smjernice) ili Smjernica o turističkim paket aranžmanima koja nalaže da organizator putovanja odgovara za štetu koja je nastala neispunjenjem ili neurednim ispunjenjem obveze osim ako je šteta nastala postupanjem suprotne strane, neke treće osobe ili višom silom (čl. 5(2) Smjernice). Obveza naknade štete propisana je i Smjernicom o odgovornosti za neispravan proizvod, vrlo detaljno specificirajući da se u slučaju nastanka štete uzrokovane neispravošću proizvoda može zahtijevati naknada imovinske štete prouzročena smrću ili tjelesnom ozljedom, te šteta uzrokovana uništenjem ili oštećenjem štíćenikovih stvari različitim od neispravnog proizvoda ako ona prelazi iznos od 500 eura

(čl. 9(a-b) Smjernice).<sup>15</sup> Pristup detaljnog uređenja obveze naknade štete zbog neispunjenja ugovora propisan je i mnogim drugim EU uredbama i smjernicama.<sup>16</sup> Konačno nekim EU smjernicama pravo na naknadu štete začuđujuće uopće nije propisano ostavljajući uređenje pitanja naknade štete državama članicama. Tipičan primjer je Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima.<sup>17</sup> Tom smjernicom europski zakonodavac nastojao je harmonizirati pravna sredstva zbog dostave robe s nedostatkom (pravo na zamjenu stvari, otklanjanje nedostatka, smanjenje cijene ili raskid) istodobno ne dirajući u nacionalna prava o ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti za štetu.<sup>18</sup> Ovakvo uređenje većim dijelom je posljedica fragmentiranosti i nekonzistentnosti samoga *acquisa*.<sup>19</sup>

Konačno, pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora priznato je bez iznimke u svim privatnopravnim porecima država članica EU.<sup>20</sup> Iako je priznata s različitim konceptualnim poimanjem i odobrava se pod različitim pretpostavkama, posebice u odnosu na kontinentalni i anglosaksonski pravni krug, u oba pravna kruga naknada šteta postoji kao opće pravilo zbog neispunjenja ugovorne obveze.<sup>21</sup> U anglosaksonskom pravnom sustavu koncept

<sup>11</sup> P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2011. str. 222. *et seq.*

<sup>12</sup> Primjerice Smjernica o sklapanju ugovora o potrošačkim financijskim uslugama na daljinu (čl.11.), Smjernica o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena ponuđenih proizvoda (čl. 8(2)), Smjernica o elektroničkoj trgovini (čl. 20.), Smjernica o zabrani diskriminacije (čl. 17(2)), Uredba o prekograničnom plaćanju u EUR (čl. 7.), Uredba o naknadi zbog uskraćenog ukrcanja (čl. 16(3)) itd.

<sup>13</sup> B. Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, Sellier, Munich, 2007., str. 79–82. o djelovanju odluka Suda EU.

<sup>14</sup> Vidi odluke Suda EU (tada: Europskog suda, ECJ) u predmetima ECJ C-79/83, *Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH*, ECR 1984, I-1921; ECJ C-180/95, *Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG*, ECR 1997, I-2195.

<sup>15</sup> Smjernica doduše ne predviđa mogućnost naknade neimovinske štete. Ona se može zahtijevati prema općim pravilima odštetnog prava država članica. Više H. C. Taschner, E. Frietsch, *Produkthaftungsgesetz und EG- Produkthaftungsrichtlinie*, Beck, München, 1990., Art 9. Rdn. 16. Isto je i u hrvatskom pravu prema čl. 1073. ZOO. v. S. Petrić, *Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, br. 1., 2006., str. 87–128.

<sup>16</sup> Primjerice Smjernica o samozaposlenim trgovačkim posrednicima (čl. 17. i 18.), Smjernica o prekograničnom plaćanju (čl. 6(1–3)), Uredba o naknadi zbog uskraćenog ukrcanja (čl. 6–7.), Uredba o pravima i obvezama putnika u željezničkom prijevozu (čl. 17.).

<sup>17</sup> Za detaljan pregled v. M. J. Schermaier (Hrsg.), *Verbraucherkauf in Europa - Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, Sellier, München, 2003.

<sup>18</sup> Recital 6 Smjernice 1999/44/EZ o o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima.

<sup>19</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – An action plan*, COM(2003) 68 final, t. 22. i 52.; *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, COM(2006) 744 final, t. 3.2.; u pravnoj literaturi npr. T. Wilhelmsson, *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, ELJ, vol. 10. issue 6., 2004., str. 712–733.; P. Letto-Vanamo, J. Smits, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, Munich, 2012., str. 17. *et seq.*; CoPECL - Joint Network on European Private Law, *Overcoming research fragmentation in the European research area*, Final Report 513351, 2009., str. 10. [http://cordis.europa.eu/publication/rcn/13014\\_en.html](http://cordis.europa.eu/publication/rcn/13014_en.html). Stranica posjećena 20. 10. 2013.

<sup>20</sup> H. Beale, *Contract Law: Cases, material and text on Contract Law*, Hart, Oxford/Portland-Oregon, 2010., str. 994–999.

<sup>21</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to Comparative Law*,

naknade štete zbog povrede ugovorne obveze više implicira pristup prema kojem se nadoknađuje gubitak koji stoji u direktnoj vezi s povredom ugovorne obveze (*net loss approach*)<sup>22</sup> uz odobrenje puno šireg i fleksibilnijeg spektra oblika naknade štete.<sup>23</sup> U kontinentalnim pravnim sustavima ugovorna odgovornost za štetu zasnovana je na krivnji i odobrava se pod strogo propisanim zakonskim pretpostavkama i u limitiranom obliku.<sup>24</sup> U njemačkom i hrvatskom pravu pravna pravila o odgovornosti za štetu dio su općeg obveznog prava, te su regulirana Općim građanskim zakonikom (BGB) u Njemačkoj,<sup>25</sup> odnosno Zakonom o obveznim odnosima (ZOO) u Hrvatskoj.<sup>26</sup> Zbog takve različitosti u pristupu temeljno pitanje jeste može li se iz različitosti pravnih poimanja štete i pluraliteta spomenutih pravnih izvora doći do zaključka o nekom zajedničkom, logičnom i održivom sustavu pravnih pravila o naknadi štete u europskom privatnom pravu i ako može s kolikom razinom teškoće.

Iako su sva ovdje navedena pravila iz različitih legistivnih instrumenata prvenstveno oblikovana za ugovornu odgovornost za štetu, napominjemo kako ona ne mogu biti u potpunosti odvojena od pravnih pravila za izvanugovornu odgovornost za štetu i ostalih inicijativa europskog zakonodavca na tom području, kao na primjer Načela europskog odštetnog prava (*Principles of European Tort Law*).<sup>27</sup> Vrlo često, u mnogim pravnim sustavima ugovorna odgovornost za štetu nužno je povezana i isprepletena s izvanugovornom odgovornošću.<sup>28</sup> Iako se pretpostavke pod kojima se može odobravati naknada štete, kao i elementi određivanja opsega štete razlikuju, oba skupa pravnih pravila teže istom cilju, reparaciji oštećene strane.<sup>29</sup> Zato ih ni ne možemo promatrati izolirana jedna

od drugih.<sup>30</sup> Istodobno, zato bi i bilo potpuno nerazumno od europskog zakonodavca da oblikuje dva potpuno odvojena skupa pravila, jedna za ugovornu odgovornost za štetu i drugi za izvanugovornu odgovornost za štetu.<sup>31</sup>

## 2.2. Opće pretpostavke

Odredbe čl. 9:501 Načela europskog ugovornog prava i čl. III-3:701 Zajedničkog referentnog okvira su temeljne odredbe europskog ugovornog prava koje se odnose na povredu ugovorne obveze i koje čine pravnu osnovu zahtjeva za naknadu štete. "Vjerovnik je ovlašten zahtijevati naknadu štete koja je nastala neispunjenjem obveze dužnika, osim ako je neispunjenje opravdano."<sup>32</sup> Iznimku od dužnosti ispunjenja obveze čine slučajevi isključenja odgovornosti zbog nekog vanjskog faktora (*force majeure*) ili slučajevi postojanja ugovorne klauzule o ugovornom isključenju odgovornosti (*exemption clauses*) koja je posebice česta u anglosaksonskom sustavu.<sup>33</sup> Isto osnovno pravilo nalazimo u jednakom izričaju i u ostalim međunarodnim instrumentima kao CISG (čl. 45(1) i 61(1) u svezi s čl. 74.), UNIDROIT PICC (čl. 7.4.1.), CESL (čl. 159.), u većem dijelu *acquisa*,<sup>34</sup> a osnovno pravilo o obvezi dužnika da naknadi štetu koju je uzrokovao neispunjenjem ugovora postoji u pravima svih država članica, kao što je

za štetu u poredbenopravnoj perspektivi v. Lever, P. Larouche, *Tort Law*, Hart, Oxford/Portland-Oregon, 2000., str. 32–34. i 69–71.; A. Burrows, *Remedies for torts and breach of contract*, Butterworth, London, 1994., str. 17–21.; P. Cane, *The anatomy of tort law*, Hart, Oxford/Portland-Oregon, 1997, str. 22–23.

<sup>30</sup> N. Jansen, *Concept of Non-Contractual Obligations Rethinking the Division of Tort, Unjustified Enrichment and Contract Law*, JETL, vol. 1., 2010., str. 22.; za hrvatsko i poredbeno pravo M. Bukovac Puvača, "Sive zone" izvanugovorne odgovornosti – područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1, 2009., str. 221–243.

<sup>31</sup> Isto U. Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, u: R. Schulze, *Common Frame of Reference and existing EC Contract law*, Sellier, Munich, 2008., str. 205.

<sup>32</sup> Isto čl. 8:401 *Acquis* načela; *Acquis Group, Acquis principles – Contract II*, Sellier, Munich, 2009., str. 427.

<sup>33</sup> Jedan od instrumenata gdje je izrijekom uređena ugovorna klauzula o isključenju ugovorne odgovornosti su načela UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 233–236.

<sup>34</sup> Primjerice Smjernica o borbi protiv zakašnjenja u plaćanju (čl. 3(3)), Smjernica o turističkim paket aranžmanima (čl. 5(2)), Smjernica o odgovornosti za neispravan proizvod 9(a-b), Smjernica o samozaposlenim trgovačkim posrednicima (čl. 17. i 18.), Smjernica o prekograničnom plaćanju (čl. 6(1–3)), Uredba o naknadi zbog uskraćenog ukrcanja (čl. 6–7.), Uredba o pravima i obvezama putnika u željezničkom prijevozu (čl. 17.), ECJ C-168, *Leitner vs TUI Deutschland*, ECR 2002, I-2631; ECJ C-140/97, *Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister and Others v Republik Österreich*, ECR 1999, Page I-03499; C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, ECR 1991, I-05357. V. bilj 32, str. 428.

Clarendon Press, London, 1998., str. 488–496. (za germanski pravni krug), str. 499–501. (za romanski pravni krug), str. 505–510. (za anglosaksonski pravni krug).

<sup>22</sup> *Chitty on Contracts*, Sweet&Maxwell, London, 1994., para 26-001.; Treitel, *The Law of Contract*, Sweet&Maxwell, London, 2007., para. 18-025 *et seq.* za poredbenopravni pregled.

<sup>23</sup> Više o naknadi svakog pojedinog oblika štete v. *infra* u točki 2.3.

<sup>24</sup> Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, - Einrechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, op. cit. u bilj. 4., str. 145–159. - za pregled u njemačkom, francuskom i engleskom pravu.

<sup>25</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vom 2. Januar 2002, BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, ber. 2003 I S. 738, BGBI. I S. 3719; zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 5 Gesetz zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs vom 1. 10. 2013 (BGBI. I S. 3719).

<sup>26</sup> *Zakon o obveznim odnosima* (ZOO), Narodne novine 35/05, 41/08, 125/11.

<sup>27</sup> The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien, Springer, 2005. Tekst Načela dostupan na stranici [www.egtl.org](http://www.egtl.org). Stranica posjećena 20. 10. 2013.

<sup>28</sup> H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective – The area between tort and breach of obligation*, op. cit. u bilj. 4., 90–97.

<sup>29</sup> O odnosu i preklapanju ugovorne i izvanugovorne odgovornosti

već ranije istaknuto.<sup>35</sup> Iz opće odredbe prema kojoj je vjerovnik “ovlašten zahtijevati naknadu štete koja je nastala neispunjenjem obveze dužnika, osim ako je neispunjenje opravdano” proizlaze slijedeća načela koja čine temelj zahtjeva za naknadu štete u slučaju ugovorne odgovornosti. Prvo, mora biti riječi o nekom obliku neispunjenja ugovorne obveze, osim ako je neispunjenje opravdano. Drugo, na strani oštećenika mora nastati neki gubitak koji on može podvesti pod štetu. Treće, mora postojati uzročna veza između gubitka i neispunjenja / povrede ugovorne obveze. S iznimkom elementa krivnje, vidjet ćemo da su sve ove pretpostavke gotovo bez iznimke priznate u europskom privatnom pravu. U nastavku ćemo analizirati svaku od ovih pretpostavki.

#### a) Neispunjenje ugovorne obveze

Opće pravilo o obvezi naknade štete omogućuje oštećenoj strani naknadu pretrpljenog gubitka koji je nastao u bilo kojem od slučajeva neispunjenja ugovorne obveze, osim ako je neispunjenje opravdano (čl. 9:501 PECL, čl. III-3:701 DCFR, čl. 159. CESL, čl. 45(1) i 61(1) CISG te čl. 7.4.1. UNIDROIT PICC). Ta pravila ne donose puno novih iznenađenja. Za nastanak odgovornosti za štetu dovoljno je da oštećena strana dokaže da je došlo do nekog od oblika neispunjenja ugovorne obveze (npr. da ugovorna obveza nije ispunjena ili da nije ispunjena u skladu s ugovorom, da dostavljena stvar ima nedostatak i sl.) bez obzira na krivnju dužnika.<sup>36,37</sup> Zahtjev za naknadom štete nastaje na temelju same činjenice da dužnik nije ispunio svoju obvezu tj. da ju nije ispunio onako kako je trebalo.<sup>38</sup>

Pod **neispunjenjem ugovorne obveze** (*non-performance*) podrazumijeva se ne samo neispunjenje obveze uopće ili zakašnjenje s njezinim ispunjenjem, već i ispunjenje obveze s nedostatkom (npr. u slučaju kupoprodajnog ugovora dostava stvari s nedostatkom) i protivno ugovorenim uvjetima, povreda dužnosti suradnje, pa čak i neispunjenje obveze u manjem dijelu ako ono dovodi do gubitka na

strani vjerovnika i ne ispunjava cilj ugovora. Za sve te propuste pravna stečevina EU, PECL, DCFR i CESL kao i međunarodni instrumenti CISG i UNIDROIT PICC koriste jedinstven i generički pojam “neispunjenje ugovorne obveze” (*non-performance, failure to perform contractual obligation*).<sup>39</sup> Tako širok pojam obuhvaća sve oblike neispunjenja bez obzira na razlog, od potpuno pasivnog držanja dužnika do ispunjenja s nedostatkom ili propusta dužnosti suradnje. Ono uključuje čak i neispunjenje koje je opravdano po nekoj drugoj pravnoj osnovi.<sup>40</sup> Neispunjenje koje je opravdano možda lišava vjerovnika prava na naknadu štete i prava zahtijevati ispunjenje obveze, ali daje pravo na neka druga pravna sredstva propisana kroz odredbe propisa.<sup>41</sup> Zato je i jedan od najvećih problema kako postići generalizaciju i tipizaciju takva instituta na općoj razini europskog privatnog prava.

Svi legislativni instrumenti koriste jednak način pravno-tehničkog uređenja ovog instituta. Svi najprije pružaju opću, unitarnu i sadržajno široku definiciju neispunjenja ugovora, da bi potom pojedina pravna sredstva povezivali sa svakim pojedinim oblikom neispunjenja (npr. sankcije zbog ispunjenja obveze s nedostatkom, zatim sankcije zbog neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem novčane ili nenovčane obveze itd.).<sup>42</sup> Riječ je o pristupu utemeljenom na klasifikaciji pravnih sredstava (*remedy approach*), a ne obrnuto.<sup>43</sup>

Ovdje pojam neispunjenja ugovora (*non-performance*) treba razlikovati od pojma **povrede** ugovora (*breach of contract*) kao dominantne kategorije anglosaksonskog pravnog sustava. Pojam povrede ugovora je uži i on podrazumijeva neispunjenje ugovora koje nije opravdano i većim dijelom je povezano s pravnim pravilima o izjalovljenju ispunjenja (*frustration*).<sup>44</sup> Različito od toga pojam neispunjenja o kojem se ovdje raspravlja puno je širi te on obuhvaća sve slučajeve neispunjenja ugovora, pa i slučajeve kada je neispunjenje opravdano, vezujući potom uz svaki pojedini oblik neispunjenja različita pravna sredstva i različite pravne posljedice.<sup>45</sup>

<sup>35</sup> Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 21., str. 488–496. (za germanski pravni krug), str. 499–501 (za romanski pravni krug), str. 505–510. (za anglosaksonski pravni krug).

<sup>36</sup> C. Wenderhorst, *Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung*, u: S. Herrler, P. Limmer, O. Remien, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, C. H. Beck, München, 2012., str. 191.

<sup>37</sup> E. M. Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, u: H. Schulte-Nölke et al. (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Sellier München, 2012., str. 209.

<sup>38</sup> Isto je potvrđeno u svim instrumentima Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 915.; Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 434.; Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9., str. 1003.; UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str., 265.; Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 635.

<sup>39</sup> V. formulaciju iz čl. 1:301(4) PECL, čl. III-1:102(3) DCFR, čl. 87(1)(a-f) CESL, čl. 45(1) i 61(1) u svezi s čl. 74. CISG i čl. 7.1.1. UNIDROIT PICC, npr. čl. 5(2) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, v. bilj. 34.

<sup>40</sup> Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 672.; Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 123.; Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9., str. 690–692.; UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 223.

<sup>41</sup> V. *infra* točku 3.

<sup>42</sup> Ibid, bilj. 38.

<sup>43</sup> Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 397., v. bilj. 38.

<sup>44</sup> *Chitty on Contracts*, op. cit. u bilj. 22, para. 23-001.

<sup>45</sup> Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 37., str. 209.

Od samog neispunjenja ugovora različito je pitanje je li za nastanak odgovornosti za štetu potrebna krivnja. Poredbenopravni pregled pokazuje da kod svih do sada analiziranih instrumenata **krivnja** nije konstitutivan element odgovornosti, a samim time krivnja nije niti jedna od pretpostavki ugovorne odgovornosti za štetu.<sup>46</sup> Time su se Načela europskog ugovornog prava i Nacrt zajedničkog referentnog okvira kao i ostali instrumenti priklonili striktnoj odgovornosti štetu osim ako postoje **egzoneracijski razlozi oslobođenja od odgovornosti**. Prema odredbi čl. 8:108 PECL i čl. III-3:104(1-2) DCFR neispunjenje ugovorne obveze je **opravdano** ako ona nije mogla biti ispunjena zbog objektivnih zapreka koje se nalaze izvan kontrole dužnika, te koje on nije očekivao niti mogao razumno očekivati u vrijeme sklapanja ugovora, te koje nije mogao izbjeći ili spriječiti (*force majeure clause*). Standard ocjene je neki objektivni nepredvidivi element koji se nalazi izvan osobe dužnika. Isti princip klauzule više sile prihvaćen je u *acquisu*,<sup>47</sup> većini pravnih poredaka država članica,<sup>48</sup> UNIDROIT PICC (čl. 7.1.7.),<sup>49</sup> i CISG (čl. 79(1)).<sup>50</sup> CESL u izričaju u cijelosti slijedi kao uzor DCFR premda je bilo shvaćanja da bi se u odredbi čl. 88. CESL koja uređuje opravdano neispunjenje ipak trebao ostaviti element krivnje.<sup>51</sup>

Ovo pravilo različito je od anglosaksonskih sustava koji osnovu naknade štete u ograničenim situacijama vezuju uz koncept neosnovanog obogaćenja (*unjustified enrichment*),<sup>52</sup> te koji predviđaju puno šire razloge za oslobođenje od odgovornosti (nemogućnost ispunjenja, poslovna nepraktičnost naknadnog ispunjenja, izjalovljenje (*frustration*), oskudica (*hardship*) itd.).<sup>53</sup> Ovo pravilo različito je od kontinentalnih pravnih sustava,<sup>54</sup> a posebice

njemačkog ili hrvatskog prava kod kojih **krivnja** igra bitnu ulogu i utkana je u samu srž ugovorne odgovornosti za štetu.<sup>55</sup> U takvim sustavima zasnovanim na krivnji, dužnik je taj koji mora dokazati da nije kriv za nastanak štete. **Dvije su temeljne konceptijske razlike** njemačkog i hrvatskog pravnog sustava prema Načelima europskog ugovornog prava, Nacrtu zajedničkog referentnog okvira i ostalim instrumenatima. **Prvo**, prema općoj odredbi iz § 280 BGB usvojenog nakon reforme modernizacije njemačkog obveznog prava<sup>56</sup> vjerovnik će imati pravo na naknadu štete koju je uzrokovao dužnik, osim ako dužnik dokaže da nije "kriv" (odgovoran) za neispunjenje obveze.<sup>57</sup> Prema § 276(1) BGB "krivnja" se može sastojati od namjere ili nepažnje, čime BGB kreira sustav odgovornosti za štetu utemeljen na krivnji.<sup>58</sup> Ova odredba (u odnosu na odredbu ex. 276(1) starog BGB)<sup>59</sup> preuzima stroži stupanj odgovornosti koji može proizaći iz samog sadržaja obveze, a posebice iz presumpcije jamstva ili iz presumpcije garancije o preuzimanju rizika koja proizlazi iz samog ugovora.<sup>60</sup> Prema odredbi § 276(2) osoba postupa s namjerom ako zna da svojim postupanjem uzrokuje štetu i ona želi štetnu posljedicu, odnosno osoba postupa s nepažnjom ako je propustila uložiti određeni stupanj pažnje.<sup>61</sup> Pri ocjeni stupnja (ne)pažnje sud je dužan primijeniti objektivno mjerilo ocjene. U razmatranje se uzima onaj stupanj pažnje koji bi upotrijebila svaka prosječna savjesna osoba istog znanja i sposobnosti u istoj takvoj situaciji.<sup>62</sup> No, bez obzira na stroži stupanj ocjene odgovornosti i dalje je

*private law*, u: R. Schulze (Ed.), *New features in Contract law*, Sellier, Munich, 2007., str. 192.

<sup>55</sup> Općenito za njemački koncept povrede obveze *Verhaltenspflichten* i engleski koncept ugovorne odgovornosti bazirane na krivnji v. Treitel, *The law of Contract*, op. cit. u bilj. 22., para 17-066 do 17-069.; isto Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 21., str. 514.

<sup>56</sup> Zakon o modernizaciji obveznog prava od 26. studenog 2001, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. November 2001, BGBl I. S. 3138–3218.

<sup>57</sup> BGB § 280, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 1a-4; B. S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2002., str. 24, 79, 83–85, 579 *et seq.*

<sup>58</sup> D. Medicus *Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung*, u: J. Basedow, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, str. 185. *et seq.*, Medicus je snažno branio njemačko stajalište o odgovornosti za štetu utemeljenoj na krivnji.

<sup>59</sup> BGB § 276, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 1–6.

<sup>60</sup> K. Riesenhuber, *Damages for Non-performance and the Fault Principle*, ERCL, vol. 2. issue 4., 2008., str. 128.

<sup>61</sup> BGB § 276, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 55–56.

<sup>62</sup> Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, - Einrechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, op. cit. u bilj. 4., str. 114.; Riesenhuber, *Damages for Non-performance and the Fault Principle*, op. cit. u bilj. 60., str. 130.

<sup>46</sup> Poredbenopravno O. Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, u: M. Schmidt-Kassel (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? – Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Sellier, München, 2012., str. 506.

<sup>47</sup> Npr. čl. 5(2) Smjernice o turističkim paket aranžmanima ili čl. 9. Smjernice o prekograničnom plaćanju.

<sup>48</sup> Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 21., str. 512–513.

<sup>49</sup> UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 236–238.

<sup>50</sup> CISG počiva na načelu striktnosti odgovornosti zbog neispunjenja ugovora. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9., str. 1063.

<sup>51</sup> Wenderhorst, *Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung*, op. cit. u bilj. 36., str. 191., više o elementima u CESL Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, o. cit. u bilj. 37., str. 210.

<sup>52</sup> Jansen, *Concept of Non-Contractual Obligations Rethinking the Division of Tort, Unjustified Enrichment and Contract Law*, op. cit. u bilj. 30., str. 45.

<sup>53</sup> Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 22, para. 20-002, 20-021 *et seq.*

<sup>54</sup> M. Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European*

konceptija odredbe takva da dopušta dovoljno prostora za ocjenu objektivnog standarda odgovornosti.<sup>63</sup>

**Druga** velika konceptijska razlika između njemačkog prava i Načela europskog ugovornog prava, Nacrta zajedničkog referentnog okvira i ostalih instrumenata proizlazi iz samog pojma “neispunjenja ugovorne obveze”. Dok se PECL i DCFR primjenjuju na bilo koji oblik neispunjenja obveze, u njemačkom pravu radi se o “povređi preuzete ugovorne obveze” (*Pflichtverletzung*). Njemački koncept se odnosi samo na slučajeve u kojima je propust da se ispunji obveza koja je preuzeta ugovorom rezultat ponašanja oštećenika nakon sklapanja ugovora. Takav propust stvara novu obvezu – obvezu naknade štete. Zato se dužnost ispunjenja obveze zamjenjuje s dužnošću naknade štete.<sup>64</sup> U tom smislu prema njemačkom pravu iz odredbe § 280 BGB *et seq.* nakon reforme modernizacije ugovornog prava proizlaze tri osnovna tipa zahtjeva koji se mogu postaviti u odnosu na naknadu štete zbog povrede ugovorne obveze.<sup>65</sup> Prvo je zahtjev za naknadom štete koji se može postaviti pored zahtjeva za ispunjenjem obveze (*Schadensersatz neben der Leistung*, § 280 Abs. 1. BGB), zatim zahtjev za naknadom štete uzrokovane zakašnjenjem u ispunjenju obveze ili neurednim ispunjenjem (*Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung*, § 280 Abs. 2., § 286 BGB) i konačno šteta zbog samog neispunjenja (*Schadensersatz statt der Leistung*, § 280 Abs. 3., §§ 281–283 BGB).<sup>66, 67</sup>

Na istim temeljnim načelima počiva i hrvatski sustav. U slučaju neispunjenja ugovora dužnik će odgovarati prema subjektivnoj odgovornosti za štetu utemeljenoj na krivnji (čl. 342. ZOO).<sup>68</sup> Pri tome se predmnijeva samo obična nepažnja kao najblaži oblik krivnje, dok se krajnja nepažnja i namjera trebaju dokazati (čl. 1045. ZOO).<sup>69</sup> Jednako kao u njemačkom pravu kriterij ocjene postupanja štetnika je objektivan. Postupanje stranke koja nije ispunila ugovor i

time uzrokovala štetu uspoređuje se s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obveznih odnosa (pažnja dobrog gospodarstvenika, odnosno pažnja dobrog stručnjaka, čl. 10. ZOO).<sup>70</sup> Glede samih kategorija zahtjeva, u hrvatskoj pravnoj literaturi nema tako jasno razlučenih kategorija kao u njemačkom pravu, ali bi se one svakako dale jasno iščitati iz odredaba Zakona o obveznim odnosima.<sup>71</sup>

Ovdje možemo zaključiti da su se u dvojbi između sustava odgovornosti zasnovanog na krivnji i sustava striktno odgovornosti uz postojanje egzoneracijskih razloga oslobođenja od odgovornosti europski i međunarodni instrumenti harmonizacije i unifikacije ugovornog prava (PECL, DCFR, CESL, CISG i UNIDROIT PICC) odlučili za drugu opciju.<sup>72</sup> Prema njima nije potrebno dokazati da je do neispunjenja došlo krivnjom dužnika, jer do odnosa odgovornosti za štetu dolazi na temelju same činjenice neispunjenja ugovorne obveze.<sup>73</sup> Ipak, detaljnija analiza Načela europskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog referentnog okvira pokazuje da njihova pravila **ne pružaju u potpunosti jasan sustav striktno odgovorne odgovornosti za štetu**. Pri ocjeni neispunjenja ugovora PECL i DCFR ipak razlikuju obveze koje imaju za cilj postići određeni rezultat “*obligation de résultat*” i obveze koje zahtijevaju određeni stupanj znanja, sposobnosti i dužne pažnje da se nešto napravi “*obligation de moyens*”.<sup>74</sup> Ovo odgovara francuskom konceptu razlikovanja pojedinih obveza.<sup>75</sup> DCFR i PECL time pružaju širi koncept interpretacije neispunjenja obveze koji se treba prosuđivati s obzirom na karakter same obveze i okolnosti svakog pojedinog slučaja. Naime, ako se ugovorna obveza sastoji od određenog rezultata – “*obligation de résultat*” (npr. dostave robe), a taj rezultat nije ostvaren (roba nije dostavljena ili je dostavljena s nedostatkom) vjerovnik kao oštećena strana ima pravo na naknadu štete na temelju same okolnosti da obveza nije ispunjena, bez obzira na to je li dužnik kriv ili nije

<sup>63</sup> R. Zimmermann, *The new German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 51.

<sup>64</sup> H. Heinrichs, *Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörungenrechts*, u: I. Schwenzer, G. Hager (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schlechtriem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003., str. 515. *et seq.*

<sup>65</sup> S. Lorenz, *Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach*, NJW 2005 27, str. 1890-1992.

<sup>66</sup> BGB § 280, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., *Überblick Rdn. 1-7.*: o svakom pojedinom zahtjevu Zimmermann, *The new German Law of Obligations*, op. cit. u bilj. 63., str. 52–58.

<sup>67</sup> Općenito o pravnom pojmu obveze u njemačkoj pravnoj doktrini A. Keglević, *Građanskopravni aspekti obveze obavještavanja kod potrošačkog ugovora o osiguranju*, doktorski rad, Pravni fakultet u Zagrebu, 2012., str. 374–377.

<sup>68</sup> Za sudsku praksu v. I. Crnić, *Odštetno pravo*, Faber & Zgombić, Zagreb, 2008., str. 7–19, 420–426.; Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 15., str. 504.

<sup>69</sup> *Ibid*, Gorenc, str. 1611–1614.; Crnić, *Zakon o obveznim odnosima – komentar*, Organizator, Zagreb, 2006., str. 706., str. 709–717.

<sup>70</sup> Za sudsku praksu po tom pitanju v. Crnić, *Odštetno pravo*, op. cit. u bilj. 68., str. 426–429.

<sup>71</sup> Općenito o pravnom pojmu obveze u hrvatskoj pravnoj doktrini, Keglević, *Građanskopravni aspekti obveze obavještavanja kod potrošačkog ugovora o osiguranju*, doktorski rad, op. cit. u bilj. 67., str. 499–501.

<sup>72</sup> Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46., str. 506.

<sup>73</sup> Isto R. Zimmermann, *The new German Law of Obligations*, op. cit. u bilj. 63., str. 50.

<sup>74</sup> O. Lando, *Non-performance (breach) of Contract*, u: Hartkamp et al. (Eds.), *Toward European Civil Code*, Walters Kluwer, The Netherlands, 2011., str. 685.; isto Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 434., Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 673. i str. 916.; isto Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 21., str. 501–502.

<sup>75</sup> Za francuski koncept *L'obligation de moyens* and *L'obligation de résultat*, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale* – Vol. 1., Montchrestien, Paris, 1991., str. 371–372.

kriv za neispunjenje, osim ako je neispunjenje opravdano. Međutim, ako se ispunjenje obveze ne sastoji od određenog rezultata, već je dužnik samo imao obvezu uložiti razuman stupanj pažnje ili znanja – “*obligation de moyens*”, a to nije učinio, odgovornost će postojati na temelju činjenice da nije uložio dužnu pažnju i znanje. U razmatranje se uzima onaj stupanj pažnje koji bi upotrijebila svaka prosječna razumna osoba istog znanja i sposobnosti u istoj takvoj situaciji. Kriterij ocjene je objektivni. U tom dijelu se ocjena stupnja pažnje i sposobnosti vrši u jednakom ekvivalentu kao i prema načelu krivnje. Kako je riječ o elementu čije ispunjenje ovisi o osobi dužnika – dužnik može biti oslobođen odgovornosti ako dokaže da je upotrijebio svu dužnu pažnju. Zato se u tom dijelu rješenja PECL i DCFR približavaju sustavu krivnje kakav postoji npr. u njemačkom i hrvatskom pravu.<sup>76</sup>

UNIDROIT PICC također priznaje ovo razlikovanje. Zapravo, on je jedan od rijetkih instrumenata koji sadrži izričitu odredbu o razlikovanju ovih dviju vrsta obveza (čl. 5.1.4. *duty to achieve a specific result, duty of best efforts*). I ovdje dužnik mora upotrijebiti pažnju koju bi upotrijebila svaka razumna osoba istog znanja i sposobnosti u istim okolnostima. Moguće je čak da u istom ugovoru koegzistiraju oba tipa obveze.<sup>77</sup> Konačno i CESL također propisuje ovo razlikovanje (čl. 148. CESL). Ipak razlikovanje između obveza koje zahtijevaju rezultat i obveza koje zahtijevaju određeni stupanj znanja i pažnje priznato je izričito samo u odnosu na pružatelje usluga. Pružatelj usluga (*service provider*) dužan je ispuniti obvezu s pažnjom i znanjem koju bi svaki razuman pružatelj usluga primijenio pri pružanju usluge u skladu sa statutarnim i kogentnim zakonskim pravilima za pružatelje usluga. Postoje stajališta da bi se odredba iz čl. 148. CESL mogla generalizirati na ostale obveze i preko onih propisanih za pružatelje usluga.<sup>78</sup> Vjerojatni razlog za ovakvo opredjeljenje jest da CESL za specijalne zahtjeve zbog povrede drugih dužnosti,<sup>79</sup> uključujući i sporedne (*Nebenflichten*), sadrži posebne odredbe kroz čitav propis.<sup>80</sup>

## b) Nastanak gubitka / štete

Za nastanak ugovorne odgovornosti za štetu potrebno je da na strani vjerovnika nastane određeni gubitak (*loss*). Ta pretpostavka proističe iz odredbi svih legislativnih instrumenata koji su predmet analize DCFR, PECL, CESL, CISG, UNIDROIT PICC, *acquis*<sup>81</sup> i privatnih prava država članica, uključujući njemačko i hrvatsko pravo.<sup>82</sup> Gubitak/šteta je nužna pretpostavka za nastanak odgovornosti za štetu, jer bez gubitka nema odgovornosti.<sup>83</sup>

Gubitak oštećenika uključuje imovinsku štetu kao gubitak koji je oštećena strana zaista pretrpjela (*actual loss/damage*) i izgublenu dobit (*lost gain/profit*). On podrazumijeva u pravilu sadašnju štetu, ali i većina instrumenata priznaje oštećeniku pravo na naknadu i buduće štete ako se može razumno očekivati da će zaista nastati u budućnosti (*reasonable believe*).<sup>84</sup> Ova pravila nedvojbeno proizlaze iz odredaba PECL (čl. 9:502), DCFR (čl. III-3:701), CESL (čl. 160.), CISG (čl. 74.) i UNIDROIT PICC (čl. 7.4.2.).<sup>85</sup> S izuzetkom CESL većina instrumenata priznaje oštećeniku naknadu i neimovinske štete nastalu kao posljedica povrede ugovorne obveze (*non-pecuniary loss/harm*, čl. 9:501(2)(a) PECL, čl. III-3:701(3) DCFR, čl. 7.4.2.(1) UNIDROIT PICC).<sup>86</sup> Isto je priznao i Sud EU u svojim presudama.<sup>87</sup> Kontinentalni pravni poredci u pravilu slijede ovu strukturu tipova i vrsta štete, uključujući njemačko i hrvatsko pravo.<sup>88</sup> Anglosaksonsko, posebice englesko pravo, pokazuje fleksibilniji pristup. Ono razlikuje zahtjev za naknadom opće i posebne štete (*general and special damages*). Opće štete su one koje su nastale kao

<sup>76</sup> Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 434.; Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 916.

<sup>77</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, op. cit. u bilj. 10., str. 151.

<sup>78</sup> Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 410.

<sup>79</sup> Primjerice povreda dužnosti postupanja u skladu sa savjesnosti i poštenjem (čl. 2(2)), povreda obveze informiranja (čl. 29(1)), ograničenje pravnih lijekova za digitalni sadržaj (čl. 107.) itd.

<sup>80</sup> Wenderhorst, *Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung*, op. cit. u bilj. 36., str. 193–194. isto Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 37., str. 218–219.; Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46., str. 504–505.

<sup>81</sup> V. npr. čl. 5(2) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 340. Lisabonskog ugovora koji je bio osnova za odluku suda u predmetu ECJ C-343/87, *Annibale Culin v Commission of the European Communities*, ECR 1990, I-00225; *Acquis* načela; *Acquis Group, Acquis principles – Contract II*, op. cit. u bilj. 32., str. 431.

<sup>82</sup> § 280 Abs. 1. BGB, čl. 342(2) ZOO.

<sup>83</sup> Isto proizlazi iz svih instrumenata Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 915.; Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 435.; Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9. str. 1000.; UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, op. cit. u bilj. 10., str. 267.; Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 636.

<sup>84</sup> U engleskom pravu riječ je o tzv. špekulativnim štetama (*speculative damage*). Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 22, para. 20-056.

<sup>85</sup> Isto poredbenopravno Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46., str. 507. Više o naknadi svakog pojedinog oblika štete v. *infra* u točki 2.3.

<sup>86</sup> *Ibid*, str. 507–508.

<sup>87</sup> ECJ C-168, *Leitner vs TUI Deutschland*, ECR 2002, I-2631.

<sup>88</sup> I. Gliha, M. Baretić, S. Nikšić, *Pure Economic Loss in Croatian Law*, u: M. Bussani, *European Tort Law, Eastern and Western Perspectives*, Strämpfli Publishers, Berne, 2007., str. 249. *et seq.*; Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 68., str. 512; Zimmermann, *The new German Law of Obligations*, op. cit. u bilj. 63., str. 58–60;



izravna posljedica kršenja ugovora, koje se mogu točno odrediti i to su u pravilu sve vrste štete ranije navedene. Međutim, ako štetnik ne može jasno odrediti opseg nastale štete, engleski sudovi skloni su dosuditi i posebnu vrstu tzv. nominalne štete (*nominal damage*) koja se nalaže kao svojevrsna kazna zbog povrede pravnih pravila *common lawa* i bez dokaza nastanka i obujma štete (*violation of right at common law*).<sup>89</sup>

Pravo na nominalne štete izričito ne proizlazi iz samog *acquisa*.<sup>90</sup> Ipak, Sud EU je u nekim situacijama priznao i dodijelio stranci pravo na nominalnu štetu. U predmetu *Culin* Sud EU (tada Europski sud) dodijelio je stranci štetu u obliku simboličnog iznosa kada je oštećena strana pretrpjela neko zlo, ali istodobno nije pretrpjela gubitak ili takav gubitak nije mogao biti specificiran.<sup>91</sup> Ovakav konstrukt u potpunosti odgovara engleskom pravu, ali njemačkom i hrvatskom pravu<sup>92</sup> kao i PECL, DCFR, CESL, CISG kao i *acquisu* takav koncept je stran.<sup>93</sup> Prema njima i s određenim varijacijama oštećena strana ima pravo zahtijevati samo imovinsku štetu (u obliku stvarne štete i izgubljene zarade) i neimovinsku štetu, a iznimno u nekim situacijama i buduću štetu. O naknadi svake od ovih vrsta štete bit će više riječi u sljedećem poglavlju.<sup>94</sup> Ipak u ovome dijelu ne smijemo zaboraviti temeljno konceptijsko razlikovanje poimanja vrste i tipova štete, posebice između anglosaksonskih i kontinentalnih pravnih sustava.

### c) Kauzalna veza

Kauzalna veza u kontekstu naknade štete je veza između neispunjenja ugovora kao uzroka i štete kao posljedice. Ona nije eksplicitno uređena u europskom privatnom pravu. Ipak, kauzalna veza evidentno proizlazi već iz samog izričaja odredbi spomenutih instrumenata kao npr. čl. 9:501 PECL, čl. III-3:701 DCFR i čl. 159. CESL.<sup>95</sup> Sva tri instrumenta sadrže jednaku formulaciju: *damage for loss caused by non-performance*. Isto proizlazi i iz CISG i UNIDROIT PICC (čl. 74. CISG – *damages...*

*as consequence of the breach*, čl. 7.4.1. UNIDROIT PICC – *harm sustained as a result of the non-performance*). Vjerovnik može zahtijevati naknadu samo one štete koja je “rezultirala” neispunjenjem ugovora. Drugim riječima oštećena strana nema pravo zahtijevati onu štetu koja nije nastala kao posljedica povrede ugovorne obveze. Ipak, svaki događaj koji utječe na neispunjenje obveze ne utječe istodobno i na nastanak štete. Zato je potrebno u svakom konkretnom slučaju provesti analizu i utvrditi je li neki konkretan događaj kao uzrok zaista doveo do određenog gubitka (štete) kao posljedice. Samo ako se takva veza može dokazati, riječ je o neprekinutoj kauzalnoj vezi.<sup>96</sup>

Ako uzročnost u odnosu na gubitak (štetu) ne može biti ustanovljena nema niti pravne osnove na temelju koje bi sud mogao dodijeliti njezinu naknadu. Uzročnost je priznata kao opća pretpostavka u pravima država članica, uključujući njemačko<sup>97</sup> i hrvatsko pravo.<sup>98</sup> Konačno, zahtjev uzročnosti evidentno proizlazi i iz samog *acquisa*<sup>99</sup> kao i iz odluka Suda EU.<sup>100</sup> U više navrata Sud EU je istaknuo<sup>101</sup> kako je riječ o uvjetu bez kojeg se naknada štete ne može dosuditi (*conditio sine qua non*).<sup>102</sup>

### d) Završna razmatranja

Unatoč terminološkim razlikama, možemo zaključiti da su osnovna pravna pravila nastanka odnosa odgovornosti za štetu zbog neispunjenja ugovora u većem dijelu sadržajno jedinstvena. Europsko privatno (ugovorno) pravo bez iznimke prihvaća da za nastanak odgovornosti za štetu moraju biti ispunjene sljedeće pretpostavke: mora se raditi o neispunjenju ugovorne obveze, na strani oštećenika mora nastati neki gubitak koji on može podvesti pod štetu i mora postojati uzročna veza između gubitka i neispunjenja ugovorne obveze. Najveći element suprotnosti proizlazi iz prihvaćanja striktnosti odgovornost uz propisivanje egzoneracijskih okolnosti prisutnih u

<sup>89</sup> *Chitty on Contracts*, op. cit. u bilj. 22, str. 1199, 1201.

<sup>90</sup> *Acquis Group, Acquis principles – Contract II*, op. cit. u bilj. 32., str. 421., Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 31., str. 213.

<sup>91</sup> ECJ C-343/87, *Annibale Culin v Commission of the European Communities*, ECR 1990, I-00225. U navedenom predmetu g. *Culin* je po okončanom žalbenom postupku ipak imenovan na mjesto voditelja jednog od odjela (DG) Europske komisije. Kako javna objava ispravka odluke nije ispunila cilj naknade neimovinske štete Sud je tužitelju dosudio simboličan iznos naknade kao nominalnu štetu. V. t. 27–29. Odluke.

<sup>92</sup> Kao i mnogim kontinentalnim pravnim poređcima.

<sup>93</sup> Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 31., str. 213.

<sup>94</sup> Više o svakoj pojedinoj vrsti štete i njezinoj naknadi v. *infra* točka 2.3.

<sup>95</sup> Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46., str. 509.

<sup>96</sup> Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 435.; Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 916.

<sup>97</sup> Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, - Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, op. cit. u bilj. 4., str. 159. *et seq.*

<sup>98</sup> Odluka Ustavnog suda br. U-III-49/2008, 24. 6. 2008.; Odluka Vrhovnog suda RH, br. Rev-1216/2006-2, od 11. 7. 2007., više I. Crnić, *Odštetno pravo*, op. cit. u bilj. 68., str. 22–26.

<sup>99</sup> Primjerice čl. 5(2) Direktive o turističkim paket aranžmanima (“...*damage resulting... from the failure to perform*”).

<sup>100</sup> ECJ C-140/97, *Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister and Others v Republik Österreich*, ECR 1999, Page I-03499.

<sup>101</sup> ECJ C-358/90, *Compagnia Italiana Alcool Sas di Mario Mariano & Co. v Commission of the European Communities*, ECR 1992, I-02457; ECJ T-572/93, *Odigitria AAE v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, ECR 1996, I-06129.

<sup>102</sup> Za sistematičan pregled sudske prakse Europskog suda (danas Sud EU) W. Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts - Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, op. cit. u bilj. 4., str. 176. *et seq.*

načelima harmonizacije i unifikacije europskog ugovornog prava te odgovornosti utemeljenoj na krivnji prisutnoj u pravima mnogih država članica posebice kontinentalnog pravnog kruga.<sup>103</sup> Ipak analiza je također pokazala i da je striktno načelo odgovornosti pojedinih legislativnih instrumenata kao DCFR i PECL ublaženo, pa se značajnije razlike očituju više u teoriji nego u praksi. Neke zemlje kao, npr. Francuska, trenutno su u postupku razmatranja odnosa striktnog načela i načela utemeljenog na krivnji i eventualne rekodifikacije svojih pravila. Tendencija kojoj teže moderna shvaćanja ovoga pitanja sve više ide u smjeru ostvarenja korektivne pravde (*corrective justice*) nego zauzimanja dogmatski krutog stajališta.<sup>104</sup>

### 2.3. Ocjena obujma naknade

#### a) Totalna reparacija

Jedna od osnovnih funkcija naknade štete je kompenzacija i reparacija pravnog statusa oštećene strane.<sup>105</sup> Zato je i opće pravilo europskog privatnog prava upravo pravilo o potpunoj reparaciji štete koja je nastala kao rezultat neispunjenja ugovora. Ono počiva na shvaćanju da oštećenu stranu treba staviti u onaj položaj u kojem bi bila da je ugovor uredno ispunjen (barem u novčanom smislu).<sup>106</sup> Načela europskog ugovornog prava, Zajednički referentni okvir, te međunarodni instrumenti kao CISG i UNIDROIT PICC, kao i mnogi nacionalni privatnopravni poređci država članica pružaju okvir za potpunu reparaciju tj. popravljjanje štete (*full compensation*). EU *acquis* ne sadrži eksplicitne odredbe o točnom načinu određivanja vrste i visine štete koja se treba popraviti. Ali iz interpretacije cjelokupnog *acquisa*<sup>107</sup> kao i iz pojedinih odluka Europskog suda proizlazi da se treba nadoknaditi cjelokupni iznos štete, što uključuje i neimovinsku štetu i buduću štetu.<sup>108</sup>

Radi postizanja potpune reparacije osnovna mjera visine naknade štete zbog neispunjenja ugovora (*general measure of damages*) jeste onaj iznos koji bi u najvećoj

mogućoj mjeri mogao vratiti oštećenu stranu u isti onaj gospodarski položaj koji bi ona imala da nije došlo do neispunjenja ugovora. Šteta se temelji na gubitku vjerovnika, a ne na dobitku dužnika.<sup>109</sup> Uobičajena visina naknade štete je dakle ekonomska vrijednost povrijeđenog položaja vjerovnika.<sup>110</sup> U specificiranju vrste štete koja se može nadoknaditi u europskom privatnom pravu prihvaćeno je gotovo jedinstveno pravilo.

Oštećena strana ima pravo zahtijevati gubitak koji je zaista pretrpjela (*actual loss/damage*) i izgublenu dobit (*lost gain/profit*) kao dobitak kojem se nadala, ali ga zbog neispunjenja ugovora nije ostvarila.<sup>111</sup> To proizlazi iz odredaba čl. 9:502 PECL, čl. III-3:702 DCFR, čl. 160 CESL, čl. 74. CISG, čl. 7.4.2.(1) UNIDROIT PICC. Pojam gubitka (*loss*) koji je strana pretrpjela u europskom ugovornom pravu shvaćen je vrlo široko. Gubitak se može sastojati od samog umanjenja imovine vjerovnika, sprječavanja njezina povećanja, ali i preuzimanja neke druge obveze (npr. novo zaduženje) radi ispunjenja svojih obveza koje vjerovnik kao oštećena strana drugačije nije mogao ispuniti jer nije primio isplatu od dužnika. U svakom slučaju oštećena strana se ne bi smjela obogatiti. Zato se pri utvrđivanju visine naknade štete uzima u razmatranje je li oštećena strana istodobno ostvarila i određenu korist.<sup>112</sup> Zanimljivo je da *acquis* načela u čl. 8:402(3) dodatno priznaju i naknadu za razumne i opravdane troškove koje je oštećena strana imala radi prisilnog ispunjenja obveze.<sup>113</sup>

Ako se razumno može vjerovati da će šteta zaista nastati u budućnosti, u europskom privatnom pravu pod određenim pretpostavkama priznaje se dosuda i **buduće štete**.<sup>114</sup> Ona proizlazi iz odredbi čl. 9:502(2)(b) PECL, čl. III-3:701(2) DCFR, čl. 74 CISG. Dosuda buduće štete nije uobičajeno pravno sredstvo. Da bi sud donio pozitivnu odluku o zahtjevu za naknadom buduće štete, potrebno je da u postupku ustanovi da će šteta doista nastati u budućnosti nakon donošenja odluke suda i koliki će biti njezin iznos.<sup>115</sup> UNIDROIT PICC u tom smjeru pruža detaljnije obrazloženje. Nastanak buduće štete mora biti utvrđen s razumnom dozom sigurnosti, on se može sastojati u gubitku poslovne prilike i tada iznos buduće štete

<sup>103</sup> Riesenhuber, *Damages for Non-performance and the Fault Principle*, op. cit. u bilj. 60., str. 119. *et seq.*

<sup>104</sup> P. Gilker, *The Role of la faute in the Avant-projet de réforme*, u: J. Cartwright et al. (Eds.), *Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant-projet du réforme du droit des obligations et de la prescription* ("the Avant-projet Catala"), Hart, Oxford/Portland-Oregon, 2009., str. 289–299.

<sup>105</sup> Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, op. cit. u bilj. 4., str. 109.

<sup>106</sup> Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 22., para. 20-001

<sup>107</sup> Primjerice čl. 4(7) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 17(3) Smjernice o samozaposlenim trgovačkim posrednicima suprotno od toga čl. 9. Smjernice o odgovornosti za neispravan proizvod itd.

<sup>108</sup> ECJ C-308/87, *Grifoni vs European Atomic Energy Community*, ECR 1994, I-314; ECJ C-168, *Leitner vs TUI Deutschland*, ECR 2002, I-2631.

<sup>109</sup> *Chitty on Contracts*, op. cit. u bilj. 22, para. 20-001.

<sup>110</sup> Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 31., str. 216.

<sup>111</sup> Za kritiku H. Koziol, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht*, u: J. Basedow, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, str. 195–196.

<sup>112</sup> Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 22, para. 20-003 do 20-014 (za kriterije engleskog prava).

<sup>113</sup> Acquis Group, *Acquis principles – Contract II*, op. cit. u bilj. 32., str. 436.

<sup>114</sup> U engleskom pravu riječ je o špekulativnim štetama. Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 22, para. 20-056.

<sup>115</sup> V. Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 436.; Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. bilj. 7., str. 918.

mora biti izračunat proporcionalno vjerojatnosti njezina nastanka u budućnosti. Tamo gdje se šteta ne može utvrditi sa sigurnošću, njezino određenje prepušta se diskrecijskoj odluci suda (čl. 7.4.3. UNIDROIT PICC).<sup>116</sup> Prihvatanje buduće štete u obliku gubitka poslovne prilike prisutno je i u drugim instrumentima,<sup>117</sup> djelomično u pravima država članica.<sup>118</sup> Naknada buduće štete proizlazi i iz *acquisa*, primjerice Smjernice o turističkim paket aranžmanima (čl. 6(2)). Za ocjenu naknade buduće štete posebice u odnosu na ugovor o kupoprodaji mogu se koristiti i dodatni kriteriji iz čl. 159(2) CESL.<sup>119</sup> U kontekstu kupoprodaje takođe je upitno određivanje kriterija gubitka šanse.<sup>120</sup>

U slučajevima kada je strana pretrpjela povredu neimovinskih prava, u pravilu se dopušta **naknada neimovinske štete** (*non-pecuniary loss*). Ona se najčešće odobrava zbog pretrpljene boli, patnje, straha, oštećenja kvalitete života, ali i zbog povrede ugleda i časti (čl. 9:501(2)(a) PECL, čl. III-3:701(3) DCFR, čl. 7.4.2.(1) UNIDROIT PICC).<sup>121</sup> Sama narav ugovorne obveze mora biti takva da njezino neispunjenje od strane dužnika dopušta naknadu neimovinske štete vjerovniku kao na primjer bol, stres, povreda časti, ugleda i sl. *Acquis* načela povezuju naknadu neimovinske štete sa samom svrhom ugovorne obveze. "Tamo gdje svrha ugovorne obveze uključuje i zaštitu ili satisfakciju neimovinskih interesa može se zahtijevati i naknada za neimovinsku štetu."<sup>122</sup> U većini slučajeva gubitak koji je uzrokovan neispunjenjem ugovora bit će imovinski kao umanjenje vjerovnikove imovine ili sprečavanje njezina povećanja, ali on još uvijek ne isključuje mogućnost povrede vjerovnikovih neimovinskih dobara.<sup>123</sup> Europski sud u predmetu *Leitner* jasno je implicirao/priznao pravo stranke da u određenim slučajevima zbog neispunjenja ugovora ima pravo naknadu neimovinske štete.<sup>124</sup> Reparacija ili popravljivanje

neimovinske štete može imati različit oblik. Može se sastojati od isprike u javnom glasilu, otvaranju novog natječaja i sl., ili od novčane satisfakcije koju određuje sud u svakom pojedinom slučaju.<sup>125</sup> Za razliku od ostalih CESL izričito ne dopušta naknadu neimovinske štete jer su tvorci smatrali da je mala vjerojatnost da će zbog neispunjenja kupoprodajnog ugovora oštećena strana pretrpjeti strah, fizičku i psihičku bol, gubitak integriteta.<sup>126</sup> CISG sadrži slično ograničenje iako načelno dopušta naknadu neke druge neimovinske štete osim navedenih.<sup>127</sup> U pravima država članica pravo na naknadu neimovinske štete načelno je priznato,<sup>128</sup> premda s različitim stupnjem uređenja,<sup>129</sup> posebice u odnosu na razlike između kontinentalnih i anglosaksonskih pravnih sustava.<sup>130</sup>

#### b) Doprinos oštećenika vlastitoj šteti

U pravima država članica, načelima i akademskim inicijativama harmonizacije europskog privatnog prava i međunarodnim instrumentima široko je prihvaćeno načelo prema kojem doprinos oštećenika vlastitoj šteti ili nepoduzimanje radnji koje mogu umanjiti štetu, u konačnici dovodi do umanjenja opsega cjelokupne štete ili čak u nekim slučajevima do odbijanja zahtjeva u cijelosti. Cilj navedenog pravila jest, s jedne strane, da se oštećenoj strani ne smije dozvoliti naknada onih gubitaka koje je ona svojim nerazumnim ponašanjem izazvala, odnosno u drugom slučaju da se spriječi vjerovnikovo pasivno držanje i propuštanje radnji koje dovode do umanjenja gubitaka očekujući da će gubitak biti u cijelosti nadoknađen. Takvo postupanje bilo bi nepravilno za suprotnu stranu.<sup>131</sup>

neimovinske štete. ECJ C-168, *Leitner vs TUI Deutschland*, ECR 2002, I-2631.

<sup>125</sup> Isto *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 269.

<sup>126</sup> Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 641.

<sup>127</sup> Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9., str. 1015. (čl. 74).

<sup>128</sup> Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 20., str. 1026–1034.

<sup>129</sup> O različitom odnosu njemačkog, engleskog i francuskog pravnog sustava i restriktivnoj primjeni pravila v. J. Lever, P. Larouche, *Tort Law*, op. cit. u bilj. 29., str. 72.

<sup>130</sup> B. Markesinis et al., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005., o terminološkom i konceptualnom razlikovanju str. 1–8., o naknadi neimovinske štete u poredbenopravnoj perspektivi str. 45–171. Za francusko pravo P. Rémy-Corlay, *Damages, Loss and the quantification of Damages in the Avant-projet de réforme*, u: J. Cartwright et al. (Eds.), *Reforming the French Law of Obligations*, op. cit. u bilj. 104., str. 315. et. seq.

<sup>131</sup> O svrsi i povijesnom razvoju instituta do danas A. Keirse, *Why the Proposed Optional Common European Sales Law Has Not, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss*, ERPL, issue 6, str. 951–976.

<sup>116</sup> *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 270–271.

<sup>117</sup> Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 436.; Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 918.

<sup>118</sup> R. Cardona Ferreira, *The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis*, vol. 20. issue 1., MJ, 2013., str. 56–74.

<sup>119</sup> Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 643.

<sup>120</sup> Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46, str. 512.

<sup>121</sup> Za usporedbu legislativnih instrumenata Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 37, str. 215–217.

<sup>122</sup> Čl. 8:402(4) *acquis* načela. Acquis Group, *Acquis principles – Contract II*, op. cit. u bilj. 32., str. 436.

<sup>123</sup> Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 31., str. 216.

<sup>124</sup> U predmetu *Leitner vs TUI Deutschland* g. Leitner je zahtijevao naknadu neimovinske štete zbog neurednog ispunjenja ugovora o turističkom paket aranžmanu sklopljenim s tvrtkom TUI, te je Sud usvojio njegov zahtjev dosudivši naknadu

Načela europskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog referentnog okvira, Zajedničko europsko pravo kupoprodaje kao i međunarodni instrumenti CISG i UNIDROIT PICC razlikuju tri situacije prema kojim bi moglo doći do doprinosa oštećenika vlastitoj šteti. Prvo, kada je oštećenik svojim ponašanjem (aktivnim ili pasivnim) **pridonio neispunjenju** obveze. Drugo, kada nije pridonio neispunjenju obveze, ali je svojim ponašanjem **pridonio povećanju opsega štete**. Treće, ako **nije poduzeo radnje radi sprječavanja** nastanka štete ili umanjena opsega štete. Ova posljednja kategorija u nekim je pravnim sustavima izdvojena kao zasebna. Na primjer prema engleskom pravu prve dvije situacije čine “*contributory negligence*”, a posljednja situacija čini “*failure to mitigate*”.<sup>132</sup> Takvo uređenje kroz dvije zasebne odredbe prihvatili su i PECL, DCFR, CESL, UNIDROIT PICC.<sup>133</sup> Većina kontinentalnih pravnih sustava zapravo jasno ne razgraničuju ova dva slučaja premda primjena postojećih pravila u kauzalnosti dovodi do istih rezultata.<sup>134</sup> Jedinствeno uređenje prihvaćeno je u hrvatskom i njemačkom pravu (§ 254(1-2) BGB i čl. 1092. ZOO) a cilj koji se postiže je u načelu jednak.<sup>135</sup> CISG također sadrži jednu jedinstvenu odredbu (čl. 77.).

U pravnoj stečevini EU doprinos oštećenika vlastitoj šteti prihvaćen je premda ne i koherentno uređen. Neke smjernice prihvaćaju detaljnija pravila, a neke manje detaljna.<sup>136</sup> Ipak, na općoj razini usvojeno je shvaćanje kako vjerovnik nikada ne može profitirati od vlastita nerazumna nepoštena ponašanja.<sup>137</sup>

### c) Predvidljivost kao element ograničenja opsega štete

Osnovna mjera opsega naknade štete je onaj iznos koji je potreban da se vjerovnika stavi u položaj koji bi imao da

je ugovor uredno ispunjen. U tom smislu, postoje još neka dodatna pravila o ograničenjima naknade štete koja se čine korisnim dodatkom postojećim pravilima europskog ugovornog prava. Iznos ili obujam štete ograničen je apstraktno, prema načelu predvidljivosti (čl. 9:503 PECL, III-3:703 DCFR, čl. 161. CESL). Ograničenje predvidljivosti (*foreseeability restriction*), osim u slučaju namjere ili krajnje nepažnje, ograničava dužnikovu odgovornost na onaj obujam štete koju je on morao predvidjeti da će vjerojatno nastupiti zbog neispunjenja ugovora (*likely to incurre*). Ovo odgovara i standardu CISG i UNIDROIT PICC (čl. 74. reč. 2. CISG, čl. 7.4.4. UNIDROIT PICC).<sup>138</sup> CESL je preuzeo konceptualno jednaku odredbu, ali je izostavio riječ vjerojatno (*likely*) postavivši time još viši standard vjerojatnosti da će šteta nastupiti. Pri ocjeni vjerojatnosti nastupa štete CESL primjenjuje standard ocjene svake prosječne osobe. Ipak, on jasno navodi da treba praviti razliku između standarda ocjene za B2B i B2C ugovore. Tamo standardi svakako nisu jednaki. Teret dokaza je na vjerovniku.<sup>139</sup>

Ograničenje “vjerojatne predvidljivosti nastupa štete” uzima u razmatranje ugovorni rizik koji je dužnik trebao predvidjeti s obzirom na činjenice koje su mu bile poznate ili morale biti poznate u trenutku sklapanja ugovora. Ocjena predvidljivosti nastanka štete zbog neispunjenja ugovora igra još bitniju ulogu kod naknade buduće štete u trenutku kada sud s određenom dozom sigurnosti treba utvrditi njezinu visinu. Riječ je o apstraktnoj ocjeni štete.<sup>140</sup>

Samo neki privatnopravni poredci država članica usvajaju ovakvo apstraktno ograničenje obujma naknade štete.<sup>141</sup> Neke države članice umjesto toga počivaju na načelu adekvatne uzročnosti (*adequate causation*). Prema tom načelu nadoknađuje se samo ona šteta koja je zaista uzrokovana neispunjenjem ugovora i koja je adekvatna tj. koja odgovara šteti koja nastaje u takvim situacijama prema redovitom tijeku stvari. Glavni predstavnik je njemačko pravo,<sup>142,143</sup> a ono je priznato i u hrvatskom pravu.<sup>144</sup> U borbi između ova dva načela UNIDROIT PICC

<sup>132</sup> *Chitty on Contracts*, op. cit. u bilj. 22., para. 26-019 i para. 26-050 et seq., Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 22, para. 20-097 do 20-120.

<sup>133</sup> Čl. 9:504 PECL (*loss attributed to aggrieved party*) i čl. 9:505 PECL (*reduction of loss*); čl. III-3:704 DCFR (*loss attributable to creditor*) i čl. III-3:705 DCFR (*reduction of loss*); čl. 7.4.7. UNIDROIT PICC (*harm due in part to aggrieved party*) i čl. 7.4.8. UNIDROIT PICC (*mitigation of harm*), čl. 162. CESL (*loss attributable to creditor*), čl. 163. CESL (*reduction of loss*).

<sup>134</sup> Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 20., str. 1015–1026.

<sup>135</sup> H. Koziol, *Liability for Omissions – Basic Questions*, JETL, issue 2., 2011., str. 129–130, 131–133.; za poredbenopravnu analizu njemačkog, engleskog i francuskog prava v. Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, op. cit. u bilj. 4., str. 304–319.; za hrvatsko pravo v. Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 68., str. 1697–1699., Crnić, *Odštetno pravo*, op. cit. u bilj. 68., str. 500–511.

<sup>136</sup> Primjerice čl. 5(2)(t.1.) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 8(2) Smjernice o odgovornosti za neispravan proizvod, čl. 6(3) Smjernice o prekograničnom plaćanju, čl. 8(2) Smjernice o odgovornosti za neispravan proizvod.

<sup>137</sup> Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 31. str. 217.

<sup>138</sup> Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 37., str. 211–212.

<sup>139</sup> Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. bilj. 8., str. 647.

<sup>140</sup> Za usporedbu svih instrumenata v. op. cit. u bilj. 138., str. 214–215.

<sup>141</sup> Primjerice Engleska, Francuska, Belgija, Luksemburg, Irska, Hrvatska itd. V. Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. bilj. 7., str. 931.; Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 6., str. 443.

<sup>142</sup> Koncept njemačkog prava slijede grčko, portugalsko, poljsko, estonsko pravo. V. Ibid, DCFR, str. 932.; Ibid PECL, str. 443.

<sup>143</sup> Onačeluuzročnosti u njemačkom pravu BGB § 280, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 45-90. Zimmermann, *The new German law of Obligations*, op. cit. u bilj. 63., str. 50–61.

<sup>144</sup> O načelu uzročnosti u hrvatskom pravu v. Odluku Ustavnog suda br. U-III-49/2008, 24. 6. 2008.; Odluku Vrhovnog suda

nudi srednje rješenje. Ono objašnjava kako se predvidljivost povrede (štete) ovdje odnosi samo na tip ili vrstu povrede, a ne sam iznos povrede, osim ako povreda nije takva da dovodi do njegova preoblikovanja.<sup>145</sup> Isto stajalište slijedi i CESL.<sup>146</sup> Možemo zaključiti kako pravna pravila iz PECL, DCFR, CESL i međunarodnih instrumenata o ograničenju obujma štete s obzirom na predvidljivost uvode novo rješenje, čime svakako kreiraju korisnu i logičnu dopunu postojećih pravnih pravila država članica.

#### d) Apstraktna ocjena štete u nekim posebnim slučajevima

Europsko privatno pravo poznaje još nekoliko posebnih slučajeva apstraktne ocjene štete. To su pravila o dokazu štete kroz ispunjenje zamjenske obveze (*substitute transaction*) i o dokazu štete kroz tekuću cijenu (*current price*). Tamo gdje stranka zahtijeva naknadu zbog toga što je nakon raskida ugovora primila ispunjenje neke druge zamjenske obveze, sam obujam naknade sastojat će se od razlike između stvarne cijene primljene zamjenske obveze i ugovorene cijene. Zamjenska obveza treba se zahtijevati u razumno vrijeme i na razuman način. Uz to oštećena strana ima pravo kumulativno zahtijevati naknadu bilo koje daljnje štete koju je pretrpjela (*substitute transaction* čl. 9:506 PECL, čl. III-3:706 DCFR, čl. 164. CESL).<sup>147</sup> Apstraktno mjerilo ocjene gubitka je razlika između vrijednosti ugovorene i zamjenske obveze. Vrlo slično je i u drugom slučaju gdje se kao mjerilo gubitka uzima tekuća tj. tržišna cijena u vrijeme raskida ugovora (*current price* čl. 9:507 PECL, čl. III-3:707 DCFR, čl. 165. CESL). Dakle, strana koja je raskinula ugovor zbog neispunjenja, a nije primila zamjensku obvezu, ima pravo tražiti povrat onog iznosa prema cijenama u vrijeme raskida (a ne u vrijeme sklapanja ugovora). Mnoge zemlje prihvaćaju ovo načelo,<sup>148</sup> dok neke zemlje kao mjerilo apstraktne ocjene uzimaju trenutak dospjeća obveze.<sup>149</sup>

Mogućnost apstraktne ocjene opsega štete bilo referiranjem na pravila o zamjenskom ispunjenju ili na pravila o naknadi razlike cijene između ugovorene i tržišne cijene, odgovara pravilima CISG i UNIDROIT PICC (čl. 75–76.

CISG, čl. 7.4.5. i čl. 7.4.6. UNIDROIT PICC)<sup>150</sup> ali još više odgovara poslovnoj praksi i realnosti tržišnog poslovanja. Ipak, ovdje moramo uputiti jednu kritiku koja se odnosi na mogućnosti arbitriranja i kalkuliranja vjerovnika s navedenim institutima. Trenutna koncepcija omogućuje vjerovniku da po dospjeću obveze, prije njezina ispunjenja zatraži ili zamjensko ispunjenje ili raskine ugovor kako bi ostvario razliku u cijeni i time ostvario eventualnu dobit. Iako koncept da se zamjenska obveza treba poduzeti u razumno vrijeme i na razuman način pruža svojevrsnu zaštitu od kalkuliranja vjerovnika, ipak je riječ o općem standardu koji treba ocjenjivati od slučaja do slučaja. Zato su s razlogom mnogi autori upućivali kritike u ovom segmentu uređenja apstraktne ocjene štete.<sup>151</sup>

### 3. Konkurencija naknade štete i ostalih pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora

Zbog fundamentalnog neispunjenja ugovorne obveze, oštećenoj strani na raspolaganju stoji ne samo zahtjev za naknadom štete već i čitav niz drugih pravnih sredstava ovisno o vrsti i tipu povrede.<sup>152</sup> Kako bi na neki način "popravio" neispunjenje, vjerovnik kao oštećena strana može zahtijevati od dužnika ispunjenje obveze pružajući mu **dodatan rok** za ispunjenje navodeći da će nakon toga ili raskinuti ugovor ili da se ugovor raskida automatski.<sup>153</sup> Riječ je o klasičnom institutu poznatom u njemačkom pravu kao "*Nachfrist*" kojim se dužniku daje još jedan dodatan rok kako bi ispunio svoju obvezu.<sup>154</sup> Hrvatsko pravo Zakonom o obveznim odnosima u potpunosti slijedi istu koncepciju.<sup>155</sup> **Drugo**, ako je riječ o dvostranoobveznim ugovorima vjerovnik u slučaju neispunjenja može **zadržati ispunjenje** svoje vlastite obveze sve dok suprotna strana ne ispuni svoju obvezu ili dok ne pruži određeno **osiguranje ispunjenja** obveze.<sup>156</sup> Mnoga prava država članica ne sadrže odredbu o davanju osiguranja.<sup>157</sup> Hrvatsko i njemačko

RH, br. Rev-1216/2006-2, od 11. 7. 2007., za sudsku praksu I. Crnić, *Odštetno pravo*, op. cit. u bilj. 68., str. 22–26., Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 68., str. 1608–1610.

<sup>145</sup> UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 271.

<sup>146</sup> Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46., str. 513.

<sup>147</sup> Poredbenopravno Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 46., str. 516–517.

<sup>148</sup> Primjerice Finska, Švedska, Estonija. Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. bilj. 7., str. 944.; Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 450.

<sup>149</sup> Primjerice Njemačka, Austrija, UK, Irska, Danska, Španjolska. Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. bilj. 7., str. 944.; Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 6., str. 450.

<sup>150</sup> Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9., str. 1027–1041., UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 273–275.

<sup>151</sup> Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 54., str. 193.

<sup>152</sup> O. Lando, *Non-performance (breach) of Contract*, op. cit. u bilj. 74., str. 68.

<sup>153</sup> To proizlazi iz čl. 9:301 i čl. 8:106(3) PECL, čl. III-3:503 DCFR, čl. 47(1) u svezi s čl. 49(1)(b) CISG, čl. 7.1.5. UNIDROIT PICC, 106(1)(a) i čl. 135. CESL

<sup>154</sup> § 323 BGB. O davanju primjerenog naknadnog roka u njemačkom pravu "*Nachfrist*" § 323 BGB *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 45–90.

<sup>155</sup> Čl. 362(2) ZOO. O davanju "primjerenog naknadnog roka" u hrvatskom pravu v. Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 68., str. 545. *et seq.*

<sup>156</sup> V. čl. 8:105(2) PECL, čl. III-3:505 DCFR, čl. 72(2) CISG, čl. 7.3.4. UNIDROIT PICC, čl. 133(2) CESL.

<sup>157</sup> Mnoga prava država članica zapravo ne sadrže sličnu odredbu

pravo su zapravo jedni od rijetkih sustava koji sadrže izričitu odredbu o davanju osiguranja (§ 321 BGB, čl. 359(1)(3) ZOO).<sup>158</sup> **Treće**, vjerovnik najčešće u slučaju neurednog ispunjenja može zahtijevati **smanjenje obveze ili sniženje cijene**,<sup>159</sup> odnosno pretežito kod ugovora o kupoprodaji otklanjanje nedostatka ili predaju nove stvari bez nedostatka pod uvjetom da je primio ispunjenja.<sup>160</sup> Konačno pod određenim pretpostavkama i iz različitih razloga vjerovnik u slučaju neispunjenja može okončati tj. **raskinuti ugovor**.<sup>161</sup> Riječ je o tipičnim pravnim sredstvima prepoznatim u europskom privatnom (ugovorom) pravu.<sup>162</sup> Pitanje je u kojim slučajevima i u kojem odnosu neka od ovih pravnih sredstava se mogu kumulirati zajedno sa zahtjevom na naknadu štete.<sup>163</sup>

Načela europskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog referentnog okvira, kao i ostali legislativni instrumenti i pravni poređci država članica u pravilu dopuštaju kumulaciju zahtjeva za naknadom štete i ostalih pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora (čl. 9:103 PECL, čl. III-3:102 DCFR, čl. 45(2) i čl. 61(2) CISG, čl. 7.4.1. UNIDROIT PICC). Svi oni koriste općenitu sintaksu prema kojoj "zahtjev za naknadom štete nije isključen" (*damages not precluded*). Oštećena strana može postaviti zahtjev za naknadom štete **samostalno** kao jedino pravno sredstvo, kao na primjer u slučaju nastanka štete zbog neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem obveze ili u slučajevima neurednog ispunjenja ili nemogućnosti ispunjenja.

ili ako sadrže, davanje osiguranja je uvjetovano insolventnošću dužnika. Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 873.

<sup>158</sup> § 323, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 1-4.; za hrvatsko pravo čl. 359(1)(3) ZOO, Crnić, *Zakon o obveznim odnosima – komentar*, op. cit. u bilj. 69., str. 363-364.; Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 68., str. 536-538.

<sup>159</sup> To proizlazi iz čl. 9:401(1) r.1. PECL i čl. III-3:601(1) r.1. DCFR, čl. 106(1)(d) CESL, čl. 50. CISG.

<sup>160</sup> To proizlazi iz čl. 106(1)(a) CESL, čl. 51. CISG, čl. 7.2.3. UNIDROIT PICC.

<sup>161</sup> To proizlazi iz čl. 9:301-9:309 PECL, čl. III-3:501-3:510 DCFR, čl. 49. i 64., čl. 81.-84. CISG, čl. 7.3.1. UNIDROIT PICC, čl. 106(1)(c) CESL. Isto Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima (čl. 3(2)), Smjernica o paket aranžmanima (čl. 4(7)), Smjernica o uskraćenom ukrcaju (čl. 4(6)) itd.

<sup>162</sup> O tome je puno napisano v. npr. G. Wagner, *Termination and cure under the Common European Sales Law: Consumer protection misunderstood*, CMLR, Issue 1/2, 2013., str. 147-167.; B. M. Loos, H. Schelhaas, *Commercial Sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, ERPL, issue 1, 2013, str. 105-130.; P. A. Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?*, Pace ILR, issue 12, 2000., str. 1-46.

<sup>163</sup> Više o poređenopravnoj analizi v. A. Kegljević, *Neispunjenje ugovora u europskom privatnom pravu – perspektive harmonizacije i razvoja zajedničkog pravnog okvira*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 12/2013, str. 671-700.

Međutim, zahtjev za naknadom štete može se postaviti i **kumulativno** s nekim drugim pravnim sredstvima. Primjerice, u slučaju raskida ugovora vjerovnik može dati izjavu o raskidu ugovora i uz to zahtijevati naknadu štete ili u slučaju zakašnjenja vjerovnik može kumulativno zahtijevati ispunjenje obveze (pružajući dužniku dodatni primjereni rok) i naknadu štete zbog zakašnjenja itd. Zahtjev za naknadom štete može se kumulirati i s nekim drugim zahtjevima kao pravom na javno priznanje greške, objava ispravka ili isprike u novinama i sl.<sup>164</sup>

Ovakvo rješenje proizlazi iz osnovnog načela europskog privatnog (ugovornog) prava prema kojem se mogu kumulirati sva pravna sredstva koja nisu suprotna i nespojiva jedna s drugim. Nacrt zajedničkog referentnog okvira jedan je od rijetkih instrumenata koji izričito propisuje da "pravna sredstva koja nisu nekompatibilna mogu međusobno kumulirati". U skladu s time oštećena strana ne može biti lišena zahtjeva za naknadom štete ako se koristila nekim drugim pravnim sredstvom (čl. III-3:102 DCFR).<sup>165</sup> Isto propisuje i l. 106(6) CESL i čl. 45(2) CISG.<sup>166</sup> Ovo stajalište je logično jer je već iz same prirode stvari jasno da dva pravna sredstva koja su suprotna jedno drugome ne mogu kumulirati.<sup>167</sup>

Isto proizlazi i iz prava država članica,<sup>168</sup> uključujući njemačko i hrvatsko pravo. U Njemačkoj je nakon modernizacije ugovornog prava 2002. godine uvedena odredba § 325 BGB koja dopušta naknadu štete u slučaju opoziva dvostranoobveznih ugovora.<sup>169</sup> Ipak pitanje odnosa između nekoliko pravnih sredstava nije izriječno uređeno te je ono i dalje slaba točka njemačkog sustava.<sup>170</sup> U hrvatskom pravu jednako tako nema izričite odredbe koja izriječno uređuje kumulaciju pravnih sredstava. Ali, prema općem pravilu o ugovornoj odgovornosti iz čl. 342(2) ZOO kumulacija je dopuštena. Kada dužnik ne ispunji obvezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem, vjerovnik (između ostalog) ima pravo zahtijevati "i" popravlanje štete koju je zbog toga pretrpio.<sup>171</sup> Specifično, u slučaju

<sup>164</sup> UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 10., str. 266.

<sup>165</sup> Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 777.

<sup>166</sup> R. Feltkamp, F. Vanbossele, *The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods*, ERPL, issue 6, 2011, str. 891-893.

<sup>167</sup> Primjerice vjerovnik koji je primio zamjensko ispunjenje ne može potom zahtijevati ispunjenje još jedanput, ili nije kompatibilno dati izjavu o raskidu ugovora i odmah potom postaviti zahtjev za ispunjenjem obveze.

<sup>168</sup> V. primjerice slovensko, austrijsko, nizozemsko, poljsko, španjolsko, francusko, belgijsko pravo. V. Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 778-779.

<sup>169</sup> BGB § 325, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 17-19.

<sup>170</sup> Ibid, Von Bar/Clive, DCFR op. cit. bilj. 7., str. 778.

<sup>171</sup> Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 68., str. 503-505.; Crnić, *Zakon o obveznim odnosima – komentar*, op. cit. u bilj. 69., str. 345-346.

raskida kupoprodajnog ugovora zbog povrede ugovora, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi prema općim pravilima o ugovornoj odgovornosti za štetu (čl. 445. ZOO).<sup>172</sup> *Acquis* načelno ne sadrži izričite odredbe o mogućnosti kumulacija zahtjeva za naknadom štete i drugih pravnih sredstava, ali istodobno pojedine smjernice to izričito ne zabranjuju.<sup>173</sup> U tom smislu i *acquis* načela dopuštaju kumulaciju pod uvjetom da je šteta nastala neispunjenjem ugovorne obveze.<sup>174</sup>

Iznimke od osnovnog pravila o kumulaciji i hijerarhiji moguće su i dopuštene. Jedna od iznimki postoji u slučaju **smanjenja obveze tj. sniženja cijene**.<sup>175</sup> Prema općem pravilu do mogućnosti sniženja cijene dolazi u situacijama kada je obveza neuredno ispunjena i ne odgovara onome što je ugovoreno, a vjerovnik je unatoč tome primio ispunjenje obveze (čl. 9:401 PECL i čl. III-3:601 DCFR, čl. 106(1)(d) CESL). Opseg smanjenja obveze (sniženja cijene) u pravilu je proporcionalan povredi.<sup>176</sup> U tom smislu općeprihvaćeno stajalište jest da se radi o dva pravna sredstva koja su kontradiktorna jedno drugome, pa ona zato ne mogu kumulirati. Takvo stajalište je logično. Bilo bi nepravilno prema dužniku da u slučaju neurednog ispunjenja obveze vjerovnik ima pravo kumulativno zahtijevati i sniženje cijene i naknadu štete zbog neurednog ispunjenja (čl. 9:401(3) PECL, čl. III-3:601(3) DCFR, čl. 106(6) CESL). Zato je u većini slučajeva sniženje cijene često alternativa za naknadu štete.<sup>177</sup> Ista situacija postoji u slučaju **zabrane kumuliranja kamata** zbog zakašnjenja u ispunjenju novčane obveze i **naknada štete** (čl. 9:508(2) PECL, čl. III-3:708(2) DCFR). I ovdje su ta dva pravna sredstva kontradiktorna jedno drugome, a samim time i nedopuštena.

Cilj ovih iznimaka je očito spriječiti stjecanje dvostrukog dobitka zbog neispunjenja ugovorne obveze suprotne strane.<sup>178</sup> Ipak treba naglasiti da instrumenti harmonizacije europskog ugovornog prava i mnogi pravni sustavi država članica čak i u ovim situacijama odobravaju naknadu daljnje štete (*further loss*) koja je nastala zbog neispunjenja obveze.<sup>179</sup> Možemo zaključiti da osnovno pravilo europskog ugovornog prava dopušta kumulaciju zahtjeva za naknadom naknade štete i ostalih pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovorne sve dok ona po svojoj pravnoj prirodi nisu inkompatibilna i kontradiktorna jedno drugome.

#### 4. Zaključak

Pruženi pregled uređenja naknade štete zbog neispunjenja ugovora na prvi pogled sugerira da u pravnom okviru ugovornog prava Europske unije na nacionalnoj i supranacionalnoj razini postoje razlike u pravnim pravilima kojima se regulira predmetni institut. Zato ne možemo formulirati apsolutno potvrdnu izjavu prema kojoj možemo afirmativno reći da postoji tipizacija ili unifikacija pravnih pravila u užem smislu riječi. Najveća razlika proizlazi iz generalnog konceptualnog razlikovanja anglosaksonskih i kontinentalnih pravnih sustava uređenja ugovorne odgovornosti za štetu i pojedine vrste štete, kao i iz načelno različitog stajališta između sustava kontinentalnog pravnog kruga i instrumenata harmonizacije i unifikacije europskog i međunarodnog ugovornog prava o tome treba li ugovorna odgovornost za štetu biti utemeljena na strogoj odgovornosti uz propisivanje egzoneracijskih razloga ili na sustavu utemeljenom na krivnji dužnika (premda je i to razlikovanje danas ublaženo u praksi). U nekim instancama zaključci se mogu izvesti samo u odnosu na pojedine odredbe, dok u odnosu na ostale postoje neka konceptualna razlikovanja.

Unatoč navedenim razlikama u izričaju i sadržaju pojedinih izvora te različitom stupnju uređenja, dublja analiza ipak pokazuje da temeljna opća pravila u osnovi slijede sadržajno jednaka načela i konceptijsku logiku. Dublja analiza pokazuje kako je ipak moguće izvesti neka zajednička pravila kojima se vodi institut naknade štete pravnog okvira ugovornog prava Europske unije danas. Nesumnjivo možemo zaključiti kako pravna stečevina EU, instrumenti harmonizacije europskog ugovornog prava, međunarodni instrumenti unifikacije ugovornog prava koji su bili predmet analize kao i privatnopravni poredci država članica načelno ispunjavaju jednak cilj. Oštećenoj strani se dopušta postavljanje zahtjeva za naknadom štete

<sup>172</sup> A. Keglević, *Legal remedies for Breach of Sales Contract: Loss and Interest – Country report for Croatia*, Civil Law Forum for South East Europe, Second Regional Conference, Vol. I., GIZ/BMZ, Skopje, 2012., str. 465–477.

<sup>173</sup> Smjernica o turističkim paket aranžmanima ili Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima izričito ne isključuju pravo oštećene strane da okonča/raskine ugovor i zahtijeva naknadu štete u isto vrijeme. Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, u: H. Schulte-Nölke, R. Schulze (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Köln, 2002., str. 139. i 147.

<sup>174</sup> *Acquis Group, Acquis principles – Contract II*, op. cit. u bilj. 32., str. 432.

<sup>175</sup> Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, op. cit. u bilj. 13., str. 184–185., F. Zoll, *The remedies for non-performance in the System of the Acquis Group*, u: R. Schulze (Ed.), *Common Frame of Reference and existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008., str. 198.

<sup>176</sup> O kalkulaciji sniženja cijene Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 6., str. 430–431.; Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. bilj. 7., str. 910–911.; za ugovor o kupoprodaji Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 9., str. 774–777.

<sup>177</sup> O sniženju cijene kao alternativni naknadi štete Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 6., str. 431.; Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. bilj. 7., str. 911.

<sup>178</sup> Ovo ne obuhvaća daljnju štetu koja je zbog zakašnjenja nastala. Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 54., str. 194.

<sup>179</sup> Primjer su Austrija, Češka, Njemačka, Italija, Poljska, Slovenija, Hrvatska. V. Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 7., str. 913.; Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 6., str. 431.

samostalno ili kumulativno s nekim drugim pravnim sredstvom, većim dijelom pod jednakim pravilima o vrstama štete i obujmu reparacije. Osim toga *acquis*, domaća prava država članica i analizirani legislativni instrumenti usvajaju načelo potpune naknade oštećenika (*restitutio in integrum*). Ono počiva na shvaćanju da oštećenu stranu treba staviti u onaj položaj u kojem bi bila da je ugovor uredno ispunjen (barem u novčanom smislu). Osim navedene kompenzacijske funkcije, takva pravna pravila ispunjavaju i generalnu preventivnu funkciju kao i pružanje satisfakcije u određenim situacijama. Glede kaznene/punitivne funkcije stajališta su ipak različita. Dok englesko pravo, pa čak i Sud EU pod vrlo ograničenim slučajevima, odobravaju dosudu nominalne štete, prava država članica i legislativni instrumenti nisu skloni njezinom priznanju. Riječ je o dosudi određenog, većinom simboličnog, iznosa naknade štete u situaciji kada je oštećena strana pretrpjela neko zlo, ali istodobno nije pretrpjela gubitak ili takav gubitak nije mogao biti specificiran.

Eventualna jedinstvena pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu ne bi trebala biti samo kopija nekog pravnog sustava, *acquisa* ili nekog međunarodnog instrumenta, već logičan i koherentan skup pravnih pravila koji bi možda mogao poslužiti i kao faktor harmonizacije na razini EU. No, prije njihove konkretizacije, takav skup pravila trebao bi sadržavati osnovnu odluku o smjeru razvoja pravne politike europskog zakonodavca o tome pod kojim uvjetima se može postaviti zahtjev za naknadom štete i koja su glavna pravila o ocjeni obujma i vrste štete radi postizanja potpune reparacije oštećene strane. Pri tome se ne smije zaboraviti neraskidiva veza između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti za štetu. Iako djeluju pod različitim pretpostavkama oba skupa pravnih pravila teže istom cilju, reparaciji oštećene strane. U tom smislu ta dva skupa pravila ne možemo promatrati apsolutno izolirana jedna od drugih. Istodobno, zato bi i bilo potpuno nerazumno od europskog zakonodavca da oblikuje dva potpuno odvojena skupa pravila, jedan za ugovornu odgovornost za štetu i drugi za izvanugovornu odgovornost za štetu.

Dr. sc. Ana Keglević, LL.M. (London)

### **Gibt es eine einheitliche Regelung über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages im Rahmen des europäischen Vertragsrechts?**

*Rechtsvergleichende Analyse unter besonderer Berücksichtigung des kroatischen und deutschen Rechts*

(Zusammenfassung)

*Im Beitrag wird das Institut des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung von Verträgen in den verschiedenen Rechtsquellen der Europäischen Union über das Vertragsrecht auf nationaler und supranationaler Ebene analysiert. Ziel ist es festzustellen, ob dieses Institut einheitlich geregelt ist, und ob eine Typisierung und Unifikation im engeren Sinne zu bejahen ist. Diese Analyse wird auf zwei Ebenen durchgeführt: Auf der ersten unternimmt es die Arbeit eine Antwort auf die Frage zu finden, ob und unter welchen Schwierigkeiten aus der unterschiedlichen rechtlichen Begrifflichkeit des Begriffes "Schaden" und der Vielfalt der diesbezüglichen rechtlichen Regelungen ein allgemeines, logisches und nachhaltiges Konzept entnommen werden kann. Auf der zweiten Ebene wird eine Antwort auf die Frage gesucht, ob solche einheitlichen Regelungen, wenn sie denn bestehen, ein Element der Harmonisierung des europäischen Privat(Vertrags-)rechts sein können. Die Formulierung solcher Regeln erscheint für die Schaffung eines umfassenden Systems der rechtlichen Regelung über den Schadensersatz wegen der Nichterfüllung von Verträgen innerhalb des Rahmens des Europäischen Vertragsrecht sinnvoll und nützlich.*

### **Are there common rules on damages for non-performance of contract within the legal frame of the EU Contract Law?**

*Comparative analysis with special regard to Croatian and German Law*

(Summary)

*The paper analyses the damages rules for non-performance of contract in various legal sources of EU contract law, at both national and supranational level. The aim is to determine whether there are some common rules governing this institute, and whether an affirmative conclusion how to unify legal rules can be given. The analysis is performed on two levels. At the lower level this article seeks to answer whether it is possible to deduce common rules on damages from the variety of legal sources of the EU law, and if so with which level of difficulty. At the higher level the paper tries to answer whether such common rules, if any, can be element of harmonisation or even unification of European private (contract) law. The formulation of such common and comprehensive system of rules on damages seems reasonable and useful. It would certainly promote the common understanding amongst various legal orders and it would contribute to the creation of consistent system on damages within the European union.*



## Institut prinudne licence u međunarodnom, uporednom i bosanskohercegovačkom pravu

Mr. sc. Lana Bubalo\*

UDK: 347.77

*Prinudna, prisilna ili obavezna licenca je dozvola za korištenje pronalaska zaštićenog patentom koju izdaje ovlašteni organ na zahtjev zainteresiranog lica, a protiv volje titulara prava. Izdavanjem prinudne licence nosilac patenta biva ograničen u ostvarivanju svojih isključivih prava koja mu je priznao pravni poredak. Ovakvim ograničenjima patenta zakonodavac nastoji da postigne poželjnu i pravednu ravnotežu između interesa titulara patenta i legitimnih interesa trećih lica, odnosno društvene zajednice.*

*U ovom radu analizira se institut prinudne licence u međunarodnim dokumentima, uporednom pravu, te Zakonu o patentu Bosne i Hercegovine i Zakonu o zaštiti novih biljnih sorti Bosne i Hercegovine iz 2010. godine. U radu se raspravlja o opravdanosti ovog instituta, o učestalosti njegove primjene, njegovim oblicima, o zakonskim uslovima za izdavanje prinudne licence, licence u javnom interesu i prinudne licence na teret nosioca oplemenjivačkog prava, te se provjerava usklađenost bosanskohercegovačke regulative u ovoj oblasti sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS).*

**Ključne riječi:** prinudna licenca, TRIPS, Zakon o patentu Bosne i Hercegovine, prinudna licenca u javnom interesu.

### Uvod

Posljednjih godina u svijetu je evidentan trend ograničavanja prava industrijskog vlasništva u cilju promicanja i zaštite širih društvenih interesa.<sup>1</sup> Jedan od oblika ograničavanja patentnih prava je prinudna licenca.

Prinudne licence i prinudne licence u javnom interesu odobravaju se u slučajevima tačno predviđenim zakonom. Zbog toga se ove licence nazivaju i zakonskim licencama, za razliku od licenci koje nastaju na dobrovoljnoj osnovi, zaključivanjem ugovora o licenci između nosioca prava i trećeg lica.<sup>2</sup> Osim termina prinudna i prisilna licenca, ove licence zovu se još i obaveznim licencama. Ovaj naziv ipak nije prikladan, jer je svaka licenca obaveznog karaktera, bilo da je slobodno ugovorena ili nametnuta nosiocu dotičnog prava sudskom ili upravnom odlukom.<sup>3</sup>

U pravilu, za period trajanja patenta<sup>4</sup> niko ne može koristiti zaštićeni izum bez prethodne dozvole titulara prava. Tako pravni poredak daje podsticaj pojedincima i kompanijama da ulažu u tehničke inovacije ili unapređenja, imajući prije svega u vidu prednosti koje iskorištavanje patentiranog pronalaska ima za nacionalni tehnološki i privredni razvoj.

Prinudna licenca je predviđena kao sankcija za nekorištenje patentiranog pronalaska<sup>5</sup> u većini zakonodavstava.<sup>6</sup> Iako na prvi pogled izgleda da ima kazneni karakter, to nije tako ako se ima u vidu da je ovim institutom zamijenjen institut eksproprijacije patenta.<sup>7</sup> Naime, prinudnom se licencom titularu prava ne oduzima pravo na patent, već se ograničava u mogućnosti da kontroliše njegovu primjenu. Tako se potiče konkurencija jer se onemogućava nosiocu patenta da sâm odlučuje da li će određeni pronalazak podijeliti s drugima, odnosno sprečava se registracija patenata samo da bi se konkurentima onemogućilo da dođu do određene tehnologije. Osim toga, izdavanjem prinudne licence povećava se broj učesnika na tržištu, odnosno sticalac prinudne licence postaje konkurencija nosiocu patenta.

Iako se prinudne licence vezuju uglavnom za patente, odredbe o njima nalazimo i u zakonima koji regulišu druge oblike intelektualnog vlasništva.<sup>8</sup> Prinudne licence

<sup>4</sup> Pravo na patent traje 20 godina i ne može se produžavati. Vidjeti čl. 55. st. 1. Zakona o patentu BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 53/2010 (ZOP). Certifikat o dodatnoj zaštiti može se izdati kada je osnovni patent za lijek namijenjen ljudima ili životinjama ili sredstvo za zaštitu bilja, za čije je stavljanje u promet potrebno prethodno odobrenje nadležnog organa (čl. 58. st. 1. ZOP), a može trajati najduže 5 godina od njegovog stupanja na snagu (čl. 62. st. 2. ZOP).

<sup>5</sup> Kao pandan ovoj sankciji u žigovnom pravu postoji mogućnost da Institut za intelektualno vlasništvo BiH, na zahtjev zainteresovanog lica, donese rješenje o prestanku žiga zbog nekorištenja. Vidjeti čl. 71. st. 1. Zakona o žigu Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH" br. 53/10.

<sup>6</sup> Vidjeti npr. čl. 36. austrijskog Patentnog zakona ([*Patentgesetz 1970*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=124832](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=124832) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)), čl. 45. finskog Zakona o patentima ([*Patenttilaki*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=254193](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=254193) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)), čl. 45. norveškog Zakona o patentima ([*Lov-1967-12-15-9: Lov om patenter*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=129060](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129060) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)), čl. 81. španskog Zakona o patentima zakona ([*Ley N° 11/1986, de 20 de marzo de 1986, de Patentes*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=126574](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126574) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)), čl. 70. st. 1. irskog Zakona o patentima ([*Patents Act*], [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=127924](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127924) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)), čl. 97. st. 1. makedonskog Zakona o industrijskom vlasništvu ([*Закон за индустриската сопственост*], [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=175686](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=175686) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)) i dr.

<sup>7</sup> Z. Miladinović, *Ograničenja patenta kao subjektivnog prava intelektualne svojine*, Pravni život, br. 11, 2004, str. 824–825.

<sup>8</sup> Ranijim Zakonom o zaštiti uzoraka i modela SFRJ iz 1961.

\* Viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru.

<sup>1</sup> F. Fine, *European Community Compulsory Licensing Policy: Heresy Versus Common Sense*, 24 NW. J. INT'L L. & BUS, 619 (2004).

<sup>2</sup> V., Besarović, *Intelektualna svojina*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005, str. 100.

<sup>3</sup> A., Verona, *Licencni ugovor u jugoslavenskom, inozemnom i međunarodnom pravu*, Informator, Zagreb, 1981., str. 146.

se tako mogu izdavati i za nove biljne sorte i topografije integriranih kola.<sup>9</sup> U SAD-u su one uobičajene u oblasti autorskog prava.<sup>10</sup>

Prinudne licence žigova u pravilu nisu dozvoljene.<sup>11</sup>

## 1. Međunarodni pravni okvir

Institut prinudne licence prvi je put na međunarodnom nivou ustanovljen odredbom člana 5A tačke 2. i 4. Pariške konvencije o zaštiti industrijskog vlasništva iz 1883. godine (Pariška konvencija).<sup>12</sup> Prema ovoj konvenciji, svaka zemlja članica ima mogućnost da pribjegne potrebnim zakonskim mjerama kojima se predviđa davanje prinudnih licenci, da bi se spriječila zloupotreba koje bi mogle nastati upotrebom isključivog prava datog patentom. Ukoliko prinudna licenca ne da rezultate, moguće je oduzimanje patenta.<sup>13</sup>

Dok Pariška konvencija predviđa samo mogućnost ograničavanja patenta prinudnom licencom, Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva

(TRIPS)<sup>14</sup> posvećuje značajnu pažnju ovom institutu propisujući razloge i uvjete pod kojima se patent može ograničiti. S obzirom na to da je većina zemalja u svijetu danas član Svjetske trgovinske organizacije (WTO) ili to nastoji postati, a usvajanje TRIPS-a je preduslov za članstvo, režim koji je postavljen u TRIPS-u predstavlja međunarodni standard u oblasti prava industrijskog vlasništva kojem sve zemlje teže.<sup>15</sup>

TRIPS prinudnu licencu i prinudnu licencu u javnom interesu podvodi pod "Ostale slučajeve korištenja bez dozvole titulara prava".<sup>16</sup> Ovaj međunarodni pravni akt predviđa detaljne odredbe koje se moraju poštovati kada zakon države članice dozvoljava upotrebu predmeta patenta bez dozvole titulara prava, uključujući korišćenje od strane vlade ili trećih lica koja je vlada ovlasila.

Davanje prinudne licence je predviđeno i Međunarodnom konvencijom o zaštiti novih biljnih sorti<sup>17</sup> (UPOV konvencija).

### 1.1. Prinudna licenca kao instrument za prevazilaženje problema javnog zdravlja

Oko prinudnih licenci dugo su se lomila koplja, pa se tako čl. 31. TRIPS-a kojim se reguliše prinudna licenca ubraja u njegove najkontroverznije odredbe. Multinacionalne kompanije i razvijene zemlje predvođene SAD-om, zalagale su se za što jaču zaštitu prava industrijskog vlasništva i protivile su se uvođenju prinudnih licenci. Naime, oni ističu da je korištenje patentiranog pronalaska protiv volje nosioca prava jednako njegovom slobodnom korištenju, te može rezultirati poremećajima na tržištu, smanjiti vrijednost patenata i potisnuti inovativnost.<sup>18</sup>

Na drugoj strani nalaze se nerazvijene zemlje i zemlje u razvoju koje su izrazile zabrinutost da će komercijalni interesi koje štiti TRIPS dobiti primat nad drugim društvenim interesima koji se odnose na javno zdravlje i zaštitu

godine i za industrijski dizajn je bila predviđena mogućnost izdavanja prinudne licence (čl. 16.). Prinudnu licencu za korisni model i industrijski dizajn moguće je izdati u Bjelorusiji (čl. 38. Zakona o patentima, korisnim modelima i industrijskom dizajnu za izume [Закон Республики Беларусь 16 декабря 2002 г. № 160-3 о патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=125417](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125417) (Pristupljeno 11. 11. 2013.) i Rusiji (čl. 1362. ruskog Građanskog zakonika [Гражданский кодекс Российской Федерации] <http://www.russian-civil-code.com/> Pristupljeno: 5. 11. 2013.).

<sup>9</sup> Za topografije integriranih kola se u međunarodnom pravu predviđa poseban režim, tj. ove se licence mogu izdavati samo za javnu, a ne i za komercijalnu upotrebu, te za ispravljanje antikonkurencijskog postupanja (čl. 31.(c)TRIPS-a, vidjeti *infra* fn. 14).

<sup>10</sup> Zakon o autorskom pravu SAD-a *U.S. Copyright Law* § 115. Tekst zakona dostupan na: <http://www.copyright.gov/title17/> (12. 2. 2013.). Mogućnost izdavanja prinudne licence predviđena je i Bernskom konvencijom o zaštiti književnih i umjetničkih djela. (Vidjeti čl. 11. bis st. 2. i čl. 13. st. 1.). Dostupna na: <http://www.sqn.ba/images/upload/static/BERNSKA%20KONVENCIIJA-web.pdf> (Pristupljeno: 12. 2. 2013.).

<sup>11</sup> Vidjeti čl. 21. TRIPS-a (*infra* fn. 14). U SAD-u su prinudne licence dodjeljivane i za žigove. Npr. Federalna trgovinska komisija (*Federal Trade Commission*) je zbog sprečavanja zloupotrebe dominantnog položaja u predmetu *FTC v. Borden Company* izdala prinudnu licencu za žig "ReaLemon". M. C. Correa, *International Property Rights and International Economic Governance*, u: *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law*, Edward Elgar Publishing, 2013., str. 168 na str. 185.

<sup>12</sup> Izvorna verzija Pariške konvencije iz 1884. godine nije sadržavala odredbe o prinudnoj licenci, već su ti propisi uneseni tek njenom revizijom 1925. godine. Dostupna na: [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514) (Pristupljeno: 12. 3. 2013.).

<sup>13</sup> Čl. 5A tačka 3. Pariške konvencije. Oduzimanje patenta postalo je supsidijarna mjera koja se primjenjivala u slučajevima kada prinudna licenca ne da rezultate.

<sup>14</sup> Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS) predstavlja dodatak 1 C Marakeškog ugovora o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije. Prevod TRIPS-a dostupan je na: <http://www.arsetnorma.com/documents/TRIPS%20Sporazum.pdf> (Pristupljeno: 2. 3. 2103).

<sup>15</sup> U vrijeme kada je TRIPS stupio na snagu 1995. godine, oko 100 zemalja je već predviđalo neke oblike prinudne licence u svojim nacionalnim zakonima. Međutim, uslovi za njihovo izdavanje su se znatno razlikovali od jedne do druge zemlje. TRIPS je postavio minimalne uslove izdavanja prinudnih licenci u zemljama članicama WTO-a harmonizirajući tako ovu oblast. Bond, E. i Saggi K., *Compulsory licensing, price controls, and access to patented foreign products*, str. 3. [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_econ\\_ge\\_4\\_12/wipo\\_ip\\_econ\\_ge\\_4\\_12\\_ref\\_saggi.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_econ_ge_4_12/wipo_ip_econ_ge_4_12_ref_saggi.pdf) (Pristupljeno: 31. 10. 2013)

<sup>16</sup> Čl. 31. TRIPS-a.

<sup>17</sup> Vidjeti čl. 17. st. 1. UPOV konvencije, dostupna na: [http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/UPOV\\_konvencija.pdf](http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/UPOV_konvencija.pdf) (Pristupljeno: 12. 2. 2013.).

<sup>18</sup> C. Correa, op. cit, str. 93 (Fn. 11).

potrošača<sup>19</sup> i da te komercijalne interese treba na neki način ograničiti. U mnogim od tih zemalja skupi su lijekovi nepristupačni velikom dijelu populacije,<sup>20</sup> jer je njihova proizvodnja danas uglavnom koncentrisana u visoko razvijenim zemljama koje mnogo ulažu u edukaciju, istraživanje i razvoj.

Istovremeno, odredba TRIPS-a prema kojoj proizvodi dobiveni primjenom prinudne licence moraju prvenstveno biti namijenjeni za zadovoljavanje potreba domaćeg tržišta<sup>21</sup> onemogućila je zemljama u razvoju koje ne raspolažu dovoljnim proizvodnim kapacitetima da uvoze jeftinije lijekove proizvedene u drugim državama.

U nastojanju da se prevaziđe ovaj problem, pristupilo se usvajanju Deklaracije iz Dohi o TRIPS-u i javnom zdravlju<sup>22</sup> (Doha deklaracija) koja je omogućila učinkovitije korištenje prinudnih licenci u skladu s TRIPS-om. U ovoj se deklaraciji potvrđuje da TRIPS ne sprečava države članice da preduzimaju mjere za zaštitu javnog zdravlja, ali je važno primjenjivati i tumačiti njegove odredbe na način koji će omogućiti pristup medicinskim sredstvima za sve.<sup>23</sup>

Na osnovu Doha deklaracije,<sup>24</sup> Glavno vijeće WTO-a je 6. decembra 2005. usvojilo Odluku kojom se predlaže državama članicama da prihvate Protokol kojim se mijenja i dopunjuje TRIPS (Protokol),<sup>25</sup> a koji će stupiti na snagu nakon što ga ratificira dvije trećine od 159 država članica.<sup>26</sup>

Rok za njegovo prihvatanje je produžen do 31. decembra 2013. godine.

Prihvatanje ovog protokola za države članice WTO-a može imati brojne prednosti, jer osim što se na taj način osigurava izvršavanje međunarodnih obaveza, njegova primjena može biti od velikog značaja za nacionalnu farmaceutsku industriju, koja može ponuditi proizvodnju lijekova na temelju prinudne licence za izvoz u zemlje s problemima javnog zdravlja.

## 2. Karakteristike prinudnih licenci

Prinudna licenca ima brojne specifičnosti po kojima se razlikuje od licence koju svojevolumno daje nosilac prava industrijskog vlasništva. Navedene specifičnosti su uglavnom općeprihvaćene u uporednom pravu, te izražene kroz zakonske odredbe.

Njihova osnovna karakteristika jeste da nastaju protivno volji titulara prava, za razliku od ugovornih, koje nastaju na dobrovoljnoj osnovi. Prinudna licenca se nikada ne izdaje po službenoj dužnosti, već samo na zahtjev zainteresiranog lica i nakon provedenog zakonom predviđenog postupka.<sup>27</sup>

Za razliku od ugovorne licence, prinudna licenca može biti samo neisključiva,<sup>28</sup> tj. lice kojem je dodijeljena prinudna licenca ne može davati podlicence, dok nosilac patenta zadržava pravo da s trećim licima zaključuje druge ugovore o licenci.

Prinudna licenca može se prenositi samo zajedno s proizvodnim pogonom, odnosno njegovim dijelom u kojem se iskorištava izum za koji je izdata,<sup>29</sup> a u slučaju zavisnog patenta samo uz istovremeno prenošenje patenta za koji je izdata.<sup>30</sup>

Još jedna specifičnost ovih licenci vezuje se za njihovo trajanje. Naime, prinudne licence traju dok postoje razlozi zbog kojih su odobrene, tj. mogu se ukinuti kada prestanu uvjeti zbog kojih su izdate.<sup>31</sup> U pojedinim pravnim sistemima trajanje prinudnih licenci je ograničeno na određeni vremenski period.<sup>32</sup> U drugim, nosilac patenta

<sup>19</sup> I. d., *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, T.R.A.D.E. Working Papers 5, 1999., str. 1. Dostupno na: [http://www.southcentre.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=75%3Aintellectual-property-rights-and-the-use-of-compulsory-licenses-options-for-developing-countries&catid=41%3Ainnovation-technology-and-patent-policy&Itemid=67&lang=en](http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&view=article&id=75%3Aintellectual-property-rights-and-the-use-of-compulsory-licenses-options-for-developing-countries&catid=41%3Ainnovation-technology-and-patent-policy&Itemid=67&lang=en) (Pristupljeno: 12. 2. 2013.)

<sup>20</sup> Pravo na pristup lijekovima se smatra jednim aspektom prava na zdravlje. Pravo na zdravlje predviđaju brojni međunarodni dokumenti. Vidjeti npr. čl. 25. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948., čl. 12. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. i dr.

<sup>21</sup> Čl. 31.(f) TRIPS-a.

<sup>22</sup> Deklaraciju je usvojila Ministarska konferencija WTO-a u Dohi 14. novembra 2001. godine. Dostupna je na: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htmghzpiip](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htmghzpiip) (Pristupljeno: 1. 2. 2013.)

<sup>23</sup> Čl. 4. Doha deklaracije. Radi se prvenstveno o lijekovima protiv HIV-a, AIDS-a, malarije, tuberkuloze, raka i drugih bolesti.

<sup>24</sup> Na evropskom je nivou ovo pitanje regulisano *Uredbom EZ br. 816/2006 o prinudnoj licenci patenata koji se odnose na proizvodnju farmaceutskih proizvoda za izvoz u zemlje sa problemima javnog zdravlja* (Sl. list L. 157 od 9. 6. 2006.)

<sup>25</sup> Protocol Amending the TRIPS Agreement, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:56:22007A1129%2801%29:HR:PDF>. (Pristupljeno: 5. 11. 2013.). Protokolom se TRIPS-u dodaje čl. 31.bis.

<sup>26</sup> Protokol će nakon stupanja na snagu zamijeniti Odluku o provedbi člana 6. Doha deklaracije od 30. augusta 2003. godine. Za ostale članice WTO Odluka i dalje ostaje na snazi sve dok ne prihvate Protokol kojim se mijenja i dopunjuje TRIPS.

<sup>27</sup> Čl. 31.(a) TRIPS-a.

<sup>28</sup> Čl. 31.(d) TRIPS-a, čl. 79. st. 7. ZOP BiH, čl. L-613-13 francuskog Zakonika o industrijskom vlasništvu (*[Code de la Propriété Intellectuelle]*), [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=180336](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180336) (Pristupljeno: 13. 11. 2103.), itd.

<sup>29</sup> Čl. 79. st. 8. ZOP BiH.

<sup>30</sup> Čl. 79. st. 12. ZOP BiH.

<sup>31</sup> Zakonom o zaštiti novih biljnih sorti BiH ("Službeni glasnik BiH" br. 14/2010 i 32/13) predviđeno je da se obavezna licenca može dodijeliti za period od 3 godine s mogućnošću produženja ako se utvrdi da postoje uvjeti za njeno ponovno stjecanje (čl. 34. st. 5.). Zahtjev za stjecanje obavezne licence ne može se podnijeti prije isteka roka od 5 godina od dodjeljivanja oplemenjivačkog prava (čl. 34. st. 6.).

<sup>32</sup> Tako npr. Kanada ograničava trajanje prinudne licence na period od 2 godine od izdavanja. § 21.09 Patentnog zakona Kanade (*[Canadian Patent Act]*), [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=2075218](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=2075218) (Pristupljeno 13. 11. 2013.).

može tražiti da se prinudna licenca ukine, ako je stjecatelj ne koristi u zakonom predviđenom periodu od njenog stjecanja.<sup>33</sup>

I u međunarodnim dokumentima i u nacionalnim zakonima se naročito naglašava da su ove licence naplatne tj. da titularu prava pripada primjerena naknada koja se određuje s obzirom na ekonomsku/tržišnu vrijednost licence.<sup>34</sup> Međutim, u nekim zemljama<sup>35</sup> postoji mogućnost da se, u određenim okolnostima, patentirani pronalazak koristi bez naknade.

Prema čl. 31.(k) TRIPS-a, potreba da se ispravi nekonkurentna praksa može se uzeti u obzir kod utvrđivanja iznosa naknade, što bi se moglo protumačiti kao dopuštenje da se u takvim slučajevima plaćaju umanjene naknade.

U pogledu prava i obaveza iz ugovora, prinudne licence se u pravilu ne razlikuju u odnosu na ugovorne licence.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Ovakve odredbe predviđene su npr. u Belgiji (čl. 37. st. 2. Zakona o patentu [*Loi sur les brevets d'invention du 28. mars 1984*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=125250](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125250) (Pristupljeno: 15. 11. 2013.) i Mađarskoj (čl. 33. st. 2. Zakona o zaštiti izuma patentom [1995. *évi XXXIII. törvény a találmányok szabadalmi oltalmáról*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=190654](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=190654) (Pristupljeno 13. 11. 2013.).

<sup>34</sup> Postavlja se pitanje kolika se naknada može smatrati adekvatnom? U praksi su naknade za prinudne licence u pravilu dosta niske, a budući da stranke o njima ne pregovaraju, dobro bi bilo predvidjeti koji će organ (sud, Institut za intelektualno vlasništvo, organ uprave i sl.) u krajnjem slučaju odlučiti o njihovoj visini, kako je to učinjeno u Zakonu o zaštiti novih biljnih sorti BiH (čl. 34. st. 4). "Primijećeno je da iznosi naknade variraju od zemlje do zemlje, ali da se najviši iznosi plaćaju u Engleskoj, a najniži u SAD-u." Navedeno prema: C. Chien, *Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?*, Berkley Technology Law Journal, br. 18 (2003.) str. 860.

U skladu s preporukom UN-ovog programa za razvoj (*United nations development programme*) naknada treba biti 4% od cijene proizvoda, a može biti povećana do 2% za proizvode značajne terapijske vrijednosti i umanjena do 2% ako su za razvoj lijeka korištena javna sredstva. O načinu određivanja naknade kod prinudnih licenci vidjeti: J. Love, *Remuneration guidelines for non-voluntary use of patent on medical technologies*, Health Economics and Drugs, TCM Series, UNDP i WTO, 2005.

<sup>35</sup> Vidjeti npr. Zakon o industrijskom vlasništvu Kenije iz 2001. godine, čl. 80. st. 1.b. Dostupan na: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=2682> (Pristupljeno: 3. 3. 2013.)

<sup>36</sup> Zakon o patentu Belgije (čl. 31. st. 1. [*Loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984*], [www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=402](http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=402). Pristupljeno: 13. 11. 2013.) i Zakon o patentu Azerbejdžana (čl. 20. st. 3. [*Patent haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanununun*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=222693](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=222693) (Pristupljeno 15. 11. 2013.) izričito navode da su u pogledu prava i obaveza davalac i stjecatelj prinudne licence izjednačeni s davaocem i stjecateljem ugovorne licence. S druge strane, u Austriji se npr. uslovi za korištenje patenta, s obzirom na njegovu prirodu i na okolnosti, određuju u postupku pred austrijskim Uredom za patente. Vidjeti čl. 36. st. 4. austrijskog Patentnog zakona ([*Patentgesetz 1970*]

### 3. Razlozi za izdavanje prinudne licence

Prinudna se licenca odobrava u slučajevima koji su tačno predviđeni zakonom. Do toga dolazi između ostalog kada nosilac patenata zloupotrebljava svoje ekskluzivno pravo koje mu je dao pravni poredak.

Dakle, prinudne licence imaju jako ograničenu primjenu i dopuštene su samo u izuzetnim slučajevima.

U članu 31. TRIPS-a predviđeni su razlozi za izdavanje prinudne licence, iako nacionalni propisi mogu sadržavati druge, dodatne razloge za njeno izdavanje.<sup>37</sup> Deklaracija iz Dohe o TRIPS-u i javnom zdravlju, potvrđuje da su zemlje slobodne da propišu razloge za dodjelu prinudnih licenci.<sup>38</sup>

Prema TRIPS-u<sup>39</sup> prinudna licenca dodjeljuje se:

- Da bi se omogućila eksploatacija patenta ("drugi patent") koji se ne može eksploatirati bez povrede nekog drugog patenta ("prvi patent").<sup>40</sup>
- Da bi se ispravila praksa za koju je u toku sudskog ili administrativnog postupka utvrđeno da je suprotna konkurenciji. U tom slučaju otpadaju određena ograničenja iz TRIPS-a; ne zahtijeva se prethodni neuspjeli pokušaj dobivanja dozvole titulara prava pod razumnim komercijalnim uslovima i u razumnom roku, odnosno prinudna licenca se ne mora dati isključivo za snabdijevanje domaćeg tržišta.<sup>41</sup>
- Zbog nacionalne neprilike, ili u drugim okolnostima izuzetne nužde, ili u slučajevima javne nekomercijalne upotrebe. Ovdje također nije obavezno prethodno obraćanje titularu prava, ali on se o tome mora obavijestiti čim to razumno bude ostvarivo.<sup>42</sup>

Iako većina zemalja u svojim zakonima predviđa prinudne licence,<sup>43</sup> razlozi za izdavanje prinudne licence

[http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=124832](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=124832) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.). U Španiji odnos između davaoca i stivaoca prinudne licence zasniva se na primjeni načela dobre vjere: čl. 102. st. 1. španskog Patentnog zakona ([*Ley N° 11/1986, de 20 de marzo de 1986, de Patentes*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=126574](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126574) (Pristupljeno: 15. 11. 2013.).

<sup>37</sup> Zemljama članicama WTO-a TRIPS-om su ostavljene široke diskrecione ovlasti, što je zabrinjavalo farmaceutske kompanije i druge zagovornike jakog sistema zaštite industrijskog vlasništva.

<sup>38</sup> Čl. 5. tačka b. Deklaracije iz Dohe. Vidjeti *supra* str. 5.

<sup>39</sup> Sjevernoamerički sporazum o slobodnoj trgovini (NAFTA sporazum) ima odredbe o prinudnoj licenci slične TRIPS-u (vidjeti čl. 1704.). Sporazum su potpisale SAD, Meksiko i Kanada, a stupio je na snagu 1994. godine. Tekst Sporazuma dostupan na: <https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&language=en-US> (Pristupljeno: 31. 10. 2013.).

<sup>40</sup> Čl. 31.(l) TRIPS-a.

<sup>41</sup> Vidjeti čl. 31.(k) u vezi s (b) i (f) TRIPS-a.

<sup>42</sup> Čl. 31.(b) TRIPS-a.

<sup>43</sup> U nekim zemljama su odredbe o prinudnoj licenci sadržane isključivo u zakonima o konkurenciji (npr. u Japanu i SAD-u),

se razlikuju. Neke zemlje, poput Pakistana<sup>44</sup> i Kambodže<sup>45</sup>, suzile su razloge za njeno izdavanje u odnosu na TRIPS. S druge strane, Argentina<sup>46</sup> i Brazil<sup>47</sup> predviđaju veći broj razloga za izdavanje prinudne licence u odnosu na TRIPS.

Najvažniji razlozi za izdavanje prinudnih licenci u uporednom pravu su:

- Korištenje prava industrijskog vlasništva protivno propisima o konkurenciji.<sup>48</sup> Ovaj osnov može biti izražen u obliku generalne klauzule o zabrani antikonkurencijskog ponašanja, ili navođenjem okolnosti koje predstavljaju kršenje pravila o konkurenciji. Iako američki Zakon o patentima ne poznaje prinudne licence, to je vjerovatno zemlja s najvećim iskustvom u odobravanju licenci radi ispravljanja antikonkurencijskog ponašanja.<sup>49</sup>
- Nekorištenje ili nedovoljno korištenje patentiranog izuma.<sup>50</sup> Ovaj osnov je u uporednom pravu izražen

u drugim su takve odredbe sadržane samo u zakonima o intelektualnom vlasništvu/zakonima o patentu (npr. u Irskoj, Norveškoj i Litvaniji). U trećoj skupini zemalja prinudne licence se regulišu i u zakonima o konkurenciji i u zakonima o industrijskom vlasništvu/patentnim zakonima npr. u Njemačkoj, Češkoj i Mađarskoj. Izuzetno, propisi o prinudnoj licenci sadržani su u građanskim zakonima (Rusija, Ukrajina). O rješenjima u pojedinim zemljama vidjeti: WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, 2011, str. 3–6, Dostupno na: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip\\_4/cdip\\_4\\_4\\_rev\\_study\\_inf\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_4_rev_study_inf_5.pdf) (Pristupljeno: 31. 10. 2013)

<sup>44</sup> Čl. 58. Uredbe o patentima Pakistana [*Patents ordinance No. LXI of 2000*], [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=129346](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129346) (Pristupljeno 1. 11. 2013)

<sup>45</sup> Čl. 47. Zakona o patentu, korisnom modelu i industrijskom dizajnu Kambodže ([*Preah reach kram NS/RKM/0103/005*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=180042](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180042)) (Pristupljeno: 1. 11. 2013)

<sup>46</sup> Vidjeti poglavlje VII Zakona o patentu i korisnom modelu Argentine ([*Ley de Patentes de Invencción y Modelos de Utilidad*] <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9565>). (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)

<sup>47</sup> Čl. 68. Zakona o industrijskom vlasništvu Brazila ([*Lei da Propriedade Industrial n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=125397](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125397)) (Pristupljeno: 13. 11. 2013.)

<sup>48</sup> Upravo je veza između nedovoljnog korištenja patentiranih izuma i zloupotreba u korištenju patentnih prava izričito naglašena u čl. 5A tačka 2. Pariške konvencije. Ovaj osnov za izdavanje prinudne licence nalazimo u: Francuskoj, Poljskoj, Ukrajini, Norveškoj, a od neevropskih zemalja u Brazilu, Kanadi, Egiptu, Čileu i dr. Vidjeti detaljnije: WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit., str. 7. (fn. 43).

<sup>49</sup> Vidjeti; C., Correa, *International Property Rights and International Economic Governance*, u: *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law*, str. 168 na str. 195. (Fn. 11).

<sup>50</sup> Izdavanje prinudne licence zbog nekorištenja ili nedovoljnog

na različite načine: patent se ne koristi, ili je samo djelomično implementiran od strane titulara patenta, patentirani izum nije dostupan u dovoljnoj količini ili po razumnoj cijeni, nije zadovoljena potražnja za određenim proizvodom pod razumnim uslovima, loš (neprihvatljiv) kvalitet patentiranih proizvoda i dr.<sup>51</sup>

- Nemogućnost korištenja patentiranog pronalaska bez povrede drugog patenta (zavisni patenti).<sup>52</sup> U takvim slučajevima se primjenjuju i dodatni uslovi:<sup>53</sup>
  1. pronalazak iz drugog patenta mora da sadrži bitan tehnički napredak od velikog ekonomskog značaja u odnosu na pronalazak iz prvog patenta;
  2. nosilac prvog patenta ima pravo da na osnovu unakrsne licence koristi, pod prihvatljivim uslovima, pronalazak iz drugog patenta.
- Nacionalni i javni interes (nacionalna sigurnost, odbrana, značajan javni interes, zaštita prirodne sredine i sl.).<sup>54</sup> Prema TRIPS-u ni u ovim slučajevima se ne mora prethodno tražiti dozvola titulara prava, s tim da titular mora biti obaviješten o izdavanju prinudne licence čim to bude moguće.
- Zaštita javnog zdravlja.<sup>55</sup>
- Prinudne licence za izvoz.<sup>56</sup>
- Snabdijevanje tržišta biljnim sortama ili ako iskorištavanje biljne sorte nije moguće bez povrede tuđe

korištenja nalazimo u zakonima: Austrije, Belgije, Češke, Finske, Japana, Španije i dr. WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, cit., str. 7. (fn. 43).

<sup>51</sup> C. Visser, *Patent Exceptions and Limitations in the Health Context*, str. 12, dostupno na: [http://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=patent%20exceptions%20and%20limitations%20in%20the%20health%20context&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fscp%2Fen%2Fscp\\_15%2Fscp\\_15\\_3-annex5.doc&ei=4tZGUZqzI4jSsgawuYDQCw&usg=AFQjCNGyITF2D2Uk\\_VmfW1kATRHOaZs7kw&bvm=bv.43828540,d.Yms](http://www.google.ba/url?sa=t&rct=j&q=patent%20exceptions%20and%20limitations%20in%20the%20health%20context&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fscp%2Fen%2Fscp_15%2Fscp_15_3-annex5.doc&ei=4tZGUZqzI4jSsgawuYDQCw&usg=AFQjCNGyITF2D2Uk_VmfW1kATRHOaZs7kw&bvm=bv.43828540,d.Yms) (Pristupljeno: 21. 2. 2013.).

<sup>52</sup> Ovaj osnov sadržan je u zakonima: Španije, Švedske, Japana, Rusije, Irske i dr. WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit. str. 7 (fn. 43).

<sup>53</sup> Čl. 79. st. 6. ZOP BiH, čl. 31.(I) TRIPS-a. U tački iii, člana 31.(I) propisano je: "upotreba dozvoljena u pogledu prvog patenta je neprenosiva osim uz prijenos drugog patenta".

<sup>54</sup> Prinudne licence u nacionalnom i javnom interesu izričito su predviđene u: Finskoj, Irskoj, Japanu, Ukrajini, Belgiji i dr. WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit., str. 7. (fn. 43).

<sup>55</sup> Radi zaštite javnog zdravlja prinudna licenca se može izdati u: Belgiji, Francuskoj, Poljskoj, Mađarskoj i mnogim drugim zemljama. Ibid., str. 7.

<sup>56</sup> Vidjeti čl. 86. Zakona o patentu Španije.

zaštićene sorte ili patenata.<sup>57</sup>

- Nemogućnost da se dobije licenca pod povoljnijim tržišnim uslovima<sup>58</sup> (*refusal to deal*). Ove licence se izdaju kada davalac odbija da zainteresiranom licu ustupi licencu pod razumnim trgovinskim uslovima.

#### 4. Uslovi i postupak za izdavanje prinudne licence

Da bi se spriječila zloupotreba instituta prinudne licence, u praksu njihovog izdavanja uvedene su brojne restrikcije. I nacionalni i strani pozitivni propisi, u skladu s odredbom člana 5A Pariške konvencije, predviđaju rok od 3 godine od priznanja patenta, odnosno 4 godine od podnošenja patentne prijave (uzima se onaj rok koji kasnije istječe) u okviru kojeg nosilac mora početi s primjenom patentiranog pronalaska ili ga ustupiti trećim licima.<sup>59</sup>

Osim ovog uslova, u uporednom su pravu predviđeni i drugi uslovi za primjenu prinudnih licenci. U Francuskoj je tako izričito predviđeno da tražilac prinudne licence mora dokazati da se obraćao nosiocu patenta, da mu je ostavio rok za odgovor i da mu je nosilac odbio ustupiti licencu za traženi patent.<sup>60</sup> U Španiji izdavanju prinudne licence prethodi postupak medijacije,<sup>61</sup> a specifičan uslov jeste solventnost podnosica zahtjeva.<sup>62</sup>

Iako je u mnogim državama<sup>63</sup> predviđeno da podnosilac zahtjeva za izdavanje prinudne licence mora dokazati da raspolaže tehnološkim mogućnostima i proizvodnim kapacitetima potrebnim za uspješno ekonomsko iskorištavanje zaštićenog pronalaska, takav uslov ne propisuju ni TRIPS ni Zakon o patentu BiH. Zakon o zaštiti novih biljnih sorti BiH propisuje da zainteresovano lice može steći prinudnu licencu samo ako dokaže da raspolaže

reprodukcijom materijalom, stručnim proizvodno-tehničkim i finansijskim uslovima za potpuno korištenje oplemenjivačkog prava.<sup>64</sup>

Za izdavanje prinudnih licenci u uporednom je pravu nadležno jedno ili više različitih tijela. Najčešće su to konkurencijska vijeća, određena ministarstva, nacionalni sudovi ili instituti za intelektualno vlasništvo.<sup>65</sup>

Međunarodni je standard da pravna valjanost odluke o izdavanju prinudnih licenci mora biti podložna preispitivanju, tj. sudskoj reviziji ili drugoj nezavisnoj reviziji od strane više instance.<sup>66</sup>

#### 5. Prinudna licenca u Zakonu o patentu BiH i Zakonu o zaštiti novih sorti bilja BiH

Novi Zakon o patentu BiH, koji je usvojen 2010., a stupio na snagu 1. 1. 2011. godine, detaljnije reguliše pitanje prinudne licence u odnosu na Zakon o industrijskom vlasništvu BiH (ZIV).<sup>67</sup> Ovim izmjenama odredbe Zakona o patentu BiH usklađene su s TRIPS-om. Prinudna licenca reguliše se u dva člana (čl. 79. i 80.). Član 79. ima čak trinaest stavova, a član 80., tri stava.

Novina u odnosu na Zakon o industrijskom vlasništvu BiH je detaljno regulisanje prinudne licence u javnom interesu.<sup>68</sup>

U BiH o izdavanju prinudne licence odlučuje Sud Bosne i Hercegovine,<sup>69</sup> a prinudu licencu u javnom interesu izdaje Vijeće ministara Bosne i Hercegovine.<sup>70</sup> Prinudnu licencu za oplemenjivačko pravo izdaje Uprava BiH za zaštitu zdravlja bilja.<sup>71</sup>

Prema odredbama novog ZOP-a BiH prinudna licenca se može izdati ako nosilac prava odbija da ustupi pravo na privredno iskorištavanje, ili postavlja nerazumne uslove za takvo ustupanje, a nije preduzeo djelotvorne i ozbiljne pripreme za njegovo iskorištavanje u BiH.<sup>72</sup>

Uz nemogućnost zaključenja ugovora o licenci ili postavljanja neopravdanih uvjeta, zahtijeva se još i da je podnosilac zahtjeva bezuspješno, u razumnom vremenskom periodu, pokušao dobiti saglasnost od nosioca patenta za iskorištavanje zaštićenog izuma pod razumnim tržišnim uslovima.<sup>73</sup>

<sup>57</sup> U Belgiji, Finskoj, Mađarskoj i Litvaniji i dr. moguće je tražiti izdavanje prinudne licence zbog snabdijevanja tržišta novim biljnim sortama ili zbog nemogućnosti korištenja bez povrede tuđe biljne sorte ili patenta. WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit., str. 7. (fn. 43).

<sup>58</sup> Ovaj osnov za prinudnu licencu nalazimo između ostalog u slijedećim zemljama: Cipar, Rusija, Estonija, Kina, Egipat i dr., *Ibid.*, str. 7.

<sup>59</sup> Čl. 79. st. 2. Zakona o patentu BiH, čl. 45. švedskog Zakona o patentu ([*Patentlag (1967:837)*] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=129532](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129532) Pristupljeno 10. 11. 2013.), čl. 83. španskog Zakona o patentu i dr.

<sup>60</sup> Čl. L 613-12 francuskog Zakonika o intelektualnom vlasništvu.

<sup>61</sup> Čl. 91. st. 1. Zakona o patentu Španije.

<sup>62</sup> Čl. 92. st. 2. Zakona o patentu Španije.

<sup>63</sup> Vidjeti čl. 26. st. 3. Zakona o patentu Srbije (Sl. glasnik RS br. 99/2011), čl. L 613-12 francuskog Zakonika o intelektualnom vlasništvu i čl. 32. st. 2. Zakona o registraciji patenta i korisnog modela Bugarske ([*Закон за патентите и регистрацията на полезните модели*] [http://www.jpo.go.jp/shiryu\\_e/sonota\\_e/fips\\_e/pdf/bulgaria\\_e/e\\_tokkyo.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryu_e/sonota_e/fips_e/pdf/bulgaria_e/e_tokkyo.pdf) (Pristupljeno: 1. 11. 2013.).

<sup>64</sup> Čl. 34. st. 3. Zakona o zaštiti novih biljnih sorti BiH.

<sup>65</sup> WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit., str. 12 i 13 (Fn.43).

<sup>66</sup> Čl. 31.(i) TRIPS-a.

<sup>67</sup> Zakon o industrijskom vlasništvu Bosne i Hercegovine ("Sl. glasnik BiH" br. 3/02 i 29/02).

<sup>68</sup> ZIV je u čl. 134. st. 3. uređivao prinudnu licencu, ali samo površno.

<sup>69</sup> Čl. 79. st.1. ZOP BiH.

<sup>70</sup> Čl. 80. st. 1. ZOP BiH.

<sup>71</sup> Čl. 34. st. 1. Zakona o zaštiti novih biljnih sorti BiH.

<sup>72</sup> Čl. 79. st. 1. ZOP BiH.

<sup>73</sup> Čl. 79. st. 3. ZOP BiH.

Sud BiH može izdati prinudnu licencu nosiocu patenta koji ne može iskorištavati svoj izum bez povrede tuđeg patenta, pod uslovom da patent podnosioca zahtjeva predstavlja značajan tehnološki napredak koji je od posebnog privrednog značaja u pogledu izuma zaštićenog patentom za koji se traži prisilna licenca.<sup>74</sup> Nosilac patenta za koji se traži prisilna licenca ima pod razumnim uslovima pravo na uzajamnu licencu,<sup>75</sup> što predstavlja drugi uslov za izdavanje ovog tipa prinudne licence. Ovo rješenje je novina u Zakonu o patentu BiH.

Prinudna se licenca neće odobriti ako nosilac patenta dokaže postojanje zakonskih razloga koji opravdavaju neiskorištavanje ili nedovoljno iskorištavanje zaštićenog pronalaska.<sup>76</sup>

Sud Bosne i Hercegovine će na obrazloženi zahtjev zainteresiranog lica ukinuti prinudnu licencu ako i kada okolnosti koje su dovele do njenog odobrenja prestanu postojati i ne postoji mogućnost da bi ponovo mogle da nastupe, ali uz uslov zaštite legitimnih prava sticatelja prinudne licence.<sup>77</sup>

Zakonom o zaštiti novih biljnih sorti u Bosni i Hercegovini je također predviđena mogućnost dodjeljivanja prinudne licence. Ako imalac oplemenjivačkog prava sâm ili preko drugog lica ne koristi ili nedovoljno koristi to pravo, tada drugo lice može steći to pravo uz obavezu plaćanja naknade nosiocu oplemenjivačkog prava (čl. 34. stav 2.), pod uslovom da dokaže da raspolaže reprodukcijским materijalom, stručnim, proizvodno-tehničkim i finansijskim uslovima za potpuno korištenje oplemenjivačkog prava (čl. 34. stav 3.). Ovi propisi rezultat su usklađivanja domaćeg zakonodavstva s Biotehnoškom direktivom Evropske unije.<sup>78</sup>

## 6. Prinudna licenca u javnom interesu

Pored obične, u većini pravnih sistema postoji i prinudna licenca u javnom interesu (tzv. službena licenca).<sup>79</sup> Zakon o patentu Bosne i Hercegovine, kao što je već istaknuto, sadrži posebne odredbe kojima se reguliše prinudna licenca u javnom interesu, što u ranijem ZIV-u nije bio slučaj. Prinudna licenca u javnom interesu regulisana je i u Zakonom o zaštiti novih biljnih sorti

Bosne i Hercegovine.<sup>80</sup>

Odobranje ove licence u ZOP BiH predviđeno je u slučaju vanrednih stanja na nacionalnom nivou u svrhu sigurnosti države, zaštite javnog interesa u oblasti zdravstva i ishrane, zaštite i unapređenja čovjekovog okoliša ili kad je to od posebnog interesa za pojedinu granu privrede ili kada je nužno ispravljanje postupka za koje je sudskim ili administrativnim postupkom utvrđeno da su suprotni tržišnoj utakmici.<sup>81</sup>

Ove se licence razlikuju od "običnih" prinudnih licenci po tome što za njihovo izdavanje nije potreban prethodni neuspjeli pokušaj zaključivanja ugovora o licenci. Štaviše, u slučaju javne nekomercijalne upotrebe izuma, nosilac patenta se može obavijestiti tek nakon što je izum već upotrijebljen.<sup>82</sup>

Specifičnost prinudnih licenci u javnom interesu jeste i to da se ove licence mogu izdati i prije isteka roka od 3 godine od izdavanja patenta, odnosno 4 godine od podnošenja patentne prijave.

Službene licence razlikuju se od prinudnih i u pogledu organa koji ih izdaju.<sup>83</sup> U uporednom pravu to su uglavnom vlade, što je predviđeno i Zakonom o patentu BiH.<sup>84</sup> I kod ove licence titularu patenta slijedi licencna naknada, koju bi u nedostatku sporazuma između njega i nosioca prinudne licence, trebao odrediti sud, analogno rješenju Zakona o zaštiti novih biljnih sorti BiH.<sup>85</sup>

U nekim zemljama vlast čak i bez prinudne licence, a na osnovu posebnih propisa, može ograničavati patentna prava. Tako se u Francuskoj pozivanjem na Zakon o javnom zdravlju može koristiti patent. U većini drugih zemalja vlast nije ovlaštena koristiti patentirani pronalazak bez prethodno provedenog postupka izdavanja prinudne licence u javnom interesu.<sup>86</sup>

Određeni broj skeptika smatra da je normiranje prinudnih licenci u javnom interesu motivisano prvenstveno pokušajem da se diskriminiraju strani vlasnici patenta. Naime, vlada može zahtijevati izdavanje prinudne licence na osnovu široko definisanog javnog interesa<sup>87</sup> kako

<sup>80</sup> Čl. 34. st. 1. Zakona o zaštiti novih biljnih sorti BiH.

<sup>81</sup> Čl. 80. Zakona o patentu BiH.

<sup>82</sup> Čl. 31.(b) TRIPS-a.

<sup>83</sup> Vidjeti *supra* str. 12.

<sup>84</sup> Prema čl. 80. st. 1. ZOP BiH prinudnu licencu izdaje Vijeće ministara BiH. Prema čl. 34. st. 1 Zakona o zaštiti novih sorti bilja Uprava za zaštitu zdravlja bilja može dodijeliti prinudnu licencu na zahtjev zainteresovanog lica kada je korištenje oplemenjivačkog prava od javnog interesa.

<sup>85</sup> Čl. 34. st. 4. Zakona o zaštiti novih biljnih sorti BiH.

<sup>86</sup> E. van Zimmeren, G. Van Overwalle, *Compulsory License Regimes for Public Health in Europe*, Biotechnology, Vol. XI, <http://www.eolss.net/sample-chapters/c17/E6-58-10-05.pdf> (Pristupljeno: 5. 11. 2013).

<sup>87</sup> Pojam javnog interesa nije identičan u svim državama, niti u raznim vremenskim periodima. Stoga je zadatak nadležnog organa da u svakom konkretnom slučaju procijeni kada se javni interes treba zaštititi izdavanjem prinudne licence.

<sup>74</sup> Čl. 79. st. 6. tačka a. ZOP BiH.

<sup>75</sup> Čl. 79. st. 6. tačka b. ZOP BiH.

<sup>76</sup> Čl. 79. st. 4. ZOP BiH.

<sup>77</sup> Čl. 79. st. 10. ZOP BiH.

<sup>78</sup> EU Direktiva o pravnoj zaštiti biotehnoških invencija br. 98/44/EC od 6. jula 1998. "Službene novine L 213", 30. 7. 1998, str. 0013–0021, dostupna na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:213:0013:0021:EN:PDF> (Pristupljeno: 15. 1. 2013.)

<sup>79</sup> Vidjeti, npr. čl. 47. norveškog Zakona o patentima, čl. 33. mađarskog Zakona o zaštiti izuma patentom, čl. 102. makedonskog Zakona o industrijskom vlasništvu, čl. 66. srpskog Zakona o patentu, i dr.

bi prinudila stranog nosioca patenta da ustupi licencu domaćem proizvođaču. Iz tog razloga, da bi se spriječila zloupotreba ovog instituta, uvedene su brojne restrikcije u praksi izdavanja ovih licenci.<sup>88</sup>

## 7. Primjena prinudnih licenci u praksi

Institut prinudne licence poznaju skoro sva nacionalna zakonodavstva. Ipak, ovaj se institut u praksi rijetko koristi uglavnom iz razloga što bez prijenosa znanja o tome kako praktično primijeniti zaštićeni pronalazak (*know how*) sticalac prinudne licence ne može isti uspješno koristiti, odnosno proizvesti. U većini će se slučajeva nosilac patenta protiviti izdavanju prinudne licence, što znači da će sticalac morati raditi u neprijateljskom okruženju.<sup>89</sup> U nekim se zemljama uz prinudnu licencu vlasnik patenta obavezuje da prenese i *know how* koji je neophodan za korištenje patenta,<sup>90</sup> dok u drugim ne postoji takva obaveza, već sticalac prinudne licence sâm mora posjedovati *know how* za primjenu patenata.<sup>91</sup> U trećoj grupi zemalja o obavezi transfera *know how* može odlučiti organ koji odlučuje i o dodjeljivanju prinudne licence.<sup>92</sup>

Protivnici<sup>93</sup> prinudnih licenci smatraju da je neefikasnost ovog instituta glavni razlog njegove rijetke primjene u praksi, ističući da je zbog toga nepotrebna njegova

zakonska regulacija.<sup>94</sup> S druge strane, zagovornici<sup>95</sup> prinudnih licenci ističu da se njegov značaj ne može cijeliti na osnovu broja ovih licenci, jer sama činjenica da postoje u zakonu i da se potencijalno mogu primijeniti utječe na ponašanje nosioca patenta i podstiču ga da zaključuje ugovore o licenci na dobrovoljnoj osnovi. Tako se ostvaruje primjena patenta, što i jeste opći društveni cilj.

Iako su se prinudne licence izdavale i prije usvajanja TRIPS-a, procjenjuje se da su od njegovog usvajanja 53 države u svijetu izdale prinudne licence.<sup>96</sup> Počevši od 2002. godine, zemlje u razvoju i srednje razvijene zemlje, ali i razvijene zemlje, počinju sve češće izdavati prinudne licence, naročito za patentirane lijekove za HIV/AIDS.<sup>97</sup>

Najpoznatiji slučaj primjene ovog instituta u novije vrijeme vezuje se za opasnost od zaraze antraksom u SAD-u. Vlada je zaprijetila izdavanjem prinudne licence njemačkom gigantu Bayeru za jednu vrstu penicilina (*ciprofloxacin*) i tako prisilila ovu farmaceutsku kompaniju na snižavanje cijene lijeka koji je bio potreban američkim potrošačima.<sup>98</sup>

Iskustva mnogih zemalja koje su izdavale prinudne licence poput Tajlanda, Malezije i Indonezije pokazuju da se radi o efikasnom mehanizmu za ograničavanje prakse koja je protivna pravilima konkurencije i koja doprinosi spuštanju cijena u korist potrošača.<sup>99</sup>

Brazil je 2007. godine izdao prinudnu licencu za Efavirenz, patentirani lijek za AIDS, nakon neuspješnih pregovora o cijeni s vlasnikom patenata (Merck).<sup>100</sup> Licenca je izdata na period od 5 godina, uz naknadu od 1,5%. Faramnguinhos, vodeća brazilska farmaceutska kompanija nije bila u mogućnosti proizvoditi ovaj lijek jer joj je nedostajao *know how*. Konačno, nakon 2 godine, uspjeli su snabdjeti domaće tržište, ali je Brazil u međuvremenu morao uvoziti generičku verziju ovog lijeka iz Indije.<sup>101</sup>

<sup>88</sup> H. Hovenkamp et al., *IP and Antitrust, An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Walters Kluwer Law & Business, New York, 2013, str. 6–49.

<sup>89</sup> Kommerskollegium, *The WTO Decision on Compulsory License, Does it enable import of medicines for developing countries with grave public health problems?*, str. 37. Dostupno na: <http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2008/rapporter/report-the-wto-decision-on-compulsory-licensing.pdf> (Pristupljeno: 15. 3. 2013).

<sup>90</sup> U Urugvaju postoji obaveza transfera *know how*. Neosnovano odbijanje nosioca da pruži tehnički *know how* će za posljedicu imati to da on izgubi pravo na naknadu. U Peruu nadležni organ može kazniti svakoga ko ne prenosi ili samo djelimično prenosi tehničko znanje i iskustvo i na taj način otežava korištenje prinudne licence. Navedeno prema: WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit., str. 20. (fn. 43).

<sup>91</sup> U većini patentnih zakona nije stipulirana obaveza transfera *know how* uz prinudnu licencu. Takvih odredbi nema u Njemačkoj, Irskoj, Meksiku, Nikaragvi i dr. Više o ovome vidjeti u: WIPO, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO member states to address anti-competitive uses of Intellectual Property Rights*, op. cit. str. 20. (fn. 43.)

<sup>92</sup> Vidjeti čl. 1362. st. 1. Gradanskog zakonika Ruske federacije [*Гражданский кодекс Российской Федерации*]. Dostupan na: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6775> (Pristupljeno: 4. 3. 2013.)

<sup>93</sup> R. Kuhn i R. Beall, *The time for pharmaceutical compulsory licensing has expired*, *Nature Medicine*, 18/2012. [http://www.nature.com/nm/journal/v18/n8/full/nm0812-1168.html?WT.ec\\_id=NM-201208](http://www.nature.com/nm/journal/v18/n8/full/nm0812-1168.html?WT.ec_id=NM-201208) (Pristupljeno: 5. 11. 2013). O argumentima protiv izdavanja ovih licenci vidjeti: M. Z., Abbas, *Pros and Cons of Compulsory Licensing: An Analysis*

*of Arguments*, *International Journal of Social Science and Humanity*, Vol. 3, br. 3/ 2013, str. 254–257.

<sup>94</sup> P. J., Federico, *Compulsory Licenses in Other Countries*, str. 301. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2351&context=lcp> (Pristupljeno: 5. 11. 2013).

<sup>95</sup> E. Bond i K. Saggi, op. cit., str. 4.

<sup>96</sup> A. Chaudhary, *A Research Project on Compulsory Licensing of IPRs and its Effect on Competition*, str. 5. Dostupno na: <http://www.cci.gov.in/images/media/researchreports/compulsory%20licensing%20of%20iprs%20and%20its%20effect%20on%20competition.pdf> (Pristupljeno: 11. 3. 2013).

<sup>97</sup> Spisak do sada izdatih prinudnih licenci po zemljama može se naći na web stranici: <http://www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html> (Pristupljeno: 8. 4. 2013.)

<sup>98</sup> D. J. Halbert, *Resisting Intellectual Property*, Routhledge, 2005, str. 105.

<sup>99</sup> R. Gupta, *Compulsory Licensing under TRIPS: How Far it Addresses Public Concerns in Developing Nations*, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 15, 2010. str. 362.

<sup>100</sup> Brazil je i ranije prijetio izdavanjem prinudnih licenci kako bi vršio pritisak na kompanije da snize cijene lijekova.

<sup>101</sup> J. M. do Nascimento Jr., *Compulsory Licensing of Efavirenz in Brazil*, <http://www.accesstopharmaceuticals.org/>



Skoriji primjeri izdavanja prinudnih licenci su na Tajlandu 2006. godine, Maleziji 2003. godine, Zimbabveu 2002. godine<sup>102</sup>, a 2012. godine je u Indiji izdata prinudna licenca proizvođaču Natco Pharma Ltd za „*Sorafenib tosylate*“, lijek za rak koji je patentirao Bayer. Bayer je lijek proizveo i dobio dozvolu da uvozi i stavlja lijek na tržište Indije 2007. godine. Patentni ured je utvrdio da lijek nije nikako uvožen 2008. godine, a 2009. i 2010. godine je uvezen u malim količinama. S obzirom na to da tako nije bilo snabdjeveno domaće tržište, Natco je podnio zahtjev za izdavanje prinudne licence. Odlukom o izdavanju prinudne licence obavezan je da Bayeru plati 6% od neto prodajne cijene lijeka (iako je Bayer tražio 15%), da mora obezbijediti besplatne doze lijeka za 600 pacijenata godišnje, te da ga prodaje po cijeni ne višoj od 8,880 indijskih rupija (cca. 270 KM) po kutiji od 120 tableta.<sup>103</sup>

Nakon izdavanja ove licence, u Indiji su podneseni zahtjevi za izdavanje prinudne licence za još tri lijeka: Trastuzumab, Ixabepilone i Dasatinib.<sup>104</sup>

### Zaključak

Prinudna licenca je pravni institut koji se pojavio kao alternativa drastičnijim mjerama oduzimanja patenta. Iako titular prava zadržava pravo na patent, nametanjem obaveze zaključivanja ugovora ograničava se u vršenju svog prava. Tako zakonodavac nastoji postići ravnotežu između interesa titulara patenta i legitimnih interesa trećih lica, odnosno društvene zajednice.

Zakon o obligacionim odnosima,<sup>105</sup> u dijelu u kojem reguliše ugovor o licenci, nije regulirao prinudnu licencu, već je taj institut, koji je ranije bio sadržan u Zakonu o industrijskom vlasništvu (član 134.), danas regulisan Zakonom o patentu BiH (član 79.) i Zakonom o zaštiti novih biljnih sorti BiH (čl. 34.). Ovaj institut regulisan je i najvažnijim međunarodnim dokumentima u oblasti prava industrijskog vlasništva: Pariškom konvencijom i TRIPS-om, čime je potvrđen njegov značaj uprkos

rijetkoj primjeni u praksi. Upravo je postojanje ovih odredbi u zakonu izuzetno značajno jer, osim što sprečava zloupotrebu monopolskog položaja nosioca patenta, potiče zaključivanje ugovornih (dobrovoljnih) licenci tako da stvarna primjena odredbi o prinudnoj licenci postaje suvišna.

Kako je upotreba patentiranog pronalaska u širem društvenom interesu, subjekti ovog prava industrijskog vlasništva imaju ne samo pravo nego i obavezu vršiti ovlaštenja iz sadržaja prava koja su im priznata. Ako to ne čine, odnosno ako prijavljivanjem patenta samo pokušavaju spriječiti (blokirati) nekog drugog (konkurenciju) da se koriste određenim izumom, onda se patent može ustupiti drugom na njegov zahtjev, a protiv volje vlasnika uz odgovarajuću naknadu.

Dakle, nosilac patenta ne može uskratiti pristup patentiranoj tehnologiji niti postavljati nerazumne uslove zainteresiranoj strani bez osnovanog razloga.

Analizom ovog instituta u novom Zakonu o patentu BiH može se zaključiti da je u velikoj mjeri usklađen s međunarodnim standardima postavljenim TRIPS-om i savremenim rješenjima uporednog prava. Dakako, uprkos tome što do danas nije primjenjivan u našoj zemlji, treba ga svakako zadržati u ovom zakonu kako bi se nosioci patenta natjerali da patentirani pronalazak koriste, odnosno da ustupe drugom na korištenje.

Danas je praktično nemoguće koristiti patentirani pronalazak bez pratećeg *know howa*. Stoga, kada je država već obavezala nosioca patenta da ga ustupi podnosiocu zahtjeva, trebalo bi predvidjeti i obavezu da se uz patent ustupi i *know how*, kako bi se omogućila realna primjena takvih izuma, odnosno kako bi se ostvarila svrha ovog instituta.

*De lege ferenda* u ZOP-u BiH bilo bi poželjno, u cilju zaštite titulara prava, kao jedan od uslova za izdavanje prinudnih licenci predvidjeti i obavezu da podnosilac zahtjeva podnese dokaz o postojanju namjere da patent koristi na ozbiljan i efikasan način, odnosno da raspolaže kapacitetima i realnim mogućnostima za njegovu primjenu nakon što bude izdata licenca, na način kako je to učinjeno u Zakonu o zaštiti novih sorti bilja BiH.

Također, budući da titularu prava pripada pravo na naknadu, potrebno je i u ZOP-u, po uzoru na Zakon o zaštiti novih biljnih sorti BiH, odrediti koji će organ (Sud, Institut za intelektualno vlasništvo ili neki drugi organ uprave) odrediti naknadu u slučajevima kada stranke ne mogu postići dogovor.

Zakonske odredbe kojima se regulira ovaj institut trebaju, dakle, biti što preciznije kako bi se, uz istovremenu zaštitu legitimnih interesa nosioca patenta, omogućila stvarna primjena prinudnih licenci u praksi.

case-studies-in-global-health/efavirenz-brazil/ (Pristupljeno: 5. 11. 2013.)

<sup>102</sup> Pregled prinudnih licenci izdatih u novije vrijeme: M. Khor, *Patents, Compulsory Licenses and Access to Medicines: Some Recent Experiences*, Third World network, 2007., str. 24. Dostupno na: <http://www.twinside.org.sg/title2/IPR/pdf/ipr10.pdf> (Pristupljeno: 5. 11. 2013.)

<sup>103</sup> M. Estavillo, *India Grants First Compulsory Licence, For Bayer Cancer Drug*. Intellectual Property Watch, dostupno na: <http://www.ip-watch.org/2012/03/12/india-grants-first-compulsory-licence-for-bayer-cancer-drug/> (Pristupljeno: 11. 3. 2013.)

<sup>104</sup> D. Rajagopal, *Compulsory licence likely for three cancer drugs*, dostupno na: [http://articles.economictimes.indiatimes.com/2013-01-14/news/36331897\\_1\\_compulsory-licence-indian-patent-act-patent-controller](http://articles.economictimes.indiatimes.com/2013-01-14/news/36331897_1_compulsory-licence-indian-patent-act-patent-controller) (2. 4. 2013.)

<sup>105</sup> Zakon o obligacionim odnosima "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 57/89 "Službeni list RBiH" br. 2/92, 13/93 i 13/94 i "Službene novine Federacije BiH" br. 29/03 i 42/11.

Mag. sci. Lana Bubalo

### Das Institut des Zwangslizenz im internationalen, vergleichenden und bosnisch-herzegowinischem Recht

(Zusammenfassung)

Die Autorin stellt das Institut der Zwangslizenz im internationalen, vergleichenden und bosnisch-herzegowinischen Recht dar. Zuerst wird das Institut definiert und hervorgehoben, dass auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse an der Lizenz hat, eine Lizenzerteilung auch gegen den Willen eines Inhabers möglich ist. Deshalb wird der Patentinhaber durch die Erteilung einer Zwangslizenz in der Wahrnehmung seiner von der Rechtsordnung anerkannten ausschließlichen Rechte beschränkt. Weiter wird ausgeführt, dass der Gesetzgeber mit einer solchen Beschränkung des Patentbesitzes einen erwünschten und gerechten Ausgleich der Interessen zwischen dem Inhaber des Patentbesitzes und den legitimen Interessen Dritter bzw. der Gesellschaft anstrebt. In der Arbeit wird die Zwangslizenz in internationalen Instrumenten, dem Vergleichsrecht und in dem Patentgesetz Bosniens und Herzegowinas und dem Gesetz Bosniens und Herzegowinas über den Schutz neuer Pflanzenarten aus dem Jahre 2010 analysiert. Dabei wird die Berechtigung dieses Instituts erörtert. Außerdem werden Angaben über die Häufigkeit seiner Anwendung und seine Erscheinungsformen gemacht. Weiter werden die gesetzlichen Bedingungen für die Erteilung einer Zwangslizenz, die Lizenz im öffentlichen Interesse und die Zwangslizenz zu Lasten des Inhabers eines Rechts zur Veredlung sowie die Übereinstimmung der bosnisch-herzegowinischen Regelungen mit dem Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum (TRIPS) behandelt. Hierzu wird festgestellt, dass diese Harmonisierung weitgehend gegeben ist, es aber in der Praxis noch zu Anwendungsdefiziten kommt.

### Compulsory licenses in international, comparative and the law of Bosnia and Herzegovina

(Summary)

Compulsory or statutory license is an authorisation granted by the government to apply the patented invention without the permission of the patent holder. Granting of compulsory licenses restricts the patent owner in the exercise of his exclusive rights recognized by the legal system. With these restrictions of the patent rights, the legislator tries to achieve desirable and equitable balance between the interests of the patent owner on one side and legitimate interests of third parties and the entire community on the other. This paper analyzes compulsory licensing in international documents, comparative law and the new Law on Patents in Bosnia and Herzegovina from 2010. The paper discusses the justification of this instrument, the frequency of its application, its forms, legal requirements for the issuance of compulsory patent licenses, licenses in the public interest and the compulsory plant variety licenses, and examines the compliance of the BH- regulation in this field with the Agreement on Trade Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

## Jačanje morala kao svrha kažnjavanja u Republici Srbiji i nekim zemljama jugoistočne Evrope

Žarko Radić\*

UDK: 343.8:17

### Apstrakt

Odredbama člana 42. Krivičnog zakonika Republike Srbije iz 2005. godine utvrđeno je, između ostalog, da je i jačanje morala svrha kažnjavanja. Primenom dogmatičkog, normativnog, aksiološkog i sociološkog metoda autor istražuje značaj i značenje te odredbe, a uporednopravnom metodom analizira krivičnopravne odredbe o svrsi kažnjavanja više zemalja jugoistočne Evrope. Na kraju, on zaključuje da samo na prvi pogled izgleda nesporna zamisao da se kažnjavanjem jača moral. No, ona je uglavnom neostvariva, a njena materijalizacija odgovarajućom odredbom Krivičnog zakonika doprinosi pre-naglašavanju zaštitne funkcije krivičnog prava. Osim toga, naročito pri odmeravanju kazne u konkretnim slučajevima primena te odredbe može dovesti i do preteranog udaljavanja od načela pravednosti i srazmernosti. Iz tih razloga, autor se zalaže da se u nekoj od predstojećih novela Krivičnog zakonika Republike Srbije odredba o jačanju morala kao svrsi kažnjavanja zameni odredbom kojom se utvrđuje društveno korisnija i realnija svrha kažnjavanja u okviru tzv. pozitivne generalne prevencije.

**Ključne reči:** krivično pravo i moral, svrha kažnjavanja, pozitivna generalna prevencija, odmeravanje kazne, načelo pravednosti i srazmernosti

### Uvod

Odredbama člana 4. stav (2) Krivičnog zakonika Republike Srbije iz 2005. godine (u daljem tekstu: KZ)<sup>1</sup> utvrđena je opšta svrha (propisivanja i izricanja) krivičnih sankcija i ona se sastoji u "suzbijanju dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom." Odredbama člana 42. KZ-a propisano je da je u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija svrha kažnjavanja:

- 1) sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela;
- 2) uticanje na druge da ne čine krivična dela;
- 3) izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona."

Predmet ovog rada je jedna od odredaba člana 42. KZ-a, i to ona kojom je određeno da je u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija jačanje morala svrha kažnjavanja. Cilj je

\* Dipl. pravnik, student druge godine doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> Stupio na snagu 1. 1. 2006. godine. Objavljen u "Službenom glasniku Republike Srbije", br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09 i 121/12.

rada da se utvrdi značaj i značenje te odredbe, i da se, u zavisnosti od rezultata istraživanja, o njoj zauzme stav *de lege ferenda*. Za postizanje toga cilja koristiće se dogmatički, normativni, aksiološki, sociološki i uporednopravni metod.

Regulisanje zakon(ik)om opšte svrhe krivičnih sankcija i svrhe kažnjavanja ima gotovo tradicionalnu dimenziju u Srbiji, pa će pri proučavanju predmeta rada biti od značaja i odgovarajuće odredbe Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine (u daljem tekstu: KZ SFRJ).<sup>2</sup> S obzirom na to da na prostorima bivše SFRJ danas postoji mnoštvo država, zakonska regulativa u tim državama je takođe od koristi pri ovom proučavanju, te će se posle uvodnih napomena izložiti kratak pregled odgovarajućih odredaba krivičnih zakonodavstava više država jugoistočne Evrope.

Bilo kakvo proučavanje jačanja morala kao svrhe kažnjavanja, makar na prvi pogled imalo skroman pravnodogmatski cilj utvrđivanja pravog značenja pravne odredbe istovetnog sadržaja, ne može izbeći saznanja filozofije (krivičnog) prava i sociologije prava do kojih, inače, te saznanje discipline dolaze upotrebom specifičnih metoda. Iz tog razloga, u istraživanju će se imati u vidu i shvatanja odnosa (krivičnog) prava i morala u tim disciplinama, vodeći računa o predmetu i cilju ovog rada, te izbegavajući, koliko god je moguće, shvatanja koja bi se mogla smatrati isključivim, bilo da pripadaju pravnom pozitivizmu ili prirodnoopravnim teorijama. Nadasve, neophodno je imati u vidu da se u pravnoj nauci, razmatrajući odnos krivičnog prava i morala, primećuje da za razliku od pitanja kakav bi taj odnos trebalo da bude postoji skoro opšta saglasnost o postojećem odnosu, koji se prikazuje kao odnos dva kruga koji se seku, i to u tom smislu što je jedan deo ponašanja istovremeno i krivično delo i moralni prestup, te da se u vezi sa tim ističe da se u slučajevima gde se krivično pravo i moral podudaraju ne radi o zaštiti moralnih shvatanja, pa ni o njihovom podržavanju, već da se određenim dobrima nastoji pružiti zaštita kroz oba normativna sistema.<sup>3</sup>

Mada je pri određivanju svrhe kažnjavanja odredbama KZ-a do izražaja došla relativna teorija, koja svrhu kazne vidi u suzbijanju vršenja krivičnih dela,<sup>4</sup> u ovom radu ta teorija, kao ni bilo koja u odnosu na nju potpuno (apsolutna teorija – svrha kazne je retribucija) ili delimično (mešovita teorija – svrha kazne je i prevencija i retribucija) različita teorija svrhe kažnjavanja neće biti detaljnije razmatrana. Naime, držeći se striktno predmeta i cilja rada

to nije potrebno. Utvrđivanje značaja i značenja, pa čak i moralno, teorijsko i utilitarističko preispitivanje jednog aspekta prevencije kao svrhe kazne, ne dovodi u pitanje prevenciju kao ideju i praksu. Bar ne u ovom radu.

Ipak, radi potpunijeg razumevanja problema istraživanja i postizanja njegovog cilja, neophodno je imati u vidu nekoliko činjenica kada je reč o svrsi kažnjavanja. Prvo, vladajuće teorijsko shvatanje u Republici Srbiji jeste da se odredbama člana 42. KZ-a ne određuje kao jedna od svrha kažnjavanja i retribucija,<sup>5</sup> ali se primećuje da je retributivnu komponentu kazne teško negirati, te da bi retribucija kao svrha kažnjavanja, pored generalne i specijalne prevencije, bila prihvatljiva ako se njen sadržaj određuje kroz princip pravednosti i princip srazmernosti koji se u krivičnom pravu moraju uvažavati.<sup>6</sup> Drugo, dok se u Republici Srbiji odredbom člana 42. tačka 3) KZ-a o "izražavanju društvene osude za krivično delo" utvrđuje jedan od aspekata tzv. pozitivne generalne prevencije kao svrhe kažnjavanja, u nekim zemljama se smatra da slična odredba krivičnog zakonodavstva (izražavanje društvene osude zbog počinjenog kaznenog djela) kao svrhu kažnjavanja sadržava retribuciju.<sup>7</sup> Treće, prema stavovima pojedinih autora, unošenje elementa pravednosti u odredbe nacionalnog krivičnog zakonodavstva o pozitivnoj generalnoj prevenciji kao svrsi kažnjavanja takvu prevenciju takođe povezuje sa retribucijom.<sup>8</sup> Četvrto, iako prema vladajućem teorijskom shvatanju u Republici Srbiji retribucija nije predviđena njenim krivičnim zakonodavstvom, smatra se da upravo ta svrha u smislu principa pravednosti i srazmernosti treba da određuje gornju granicu prilikom odmeravanja kazne, a da takva kazna, po pravilu, ostvaruje i ciljeve generalne prevencije (ne bi, na primer, bilo opravdano izreći strožu kaznu od one koju zahteva stepen krivice učinio i težina učinjenog dela, samo zbog toga što bi ostvarivanje specijalne prevencije to zahtevalo).<sup>9</sup> Peto, utvrđivanje značaja i značenja odredaba člana 42. KZ-a o jačanju morala kao svrsi kažnjavanja podrazumeva, između ostalog, (pr)ocenu kako njene realnosti (ostvarivosti) u pravnom poretku i u psihosocijalnom smislu, tako i spojivosti sa principom pravednosti i srazmernosti pri odmeravanju kazne.

<sup>5</sup> Vidi: Z. Stojanović, op. cit. (fn. 3), str. 251.

<sup>6</sup> Tako Z. Stojanović, op. cit. (fn. 3), str. 251.

<sup>7</sup> Tako I. Bojanić i M. Mrčela po pitanju odredaba čl. 50. Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 1997. godine. Vidi: I. Bojanić, M. Mrčela, 'Svrha kažnjavanja u kontekstu šeste novele Kaznenog zakona', *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 13, broj 2 (2006), str. 431 na str. 446.

<sup>8</sup> Tako I. Bojanić i M. Mrčela po pitanju odredaba čl. 50. Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 1997. godine, kojima je utvrđeno da je svrha kažnjavanja, između ostalog, "da se primjenom propisanih kazni utječe na svijest građana o pogibeljnosti kaznenih djela i pravednosti kažnjavanja njihovih počinitelja." Vidi: I. Bojanić, M. Mrčela, loc. cit. (fn. 7), str. 431 na str. 440.

<sup>9</sup> Tako Z. Stojanović, op. cit. (fn. 3), str. 251.

<sup>2</sup> Stupio na snagu 1. 7. 1977. godine. Objavljen u "Službenom listu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije", br. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 i 54/90, "Službenom listu Savezne Republike Jugoslavije", br. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 i 61/01, "Službenom glasniku Republike Srbije", br. 39/03.

<sup>3</sup> Vidi: Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 16. izdanje, (Beograd, Pravna knjiga 2009) str. 11–13.

<sup>4</sup> Vidi: Z. Stojanović, op. cit. (fn. 3), str. 249–251.

## 1. Opšta svrha krivičnih sankcija i svrha kažnjavanja u nekim zemljama jugoistočne Evrope

Većina država svojim krivičnim zakonicima ne određuje izričito svrhu kažnjavanja.<sup>10</sup> Sadržaji u vezi sa svrhom kažnjavanja u nekim se krivičnim zakonicima pojavljuju u okviru odredaba o opštim načelima odmeravanja kazne, na primer u austrijskom (§ 32. st. 2), švajcarskom (čl. 47. tač. 1) i nemačkom (§ 46. st 1), i to tako što se ideja specijalne prevencije naglašava time što se propisuje da sud treba uzeti u obzir i očekivano delovanje kazne na budući život učinioca u društvu.<sup>11</sup> Uopšteno govoreći, utvrđivanje svrhe kažnjavanja izričitim odredbama krivičnih zakon(ik)a specifičnost je krivičnih zakonodavstava zemalja bivšeg socijalističkog bloka, još iz vremena njihovog socijalističkog uređenja, a nije obeležje krivičnih zakonodavstava zapadno-evropskih država.<sup>12</sup> Ta činjenica došla je do izražaja i kada je reč o više zemalja jugoistočne Evrope čije će se odredbe o svrsi kažnjavanja ukratko razmotriti u ovom poglavlju.

S obzirom na složeno državno uređenje Bosne i Hercegovine, uspostavljeno Dejtonskim mirovnim sporazumom 1995. godine, pažnju je potrebno usmeriti na četiri krivična zakona: Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, te entitetske krivične zakone – Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine i Krivični zakon Republike Srpske.

Odredbama člana 39. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine<sup>13</sup> utvrđeno je da je svrha kažnjavanja: "a) da se izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela; b) da se utječe na učinitelja da ubuduće ne čini krivična djela i podstakne njegov preodgoj; c) da se utječe na ostale da ne čine krivična djela; d) i da se utječe na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja učinitelja", a odredbama člana 6. tog zakona propisano je da je svrha krivičnih sankcija: "a) zaštita društva od izvršenja krivičnih djela preventivnim uticajem na druge da poštuju pravni sistem i ne počine krivična djela te sprečavanjem počinioca da počini krivična djela kao i podsticanje njegovog preodgoja; b) zaštita i satisfakcija žrtve krivičnog djela." U Brčko distriktu Bosne i Hercegovine na snazi je Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine,<sup>14</sup> čijim je odredbama svrha kažnjavanja i svrha krivičnih sankcija regulisana kao i u Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine, pa je odredbama člana 42. određeno da je svrha kažnjavanja: "a) da se izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela; b) da se utiče na učinioca da ubuduće ne čini krivična djela i podstakne njegov preodgoj; c) da se utiče na ostale da ne čine krivična

djela; d) i da se utiče na svijest građana o opasnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja učinioca", odnosno odredbama člana 7. utvrđeno je da je svrha krivičnih sankcija: "a) zaštita društva od izvršenja krivičnih djela preventivnim uticajem na druge da poštuju pravni sistem i ne izvrše krivična djela, te sprečavanjem izvršioca da izvrši krivična djela kao i podsticanje njegovog prevaspitanja; b) zaštita i satisfakcija žrtve krivičnog djela." U Federaciji Bosne i Hercegovine su svrha kažnjavanja i svrha krivičnih sankcija određene na istovetan način kao i u Bosni i Hercegovini, pa je odredbama člana 42. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine<sup>15</sup> utvrđeno da je svrha kažnjavanja: "a) da se izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela; b) da se utiče na učinitelja da ubuduće ne učini krivična djela i potakne njegovo prevaspitanje; c) da se utiče na ostale da ne učine krivična djela; d) i da se utiče na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja učinitelja", dok je odredbama člana 7. tog zakona propisano da je svrha krivičnih sankcija: "a) zaštita društva od činjenja krivičnih djela preventivnim uticajem na druge da poštuju pravni sistem i ne počine krivična djela te sprečavanjem počinitelja da počini krivična djela kao i poticanje njegovog prevaspitanja; b) zaštita i satisfakcija žrtve krivičnog djela." U Republici Srpskoj je u članu 28. Krivičnog zakona Republike Srpske<sup>16</sup> utvrđeno da je u okviru svrhe krivičnih sankcija, svrha kažnjavanja: "1) sprečavanje učinioca da čini krivična djela i njegovo prevaspitavanje; 2) uticaj na druge da ne čine krivična djela; 3) razvijanje i učvršćivanje društvene odgovornosti izražavanjem društvene osude za krivično djelo i neophodnosti poštovanja zakona", a odredbama člana 5. stav (3) tog zakona određena je svrha krivičnih sankcija: "Krivične sankcije se propisuju i izriču radi suzbijanja protivpravnih djelatnosti kojima se ugrožavaju ili povređuju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom."

Prema tome, Krivični zakon Bosne i Hercegovine, a takođe i Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, te entitetski krivični zakoni sadrže kako odredbe o opštoj svrsi krivičnih sankcija, tako i o svrsi kažnjavanja. Pri tome, Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine i Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine sadrže odredbe o svrsi kažnjavanja slične odredbama člana 50. Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 1997. godine,<sup>17</sup> i može se zaključiti da obuhvataju retribuciju (izražavanje društvene osude učinjenog krivičnog dela), specijalnu prevenciju (uticaj na učinioca da ubuduće ne čini krivična djela i podsticaj njegovog prevaspitanja), generalnu prevenciju

<sup>10</sup> Vidi: Z. Stojanović, op. cit. (fn. 3), str. 250.

<sup>11</sup> I. Bojanić, M. Mrčela, loc. cit. (fn. 7), str. 431 na str. 433.

<sup>12</sup> Više o tome: N. Cirkveni, 'Zastrašivanje u kaznenoj politici Republike Hrvatske', *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (Rijeka), vol. 31, broj 1 (2010), str. 559 na str. 572.

<sup>13</sup> "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

<sup>14</sup> "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 47/11, 9/13.

<sup>15</sup> "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11.

<sup>16</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 49/03, 70/06, 73/10 i 1/12.

<sup>17</sup> Odredbe čl. 50. Kaznenog zakona Republike Hrvatske iz 1997. godine videti niže.

(uticaj na ostale da ne učine krivična dela) i pozitivnu generalnu prevenciju s elementom pravednosti koji takvu prevenciju povezuje sa retribucijom (uticaj na svest građana o pogibeljnosti krivičnih dela i o pravednosti kažnjavanja učinioca).<sup>18</sup> Iz tog razloga, odredbama tih krivičnih zakona o svrsi kažnjavanja zastupljena je mešovita, tj. sjedinjujuća teorija svrhe kažnjavanja, i to unošenjem elementa retribucije u cilju afirmacije načela pravednosti i srazmernosti na savremeni način (visina kazne ne sme prekoračiti meru krivice, ni prevencije radi).<sup>19</sup> Naime, načelo pravednosti i srazmernosti ponovo postaje jedno od osnovnih načela krivičnog prava kako po pitanju njegove primene, tako i po pitanju njegovog stvaranja, kroz propisivanje krivičnih normi.<sup>20</sup> Što se tiče odredaba člana 28. Krivičnog zakona Republike Srpske, može se zaključiti da je zakonodavac pri određivanju svrhe kažnjavanja zastupao stav o relativnoj teoriji svrhe kazne, te da su one u tom smislu slične odredbama člana 42. KZ-a Republike Srbije.

U Crnoj Gori je odredbama člana 32. Krivičnog zakonika<sup>21</sup> utvrđeno da je u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (čl. 4. st. 2), svrha kažnjavanja: "1) sprječavanje učinioca da čini krivična djela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela; 2) uticanje na druge da ne čine krivična djela; 3) izražavanje društvene osude za krivično djelo i obaveze poštovanja zakona; 4) jačanje morala i uticaj na razvijanje društvene odgovornosti." Odredbama člana 4. stav (2) tog zakonika utvrđena je opšta svrha krivičnih sankcija: "Opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom."

Dakle, Krivični zakonik Crne Gore takođe sadrži odredbe o opštoj svrsi krivičnih sankcija i svrsi kažnjavanja, ali i odredbu o jačanju morala kao jednom aspektu pozitivne generalne prevencije, odnosno svrhe kažnjavanja.

U Republici Hrvatskoj je u članu 50. Kaznenog zakona iz 1997. godine<sup>22</sup> svrha kažnjavanja bila utvrđena na sledeći način: "Svrha kažnjavanja je da se uvažavajući opću svrhu kaznenopravnih sankcija izrazi društvena osuda zbog počinjenog kaznenog djela, utječe na počinitelja da ubuduće ne čini kaznena djela, utječe na sve ostale da ne čine kaznena djela i da se primjenom propisanih kazni utječe na svijest građana o pogibeljnosti kaznenih djela i pravednosti kažnjavanja njihovih počinitelja." Opšta svrha

kaznenopravnih sankcija, pak, bila je određena odredbama člana 6. tog zakona: "Opća svrha propisivanja i izricanja ili primjene svih kaznenopravnih sankcija jest da svi građani poštuju pravni sustav i da nitko ne počini kazneno djelo, te da se počinitelji kaznenih djela ubuduće tako ponašaju."

Prema tome, u Republici Hrvatskoj Kaznenim zakonom iz 1997. godine bila je prihvaćena sjedinjujuća teorija svrhe kažnjavanja kroz retribuciju, specijalnu, generalnu i pozitivnu generalnu prevenciju, ali se jačanje morala nije isticalo kao njen aspekt. Što se tiče odredbe o uticanju, primenom propisanih kazni, "na svijest građana o pogibeljnosti kaznenih djela i pravednosti kažnjavanja njihovih počinitelja", kao svrsi kažnjavanja, upućujemo na stav koji je istaknut u vezi s odredbom istovetnog sadržaja u Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine, Krivičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine i Krivičnom zakonu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

U članu 41. Kaznenog zakona Republike Hrvatske, koji je stupio na snagu 1. januara 2013. godine,<sup>23</sup> određena je svrha kažnjavanja sledećim odredbama: "Svrha kažnjavanja je izraziti društvenu osudu zbog počinjenog kaznenog djela, jačati povjerenje građana u pravni poredak utemeljen na vladavini prava, utjecati na počinitelja i sve druge da ne čine kaznena djela kroz jačanje svijesti o pogibeljnosti činjenja kaznenih djela i o pravednosti kažnjavanja te omogućiti počinitelju ponovno uključivanje u društvo." Međutim, taj zakon ne sadrži odredbe o opštoj svrsi kaznenopravnih sankcija, a u vezi sa pitanjima svrhe kažnjavanja može se zaključiti da hrvatski zakonodavac čini dodatne napore u pravcu njenog regulisanja na savremen način nastojanjem, između ostalog, da se specijalnom i generalnom prevencijom ne naruši princip pravednosti i srazmernosti. Istovremeno, retribucija sa ciljem pravednosti i srazmernosti nije sama sebi cilj, te je svrha kažnjavanja, osim pozitivne i generalne prevencije, i jačanje poverenja građana u pravni poredak utemeljen na vladavini prava, ali i omogućavanje učiniocu da se ponovo uključi u društvo.

U Republici Makedoniji svrha kažnjavanja (odnosno cilj kažnjavanja u ostvarivanju pravde) utvrđena je odredbama člana 32. Krivičnog zakonika [Кривичен законик],<sup>24</sup> koje glase: "1) sprečavanje učinioca da vrši krivična djela i njegovo prevaspitanje i 2) vaspitno uticanje na druge da ne vrše krivična dela." Krivični zakonik Republike Makedonije takođe ne sadrži odredbe o opštoj svrsi krivičnih sankcija, a očigledno je da je relativna teorija svrhe kažnjavanja primenjena kroz specijalnu i generalnu, ali ne i pozitivnu generalnu prevenciju, kao i da u takvom konceptu prevencije nije ni moglo biti mesta za jačanje morala kao svrhe kažnjavanja, ali ni za savremeni pristup načelu pravednosti i srazmernosti pri njenom regulisanju.

<sup>18</sup> Vidi i upor.: I. Bojanić, M. Mrčela, loc. cit. (fn. 7), str. 431 na str. 440.

<sup>19</sup> Vidi i upor.: I. Bojanić, M. Mrčela, loc. cit. (fn. 7), str. 439 na str. 440.

<sup>20</sup> Vidi: Z. Stojanović, op. cit. (fn. 3), str. 26–27.

<sup>21</sup> "Službeni list Republike Crne Gore", br. 70/03, 13/04, 47/06, "Službeni list Crne Gore", br. 40/08, 25/10, 73/10, 32/11 i 64/11.

<sup>22</sup> "Narodne novine", br. 110/97, 27/98. – ispravak, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 i 57/11.

<sup>23</sup> "Narodne novine", br. 125/11 i 144/12.

<sup>24</sup> "Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12 i 55/13.

Jedna od specifičnosti Krivičnog zakonika Republike Slovenije sastoji se u tome što taj zakonik ne sadrži odredbe o svrsi kažnjavanja, kao ni odredbe o opštoj svrsi krivičnih sankcija. Reč je o Krivičnom zakoniku [Kazenski zakonik] iz 2008. godine,<sup>25</sup> ali treba imati u vidu da ni Krivični zakonik [Kazenski zakonik] te države iz 1994. godine<sup>26</sup> nije sadržavao odredbe o opštoj svrsi krivičnih sankcija i svrsi kažnjavanja. Zakonik iz 2008. godine sadrži niz novina u odnosu na prethodni,<sup>27</sup> a što se tiče osnovnih odredaba ističemo da u odnosu na prethodni Zakonik ne sadrži odredbe o osnovu i granicama krivičnopravne prinude. Mada je na izostavljanje tih odredaba bilo primedaba iz stručne javnosti, prihvaćeno je obrazloženje predlagača Zakonika da bi se te odredbe mogle razumeti kao “zalaganje za kritičnu distanciju spram kaznenih zakona, zbog čega načelo zakonitosti može izgubiti svoje apsolutno važenje.”<sup>28</sup> Inače, odredbama člana 49. stav (1) Krivičnog zakonika iz 2008. godine (istovetne odredbe bile su sadržane i u članu 41. stav (1) Zakonika iz 1994. godine) došlo je do izražaja načelo pravednosti i srazmernosti kao jedno od osnovnih načela krivičnog prava: “Učiniocu krivičnog dela sud će odmeriti kaznu u meri koja je zakonom propisana za to delo, s obzirom na težinu krivičnog dela i krivicu učinioca.” Odredbama stava (2) istog člana navedene su olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje će se uračunati i koje će uticati na to da kazna bude manja ili veća. Osim uobičajenih okolnosti, kao što su: stepen krivice, stepen ugrožavanja ili povrede zaštićene pravne vrednosti, raniji život učinioca, njegovo držanje po učinjenom delu, itd., kao koristan korektiv načela pravednosti i srazmernosti, odnosno retribucije koja služi tom načelu, slovenački zakonodavac među olakšavajuće i otežavajuće okolnosti uvrštava i onu koja je specijalno-preventivne prirode: “i druge okolnosti, koje se odnose na ličnost učinioca i očekivani učinak kazne na buduću život učinioca u društvenom okruženju.” Po tom pitanju odredbe slovenačkog Krivičnog zakonika su slične odgovarajućim odredbama krivičnih zakonika Nemačke, Austrije i Švajcarske.<sup>29</sup>

## 2. Značaj i značenje pravnih odredaba o jačanju morala kao svrsi kažnjavanja

Odredba člana 42. tačka 3) KZ-a, prema kojoj je svrha kažnjavanja jačanje morala, deo je odredaba iste tačke kojima je u pravnoteoretskom smislu, uz odredbe tačke 1) o specijalnoj (“sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela”)

i tačke 2) o generalnoj prevenciji (“uticanje na druge da ne čine krivična dela”), utvrđena i tzv. pozitivna generalna prevencija kao svrha kažnjavanja: “izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.” Prema tome, jačanje morala je svrha kažnjavanja u okviru tzv. pozitivne generalne prevencije, pri čemu zakonodavac svrhu kažnjavanja određuje u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija, utvrđene odredbama člana 4. stav (2) KZ-a: “Opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom.” Iz tog razloga, stav da svrha kažnjavanja, kao i svrha primene ostalih krivičnih sankcija, “predstavlja ideju vodilju za sud pri odlučivanju o izboru i odmeravanju kazni,”<sup>30</sup> odnosi se i na jačanje morala kao konstitutivni deo svrhe kažnjavanja. Naravno, nije reč o slobodno izabranoj ideji vodilji od strane suda, već je u pitanju obaveza koja je propisana nizom odredaba KZ-a kojima je regulisano odmeravanje kazne, i to kao deo opštih pravila o odmeravanju kazne i pravila o ublažavanju kazne, oslobođenju od kazne i odmeravanju kazne osuđenom licu.<sup>31</sup> Ta obaveza podrazumeva, na primer, da će sud pri odmeravanju kazne učiniocu krivičnog dela u granicama koje su zakonom propisane za to delo, uzeti u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća, a naročito one koje su navedene odredbama člana 54. stav (1), ali da je obavezan i da ima u vidu svrhu kažnjavanja. S obzirom na to da je jačanje morala konstitutivni deo svrhe kažnjavanja, proizlazi da će sud pri odmeravanju kazne imati u vidu, na primer, pobude iz kojih je delo učinjeno i raniji život učinioca, ali i jačanje morala kao aspekt pozitivne generalne prevencije. Ta činjenica je naročito važna i vredna pažnje imajući u vidu neophodnost afirmacije principa pravednosti i srazmernosti pri odmeravanju kazne, sa jedne strane, te odsustvo retribucije kao svrhe kažnjavanja u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije (bar prema vladajućem shvatanju u teoriji), a koja bi trebalo da određuje gornju granicu prilikom odmeravanja kazne, sa druge strane.

U vezi sa tim, nameće se niz pitanja. Pre svega, da li je reč o jačanju morala društva, morala u društvu u celini ili morala u odnosu na pravilo ponašanja čije je kršenje istovremeno i moralni prestup i krivično delo? Ako je reč o jačanju morala društva, da li je reč o realnom moralu ili apstraktnoj ideji morala na kojoj se po nekim mišljenjima, zasniva krivično pravo i koja se koristi za opravdavanje kažnjavanja?<sup>32</sup> S obzirom na to da je reč o

<sup>25</sup> “Uradni list Republike Slovenije”, št. 55/08, 66/08, 39/09 i 91/11.

<sup>26</sup> “Uradni list Republike Slovenije”, št. 63/94, 70/94 – popravak, 23/99, 40/04 in 95/04.

<sup>27</sup> Više o tome: M. Ambrož, ‘Novi slovenski Kazneni zakonik’, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 15, broj 1 (2008), str. 323–341.

<sup>28</sup> Vidi: M. Ambrož, loc. cit. (fn. 16), str. 323 na str. 325.

<sup>29</sup> Vidi prvi pasus ovog poglavlja.

<sup>30</sup> M. Đorđević, ‘Uloga krivičnog zakonodavstva u prevenciji kriminaliteta’, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* (Beograd), vol. 40, br. 1 (2002), str. 63 na str. 75.

<sup>31</sup> Vidi odredbe: čl. 54. st. (1), čl. 56. tač. 3), čl. 58. st. (2), čl. 62. st. (2) KZ-a.

<sup>32</sup> Prema Miloradu Stankoviću krivično pravo koristi apstraktnu ideju morala da opravda kažnjavanje, jer bi ga konkretizovanje te ideje dovelo u nepremostive teškoće. Naime, prema tom

relativno samostalnim normativnim sistemima, da li se kažnjavanjem može uticati na bilo koji i bilo čiji moral? Ako je svrha kažnjavanja jačanje morala, između ostalog, da li je dozvoljeno moralno preispitivanje kažnjavanja uopšte i pojedinih vrsta kazni? Da li je moralno, u cilju generalno preventivnog učinka, u svakom slučaju kažnjavanja pri odmeravanju kazne uračunati i "koeficijent" jačanja morala kao aspekt pozitivne generalne prevencije? Ako je moguća generalna prevencija zastrašivanjem kaznom za učinjeno krivično delo, da li je moguće istovremeno i jačanje morala, odnosno da li je moguć uticaj na moral pretnjom bilo kog zla, makar ona dolazila od nekog ko ima *ius puniendi*? Koji su stvarni dometi generalne prevencije uopšte, pa tako i pozitivne generalne prevencije propisivanjem, izricanjem i izvršenjem kazni? Da li je jačanje morala kao svrha kažnjavanja empirijski utemeljen imperativ ili je reč o nadiskustvenoj spoznaji filozofije prava, bilo da ima utemeljenje u pravnom pozitivizmu (što sigurno nije slučaj), prirodnom pravu ili nekoj trećoj teoriji?

Detaljniji odgovor na svako od navedenih pitanja mogao bi da bude uobličen u poseban naučni rad ili rad iz oblasti filozofije prava, pa iz tog razloga treba dati uopšten odgovor u skladu sa predmetom i ciljem ovog rada. Tumačenjem odredaba člana 42. tačka 3) KZ-a dolazi se do zaključka da u Republici Srbiji zakonodavac u odredbi "jačanje morala" nije imao u vidu jačanje morala u odnosu na pravilo ponašanja čije je kršenje istovremeno i moralni prestup i krivično delo, već jačanje morala društva ili u društvu u celini. U prilog takvom tumačenju odgovara i činjenica da je odredbom člana 33. tačka 3) KZ SFRJ bilo određeno da je svrha kažnjavanja, između ostalog, "jačanje morala socijalističkog samoupravnog društva",<sup>33</sup> a da su izmenama tog zakona 1993. godine brisane reči: "socijalističkog samoupravnog društva", te da je ostatak odredbe, očigledno, trebalo da ukaže na potrebu jačanja morala u opštem smislu, bilo da je reč o moralu društva ili poštovanju moralnih normi u društvu u celini.

shvatanju, ako bi se prihvatilo da je čovekova sloboda uređena njegovim moralom, onda bi se moralo priznati da se kazna direktno suprotstavlja moralu i postalo bi očigledno da se pojedinac kažnjava zato što ne prihvata kao opšte dobro ono što propisuje subjekt prava vladanja. Vidi: M. Stanković, *Čovek, moral i pravo*, (Kruševac, Advokatska kancelarija Jovanović – Petrović 2001) str. 257.

<sup>33</sup> Čl. 33. KZ SFRJ:

"U okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (član 5. stav 2), svrha kažnjavanja je:

- 1) sprečavanje učinioaca da čini krivična dela i njegovo prevaspitavanje;
- 2) vaspitni uticaj na druge da ne čine krivična dela;
- 3) jačanje morala socijalističkog samoupravnog društva i uticaj na razvijanje društvene odgovornosti i discipline građana."

Čl. 5. st. 2. KZ SFRJ:

"Opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje društveno opasnih delatnosti kojima se povređuju ili ugrožavaju društvene vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom."

Takav pristup zakonodavca ovom pitanju *prima facie* nije sporan, a nije ni u sukobu bar sa Hartovim [Herbert Lionel Adolphus Hart] stanovištem da će pravni poredak biti stabilniji ako postoji podudarnost između pravno obavezujućeg i moralno poželjnog,<sup>34</sup> te Fulerovim [Lon Luvois Fuller] stavom da racionalan zakonodavac treba da teži ostvarenju društvene moralnosti jer se na taj način pravo približava pravdi kao moralnom minimumu.<sup>35</sup> No, taj zaključak još uvek ne daje odgovor na većinu postavljenih pitanja. Pre svega, "jačanje morala" je najmanje ostvariv aspekt prevencije uopšte, koji bi trebalo da se postigne kažnjavanjem, uključujući, dakle, specijalnu, generalnu i ostale aspekte pozitivne generalne prevencije. U pravnoj nauci se u vezi sa generalnom prevencijom vrlo

<sup>34</sup> Stav koji prevazilazi tradicionalnu podelu na pravni pozitivizam i klasičnu prirodnopravnu teoriju, kada je reč o odnosu morala i prava, jeste stav Herberta Harta. On tvrdi da pravo i moral nisu nužno konceptualno povezani, ali da je u stvarnosti često slučaj da se oni podudaraju i preklapaju, pa teza o polarnosti, koja podrazumeva kongruenciju dva tvrđenja: 1) pravo i moral nisu potpuno identični, 2) pravo i moral nisu potpuno različiti, predstavlja najadekvatniji pojmovni okvir za razumevanje relacije između morala i prava u Hartovoj teoriji. Mada insistira na odvojenosti pravne norme i morala i navodi razloge u prilog teze o separaciji ili o nenužnoj vezi između prava i morala (moralne norme nastaju spontananim prilagođavanjem ljudi na uslove života u okviru jedne zajednice, a pravne norme imaju precizno definisane uslove svoga nastanka; pravna norma je pravna norma bez obzira na to da li je moralno poželjna ili ne; mogućnost moralne kritike pravnih normi bi iščezla ukoliko bi se uspostavio identitet između prava i morala), Hart naglašava da će pravni poredak biti stabilniji ako postoji podudarnost između pravno obavezujućeg i moralno poželjnog. Vidi: D. V. Stanković, *Moral i pravo: filozofija Herberta Harta*, (Beograd, Učiteljski fakultet 2009) str. 240–245.

<sup>35</sup> Još jedna teorija koja nastoji da izbegne isključivosti pravnog pozitivizma i prirodnopravne teorije je teorija Lona L. Fullera. Prema njegovoj teoriji, veza između morala i prava se najviše ogleda kroz principe "unutrašnje moralnosti prava" koji su nužni u procesu stvaranja prava. Ilustrujući dejstvo jednog od tih principa, principa jasnosti, on navodi slučaj Perez v. Sharp iz 1948. godine u kom je Vrhovni sud Kalifornije odlučio da je neustavan zakon koji propisuje da se "ne može izdati dozvola kojom se ovlašćuje na stupanje u brak bela osoba sa pripadnikom crne, mulatske, mongolske ili malajske rase" zato što, između ostalog, zakon nije udovoljio ustavnom zahtevu da "zakoni budu određeni i da njihovo značenje može da se utvrdi od onih čija se prava i dužnosti njima određuju." Vidi: Lon L. Fuller, *Moralnost prava* (prevod s engleskog Silva Mitrović), (Beograd, Pravni fakultet 2011) str. 164–165. No, razmatrajući pobliže njegovu teoriju po pitanju oficijelne moralnosti i moralnosti društva i u vezi sa tim cilja legislacionog procesa, moglo bi se zaključiti da se oficijelna moralnost može, manje ili više, razlikovati od faktičke moralnosti, moralnosti društva, ali da racionalan zakonodavac treba da teži ostvarenju društvene moralnosti jer se na taj način pravo približava pravdi kao moralnom minimumu. Vidi: Eva Maksimović, "Pravna etika u legislacionom procesu", u: *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, (Novi Sad, Matica srpska 2006) br. 120 (2006), str. 227 na str. 233.

argumentovano ukazuje da “empirijska istraživanja ne potvrđuju opravdanost verovanja da određena sankcija dovodi do promene u smislu sprečavanja nameravanog delikta,”<sup>36</sup> a da tek “izvršavanje krivičnih sankcija deluje generalno preventivno pre svega na osnovu činjenice da se kazna ne samo izriče nego i izvršava, i to ne u smislu strogosti režima izdržavanja kazne, nego prevashodno u smislu njene sasvim realne izvesnosti.”<sup>37</sup> Ipak, “najveći broj kriminalno usmerenih grupa izricanje i izvršavanje krivičnih sankcija ne prihvata kao moralno autoritativnu opomenu da se zločin ne isplati i da predstavlja moralno neprimereno ponašanje, nego je tumači kao praznu pretnju represivnog autoriteta.”<sup>38</sup> Pri takvom stanju stvari, a imajući u vidu i više filozofskih shvatanja odnosa (krivičnog) prava i morala, te obeležja tih normativnih sistema, nije realno očekivati da se kažnjavanjem doprinese jačanju bilo kog i bilo čijeg morala. Moral ima svoj, relativno zaseban put razvoja, a tim se putem uvek stigne brže i dalje od puta kojim se “kreće” (krivično) pravo. Kako ističe Gurvič [Georges Gurvitch],<sup>39</sup> pravom bi se mogao menjati moral u periodu

revolucionarnih ili suštinskih promena društva, a mi bismo shodno tome dodali da se u tim vremenima krivičnim pravom i kažnjavanjem mogu i jačati tek uspostavljena moralna pravila ponašanja.<sup>40</sup> Izvan toga, menjanje ili jačanje morala pravnim mehanizmom nepotrebno je i nerearno. No, ukoliko se društveno-političke i ekonomske promene u Republici Srbiji u protekle dve decenije shvate bar kao suštinske promene, onda bi odredba o “jačanju morala” mogla imati smisla isto onoliko koliko i odredba o “jačanju morala socijalističkog samoupravnog društva” u periodu revolucionarne izgradnje novog socijalističkog društva. Naravno, odredbi o “jačanju morala” niko ne bi mogao prigovoriti ni prikrivenu ideologizovanost, jer je celokupno krivično pravo takva oblast, kako ističe Radomir Lukić, gde se pravo i moral poklapaju.<sup>41</sup> Reč je o tome da jačati treba, po logici stvari, samo ono što je nedovoljno jako, a po našem mišljenju u stabilnim društvenim, moralnim i pravnim porecima moguće je i poželjno moralno preispitivanje prava, pa tako i krivičnog prava i njegovih instituta, a jačanje morala kažnjavanjem

<sup>36</sup> S. Soković, ‘Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta: očekivanja i realni dometi’, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* (Beograd), vol. 45, br. 2 (2007), str. 43 na str. 48.

<sup>37</sup> S. Soković, loc. cit. (fn. 24), str. 43 na str. 50.

<sup>38</sup> S. Soković, loc. cit. (fn. 24), str. 43 na str. 50.

<sup>39</sup> Na posebnu intenzivnost veze između pravne stvarnosti i efektivne moralnosti ukazuje i Žorž Gurvič, ističući da se pravo, pošto je ono u tom pogledu samo logičko preciziranje moralnih vrednosti čije preteranosti ono ublažava kroz uopštavanje i postavljanje sopstvenih zahteva (dozvoljavajući uspostavljanje povezanosti obaveza jednih sa zahtevima i pravima drugih), na direktniji način menja kao funkcija promena moralnosti. No, on naglašava da iz toga uopšte ne proizlazi da su promene moralnosti i prava u društvu potpuno usklađene, jer, naime, postoje stalni sukobi, a u načelu pravo je to koje uglavnom zaostaje za moralnošću. Idući uvek ispred prava, moralnost je veoma značajan činilac u eventualnim promenama prava i ona je po svojoj strukturi neuporedivo dinamičnija, revolucionarnija, mobilnija i neposrednije okrenuta budućnosti (iz koje naslućuje pravac daljeg kretanja), nego što je to slučaj sa pravom koje je više vezano za tradicionalnu praksu nego za akte inovacije i više zavisi od intelektualnog prikazivanja, kao i od ekonomskih realizacija i ravnoteže sila nego moralnost. Žorž Gurvič to svoje stanovište potkrepljuje istorijskim činjenicama iz kojih se može zaključiti da se stara moralnost vekovima bunila protiv institucije ropstva, sve dok ona nije, najzad, počela da iščezava, da je moralnost hrišćanskih društava stavila van zakona feudalno kmetstvo i privatne ratove pre srednjeg veka, da je savremena moralnost dugo pozivala na eliminisanje ekonomske eksploatacije čoveka od strane drugog čoveka, kao i na pravno organizovanje međunarodnog društva kako bi se rat proglasio nezakonitim – dok su u pravnoj stvarnosti svi ti fenomeni nastavili da postoje. On zaključuje da je moguća i suprotna situacija, to jest prevazilaženje tekuće moralnosti nekim naprednijim pravom, koje tada postaje činilac u promenama morala, ali da do nje dolazi samo u izuzetnim vremenima, u revolucijama ili suštinskim reformama, u kojima zakonodavne mere i intuitivno pravo skokovito prevazilaze ne samo ranije pravo već i moralnost koja je pomogla da se ono sruši. Vidi:

Ž. Gurvič, *Sociologija prava* (preveo s engleskog dr Đurica Krstić), (Podgorica, CID 1997) str. 271–272.

<sup>40</sup> Kao drastičan primer sukoba prava i morala Ivo Josipović ističe primer krvne osvete u nekim moralnim porecima, i to kao primer da pravo može biti na višem etičkom stupnju od morala. Vidi: I. Josipović, ‘Pravo i moral’, *Pravnik*, br. 14–15 (1979), str. 130 na str. 137. Inače, prema istom autoru, “dok su nastanak, primjena i prestanak pravnih normi institucionalizirani i vezani za državu, te pod utjecajem objektivnih društvenih zakona, ali i subjektivnih snaga, te su zato pravne norme više-manje logički usklađene i hijerarhijski povezane, nastanak primjena i prestanak moralnih normi rezultat su spontanog djelovanja objektivnih društvenih zakona. Poštovanje moralnih normi motivirano je psihičkom prisilom, a pravnih fizičkom. Psihička prisila sadržana u pravu rezultat je svijesti o vjerojatnosti fizičke prinude. ... Pravo i moral su, iako različite društvene pojave, ipak usko povezani, te u svom sukobljavanju, upotpunjavanju i interakciji određuju osnovne parametre postojanja i normativne sfere ljudskog društva i pojedinca u njemu.” I. Josipović, loc. cit. (fn. 39), str. 130 na str. 140.

<sup>41</sup> Razmatrajući odnos morala i prava u socijalizmu, jedan od stavova Radomira Lukića jeste stav da se između dve oblasti od kojih jedna pripada isključivo pravu, a druga isključivo moralu, nalazi veoma široka oblast, i koja se sve više širi, koja je zajednička pravu i moralu, pa kao primer navodi celokupno krivično pravo, gde se pravo i moral poklapaju – jer ubistva, krađe, prevare itd., zabranjuju, istovremeno, i pravni i moralni sistem. No, on ističe da to isto važi i za ustavni sistem, za oblast socijalističke svojine, porodice, itd., itd. Ipak, zaključuje da ako postoji poklapanje prava i morala, to još ne znači da postoji i njihovo stapanje, tj. da jedna norma, postavši pravnom, prestaje biti i moralnom, i obrnuto, već da su, naprotiv, ipak i dalje posebne norme, a što se najbolje vidi po tome što u slučaju prekršaja tih pravila dolazi do primene i pravne sankcije – u obliku državnog nasilja – i moralne, u obliku moralne osude tog prekršaja kako od strane društva, tako i od strane samog prekršioca, putem griže savesti. Vidi: R. Lukić, ‘Moral i pravo u socijalizmu’, *Opština – časopis za teoriju i praksu razvoja opštine* (Beograd), vol. 40, broj 10–12 (1987), str. 19–23.



nije ni potrebno, ni moguće. Iz tih razloga, etički i logički su veoma sporne sve odredbe KZ-a prema kojima sud odmerava kaznu imajući u vidu i jačanje morala kao aspekt svrhe kažnjavanja. Ako je izricanjem i izvršenjem kazne potrebno i moguće generalno preventivno uticati na potencijalne učinioce krivičnih dela da iz straha od kažnjavanja ne vrše krivična dela, kako je moguće kod njih istovremeno postići i efekat pozitivno generalne prevencije u vidu jačanja njihovog morala? Jačanje morala pod dejstvom straha je suprotno suštini morala. Kada bi tako nešto bilo moguće, onda bi i griža savesti – moralna sankcija za moralni prestup – bila utoliko jača ukoliko se prestupnik više zastraši kaznom. Prema tome, onoliko koliko je moguće da postoje potencijalni učinioci krivičnih dela slabog morala, a koji neće pod dejstvom straha od kažnjavanja biti odvraceni od vršenja krivičnih dela, već samo zato što će propisivanjem, izricanjem i izvršenjem kazni nad drugima njihov moral ojačati u odnosu na pravila ponašanja čije je kršenje istovremeno moralni prestup i krivično delo, kao i da norme krivičnog prava u svom razvoju ne zaostaju za moralnim normama, odredba o jačanju morala kao svrsi kažnjavanja ima smisla.

Na kraju, smatramo da izgradnja i jačanje pravne svesti građana, kako kroz proces vaspitavanja, o čemu vrlo ubedljivo piše Petražicki [Лав Јосифович Петражицки],<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Naime, Petražicki smatra da su čak roditelji i vaspitači dužni uopšte da obraćaju najozbiljniju pažnju na razvitak kod dece snažne i žive pravne psihologije; oni treba da brinu o usađivanju deci ne samo morala, nego i prava; pritom je važan razvitak t. r. obeju strana prava, sugerisanje prava drugih i njihove svetosti, snažnog poštovanja prema njima, ali isto tako i sopstvenih (onoga ko se vaspitava) prava i poštovanja prema njima. Prema njegovom mišljenju, vaspitanje “bez prava” rezultira odsustvom čvrste etičke osnove i garantije protiv životnih iskušenja, a što se specijalno tiče odnosa prema čovečjoj ličnosti, tuđoj i svojoj, te je prirodni produkt takvog vaspitanja – “ropska duša” i istovremeno nepoštovanje tuđe ličnosti, despotizam i samovolja. On ističe da od strukture (oficijelnog) prava i usmerenja zakonodavne politike, naročito i posebno od sprovođenja principa zakonitosti, od odgovarajućeg razvitka sistema subjektivnih prava umesto očekivanja blagonaklonog mišljenja, od čvrstine i neprikosnovenosti prava, garantije protiv samovolje itd. – u velikoj meri zavisi razvitak tipa “građanina”, kao posebnog idealnog karaktera, ekonomske umešnosti, energije i preduzimljivosti u narodnim masama itd. Petražicki zaključuje da je moralna, neovlašćujuća psihika veoma visoka i idealna psihika, ali da za normalan i zdrav razvitak karaktera ona zahteva još drugu, ovlašćujuću, pravnu psihiku, jer bez takve dopune ili, pravilnije, bez takvog (imperativno-atributivnog) fundamenta nema zdrave etike, i postoji osnova za razne, katkad ogavne izopačenosti. Vidi: L. J. Petražicki, *O motivima čovečjih postupaka, posebno o etičkim motivima i njihovim podvrstama* (u prevodu prof. T. I. Podgorca), (Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu 2007) str. 78–80. No, valja istaći i njegovo poimanje pravednosti kao intuitivnog prava, a koje suprotno moralistima, koji ga ubrajaju u moral, ili pravnicima, koji ga suprotstavljaju pravu, treba iz klase morala premestiti u klasu prava. U podeli etičkih doživljaja na dve klase: čisto

tako i na druge od strane društva svesno i planski uspostavljene načine, predstavlja društveno korisniji i realniji metod od jačanja morala društva kažnjavanjem učinilaca krivičnih dela, a kojim bi se preventivno moglo doprineti zaštiti društva od kriminaliteta. Takav pristup bi mogao da dođe do izražaja i pri krivičnopravnom propisivanju tzv. pozitivne generalne prevencije kao svrhe kažnjavanja.<sup>43</sup> Nadasve, iz uporednopravnog pregleda odredaba o svrsi kažnjavanja, sadržanih u krivičnim zakonima više zemalja jugoistočne Evrope, uočljivo je da bi realnu i korisnu alternativu jačanju morala kao svrsi kažnjavanja trebalo naći i u unošenju elementa pravednosti u odredbe KZ-a o pozitivnoj generalnoj prevenciji kao svrsi kažnjavanja.

### Zaključak

U krivičnom pravu Republike Srbije jačanje morala je aspekt tzv. pozitivne generalne prevencije koja, zajedno sa specijalnom i tzv. negativnom generalnom prevencijom, u okviru opšte svrhe propisivanja i izricanja krivičnih sankcija čini svrhu kažnjavanja. Opšta svrha krivičnih sankcija i svrha kažnjavanja su određeni izričitim odredbama člana 4. stav (2), odnosno člana 42. KZ-a. S obzirom na to da u pravnodogmatskom smislu svrha kažnjavanja ima praktični značaj naročito kod odmeravanja kazne, taj značaj ima i tzv. pozitivna generalna prevencija, pa tako i jačanje morala kao njen aspekt. U skladu sa tim logičkim zaključkom, sud će, na primer, odmeravajući kaznu u skladu s odredbama člana 54. stav (1) KZ-a imati u vidu, između ostalog, i jačanje morala kao svrhu kažnjavanja.

Propisivanje jačanja morala kao svrhe kažnjavanja proizlazi iz opštih postavki odnosa krivičnog prava i morala, do kojih dolazi prevashodno filozofija (krivičnog) prava, svesti zakonodavca o neophodnosti stalnog jačanja morala društva i njegove volje da se kažnjavanjem učinilaca krivičnih dela utiče na to jačanje, te isključive ili bar pretežne važnosti relativne teorije svrhe kažnjavanja u nacionalnom krivičnom pravu. Međutim, uprkos namerama zakonodavca čiji vrednosni supstrat nije sporan, jačanje morala kao svrhe kažnjavanja može se preispitivati, osporavati i negirati. Naime, u filozofiji (krivičnog) prava opšte postavke odnosa krivičnog prava mogu se veoma razlikovati, zavisno od toga da li do njih dolazi teorija koja pripada korpusu prirodnopravnih teorija ili pravcu pravnog pozitivizma ili, pak, grupi teorija trećeg puta. Zamisao da se kažnjavanjem jača moral izgleda nesporna samo na prvi pogled. Međutim, ona je uglavnom neostvariva, a njena

imperativne, moralne, i imperativno-atributivne, pravne, Petražicki doživljava pravednosti svrstava u drugopomenutu klasu. Vidi: L. J. Petražicki, *Teorija prava i morala* (preveo sa ruskog Petar Bunjak), (Podgorica, CID 1999) str. 406–412.

<sup>43</sup> Naime, smatramo da se pravna svest ne može svesti na odredbu o učvršćivanju obaveze poštovanja zakona (čl. 42. tač. 3 KZ-a), jer bi to svođenje predstavljalo pojednostavljenje i banalizovanje suštine pojma pravne svesti.

materijalizacija odgovarajućom odredbom KZ-a doprinosi prenaplaćavanju zaštitne funkcije krivičnog prava. Osim toga, pri odmeravanju kazne u konkretnim slučajevima primena te odredbe bi mogla dovesti i do preteranog udaljavanja od načela pravednosti i srazmernosti.

Mada bi odredbu o jačanju morala kao svrsi kažnjavanja bilo moguće tumačiti u smislu jačanja morala društva, odnosno jačanja morala u društvu u celini kao svrhe kažnjavanja, pravilnim bi trebalo smatrati tumačenje prema kom je reč o jačanju morala u odnosu na pravila ponašanja čije je kršenje istovremeno moralni prestup i krivično delo. No, imajući u vidu navedene suštinske primedbe u vezi sa tom odredbom, pitanje njenog tumačenja je pitanje izbora manje lošeg rešenja. Iz tog razloga, ukoliko su u Republici Srbiji zakonodavac i pravna nauka i dalje na stanovištu da je propisivanje svrhe kažnjavanja posebnim odredbama KZ-a potrebno (za razliku od zakonodavnih rešenja u nekim drugim državama, na primer Sloveniji, Nemačkoj, Austriji i Švajcarskoj), u nekoj od predstojećih novela KZ-a odredbu o jačanju morala kao svrsi kažnjavanja bi trebalo zameniti odredbom kojom se utvrđuje društveno korisnija i realnija svrha kažnjavanja u okviru tzv. pozitivne generalne prevencije. Pri tome, "jačanje pravne svesti" bi mogao biti taj novi aspekt pozitivne generalne prevencije, ali bi u svakom slučaju tu vrstu prevencije trebalo unaprediti elementom pravednosti kroz odredbu, na primer, o "jačanju svesti građana o opasnosti krivičnih dela i pravednosti kažnjavanja njihovih učinilaca". Istovremeno, odredbu člana 42. tačka 3) KZ-a, prema kojoj je svrha kažnjavanja i "izražavanje društvene osude za krivično delo", bilo bi korisno izraziti posebnim stavom, odvojeno od odredaba o pozitivnoj generalnoj prevenciji, pa i na taj način dati zamah retribuciji čiji bi se sadržaj određivao kroz princip pravednosti i srazmernosti.

Analiza odgovarajućih odredaba krivičnih zakonodavstava Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Makedonije, Republike Slovenije i Republike Srbije ukazuje da je jačanje morala kao svrha kažnjavanja, osim u Republici Srbiji, propisano još samo u Crnoj Gori. Krivični zakoni Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske na savremeni način afirmišu retribuciju kao svrhu kažnjavanja, kako izvan, tako i u okviru pozitivne generalne prevencije, ali u svakom slučaju kroz princip pravednosti i srazmernosti koji se u krivičnom pravu mora uvažavati. Taj princip je naročito afirmisan i u krivičnom zakonodavstvu Republike Slovenije u kom svrha kažnjavanja nije propisana posebnim odredbama. No, slovenački zakonodavac je ideju specijalne prevencije sproveo uvrštavajući među olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, koje će se prema odredbama člana 49. stav (2) Krivičnog zakonika iz 2008. godine uračunati i uticati da kazna bude manja ili veća, i onu koja je specijalno-preventivne prirode: "i druge okolnosti, koje se odnose na ličnost učinioca i očekivani učinak kazne na budući život učinioca u društvenom okruženju."

Žarko Radić

### **Die Stärkung der Moral als Strafzweck in der Republik Serbien und in einigen anderen Staaten Südosteuropas**

(Zusammenfassung)

*Der Beitrag befasst sich mit der Stärkung der Moral, einem der in Art. 42. des serbischen StGB festgelegten Strafzwecke. Darüber hinaus wird die diesbezügliche Situation in einigen Staaten Südosteuropas dargestellt. Der Autor untersucht den Inhalt und die Bedeutung dieser Vorschrift unter Anwendung der dogmatischen, normativen, axiologischen und soziologischen Methode; darüber hinaus analysiert er die strafrechtlichen Bestimmungen über den Strafzweck mehrerer südosteuropäischer Länder rechtsvergleichend. Dabei kommt er zu dem Schluss, dass es nur auf den ersten Blick unstrittig ist, dass durch Bestrafung die Moral gestärkt wird, weil in der Praxis dieser Zweck meist nicht erreicht wird. Außerdem trägt die Festlegung eines solchen Strafzwecks dazu bei, dass die Schutzfunktion des Strafrechts überbetont wird. Darüber hinaus kann es bei der Anwendung dieser Vorschrift in konkreten Fällen im Rahmen der Strafzumessung dazu kommen, dass man sich zu weit von den Prinzipien der Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit entfernt. Aus diesen Gründen schlägt der Autor vor, dass bei einer der zukünftigen Reformen des StGB der Republik Serbien die Bestimmung über die Stärkung der Moral als Strafzweck durch eine Regelung ersetzt wird, durch die im Rahmen der Generalprävention ein Zweck festgelegt wird, der gesellschaftlich mehr von Nutzen ist und dessen Erreichung realistischer ist.*

### **The strengthening of morality as purpose of punishment in Serbia and some other Southeast European countries**

(Summary)

*The provisions of Article 42 of the Republic of Serbia's Criminal Code from 2005 envisage, among other things, that the moral strengthening too is the purpose of punishment. The author explores the importance and the meaning of this provision by applying dogmatic, normative, axiological and sociological methods. The comparative method is used to analyse the criminal law provisions on the purpose of punishment in several Eastern European countries. In the end, the author concludes that the idea of moral strengthening through punishment looks unarguable only at first sight. However, this idea is mostly unattainable, and its materialisation in relevant provision of the Criminal Code contributes to the overemphasis of the criminal law's protective function. Furthermore, the application of this provision can in concrete individual cases lead to the excessive digression from the principle of fairness and proportionality especially with sentencing. It is for these reasons that the author advocates the replacement of the provision on moral strengthening as the purpose of punishment, in one of the forthcoming amendments of the Republic of Serbia's Criminal Code, with the provision establishing a more socially useful and more realistic purpose of punishment within the framework of the so-called positive general prevention.*

## Aktuelnosti iz bosanskohercegovačkog prava

## Najnovije izmjene zakonâ o parničnom i izvršnom postupku u Republici Srpskoj: ubrzanje ili dodatno odugovlačenje sudskih postupaka?

(Službeni glasnik RS 61/13 i 67/13)

Mirela Omanović, LL.M.

### Sažetak

*Reforma pravnog sistema u Republici Srpskoj koja se provodi od 2002. godine laganim, ali sigurnim korakom vodi ka tome da se građanski odnosi u RS-u dovedu u potpuno uređeno stanje, a sudski postupci značajno ubrzaju. Posljednje izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku RS i Zakona o izvršnom postupku RS učinjene su s ciljem da se popune pravne praznine, ubrza postupak pred sudovima i ujednači praksa sudova u cilju unaprjeđenja pravne sigurnosti građana. Veći dio izmjena svakako će doprinijeti postizanju ovoga cilja, međutim, jedan dio njih mogao bi dovesti do suprotnih posljedica. Kroz rad su kritički prikazane izmjene i dopune koje će dovesti do ubrzanja postupka, ali i one izmjene čijom primjenom može doći do usporavanja postupka pred sudovima, te u određenoj mjeri dovesti u pitanje i autoritet sudije prvostepenog suda.*

**Ključne riječi:** Zakon o parničnom postupku, Zakon o izvršnom postupku, izmjene i dopune, ZPP RS, ZIP RS

### Uvod

U Republici Srpskoj je od 2002. godine u toku reforma pravnog sistema. U proteklim godinama Narodna skupština RS (u daljnjem tekstu i: NSRS) usvojila je veliki broj izuzetno značajnih zakona, a samo u toku 2013. godine pred NSRS doneseno je 50 zakona (bilo da se radi o potpuno novim zakonima, bilo izmjenama i dopunama već postojećih) od kojih su neki doprinijeli značajno boljoj uređenosti odnosa u ovom entitetu. Neki od usvojenih zakona, odnosno njihovih izmjena i dopuna su npr. Zakon o komunalnoj policiji<sup>1</sup> (kojim se uređuje organizovanje komunalne policije, u daljem tekstu: Policija), obavljanje komunalno-inspekcijskog nadzora, nadležnost Policije, način i postupak vršenja komunalno-inspekcijskog nadzora, obaveze i ovlašćenja komunalnog policajca, prava i obaveze subjekta nadzora i druga pitanja od značaja za obavljanje komunalno-inspekcijskog nadzora<sup>2</sup>). Zatim je

tu Zakon o uređenju prostora i građenju<sup>3</sup> (ovim zakonom uređuje se sistem prostornog planiranja i uređenja prostora, priprema, izrada i donošenje dokumenata prostornog uređenja, lokacijski uslovi, uređenje građevinskog zemljišta, izdavanje dozvola za građenje, građenje objekata i međusobni odnosi između učesnika u građenju, upotreba i uklanjanje objekata, legalizacija objekata, te druga pitanja od značaja za uređenje prostora, građevinsko zemljište i građenje objekata<sup>4</sup>). Tu je također i Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona RS<sup>5</sup> u kojem je značajna dopuna učinjena uvođenjem zabrane približavanja i komunikacije s određenim licem u krivičnim djelima s elementima nasilja<sup>6</sup> itd.

Posebno značajne izmjene na području građanskog prava desile su se usvajanjem izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku RS (u daljnjem tekstu i: ZPP RS) i Zakona o izvršnom postupku RS (u daljnjem tekstu i: ZIP RS).<sup>7</sup> Najveće izmjene su unesene upravo u ZPP, a njihov osnovni cilj bio je ubrzanje parničnog postupka.<sup>8</sup> Ovaj cilj je uglavnom i postignut, međutim, jedan dio izmjena mogao bi se negativno odraziti upravo na tu najslabiju tačku pravosuđa u Republici Srpskoj, odnosno u Bosni i Hercegovini: efikasnost postupka kao i povjerenje građana u pravosuđe. Posebna pažnja bit će posvećena upravo tim izmjenama. U vezi sa svim prethodno navedenim, a s obzirom na karakter ovog rada, na ovom mjestu, uz kritički osvrt, bit će obrađene najznačajnije izmjene i dopune ova dva zakona.

### Izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku RS

Izmjene i dopune ZPP RS objavljene su u Službenom glasniku RS broj 61/13 od 19. 7. 2013. godine. Izmjene su obuhvatile veći broj odredaba ovog zakona, a osnovna intencija zakonodavca bila je poboljšanje efikasnosti

<sup>1</sup> Zakon o komunalnoj policiji, Službeni glasnik Republike Srpske broj 28/13.

<sup>2</sup> Član 1. Zakona o komunalnoj policiji RS.

<sup>3</sup> Zakon o uređenju prostora i građenju, Službeni glasnik RS broj 40/13.

<sup>4</sup> Član 1. Zakona o uređenju prostora i građenju.

<sup>5</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona RS, Službeni glasnik RS broj 67/13.

<sup>6</sup> Članovi 62a., 62b. i 62v. Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona RS.

<sup>7</sup> Zakon o parničnom postupku RS, Službeni glasnik RS broj 61/13 i Zakon o izvršnom postupku RS, Službeni glasnik RS broj 67/13.

<sup>8</sup> Izvještaj o javnoj raspravi za zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Ministarstvo pravde Republike Srpske, broj: 08.020/052-2988/13 od 5. 6. 2013. godine.

sudova u rješavanju sporova u građanskim stvarima.<sup>9</sup> Donošenjem izmjena i dopuna predmetnog zakona djelimično su ispunjene i obaveze iz člana 78. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, u kojem je, između ostalog, određeno da će ugovorne strane, saradujući u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, posebnu važnost pridavati učvršćivanju vladavine prava.<sup>10</sup> U tom smislu jedan dio usvojenih izmjena usmjeren je na to da se ubrzaju postupci pred sudovima, drugi dio imao je za cilj da se pojasne odredbe koje su u praksi bile različito tumačene od strane sudija tj. ujednačavanja sudske prakse i konačno, a dio odredaba je bio usmjeren na popunjavanje pravnih praznina. Neke od izmjena se ne mogu podvesti ni pod jednu od gore navedenih kategorija, ali su od velikog značaja za postizanje cilja postavljenog pred ove izmjene, te će biti obrađene kao posebna kategorija.

### *Izmjene usvojene s ciljem ubrzanja i ekonomičnosti postupka pred sudovima*

Kada se u cjelini sagledaju sve usvojene izmjene ovog zakona, može se konstatovati da je najveći broj izmjena usmjeren upravo ka ubrzanju postupka i unapređenju ekonomičnosti postupaka pred sudovima. Upravo s ovim ciljem izvršena je dopuna odredbe Zakona koja se odnosi na preinačenje tužbe. S obzirom na to da je, u skladu s članom 57. ZPP RS, za preinačenje koje se vrši nakon održavanja pripremnog ročišta, neophodna saglasnost tuženog, ovaj institut je bio veoma teško primjenjiv u praksi. Jako je malo vjerovatno da će tuženi dobrovoljno pristati na bilo koju akciju osobe s kojom se nalazi u sporu. Kako bi se olakšala primjena ove odredbe, sada je omogućeno da, ako tužilac preinačuje tužbu zbog okolnosti koje su nastale nakon podnošenja tužbe tako da iz istog činjeničnog osnova zahtijeva drugi predmet ili novčanu sumu, tuženi se takvom preinačenju ne može protiviti.<sup>11</sup> Tužiocu se na ovaj način omogućava da tokom postupka mijenja sadržinu zahtjeva i time postiže da u već pokrenutoj parnici, uz korišćenje već prikupljene procesne građe, riješi sporni odnos koji je nastao među strankama.<sup>12</sup>

Sljedeća izmjena koja je načinjena s ciljem ubrzanja postupka jeste i produženje roka za povlačenje tužbe. Naime, prethodnim zakonom bilo je uređeno da tužilac može povući tužbu uz pristanak tuženog do zaključenja glavne rasprave.<sup>13</sup> Međutim, novim izmjenama produžen

je rok za povlačenje tužbe, te se sada tužba može povući i nakon zaključenja glavne rasprave sve do pravosnažnosti odluke kojom se postupak pred prvostepenim sudom dovršava. U ovom slučaju tuženi će svoj zahtjev za naknadu troškova postupka postaviti najkasnije u svojoj saglasnosti za povlačenje tužbe.<sup>14</sup> Ukoliko, pak, do povlačenja tužbe dođe prije nego što je prvostepeni sud donio svoju odluku, odnosno prije nego što je ona povodom žalbe dostavljena drugostepenom sudu, prvostepeni sud će rješenjem utvrditi da je tužba povučena, odnosno rješenjem utvrditi da je tužba povučena i da je presuda bez pravnog dejstva. Istim će rješenjem sud odlučiti i o zahtjevu tuženog za naknadu troškova postupka.<sup>15</sup> Ukoliko povlačenje tužbe bude dostavljeno prvostepenom sudu, ali nakon što je taj sud donio svoju odluku, odnosno dok je postupak povodom žalbe u toku pred drugostepenim sudom, prvostepeni sud je u obavezi odmah obavijestiti drugostepeni sud da je tužba povučena kako bi drugostepeni sud mogao reagovati na povlačenje. U ovom slučaju, drugostepeni sud će, ako prije toga nije odlučio povodom žalbe, utvrditi da je presuda bez pravnog dejstva i da je tužba povučena. Istom odlukom sud će odlučiti i o zahtjevu tuženog za naknadu troškova postupka. Karakteristično je da se podnesak kojim se povlači tužba, podnosi prvostepenom sudu koji može, ako ocijeni da je to potrebno, održati ročište sa strankama radi provjere da li su ispunjeni uslovi za povlačenje tužbe. Tužiocu je omogućeno da tužilac svoju tužbu povuče i na raspravi pred drugostepenim sudom.<sup>16</sup>

S ciljem ubrzanja postupka kao i njegove ekonomičnosti, određene izmjene unesene su i u odredbu člana kojim se reguliše pitanje spajanja postupka. Kao što je poznato, spajanje postupka je izuzetno značajan institut s obzirom na to da se njime mogu napraviti uštede za sud, ali i za stranke koje učestvuju u postupcima. Ovaj institut posebno dolazi do izražaja kod komunalnih predmeta. Naime, poznato je da su neplatiše komunalnih usluga uglavnom iste osobe. Naravno, u tom slučaju je i uvijek isto pravno lice kao davalac usluge i učesnik u postupku. Ovi predmeti su skoro uvijek podobni za spajanje. Na ovakav način umanjuju se troškovi samog postupka (npr. dostave, izlaska na teren sudskih izvršilaca, sudijsko vrijeme itd.), te se samim tim umanjuju i troškovi parničnog postupka za stranke. Prethodno zakonsko rješenje bilo je takvo da je za spajanje postupka bila neophodna saglasnost stranaka. Ovakva odredba je skoro pa u potpunosti onemogućavala primjenu tog instituta. Pomenutom izmjenom Zakona sudu je data mogućnost da po službenoj dužnosti i bez saglasnosti stranaka izvrši spajanje svih parnica radi zajedničkog raspravljanja, ako bi se time ubrzalo raspravljanje ili smanjili troškovi. Za sve spojene parnice sud će donijeti zajedničku presudu.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Izvještaj o javnoj raspravi za zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, broj: 08.020/052-2988/13 od 5. 6. 2013. godine.

<sup>10</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 30.

<sup>11</sup> Novi stav (2) člana 56. ZPP RS.

<sup>12</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 32.

<sup>13</sup> Raniji član 59. ZPP RS.

<sup>14</sup> Član 59., novi stav (2) ZPP RS.

<sup>15</sup> Član 59., novi stav (3) ZPP RS.

<sup>16</sup> Član 59., novi stavovi (4) do (7) ZPP RS.

<sup>17</sup> Novi član 83. ZPP RS.

Sljedeća značajna izmjena donesena s ovim ciljem jeste izmjena kod odredaba u vezi sa sudskim poravnanjem. U skladu s izmijenjenom odredbom stranke mogu zaključiti sudsko poravnanje o predmetu spora u toku cijelog postupka, do njegovog pravosnažnog okončanja. Ukoliko je sudsko poravnanje zaključeno nakon donošenja prvostepene presude, prvostepeni sud će donijeti rješenje kojim će utvrditi da je presuda bez dejstva. Ako se, pak, desi da sudsko poravnanje bude poništeno, postupak se nastavlja kao da sudsko poravnanje nije ni bilo zaključeno.<sup>18</sup>

Zbog ekonomičnosti postupka regulisano je da sud može, po službenoj dužnosti, odložiti započeto ročište isključivo u slučajevima predviđenim ovim zakonom, a ako se ročište drži pred novim sudijom sud može uz saglasnost stranaka odlučiti da se ponovo ne saslušavaju već saslušani svjedoci i vještaci, da se ne obavlja novi uviđaj i da se na raspravi pročitaju zapisnici o izvođenju tih dokaza.<sup>19</sup> Ranije je bilo određeno da se sve radnje koje su već provedene moraju ponoviti ukoliko se radi o novom sudiji, pa čak i ako se radi o istom sudiji, ukoliko se smatra da je to neophodno za pravilno donošenje presude.

Novim izmjenama brisan je i dio odredbe Zakona kojom se uređuje situacija u postupku kada se izvrši odgađanje, odnosno odlaganje ročišta. U tom slučaju, sudija je bio dužan da o svakom odgođenom, odnosno odloženom ročištu obavijesti predsjednika suda koji je vodio evidenciju o tim ročištima. Ova obaveza za sudije više ne postoji. Jasan je cilj zašto je ona bila unesena u Zakon, dakle, da bi se izbjegle situacije višestrukog odlaganja, odnosno odgađanja ročišta. Međutim, ukoliko ova odredba zaista ima svoje opravdanje, ona bi imala mjesta u Poslovniku o unutrašnjem sudskom poslovanju, a nikako u ovom zakonu.<sup>20</sup>

Posebno su značajne za unapređenje efikasnosti postupaka pred sudovima odredbe koje se odnose na mogućnosti drugostepenog suda kada se nađe u situaciji da bi prvostepena presuda trebalo ponovo da se ukine, nakon što je ona već jedanput ukinuta povodom žalbe. Naime, u skladu s prethodno važećom odredbom, tačno su bili navedeni razlozi u kojima je drugostepeni sud bio dužan zakazati raspravu.<sup>21</sup> Ta odredba je ostavljala mogućnost da drugostepeni sud više puta ukine prvostepenu presudu i predmet uputi na odlučivanje prvostepenom sudu. Ovo je dovodilo do toga da su se zaista predmeti i po nekoliko puta vraćali prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje, a trajanje postupaka značajno produžavalo. Dopunom ovog člana<sup>22</sup> onemogućeno je takvo postupanje drugostepenog

suda. Sada, ako drugostepeni sud ocijeni da bi prvostepena odluka trebala ponovo da se ukine, nakon što je ona već jedanput bila ukinuta povodom žalbe, dužan je zakazati raspravu. Izuzetak je presuda na osnovu priznanja, presuda na osnovu odricanja i presuda zbog propuštanja. U vezi s navedenim, kako ne bi bilo različitog tumačenja, sada Zakon izričito, u posebnom članu, određuje da se prvostepena presuda povodom žalbe može ukinuti i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje samo jedanput (osim ako se radi o presudi na osnovu priznanja, presudi na osnovu odricanja i presudi zbog propuštanja).<sup>23</sup>

U pogledu nastojanja da se postupak učini efikasnijim, interesantna je nova odredba člana 232. kojom je određeno da drugostepeni sud, nakon što donese svoju odluku, sve spise vraća prvostepenom sudu s dovoljnim brojem ovjerenih prepisa za sud, stranke i druga zainteresovana lica. Prvostepeni sud je dužan da odmah dostavi odluke drugostepenog suda, a najkasnije u roku od 8 dana od dana prijema spisa.<sup>24</sup> Odredba je posebno interesantna jer se ovime ponovo vratilo na ranija zakonska rješenja koja su upravo mijenjana kako bi se unaprijedila efikasnost postupaka i izbjeglo dostavljanje na liniji drugostepeni sud – prvostepeni sud – stranka. Razlika između starog i novog rješenja je što sada prvostepeni sud mora odmah, odnosno u roku od 8 dana izvršiti dostavljanje presude.

Dostavljanje pismena predstavlja značajnu prepreku efikasnosti sudskih postupaka. Osnovno je pravilo da svi rokovi u postupcima počinju od momenta uredne dostave. Nemogućnost izvršenja dostave dovodi do nemogućnosti daljnjeg napredovanja kroz postupak. Iz tog razloga, dosta je truda uloženo kako bi se taj dio sudskog postupka što bolje uredio. Posljednje izmjene Zakona su također išle u tom smjeru, a u ovom dijelu bit će opisane samo najznačajnije izmjene. Posljednjim izmjenama Zakona omogućeno je da tuženi odredi na koji adresu će mu pismeno biti dostavljeno. O tome se mora sporazumjeti s tužiocem. S tim u vezi, ukoliko se tuženi, prije podnošenja tužbe sudu, pismenim sporazumom sklopljenim s tužiocem saglasio da mu se dostava u sporovima na koje se sporazum odnosi vrši na određenoj adresi u Republici Srpskoj, ili posredstvom određenog lica u Republici Srpskoj, tužba i druga pismena u postupku tuženom će se, na prijedlog tužioca, dostavljati na toj adresi ili tom licu. U tom slučaju, smatraće se da je dostava tuženom izvršena kada je pismeno dostavljeno licu naznačenom u sporazumu. Ukoliko se dostava ne bude mogla izvršiti na ovakav način, kako bi se izbjeglo daljnje lutanje suda, sud će jednostavno odrediti da se sve daljnje dostave tuženom vrše stavljanjem pismena na oglasnu tablu suda i u tom slučaju smatraće se da je dostava izvršena istekom 15 dana od dana stavljanja pismena na oglasnu tablu suda.<sup>25</sup> Ovaj sporazum se može

<sup>18</sup> Novi član 87. ZPP RS.

<sup>19</sup> Član 112. (3), 114. (2) i 115. (brisani stav (3)).

<sup>20</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 33.

<sup>21</sup> Član 217. (2) ZPP RS.

<sup>22</sup> Novi stav (3) člana 217. ZPP RS.

<sup>23</sup> Član 224. stav (2) ZPP RS.

<sup>24</sup> Član 232. ZPP RS.

<sup>25</sup> Novi član 337.a ZPP RS.

sklopiti u pogledu određenog spora koji je već nastao ili u pogledu budućih sporova koji mogu nastati iz određenog pravnog odnosa.<sup>26</sup>

Nadalje, sada je omogućeno i da se na zahtjev lica, a po odobrenju predsjednika suda, dostava vrši i u sudu. U ovom slučaju, pismena se, osim prvostepene presude, polažu za njih u posebne pretince u za to određenoj prostoriji suda.<sup>27</sup> Također, kako bi se obezbijedila i uredna i efikasnija dostava za advokate, predsjednik suda može odrediti da svi advokati koji imaju kancelariju na području njegovog suda, sudska pismena, osim prvostepene presude, primaju preko pretinca u sudu. Prilikom uzimanja pismena, moraju se preuzeti sva pismena položena u pretinac. U ovom slučaju, osobe kojima je pismo dostavljeno u pretinac, dužne su pismeno podići iz pretinca u roku od osam dana. Ako pismeno ne bude podignuto u tom roku, dostava će se izvršiti stavljanjem pismena na oglasnu tablu suda u kojem slučaju će se smatrati da je dostava izvršena istekom 15 dana od dana stavljanja pismena na oglasnu tablu suda.<sup>28</sup>

Nadalje, kako bi se ubrzalo i olakšalo dostavljanje fizičkim licima, umjesto dosadašnje uopštene odredbe, prema kojoj se dostavljanje fizičkim osobama vršilo predajom pismena osobi kojoj se dostava ima obaviti, dostava se od sada vrši predajom pismena licu kome se dostavljanje treba izvršiti, na adresu koja je označena u tužbi, odnosno na adresu prebivališta ili boravišta, upisanu kod organa nadležnog za vođenje evidencije o prebivalištu i boravištu.<sup>29</sup> Ukoliko se u toku postupka utvrdi da tuženi kome se dostavljanje pismena treba izvršiti ne stanuje na adresi svog posljednjeg poznatog prebivališta, a njegovo sadašnje boravište ili radno mjesto se ne mogu utvrditi, dostavljanje pismena će se izvršiti objavljivanjem pismena na oglasnoj tabli suda, a u slučaju da se dostavlja tužba i u najmanje jednim dnevnim novinama koje se distribuiraju u Republici Srpskoj.<sup>30</sup>

Povrat u pređašnje stanje je institut koji je poznat kao sredstvo koje stranke koriste ili bar pokušaju iskoristiti svaki put kada stranka propusti ročište ili preduzimanje neke radnje u postupku.<sup>31</sup> Ovo je često dovodilo do odugovlačenja postupka s obzirom na to da su stranke veoma često ovakve prijedloge koristile, a sud je bio u obavezi da svaki put zakaže ročište kako bi odlučio o takvom prijedlogu.<sup>32</sup> Iz pomenutih razloga, kako bi se ubrzao parnični postupak, izvršena je dopuna odredbi na način da se uvodi određeno ograničenje pri korištenju ovog instituta. Naime, sada povrat u pređašnje stanje nije dopušten ukoliko se propuštanje stranke može pripisati povredi postupka zbog koje se može izjaviti pravni lijek.<sup>33</sup>

Poznato je da se sporovi male vrijednosti rješavaju u skladu s posebnom Glavom XXIX Zakona "Postupak u sporovima male vrijednosti". S obzirom na njihov karakter, svi zakonski rokovi u ovim predmetima su skraćeni, a broj pravnih lijekova sveden na minimum. Prethodnim zakonskim rješenjima bilo je određeno da se sporovima male vrijednosti smatraju sporovi u kojima se tužbeni zahtjev odnosi na potraživanje u novcu koje ne prelazi iznos od 3.000,00 KM. Sada je taj iznos povećan na 5.000,00 KM. Ovo će predstavljati značajno olakšanje za sudove jer će koristeći posebne odredbe koje se odnose na sporove male vrijednosti značajno veći broj predmeta moći brže završavati.

#### *Zmjene usvojene s ciljem ujednačavanja sudske prakse*

U cilju ujednačavanja sudske prakse, u ZPP RS je unesen potpuno novi odjeljak pod nazivom Postupak za rješavanje spornog pravnog pitanja.

Ovdje se radi o jednom potpuno novom procesnom institutu, radi ostvarivanja ciljeva iz člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, a u skladu s preporukom Komiteta ministara Savjeta Evrope R/95/5, Glava IV, član 7, tačka D). Po ovoj preporuci "Države članice treba da razmotre uvođenje sistema u kome će trećestepeni sud (u konkretnom slučaju Vrhovni sud Republike Srpske) moći direktno da uzme u razmatranje određeni predmet, kako bi prije donošenja prvostepene odluke, zauzeo pravni stav o prethodnom pravnom pitanju."

Ovaj institut uveden je u Zakon po uzoru na postupak za rješavanje prethodnog pitanja pred Evropskim sudom pravde, kao i nekih zemalja iz okruženja, koje su takođe u svoje procesne zakone ugradile ovaj institut. Sporno pravno pitanje predstavlja sporno pitanje po pravnom značenju pravne norme, materijalne ili procesne, koja treba da se primijeni na konkretno činjenično stanje. Riječ je o tumačenju prava radi njegove primjene. Ovim odredbama propisano je da u slučaju kada se pred prvostepenim sudom u većem broju predmeta pojavi potreba da se zauzme stav prema spornom pravnom pitanju koje ima prejudicijalni značaj za odlučivanje o predmetu postupka, prvostepeni sud će po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke, pokrenuti postupak pred Vrhovnim sudom Republike Srpske, radi rješavanja spornog pravnog pitanja. Sud koji je pokrenuo postupak zastaje s postupkom u tom predmetu, dok Vrhovni sud ne odluči o spornom pravnom pitanju. Vrhovni sud je dužan da riješi sporno pravno pitanje u roku od 60 dana od dana prijema zahtjeva, a odbiće da zauzme stav prema spornom pravnom pitanju ako ono nije od značaja za odlučivanje u većem broju predmeta. U pravnom shvatanju koje zauzme Vrhovni sud, a povodom zahtjeva za rješavanje spornog pravnog pitanja, Vrhovni sud će obrazložiti svoju odluku, a stranke u postupku u kome je postavljeno takvo pitanje, nemaju pravo da ponovo traže njegovo rješavanje u parnici koja je u toku. Stav Vrhovnog suda nema karakter odluke o konkretnoj

<sup>26</sup> Novi član 337.a ZPP RS.

<sup>27</sup> Novi član 337.b(1) ZPP RS.

<sup>28</sup> Novi član 337.b stav (2)–(6) ZPP RS.

<sup>29</sup> Izmijenjeni član 339. (1) ZPP RS.

<sup>30</sup> Dopunjeni član 348. ZPP RS.

<sup>31</sup> Član 328. ZPP RS.

<sup>32</sup> Član 332. (2) ZPP RS.

<sup>33</sup> Dopunjeni član 330.(2) ZPP RS.

pravnoj stvari na koju se može uložiti pravni lijek, već se objavljuje kao pravno shvatanje i predstavlja mehanizam kojim se, zauzimanjem pravnog shvatanja Vrhovnog suda, obezbjeđuje pravna sigurnost i jednakost u postupcima pred nadležnim sudom. Osim toga zauzimanje ovakvih pravnih stavova može dovesti i do ubrzanja postupaka pred prvostepenim sudovima i ojačati institut suđenja u razumnom roku. Ovo posebno doprinosi ekonomičnosti postupka i nepotrebnom izlaganju troškova postupka, s posebnim naglaskom na to da se primjenom ovog instituta ni na koji način ne narušava načelo nezavisnosti sudova i dvostepenosti odlučivanja, niti se uvodi suđenje na osnovu pravnih shvatanja Vrhovnog suda Republike Srpske. Sudija je potpuno samostalan i nezavisan i odluku donosi u skladu s Ustavom i zakonom, cijeneći i pravno shvatanje Vrhovnog suda. Primjenom ovog instituta se samo primjenjuje odredba člana 123. Ustava, koja glasi: "Vrhovni sud Republike Srpske, kao najviši sud u Republici, osigurava jedinstvenu primjenu zakona." Ovom odredbom Vrhovni sud, kao najviši sud u Republici Srpskoj, ostvaruje svoju ustavnu ulogu, obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona i drugih propisa, utvrđivanjem pravnih shvatanja u postupku rješavanja spornog pravnog pitanja.<sup>34</sup> S obzirom na to da se ovdje radi o novom institutu, primjena odredaba koje se odnose na sporno pitanje, u skladu s prelaznim odredbama, počinje 1. 1. 2015. godine.<sup>35</sup>

U cilju ujednačavanja sudske prakse, potpunijih presuda kao i s ciljem lakšeg postupanja drugostepenog suda, dopunama Zakona je taksativno nabrojano šta tačno treba da sadrži obrazloženje svake presude. Tako je, umjesto ranije generalne odredbe, sada jasno rečeno da svako obrazloženje presude treba da sadrži zahtjeve stranaka, činjenice koje su stranke iznijele i dokaze koje su izvele, koje je od tih činjenica sud utvrđivao, zašto i kako ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koji su dokazi izvedeni i kako ih je ocijenio. Nadalje, sud je dužan navesti i koje je odredbe materijalnog prava primijenio odlučujući o zahtjevima stranaka, te se izjasniti, ako je to potrebno, i o stavovima stranaka o pravnoj osnovi spora, te o njihovim prijedlozima i prigovorima o kojima nije dao svoje razloge u odlukama koje je već donio tokom postupka.<sup>36</sup>

U pogledu vanrednih pravnih lijekova, značajne izmjene su unesene kada je u pitanju revizija. Posljednjim izmjenama, dosadašnja donja granica vrijednosti pobijanog dijela od 10.000 KM pomjerena je na 30.000 KM, a u privrednim sporovima na 50.000 KM. Međutim, kao i ranije, i ispod ovog iznosa, revizija je dozvoljena protiv drugostepene odluke, ako odluka o sporu zavisi od rješenja nekog materijalnopravnog ili procesnopravnog pitanja važnog za obezbjeđenje jedinstvene primjene

prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.<sup>37</sup> Pri tome moraju biti ispunjeni sljedeći uslovi: a) Ako o tom pitanju revizijski sud još nije zauzeo shvatanje odlučujući o pojedinim predmetima ili u sjednici odjeljenja, a riječ je o pitanju o kojem postoji različita praksa drugostepenih sudova; b) ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvatanje, ali je odluka drugostepenog suda zasnovana na shvatanju koje nije podudarno s tim shvatanjem i c) ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvatanje i presuda se drugostepenog suda zasniva na tom shvatanju, ali bi, uvažavajući razloge iznesene tokom prethodnog prvostepenog i žalbenog postupka zbog promjene u pravnom sistemu, uslovljene novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumima, te odlukom Ustavnog suda BiH, Evropskog suda za ljudska prava – trebalo da se preispita sudska praksa.<sup>38</sup> Cenzus od 30.000 KM, odnosno 50.000 KM predviđen je i zakonom Brčko distrikta, a prihvaćen je i u radnoj verziji Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije BiH.<sup>39</sup>

Kako bi se osiguralo da svi sudovi postupaju na jednak način kada Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu nekog od ljudskih prava ili osnovnih sloboda zagarantovanih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao i dodatnih protokola uz Konvenciju, zakonom je propisano postupanje domaćih sudova u situaciji kada Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu. U ovom slučaju, stranka može u roku od 90 dana od dana konačnosti presude Evropskog suda za ljudska prava, podnijeti zahtjev sudu koji je sudio u prvom stepenu u postupku u kojem je donesena odluka kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili osnovna sloboda, za izmjenu odluke kojom je to pravo ili osnovna sloboda povrijeđeno. Sud će u tom slučaju primijeniti odredbe koje se odnose na ponavljanje postupka, pri čemu su sudovi dužni da poštuju stavove izražene u konačnoj presudi Evropskog suda za ljudska prava kojom je povreda utvrđena.<sup>40</sup>

Zakonom su određene situacije kada je sud dužan da postavi tuženom privremenog zastupnika. Te situacije su u zakonu i taksativno nabrojane.<sup>41</sup> Međutim, u određenom broju slučajeva, sud je u obavezi da, nakon postavljanja privremenog zastupnika, o tome izda oglas koji će se objaviti u Službenom glasniku Republike Srpske kao i na oglasnoj tabli suda.<sup>42</sup> Kako bi se osiguralo da objavljeni oglas svih sudova imaju jednaku sadržinu, odnosno u cilju ujednačavanja sudske prakse, ova odredba je dopunjena na način da je tačno navedeno šta ovakav oglas treba da sadrži. Tako u svakom oglasu treba da se navede sud koji

<sup>37</sup> Dopunjeni član 237. (3) ZPP RS.

<sup>38</sup> Dopunjeni član 237. (3) ZPP RS.

<sup>39</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 35–36.

<sup>40</sup> Član 264a ZPP RS.

<sup>41</sup> Član 296 (2) tačke 1–5. ZPP RS.

<sup>42</sup> Član 298. (1) ZPP RS.

<sup>34</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 31–32.

<sup>35</sup> Član 109. Zakona o izmjenama i dopunama ZPP RS.

<sup>36</sup> Dopunjeni član 191. (4) ZPP RS.

je postavio privremenog zastupnika, zakonski osnov, ime tuženog kome je zakonski zastupnik postavljen, predmet spora, ime zastupnika i njegovo zanimanje i boravište, kao i upozorenje da zastupnik zastupa tuženog u postupku sve dok se tuženi ili njegov punomoćnik ne pojavi pred sudom, odnosno dok organ starateljstva ne obavijesti sud da je postavio staratelja.<sup>43</sup>

U ovim izmjenama Zakona po prvi put je predstavljen institut isključenja sudije. S tim u vezi, glava Zakona koja se nazivala "Izuzeće" sada se naziva "Isključenje i izuzeće". U ovoj glavi Zakona jasno su razgraničeni razlozi koji su po opštim mjerilima toliko bitni da samim postojanjem opravdavaju sumnju u nepristrasnost sudije (isključenje) od razloga koji u konkretnom slučaju mogu dovesti u sumnju objektivnost sudije (izuzeće). Postojanje razloga za isključenje motivisano je javnim interesom i zato isključeni sudija ne može da sudi niti stranke mogu izdejsstvovati da im on sudi. Na drugoj strani, kada postoje razlozi koji dovode u sumnju objektivnost određenog sudije, onda to predstavlja razlog za njegovo izuzeće.<sup>44</sup> Izmjenama Zakona je u potpunosti razrađen postupak u kojem se odlučuje o isključenju sudije da postupa u određenom predmetu. S tim u vezi, o zahtjevu za isključenje sudije će odlučiti predsjednik suda, a ukoliko se traži isključenje predsjednika suda odluku o isključenju donosi predsjednik neposredno višeg suda. Ukoliko je potrebno odlučiti o izuzeću predsjednika Vrhovnog suda, u tom slučaju odluku će donijeti opšta sjednica Vrhovnog suda.<sup>45</sup> Dakle, u sadašnjem zakonskom rješenju razlozi za isključenje su taksativno navedeni,<sup>46</sup> dok je za izuzeće data opća odredba koja kaže da sudija može biti izuzet ukoliko postoje okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost (npr. bliski odnos s nekom od stranaka ili neki drugi razlozi).

### ***Izmjene usvojene s ciljem popunjavanja pravnih praznina***

Kako bi se u potpunosti ispoštovao ustavni princip prava na pristup sudu iz člana 16. (1) Ustava RS<sup>47</sup>, izmijenjena odredba člana 2. Zakona dopunjena je na način da je određeno da sud ne može odbiti da odlučuje o zahtjevu za koji je nadležan. Također, u cilju poštivanja člana 6. (1) Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama iz 1950. godine (u daljnjem tekstu i: EKLJP)<sup>48</sup>,

u sam ZPP je unesena odredba prema kojoj stranka ima pravo da sud odluči o njenim zahtjevima i prijedlozima u razumnom roku.

Određene izmjene su unesene i u odnosu na obavezan element tužbe prilikom pokretanja parničnog postupka. Naime, u prethodnom tekstu Zakona, obavezan element tužbe bilo je i navođenje pravnog osnova za nadležnost suda kao i pravni osnov tužbenog zahtjeva. U suprotnosti s ovom odredbom bila je odredba da sud nije vezan za pravni osnov tužbenog zahtjeva. Jasno je da u praksi veoma često tužbe sačinjavaju osobe koje nemaju ni osnovno poznavanje prava. Pitanje je kako ovakve osobe, za koje je vjerovatno da ne znaju ni šta taj termin predstavlja, mogu dati pravni osnov za nadležnost suda kao i pravni osnov tužbenog zahtjeva? Čemu regulisati pravni osnov tužbenog zahtjeva kao obavezan element tužbe ako sud njime nije vezan? U skladu sa svim navedenim, ova odredba je sada u potpunosti izmijenjena, te ni jedno od prethodno navedenih više nije obavezan element tužbe, a ako tužilac i navede pravni osnov u tužbi, sud nije vezan za njega.

Jedna od bitnih izmjena je i omogućavanje da se podnese tužba za utvrđenje povrede prava ličnosti. Ova tužba može se podnijeti čak i bez da se u takvoj tužbi traži naknada štete ili postavi neki drugi zahtjev, u skladu s posebnim zakonom ili drugim propisom. Ova odredba je usaglašena, prije svega, sa Zakonom o zabrani diskriminacije i drugim propisima iz ove oblasti, i njome je dozvoljeno da se tužbom može tražiti da je tuženi diskriminatorski postupao prema tužiocu.<sup>49</sup>

U praksi se sudije često susreću s predmetima s inostranim elementom. U ovakvim situacijama jasno je da će se desiti da sudije nisu sigurne koje pravo da primijene. Kako bi se sudijama olakšao rad po ovim predmetima, unesena je nova odredba u Zakon kojom je uređeno da će, ako sudu nije poznato pravo koje važi u stranoj državi, zatražiti obavještenje od organa uprave nadležnog za poslove pravosuđa. Također, omogućeno je i da sud može od stranke zatražiti da podnese javnu ispravu izdanu od nadležnog inostranog organa kojom se potvrđuje koje pravo važi u stranoj državi.<sup>50</sup>

Pitanje tačnog momenta prestanka punomoćja do sada je bilo pravna praznina koja je bila podložna različitim tumačenjima, što je dovodilo do problema u praksi. S tim u vezi, član 311. je u potpunosti izmijenjen i sada

stranim, zakonom ustanovljenim sudom. Presuda se izriče javno, ali se novinari i javnost mogu isključiti s čitavog ili jednog dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne sigurnosti u demokratskom društvu, kada to nalažu interesi malodobnika ili zaštite privatnog života strana u sporu, ili kada to sud smatra izričito neophodnim zato što bi u posebnim okolnostima publicitet mogao nanijeti štetu interesima pravde."

<sup>49</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 32.

<sup>50</sup> Novi član 129a ZPP RS.

<sup>43</sup> Član 298. novi stav (2) ZPP RS.

<sup>44</sup> Iz dokumenta "Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske", Vlada RS-a, Banja Luka, juni 2013. godine, strana 36.

<sup>45</sup> Izmijenjeni članovi 357–360a ZPP RS.

<sup>46</sup> Izmijenjeni član 357. ZPP RS.

<sup>47</sup> Član 16. "Svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava u postupku pred sudom i drugim državnim organom i organizacijom."

<sup>48</sup> Član 6. EKLJP. Pravo na pravično suđenje "Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred neovisnim i nepri-



je jasno navedeno kada prestaje punomoć. Punomoćje prestaje smrću fizičkog lica, proglašenjem za umrlo ili gubitkom poslovne sposobnosti, odnosno smrću njegovog zakonskog zastupnika, proglašenjem za umrlog, gubitkom poslovne sposobnosti ili razrješenjem dužnosti. Ukoliko je punomoćniku fizičkog lica dato ovlaštenje da može da preduzima sve radnje u postupku, a stranka, odnosno njen zakonski zastupnik umre ili postane poslovno nesposoban ili ako zakonski zastupnik bude razriješen dužnosti, punomoćnik je ovlašten da u postupku preduzima radnje koje ne trpe odgađanje.<sup>51</sup> U situacijama kada je punomoć dao stečajni dužnik, u slučaju stečaja ili likvidacije, punomoć će prestati kada po važećim propisima nastupe pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, odnosno likvidacije.

Nakon što važenje punomoći prestane, punomoćnik je dužan da još 30 dana vrši radnje u postupku ako je potrebno da od stranke otkloni štetu.<sup>52</sup> Dakle, prethodni rok od 15 dana je produžen na 30.

Jedno od područja u građanskom procesnom pravu koje nije bilo regulisano jeste tonsko snimanje ročišta. Opće je prihvaćeni stav i odavno je regulisano tonsko snimanje ročišta u krivičnim predmetima. S tim u vezi, novim izmjenama omogućeno je i regulisanje snimanja ročišta u parničnim predmetima. Snimanje se može vršiti i po službenoj dužnosti kao i na zahtjev stranaka. Tonski snimak ročišta dio je spisa sudskog predmeta, a neophodno je da se napravi i transkript snimka i to u roku od 8 dana od dana snimanja.<sup>53</sup>

Ovim izmjenama Zakona uvedena je potpuno nova glava pod nazivom "Tužba za zaštitu kolektivnih interesa". Ovim odredbama propisan je poseban postupak u slučaju tužbe za zaštitu kolektivnih interesa. Navedenom tužbom se određenim udruženjima, tijelima, ustanovama, strankama ili drugim organizacijama, koje su osnovane u skladu sa zakonom, a koje su u sklopu svoje registrovane ili propisom određene djelatnosti bave zaštitom zakonom utvrđenih kolektivnih interesa i prava, pruža posebna pravna zaštita prema standardima Evropske unije. Ova tužba bi svoju primjenu naročito nalazila u antidiskriminacijskim sporovima (Zakon o zabrani diskriminacije), sporovima za zaštitu potrošača, sporovima za zaštitu malog i srednjeg preduzetništva itd.<sup>54</sup>

### **Ostale izmjene Zakona**

U ovu kategoriju unijete su one izmjene koje se ne mogu eksplicitno podvesti ni pod jednu od gore navedenih kategorija u smislu cilja njihovog donošenja, ali je bitno da se spomenu s obzirom na utjecaj koji će imati njihovom primjenom u praksi.

Jedna od ovih izmjena odnosi se na uvođenje redovnog pravnog lijeka kod presude zbog propuštanja. Do sada je

u ovom slučaju bilo dozvoljeno da se podnese prijedlog za povrat u pređašnje stanje kao vanredni pravni lijek. Međutim, sada to može biti žalba, s tim da se presuda zbog propuštanja ne može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.<sup>55</sup>

Karakteristična izmjena koja bi se mogla negativno odraziti na efikasnost u sudovima jesu izmjene koje se odnose na obavezu sudija prvostepenog suda da svoje izjašnjenje o navodima u žalbi koji se odnose na povrede odredaba parničnog postupka dostavljaju strankama na izjašnjenje. Naime, članom 37. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku izvršena je dopuna člana 215. Zakona koji uređuje pitanje postupanja prvostepenog suda nakon što primi odgovor na žalbu, odnosno njegovo postupanje nakon što protekne rok za odgovor na žalbu. Ovim članom određeno je da će sud, nakon što se ispune gore navedeni uslovi, žalbu i odgovor na žalbu sa svim spisima dostaviti drugostepenom sudu na odlučivanje po žalbi. Ukoliko žalilac u žalbi tvrdi da su u prvostepenom postupku povrijeđene odredbe parničnog postupka, sudija prvostepenog suda je u obavezi da uz spis dostavi i objašnjenje u povodu tih navoda iz žalbe. Ukoliko zaključi da za to postoji potreba, sudija će i provjeriti istinitost navoda iz žalbe. U skladu s članom 209. Zakona, povreda odredaba parničnog postupka će postojati ukoliko sud u toku postupka nije primijenio ili je nepravilno primijenio neku od odredaba Zakona, a to je bilo od utjecaja na donošenje pravilne i zakonite odluke.<sup>56</sup> S tim u vezi, predmetnim izmjenama Zakona je članu 209. dodat novi stav (2) kojim su taksativno nabrojane povrede odredaba parničnog postupka koje će uvijek biti od utjecaja na pravilnu i zakonitu odluku.

Potreba za ovakvim zakonskim rješenjem prema kojem sudija treba da dostavi svoje izjašnjenje u pogledu navoda u žalbi je sasvim razumljiva s obzirom na to da drugostepenom vijeću koje odlučuje po žalbi neće uvijek biti dovoljno da pregleda spise i pročita navode iz žalbe da bi donio ispravnu odluku o tome da li je povreda izvršena ili nije. Prije svega neophodno je uvidjeti kakva je povreda učinjena, a zatim i donijeti odluku da li je učinjena povreda imala utjecaja na donošenje pravilne i zakonite odluke ukoliko ona nije dio prethodno taksativno navedenih razloga koji su obavezno uzrok donošenja nepravilne i nezakonite odluke. S tim u vezi, drugostepenom sudu će posao biti znatno olakšan ukoliko ima objašnjenje prvostepenog sudije i razloge zašto je određena odluka donesena u datom smjeru.

Posljednjom izmjenom Zakona dosadašnjim stavovima 1. i 2. člana 215. dodat je i stav 3. koji glasi: "Primjerak objašnjenja u pogledu navoda iz žalbe sudija prvostepenog suda dostaviće strankama, koje mogu dati svoje izjašnjenje u roku od osam dana."<sup>57</sup> Isti princip je primijenjen i u situaciji

<sup>51</sup> Izmijenjeni član 311. ZPP RS.

<sup>52</sup> Dopunjeni član 312. ZPP RS.

<sup>53</sup> Novi članovi 375a, 375b i 375v ZPP RS.

<sup>54</sup> Novi članovi 353a–353z ZPP RS.

<sup>55</sup> Član 208. (2) ZPP RS.

<sup>56</sup> Član 209. (1) ZIP RS.

<sup>57</sup> Član 215. (3) Zakona o parničnom postupku RS.

kada spisi po žalbi stignu drugostepenom sudu. Nakon što se odabere sudija izvjestilac, on može, ukoliko smatra da za to postoji potreba, ponovo tražiti od prvostepenog suda da dostavi izvještaj o odredbama parničnog postupka, te da se u cilju utvrđivanja tih povreda provedu provjere. I u ovom slučaju, sudija, nakon što napiše svoj izvještaj, ima obavezu da taj izvještaj dostavi strankama, koje mogu dati svoje izjašnjenje u roku od 8 dana.<sup>58</sup>

Dopunom ovih odredaba Zakona na pomenuti način, sudija prvostepenog suda je u obavezi da svoje objašnjenje o povredama parničnog postupka, čije postojanje još nije ni potvrđeno od strane drugostepenog suda, šalje na izjašnjenje stranama u postupku. Dakle, stranke u postupku, koje su veoma često čak i potpuni laici bez osnovnog poznavanja prava, imaju pravo da daju svoje izjašnjenje na navode sudije u pogledu primjene odredaba Zakona o parničnom postupku.

U ovom kontekstu nameće se nekoliko pitanja: koliko će jedna ovakva odredba poljuljati povjerenje građana u sudije prvostepenih sudova? Da li su na ovaj način sudije prvostepenog suda postale stranke u drugostepenom parničnom postupku? U kakvoj situaciji će se naći sudija prvostepenog suda ukoliko se desi da vijeće drugostepenog suda presudu ukine i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje s obzirom na to da će stranke na ročištu raspravljati pred sudijom s kojim su vodile pismenu raspravu u postupku pred drugostepenim sudom?<sup>59</sup> Posebno se ova pitanja aktueliziraju u svjetlu izmjena koje su učinjene u članu 191. stav (4) u kojem je taksativno navedeno šta to treba da sačinjava obrazloženje svake presude, a koje podrazumijeva i izjašnjenje o prigovorima o kojima sud nije dao svoje razloge u odlukama koje je već donio tokom postupka.<sup>60</sup>

Nadalje, postavlja se pitanje koliko ovakvo zakonsko rješenje doprinosi odugovlačenju parničnih postupaka koji se vode pred sudovima? Naime, poznat je problem dostavljanja u sudskim postupcima. Jedan od vodećih uzroka dugotrajnih postupaka pred sudovima u BiH je upravo nemogućnost uredne dostave strankama. Pravosuđe u RS i BiH se još uvijek suočava s posljedicama ratnog perioda zbog kojeg je jako puno stanovništva promijenilo

i još uvijek mijenja mjesto prebivališta i boravišta bez da to i ozvaničava. Zbog toga se dostavljanje, nakon više neuspjelih pokušaja, veoma često vrši putem oglasne ploče suda, odnosno putem dnevnih novina. Ovo je jako dugotrajan proces i zahtijeva značajna finansijska sredstva. U istom kontekstu, kako je moguće da sudija prvostepenog suda ispoštuje rokove za dostavljanje žalbe i odgovora na žalbu sa svim spisima drugostepenom sudu u roku od osam dana ukoliko same stranke imaju rok od osam dana da daju svoje izjašnjenje na objašnjenje sudije? Gdje je u svim ovim rokovima vrijeme za sudiju da napiše svoje obavještenje i provjeri navode iz žalbe? Koliko vremena će proteći dok se ne izvrši uredna dostava objašnjenja na izjašnjenje strankama? Dakle, ovim izmjenama Zakona sud se dovodi u situaciju da spisku postojećih zakonskih rješenja koja značajno usporavaju postupak, doda još jednu stavku – dostavljanje objašnjenja na izjašnjenje. Iako je jasno da intencija zakonodavca nije bila da još više oduži i odveć duge postupke pred sudovima, malo je vjerovatno da to ovakve izmjene Zakona neće napraviti. Ukoliko je bio cilj da se u potpunosti ispoštuje raspravno načelo, pitanje je da li je to raspravno načelo trebalo obuhvatiti i sudije, te da li je to bilo neophodno u ovoj fazi s obzirom na činjenicu da su stranke već poslale žalbu u kojoj su povredu parničnih odredaba navele kao žalbeni osnov, te i taj žalbeni osnov, kao i svaki drugi, morale obrazložiti.

#### *Izmjene i dopune Zakona o izvršnom postupku RS*

Posljednje izmjene Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske (u daljnjem tekstu i: Zakon i ZIP RS) objavljene su u Službenom glasniku RS broj 67/13 od 8. 8. 2013. godine. Ove izmjene obimom nisu obuhvatile veliki dio Zakona, ali su neke od njih izuzetno značajne za njegovu primjenu. Upravo neke od najznačajnijih izmjena će biti obrađene u ovom tekstu. Prva, i mogli bismo reći i najznačajnija izmjena, odnosi se na činjenicu da računi za RTV taksu nisu više vjerodostojna isprava. Ova izmjena može imati velike posljedice po efikasnost sudova. Naime, poznato je da su ovi predmeti direktno izvršavani kroz izvršni postupak. Sada će svako od ovih potraživanja, koja veoma često ne prelaze iznose od nekoliko desetina KM, morati da se utvrdi u parničnom postupku i, u slučaju da stranka ponovo ne plati presudom utvrđeni iznos, tražiti izvršenje u izvršnom postupku. Ovo može dovesti do značajnog priliva predmeta u sudove i usporavanja rada po predmetima koji imaju znatno veću vrijednost spora. Sve ovo ne spominjući troškove koje će jedan ovakav predmet male vrijednosti izazvati za sud i u konačnici državu i poreske obaveznike.<sup>61</sup>

Ono što će omogućiti da izvršni predmeti koji su odgođeni do okončanja parnice zbog podnesenog prigovora budu završavani većom brzinom, jeste obaveza stranaka da

<sup>58</sup> Član 216 (3) ZPP RS “ U slučaju iz stava 2. ovog člana na odgovarajući način će se primjenjivati odredbe člana 215. stav 3. ovog zakona.”

<sup>59</sup> Član 227. ZPP-a.

<sup>60</sup> Član 191. novi stav (4) ZPP RS: U obrazloženju presude sud će izložiti: zahtjeve stranaka, činjenice koje su stranke iznijele i dokaze koje su izvele, koje je od tih činjenica sud utvrđivao, zašto i kako ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koji su dokazi izvedeni i kako ih je ocijenio; sud će navesti koje je odredbe materijalnog prava primijenio odlučujući o zahtjevima stranaka, a izjasnit će se ako je to potrebno i o stavovima stranaka o pravnoj osnovi spora, te o njihovim prijedlozima i prigovorima o kojima nije dao svoje razloge u odlukama koje je već donio tokom postupka.

<sup>61</sup> Izmijenjeni član 29. ZIP RS.

u roku od 30 dana od dana izvršnosti odluke parničnog suda traži nastavak izvršnog postupka. Ukoliko to ne učini, sud će obustaviti izvršni postupak.<sup>62</sup>

Konačno, značajne izmjene Zakona donesene su u odnosu na prodaju nekretnina u izvršnom postupku. Naime, u vezi s brojem ročišta za prodaju koja su se morala održati, ogroman problem u praksi pojavljivao se zbog odredbe člana 95. (1) ZIP RS gdje je bilo navedeno da će se postupak obustaviti ukoliko se nepokretnost nije mogla prodati ni na trećem ročištu. U vezi s tim, veliki problem su predstavljali različiti stavovi sudova u pogledu da li se ročište smatra održanim ako njemu nije pristupio ni jedan kupac. Da li se u tom slučaju ponavlja to npr. prvo ročište ili se zakazuje drugo itd. Uz sve navedene probleme, Zakon je nalagao da se moraju održati tri ročišta da bi se postupak mogao obustaviti. Sve ovo je značajno odugovlačilo postupak. Sada je broj ročišta smanjen na dva.<sup>63</sup> Ovakvo zakonsko rješenje će omogućiti znatno brže završavanje ovakvih predmeta gdje predmetna nekretnina u provedenim prodajama nije imala svoga kupca. U vezi s prodajom nekretnina na javnoj prodaji, veliki praktični problem je bila prodaja nekretnina u bescijenje, a u skladu s odredbom člana 131.(4) ZIP RS. Nekada su te prodaje vršene i za cijenu od 1 KM. Posljednjim izmjenama Zakona prodajna cijena je ograničena na to da se nepokretnost na drugom ročištu ne može prodati ispod 1/3 procijenjene vrijednosti.<sup>64</sup>

## Zaključak

Nakon svega izloženog, čini se da najveći dio izmjena koje je Narodna skupština RS usvojila u odnosu na zakone o parničnom i izvršnom postupku mogu doprinijeti unapređenju efikasnosti sudova, te značajno olakšati njihov budući rad na predmetima. Kako je novousvojenim izmjenama i značajan broj odredbi koje su do sada, usljed nedovoljne preciznosti bile predmet različitog tumačenja, dodatno pojašnjen, ostat će jako malo mjesta za takvo različito tumačenje, što će dovesti i do ujednačavanja sudske prakse. To svakako treba pozitivno ocijeniti. Međutim, kako je to i navedeno u prethodnom tekstu, postoji realna opasnost da dio izmjena odnosno dopuna dovede do negativnih posljedica po efikasnost pravosuđa i povjerenje

građana u pravosuđe. Ovo naročito kada se govori o uvođenju redovnog pravnog lijeka na presudu zbog propuštanja odnosno stavljanja sudije prvostepenog suda u ravnopravan položaj sa strankama u postupcima pred drugostepenim sudovima. Bit će interesantno poslušati reakcije sudija nakon što se ove odredbe Zakona počnu primjenjivati i u praksi. U svjetlu svega prethodno navedenog, jasno je da će samo praktična primjena ovih izmjena moći dati konačan sud da li je usvajanje spornih izmjena i dopuna zakona ispunilo intenciju zakonodavca ili će predstavljati samo još jednu prepreku na putu ka efikasnom postupku i način da se umanjí ionako poljuljano povjerenje u domaće sudstvo.

Mirela Omanović, LL.M.

## **Die neuesten Änderungen der Gesetze über den Zivilprozess und die Zwangsvollstreckung in der Republik Srpska – Beschleunigung oder zusätzliche Verlangsamung der Gerichtsverfahren?**

(Zusammenfassung)

*Die Autorin untersucht die Reform des Zivilprozesses in der Republik Srpska (RS), die einen Teil der im Jahr 2002 begonnenen Reform des dortigen Rechtssystems darstellt. Nach Auffassung der Autorin führt diese Reform allmählich dazu, dass die zivilrechtlichen Verhältnisse in der RS geordnet und die Gerichtsverfahren erheblich beschleunigt werden. Die letzten Änderungen und Ergänzungen der jeweils gesonderten Gesetze über den Zivilprozess und über die Zwangsvollstreckung der RS erfolgten mit dem Ziel, im Interesse der Rechtssicherheit Lücken zu schließen, die Verfahren zu beschleunigen und die gerichtliche Praxis zu vereinheitlichen. Nach Auffassung der Autorin wird der größte Teil der Änderungen (beispielsweise die neuen Vorschriften über die Klageänderung und die Klagerücknahme) dazu beitragen, dieses Ziel zu erreichen. Einzelne Neuerungen, wie etwa die Einführung ordentlicher Rechtsbehelfe bei einem Versäumnisurteil, könnten jedoch das Gegenteil des Bezweckten bewirken. In der Arbeit werden Änderungen und Ergänzungen, die zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen sollen, aber auch solche, die Gerichtsverfahren verlangsamen und auch die Autorität des erstinstanzlichen Richters in Frage stellen können, weil sie im zweitinstanzlichen Verfahren den Richter mit den Parteien gleichstellen, kritisch beleuchtet.*

<sup>62</sup> Dopunjeni član 50. ZIP RS.

<sup>63</sup> Izmijenjena odredba člana 95. (1).

<sup>64</sup> Izmijenjeni član 131. (4) ZIP RS.

## Aktuelnosti iz evropskog prava

### Aktuelne tendencije u okviru pravosudne saradnje u građanskim stvarima<sup>1</sup>

Dr Rolf Wagner\*

Nadovezujući se na prošlogodišnji Izveštaj (Wagner, NJW 2012, 1333), ovaj tekst ima za cilj da informiše praksu o najnovijim aktivnostima u Briselu u vezi sa harmonizacijom pravila u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima, kao i o stanju u nemačkom "pratećem zakonodavstvu". Osim toga, predmet ovog rada su i aktuelna sudska praksa Evropskog suda, kao i novi pokrenuti postupci donošenja preliminarnih odluka u vezi sa pravosudnom saradnjom u građanskim stvarima.

#### I. Novine u pravu EU

##### 1. Međunarodno nasledno pravo

Dana 4. 7. 2012. godine doneta je Uredba o nasleđivanju<sup>2</sup>. Ona sadrži pravila o međunarodnoj nadležnosti, merodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava. Osim toga, ovom uredbom se uvodi i Evropski sertifikat (potvrda) o nasleđivanju. Doduše, pravila Uredbe, koja su od značaja za praksu i koja u Nemačkoj moraju da budu dopunjena donošenjem Zakona o sprovođenju, primenjivaće se na naslednopravne slučajeve sa elementom inostranosti tek nakon 16. 8. 2015. godine. Međutim, kada je reč o davanju pravnih saveta, trebalo bi već sada razmotriti ovu uredbu<sup>3</sup>.

\* Autor je savetnik u Saveznom ministarstvu pravde u Berlinu. Ovaj tekst odražava isključivo lični stav autora.

<sup>1</sup> Ovaj članak objavljen je na nemačkom jeziku u *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2013, 1653. Izdavač i redakcija NPR zahvaljuju se autoru i izdavačkom preduzeću C. H. Beck na dozvoli da se članak publikuje na ovom mestu. Način citiranja je preuzet prema prvoj objavi teksta.

<sup>2</sup> Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršavanju javnih isprava u naslednim stvarima i o uspostavi Evropske potvrde o nasleđivanju (ABIEU br. L 201 od 27. 7. 2012, str. 107; ispravke u ABIEU br. L 344 od 14. 12. 2012, str. 3, ABIEU br. L41 od 12. 2. 2013, str. 16 i ABIEU br. L60 od 2. 3. 2013, str. 140).

<sup>3</sup> Vidi Prelazne odredbe u čl. 83 Uredbe o nasleđivanju. Iz već sada dovoljno obimne literature u vezi sa ovom uredbom vidi naročito: *Buschbaum*, Svecanik za Ulricha Huebnera, 2012, str. 589; *Coester*, ZEV 2013, 115; *Doerner*, ZEV 2012, 305; *Dutta*, FamRZ 2013, 4; *Everts*, ZEV 2013, 124; *Janzen*, DnotZ

Nažalost, Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska nisu iskoristili mogućnost optiranja.<sup>4</sup> Takođe nema izgleda da će doći do naknadnog optiranja ovih država. Uredba o nasleđivanju se neće primenjivati ni u Danskoj<sup>5</sup>, s obzirom na to da Danska i dalje ne uzima učešće u aktivnostima vezanim za pravosudnu saradnju u građanskim stvarima. Bez obzira na ovo, pravila Uredbe će se primenjivati u Nemačkoj i kada je slučaj povezan sa nekom od ove tri države, pošto odredbe Uredbe o nasleđivanju, shodno čl. 20 Uredbe, važe i kada je merodavno pravo treće države, dakle, države koja nije država članica EU.

##### 2. Nova/reformisana Uredba o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima

Pored Uredbe o nasleđivanju, usvojena je i nova/reformisana<sup>6</sup> Uredba o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima<sup>7</sup>, čije odredbe počinju da važe od 10. 1. 2015. godine. Za razliku od Uredbe o nasleđivanju, Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska su optirali za ovu uredbu. Očekuje se da reformisana Uredba važi i u Danskoj, na osnovu posebnog sporazuma<sup>8</sup> koji bi EU i Danska zaključile.<sup>9</sup> U tom slučaju će se, u skladu sa reformisanom Uredbom, sudske odluke iz svih zemalja članica EU izvršavati u državi izvršenja bez prethodnog sprovođenja postupka za oglašavanje izvršnosti. Time se ne

2012, 484; *Kunz*, GPR 2013, 208 i GPR 2013, 253; *Leitzen*, ZEV 2013, 128; *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1 (6 ff.); *Nordmeier*, ZEV 2013, 117; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393; *Steiner*, NZ 2012, 104; *Wilke*, RIW 2012, 601.

<sup>4</sup> Poseban status ovih država proizlazi iz Protokola br. 21 uz Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (ABIEU br. C 83 od 30. 3. 2010, str. 295).

<sup>5</sup> Osnov za ocenu br. 83 Uredbe o nasleđivanju; poseban status Danske regulisan je Protokolom br. 22 uz Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (ABIEU br. C 83 od 30. 3. 2010, str. 299).

<sup>6</sup> Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. 12. 2012. godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Nova verzija ABIEU br. L 351 od 20. 12. 2012, str. 1).

<sup>7</sup> Uredba (EZ) br. 44/2001 od 22. 12. 2000. godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (ABIEG br. L 12 od 16. 1. 2001, str. 1; ispravke u ABIEG br. L 307 od 24. 11. 2001, str. 28 i ABIEU br. L 328 od 14. 12. 2010, str. 36; Nova verzija Aneksa u ABIEU br. L 50 od 23. 2. 2012, str. 3).

<sup>8</sup> Sporazum između EZ i Kraljevine Danske o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (ABIEU br. L 299 od 16. 11. 2005, str. 62).

<sup>9</sup> U tom smislu v. ABIEU br. L 79 od 21. 3. 2013, str. 4.

ugrožava zaštita dužnika;<sup>10</sup> dužnik može u državi izvršenja da istakne prigovor da sudska odluka iz druge države članice vređa javni poredak (*ordre public*) države izvršenja. Međutim, izmene u reformisanoj Uredbi prevazilaze okvire ukidanja postupka za oglašavanje strane odluke izvršnom. Ostale naročito značajne novine jesu uvođenje posebne mesne nadležnosti za povraćaj kulturnih dobara (čl. 7 br. 4 Uredbe (EU) br. 1215/2012 o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima), jačanje sporazuma o sudskoj nadležnosti i bolje prožimanje arbitraže i državnih sudova.<sup>11</sup>

## II. Aktualnosti u važećem pravu EU

Počevši od 23. 10. 2012. godine važe novi aneksi<sup>12</sup> uz Uredbu o Evropskom platnom nalogu.<sup>13</sup> Osim toga, izvršene su korekcije<sup>14</sup> nemačkog prevoda prelazne odredbe u čl. 75 stav 2 Uredbe EU o izdržavanju.<sup>15</sup> Pored toga, od 22. 5. 2014. godine i u Litvaniji će važiti Uredba Rim III.<sup>16</sup> Trenutno ova uredba – doneta na osnovu Pojačane saradnje (čl. 20 Ugovora o EU u vezi sa čl. 326 ff. Ugovora o funkcionisanju EU) – važi samo u 14 država članica EU,<sup>17</sup> među koje spada i Nemačka. Ovde moramo da skrenemo pažnju na izvršenu korekciju<sup>18</sup> nemačkog prevoda recitala br. 17 Uredbe Rim II<sup>19</sup>, koja je sa nemačke tačke gledišta bitna, s obzirom na to da je upravo u ovom recitalu jasno prikazano da pojam mesta nastanka štete, koji predstavlja centralni pojam za Uredbu Rim II, odgovara pojmu povrede

pravnog dobra u skladu sa nemačkom terminologijom međunarodnog deliktneog prava.<sup>20</sup>

## III. Zakonodavni predlozi Evropske komisije u fazi obrade

### 1. Međunarodno bračnoimovinsko pravo

Rasprave o predlozima uredaba Evropske komisije od 16. 3. 2011. godine o imovinskim odnosima bračnih drugova,<sup>21</sup> odnosno registrovanih partnerstava<sup>22</sup> još uvek nisu okončane. Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska ni kod jednog od ovih predloga nisu iskoristile mogućnost optiranja.<sup>23</sup> Kada imamo ovo u vidu, jasno je zbog čega je irsko predsedavanje u EU podržalo rasprave u ovoj oblasti u prvoj polovini 2013. godine, ali ih nije dovelo do kraja.

### 2. Privremena zaplena računa

Aktivnosti na obimnom predlogu Uredbe o privremenoj zapleni računa od 25. 7. 2011. godine<sup>24</sup> približavaju se završnoj fazi. Za razliku od Irske, Ujedinjeno Kraljevstvo (još uvek) nije iskoristilo mogućnost optiranja. Irski predstavnik je zainteresovan za brz napredak po ovom pitanju.

### 3. Priznanje zaštitnih mera u građanskom pravu

Aktivnosti na Predlogu Uredbe o priznanju zaštitnih mera od 18. 5. 2011. godine<sup>25</sup> nalaze se pred finalizacijom.<sup>26</sup> U skladu sa ovim predlogom građanskopravne odluke o zaštitnim merama donete u drugim državama članicama moraju da se izvrše u državi izvršenja bez sprovođenja prethodnog postupka oglašavanja odluke izvršnom. U državi priznanja i izvršenja ugroženo lice se može protiviti stranoj odluci o zaštitnim merama, tako što će dokazivati da je ona suprotna javnom poretku (*ordre public*) ili da je nespojiva sa odlukom koja je već doneta ili priznata. Mere imaju za cilj da zaštite neko lice, ukoliko postoje ozbiljni razlozi za pretpostavku da su život tog lica, njegov telesni i duševni integritet, njegova lična sloboda i njegov seksualni integritet u opasnosti.

### 4. Stečaj

Dana 12. 12. 2012. godine Evropska komisija je predstavila svoje predloge<sup>27</sup> za izmenu Uredbe o stečajnom

<sup>10</sup> U vezi sa ovim pitanjima v. npr. *Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44.

<sup>11</sup> O novoj verziji v. kod: *Cadet*, EuZW 2013, 218; *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1 (8 f.); *Pohl*, IPRax 2013, 109.

<sup>12</sup> Uredba (EU) br. 936/2012 Komisije od 4. 10. 2012. godine o izmenama Aneksa Uredbe (EZ) br. 1896/2006 Evropskog parlamenta i Saveta o uvođenju Evropskog platnog naloga (ABIEU br. L 283 od 16. 10. 2012., str. 1).

<sup>13</sup> Uredba (EZ) br. 1896/2006 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. 12. 2006. godine o uvođenju Evropskog platnog naloga (ABIEU br. L 399 od 30. 12. 2006, str. 1, ispravke u ABIEU br. L 46 od 21. 2. 2008, str. 52 i ABIEU br. L 333 od 11. 12. 2008, str. 17).

<sup>14</sup> ABIEU br. L 8 od 12. 1. 2013, str. 19.

<sup>15</sup> Uredba (EZ) br. 4/2009 Saveta od 18. 12. 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka i saradnji u predmetima koji se odnose na obavezu izdržavanja (ABIEU br. L 7 od 10. 1. 2009, str. 1; ispravke u ABIEU br. L 131 od 18. 5. 2011, str. 26). Detaljnije v. u Uredbi o sprovođenju od 10. 11. 2011. godine (ABIEU br. L 293 od 11. 11. 2011, str. 24).

<sup>16</sup> Uredba (EU) br. 1259/2010 Saveta od 20. 12. 2010. godine o sprovođenju pojačane saradnje u oblasti izbora merodavnog prava za razvod i rastavu braka (ABIEU br. L 343 od 29. 12. 2010, str. 10).

<sup>17</sup> Nabrojane države v. u: Osnov za ocenu br. 6 Uredbe Rim III.

<sup>18</sup> ABIEU br. L 310 od 9. 11. 2012, str. 52.

<sup>19</sup> Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. 7. 2007. godine o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (ABIEU br. L 199 od 31. 7. 2007, str. 40).

<sup>20</sup> U vezi sa ovim pitanjem v. *Junker*, u: MuenchKomm-BGB, 5. Izdanje (2010), čl. 4 Uredbe Rim II, komentar br. 20.

<sup>21</sup> KOM (2011)126

<sup>22</sup> KOM(2011)127.

<sup>23</sup> *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1 (7).

<sup>24</sup> KOM (2011)445, u vezi s tim v. npr. *Cranshaw*, DZWIR 2012, 399; *Haecker*, WM 2012, 2180; *Sujecki*, EuZW 2012, 327.

<sup>25</sup> KOM(2011)276.

<sup>26</sup> Krivičnopravni "paralelni instrument" jeste Direktiva 2011/99/ EU Evropskog parlamenta i Saveta od 13. 12. 2011. godine o Evropskom zaštitnom nalogu (ABIEU br. L 338 od 21. 12. 2011, str. 2). Rok za implementaciju ove direktive u nacionalno pravo je 11. 1. 2015. godine.

<sup>27</sup> KOM(2012)744. U vezi s tim v. i Izveštaj Evropske komisije od 12. 12. 2012. godine, podnet Evropskom parlamentu,

postupku.<sup>28</sup> Obimni reformski predlozi usmereni su prvenstveno na efikasnije regulisanje slučajeva prekograničnog stečaja. Pored toga, Komisija je objavila i Izveštaj<sup>29</sup> o iskustvima u primeni Uredbe o stečajnom postupku u prvih deset godina njenog važenja. U vezi sa implementacijom svog istovremenog objavljenog Saopštenja o planovima vezanim za srednjoročni i dugoročni dalji razvoj evropskog stečajnog prava<sup>30</sup> Komisija namerava da sprovede detaljno istraživanje posvećeno pitanju kako se razlike među nacionalnim stečajnim pravima odražavaju na način funkcionisanja zajedničkog tržišta. Možemo da se nadamo da bi ovo istraživanje moglo da dovede do parcijalne harmonizacije određenih aspekata stečajnog prava.

### 5. Ukidanje legalizacije

Dana 24. 4. 2013. godine Evropska komisija je predstavila predlog Uredbe o ukidanju legalizacije unutar EU za određene "javne" isprave (npr. izvode iz matičnih knjiga rođenih i umrlih, izvode iz zemljišnih knjiga, kao i za uverenja o državljanstvu i nekažnjavanju).<sup>31</sup> Sa ovim predlogom Komisija je stupila na potpuno nepoznato tlo, s obzirom na to da ga nije čak ni delimično temeljila na nadležnostima vezanim za pravosudnu saradnju u građanskim stvarima (čl. 81 Ugovora o funkcionisanju EU), već potpuno na osnovnom pravu na slobodno kretanje fizičkih lica (čl. 21 stav 1, 2 Ugovora o funkcionisanju EU) i na opštoj klauzuli o zajedničkom unutrašnjem tržištu (čl. 114 stav 1 Ugovora o funkcionisanju EU).

## IV. Najvažniji projekti u fazi pripreme

### 1. Izveštaji o Uredbi Brisel Iia i Uredbi Rim II

Izveštaji Evropske komisije o primeni Uredbe Brisel Iia<sup>32</sup> i Uredbe Rim II, koji su trebali da budu završeni najkasnije do 1. 1. 2012. g., odnosno 20. 8. 2011. godine,<sup>33</sup> još uvek nisu podneti. Uz ove izveštaje mogu da se prilože i predlozi za izmenu navedenih Uredaba.

Veću i Evropskom ekonomskom i socijalnom odboru (KOM (2012)743). U vezi s tim v. *Reuss*, EuZW 2013, 165; *Thole/Swierczok*, ZIP 2013, 550.

<sup>28</sup> Uredba (EZ) br. 1346/2000 Saveta od 29. 5. 2000. godine o stečajnom postupku (ABIEG br. L 160 od 30. 6. 2000. godine, str. 1; aneksi A-C, zamenjeni aneksima I-III, aktuelna verzija: ABIEU br. L 65 od 13. 3. 2010, str. 1).

<sup>29</sup> KOM(2012)743.

<sup>30</sup> KOM(2012)742.

<sup>31</sup> KOM(2012)228.

<sup>32</sup> Uredba (EZ) br. 2201/2003 Saveta od 27. 11. 2003. godine o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnoj materiji i materiji roditeljske odgovornosti kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000 (ABIEU br. L 338 od 23. 12. 2003, str. 1; o izmenama u vezi sa ugovorima Malte sa Svetom stolicom v. ABIEU br. L 367 od 14. 12. 2004, str. 1; aktuelizovani podaci o sudovima i pravnim lekovima u: ABIEU br. C 85 od 23. 3. 2013, str. 6).

<sup>33</sup> Čl. 65 Uredbe Brisel Iia, odnosno čl. 30 stav 1 Uredbe Rim II.

## 2. Priznanje pravnog dejstva isprava o ličnim stanjima

Za razliku od ranijih objava, Evropska komisija za 2013. godinu još uvek ne planira predstavljanje zakonodavnog predloga za priznanje pravnog dejstva određenih isprava o ličnom stanju (npr. u odnosu na poreklo, usvojenje ili ime).<sup>34</sup> Smatramo da ovo treba pozdraviti. Komisija je donela ispravnu odluku da detaljnije razmisli o svojoj ideji priznanja isprava o ličnim stanjima.<sup>35</sup>

## V. Aktuelnosti u pogledu vršenja spoljnih nadležnosti EU

### 1. Haški protokol o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja i Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja

Počevši od 18. 6. 2011. godine merodavno pravo za obaveze izdržavanja ne određuje se prema ukinutom čl. 18 Uvodnog zakona za Građanski zakonik, odnosno čl. 17 Uvodnog zakona za Građanski zakonik, ukoliko je u ovim odredbama bilo pomenuto pravo na izdržavanje, već (na osnovu upućivanja čl. 15 Uredbe EU o izdržavanju) primarno prema odredbama Haškog protokola od 23. 11. 2007. godine o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja.<sup>36</sup> Doduše, ovaj protokol će stupiti na snagu tek 1. 8. 2013. godine. Međutim, EU ga je već pre tog roka oglasila merodavnim,<sup>37</sup> sa pravnim dejstvom u svim zemljama članicama, izuzimajući Ujedinjeno Kraljevstvo i Dansku.<sup>38</sup>

Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja od 23. 11. 2007. godine<sup>39</sup> sadrži u prvom redu sveobuhvatan sistem saradnje između država ugovornica posredstvom centralnih organa, kao i pravila o priznanju i izvršenju sudskih odluka. Konvencija je stupila na snagu 1. 1. 2013. godine, najpre u odnosu na Albaniju i Norvešku. Počevši od 1. 2. 2013. godine ova konvencija važi i u Bosni i Hercegovini. U najskorije vreme može da se računa sa deponovanjem povelje o pristupanju od strane EU.<sup>40</sup> Konvencija će u tom slučaju stupiti na snagu u svim zemljama članicama EU (uz izuzetak Danske).

<sup>34</sup> *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2012, 1 (9).

<sup>35</sup> O problemima koji iz ovog proizlaze v. npr., umesto velikog broja navoda, u: *Wagner*, FamRZ 2011, 609 i od istog autora, StAZ 2012, 133, uz ukazivanje na literaturu.

<sup>36</sup> Haški protokol od 23. 11. 2007. godine o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja, www.hcch.net.

<sup>37</sup> *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2012, 1 (10).

<sup>38</sup> Čl. 4 Odluke Saveta od 30. 11. 2009. godine o zaključenju Haškog protokola od 23. 11. 2007. godine o pravu merodavnom za obaveze izdržavanja od strane EZ (ABIEU br. L 331 od 16. 12. 2009, str. 17). Čl. 5 ove odluke sadrži posebne prelazne odredbe.

<sup>39</sup> Haška konvencija od 23. 11. 2007. godine o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih članova porodice. Tekst je štampan u ABIEU br. L 192 od 22. 7. 2011, str. 51, a nalazi se i na www.hcch.net.

<sup>40</sup> O ovom pitanju v. detaljnije Odluku Saveta ministara od 9. 6. 2011. godine (ABIEU br. L 192 od 22. 7. 2011, str. 39).

## 2. Konvencija Saveta Evrope o postupanju dece i sa decom

Nastojanja Evropske komisije u pogledu potpisivanja i ratifikacije Konvencije Saveta Evrope o postupanju dece i sa decom,<sup>41</sup> za koje postoji parcijalno ovlašćenje EU u međunarodnim odnosima, definitivno nisu urodila plodom. Razlog se krije u tome što nisu sve države članice EU bile u stanju da prihvate načela ove konvencije. Zbog toga ova konvencija neće stupiti na snagu ni u jednoj zemlji članici EU.

## VI. Aktuelnosti u nemačkom zakonodavstvu u vezi sa sprovođenjem i implementacijom akata

### 1. Zakon o sprovođenju Haške konvencije o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja

Zakonodavni organi usvojili su Zakon<sup>42</sup> o sprovođenju Haške konvencije o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja od 23. 11. 2007. godine.<sup>43</sup> Pravila o stupanju na snagu su koncipirana tako da ovaj zakon stupa na snagu kada i Haška konvencija o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja stupi na snagu u odnosu na Nemačku.

### 2. Implementacija Direktive EZ o medijaciji

Nemački zakon o medijaciji<sup>44</sup>, koji takođe služi implementaciji Direktive o medijaciji<sup>45</sup>, stupio je na snagu 26. 7. 2012. godine.

### 3. Zakon o sprovođenju Uredbe Rim III

Nemački Zakon o sprovođenju<sup>46</sup> Uredbe Rim III u Nemačkoj je stupio na snagu 29. 1. 2013. godine. Kako i samog naziva zakona proizlazi, ovaj zakon sadrži neophodna pravila za sprovođenje Uredbe Rim III.

<sup>41</sup> Konvencija Saveta Evrope od 15. 5. 2003. godine o postupanju dece i sa decom. Tekst Konvencije može da se pronađe na sajtu Biroa za ugovore Saveta Evrope [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int).

<sup>42</sup> Savezni službeni glasnik (BGBl) I 2013, 273. Materijali: BT-Dr 17/1049, 2 i BT-Dr 17/11885, kao i BR-Dr 311/12 (rešenje), BR-Dr 9/13 i BR-Dr 9/13 (rešenje).

<sup>43</sup> Detaljnije o stupanju na snagu ove Haške konvencije v. u prethodnom tekstu pod V. 1.

<sup>44</sup> Savezni službeni glasnik (BGBl) I 2012, 1577. Materijali: BT-Dr 17/5496, BT-Dr 17/8058, BT-Dr 17/10102 i BR-Dr 60/11, BR-Dr 60/11 (rešenje), BR-Dr 10/12, BR-Dr 10/12 (rešenje), BR-Dr 377/12 i BR-Dr 377/12 (rešenje).

<sup>45</sup> Direktiva 2008/52/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 21. 5. 2008. godine o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima (ABIEU br. L 136 od 24. 5. 2008, str. 3). V. i: Zaključak Evropskog parlamenta od 13. 9. 2011. godine (ABIEU br. C 51 od 22. 2. 2013. godine, str. E/17).

<sup>46</sup> Savezni službeni glasnik (BGBl) I 2013, 101. Materijali: BT-Dr 17/11049 i BT-Dr 17/11384, kao i BR-Dr 468/12 i BR-Dr 706/12 (rešenje). Zakonodavac je prihvatio vladin nacrt u neizmenjenom obliku. O ovom Nacrtu v. *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1 (13).

Zakonom je uveden novi član 48 Uvodnog zakona za Građanski zakonik. Kada je nemačko pravo merodavno za pravo na ime, ovo pravilo omogućava da se pod određenim uslovima zadrži ime koje je prethodno stečeno i upisano u registar u nekoj drugoj državi EU.<sup>47</sup>

## VII. Praksa Evropskog suda pravde

### 1. Nove odluke

Zahtevi za donošenje preliminarne odluka u okviru pravosudne saradnje u građanskim stvarima ponovo su doveli do velikog opterećenja<sup>48</sup> Evropskog suda pravde.<sup>49</sup> U svojim odlukama u ovoj oblasti prava Sud je u prvom redu – ali ne samo u toj oblasti – doprineo tumačenju Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.

a) *Uredba Saveta (EZ) o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima*. U prvoj odluci<sup>50</sup> o kojoj će ovde biti reči, radilo se o razgraničenju između Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima i Uredbe o stečajnom postupku. Evropski sud pravde je o ovom pitanju doneo odluku da se međunarodna nadležnost za tužbu stečajnog upravnika, koja se zasniva na zahtevu za pobijanje stečajnog postupka, određuje u skladu sa Uredbom o stečajnom postupku; ukoliko stečajni upravnik ovaj zahtev ustupi trećem licu, a treće lice istakne taj zahtev, nadležnost se određuje u skladu sa Uredbom o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima. U drugoj svojoj odluci Evropski sud pravde je zahtev za povraćaj potraživanja preplaćenog iznosa obeštećenja zbog nacističkog progona kvalifikovao kao građansko-pravni u smislu Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>51</sup>

Prema tumačenju Evropskog suda pravde<sup>52</sup> spor iz ugovora u smislu čl. 5 br. 1 lit. a Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima postoji kada beneficijar neke menice, koju je on naknadno

<sup>47</sup> Ova regulativa u krajnjoj liniji služi za implementaciju odluke Evropskog suda pravde, NJW 2009, 135.

<sup>48</sup> Predmet C-98/12 (tumačenje mesne nadležnosti potrošača u Uredbi).

<sup>49</sup> Novi Poslovnik Evropskog suda pravde štampan je u ABIEU br. L 265 od 29. 9. 2012. godine, str. 1.

<sup>50</sup> Evropski sud pravde, Odluke Evropskog suda pravde u građanskim stvarima 2012, 427 sa napomenama *Sujecki* = NJW 2012, 2175 L. Detaljnije o ovome u: *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1 (13 i 30 f.).

<sup>51</sup> Evropski sud pravde, NJW 2013, 1661.

<sup>52</sup> Evropski sud pravde, presuda od 14. 3. 2013. godine – C-419/11, Predmeti Beck 2013, 80540.

popunio u celosti, istakne zahteve iz te menice prema meničnim jemcima. Sudska nadležnost prema mestu izvršenja štetne radnje (čl. 5 br. 3 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima) važi, po tumačenju Evropskog suda pravde, i u slučaju negativnih tužbi za utvrđenje.<sup>53</sup> Ako je u sporu vezanom za povredu žiga, koji je registrovan u nekoj od država članica, davalac reklame na veb stranici pretraživača, koji se vodi pod top-level internet domenom neke druge države članice, upotrebio ključnu reč koja je identična sa tim žigom, tada, prema mišljenju Evropskog suda pravde, a shodno čl. 5. br. 3 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, može da se pokrene postupak pred sudovima države članice u kojoj je registrovan žig ili pred sudovima države članice u kojoj davalac reklame ima mesto poslovanja.<sup>54</sup>

Prema shvatanju Evropskog suda pravde, može doći do protivrečnih sudskih odluka, a time i do primene čl. 6 br. 1 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, ako se svakom od dva ili više privrednih društava sa sedištem u različitim državama članicama u postupku koji se vodi pred sudom jedne od tih država članica zasebno stavi na teret da je izvršilo povredu *istog* nacionalnog dela evropskog patenta kakav važi i u drugoj državi članici, i to radnjama koje se odnose na *isti* proizvod.<sup>55</sup> Nadležni sud je dužan da ispita da li zaista postoji opasnost od protivrečnih odluka u odvojenim postupcima, uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinačnog slučaja. Osim toga, Evropski sud pravde doneo je odluku da čl. 6 br. 1 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima ne može da se primenjuje na tužene koji nemaju prebivalište u jednoj od država članica EU.<sup>56</sup>

Fizičko lice koje je profesionalno tesno povezano sa nekim privrednim društvom (npr. kao rukovodilac ili većinski vlasnik) ne smatra se, prema shvatanju

Evropskog suda pravde, potrošačem u smislu čl. 15 ff. Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, ukoliko je to lice preuzelo menično jemstvo za menicu koja je izdata kao garancija za obavezu tog društva po osnovu zajma.<sup>57</sup> Evropski sud pravde je ojačao poziciju potrošača u tom smislu što je zauzeo stav da potrošački ugovor u okviru čl. 15 stav 1 lit. c Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima ne mora da bude zaključen preko sredstava telekomunikacije.<sup>58</sup>

U jednom sporu iz radnog odnosa između službenika ambasade i ambasade zemlje koja nije članica EU – a koja se nalazi u zemlji članici EU – ambasada se, prema mišljenju Evropskog suda pravde, smatra mestom poslovanja u smislu čl. 18 stav 2 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, ukoliko je ambasada zaključila ugovor o radu u ime države koju predstavlja i ukoliko zadaci koje izvršava zaposleni ne spadaju u vršenje državnih ovlašćenja.<sup>59</sup> Prema istoj presudi, sporazum o nadležnosti koji je zaključen pre nastanka spora ulazi u polje primene čl. 21 br. 2 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, ukoliko je ovim sporazumom data mogućnost zaposlenom da se, osim sudova koji su uobičajeno nadležni u skladu sa posebnim odredbama čl. 18 i čl. 19 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, obrati i drugim sudovima, uključujući i sudove izvan EU. Prorogaciona klauzula, sadržana u ugovoru između proizvođača i kupca određene stvari može, prema jednoj drugoj presudi, da se iskoristi protiv potonjeg kupca koji želi da podnese tužbu zbog objektivne odgovornosti, ali samo u slučaju da se taj potonji kupac složio sa klauzulom pod uslovima navedenim u čl. 23 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>60</sup>

Prema Evropskom sudu pravde, a u skladu sa čl. 66 stav 2 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, pravila o priznavanju i izvršenju sudske odluke primenjuju se, imajući u vidu vremenski

<sup>53</sup> Evropski sud pravde, NJW 2013, 287 = Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, sa napomenama *Sujecki* = EWS 2012, 493.

<sup>54</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 513, sa napomenama *Dietze* = JZ 2012, 1014 sa kritičkim napomenama *Lehmann/Stipper* = NJW 2012, 2175 L.

<sup>55</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 837 = RIW 2012, 627, sa širim objašnjenjima vezanim i za tumačenje čl. 22 br. 4 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima.

<sup>56</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2013, NJW 2013, 1661.

<sup>57</sup> Evropski sud pravde, presuda od 14. 3. 2013. godine – C-419, Predmeti Beck 2013, 80540.

<sup>58</sup> Evropski sud pravde, NJW 2012, 3225 sa napomenama *Staudinger/Steinroetter* = Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 917 sa napomenama *Sujecki*.

<sup>59</sup> Evropski sud pravde, NZA 2012, 935 = RIW 2012, 935; u vezi sa ovim v. *Abele*, FA 2012, 293.

<sup>60</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2013, 316, sa napomenama *Moebus*.



aspekt, samo ukoliko je Uredba o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima u trenutku donošenja sudske odluke već bila na snazi u državi porekla odluke i državi priznanja.<sup>61</sup>

U pojam "odluka" u čl. 32 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima spada, prema shvatanju Evropskog suda pravde, i odluka kojom se sud neke države članice EU oglašava nenadležnim zbog postojanja sporazuma o sudskoj nadležnosti.<sup>62</sup> Evropski sud pravde ide veoma daleko kada, u jednoj svojoj odluci, razmatranja o materijalnom pravnom dejstvu sporazuma o isključivoj sudskoj nadležnosti u korist sudova treće države članice<sup>63</sup> u jednoj takvoj nacionalnoj odluci smatra da su obuhvaćena dejstvom priznanja prema državi priznanja.<sup>64</sup>

U postupcima po pravnim lekovima vezanim za oglašavanje izvršnosti, sud koji postupi po pravnom leku može, prema shvatanju Evropskog suda pravde, da preispituje uverenje koje je sačinio sud države porekla odluke u skladu sa čl. 54 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>65</sup> Ukoliko odluka nije obrazložena (npr. presuda zbog propuštanja), onda to, prema istoj presudi, ne predstavlja samo po sebi povredu javnog poretka (čl. 45 stav 1 u vezi sa čl. 34 stav 1 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima). Pretpostavke za primenu *ordre public*, međutim, postoje, ukoliko postoji očigledno i nesrazmerno ugrožavanje prava tuženog na pravično suđenje u smislu čl. 47 stav 2 Povelje EU o osnovnim pravima, a koje ne daje mogućnost tuženom da na efikasan i svrsishodan način uložiti pravni lek protiv te odluke.

- b) *Uredba o Evropskom platnom nalogu*. U postupku donošenja preliminarne odluke vezane za Uredbu o Evropskom platnom nalogu, Evropski sud pravde<sup>66</sup> je, između ostalog, odlučio da su preduslovi iz čl. 7

Uredbe o Evropskom platnom nalogu koje mora da ispuni zahtev za izdavanje Evropskog platnog naloga iscrpni i dovoljni. Prema ovoj odluci, Uredba o Evropskom platnom nalogu ne brani podnosiocu da u svom zahtevu za izdavanje platnog naloga zahteva kamatu za vreme koje protekne od dospeća naplate do izmirenja glavnog potraživanja. U drugom postupku Evropski sud pravde<sup>67</sup> je ustanovio da neblagovremeno ulaganje prigovora na Evropski platni nalog zbog propusta advokata nije samo po sebi dovoljno da opravda preispitivanje Evropskog platnog naloga u postupku u skladu sa čl. 20 Uredbe o Evropskom platnom nalogu (preispitivanje Evropskog platnog naloga u izuzetnim slučajevima).

- c) *Uredba o dostavi pismena*. Čl. 1. 1 stav 1 Uredbe o dostavi pismena<sup>68</sup> nespojiv je, prema shvatanju Evropskog suda pravde,<sup>69</sup> sa propisima države članice prema kojima se sudska pismena, određena za stranu u postupku koja ima prebivalište odnosno uobičajeno boravište u drugoj državi članici, odlažu u sudska akta i time se smatraju kao da su dostavljena, ukoliko ta strana u državi suda nije imenovala punomoćnika za prijem pismena.
- d) *Uredba o izvođenju dokaza*. Uredba (EZ) br. 1206/2011 Saveta od 28. 5. 2001. godine o saradnji sudova država članica radi izvođenja dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima<sup>70</sup> ne sprečava nadležni sud neke države članice, koji želi da sasluša u svojstvu svedoka stranku koja ima prebivalište u nekoj drugoj državi članici, da tu stranku pozove pred sud i sasluša je u skladu sa pravom svoje države.<sup>71</sup> Osim toga, Evropski sud pravde<sup>72</sup> je odlučio da nacionalni sud, koji namerava da naloži da sudski veštak izvrši veštačenje u nekoj drugoj državi članici, nije pri tom nužno obavezan da primenjuje postupak izvođenja dokaza predviđen u čl. 1 stav 1 lit. b i čl. 17 Uredbe o izvođenju dokaza.

<sup>61</sup> Evropski sud pravde, NJW-RR 2012, 1532 = Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 626.

<sup>62</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2013, 60 = EWS 2012, 535 = WM 2012, 73; kao i o onome što stoji u tekstu koji sledi.

<sup>63</sup> Ovde se pod trećom zemljom članicom podrazumeva zemlja članica koja nije ni zemlja porekla odluke niti zemlja priznanja.

<sup>64</sup> O tome na dosta kritički način v. u: *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1 (19).

<sup>65</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 912 sa napomenama *Bach* = RIW 2012, 781.

<sup>66</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 147 sa napomenama *Sujecki*.

<sup>67</sup> Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2013, 437.

<sup>68</sup> Uredba (EZ) br. 1393/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 13. 11. 2007. godine o dostavi u državama članicama sudskih i vansudskih pismena u građanskim i trgovinskim stvarima ("dostava pismena") i o stavljanju van snage Uredbe Saveta (EZ) br. 1348/2000 (ABIEU br. L 324 od 10. 12. 2007. godine).

<sup>69</sup> Evropski sud pravde, NJW 2013, 443, sa napomenama *Duesterhaus* = IPRax 2013, 157.

<sup>70</sup> Uredba (EZ) br. 1206/2011 Saveta od 28. 5. 2001. godine o saradnji između sudova zemalja članica u izvođenju dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima.

<sup>71</sup> Evropski sud pravde, NJW 2012, 3771 = Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 831 sa napomenama *Bach* = JZ 2013, 97 sa napomenama *Teixeira de Souza*; u vezi s tim v. *Kern*, GPR 2013, 49.

<sup>72</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2013, 313 sa napomenama *Bach* = EWS 2013, 85.

- e) *Uredba o stečajnom postupku*. Jedna odluka Evropskog suda pravde<sup>73</sup> doneta je u vezi sa vremenskim poljem primene Uredbe o stečajnom postupku (pristupanje Mađarske EU).<sup>74</sup> U drugoj odluci<sup>75</sup>, koju smo već pomenuli u drugom kontekstu, Evropski sud pravde se izjasnio o materijalnom polju primene Uredbe o stečajnom postupku (pojam građanske i trgovinske stvari u smislu čl. 1 stav 1 Uredbe o stečajnom postupku). U trećoj, veoma opširnoj odluci, Evropski sud pravde<sup>76</sup> je dao doprinos tumačenju odredaba čl. 4, 27 Uredbe o stečajnom postupku u njihovom izvornom obliku. Pri tom, Evropski sud pravde je prvo utvrdio da, u okviru čl. 4 stav 2 lit. j Uredbe o stečajnom postupku, nacionalno pravo države članice u kojoj je otvoren stečajni postupak jeste pravo na osnovu kojeg se određuje kada nastupa okončanje stečajnog postupka. U odluci se dalje navodi da čl. 27 Uredbe o stečaju dopušta da se otvori sekundarni stečajni postupak u državi članici u kojoj dužnik ima mesto poslovanja, ukoliko glavni stečajni postupak ima zaštitnu svrhu. Sud nadležan za otvaranje sekundarnog stečajnog postupka dužan je da, uzimajući u obzir načelo lojalne saradnje, vodi računa o ciljevima glavnog stečajnog postupka i sistematici Uredbe o stečajnom postupku. Sud koji je nadležan za podnošenje zahteva za otvaranje sekundarnog stečajnog postupka nije dužan da utvrđuje nelikvidnost dužnika nad čijom se imovinom u nekoj drugoj državi članici vodi glavni stečajni postupak, ukoliko glavni stečajni postupak ima zaštitnu svrhu.
- f) *Uredba Brisel Iia*. Situacija oko Uredbe Brisel Iia se u međuvremenu donekle smirila. U okviru ubrzanog postupka Evropski sud pravde<sup>77</sup> je utvrdio da odluka suda neke države članice kojom se nalaže smeštaj deteta u zatvorenu ustanovu za lečenje i odgoj u nekoj drugoj državi članici radi njegove zaštite, spada u materijalno polje primene Uredbe. Osim toga, Evropski sud pravde je u tom predmetu doneo odluku da pre donošenja odluke o smeštanju deteta u takvu ustanovu u drugoj državi članici nadležna javnopravna služba (a ne dom u koji dete treba da se smesti) mora da da saglasnost u skladu sa čl. 56 stav

2 Uredbe Brisel Iia. Konačno, u skladu sa stavom Evropskog suda pravde, izvršna odluka suda neke države članice, kojom se nalaže prinudno smeštanje deteta u ustanovu zatvorenog tipa u drugoj državi članici, mora da se oglasi izvršnom pre nego što se pristupi izvršenju.

## 2. Novi postupci koji su pokrenuti pred Evropskim sudom pravde

Većina novih zahteva za donošenje preliminarnih odluka, upućenih Evropskom sudu pravde, a u vezi sa pravosudnom saradnjom u građanskim stvarima, i dalje se odnosi na Uredbu o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, čime se samo naglašava praktični značaj ove uredbe.

- a) *Uredba o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima*. Potrebno je da Evropski sud pravde razjasni da li tužba za naknadu štete zbog nedozvoljene radnje, koja se zasniva na dogovaranju o prevari učešćem u utaji poreza na dodatnu vrednost, može da se smatra građanskom i trgovačkom stvari u smislu čl. 1 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>78</sup>

Viši sud u *Krefeldu* poslao je zahtev Evropskom sudu pravde za dodatno razjašnjenje pitanja da li kod konkurentnih zahteva koji proizlaze iz delikta može da se poziva na sporazum o sudskoj nadležnosti (čl. 5 br. 1 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima).<sup>79</sup> U drugom postupku Evropski sud pravde mora da donese odluku da li spor iz ugovora u smislu čl. 5 lit. a Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima postoji u slučaju kada između dve strane ne postoji direktni ugovorni odnos, ali su istaknuti supsidijarni zahtevi za poravnanje i jemstvo za obaveze iz ugovora.<sup>80</sup> *Trgovinski sud u Beču* uputio je Evropskom sudu pravde pitanje da li je ugovor o skladištenju robe ugovor o pružanju usluga u smislu čl. 5 br. 1 lit. b Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>81</sup> U središtu pažnje jednog veoma opširnog

<sup>73</sup> Evropski sud pravde, IPRax 2013, 150 = Predmeti Beck 2012, 81360.

<sup>74</sup> Predmet C-494/10 izbrisan je iz registra Evropskog suda pravde.

<sup>75</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 427 sa napomenama *Sujecki* = NJW 2012, 2175 L.

<sup>76</sup> Evropski sud pravde, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2013, 141.

<sup>77</sup> Evropski sud pravde, GPR 2013, 46 = Predmet Beck 2012, 81164.

<sup>78</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Østre Landsret* (Danska) od 31. 1. 2013. godine – vodi se kao predmet C-49/12, ABIEU br. C-118 od 21. 4. 2012, str. 12 – Sunico i dr.

<sup>79</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Višeg suda u Krefeldu* od 30. 11. 2012. godine – vodi se kao predmet C-548/12, ABIEU br. C-101 od 6. 4. 2013, str. 5 – Brogsitter.

<sup>80</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Kuria* (Mađarska) od 19. 11. 2012. godine – vodi se kao predmet C-519/12, ABIEU br. C-46 od 16. 2. 2013, str. 13 – OTP banka.

<sup>81</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane

švedskog zahteva za donošenje preliminarne odluke nalazi se pitanje upućeno Evropskom sudu pravde da li čl. 5 br. 1, 3 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima sadrži značajan izuzetak od osnovnog pravila iz čl. 2 Uredbe kod tužbi za naknadu štete.<sup>82</sup> Ostali postupci vezani za pitanja upućena Evropskom sudu pravde odnose se na tumačenje čl. 5 br. 3 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima u predmetima vezanim za odgovornost proizvođača za nedostatke na proizvodima<sup>83</sup>, kao i za povrede imovinskih<sup>84</sup> autorskih prava putem tekstova objavljenih na internet stranicama. Tumačenje čl. 5 br. 3 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima predstavlja predmet još jednog postupka, u kojem je istaknut zahtev u pogledu odgovornosti za pomoćnike kod povrede autorskih prava.<sup>85</sup>

Predmet ostalih postupaka vezanih za pitanja upućena Evropskom sudu pravde jeste nadležnost u sporovima iz potrošačkih ugovora (čl. 15 i sl. Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima). *Viši sud u Sarbrikeni* uputio je pitanje Evropskom sudu pravde da li čl. 15 stav 1 lit. c Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima može da se shvati na način da je, u slučajevima u kojima objava aktivnosti trgovca na internetu ispunjava obeležje “usmeravanja” te aktivnosti, neophodno još jedno nepisano obeležje, a to je da je ta objava na internetu kauzalno povezana sa kupoprodajom.<sup>86</sup> Potrebno je, osim toga, i da se razjasni da li je izborna nadležnost iz čl. 16 stav 1

Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od pomoći potrošaču ne samo u odnosu na njegovog ugovornog partnera, već i u odnosu na partnera tog ugovornog partnera, ukoliko je ovaj poslednji pomagao prilikom ispunjenja ugovornih obaveza.<sup>87</sup> Jedan bugarski sud uputio je Evropskom sudu pravde pitanje da li se sudska nadležnost za stvarna prava na nepokretnostima (čl. 22 st. 1 tač. 1 Uredbe o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima) primenjuje i na vanparnični postupak u kojem se rešava o sudskom odobrenju pravnog posla vezanog za zemljište koji je preduzet od strane staratelja psihički nesposobnog člana porodice.<sup>88</sup> Na zahtev *Vrhovnog suda Austrije* potrebno je, nadalje, da se razjasni da li čl. 24 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (upuštanje u parnicu bez osporavanja nadležnosti) može da zasnuje međunarodnu nadležnost i onda kada se u parnicu upustio “samo” jedan zastupnik odsutnog lica kojeg je postavio taj sud u skladu sa tamošnjim pravom, a da pri tome nije osporio nepostojanje nadležnosti.<sup>89</sup>

*Cour de cassation* postavlja pitanje da li nadležnost suda pred kojim je prvo započet postupak u smislu čl. 27 stav 2 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima može da se utvrdi čim nijedna od strana u postupku nije osporila nadležnost, ili je za to potrebna pravosnažna odluka “prvog” suda.<sup>90</sup> Predmet drugog zahteva za donošenje preliminarne odluke je pojam predmeta postupka iz čl. 27 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>91</sup> U jednom od ta dva postupka dve strane su tužene od strane trećeg lica. U drugom sporu ove dve strane su preuzele ulogu tužitelja i tuženog.

*Trgovinskog suda u Beču* (Austrija) od 22. 10. 2012. godine – vodi se kao predmet C-469/12, Krejci Lager & Umschlagbetriebe.

<sup>82</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Hovätten för Nedre Norrland* (Švedska) od 26. 3. 2012. godine – vodi se kao predmet C-147/12, ABIEU br. C-151 od 26. 5. 2012, str. 25 – ÖFAB.

<sup>83</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *ÖstOGH* od 28. 1. 2013. godine – vodi se kao predmet C-45/13 – Kainz.

<sup>84</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Cour de cassation* (Francuska) od 11. 4. 2012. godine – vodi se kao predmet C-170/12, ABIEU br. C-174 od 16. 6. 2012, str. 19 – Plinckney.

<sup>85</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Saveznog vrhovnog suda* od 28. 6. 2012. godine – vodi se kao predmet C-387/12, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2012, 800 L = GRUR 2012, 1069 = RIW 2012, 85 – Hi hotel.

<sup>86</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Višeg suda u Sarbrikeni* od 10. 5. 2012. godine – vodi se kao predmet C-218/12, ABIEU br. C-243 od 11. 8. 2012, str. 3 – Lokman Emrek/Vlado Sabranovic.

<sup>87</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Višeg suda u Feldkirhu* (Austrija) od 24. 10. 2012. godine – vodi se kao predmet C-478/12 – Maletic.

<sup>88</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Sofiyski gradski sad* (Bugarska) od 13. 8. 2012. godine – vodi se kao predmet C-386/12, ABIEU br. C-311 od 13. 10. 2012, str. 7 – Schneider.

<sup>89</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Austrijskog vrhovnog suda* od 8. 3. 2013. godine – vodi se kao predmet C-112/13 – Aliyev.

<sup>90</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Cour de cassation* (Francuska) od 2. 1. 2013. godine – vodi se kao predmet C-1/13, ABIEU br. C 63 od 2. 3. 2013, str. 13 – Cartier Parfums-Lunettes.

<sup>91</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Vrhovnog pokrajinskog suda u Minheni* od 2. 10. 2012. godine – vodi se kao predmet C-438/12, ABIEU br. C od 8. 12. 2012, str. 16 – Weber.

*Savezni sud* uputio je molbu Evropskom sudu pravde da rastumači da li čl. 34 br. 4 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima obuhvata i slučaj nepomirljivih odluka donetih u istoj državi članici.<sup>92</sup> U drugom zahtevu za donošenje preliminarne odluke treba da se razjasni, pored ostalog, i pitanje troškova, kao i pitanje pomoći u snošenju parničnih troškova u postupku proglašavanja izvršnosti u skladu sa Uredbom o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima.<sup>93</sup> Konačno, Evropskom sudu pravde upućena su i pitanja vezana za odnos između ove Uredbe i CMR-a.<sup>94</sup>

- b) *Konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze*. Holandski *Hoge Raad* je Evropskom sudu pravde uputio pitanje koje pravo treba u okviru čl. 6 stav 2 Konvencije o merodavnom pravu za ugovorne obaveze<sup>95</sup> primeniti na ugovor o radu, ukoliko zaposleni svoju delatnost trajno obavlja u jednoj zemlji, ali sve ostale okolnosti ukazuju na tesnu povezanost ugovora o radu sa drugom zemljom.<sup>96</sup> Belgijski *Kasacioni sud* je, pored toga, želeo da zna da li odredbe čl. 3, 7 stav 2 ove konvencije dopuštaju primenu posebnih imperativnih odredaba *lex fori*, koje nude širi obim zaštite nego što je to slučaj sa minimalnom zaštitom koju predviđa Direktiva o samostalnim trgovačkim zastupnicima<sup>97</sup>, ukoliko je merodavno pravo za ugovor pravo države članice koja je implementirala "samo" minimalnu zaštitu iz Direktive o samostalnim trgovačkim zastupnicima.<sup>98</sup>

- c) *Uredba o Evropskom platnom nalogu*. Austrijski Vrhovni sud je zamolio Evropski sud pravde za razjašnjenje da li čl. 24 Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (nadležnost na osnovu upuštanja u parnicu bez osporavanja nadležnosti) treba da se primenjuje<sup>99</sup> i na Evropski platni nalog.<sup>100</sup> Ukoliko Evropski sud to potvrdi, onda treba i da razjasni da li podnošenje prigovora na Evropski platni nalog već samo po sebi proizvodi upuštanje u parnicu, ako u njemu nije osporena nadležnost suda iz zemlje porekla. A ukoliko to nije slučaj, Evropski sud pravde treba da odluči da li se podnošenjem prigovora u svakom slučaju zasniva nadležnost na osnovu upuštanja u parnicu, kada se već raspravlja o glavnoj stvari, a nadležnost se ne osporava.
- d) *Uredba o uvođenju evropskog naloga za izvršenja nespornih potraživanja*. Viši sud u *Salzburgu* uputio je Evropskom sudu pravde molbu da razjasni da li čl. 6 stav 1 lit. d Uredbe o uvođenju evropskog naloga za izvršenja za nesporna potraživanja<sup>101</sup> važi samo za ugovore između preduzetnika u svojstvu poverilaca i dužnika, ili ova odredba obuhvata i ugovore između potrošača.<sup>102</sup>
- e) *Uredba o stečajnom postupku*. Na belgijski zahtev Evropski sud pravde<sup>103</sup> je trebalo da se izjasni o tumačenju reči "obaveza prema dužniku" iz čl. 24 Uredbe o stečajnom postupku. *Savezni sud*<sup>104</sup> je,

*Hof van Cassatie* (Belgija) od 20. 4. 2012. godine – vodi se kao predmet C-184/12, ABIEU br. C-200 od 7. 7. 2012, str. 6 – UNAMAR; u tzv. presudi "Ingmar", Zb. 2000, I-9305 = NJW 2001, 2007, Evropski sud pravde je potvrdio imperativni karakter čl. 17, 18 Direktive o samostalnim trgovačkim zastupnicima u jednom slučaju u kojem je trgovački zastupnik obavljao delatnost u jednoj državi članici, ali se ugovor o trgovačkom zastupanju zasnivao na pravu treće države.

<sup>99</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *austrijskog Vrhovnog suda* od 23. 3. 2012. godine – vodi se kao predmet C-144/12, ABIEU br. C-184 od 23. 6. 2012, str. 3 – Goldbet Sportwetten.

<sup>100</sup> U vezi sa Evropskim platnim nalogom v. u: *Einhaus*, Zbirka odluka u građanskim stvarima Evropskog suda pravde 2011, 865.

<sup>101</sup> Uredba (EZ) br. 805/2004 Evropskog parlamenta i Saveta od 21. 4. 2004. godine o uvođenju evropskog naloga za izvršenja za nesporna potraživanja (ABIEU br. L 143 od 30. 4. 2004, str. 15).

<sup>102</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Višeg suda u Salzburgu* (Austrija) od 31. 10. 2012. godine – vodi se kao predmet C-508/12, ABIEU br. C-46 od 16. 2. 2013, str. 12 – Vapenik.

<sup>103</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Tribunal de commerce de Bruxelles* (Belgija) od 22. 5. 2012. godine – vodi se kao predmet C-251/12, ABIEU br. C-200 od 7. 7. 2012, str. 10 – Buggenhout.

<sup>104</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Saveznog vrhovnog suda* od 11. 7. 2012. godine – vodi se kao predmet C-328/12, Predmeti Beck 2012, 15722 – Schmidt/Hertel.

<sup>92</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Saveznog vrhovnog suda* od 8. 3. 2012. godine – vodi se kao predmet C-157/12, NJW 2012, 1572 L = Predmeti Beck 2012, 07043.

<sup>93</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Višeg suda u Salzburgu* (Austrija) od 30. 3. 2012. godine – vodi se kao predmet C-156/12, ABIEU br. C-194 od 30. 6. 2012, str. 9 – GREP.

<sup>94</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Višeg suda u Krefeldu* od 9. 10. 2012. godine – vodi se kao predmet C-452/12 – NIPPONKOA Insurance.

<sup>95</sup> Konvencija od 18. 6. 1980. godine o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (polazišni tekst: Savezni službeni glasnik (BGBl) II 1986, 809). Propisi iz ove konvencije su svojevrsteno integrisani u tekst Uvodnog zakona za Građanski zakonik (čl. 27 ff.), pre nego što su potom izbrisani iz njega na osnovu Uredbe Rim-I.

<sup>96</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane *Hoge Raad der Nederlanden* (Holandija) od 8. 2. 2012. godine – vodi se kao predmet C-64/12, ABIEU br. C-126 od 28. 4. 2012, str. 5 – Schlecker; v. i u: Završne reči od 16. 4. 2013. godine u navedenom predmetu, Predmeti Beck 2013, 80794.

<sup>97</sup> Direktiva Saveta 86/653/EEZ od 18. 12. 1986. godine o usklađivanju propisa država članica u vezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima (ABIEG br. L 382 od 31. 12. 1986, str. 17).

<sup>98</sup> Zahtev za donošenje preliminarne odluke podnet od strane

osim toga, postavio pitanje Evropskom sudu pravde da li su sudovi države članice, na čijoj je teritoriji pokrenut stečajni postupak nad imovinom dužnika, nadležni za tužbu kojom se pobija stečajni postupak protiv druge stranke čije prebivalište ili statutarano sedište nije u državi članici, već u trećoj zemlji (Švajcarskoj).

### VIII. Perspektive

Nastojanja Brisela vezana za harmonizaciju pravila u oblasti pravosudne saradnje pokazuju napredak. Na dnevnom redu nije više isključivo donošenje pravnih akata u novim oblastima prava, već i prerada odnosno izrada novih verzija postojećih pravnih instrumenata. Ovakve tendencije biće sve izraženije, jer na red dolazi preispitivanje Uredbe Brisel IIa i Uredbe Rim II.

Dr. Rolf Wagner

### Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen

(Zusammenfassung)

*Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Übersetzung des Aufsatzes "Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen", der in deutscher Sprache in der "Neuen Juristischen Wochenschrift" (NJW), Jahrgang 2013, dort S. 1653ff, erschienen ist. Deutschsprachige Leser werden deshalb auf die deutsche Fassung in der genannten Zeitschrift verwiesen. Verlag und Redaktion der NPR bedanken sich beim Autor und beim Verlag C. H. Beck sowie bei der Redaktion der NJW für die freundliche Genehmigung, diesen Beitrag in Übersetzung veröffentlichen zu dürfen.*

## Evropski sud za ljudska prava, presuda od 22. decembra 2009. godine, predmet *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*

(Aplikacije br. 27996/06 i 34836/06)

Prof. dr. Zlatan Meškić\*

Iako je presuda u predmetu *Sejdić i Finci* donesena 2009. godine, njen značaj je danas možda veći nego ikada. Dok su neposredno nakon donošenja odluke *Sejdić i Finci* za daljnji napredak Bosne i Hercegovine ka članstvu u Evropskoj uniji postojali dodatni uslovi poput donošenja Zakona o državnoj pomoći, te popisa vojne i državne imovine, sada je implementacija ove odluke uslov bez kojega daljnji napredak neće uslijediti. Prema Izvještaju Evropske komisije o napretku Bosne i Hercegovine za 2013. godinu, samo još implementacija presude *Sejdić i Finci* blokira put do stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP). Paralelno Parlamentarna skupština Vijeća Evrope u Nacrtu Rezolucije iz septembra 2013. godine između ostalog predlaže suspenziju Bosne i Hercegovine iz Vijeća Evrope ukoliko ne implementira presudu *Sejdić i Finci* prije izbora 2014. Pored snažnih političkih implikacija, implementacija presude *Sejdić i Finci* predstavlja i pravni izazov. Provođenje presude podrazumijeva izmjene u najmanje 21 različita pravna izvora koji uključuju kako Ustav BiH, ustave entiteta i pojedinih kantona tako i Zakon o konkurenciji, Zakon o

Vijeću ministara BiH i druge propise.<sup>1</sup> Na ovom mjestu u najkraćem se želi širem krugu čitalaca pružiti prilika da spozna sam tekst presude.<sup>2</sup>

### Činjenično stanje

U ovom predmetu podnesene su dvije aplikacije, 3. jula i 18. augusta 2006. godine, od strane Derve Sejdića i Jakoba Fincija. Aplikanti su se žalili da im je onemogućeno da se kandiduju na izborima za Dom naroda i Predsjedništvo Bosne i Hercegovine zbog njihovog romskog i jevrejskog porijekla. Pri tome su se pozvali na članove 3., 13. i 14., član 3. Protokola br. 1 i član 1. Protokola br. 12 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ustav Bosne i Hercegovine predstavlja aneks Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski mirovni sporazum), parafiranog u Dejtonu 21. novembra 1995., a potpisanog u Parizu 14. decembra 1995. U uvodnom dijelu Ustava, Bošnjaci, Hrvati i Srbi opisani su kao "konstitutivni narodi". Na nivou države uvedeni su mehanizmi podjele vlasti, koji onemogućavaju usvajanje odluka protiv volje predstavnika bilo kojeg "konstitutivnog naroda", uključujući i veto za zaštitu vitalnog interesa, entitetski veto, dvodomni sistem (s Domom naroda koji se sastoji od pet Bošnjaka i istog broja Hrvata iz Federacije Bosne i Hercegovine i pet Srba iz Republike Srpske), kao i kolektivno Predsjedništvo od tri člana, od kojih je jedan Bošnjak i jedan Hrvat iz Federacije BiH i

<sup>1</sup> N. Kulenović/I. Hažialić-Bubalo/M. Korajlić, 'Presuda *Sejdić i Finci* protiv Bosne i Hercegovine: Konkretna posljedice – prvi pregled', *Sveske za javno pravo* (2010), str. 19.

<sup>2</sup> Cjelokupan tekst presude dostupan je na: [http://www.mhrr.gov.ba/ured\\_zastupnika/novosti/default.aspx?id=1008&langTag=bs-BA](http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/novosti/default.aspx?id=1008&langTag=bs-BA)

\* Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

jedan Srbin iz Republike Srpske. Aplikanti se izjašnjavaju kao lica romskog, odnosno jevrejskog porijekla. Pošto se ne izjašnjavaju kao pripadnici nekog od “konstitutivnih naroda”, onemogućeno im je da se kandiduju na izborima za Dom naroda i za Predsjedništvo. U januaru 2007. godine Jakobu Finciju je to i pismeno potvrđeno.

### **Iz obrazloženja**

#### *4. Procjena Suda*

##### **(a) u odnosu na Dom naroda Bosne i Hercegovine**

38. Aplikanti su se pozvali na član 14. Konvencije u vezi s članom 3. Protokola br. 1., član 3. Protokola br. 1. razmatran samostalno i član 1. Protokola br. 12. Sud smatra da žalbene navode treba razmatrati po redoslijedu navedenih odredbi.

##### *(i) Primjenjivost člana 14. u vezi s članom 3. Protokola br. 1.*

39. Sud je podsjetio da član 14. nadopunjuje ostale suštinske odredbe Konvencije i njenih protokola. Član 14. nije samostalan pošto je učinkovit samo u vezi s “uživanjem prava i sloboda” koje osiguravaju te odredbe. Iako primjena člana 14. ne mora pretpostavljati kršenje tih odredbi – i u tom smislu on jeste nezavisan – on se ne može primjenjivati osim ako činjenice u pitanju ne ulaze u okvire jedne ili više drugih odredbi. (...)

40. Sud, prema tome, mora odlučiti da li izbori za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH potpadaju pod “okvire” ili “obim” člana 3. Protokola br. 1. U skladu s navedenim, neprestano se ponavlja da se ova odredba odnosi samo na izbore “zakonodavnih organa”, ili bar u jedan od njihovih domova ako ih ima dva ili više. Međutim, pojam “zakonodavnog organa” mora se tumačiti u svjetlu ustavne strukture svake države (vidjeti Matthews protiv Ujedinjenog Kraljevstva [GC], br. 24833/94, ECHR 1999-I, tačka 40.) i, posebno, ustavne tradicije države i obima zakonodavnih nadležnosti Doma o kojem je riječ. (...)

41. Što se tiče Doma naroda Bosne i Hercegovine, Sud naglašava da je sastav Doma rezultat posrednih izbora, tako što njegove članove imenuju entitetski zakonodavni organi. Pored toga, Sud zapaža da je obim zakonodavnih nadležnosti koje Dom uživa u ovom slučaju odlučujući faktor. Dom naroda zaista uživa široka ovlaštenja u proceduri usvajanja zakona: član IV. stav 3 (c) Ustava izričito navodi da nijedan zakon ne može biti usvojen bez odobrenja oba doma. Dalje, Dom naroda, zajedno s Predstavničkim domom, odlučuje o izvorima i iznosu sredstava za rad institucija države i za međunarodne obaveze Bosne i Hercegovine, i odobrava budžet za institucije Bosne i Hercegovine (vidjeti član IV. stav 4. (b)-(c) Ustava). I na kraju, daje potrebnu saglasnost za ratifikaciju ugovora (vidjeti član IV. stav 4 (d) i član V. stav

3 (d) Ustava). Stoga, izbori za Dom naroda potpadaju pod član 3. Protokola br. 1.

Prema tome, član 14. u vezi s članom 3. Protokola br. 1. je primjenljiv.

##### *(ii) Postupanje u skladu s članom 14. u vezi s članom 3. Protokola br. 1.*

42. Sud ponavlja da diskriminacija znači različito tretiranje lica koja se nalaze u sličnoj situaciji bez objektivnog i razumnog opravdanja. “Nepostojanje objektivnog i razumnog opravdanja” znači da sporna razlika ne slijedi “legitiman cilj” ili da nema “razumnog odnosa proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se želi postići”. (...)

43. Etničko porijeklo i rasa predstavljaju srodne pojmove. Dok pojam rase potiče od ideje o biološkoj klasifikaciji ljudskih bića u podvrste na osnovu morfoloških osobina, kao što su boja kože ili crte lica, etnicitet vodi porijeklo od ideje o društvenim grupama označenim istom nacionalnošću, religijskim uvjerenjem, zajedničkim jezikom ili kulturnim i tradicionalnim porijeklom i historijom. Diskriminacija po osnovu etničkog porijekla nekog lica predstavlja jedan od oblika rasne diskriminacije (vidjeti definiciju koju je usvojila Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije u tački 19. u tekstu i onu koju je usvojila Evropska komisija za borbu protiv rasizma i netolerancije u tački 23. u tekstu). Rasna diskriminacija je posebno okrutan oblik diskriminacije i, s obzirom na njene opasne posljedice, traži od vlasti poseban oprez i odlučne reakcije. Zbog ovakvih razloga vlasti moraju iskoristiti sva raspoloživa sredstva u borbi protiv rasizma i tako ojačati viziju demokratskog društva u kojem se na različitost ne gleda kao na opasnost nego kao na bogatstvo (vidjeti Nachova i ostali protiv Bugarske [GC], br. 43577/98 i 43579/98, tačka 145, ECHR 2005-VII, i Timishev, citirano, tačka 56).

44. U ovakvom kontekstu, gdje se razlika u tretmanu zasniva na rasi i etničkom porijeklu, pojam objektivnog i razumnog opravdanja mora se tumačiti što je moguće preciznije (vidjeti D. H. i ostali, citirano, tačka 196). Sud također smatra da se nijedna vrsta različitog postupanja koja se isključivo ili u kritičnom obimu zasniva na etničkom porijeklu pojedinca ne može objektivno opravdati u savremenom demokratskom društvu koje je izgrađeno na principima pluralizma i poštovanja različitih kultura. (...)

45. U predmetnom slučaju Sud zapaža da pojedinac mora da se izjasni kao pripadnik određenog “konstitutivnog naroda”, da bi mogao da se kandidira za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH. Aplikanti, koji su se izjasnili kao lica romskog i jevrejskog porijekla, i koji ne žele da se izjašnjavaju kao pripadnici “konstitutivnog naroda” su zbog toga onemogućeni da se kandidiraju (vidjeti tačku 11.). Sud naglašava da se ovim pravilom isključivanja postigao bar jedan cilj koji je općenito kompatibilan s općim ciljevima

Konvencije, kako je sadržano u preambuli Konvencije, a to je uspostavljanje mira. Kada su sporne ustavne odredbe donesene, na terenu je došlo do vrlo krhkog primirja. Cilj ovih odredbi je bio da se zaustavi brutalni sukob obilježen genocidom i etničkim čišćenjem. Priroda tog sukoba bila je takva da je bilo neophodno pristati na “konstitutivne narode” (tj. Bošnjake, Hrvate i Srbe) kako bi se osigurao mir. Ovo, i bez neophodnog opravdanja, može objasniti odsustvo predstavnika ostalih zajednica (kao što su lokalne zajednice Roma i Jevreja) na mirovnim pregovorima i preokupaciju učesnika stvarnom ravnopravnošću među “konstitutivnim narodima” u postratnom društvu.

46. U ovom slučaju jedino je Sud *ratione temporis* kompetentan da istraži period nakon što je Bosna i Hercegovina ratificirala Konvenciju i Protokol br. 1. uz Konvenciju. Sud ne treba da odlučuje da li podržavanje osporavanih ustavnih odredbi nakon ratifikacije Konvencije služi “legitimnom cilju”, pošto iz razloga koji su dalje u tekstu navedeni održavanje ovakvog sistema u svakom slučaju ne zadovoljava uslov proporcionalnosti.

48. Pored toga, iako se Sud slaže s Vladom da nijedna odredba Konvencije ne traži potpuno napuštanje mehanizama podjele vlasti koji su svojstveni Bosni i Hercegovini i da možda još uvijek nije sazrelo vrijeme za politički sistem koji bi bio samo odraz principa vladavine većine, Mišljenja Venecijanske komisije jasno pokazuju da postoje takvi mehanizmi podjele vlasti koji ne vode automatski do potpunog isključenja predstavnika ostalih zajednica. U vezi s ovim, Sud je podsjetio da mogućnost da se drugačijim sredstvima postigne isti cilj predstavlja važan faktor u ovoj oblasti (vidjeti Glor protiv Švicarske, br. 13444/04, tačka 94, 30. april 2009.).

49. Na kraju, kada je 2002. godine postala članica Vijeća Evrope i bezrezervno ratificirala Konvenciju i njene protokole, tužena država je po vlastitoj želji pristala da poštuje relevantne standarde. Posebno se obavezala da “u roku od godinu dana, uz pomoć Evropske komisije za demokratiju kroz pravo (Venecijanske komisije), preispita izborni zakon u svjetlu normi Vijeća Evrope i izvrši izmjene tamo gdje je to potrebno” (vidjeti tačku 21. u tekstu). Isto tako, ratifikacijom Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju s Evropskom unijom 2008. godine, tužena strana obavezala se da će u periodu od jedne do dvije godine izvršiti “izmjene izbornog zakona koji se odnosi na članove Predsjedništva BiH i delegate u Domu naroda kako bi zakon u potpunosti bio usklađen s Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i postprijetnim obavezama prema Vijeću Evrope” (vidjeti tačku 25. u tekstu).

50. Slijedom navedenog, Sud zaključuje da dugotrajna nemogućnost aplikanata da se kandiduju za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH nema objektivno i prihvatljivo opravdanje i stoga krši član 14. u vezi s članom 3. Protokola br. 1.

#### (b) u odnosu na Predsjedništvo BiH

52. Aplikanti su se pozvali samo na član 1. Protokola br. 12.

53. Sud napominje da, dok član 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju u pogledu uživanja “prava i sloboda priznatih Konvencijom”, član 1. Protokola br. 12. proširuje obim zaštite na “sva prava predviđena zakonom”. On na taj način uvodi generalnu zabranu diskriminacije.

(ii) *Postupanje po članu 1. Protokola br. 12.*

55. Pojam diskriminacije je dosljedno tumačen u jurisprudenciji Suda u odnosu na član 14. Konvencije. Jurisprudencija naročito jasno precizira da “diskriminacija” označava različito postupanje bez objektivnog i razumnog opravdanja prema licima koja su se našla u sličnom položaju. (...)

56. Neizjašnjavanje aplikanata o svojoj pripadnosti nekom od “konstitutivnih naroda” onemogućilo ih je da se kandidiraju na izborima za Predsjedništvo. Za identičan ustavni preduslov već je ustanovljeno da predstavlja diskriminirajuću razliku u tretmanu koji krši član 14. u odnosu na Dom naroda (vidjeti tačku 50.). Uz to, principe koji se odnose na diskriminaciju zabranjenu članom 14. i članom 1. Protokola br. 12 treba tumačiti na isti način (prethodna tačka). Slijedi da se ustavne odredbe koje čine aplikante nepodobnim da se kandidiraju na izborima za Predsjedništvo također moraju smatrati diskriminatorским i kao takve predstavljaju povredu člana 1. Protokola br. 12., a Sud ne smatra da u tom smislu postoji bilo kakva bitna razlika između Doma naroda i Predsjedništva BiH.

Shodno tome, a iz razloga koji su detaljno opisani u tačkama 47.–49. u kontekstu člana 14., Sud je ustanovio da sporni preduslov koji se odnosi na podobnost za kandidiranje na izborima za Predsjedništvo predstavlja kršenje člana 1. Protokola br. 12.

#### **Dispozitiv**

##### IZ NAVEDENIH RAZLOGA, SUD

1. Odlučuje jednoglasno da spoji aplikacije;
2. Proglašava većinom glasova glavne pritužbe aplikanata u pogledu njihove nemogućnosti da se kandidiraju na izborima za Dom naroda Bosne i Hercegovine dopuštenim;
3. Proglašava jednoglasno glavne pritužbe aplikanata u pogledu njihove nemogućnosti da se kandidiraju na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine dopuštenim;
4. Proglašava jednoglasno preostali dio aplikacija nedopuštenim;
5. Presuđuje s 14 glasova “za” i tri glasa “protiv”, da postoji kršenje člana 14. u vezi s članom 3. Protokola

br. 1. koji se odnosi na nemogućnost aplikanta da se kandidiraju na izborima za Dom naroda Bosne i Hercegovine;

6. Presuđuje jednoglasno da ne postoji potreba za ispitivanjem iste pritužbe prema članu 3. Protokola br. 1. i članu 1. Protokola br. 12;
7. Presuđuje sa 16 glasova "za" i jedan glas "protiv" da postoji povreda člana 1. Protokola br. 12 zbog nemogućnosti aplikanta da se kandidiraju na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine;
8. Presuđuje jednoglasno da utvrđivanje povrede predstavlja samo po sebi dovoljnu pravednu naknadu za svu nematerijalnu štetu koju su aplikanti pretrpjeli;
9. Presuđuje:
  - (a) sa 16 glasova "za" i jedan glas "protiv", da tužena strana treba da, u roku od tri mjeseca, prvom aplikantu isplati iznos od 1.000 eura (jednahiljada eura) na ime troškova i izdataka, pretvoreno u konvertibilne marke po kursu koji važi na dan isplate, plus svi porezi koji mogu biti zaračunati prvom aplikantu;
  - (b) sa 15 glasova "za" i dva glasa "protiv", da tužena strana treba da, u roku od tri mjeseca, drugom aplikantu isplati iznos od 20.000 eura (dvadesethiljada eura) na ime troškova i izdataka, pretvoreno u konvertibilne marke po kursu koji važi na dan isplate, plus svi porezi koji mogu biti zaračunati drugom aplikantu;
  - (c) jednoglasno da će se nakon isteka perioda od tri mjeseca, sve do isplate, plaćati obična kamata na navedeni iznos po stopi jednako najnižoj kreditnoj stopi Evropske centralne banke za period neizmirenja, uvećana za 3%;
10. Odbacuje jednoglasno preostali dio zahtjeva drugog aplikanta za pravednu naknadu.

Prof. Dr. Zlatan Meškić

**Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte,  
Urteil vom 22. Dezember 2009,  
Rechtsache Sejdić und Finci gegen  
Bosnien und Herzegowina,  
(Beschwerden Nr. 27996/06 und 34836/06)**

(Zusammenfassung)

*Auch wenn die Entscheidung in der Rechtsache Sejdić und Finci im Jahr 2009 gefällt wurde, ist ihre Bedeutung heute vielleicht größer denn je. Unmittelbar nach Erlass der Entscheidung Sejdić und Finci bestanden für den Fortschritt von Bosnien und Herzegowina in Richtung Mitgliedschaft zur Europäischen Union weitere Bedingungen, die inzwischen erfüllt wurden (zB Erlass eines Gesetzes über Beihilfen und die Auflistung des staatlichen und militärischen Vermögens). Heute ist die Umsetzung dieser Entscheidung die Bedingung, ohne die es keinen weiteren Fortschritt geben wird. Nach den Fortschrittsbericht der Europäischen Kommission 2013, steht nur noch die Umsetzung der Entscheidung Sejdić und Finci dem In-Kraft-Treten des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens (SAA) im Weg. Parallel schlägt die Parlamentarische Versammlung des Europarats im Entwurf der Resolution vom September 2013 unter anderem vor, dass Bosnien und Herzegowina im Falle der Nichtumsetzung der Entscheidung Sejdić und Finci bis zu den Wahlen 2014 vom Europarat suspendiert wird. Neben den sehr starken politischen Implikationen, stellt die Umsetzung der Entscheidung Sejdić und Finci rechtlich eine Herausforderung dar. Die Durchführung der Entscheidung erfordert die Änderungen von mindestens 21 Rechtsquellen, einschließlich der Verfassung von Bosnien und Herzegowina, der Verfassungen der Entitäten und einiger Kantone, sowie des Wettbewerbsgesetzes und des Gesetzes über den Ministerrat und weiterer Rechtsvorschriften. In diesem Aufsatz soll einem weiten Leserkreis der Text der Entscheidung, über die viel diskutiert wird, zur Kenntnis gebracht werden..*



## Aktuelnosti iz njemačkog prava

Dr. Stefan Pürner

### Presude koje se tiču slobode vjere

#### “Burkini” odluka Saveznog upravnog suda

Konfliktni odnos između obaveze školovanja i slobode vjere je tema s kojom su se sudovi u Njemačkoj već nekoliko puta morali suočavati. Tako je Upravni sud SR Njemačke nedavno donio značajnu presudu (BVerwG 6 C 25.12 – presuda od 11. 9. 2013. godine), koja se ticala pitanja slobode vjere pripadnika određenih grana u islamu. Činjenično stanje u spomenutom sporu je bilo sljedeće:

Tužitelji spora su roditelji trinaestogodišnje učenice iz Frankfurta na Majni. Djevojčica je do svoje osme godine života pohađala školu u Maroku. Nakon dolaska u Njemačku, pohađala je gimnaziju, gdje je bila jedan od najboljih učenika svoga razreda. Jedino je u predmetu Tjelesni odgoj njena aktivnost ocijenjena s 4 (u Njemačkoj je 1 najbolja školska ocjena, a 6 najlošija). Razlog tome je bilo njeno nepohađanje časova plivanja, pošto su njeni roditelji bili mišljenja, da je iz religijskih razloga neprihvatljivo primoravati njihovu kćerku da gleda muške učenike u kupaćim kostimima. Stoga su roditelji zahtijevali da se ona oslobodi od obaveze prisustvovanja časovima plivanja, jer su bili mišljenja da sloboda vjere uživa prednost nad obavezom školovanja.

Sudijama Upravnog suda ova argumentacija, međutim, nije bila uvjerljiva. Oni su bili mišljenja da se od gimnazijalke može očekivati da podnese pogled na muške vršnjake u kupaćim kostimima, navodeći:

“Ustavom zagarantovana sloboda vjeroispovijesti načelno ne obuhvata pravo na zaštitu od konfrontacije s običajima ponašanja drugih lica tokom redovnog školovanja – uključujući i običaje ponašanja koji se tiču odijevanja – ukoliko su ti običaji ponašanja rasprostranjeni i izvan škole na mnogim mjestima, odnosno za vrijeme određenih godišnjih doba u svakodnevnom životu.”

Sud, dakle, navodi, da je u Njemačkoj za vrijeme ljetnog godišnjeg doba i izvan škole prizor oskudno odjevenih mladih muških osoba moguć. Stoga iz slobode vjere ne proizlazi pravo na zaštitu od ovog prizora u školi. Kada su u pitanju vjerska pravila odijevanja, koja vjernika obavezuju na pokrivanje svoga tijela, učenica bi mogla nositi tzv. “burkini”. Burkini je specijalni kupaći kostim koji pokriva

cijelo tijelo, a zahvaljujući materijalu od kojeg je sačinjen, ovaj kostim ni u mokrom stanju ne ocrtava konture ženskog tijela. Ova presuda je u skladu s dosadašnjom njemačkom sudskom praksom o odnosu između obaveze školovanja i slobode vjere, koja obuhvata i neke slučajeve pripadnika kršćanskih struja.

Sljedeći primjer njemačke sudske prakse o odnosu između slobode vjere i obaveze školovanja je rješenje Saveznog ustavnog suda iz 2009. godine (Rješenje od 21. 7. 2009. godine – 1 BvR 1358/09). U predmetnom sporu su roditelji jedne baptističke porodice zahtijevali, da se njihova djeca oslobode od učešća na časovima spolnog odgoja kao i od učešća na jednoj od školskih karnevalskih priredbi. (Baptisti su jedna konzervativna struja protestantizma.) Roditelji u ovom slučaju navode, da se jedan kompleks časova spolnog odgoja pod nazivom “Moje tijelo pripada meni” zasniva na “potpuno jednostranom emancipacijskom spolnom odgoju”. Pri tome bi se djeca učila slobodnom odlučivanju o vlastitoj seksualnosti, što je prema nazorima roditelja, suprotno božijim zapovijedima. Stoga obaveza učešća na časovima spolnog odgoja krši slobodu vjere, pošto djeca na tim časovima bivaju izložena sadržajima i svjetonazorima koji su nespojivi s njihovom vjeroispovijesti. Učešću na školskoj karnevalskoj prigodbi, roditelji su prigovarali s obrazloženjem da je zbog veze karnevala s kršćanstvom (veliko slavlje pred početak korizme) u ovom slučaju zapravo riječ o religijskoj manifestaciji, čija bi se posjeta sukobila sa slobodom vjere.

Savezni ustavni sud je, međutim, ne dijeleći mišljenje roditelja, odbacio ovu ustavnu žalbu, rješavajući da neće odlučivati o njoj.<sup>1</sup> U rješenju o odbacivanju ustavne žalbe, Sud navodi da u sekularnoj, pluralnoj državi, pripadnici vjerskih zajednica moraju da podnesu i svjetonazore, koji se sukobe s vlastitim religijskim uvjerenjima. Sud je pri tome izričito utvrdio, da tenzije koje se tokom školovanja mogu javiti između vjerskih uvjerenja pripadnika manjinske grupe i tradicije većine (koja se protivi nazorima manjine) moraju biti tolerisane od strane te religijske manjine. Školske ustanove ne smiju ciljano nametati politička ili ideološka ubjeđenja niti svjetonazore. Sve dok školska ustanova, međutim, zadržava neutralan i tolerantan stav prema manjinskim predstavama roditelja o odgoju djece, sama konfrontacija sa svjetonazorima, koji su suprotni vlastitim religijskim uvjerenjima, još ne predstavlja povredu obaveze državne neutralnosti. Tako

<sup>1</sup> Ustavni sud SR Njemačke će odbaciti ustavnu žalbu, ukoliko provjerom njene dopuštenosti i osnovanosti, Sud utvrdi da žalba nema izgleda na uspjeh (op. prev.).

vjerske manjine nisu ugrožene konfrontacijom sa starim običajima koji prevladavaju u jednoj državi i koje većina njenih stanovnika praktikuje.

Kako navedena argumentacija u sudskom sporu o slobodi vjere kršćanske manjinske grupe pokazuje, "Burkini" odluka Saveznog upravnog suda ne predviđa "poseban pravni tretman" za pripadnike određenih struja u islamu, već je riječ o općim pravnim načelima, koja se primjenjuju neovisno o religiji i neovisno o tome da li predmetna religija ima dužu historijsku tradiciju u Njemačkoj ili ne.

Ovome u prilog ide još jedna presuda Saveznog upravnog suda iz septembra 2013. godine. Roditelji, koji se u ovom sporu pojavljuju kao tužitelji, bili su pripadnici vjerske grupe Jehovini svjedoci. Njihov sin je bio učenik sedmog razreda gimnazije, gdje je obavezna lektira u sklopu predmeta Njemački jezik i književnost bila i knjiga "Krabat" popularnog njemačkog autora dječijih knjiga Ottfrieda Preußlera. Nastavnim planom i programom bila je predviđena i posjeta projekcije filma koji je snimljen na osnovu knjige. U filmu se, između ostalog, praktikira crna magija. Tužitelji su zahtijevali oslobođanje sina od obaveze prisustvovanja ovom času iz vjerskih razloga, jer im njihova vjera zabranjuje bavljenje crnom magijom.

Savezni upravni sud je, međutim, ustvrdio da škola prikazivanjem filma nije povrijedila ustavno načelo religijske neutralnosti pri izradi nastavnog plana i programa. Sud dalje navodi da je oslobođanje od nastave moguće zahtijevati samo u iznimnim slučajevima. Da bi se takav zahtjev odobrio, mora postojati ozbiljna opasnost od povrede vjerskih osjećaja podnosioca zahtjeva, koja tada uživa prednost pred zadatkom škole. Takva opasnost u predmetnom sporu nije postojala. Zadatak škole je bespogovorno i opširno upoznavanje novih naraštaja s fondom znanja zajednice i njenim duhovno-kulturnim naslijeđem, čak i onda kada se radi o pitanjima koja za određene religijske grupe predstavljaju tabu temu. Prema mišljenju suda određeni ograničavajući učinci na vjerske nazore već su unaprijed ukalkulirani u Ustav kao popratna pojava odgojno-obrazovne nadležnosti države.

Sud je također istakao da školska nastava u pluralnom društvu ne može da uzima u obzir sva vjerska osjećanja, jer bi posljedica toga bilo ukidanje nastave. Javni mediji su iz ove presude zaključili, da su odgojno-obrazovni zadatak i integracija u školi važniji od vjerskih uvjerenja pojedinaca.

S obzirom na organizaciju nastave u dijelovima regije u kojoj se čita NPR, vrijedi istaći da se u njemačkoj sudskoj praksi podrazumijeva da učenici najrazličitije nacionalne i religijske pripadnosti pohađaju nastavu jedinstvenog sadržaja u zajedničkim razredima (izuzetak su časovi vjeronauke). Pri tome sadržaj nastave ne čine samo informacije o tradicionalno u Njemačkoj zastupljenim religijama, nego npr. i informacije o islamu. Stoga bi se moglo reći da njemački školski sistem s jedne strane pruža pluralizam informacija, ali s druge strane očekuje

spremnost suočavanja s tim pluralizmom informacija i sistema vrijednosti. Izuzeci se prave kada je riječ o fundamentalnim vrijednostima određenog sistema vrijednosti. Iz toga, međutim, ne slijedi da postoji pravo na zaštitu od konfrontacije s pojavama koje su u Njemačkoj uobičajene.

Više informacija o ovoj temi je dostupno preko interneta:

- Saopštenje za javnost Saveznog upravnog suda u vezi s "Burkini" odlukom (na njemačkom jeziku): <http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2013&nr=63>
- Sama odluka će se objaviti na njemačkom jeziku na sljedećoj web adresi: [http://www.bverwg.de/entscheidungen/verwandte\\_dokumente.php?ecli=110913U6C25.12.0](http://www.bverwg.de/entscheidungen/verwandte_dokumente.php?ecli=110913U6C25.12.0)
- Medijski izvještaji o "Burkini" odluci dostupni su preko:
  - <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverwaltungsgericht-schwimmunterricht-in-burkini-fuer-muslimische-maedchen-zumutbar-12569208.html>
  - <http://www.spiegel.de/schulspiegel/wissen/burkini-urteil-besser-verhuellet-schwimmen-als-gar-nicht-a-921729.html>
- Medijski izvještaji na engleskom jeziku dostupni su između ostalog preko:
  - <http://www.dw.de/german-muslim-groups-react-to-burkini-ruling/a-17085656>
  - <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2418520/Muslim-girl-told-judge-wear-burkini-school-swimming-class-refusing-part.html>
- Rješenje Saveznog ustavnog suda u vezi sa spolnim odgojem u školama (na njemačkom jeziku) dostupno je preko:
  - [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090721\\_1bvr135809.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090721_1bvr135809.html)
- Saopštenje za javnost Saveznog ustavnog suda o rješenju u vezi sa spolnim odgojem u školama (na njemačkom jeziku) dostupno je preko: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-090.html>
- Saopštenje za javnost Saveznog upravnog suda u vezi s presudom "Krabat" (na njemačkom jeziku): <http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2013&nr=62>
- Sama odluka će se objaviti na njemačkom jeziku na sljedećoj web adresi: [http://www.bverwg.de/entscheidungen/verwandte\\_dokumente.php?ecli=110913U6C25.12.0](http://www.bverwg.de/entscheidungen/verwandte_dokumente.php?ecli=110913U6C25.12.0).

## Ponavljanje krivičnog postupka u javnoj diskusiji

### Slučaj Hans Arnold

Dva ponovljena krivična postupka nedavno su privukla veliku pažnju javnosti. U prvom postupku osuđeni je bio nastavnik Horst Arnold, koji je 2002. godine zbog krivičnog djela silovanja osuđen na petogodišnju kaznu zatvora. Njegova radna kolegica, koja je bila nastavnica u istoj školi, bila ga je optužila za silovanje tokom pauze u jednoj od učionica. Ta osoba je bila ujedno i jedini svjedok na čijoj izjavi je Pokrajinski sud temeljio osuđujuću presudu za nastavnika Arnolda. Druga dokazna sredstva koja bi ustvrdila počinjeni zločin nisu postojala, pošto je nastavnica krivično djelo prijavila tek nekoliko sedmica nakon navodno počinjenog djela.

Tek nakon što je Horst Arnold potpuno odslužio svoju kaznu zatvora, javile su se prve sumnje oko tačnosti izrečene presude. Naročito je školska povjerenica za zaštitu spolne jednakosti opazila, da se navodna žrtva silovanja često zaplitala u proturječnostima. Stoga je povjerenica zamolila svog brata advokata da još jednom istraži slučaj. Advokat je saznao, da je navodna žrtva silovanja u nekoliko navrata davala dokazano lažne izjave. Tako je na zahtjev advokata 2008. godine nadležni sud donio rješenje o ponavljanju postupka (ponavljanje krivičnog postupka se Njemačkoj dozvoljava izuzetno rijetko). U ponovljenom postupku se ispostavilo da krivično djelo zbog niza razloga uopće nije moglo biti izvršeno na način kako ga je tobožnja žrtva opisala tokom svog svjedočenja. Vremensko trajanje školske pauze, koje je žrtva navela kao navodno vrijeme izvršenja djela, bilo je npr. prekratko za izvršenje djela na način kako ga je ona u ulozi svjedoka opisala. U ponovljenom krivičnom postupku 2011. godine je Pokrajinski sud u Kasselu izrekao oslobađajuću presudu zbog dokazane nevinosti. Sud je pri tome ustvrdio da je pri donošenju presude deset godina ranije ozbiljno povrijeđeno "načelo utvrđivanja istine". Ova presuda je 2012. godine potvrđena od strane Saveznog vrhovnog suda.

Ovaj slučaj privukao je pažnju javnosti i zbog toga što je Horst Arnold preminuo od posljedica srčanog udara samo nekoliko mjeseci nakon što je Savezni vrhovni sud potvrdio njegovu oslobađajuću presudu, tako da nije doživio vraćanje na radno mjesto u školi.

Povodom ovog slučaja u Njemačkoj se diskutovalo i o visini naknade šteta zbog neopravdane osude i neutemeljenog lišavanja slobode. Naknada nematerijalne štete, na koje nevino osuđene osobe u Njemačkoj imaju pravo, je, naime, regulisana § 7 st. 3 Zakona o naknadi štete zbog mjera krivičnog gonjenja (zakon se na njemačkom jeziku može pronaći i na internetu) i iznosi 25 eura po danu lišene slobode. U praksi bi se od ovog dnevnog iznosa oduzimalo 6 eura za zbrinjavanje i hranu, tako da

je naknada nematerijalne štete za neutemeljeno lišavanje slobode po danu lišene slobode efektivno iznosila manje od 20 eura. (Pored toga je moguće zahtijevati i naknadu materijalne štete. Šteta koja bi nastupila i bez mjera krivičnog gonjenja se, shodno § 7 st. 3 spomenutog zakona, međutim, ne nadoknađuje. To znači da će biti nadoknađena samo ona materijalna šteta koju su isključivo prouzrokovale mjere krivičnog gonjenja.)

Daljnje informacije o slučaju Horst Arnold dostupne su na internetu:

- Saopštenje za javnost Saveznog vrhovnog suda: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=59256&linked=pm>
- Wikipedia članak s daljnjim referencama: [http://de.wikipedia.org/wiki/Justizirrtum\\_um\\_Horst\\_Arnold](http://de.wikipedia.org/wiki/Justizirrtum_um_Horst_Arnold)

### Slučaj Gustl Mollath

Drugi ponovljeni krivični postupak koji je također privukao veliku pažnju njemačke javnosti još nije okončan. U njemačkim medijima, ovaj postupak je poznat i kao "slučaj Mollath". Riječ je o Gustlu Mollathu, protiv kojeg je 2006. godine sud izrekao mjeru obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi. Mjera je bila izrečena u krivičnom postupku protiv njega zbog nanošenja teških tjelesnih ozljeda i oštećenja tuđe stvari. Sud je zbog krivično neodgovornog počinitelja donio oslobađajuću presudu, ali je Mollath zbog svog psihičkog poremećaja proglašen opasnim za okolinu. Sve je započelo brakorazvodnom parnicom, kada su se Mollath i njegova bivša supruga počeli međusobno optuživati. Mollath je, između ostalog, svoju ženu koja je radila u banci, optužio za učestvovanje u skrivanju protuzakonito stečenog novca. Ova izjava poslužila je u kasnijem krivičnom postupku kao dokaz da Mollath pati od "paranoičnih priviđenja". U međuvremenu se saznalo da je interni revizijski izvještaj potvrdio spomenute radnje prikrivanja protuzakonito stečenog novca. Ponovljeni krivični postupak u slučaju Mollath još uvijek traje. Mollath je u međuvremenu do okončanja ponovljenog postupka otpušten iz psihijatrijske bolnice.

Ovaj slučaj je čak doveo do diskusije o reformi propisa koji regulišu prinudno psihijatrijsko liječenje u zdravstvenoj ustanovi. Novom zakonskom regulativom bi se trebali propisati oštriji uslovi za prinudni smještaj u psihijatrijskim ustanovama. Također bi već izrečene mjere obaveznog psihijatrijskog liječenja trebale biti podvrgnute redovnijoj kontroli. Na koncu bi se i sudski vještaci medicinske struke trebali redovno mijenjati.

Daljnje informacije o slučaju Gustl Mollath dostupne su na internetu:

- Saopštenje za javnost Višeg pokrajinskog suda Nürnberg o ponavljanju krivičnog postupka

i puštanju Gustla Mollatha na slobodu:  
<http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/presse/archiv/2013/04049/index.php>

## Pušenje u novijoj njemačkoj sudskoj praksi

### Jednostrani raskid ugovora o najmu stana najmoprimcu koji je prekomjerno pušio u stanu

Sudska praksa se ne odvija u vakuumu, nego pri tumačenju propisa i pravnih standarda, kao i pri definiranju elemenata pravnih propisa, sudovi uzimaju u obzir vrijednosti i stavove jednog društva, koji su podložni promjenama. Bivša predsjednica Saveznog ustavnog suda, prof. dr. Jutta Limbach, u zadnjem izdanju NPR (u prilogu o kojem govori o ulozi Saveznog ustavnog suda pri razvoju prava u Njemačkoj) je to vrlo dobro dočarala na primjeru ustavne definicije "porodice". Dok je pojam porodice, pod utjecajem vjerskih shvatanja i tradicije, prvobitno obuhvatao samo zajednicu između bračnih partnera različitog spola i njihove djece, danas se pod tim pojmom podrazumijevaju kako nevjenčani tako i istospolni parovi.

Sličnu društvenu preobrazbu je doživjelo i pušenje. Dok se u slučaju porodice opća društvena prihvatljivost povećala, kod pušenja je riječ o suprotnom, opadajućem trendu. U prošlim decenijama se pušenje u Njemačkoj smatralo društveno prihvatljivim. U TV emisijama koje su za predmet imale političke diskusije (pojam "talk show" tada još nije ni postojao), učesnici diskusije su pušili s tolikom strašću da se mogao steći dojam da učesnici sjede u zaparenoj sauni. Danas je vazduh u takvim emisijama nejverovatno čist. (Jedina osoba koja na njemačkoj televiziji još smije da puši je devedeset petogodišnji bivši kancelar SR Njemačke Helmut Schmidt. Pokoji nepisani privilegij preživi i u pravnoj državi.)

Promijenjena društvena svijest o pušenju, koja se objašnjava sve većom spoznajom negativnih utjecaja cigareta na zdravlje ljudi, primjećuje se i u njemačkoj sudskoj praksi, naročito kada je u pitanju pravo najma. U vezi s ovim vrijedi spomenuti dvije novije sudske odluke, o kojima se opširno raspravljalo i u medijima.

Prvi slučaj se tiče (još nepravosnažnog) rješenja Osnovnog suda u Düsseldorfu (*Az.: 24 C 1355/13*), u kojem je sud imao odlučiti o zakonitosti otkaza ugovora o najmu stana od strane najmodavca, ako je najmoprimčev dim cigareta primjetan i u haustoru zgrade, ometajući druge stanare. Ovaj slučaj je poseban i iz razloga što je upitni ugovor o najmu postojao punih 40 godina.

Sud nije osporavao pravo najmoprimca da puše u prostorijama unajmljenog stana, jer je to u uobičajenom opsegu obuhvaćeno redovnom upotrebom unajmljene stvari. To, međutim, ne važi ukoliko pušenje ima za posljednicu ugrožavanje zdravlja i ometanje drugih stanara zgrade, jer se dim širi kroz haustor zgrade. Najmoprimac je

protiv prvostepene presude suda podnio žalbu.

Saopštenje za javnost Osnovnog suda Düsseldorf presudu ukratko prikazuje na sljedeći način (na njemačkom jeziku je saopštenje dostupno preko: [http://www.ag-duesseldorf.nrw.de/presse/Aktuelle-Presemitteilungen/Urteil-gegen-rauchenden-Mieter-24-C-1355\\_13.pdf](http://www.ag-duesseldorf.nrw.de/presse/Aktuelle-Presemitteilungen/Urteil-gegen-rauchenden-Mieter-24-C-1355_13.pdf)):

U parničnom postupku između tuženog najmoprimca Friedhelma A. i njegovog najmodavca, Osnovni sud u Düsseldorfu je dana 31. 7. 2013. godine donio presudu u korist podnosioca tužbenog zahtjeva. Sud je potvrdio zakonitost otkaza ugovora o najmu. Najmoprimac načelno smije da puši u svom domu, jer je to u uobičajenom opsegu obuhvaćeno redovnom upotrebom unajmljene stvari. Najmodavac zgrade u kojoj živi nekoliko najmoprimaca, međutim, ne mora trpjeti dim cigareta, koji se u haustoru zgrade širi u opsegu dovoljnom da se može kvalificirati kao prekomjerna posredna imisija. Zaštita tjelesnog integriteta ostalih stanara zgrade u tom slučaju uživa prednost nad slobodama tuženog.

Sud je ponašanje najmoprimca smatrao dovoljnim razlogom za otkaz ugovora o najmu stana. Tuženi, naime, ni nakon nekoliko opomena nije dovoljno zračio prostorije stana, tako da se dim cigareta mogao slobodno širiti po čitavoj zgradi, što je za posljednicu imalo gomilanje neugodnog mirisa opasnog po zdravlje.

Sud nije utvrđivao dodatne činjenice, pošto je postojanje prekomjerne posredne imisije u haustoru zgrade smatrao nespornim. Sedamdeset četverogodišnji penzioner, odnosno njegova advokatica prije početka glavne rasprave doduše jesu iznijeli, da ne postoji prekomjerna posredna imisija u haustoru zgrade, ali je sud iznesenu činjenicu odbio uz obrazloženje da je iznesena prekasno. Prema pravilima parničnog postupka, navodi tužiteljice će se u tom slučaju smatrati dokazanim, te se postojanje prekomjerne posredne imisije ne treba dalje utvrđivati. Tužiteljica je pušaču naročito predbacila da je promijenio navike zračenja stambenih prostorija. Za života njegove supruge, njihove stambene prostorije su se dovoljno zračile. Udovac je drvene roletne na prozorima sada stalno držao spuštenim. To je imalo za posljednicu gomilanje duhanskog dima u haustoru zgrade. Drugi najmoprimci su se žalili na nesnošljivu prekomjernu posrednu imisiju, prijeteći najmodavcu jednostranim raskidom ugovora o najmu stana. Opomene koje su poslate tuženom bile su bezuspješne.

I u prošlosti su poznati slučajevi u kojima su najmoprimci zbog pušenja u stanu morali odgovarati pred sudom. U slučaju kada je dim cigareta usljed ekscitativnog pušenja doveo do oštećenja građevinske konstrukcije, Savezni vrhovni sud je najmodavcu dosudio pravo na naknadu štete (Presuda Saveznog ustavnog suda iz 2008.

godine, Az.: VIII ZR 37/07). Ovdje je, međutim, više riječ o iznimnom slučaju. Najmoprimac pušač koji prema ugovoru o najmu stana nije obavezan izvoditi popravke stana koje za cilj imaju njegove uljepšavanje i uklanjanje površnih oštećenja, nije dužan ni da odstrani uobičajene tragove nikotina u stanu.

### **Najmoprimci smiju pušiti na balkonu, iako to susjedima smeta**

U jednom naizgled sličnom slučaju je nadležni sud (Osnovni sud u Rathenowu) tužbu protiv pušača, međutim, odbio. (Više informacija o ovoj presudi na njemačkom jeziku dostupno je online:

[http://www.kostenlose-urteile.de/Amtsgericht-Rathenow\\_4-C-30013\\_AG-Rathenow-Rauchen-auf-dem-Balkon-erlaubt-Nachbar-muss-Rauch-von-12-Zigaretten-pro-Tag-hinnehmen.news16727.htm](http://www.kostenlose-urteile.de/Amtsgericht-Rathenow_4-C-30013_AG-Rathenow-Rauchen-auf-dem-Balkon-erlaubt-Nachbar-muss-Rauch-von-12-Zigaretten-pro-Tag-hinnehmen.news16727.htm)).

Stranke u postupku živjele su u Premnitzu kod Brandenburga u zajedničkoj stambenoj zgradi, gdje su unajmili stanove. Oba stana su imala balkon. Bračni drugovi koji su u postupku nastupili kao tužitelji, osjećali su se ometanim susjedima koji su živjeli na spratu ispod njih i pušili na balkonu. Bračni par nije bio u stanju nesmetano piti kafu na balkonu ili čitati novine zbog dima cigareta koji se širio s balkona ispod njihovog. Tužitelji su sudu predložili izvještaj, prema kojem su susjedi na balkonu pušili i do 12 cigareta dnevno. Tužitelji su stoga u svom tužbenom zahtjevu istakli izricanje sudske zabrane pušenja koja bi bila na snazi svakog dana u vremenu 7.00–8.00, 10.00–11.00, 13.00–15.00, 17.00–19.00 i od 20.00 do 23.00 sata. Osnovni sud je, međutim, došao do zaključka da je ometanje usljed pušenja još bilo u granicama podnošljivog. Pošto su tužitelji uložili žalbu protiv odluke suda o ovom će u drugostepenom postupku odlučivati nadležni pokrajinski sud.

Ovi sudski sporovi nagovještavaju da će se njemački sudovi ubuduće morati češće baviti sporovima između susjeda koji se tiču pušenja.

### **Elektronske cigarete nisu lijek**

Također još nepravosnažna je nedavno donesena presuda Višeg upravnog suda Münster, u kojem se sud morao baviti javnopravnim pitanjima u vezi s pušenjem, tj. u vezi sa sve popularnijim elektronskim cigaretama. Ove cigarete trebaju pomoći pri odvikavanju od pušenja ili bar pri smanjenju zdravstvenih rizika pušenja. U ovim spravama duhan isparava elektronski, tako da nema nuspojava koje se javljaju u slučaju kada duhan sagorijeva tinjajući. Ove sprave k tome ne proizvode dim cigareta, nego posebnu vrstu dima čija su konzistencija i okus slični duhanskom dimu.

Pred Višim upravnim sudom Münster se sporilo o pitanju, da li se elektronske cigarete imaju smatrati lijekom ili ne. To iz razloga što je Grad Wuppertal jednoj poduzetnici zabranio prodaju tih elektronskih cigareta,

uz obrazloženje da su elektronske cigarete lijek, za čiju prodaju su ovlaštene samo apoteke. Savezni upravni sud je svoju odluku temeljio na činjenici da tvari koje elektronska cigareta proizvodi nemaju terapijskog učinka. Upravo je terapijski učinak pretpostavka za klasifikaciju određene supstance kao lijeka. Grad je u vezi s tim argumentirao, da ni pilule za kontracepciju nemaju terapijskog učinka, ali se ipak klasificiraju kao lijek.

Ova presuda je od velikog ekonomskog značaja, pošto u Njemačkoj raste potražnja za elektronskim cigaretama, koje se uglavnom prodaju u običnim prodavnicama, koje nisu ovlaštene za prodaju lijekova. Ovom presudom se, međutim, nije konačno riješilo pitanje distribucije elektronskih cigareta. Ministri zdravstva u EU su u junu ove godine, naime, predstavili nove planove za donošenje Zakona protiv pušenja. Ovim zakonom se prodaja cigareta ne bi zabranila, ali bi se ograničila (pravni tretman elektronskih cigareta je tako dobar primjer za utjecaj evropskog prava na nacionalna zakonodavstva. Ova tema također pokazuje, kako se pitanja, koja su donedavno bila u nadležnosti nacionalnih parlamenata, sve učestalije regulišu na razini EU).

Saopštenje za javnost o spomenutoj presudi dostupno je preko:

[http://www.ovg.nrw.de/presse/pressemitteilungen/27\\_130917/index.php](http://www.ovg.nrw.de/presse/pressemitteilungen/27_130917/index.php)

Dr. Stefan Pürner

### **Aktuelles aus dem deutschen Recht**

(Zusammenfassung)

*In der Rubrik "Aktuelles aus dem deutschen Recht" werden in dieser Ausgabe in drei thematischen Komplexen ausschließlich Gerichtsentscheidungen vorgestellt. Unter der Überschrift "Urteile zur Religionsfreiheit" wird über die so genannte Burkini-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG 6 25.12 – Urteil vom 11. September 2013) und das so genannte Krabat-Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes ebenfalls vom September 2013 berichtet. Dabei wird zur Verdeutlichung der Haltung der deutschen Rechtsprechung zum Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Schulpflicht auch auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Juli 2009 – BvR 1558/09 zur Teilnahme am Sexualkundeunterricht und an schulischen Karnevalsveranstaltungen eingegangen. Hierbei wird insbesondere deutlich gemacht, dass die Rechtsprechung nicht zwischen Religionsgemeinschaft, die in Deutschland lange Tradition haben, und solche, die erst seit jüngster Vergangenheit in Deutschland ansässig sind, unterscheidet, sondern allgemeine Kriterien entwickelt. Außerdem wird dargelegt, dass die Schulpflicht auch der Integration dient. Im zweiten Komplex wird über die Wiederaufnahmeverfahren in den Fällen Gustl Mollath und Horst Arnold berichtet. Der dritte Komplex schließlich befasst sich mit neuer deutscher Rechtsprechung zum Thema "Rauchen" insbesondere im Mietrecht. Zu allen Entscheidungen werden weiter führende Quellen im Internet genannt.*

## Aktuelnosti iz prava regiona

### O realizaciji vansudske izvršne hipoteke u pravu Republike Srbije – kritički osvrt

Dr Slavko Đorđević\*

Mr Mirko Đorđević\*\*

#### 1. Uvod

U Republici Srbiji je 2005. godine donet Zakon o hipoteci (ZH)<sup>1</sup> kojim su stavljene van snage odredbe o hipoteci iz Zakona o svojinskopравnim odnosima (ZOSPO)<sup>2</sup>. Zbog svojih nekonvencionalnih rešenja, neujednačene i neprecizne terminologije, neuobičajenih definicija, tehničkih i materijalnih greška, novi ZH je ubrzo postao meta ozbiljnih kritika domaće literature<sup>3</sup>. Našu pažnju su posebno privukle odredbe kojima se uređuje postupak vansudskog namirenja potraživanja, u kome se mimo suda, na (u najmanju ruku) neuobičajen način (a mi bismo rekli na potpuno neustavan način) realizuje hipoteka. Ovaj postupak je izazvao kontraverze i različite reakcije u pravničkom i poslovnom svetu Srbije. O tumačenju pojedinih odredbi ZH čak se izjasnio i Vrhovni kasacioni sud, što je kasnije imalo za posledicu da novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. g. (ZIO) među izvršne isprave uključi i ugovor o hipoteci, odnosno založnu izjavu sastavljenu u skladu sa ZH, a sve u cilju da se pospeši efikasnija realizacija hipoteke.

Smatrajući da su se zakonodavne aktivnosti u ovoj materiji, kao i aktivnosti najviših organa sudske vlasti, kretale u pogrešnom smeru, u ovom radu ukratko iznosimo naše mišljenje o nekim ozbiljnijim nedostacima vezanim za realizaciju hipoteke zasnovane na odredbama ZH.

#### 2. Ugovor o hipoteci odnosno

##### založna izjava kao vansudska izvršna isprava

Odredbama čl. 15 Zakona o hipoteci uređeno je svojstvo ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave (tzv. jednostrane

hipoteke u smislu čl. 14 ZH) kao izvršne vansudske isprave. Ugovor o hipoteci (založna izjava) će imati ovo svojstvo samo ukoliko sadrži odredbe koje su izričito navedene u čl. 15 st. 3 tač. 1–4 ZH i tada se (shodno terminologiji ZH) naziva izvršni ugovor o hipoteci, odnosno izvršna založna izjava, a sama hipoteka zasnovana na ovaj način upisuje se u katastar nepokretnosti kao “izvršna vansudska hipoteka”<sup>4</sup>. Realizacija takve hipoteke sprovodi se u vansudskom postupku namirenja koji je uređen u ZH. Ukoliko ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava ne sadrži odredbe koje su izričito navedene u čl. 15 st. 3 ZH, namirenje se sprovodi u skladu sa ZIO-om. Prema tome, da li će se hipoteka realizovati u vansudskom postupku namirenja ili u sudskom izvršnom postupku, zavisi od toga kako je ugovor o hipoteci odnosno založna izjava sastavljena.

Od zahteva navedenih u čl. 15 st. 3 tač. 1–4 ZH koji se moraju ispuniti da bi se ugovor o hipoteci (založna izjava) smatrao izvršnom vansudskom ispravom, našu pažnju je posebno privukla odredba čl. 15 st. 3 tač. 2 ZH. Ova odredba, između ostalog, predviđa da ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava mora da sadrži izričitu odredbu, odnosno izjavu vlasnika da je upozoren o posledicama neizmirenja duga o dospelosti te da, svestan tih posledica, pristaje na mogućnost izvršenja ugovora o hipoteci prodajom njegove nepokretnosti u vansudskom postupku namirenja, **bez prava na vođenje parnice**. Iz navedene odredbe jasno proizlazi da se vlasnik nepokretnosti mora izričito, i to unapred, odreći prava na vođenje parnice.

Ako se ima u vidu da dužnik u vansudskom postupku namirenja nema na raspolaganju gotovo nijedno procesno sredstvo kojim bi mogao da zaštiti svoje interese (što ćemo detaljnije prikazati u odeljku 4. ovog rada), nama se čini da zahtev, da se vlasnik unapred odrekne prava na vođenje parnice, direktno vređa pravo na pristup sudu (pravo na tužbu) koje predstavlja neodvojivi element prava na pravično suđenje iz čl. 32 st. 1 Ustava Republike Srbije<sup>5</sup> i čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>6</sup> (u daljem tekstu: EKLJP). Ograničenje

<sup>4</sup> Vidi čl. 15. st. 2 ZH.

<sup>5</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 83/06. Čl. 32 st. 1 Ustava glasi: “Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.”

<sup>6</sup> “Sl. list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 i “Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 12/2010. Čl. 6 st. 1 EKLJP glasi: “Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv

\* Autor je docent na Pravnom fakultetu u Kragujevcu.

\*\* Autor je advokat iz Beograda.

<sup>1</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 115/2005.

<sup>2</sup> “Sl. List SFRJ”, br. 6/1980-189, 36/1990-1997 i “Sl. List SRJ”, br. 29/1996-41.

<sup>3</sup> Umesto svih videti M. Živković, Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji, objavljeno na <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/NovoHipotekarnoPravoClanak.pdf>

prava na pristup sudu, kao i drugih ljudskih prava, jeste moguće, ali samo pod tačno određenim uslovima. Prema čl. 20 st. 1 Ustava RS, ljudska prava (uključujući pravo na pravično suđenje i pravo na tužbu) se ne mogu ograničiti, osim ako ograničenje dopušta Ustav, i to u svrhe radi kojih ga dopušta Ustav i u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu, bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava. S obzirom na to da u samom Ustavu RS nije predviđeno ograničenje prava na pristup sudu, kao ni mogućnost da se neko unapred odrekne prava na vođenje parnice, nama se čini da je zahtev koji predviđa čl. 15 st. 3 tač. 2 ZH u suprotnosti sa čl. 32 st. 1 Ustava RS.

Svakako, nema sumnje da iz čl. 15 st. 4 ZH proizlazi da ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava ostaje punovažna i kada ne sadrži odredbe iz čl. 15 st. 3 (s tim da se u tom slučaju ne može provesti vanskudski postupak namirenja koji je uređen ZH, već se namirenje provodi u skladu sa ZIO-om). Međutim, u praksi poslovne banke, kao poverioci i ekonomski jača ugovorna strana, uvek insistiraju na unošenju sporne odredbe u ugovor o hipoteci, odnosno založnu izjavu, jer na taj način obezbeđuju sebi bolju pravnu poziciju. Vlasnici hipotekovane nepokretnosti (odnosno dužnici) obično nemaju izbora, pa takav ugovor, odnosno izjavu potpisuju i unapred se odriču prava na tužbu. Otuda, davanje mogućnosti poveriocima da zahtevaju od vlasnika (odnosno dužnika) da se unapred odrekne prava na sudsku zaštitu (tj. prava na vođenje parnice) mora se kvalifikovati kao povreda čl. 32 st. 1 Ustava RS i čl. 6 st. 1 EKLJP.

U prvim godinama primene ZH sudovi su, pozivajući se na čl. 15 st. 3 tač. 2 ZH odnosno na sam tekst ugovora o hipoteci (založne izjave), odbijali da raspravljaju o izvršnoj vanskudskoj hipoteci i eventualno spreče njenu realizaciju, oglašavajući se nenadležnim. Na ovaj način su, po našem mišljenju, činili povredu gore navedenih odredaba Ustava i EKLJP kojima se jemči pravo na pravično suđenje i pristup sudu. Vremenom se situacija u sudskoj praksi izmenila i domaći sudovi su počeli da odlučuju o pitanjima vezanim za ovu materiju i da usvajaju zahteve vlasnika hipotekovane nepokretnosti, odnosno dužnika (naročito predloge za određivanje privremene mere kojom se sprečava realizacija izvršne vanskudske hipoteke)<sup>7</sup>. Međutim, ovakav zaokret

u sudskoj praksi “isprovocirao” je Udruženje banaka Republike Srbije (ili bolje reći “udruženje hipotekarnih poverilaca”) koje je 2010. godine Narodnoj skupštini RS podnelo inicijativu za autentično tumačenje odredbe čl. 15 st. 3 tač. 2 ZH<sup>8</sup>. U ovoj inicijativi se, između ostalog, navodi da hipotekarni dužnici “zloupotrebljavaju” pravo, tako što podnose “tužbe za zabranu realizacije hipoteka i sprovođenja vanskudske prodaje, kao i za poništaj kupoprodajnih ugovora u postupku vanskudske prodaje, čime nanose nenadoknadivu štetu hipotekarnim poveriocima i savesnim kupcima”. Takođe, navodi se da nadležni sudovi tolerišu i ne sankcionišu ovu “zloupotrebu” prava od strane hipotekarnih dužnika, a da se pravi smisao odredbe čl. 15 st. 3 tač. 2 ogleda u tome da je “pravo na vođenje spora bilo koje vrste isključeno, kao i pravo na osporavanje osnova sticanja hipoteke ugovorom ili založnom izjavom, pozivanjem na mane volje iz Zakona o obligacionim odnosima, tj. na pretnju, prinudu, prevaru ili zabludu”, a sve u cilju zabrane zloupotrebe procesnih prava od strane vlasnika odnosno dužnika. Narodna skupština se, koliko je nama poznato, do sada nije oglasila povodom ove inicijative. Autorima ovog rada posebno je zanimljivo gledište Udruženja banaka o zloupotrebi procesnih prava, koja vlasnik hipotekovane nepokretnosti, odnosno hipotekarni dužnik skoro uopšte i nema u vanskudskom postupku namirenja, kao i tvrdnja da se pravo na tužbu, koje je Ustavom RS zajemčeno kao ljudsko pravo, zloupotrebljava samo zato što su se sudovi odvažili da dopuste njegovo ostvarivanje (uprkos neustavnoj zabrani njegovog vršenja iz čl. 15 st. 2 tač. 3 ZH).

### 3. Ugovor o hipoteci odnosno založna izjava kao izvršna isprava

Kako inicijativa Udruženja banaka nije urodila plodom, a sudska praksa zadržala ispravan kurs, postavilo se pitanje da li se ugovor o hipoteci odnosno založna izjava, koja je sastavljena kao vanskudska izvršna isprava u skladu sa čl. 15 ZH, može kvalifikovati kao izvršna isprava u smislu zakona kojim se uređuje izvršni postupak. Prema prethodno važećem Zakonu o izvršnom postupku<sup>9</sup>, ugovor o hipoteci odnosno založna izjava nisu se izričito smatrali izvršnim ispravama<sup>10</sup> u smislu ovog zakona, niti je to predviđeno u ZH. Sudovi su nejednako postupali u pogledu ovog pitanja, pa je zbog neujednačene sudske prakse Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije, u svom Zaključku od 4. 10. 2010. godine<sup>11</sup>, zauzeo stav

*njega, ima pravo na pravično i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.”*

<sup>7</sup> Vidi Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 3567/11 od 26. 10. 2011. g., Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu br. 3/2011, str. 46–48.

<sup>8</sup> Inicijativa za donošenje autentičnog tumačenja odredaba Zakona o hipoteci, podneta od strane Udruženja banaka RS, <http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Aktivnosti/PravniPoslovi/2010/Odbor-10-09-2010.pdf>.

<sup>9</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 125/2004.

<sup>10</sup> Vidi čl. 30 Zakona o izvršnom postupku.

<sup>11</sup> Zaključak usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 4. 10. 2010. godine, objavljen na <http://www.vk.sud.rs/izvrsna-vanskudska-hipoteka.html>

da se izvršna vansudska hipoteka treba smatrati izvršnom ispravom u smislu tada važećeg čl. 30 st. 1 tač. 3 Zakona o izvršnom postupku, kao i da hipotekarni poverilac može birati pravni put namirenja svog potraživanja – ili će ići putem vansudskog postupka namirenja uređenog u ZH ili putem sudskog izvršnog postupka, a u cilju efikasnije realizacije i namirenja. Ovaj stav Vrhovnog kasacionog suda je u novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine (ZIO)<sup>12</sup> postao zakonska norma, tako da je u čl. 13 st. 1 tač. 4 ovog zakona izričito predviđeno da se ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava, sačinjena saglasno propisima kojima se uređuje hipoteka, smatraju izvršnim ispravama.

U vezi sa ovim novim zakonskim rešenjem, treba napomenuti da se ugovor o hipoteci odnosno založna izjava, prema redovnom toku stvari, zaključuje u vezi sa ugovorom o kreditu i da se u ugovoru o hipoteci navodi visina i obim novčane obaveze dužnika koji postoje u vreme zaključenja ugovora o kreditu. Otuda, gotovo je izvesno da u trenutku pokretanja izvršnog postupka visina i obim duga neće odgozarati onome što je navedeno u ugovoru o hipoteci odnosno založnoj izjavi, jer do realizacije hipoteke obično dolazi nakon određenog vremenskog perioda trajanja ugovora o kreditu, u kome je dužnik ispunjavao svoje obaveze iz ovog ugovora (pa je to prestao da čini, što je dovelo do “aktiviranja” hipoteke). To znači da je obim novčane obaveze u trenutku realizacije hipoteke manji od onog koji je naveden u ugovoru o hipoteci odnosno založnoj izjavi. Zato je potrebno da se visina i obim obaveze dužnika ponovo utvrde. Međutim, to ne utvrđuje sud niti bilo koji drugi državni organ, već to čini sam poverilac u opomeni o prodaji koju upućuje dužniku i vlasniku hipotekovane nepokretnosti (dakle, visina obaveze se određuje na “časnu reč” poverioca<sup>13</sup>). Imajući ovo u vidu, smatramo da je hipotekarnom poveriocu pružena dodatna mogućnost da, bez preispitivanja i utvrđivanja visine potraživanja od strane suda i bez mogućnosti osporavanja od strane dužnika, namiri svoje potraživanje (čiji je obim sam utvrdio) prodajom hipotekovane nepokretnosti i to ovog puta u izvršnom postupku (uz autoritet izvršnog suda). Iz ovog razloga smatramo da izričito određenje ugovora o hipoteci odnosno založne izjave kao izvršne isprave u smislu ZIO ugrožava pravnu sigurnost i vredi princip vladavine prava koji predstavlja osnovnu pretpostavku ustavnog uređenja Srbije (čl. 3 Ustava RS).

#### 4. Vansudski postupak namirenja

Vansudski postupak namirenja je uređen čl. 29–38 Zakona o hipoteci. Našu pažnju su naročito privukle odredbe čl. 29, 30, 31, i 33 i 36 st. 1 Zakona o hipoteci.

##### 4.1. Odredbe čl. 29–31 i 33 ZH

Odredbama čl. 29–31 ZH uređena je ključna faza vansudskog postupka namirenja. Shodno ovim odredbama, vansudski postupak namirenja se pokreće pismenom opomenom (tzv. prva opomena) koju poverilac upućuje dužniku i vlasniku hipotekovane nepokretnosti (ako su različita lica), a koja između ostalog sadrži opis povrede ugovora o hipoteci, radnje koje dužnik mora da preduzme da bi isplatio dug i opomenu da će poverilac, ako se te radnje ne preduzmu, potraživati celokupan iznos potraživanja i prodaju hipotekovane nepokretnosti.<sup>14</sup> Ukoliko dužnik ne isplati dugovano u roku od 30 dana od prijema prve opomene, poverilac upućuje dužniku i vlasniku opomenu o prodaji hipotekovane nepokretnosti, koja između ostalog sadrži i poveriočevo obaveštenje da je dug u celosti dospelo za naplatu i visinu iznosa celog duga (koju poverilac sam utvrđuje)<sup>15</sup>. Istovremeno sa ovom opomenom poverilac podnosi zahtev katastru nepokretnosti za zabeležbu hipotekarne prodaje koji u roku od sedam dana donosi rešenje o zabeležbi.<sup>16</sup> Na ovo rešenje je dozvoljena žalba u roku od 15 dana od prijema rešenja, a nadležni organ će usvojiti žalbu samo ako dužnik ili vlasnik dostavi nesporne pismene dokaze (a) da potraživanje ne postoji ili (b) da hipoteka ne postoji ili (c) da potraživanje nije dospelo za naplatu ili (d) da je dug isplaćen.<sup>17</sup> Protiv drugostepenog rešenja nije dozvoljena tužba ili drugi pravni lek.<sup>18</sup> Kada rešenje postane pravosnažno, poverilac pristupa prodaji hipotekovane nepokretnosti u svoje ime, putem aukcije ili neposredne pogodbe.<sup>19</sup> Pored toga, sva pismena, u koja pre svega spadaju prva opomena i opomena o prodaji, smatraju se, shodno čl. 33 st. 1, uručenim dužniku, ukoliko su poslata preporučenom poštom i to (po izboru poverioca) na adresu hipotekovane nepokretnosti ili adresu dužnika navedenu u ugovoru o hipoteci ili na adresu vlasnika nepokretnosti.

Iz ovog kratkog opisa odredaba čl. 29–31 i čl. 33 ZH vidljivo je da dužnik do donošenja rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje nema na raspolaganju gotovo nijedno procesnopravno sredstvo kojim bi mogao da zaštiti sopstvene interese. Kada dobije prvu opomenu, jedini način da predupredi prodaju hipotekovane nepokretnosti jeste da u roku od 30 dana preduzme radnje koje mu je odredio poverilac (obično je reč o isplati rate iz ugovora o kreditu). Ako to ne učini u roku od 30 dana ili čak ako te radnje preduzme nakon isteka roka od 30 dana, dužnik više ne može uticati na odvijanje postupka i sprečiti poverioca da pokrene postupak za zabeležbu prodaje pred katastrom nepokretnosti. Protekom ovih 30 dana dug je dospelo u

<sup>12</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 31/2011 i 99/2011.

<sup>13</sup> Tako vrlo M. Živković, *Novo hipotekarno pravo*, str. 18.

<sup>14</sup> Vidi čl. 29 ZH.

<sup>15</sup> Čl. 30 ZH.

<sup>16</sup> Čl. 31 st. 1 i 2 ZH.

<sup>17</sup> Čl. 31 st. 4, 5 i 6 ZH.

<sup>18</sup> Čl. 31. st. 7 ZH.

<sup>19</sup> Čl. 34 ZH.



celosti, a visinu duga određuje sam poverilac u opomeni o prodaji. Katastar nepokretnosti vrši zabeležbu i donosi rešenje o zabeležbi na osnovu informacija koje su sadržane u podnescima (opomenama) koje mu dostavlja poverilac, a čiju tačnost i verodostojnost uopšte ne ispituje. Dužniku, kao drugoj strani u postupku, nije data mogućnost da se izjasni o navodima iz poveriočevih podnesaka (opomena). On čak u toku celog postupka, uključujući i postupak po žalbi na rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje, ne može osporiti visinu duga koju je poverilac sam utvrdio (“na svoju časnu reč”). Tek u drugostepenom postupku pred Republičkim geodetskim zavodom dužniku su data izvesna procesnopravna ovlašćenja koja su, pritom, ograničena na dostavljanje nespornih (šta god to značilo!) pismenih dokaza o nepostojanju potraživanja odnosno hipoteke ili nespornih dokaza da dug nije dospelo odnosno da je isplaćen u celosti. Kada se ovome doda da se pismena kojima se pokreće i vodi vanskudski postupak namirenja smatraju uručenim dužniku u trenutku njihovog otposljanja preporučenom poštom na bilo koju od gore navedenih adresa, sasvim je jasno da se dužnik nalazi u daleko nepovoljnijem procesnopravnom položaju od poverioca, jer postoji mogućnost da se postupak u celosti sprovede, a da dužnik to uopšte ne sazna. Propisujući “dostavljanje” na ovaj način, zakonodavac je grubo prekršio pravo na odbranu za čije je ostvarenje nužno da postoji blagovremeno i uredno dostavljanje pismena.<sup>20</sup> Ako se, uz sve ovo, podsetimo da se, shodno čl. 15 st. 3 tač. 2 ZH, vlasniku i dužniku zabranjuje da pokrene parnični postupak, nesporno je da je dužnik (odnosno vlasnik hipotekovane nepokretnosti) potpuno obespravljen u zaštiti sopstvenih interesa.

S obzirom na prethodno rečeno, nama se čini da odredbe čl. 29–31 i čl. 33 Zakona o hipoteci (kada se njihovo značenje i smisao sagleda u celosti i njihovoj međusobnoj povezanosti) vređaju pravo na pravično suđenje iz čl. 32 st. 1 Ustava RS i čl. 6 st. 1 EKLJP, odnosno direktno krše procesnopravne principe koji čine temelj ovog ljudskog prava. Prema praksi ESLJP, koja je nastala tumačenjem čl. 6 st. 1 EKLJP, pravo na pravično suđenje podrazumeva da svaka strana u postupku mora da bude u mogućnosti da blagovremeno sazna sadržinu procesnih radnji druge strane, da iznese svoje činjenične i pravne navode, da se izjasni na činjenične i pravne navode druge strane, te da ima razumnu mogućnost da se koristi procesnim sredstvima na način koji je ne dovodi u suštinski nepovoljniji položaj u odnosu na protivnu stranku.<sup>21</sup> Otuda, pravo na pravično suđenje obuhvata princip

ravnopravnosti stranaka u korišćenju procesnih sredstava, pravo na kontradiktorni postupak, pravo na lično učešće u postupku, pravo na dokaz i pravo na obrazloženu odluku.<sup>22</sup> Sva ova prava, uzeta zajedno, obrazuju pravo na odbranu i predstavljaju njegove neodvojive elemente, a osnovnu pretpostavku za ostvarenje prava na odbranu i poštovanje zahteva za pravičnim suđenjem predstavlja uredno i blagovremeno dostavljanje.<sup>23</sup> Imajući u vidu da je, shodno čl. 18 st. 3 Ustava RS, za primenu ljudskih prava relevantna praksa međunarodnih institucija koje nadziru njihovo ostvarivanje, nesporno je da pravo na pravično suđenje iz čl. 32 st. 1 Ustava RS treba tumačiti u skladu sa praksom EKLJP, te da sva pomenuta procesna prava i principi odnosno pravo na odbranu ulazi i u polje primene ove ustavne odredbe.

Takođe, treba posebno naglasiti da se pravo na pravično suđenje primenjuje na sve vrste postupaka (sudski, upravni, disciplinski itd.) u kojima se odlučuje o građanskim pravima i obavezama (a ne samo na sudski postupak). ESLJP je ovo stanovište zauzeo još u svojoj presudi Ringeisen protiv Austrije (presuda od 16. 7. 1971): “Izraz ‘odlučivanje o građanskim pravima i obavezama’ pokriva sve postupke čiji je rezultat odlučujući za privatna prava i obaveze” (paragraf br. 94. presude). Prema tome, pravo na pravično suđenje iz čl. 32 Ustava RS i čl. 6 st. 1 EKLJP proteže na sve postupke u Republici Srbiji u kojima se odlučuje o imovinskopравnim zahtevima pravnih i fizičkih lica, uključujući i vanskudski postupak namirenja iz ZH.

#### 4.2. Posebno o pojedinim odredbama

Valjalo bi se ukratko osvrnuti i na konkretne odredbe o vanskudskom postupku namirenja koje imaju očigledne nedostatke i čija ustavnost se, takođe, ozbiljno može dovesti u pitanje. Posebno ćemo se osvrnuti na odredbe čl. 31 st. 3 tač. 1 i čl. 36 st. 1 ZH, kao i odredbe čl. 31 st. 6 i 7 ZH.

Prema odredbi čl. 31 st. 3 tač. 1 ZH, rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje sadrži odredbu kojom se hipotekarni poverilac izričito ovlašćuje da može u svoje ime prodati hipotekovanu nepokretnost. Isto ovlašćenje poverioca je ponovljeno i u čl. 36 st. 1 ZH kojim se uređuje prodaja hipotekovane nepokretnosti neposrednom pogodbom. Ovim odredbama se, dakle, na poverioca prenosi pravo raspolaganja tuđom nepokretnom stvari i to bez pravnog osnova u nekom pravnom poslu, tako da poverilac njome može raspolagati (tj. prodati je) u svoje ime, kao da je vlasnik hipotekovane nepokretnosti. To u suštini znači da je poveriocu na osnovu samog ZH dopušteno da uzurpira (tuđe) pravo svojine na hipotekovanoj nepokretnosti koje se, u suštini, na njega i prenosi, iako je u čl. 13 ovog zakona izričito predviđeno da hipotekovana nepokretnost ne može

<sup>20</sup> Uostalom, odredbe čl. 33 Zakona o hipoteci, kojim se propisuje ovakav način dostavljanja, u suprotnosti su sa odredbama o dostavljanju iz Zakona o parničnom postupku i Zakona o opštem upravnom postupku.

<sup>21</sup> Vidi presudu Brandstetter protiv Austrije od 28. 8. 1991. g., paragraf br. 67; presudu Neumeister protiv Austrije od 27. 6. 1968. g., paragraf br. 33.

<sup>22</sup> Vidi detaljnije A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, Komentar*, Beograd, 2006, str. 193 i dalje.

<sup>23</sup> Vidi paragraf br. 28 presude Hennings protiv Nemačke od 12. 12. 1992. g., predstavka br. 12129/86.

unapred da pređe u svojinu poverioca ili trećeg lica (što pokazuje da su odredbe ZH međusobno kontradiktorne). Do prenošenja prava raspolaganja na poverioca i uzurpacije prava svojine dolazi u trenutku kada protekne rok od 30 dana od otposljanja prve opomene u kome dužnik nije ispunio svoju obavezu (jer je tada dospelo dug u celosti), a ne kada rešenje o zabeležbi hipotekarne prodaje postane pravosnažno. Od tog trenutka, zapravo, dužnik odnosno vlasnik više nema nikakvog uticaja na tok vansudskog postupka namirenja i "sudbinu" svog prava svojine na hipotekovanoj nepokretnosti (osim ako ne izmiri dug u celosti), a poverilac već u tom trenutku može slobodno da planira prodaju hipotekovane nepokretnosti u svoje ime, jer je dug u celosti dospelo. Prema tome, davanjem ovlašćenja poveriocu da proda hipotekovanu nepokretnost u svoje ime, dužniku se oduzima njegova imovina i on više nema mogućnosti da povрати svoju nepokretnu stvar, jer će ona nakon sprovedene hipotekarne prodaje imati novog vlasnika. Njemu jedino preostaje da podnese zahtev za naknadu štete, ukoliko se naknadno u sudskom postupku utvrdi da je hipotekarna prodaja bila nezakonita. Imajući ovo u vidu, čini nam se da su odredbe čl. 31 st. 3 tač. 1 i čl. 36 st. 1 ZH u direktnoj je suprotnosti sa ustavnom garancijom mirnog uživanja prava svojine iz čl. 58 Ustava RS (koje može biti ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona), kao i sa čl. 86 st. 1 reč. 1 Ustava RS kojim se jemči privatna svojina.

Pored toga, odredbe čl. 31 st. 3 tač. 1 i čl. 36 st. 1 ZH u protivrečnosti su i sa čl. 85 Zakona o državnom premeru i katastru<sup>24</sup>, kojim je predviđeno da je upis prava svojine na nepokretnosti na ime novog vlasnika dozvoljen samo protiv lica koje je u trenutku podnošenja zahteva za upis već upisano u katastar nepokretnosti kao imalac prava svojine (dakle, samo protiv upisanog prethodnika).<sup>25</sup> Ako se ima u vidu da, shodno navedenim odredbama ZH, poverilac može prodati hipotekovanu nepokretnost u svoje ime, nedvosmisleno proizlazi da kupac takve nepokretnosti ne može upisati svoje pravo svojine u katastar nepokretnosti, tj. ne može postati novi vlasnik nepokretnosti, jer svojinu ne stiče od upisanog prethodnika (poverilac nije upisani prethodnik). Ova protivrečnost, stvorena normama dva pomenuta zakona, grubo narušava ustavnopravni princip jedinstva pravnog poretka Republike Srbije koji je definisan u čl. 4 st. 1 i čl. 194 Ustava RS.

Najzad, potrebno je ukazati i na nedostatke odredaba čl. 31 st. 6 i 7 ZH. Iz ovih odredaba proizlazi da dužnik u postupku vansudskog namirenja po žalbi ne može osporiti visinu poveriočevog potraživanja (već jedino može podneti nespornan dokaz, šta god to značilo!?, da potraživanje ne postoji, odnosno da nije dospelo za naplatu ili da hipoteka ne postoji ili da je dug u celosti isplaćen), niti može, nakon donošenja drugostepenog rešenja, voditi sudski

postupak u kojem bi mogao osporavati, ne samo visinu potraživanja, nego i zakonitost vansudskog postupka namirenja. Prema našem mišljenju, nesporno je da se ovim odredbama ZH direktno vređa ljudsko pravo na jednaku zaštitu prava pred sudom i pravo na pravno sredstvo iz čl. 36 Ustava RS, kao i ustavnopravni princip iz čl. 198 st. 2 Ustava RS da zakonitost pojedinačnih upravnih akata podleže preispitivanju od strane suda. Važno je istaći da je Ustavni sud Republike Srbije pokrenuo postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti odredbe čl. 31 st. 7 ZH.<sup>26</sup>

## 5. Zaključak

Imajući u vidu napred navedeno, smatramo da je u ZH kreiran postupak privatnog karaktera, koji izlazi iz okvira pravnog sistema uređenog Ustavom RS. U ovom postupku jedna stranka-poverilac ima nesrazmerno dominantnu ulogu, koja se ogleda u tome da sam poverilac sprovodi najveći deo postupka, da sam utvrđuje visinu iznosa duga koji dužnik treba da plati, kao i da sudbina celog postupka zavisi isključivo od njegove (samo)volje, a da pri tom dužnik odnosno vlasnik hipotekovane nepokretnosti nema na raspolaganju gotovo nijedno procesnopravno sredstvo kojim može zaštititi svoj pravni položaj i mora se unapred (u trenutku zaključenja ugovora o hipoteci) odreći prava na sudsku zaštitu. Uloga katastra nepokretnosti, kao državnog organa pred kojim se odvija centralna faza postupka, potpuno je minimizirana i podređena ulozi poverioca.

Imajući ovo u vidu, smatramo da odredbe ZH kojima se uređuje vansudski postupak namirenja nisu u saglasnosti sa gore pomenutim odredbama Ustava RS i čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Svakako, raduje nas činjenica da je Ustavni sud Republike Srbije pokrenuo postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti odredbe čl. 31 st. 7 ZH. Međutim, izgleda da se "zastalo" samo na ovoj odredbi, iako je očigledno da se i ustavnost ostalih odredbi o vansudskom postupku namirenja može, bez ikakve sumnje, dovesti u pitanje. Pa i ako bi se pokrenuo postupak ocene ustavnosti ostalih odredbi iz ZH i ako bi se čak one oglasile neustavnim, pitanje je da li bi problem bio rešen na adekvatan način, s obzirom na to da Ustavni sud ne može preuzeti ulogu zakonodavca. Zato je, prema našem mišljenju, jedini pravi put da zakonodavac pristupi izradi i donošenju novog Zakona o hipoteci kojim bi se otklonili svi nedostaci (a ima ih mnogo) i iznova uredio ovaj stvarnoppravni institut, uz poštovanje Ustava RS, odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i standarda ljudskih prava utvrđenih u stalnoj praksi Evropskog suda za ljudska prava.

<sup>24</sup> Sl. glasnik RS, br. 72/09, 18/10, 65/13.

<sup>25</sup> Na ovo ukazuje i M. Živković, str. 18.

<sup>26</sup> Vidi Saopštenje sa 24. Sednice II Velikog veća, održane 11. jula 2013. godine, objavljeno na <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/80-101866/saopst...>

Doc. Dr. Slavko Đorđević/Mag. sc. Mirko Đorđević

## Über die außergerichtliche Verwertung einer Hypothek im Recht der Republik Serbien – Eine kritische Betrachtung

(Zusammenfassung)

*In dieser Arbeit analysieren die Autoren die Bestimmungen über die außergerichtliche Vollstreckung nach dem Gesetz über die Hypothek der Republik Serbien. Hierbei weisen sie auf ernsthafte Mängel hin. Die Autoren sind der Auffassung, dass durch diese Vorschriften ein vollständig privates Vollstreckungsverfahren geschaffen wurde, das sich außerhalb des von der Verfassung der Republik Serbien geregelten Rechtssystems befindet, und in dem eine Partei, nämlich der Gläubiger, eine unverhältnismäßig dominante Rolle innehat.*

*Die Rolle des Gläubigers besteht darin, dass er den größten Teil des Verfahrens selbst durchführt, dass er die Höhe des Betrages der vom Schuldner zu begleichenden Forderung selbst festlegt, und dass der Schuldner bzw. der Eigentümer der mit einer Hypothek belasteten Immobilie kein prozessrechtliches Rechtsmittel zur Verfügung hat, mit dem er seine eigene Rechtsposition verteidigen kann.*

*Darüber hinaus muss der Schuldner im Voraus (im Moment des Abschlusses des Hypothekenvertrags) auch auf das Recht auf gerichtlichen Schutz verzichten. Die Rolle der staatlichen Behörde (des Immobilienkatasters), vor dem eine Phase des Verfahrens durchgeführt wird, wird vollständig minimalisiert und der Rolle des Gläubigers nachgeordnet.*

*Die Verfasser heben insbesondere hervor, dass die Bestimmungen des Gesetzes über die Hypothek, durch die die außergerichtliche Befriedigung geregelt wird, das Recht auf ein gerechtes Gerichtsverfahren und auf ein Rechtsmittel aus Art. 32 und 36 der Verfassung der Republik Serbien und aus Art. 6 der EMRK sowie das Recht auf "ungestörten Genuss des Eigentums" (pravo na mirno uživanje uživanje imovine) gemäß Art. 58 der Verfassung der Republik Serbien verletzen. Außerdem betonen sie, dass diese Bestimmungen im Widerspruch zu anderen Gesetzen (besonders dem Gesetz über die staatliche Vermessung und den Kataster) stehen, und dass durch ihre Anwendung das Prinzip der Einheitlichkeit der Rechtsordnung der Republik Serbien und das Rechtsstaatsprinzip verletzt werden.*

## Propisi i materijali

### Crna Gora: Zakon o sprečavanju nelegalnog poslovanja

Advokat dr. Stefan Pürner

#### I. Uvodni deo

##### 1. Uvod

U zemljama koje su nastale posle raspada Jugoslavije široko je rasprostranjen problem sive ekonomije. Iz tog razloga državni budžet godišnje gubi prihode u iznosu od više miliona evra. Ovakva situacija samo se pogoršala zbog trenutne međunarodne ekonomske krize. Zbog toga su ove države najavile rat zapošljavanju na crno i utaji poreza, a, pored toga, preduzimaju se i različite mere s ciljem podsticanja savesnog odnosa prema plaćanju poreza. Tako npr. Poreska uprava u Srbiji ne samo da organizuje proveru plaćanja poreza na velikim javnim manifestacijama poput Guče, što izaziva veliku pažnju javnosti<sup>1</sup>, već koristi i neuobičajene načine da bi povećala spremnost na plaćanje poreza. Tako se npr. u postupku tzv. fiskalizacije, kod koje se preduzećima nameće obaveza da svoj ostvareni promet odmah kompjuterski prijave Poreskoj službi i da kupcima izdaju fiskalne račune, organizuju nagradna izvlačenja automobila i kućanskih aparata, u kojima može da se učestvuje slanjem urednih računa, dobijenih od preduzeća. Osim toga, "poreski rekorder" među poreskim obveznicima u Srbiji pozvan je od strane direktora Poreske uprave na svečani ručak, kao znak zahvalnosti za uredno plaćanje poreza.<sup>2</sup> Crna Gora je u borbi protiv "sive ekonomije" nedavno usvojila "Zakon o sprečavanju

\* Advokat dr. Stefan Pirner (Pürner) je rukovodilac odseka "Südosteuropa Mitte" (Bosna i Hercegovina, Makedonija, Crna Gora, Srbija) Nemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) iz Bona. Ovaj tekst odražava stavove autora.

<sup>1</sup> Upor. npr. Tanjug od 8. 8. 2013. godine: "Poreske kontrole na Saboru u Guči" na [http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2013&mm=08&dd=08&nav\\_id=740566](http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2013&mm=08&dd=08&nav_id=740566)

<sup>2</sup> Saopštenje za štampu Poreske uprave Republike Srbije od 4. 8. 2013. godine: "Direktor Poreske uprave častio svečanim ručkom poreskog rekordera Srbije" na stranici <http://www.poreskauprava.gov.rs/sr/ biro-za-informisanje/novosti/651/direktor-poreske-uprave-castio-svecanim-ruckom-poreskog-rekordera-srbije.html>xxxx.

nelegalnog poslovanja”<sup>3</sup>, koji objavljujemo u nastavku teksta, a koji predstavlja pokušaj da se problem reši na prvom mestu pomoću obaveza za čije kršenje su predviđene krivičnopravne sankcije. Ovo je potpuno razumljivo, imajući u vidu značaj teme, ali i rasprostranjenost zapošljavanja na crno i drugih oblika izbegavanja plaćanja poreza. Međutim, navedeni zakon sadrži i neke propise, koji s jedne strane otežavaju poslovanje u Crnoj Gori, a s druge strane navode na razmišljanja o njihovoj usklađenost s načelom vladavine prava.

## 2. Kratak pregled sadržine Zakona

### (a) Bitna sadržina Zakona.

Zakon definiše nelegalnu delatnost kao obavljanje delatnosti bez prethodno izvršene registracije u skladu sa zakonom ili bez odobrenja propisanog zakonom, odnosno protivno uslovima pod kojima je odobrenje dato (čl. 1 stav 2 i čl. 2)<sup>4</sup>. On nameće različite obaveze, čije se kršenje sankcioniše novčanim kaznama. Pri tome se katalog radnji koje su zaprećene sankcijama razlikuje u odnosu na to da li je reč o pravnom ili fizičkom licu (čl. 18 i 19). U uvodu se utvrđuje obaveza omogućavanja slobodnog pristupa trećih lica podacima koji se odnose na poreske obveznike (čl. 3). Posle toga se nabrajaju dužnosti i obaveze u smislu poslovanja i dostavljanja podataka. Konačno, utvrđuje se i zabrana osnivanja privrednog društva za vlasnike udela u društvu nad kojim je otvoren stečajni postupak ili postupak likvidacije (čl. 9).

### (b) Obaveze vezane za način poslovanja.

Kod obaveza vezanih za način poslovanja radi se načelnoj obavezi odvijanja platnog prometa preko računa (čl. 5), kao i obavezi da se poštuje blagajnički maksimum za držanje gotovog novca u blagajni, koji je tesno povezan s obavezom uplate gotovog novca koji prelazi blagajnički maksimum na sopstveni račun u propisanom roku (čl. 6 i 7). U pogledu visine blagajničkog maksimuma, preduzeća se razvrstavaju prema veličini (čl. 6 stav 2). Za preduzeća, čiji su računi blokirani u postupku prinudne naplate, ovi propisi važe u pooštrenom obliku (čl. 7 stav 2). Od napred napomenutih dužnosti i obaveza izuzimaju se, međutim, banke, mikrokreditne finansijske institucije, poštanski operatori i priređivači igara na sreću (čl. 8). Pored toga, preduzećima, čiji su računi blokirani u postupku prinudne naplate, zabranjeno je da vrše naplatu svojih potraživanja i plaćanje svojih obaveza ugovaranjem promene poverilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (čl. 11). Nadalje, preduzeća koja zapošljavaju strance dužna su da s njima zaključe ugovor o radu u određenom roku po dobijanju odgovarajućih odobrenja (čl. 15).

### (c) Obaveza dostavljanja podataka.

Obaveze vezane za dostavljanje podataka postoje samo za privredna društva koja pripadaju određenim privrednim granama: banke su, s jedne strane, dužne da poreskom organu, na pisani zahtev, dostave podatke o izvršenim transferima sredstava klijenta banke u platnom prometu (čl. 4). Ostale dužnosti vezane za dostavljanje podataka odnose se na privredna društva koja se bave reklamiranjem (čl. 12), organizatore manifestacija koji isplaćuju honorare nerezidentima (čl. 13), i preduzetnike koji se bave otkupom određenih roba i materijala (čl. 14). Osnovna zajednička ideja koja se nalazi u osnovi ovih upravo pomenutih propisa je očigledno pretpostavka da u određenom poslovnom okruženju postoji povećana sklonost ka utaji poreza.

### (d) Ostali propisi.

Pored navedenog, Zakon sadrži i propise o nadležnosti i vršenju nadzora nad sprovođenjem Zakona (čl. 16, 17). Zakon se završava kaznenim odredbama (čl. 18 i 19), koje zaslužuju posebnu pažnju sa stanovišta preduzeća.

### a) Primeri spornih tačaka

Zakon nameće i neka pitanja, za koja ovde nema mogućnosti da se o njima diskutuje i na njih odgovara u pojedinostima. Zbog toga ćemo ovde samo da bacimo jedan kratak pogled na nekoliko tačaka.

(aa) Premda poreska tajna u međunarodnim okvirima nije imperativ, odredbe čl. 3, i njima ustanovljena “javnost poreza”, s nemačkog stanovišta su, na primer, neobične, i za sama preduzeća ne naročito atraktivne. Ovo može negativno da se odrazi na spremnost stranih preduzeća da posluju u Crnoj Gori.

(bb) *Blagajnički maksimum* (čl. 6) u Crnoj Gori je od strane Unije poslodavaca u načelu čak i “pozdravljen kao povratak pravnim rešenjima koja su ranije već bila poznata u našem zakonodavstvu”<sup>5</sup>. Međutim, on i pored toga otežava odvijanje svakodnevnog poslovnog prometa. Takođe nije sasvim izvesno da će se uvođenjem takvog maksimuma zaista i izbeći utaja poreza, pošto je realno sasvim moguća situacija da se zarađeni novac od samog početka ne unosi u blagajnu (ili da se iz nje iznosi u najkraćem mogućem roku). Na kraju krajeva, kada se prihvodi uredno vode, onda nema potrebe da se ograničava blagajnički iznos. Mesto na kojem se nalazi gotov novac u takvom slučaju je irelevantno za uredno oporezivanje. Zbog toga nismo ubeđeni u to da je uvođenje blagajničkog maksimuma zaista neophodno i pogodno za ostvarivanje cilja, a to je uredno oporezivanje prihoda. Smatramo da bi bilo bolje da se krene od poreskog obuhvatanja svih faza plaćanja (kao

<sup>3</sup> Zakon o sprečavanju nelegalnog poslovanja, Službeni list Crne Gore br. 29/2013.

<sup>4</sup> Svi članovi koji su ovde navedeni bez naziva zakona jesu članovi Zakona o sprečavanju nelegalnog poslovanja.

<sup>5</sup> UPCG (Unija poslodavca Crne Gore) podržava vraćanje rešenja koja su ranije bilo poznata u našem zakonodavstvu, kao što je tzv. blagajnički maksimum, Stav UPCG od 7. 5. 2013. godine nalazi se na internetu pod: [http://www.poslodavci.org/srp/Aktuelnosti\\_details.asp?ysID=672](http://www.poslodavci.org/srp/Aktuelnosti_details.asp?ysID=672)

što je to slučaj kod fiskalizacije), umesto što se polazi od mesta na kojem se ostavlja zarađeni gotov novac. Onoga ko želi da prikrije svoje prihode blagajnički maksimum u tome sigurno neće sprečiti. On će naprosto one prihode, na koje ne želi da plaća porez, po kratkom postupku da iznese iz blagajne. Za takva lica blagajnički maksimum ne predstavlja prepreku. S druge strane je, međutim, za sva preduzeća veliko opterećenje obaveza da novac koji su prihodovali odmah uplaćuju na račun, kao i opasnost od plaćanja novčane kazne, ukoliko to ne učine u propisanom roku.

Osim navedenog, razvrstavanje preduzeća po veličini deluje proizvoljno, pošto se tu ne kaže ništa o tome u kojem obimu je promet u gotovom novcu uobičajen i neophodan u okviru branše.

Propisi iz čl. 6 stav. 3, po kojima blagajnički maksimum u slučaju da jedno pravno lice obavlja poslovanje preko više poslovnih objekata, može da iznosi svega 50% uobičajenog blagajničkog maksimuma, takođe nisu uobičajeni do kraja. Broj plaćanja na blagajni u jednom poslovnom objektu nema, na kraju krajeva, nikakve veze s okolnošću da isto pravno lice na nekom drugom mestu takođe ima prodajne ili neke druge poslovne objekte. Rezultat svega toga je da ovi propisi predstavljaju diskriminaciju pravnih lica koja obavljaju poslovanje u više poslovnih objekata, a za koju ne postoji nikakvo objektivno opravdanje.

To što su upravo priređivači igara na sreću izuzeti od propisa o blagajničkom maksimumu deluje s praktičnog stanovišta sasvim razumljivo, s obzirom na ulogu koju gotov novac ima u okviru ove branše. Ali upravo zbog takve uloge gotovog novca u ovoj branši tamo postoje i naročito izražene mogućnosti ostvarivanja "prihoda na crno". Zbog toga smatramo da nije opravdano da ova, posebno "opasna", branša ima privilegije u odnosu na ostale delatnosti. Ovo predstavlja kontradiktornost u vrednovanju i ponovo pokazuje koliko je sporno određivanje blagajničkog maksimuma.

Iz istog razloga ne možemo da razumemo zbog čega su, shodno čl. 8, tamo navedena preduzeća bez izuzetka oslobođena obaveza iz čl. 7 stav 2 u slučaju otvaranja stečajnog postupka.

(cc) Pojašnjenja radi moramo da ukažemo na to da *zabrana osnivanja privrednog društva za vlasnike udela u društvu nad kojim je otvoren stečajni postupak ili postupak likvidacije* (čl. 9) za ova preduzeća postoji samo onda kada ta preduzeća ne ispunjavaju svoje poreske obaveze. Sam postupak likvidacije ne dovodi, dakle, automatski do ove zabrane. I pred toga, smatramo da ovaj propis nije kompatibilan s osnovnim načelima kompanijskog prava. Posledica ovakvog propisa je da član nekog privrednog društva nad kojim je otvoren stečajni postupak, a koji želi da osnuje drugo privredno društvo, mora da plati potraživanja prethodnog privrednog društva, kako ne bismo mogli da govorimo o obeležju formulisanom kao "koje ne izmiruje poreske obaveze, odnosno čiji su računi

*blokirani u postupku prinudne naplate*". Time se, međutim, u krajnjem ishodu ukida ograničena odgovornost i načelno razdvajanje imovine članova privrednog društva i imovine privrednog društva.

Moramo, međutim, da konstatujemo da usvojeni zakon u tom smislu bitno zaostaje za idejama iz samog Nacrta Zakona. Nacrt Zakona je, naime, u čl. 9 stav 3 predviđao da zabrana osnivanja treba da važi i za "bračne drugove, decu (bračnu i vanbračnu, usvojenu i pastorčad), roditelje, braću i sestre" članova takvog privrednog društva, ukoliko s tim članovima "žive u zajedničkom domaćinstvu".

(dd) Spornim nam se čini i čl. 17: Prema tom članu nadležni inspektor – ukoliko ćemo doslovno da tumačimo propis – ima u slučaju bilo kakve povrede odredaba ovog zakona ne samo mogućnost, već i "obavezu" da, između ostalog, "zabrani obavljanje delatnosti, odnosno obavljanje pojedinih poslova do otklanjanja nepravilnosti" i/ili da "privremeno oduzme nezakonito stečenu imovinsku korist". Postavlja se pitanje šta ovde konkretno treba da znači formulacija "obaveza i ovlašćenje". Uobičajeno je da se u propisima, koji upravnim organima daju mogućnost diskrecione ocene u vezi s merama na teret građana, koristi formulacija "može". Pošto je ovde odabrana drugačija formulacija, propis ne može da se tumači drugačije, do da se njime "sloboda diskrecione ocene upravnih organa svodi na nulu". Čime bi upravni organ u stvari imao obavezu da u slučaju bilo kakve povrede odredaba ovog zakona izrekne tako drastične mere kao što je zabrana obavljanja delatnosti, odnosno obavljanja pojedinih poslova (čl. 17 stav 1 br. 3), ili privremeno oduzimanje nezakonito stečene imovinske koristi (čl. 17 stav 1 br. 4). Time se, međutim, opet suočavamo s ustavnopravnim nedoumicama, pogotovo ako imamo u vidu načelnu zabranu izricanja nesrazmerno veće kazne. Ovakva zakonska formulacija ostavlja, pored toga, i nedoumicu da li se ove mere izriču kumulativno ili alternativno. (U ovom poslednjem slučaju bi barem postojao prostor za diskrecionu ocenu, u vidu opredeljivanja između mera za čije preduzimanje postoji "obaveza i ovlašćenje" inspekcijskog organa). Iz tih razloga nam preostaje da se nadamo da će, s obzirom na napred navedene nedoumice, crnogorski organi državne uprave ograničeno tumačiti ovu odredbu.

(ff) Posebne nedoumice izazivaju kaznene odredbe iz čl. 18 i 19. Tu na prvom mestu moramo da pomenemo minimalne kazne od npr. 10.000 evra za pravna lica, nezavisno od težine prestupa, koje deluju enormno visoko za crnogorske prilike. U odnosu na to Unija poslodavaca Crne Gore je u napred pomenutom stavu<sup>6</sup> izričito ukazala na to da ove sankcije mogu da ugroze egzistenciju naročito malih i srednjih preduzeća "u koja spada najveći broj pravnih lica u Crnoj Gori... i koja su i inače na granici likvidnosti". U tom kontekstu Unija poslodavaca u svom stavu ukazuje na to da će takve, nesrazmerno visoke

<sup>6</sup> Upor. napomenu br. 5.

kazne “sa sobom nositi rizik povećanja korupcije na svim nivoima”. Što može da se razume jedino u smislu da će takvi zakonski propisi ne samo na strani onih koji su tim propisima pogođeni, već i na strani inspektora, povećati tendencije ka “drugačijem regulisanju” povrede odredaba. Ovlašćenja koja inspekcijski organ ima u smislu izricanja osetnih sankcija povećavaju opasnost od korupcije. Ovde bi bilo poželjno da se pre formulisanja ovakvih odredaba preduzme jedna realna procena pravnih posledica (Regulatory Impact Assessment, skraćeno: RIA). Njome, naime, može da se spreči da se propisima, iza kojih stoji dobra namera, postigne upravo suprotnost od onoga što je bio nameravani cilj.

Osim toga, postoji i opasnost da se ovi propisi tumače na način koji bi predstavljao kršenje krivičnogpravnog načela određenosti. Zakon, naime, na više mesta (npr. u čl. 18 stav 1 br. 9 i br. 12) govori o tome da alternativna obeležja moraju da budu ispunjena kumulativno (upotreba reči “i” umesto “ili”). Zbog čega, u slučaju da je ispunjena samo jedna od ovih alternativa, sankcionisanje ne bi bilo moguće. Ukoliko bismo ovaj propis tumačili na takav način, onda on u većini slučajeva ne bi postizao svoju svrhu, pošto u većini konkretnih slučajeva neće biti ispunjene obe alternative u isto vreme.

(gg) Ukažimo, konačno, i na jedan tehnički aspekt, koji ne bi trebalo da se potcenjuje. Pojedinačni članovi ovog zakona ne sadrže, naime, nikakve podnaslove. Zbog toga je ovaj zakon, koji je namenjen širokom krugu lica od kojih većina nema pravničko obrazovanje, relativno nepregledan. Zakon bi bio transparentniji, ukoliko bi sadržavao i te podnaslove. Oni bi recimo mogli da glase ovako:

- Čl. 1 **Predmet regulisanja, pravna definicija nelegalne delatnosti**
- Čl. 2 **Opšta klauzula**
- Čl. 3 **Javnost poreske politike**
- Čl. 4 **Obaveza banaka vezana za dostavljanje podataka**
- Čl. 5 **Obaveza načelnog odvijanja platnog prometa preko računa**
- Čl. 6 **Odvijanje platnog prometa u gotovom novcu kao izuzetak, blagajnički maksimum**
- Čl. 7 **Rok za uplatu iznosa koji prelaze blagajnički maksimum, preduzeće čiji su računi blokirani**
- Čl. 8 **Izuzeci od blagajničkog maksimuma**
- Čl. 9 **Zabrana osnivanja privrednih društava za lica koja imaju učešće u kapitalu privrednog društva nad kojim je otvoren stečaj ili postupak likvidacije, koja ne izmiruju poreske obaveze**
- Čl. 10 **Provera uslova iz čl. 9 po službenoj dužnosti**
- Čl. 11 **Zabrana promene poverilaca, odnosno dužnika**

Čl. 12 **Obaveza privrednih društava koja se bave reklamiranjem vezana za dostavljanje podataka poreskim organima**

Čl. 13 **Obaveza priređivača igara na sreću vezana za dostavljanje podataka poreskim organima o prihodima nerezidentnih lica**

Čl. 14 **Obaveza preduzetnika koji se bave otkupom vezana za dostavljanje podataka poreskim organima o licima kojima vrše uplatu**

Čl. 15 **Obaveze prilikom zapošljavanja stranaca**

Čl. 16 **Nadležnost**

Čl. 17 **“Obaveza i ovlašćenje” za izricanje sankcija i privremenih mera**

Čl. 18 **Kažnjavanje pravnih lica i odgovornih fizičkih lica**

Čl. 19 **Kažnjavanje fizičkih lica**

Čl. 20 **Stupanje na snagu**

#### *b) Zaključak*

Cilj sprečavanje nelegalnog poslovanja zaslužuje pažnju. Međutim, brojni zakonski propisi su izgleda neprimereni. Naposljetku, suzbijanje rada na crno i utaja poreza mogu da se vrše samo uz zanatski dobro napravljene zakone koji su sa stanovišta vladavine prava besprekorni. Osim toga, kod ovakvih zakona trebalo bi uzeti u obzir i praktičnu provodivost sa stanovišta privrednika. U načelu, kod svih novih propisa bilo bi svrsishodno da se prilikom procene pravnih efekata izvrši i provera kako će se oni odraziti na praksu.

### ZAKON O SPRJEČAVANJU NELEGALNOG POSLOVANJA<sup>7</sup>

#### I. OSNOVNA ODREDBA

##### Član 1

Ovim zakonom utvrđuju se mjere koje se preduzimaju radi sprječavanja nelegalnog poslovanja.

Nelegalno poslovanje, u smislu ovog zakona, je obavljanje djelatnosti bez prethodno izvršene registracije u skladu sa zakonom ili bez odobrenja propisanog zakonom, odnosno protivno uslovima pod kojima je odobrenje dato.

#### II. MJERE ZA SPRJEČAVANJE NELEGALNOG POSLOVANJA

##### Član 2

Zabranjeno je obavljanje djelatnosti bez prethodno izvršene registracije u skladu sa zakonom ili bez odobrenja propisanog zakonom, odnosno protivno uslovima pod kojima je to odobrenje dato.

<sup>7</sup> Službeni list Crne Gore br. 29/2013.

**Član 3**

Svaka informacija ili podatak o poreskom obvezniku kojim raspolaže organ uprave nadležan za poslove poreza (u daljem tekstu: poreski organ) dostupni su javnosti, u skladu sa zakonom kojim se uređuje slobodan pristup informacijama<sup>8</sup>.

**Član 4**

Banka je dužna da poreskom organu za potrebe postupka utvrđivanja, naplate i kontrole poreza, na pisani zahtjev, dostavi podatke o izvršenim transferima sredstava klijenta banke u platnom prometu.

Podaci koje poreski organ pribavi, u skladu sa stavom 1 ovog člana, čine poslovnu tajnu.

**Član 5**

Pravno lice i preduzetnik dužni su da otvore račun kod banke na način utvrđen propisima, vode novčana sredstva na tom računu i vrše transfer sredstava preko tog računa, uključujući i plaćanje poreza, prireza i doprinosa na obračunatu bruto zaradu i naknadu zarada, kao i isplatu neto zarada i naknada zarada zaposlenima.

**Član 6**

Izuzetno od člana 5 ovog zakona, pravno lice i preduzetnik mogu, u toku dana, koristiti gotov novac za plaćanje roba i usluga, s tim da, na kraju radnog dana, u blagajni mogu držati gotov novac do iznosa blagajničkog maksimuma.

Blagajnički maksimum iz stava 1 ovog člana iznosi:

- za mala<sup>9</sup> pravna lica i preduzetnike – do 2.000 eura;
- za srednja<sup>10</sup> pravna lica – do 10.000 eura;
- za velika pravna lica – do 20.000 eura.

Ukoliko preduzetnik ili pravno lice svoje poslovanje obavlja preko više poslovnih objekata, blagajnički maksimum po poslovnom objektu iznosi do 50% vrijednosti utvrđene stavom 2 ovog člana.

Visinu blagajničkog maksimuma određuju pravno lice i preduzetnik posebnim aktom, u skladu sa potrebama, a najviše do iznosa iz st. 2 i 3 ovog člana.

Izuzetno od stava 2 ovog člana, blagajnički maksimum kod pravnog lica i preduzetnika koji obavljaju specifične djelatnosti može se odrediti i u višem iznosu, uz prethodno odobrenje poreskog organa.

Mala, srednja i velika pravna lica, u smislu stava 2 ovog člana, smatraju se pravna lica klasifikovana u skladu sa zakonom kojim se uređuje računovodstvo i revizija.

**Član 7**

Gotov novac u iznosu koji prelazi blagajnički maksimum, pravno lice i preduzetnik dužni su da uplate na svoj račun do kraja radnog dana, a najkasnije narednog radnog dana do 14,00 časova.

Pravno lice i preduzetnik čiji su računi blokirani u postupku prinudne naplate na novčanim sredstvima koja se vode na računu izvršnog dužnika, u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršenje i obezbjeđenje<sup>11</sup> (u daljem tekstu: postupak prinudne naplate), dužni su da, od saznanja za blokadu računa, gotov novac u cjelini uplaćuju na svoj račun kod banke.

**Član 8**

Odredbe čl. 6 i 7 ovog zakona ne odnose se na banke, mikrokreditne finansijske institucije, poštanske operatore i priređivače igara na sreću.

**Član 9**

Lice koje ima učešće preko 30% u kapitalu privrednog društva nad kojim je otvoren stečaj ili postupak likvidacije, koje ne izmiruje poreske obaveze, odnosno čiji su računi blokirani u postupku prinudne naplate, ne može osnovati privredno društvo ili se registrovati za obavljanje djelatnosti kao preduzetnik.

Zabrana osnivanja privrednog društva, u smislu stava 1 ovog člana, odnosi se i na zavisna društva tog privrednog društva.

Mjera iz stava 1 ovog člana traje do prestanka razloga zbog kojih je uvedena.

Licem, u smislu stava 1 ovog člana, smatra se privredno društvo, preduzetnik i fizičko lice.

**Član 10**

Poreski organ je dužan da u postupku registracije privrednog društva, odnosno preduzetnika provjerava ispunjenost uslova za registraciju privrednog društva, odnosno preduzetnika u smislu člana 9 ovog zakona.

**Član 11**

Privredno društvo i preduzetnik, čiji je račun blokirani u postupku prinudne naplate, ne smije, nakon isteka roka od 30 dana od dana blokade računa, vršiti naplatu svojih potraživanja i plaćanje svojih obaveza ugovaranjem promjene povjerilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (asignacija, cesija, preuzimanje, ustupanje duga i dr.), prebijanjem (kompenzacijom), prenosom hartija od vrijednosti i/ili na drugi način kojim bi se izbjegavala naplata potraživanja i plaćanje obaveza preko računa, ako nije drukčije utvrđeno poreskim propisima.

<sup>8</sup> Zakon o slobodnom pristupu informacijama, Službeni list Crne Gore, broj 44/2012.

<sup>9</sup> Veličine preduzeća regulisane su u čl. 3 a) Zakona o računovodstvu i reviziji (Službeni List Republike Crne Gore br. 69/05, 80/08, 32/11).

<sup>10</sup> Upor. i u fusnoti 10.

<sup>11</sup> Zakon o izvršnom postupku, Službeni list Republike Crne Gore, br. 23/2004.

**Član 12**

Elektronski i štampani mediji i izdavači biltena, kataloga i drugih publikacija namijenjenih isključivo reklamiranju (u daljem tekstu: medij) dužni su da, prije objavljivanja oglasa i reklama za prodaju proizvoda i pružanje usluga, od naručioca tih oglasa i reklama pribave podatke, i to:

- od pravnog lica: naziv i sjedište, matični broj i PIB<sup>12</sup>, kao i ime i prezime odgovornog lica u tom pravnom licu;
- od fizičkog lica: ime i prezime, broj lične karte i prebivalište fizičkog lica.

Medij je dužan da vodi evidenciju o naručiocima oglasa i reklama iz stava 1 ovog člana i o tome kvartalno obavještava poreski organ, kao i da podatke iz evidencije, na pisani zahtjev, dostavi poreskom organu.

**Član 13**

Organizatori kulturnih, zabavnih, sportskih i drugih sličnih manifestacija dužni su da poreskom organu prijave prihode koje ostvare nerezidentna lica u vezi sa tim manifestacijama i, po tom osnovu, izvrše uplatu poreskih obaveza, u skladu sa poreskim propisima.

**Član 14**

Privredno društvo i preduzetnik koji se bave otkupom gotovih proizvoda, repromaterijala, poluproizvoda i/ili sekundarnih sirovina od neregistrovanih lica dužni su da mjesečne isplate veće od 100 eura izvršene istom licu prijave poreskom organu, do 15-og u mjesecu za prethodni mjesec.

Privredno društvo i preduzetnik iz stava 1 ovog člana dužni su da vode evidenciju o vrsti i otkupnoj vrijednosti proizvoda, materijala i sirovina, kao i o licima od kojih vrše otkup.

**Član 15**

Poslodavac na čiji zahtjev je Zavod za zapošljavanje Crne Gore (u daljem tekstu: Zavod) strancu izdao dozvolu za zapošljavanje, odnosno dozvolu za sezonsko zapošljavanje dužan je da sa strancem zaključi ugovor o radu danom izdavanja odobrenja za privremeni boravak stranaca od strane organa državne uprave nadležnog za unutrašnje poslove, u svrhu zapošljavanja, obavljanja privredne ili preduzetničke djelatnosti, odnosno radi sezonskog zapošljavanja.

Izuzetno poslodavac na čiji zahtjev je Zavod izdao strancu dozvolu za zapošljavanje, odnosno dozvolu za sezonsko zapošljavanje, kojem je prethodno odobren privremeni boravak u svrhu spajanja sa porodicom, dužan je da sa strancem zaključi ugovor o radu danom izdavanja dozvole za zapošljavanje, odnosno dozvole za sezonsko zapošljavanje.

Poslodavac je dužan da prijavi stranca na obavezno socijalno osiguranje, podnošenjem poreskom organu

Obrasca JPR<sup>13</sup> sa propisanom dokumentacijom u roku od osam dana od dana zaključivanja ugovora o radu.

Poslodavac koji u roku od 35 dana od dana izdavanja dozvole za zapošljavanje, odnosno dozvole za sezonsko zapošljavanje, ne obezbijedi odobrenje za privremeni boravak stranca, ne zaključi ugovor o radu sa strancem i ne prijavi stranca poreskom organu, dužan je da dozvolu vrati Zavodu radi njenog poništenja.

**III. INSPEKCIJSKI NADZOR****Član 16**

Inspekcijski nadzor nad sprovođenjem ovog zakona vrše nadležni inspekcijski organi.

**Član 17**

Kada u postupku inspekcijskog nadzora nadležni inspektor utvrdi da su povrijeđene odredbe ovog zakona, pored mjera utvrđenih zakonom kojim se uređuje inspekcijski nadzor, ima obavezu i ovlašćenje da naredi preduzimanje mjera, i to:

- 1) zatraži dostavljanje potrebne dokumentacije i podataka;
- 2) privremeno oduzme dokumentaciju, gotove proizvode, repromaterijal, poluproizvode i/ili sekundarne sirovine;
- 3) zabrani obavljanje djelatnosti, odnosno obavljanje pojedinih poslova do otklanjanja nepravilnosti;
- 4) privremeno oduzme nezakonito stečenu imovinsku korist;
- 5) podnese prijavu nadležnom organu za učinjeno krivično djelo ili zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka;
- 6) izda prekršajni nalog.

**IV. KAZNE NE ODREDBE****Član 18**

Novčanom kaznom od 10.000 eura do 20.000 eura kazniće se za prekršaj pravno lice, ako:

- 1) ne otvori račun kod banke, ne vodi novčana sredstva na tom računu i ne vrši transfer sredstava preko tog računa, uključujući i plaćanje poreza, prireza i doprinosa na obračunatu bruto zaradu i naknadu zarada, kao i isplatu neto zarada i naknada zarada zaposlenima (član 5);
- 2) na kraju radnog dana u blagajni drži gotov novac iznad visine blagajničkog maksimuma utvrđenog u skladu sa članom 6 st. 2, 3 i 4 ovog zakona;
- 3) gotov novac, u iznosu koji prelazi visinu blagajničkog maksimuma, ne uplati na svoj račun do kraja radnog dana, a najkasnije narednog radnog dana do 14,00 časova (član 7 stav 1);
- 4) po saznanju za blokadu računa, gotov novac u cjelini ne uplaćuje na svoj račun (član 7 stav 3);

<sup>12</sup> Skraćena PIB označava poreski identifikacioni broj.

<sup>13</sup> Skraćena JPR označava jedinstvenu prijavu za registraciju poreskih obveznika.



5) nakon isteka roka od 30 dana od dana blokade njegovih računa u postupku prinudne naplate, naplatu svojih potraživanja i plaćanje svojih obaveza vrši ugovaranjem promjene povjerilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (asignacija, cesija, preuzimanje, ustupanje duga i dr.), prebijanjem (kompenzacijom), prenosom hartija od vrijednosti i/ili na drugi način kojim bi se izbjegla naplata potraživanja i plaćanje obaveza preko računa, osim ako drugačije nije utvrđeno poreskim propisima (član 11);

6) medij prije objavljivanja oglasa i reklama za prodaju proizvoda i pružanje usluga postupi protivno članu 12 stav 1 ovog zakona;

7) medij ne vodi evidenciju o naručiocima oglasa i reklama iz člana 12 stav 1 ovog zakona ili o tome kvartalno ne obavještava poreski organ, odnosno ako podatke iz evidencije, na pisani zahtjev, ne dostavi poreskom organu (član 12 stav 2);

8) ne prijavi prihode koje ostvaruju nerezidentna lica i ne izvrši uplatu poreskih obaveza u skladu sa poreskim propisima (član 13);

9) poreskom organu ne prijavi, do 15-og u mjesecu za prethodni mjesec, mjesečne isplate veće od 100 eura izvršene istom licu i ne vodi propisanu evidenciju (član 14);

10) ne zaključi ugovor o radu sa strancem danom izdavanja odobrenja za privremeni boravak (član 15 stav 1);

11) ne zaključi ugovor o radu sa strancem danom dobijanja dozvole za zapošljavanje (član 15 stav 2);

12) ne prijavi stranca na obavezno socijalno osiguranje i ne podnese poreskom organu obrazac JPR sa propisanom dokumentacijom u roku od osam dana od dana zaključivanja ugovora o radu (član 15 stav 3);

13) u roku od 35 dana od dana izdavanja dozvole za zapošljavanje, odnosno dozvole za sezonsko zapošljavanje, ne obezbijedi odobrenje za privremeni boravak stranca, ne zaključi ugovor o radu sa strancem i ne prijavi stranca poreskom organu i ne vrati dozvolu Zavodu (član 15 stav 4).

Za prekršaj iz stava 1 ovog člana kazniće se i odgovorno lice u pravnom licu novčanom kaznom od 2.000 eura do 3.000 eura.

Za prekršaj iz stava 1 ovog člana kazniće se preduzetnik novčanom kaznom od 4.000 eura do 6.000 eura.

### Član 19

Novčanom kaznom od 1.000 eura do 2.000 eura kazniće se za prekršaj fizičko lice, ako:

1) kao izdavač biltena, kataloga i drugih publikacija namijenjenih isključivo reklamiranju, objavi, u štampanom ili elektronskom obliku, oglas i reklamu protivno članu 12 stav 1 ovog zakona;

2) ne vodi evidenciju o naručiocima oglasa i reklama ili o tome kvartalno ne obavještava poreski organ, odnosno ako podatke iz evidencije, na pisani zahtjev, ne dostavi poreskom organu (član 12 stav 2);

3) kao organizator, ne prijavi prihode koje ostvaruje nerezidentno lice i izvrši uplatu poreskih obaveza protivno poreskim propisima (član 13).

## V. ZAVRŠNA ODREDBA

### Član 20

Ovaj zakon stupa na snagu narednog dana od dana objavljivanja u "Službenom listu Crne Gore".

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner

### **Dokumente und Vorschriften Montenegro: Gesetz über die Verhinderung illegaler Geschäftstätigkeit**

(Zusammenfassung)

*Dieser Beitrag enthält das kürzlich verabschiedete Gesetz über die Verhinderung illegaler Geschäftstätigkeit der Republik Montenegro im Wortlaut nebst einer kommentierenden Einleitung. Das Gesetz wurde zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der Steuerhinterziehung erlassen. Es legt verschiedene Pflichten fest (u.a. die Einhaltung eines Kassensmaximums für Bargeldbestände und die umgehende Anmeldung von Arbeitsverträgen mit Ausländern), deren Verletzung mit Geldstrafen geahndet wird. Außerdem wird ein Auskunftsanspruch Dritter bezüglich steuerlicher Verhältnisse von Unternehmen festgelegt. Schließlich wird auch noch ein Verbot zur Gesellschaftsgründung für Anteilseigner insolventer oder in Liquidation befindlicher Gesellschaften, die Verbindlichkeiten nicht erfüllen, aufgestellt. Die Vorschriften des Gesetzes werden kritisch analysiert. Insbesondere wird auf die Bedeutung einer Rechtsfolgenabschätzung vor Erlass von Normen hingewiesen und darauf, dass hohe Bußgelder, die von Inspektoren verhängt werden können, lebensnah betrachtet, die Korruption fördern. Außerdem werden nomotechnische Hinweise gegeben. Für deutschsprechende Leser ist noch darauf hinzuweisen, dass ein Beitrag des Verfassers zum selben Thema, der auch eine Übersetzung der genannten Vorschriften enthalten wird, in der Ausgabe 1/2014 der "Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO)" erscheinen wird.*

## Prikazi knjiga

Nedžad Smailagić<sup>1</sup>

### Opći dio međunarodnog krivičnog prava

#### Prikaz knjige:

**K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law.***

***Volume I: Foundations and General Part***

(Oxford University Press,  
Oxford, 2013, xlix+469 str.)  
ISBN 978-0-19-965792-6

Događaji s prijelaza XX u XXI stoljeće za razvoj međunarodnog krivičnog prava su od presudnog značaja: odnosi izazvani padom čelične zavjese, tranzicijski tokovi, ratovi u bivšoj Jugoslaviji i Ruandi, masovna kršenja ljudskih prava te počinjena krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom u posljednjih dvadesetak godina uslovi su koji su uticali da ova oblast tematski i metodološki poprimi oris samostalne grane prava. Do usvajanja Rimskog statuta, izvori međunarodnog krivičnog prava, posebno konvencije, malo su se bavili pitanjima općeg dijela međunarodnog krivičnog prava. Stoga, obrada općih pitanja takve grane prava predstavlja značajan izazov. Zbog toga naša, ali i inostrana literatura, ne obiluje sistemskim djelima koja isključivo, ili u svom najvećem dijelu, obrađuju materiju općeg dijela međunarodnog krivičnog prava. Iz tih razloga bi se udžbeniku dr. Ambosa, profesora Pravnog fakulteta Georg-August Univerziteta u Göttingenu, trebala posvetiti odgovarajuća pažnja. Radi se o prvom tomu cjelokupnog udžbenika, u čijem predgovoru autor navodi da će drugi tom biti posvećen posebnom dijelu međunarodnog krivičnog prava, odnosno međunarodnim krivičnim djelima i krivičnim sankcijama, dok bi međunarodno krivično procesno pravo trebalo biti predmetom trećeg toma. Autorova namjera i metod vidljivi su već iz samog naslova, ali i obima – radi se o teorijskom udžbeniku, dakle, materijalu koji zahtijeva odgovarajuće predznanje čitalaca i koji daje prednost teorijskim raspravama spram didaktičkih zahtjeva.

Udžbenik se sastoji od osam poglavlja koji u svojoj ukupnosti donose sadržaj općeg dijela međunarodnog krivičnog prava. Prva tri poglavlja su uvodnog karaktera, i

daju historijski i teorijski osnov međunarodnog krivičnog prava. U prvom poglavlju (*Historical Overview: The Road from Early Prosecutions of War Crimes to the Creation of ICC*, str. 1–53) je u kraćim crtama predstavljen historijski presjek razvoja međunarodnog krivičnog prava, počevši od prvih pokušaja kažnjavanja počinitelaca zločina protiv mira i čovječnosti u XV i XVI stoljeću, inicijativa za procesuiranje ratnih zločina poslije Prvog svjetskog rata, suđenja ratnim zločincima poslije Drugog svjetskog rata, preko događaja s kraja devedesetih godina prošlog stoljeća i rada UN-ovih *ad hoc* tribunala, do usvajanja Rimskog statuta i početka rada Međunarodnog krivičnog suda, kao i mješovitih sudova. Opći pojam, zadaci i izvori međunarodnog krivičnog prava obrađeni su u drugom poglavlju (*Concept, Function, and Sources of International Criminal Law*, str. 54–80). Kako ova grana prava ujedinjuje ključne institute krivičnog i međunarodnog prava, prema mišljenju autora, usvajanje Rimskog statuta kojim je osnovan Međunarodni krivični sud predstavlja značajan korak u institucionalizaciji međunarodnog krivičnog prava – od UN-ovih *ad hoc* sudova prema stalnom sudskom tijelu na ugovornoj bazi (str. 55). Rimskim statutom su, između ostalog, propisani i oni instituti koji se u nauci krivičnog prava karakterističnoj za evropsku kontinentalnu pravnu tradiciju ubrajaju u opći dio krivičnog prava: osnovna načela (kao što je načelo zakonitosti), opći pojam krivičnog djela, stadiji u ostvarenju krivičnog djela, krivična odgovornost, saučesništvo i krivične sankcije. Međutim, kako se u udžbeniku ukazuje, sasvim bi pogrešno bilo u obradi instituta međunarodnog krivičnog prava u potpunosti se osloniti na nacionalno krivično pravo. Dobar primjer toga je načelo supsidijarnosti krivičnopravne intervencije (*ultima ratio societatis*), kojem u međunarodnom krivičnom pravu, zbog prirode vrijednosti koje se njime štite nema mjesta, jer, kako ističe autor, ne može se očekivati pasivno držanje država u odnosu na teške povrede prava (str. 65 *et seq.*). Treće poglavlje udžbenika obrađuje osnovna načela međunarodnog krivičnog prava i opći pojam međunarodnog krivičnog djela (*Imputation and General Structure of Crime in International Criminal Law*, str. 81–101). Kao ključna načela međunarodnog krivičnog prava, autor ističe načelo individualne krivične odgovornosti, kojem je posvećeno cijelo četvrto poglavlje, načela zakonitosti, krivnje i pravičnosti. Ovdje treba spomenuti da se sistematizacija osnovnih načela međunarodnog krivičnog prava koju daje profesor Ambos u bitnome ne razlikuje od sistematizacije koju je dao profesor Zlatarić prije više od trideset godina, posebno u odnosu na načela pravičnosti, zaštite prava

<sup>1</sup> Autor je polaznik doktorskog studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Poitiersu.  
E-mail: nedžad.smilagic@univ-poitiers.fr.

čovjeka i humanitarnog pristupa.<sup>2</sup> Bipartitna struktura općeg pojma međunarodnog krivičnog djela (*actus reus i mens rea*) ukazuje da u tom segmentu preovladava uticaj anglo-američke pravne tradicije (str. 99). U našoj literaturi donekle postoji neslaganje oko toga da li se objektivni i subjektivni elementi međunarodnog krivičnog djela mogu poistovjetiti s općim pojmom krivičnog djela (radnja, predviđenost u zakonu, protivpravnost i krivnja).<sup>3</sup>

Četvrto poglavlje udžbenika posvećeno je individualnoj krivičnoj odgovornosti kao ključnom načelu savremenog međunarodnog krivičnog prava (*Individual Criminal Responsibility*, str. 102–179). U udžbeniku se ovom načelu daje status univerzalnog načela čime se potvrđuju zaključci Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu da krivična djela po međunarodnom pravu mogu počinuti samo ljudi, a ne apstraktne tvorevine (str. 103). Naglasak je na oblicima i načinima ostvarenja međunarodnog krivičnog djela, posebno u svjetlu novije prakse međunarodnih krivičnih sudskih tijela. Kako krivična odgovornost može nastati ne samo kao posljedica neke radnje ili ponašanja, već i nečinjenjem, odnosno propuštanjem, peto poglavlje udžbenika se posebno bavi ovom problematikom s posebnim osvrtom na komandnu odgovornost i odgovornost nadređenog (*Omission, in Particular Command Responsibility*, str. 181–232). U šestom se poglavlju obrađuje materija pokušaja (*Attempt as a Special Form of Individual Criminal Responsibility*, str. 233–265), koju autor definiše kao specifičan oblik individualne krivične odgovornosti s obzirom na to da se Rimskim statutom, za razliku od statuta UN-ovih *ad hoc* tribunala, jasno predviđa ovaj oblik odgovornosti za krivična djela iz stvarne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda. Historijski posmatrano, ističe autor, kažnjavanje za pokušaj, posebno u postupcima vođenim poslije Drugog svjetskog rata, bilo je moguće samo u slučajevima kada već dovršene radnje predstavljaju samostalno krivično djelo (str. 236), dok se Rimskim statutom predviđa kažnjivost za pokušaj kao preduzimanje radnje kojom se započinje izvršenje krivičnog djela koji predstavlja bitan korak u smjeru dovršenja tog djela. Kriterij “bitnog koraka” (*substantial step*), prema tome, isključuje ne samo pripremanje krivičnog djela, već i započinjanje izvršenja krivičnog djela koje u smislu odredbe čl. 25.

Rimskog statuta ne predstavlja “bitan korak” u smjeru dovršenja tog djela, time ukazujući na uvažavanje objektivnih u odnosu na subjektivne kriterije. Sedmo poglavlje bavi se pitanjima subjektivne odgovornosti u međunarodnom krivičnom pravu (*The Subjective Requirements of International Crimes*, str. 266–300). S obzirom na specifičnu formulaciju člana 30 Rimskog statuta (*Mental element*) ovaj institut se ne može izjednačiti s oblicima krivnje kako ih poznaje nauka krivičnog prava evropske kontinentalne pravne tradicije, jer ne uključuje institute uračunljivosti i zablude (predviđene u članu 31 Rimskog statuta). Posljednje, osmo poglavlje, pokriva materiju razloga koji isključuju krivičnu odgovornost u međunarodnom krivičnom pravu (*Grounds Excluding Responsibility*, str. 301–437), koje u sebi ujedinjuje različite institute materijalnog i procesnog krivičnog prava, obrađujući ne samo osnove za isključenje postojanja krivičnog djela ili krivične odgovornosti (neuračunljivost, intoksikacija, nužna odbrana, krajnja nužda, stvarna i pravna zabluda, naredba nadređenog), već i osnove koji predstavljaju smetnju za vođenje krivičnog postupka (kao što su npr., načelo *ne bis in idem*, imunitet, amnestije, pomilovanje, nekažnjavanje maloljetnih lica i dr.).

U odnosu na dosadašnju udžbeničku literaturu iz međunarodnog krivičnog prava, može se zaključiti da ovaj udžbenik donosi dvije značajne novosti. Prva se ogleda u tome da je ovo prvi udžbenik općeg dijela međunarodnog krivičnog prava, čime nadopunjuje veliku prazninu u ovom segmentu. Druga novost odnosi se na metod i dubinu obrade dajući prednost teorijskim raspravama u odnosu na didaktičke zahtjeve, čime otvara prostor za dalja istraživanja općeg dijela. Tome ide u prilog i činjenica da je udžbenik napisan na engleskom jeziku zahvaljujući čemu je dostupan širokom krugu čitalaca.

Nedžad Smilagić

#### **Buchbesprechung:**

**K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law.***

**Volume I: Foundations and General Part**

(Oxford University Press, Oxford, 2013, 469 str.)

(Zusammenfassung)

*Der Beitrag enthält die Besprechung des ersten von drei Bänden des Lehrbuches von Prof. Dr. Kai Ambos, “Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part”, das 2013 bei Oxford University Press erschienen ist. In diesem Band wird in acht Kapiteln systematisch und umfassend der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts dargestellt, während der zweite Band den Besonderen Teil und der dritte das Internationale Strafprozessrecht behandeln sollen. Der Autor der Besprechung erachtet den ersten Band als äußerst nützlich und wertvoll, da damit eine Lücke, die hinsichtlich der Literatur zum Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts bestand, geschlossen wird, und die Tatsache, dass das Werk in englischer Sprache veröffentlicht wurde, dazu beiträgt, dass das Buch einem breiten Spektrum der Leserschaft zugänglich ist.*

<sup>2</sup> Usp. B. Zlatarić, *Međunarodno krivično pravo. Uvod i prvi dio: Rasprostranjenost represivne vlasti države* (Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu 1979) str. 33 *et seq.*

<sup>3</sup> Dok jedna grupa autora izjednačava ova dva koncepta, npr. Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo* (Beograd, Pravna knjiga 2008) str. 67, ili B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo* (Sarajevo, Pravni fakultet u Sarajevu 2010) str. 147, na razlike, prvenstveno u odnosu na subjektivni element (*mens rea*) upozorava P. Novoselec, “Materijalnopravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu”, in I. Josipović, D. Krapac, P. Novoselec, ur., *Stalni Međunarodni kazneni sud* (Zagreb, Narodne novine 2001) str. 93 na str. 111, isti, *Opći dio kaznenog prava* (Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu 2009) str. 548.

## Razno

### Pravo na internetu:

## Homepage “Narodnih novina”

Dr. Stefan Partner, odvjetnik

### I. Uvod

U rubrici “Pravo na internetu” u ovom izdanju “Nove pravne revije” predstavljamo homepage “Narodnih novina Republike Hrvatske” (www.nn.hr). Za to postoje dva razloga: s jedne strane, radi se o web stranici koja može poslužiti kao dobar primjer, jer se preko nje besplatno, pomoću nekoliko funkcija pretraživanja, mogu naći informacije o hrvatskom pravu, ili točnije sami zakonski tekstovi. Pritom su raspoloživa sva izdanja “Narodnih novina” od 1992. godine. Stoga ova stranica može poslužiti kao uzor drugim državama i ustrojstvenim jedinicama, jer građanima i pravnicima olakšava pristup nacionalnom pravu. S druge strane, Hrvatska je, kao što je poznato, od 1. srpnja 2013. članica EU. Stoga hrvatsko pravo može služiti kao dobar primjer i izvor informacija svima koji su općenito zainteresirani za harmonizaciju prava u sadašnjim i budućim državama članicama EZ.

### II. Sadržaj i korištenje stranice

Homepage se može naći pod www.nn.hr. Podijeljen je na tri dijela:

- službeni dio,
- oglasni dio
- i međunarodne ugovore.

U službenom dijelu se ne objavljuju samo zakonski propisi, već i odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske. Na cijeloj stranici “Narodnih novina” može se ili direktno kliknuti na pojedine brojeve ili pretraživati “Narodne novine”, odnosno godine (razdoblja) prema određenim ključnim riječima. Pritom treba voditi računa o sljedećem: budući da pretraživač ne prepoznaje deklinaciju, da biste pronašli tekst koji tražite potrebno je upisati samo korijen riječi ili nekoliko korijenja riječi, bez razmaka, odvojenih zarezom pri čemu uvijek odabirete ključnu riječ iz naslova

propisa. (Dakle, ako tražite *Zakon o porezu na dohodak* trebalo bi upisati: “zak, por, dohod”)

Tamo se može naći i registar pojmova strukturiran prema godištima, koji se – nakon što se klikne na odgovarajuću godinu – otvara kao dokument u formatu PDF. Svi se dokumenti mogu isprintati, ako se klikne na “Ispis dokumenta”. Osim toga, može se kliknuti na “Prikaz na čitavom ekranu” nakon čega će se na ekranu učitati isključivo dokument koji vas zanima.

U oglasnom dijelu mogu se naći javna nadmetanja, natječaji za radna mjesta, objave trgovačkih društava i objave o dodjeli koncesija.

### III. Razno

Praktično je i što na početnoj strani www.nn.hr postoje linkovi na stranice s pravom Europske unije. Međutim, ti linkovi ne vode direktno na hrvatski tekst odgovarajućih propisa EU, već na sljedećoj strani, koja se otvara, treba najprije promijeniti jezične postavke, odnosno jezik. U posebnoj rubrici (do koje se dolazi klikom na natuknicu “Antikorupcija” u footeru) mogu se pronaći materijali o borbi protiv korupcije unutar javnog društva “Narodne novine”. To upućuje na značaj borbe protiv korupcije u Hrvatskoj.

Rechtsanwalt Dr. Stefan Partner

#### Recht im Internet:

#### Die Homepage des kroatischen Gesetzblattes “Narodne novine”

(Zusammenfassung)

*Im dem Beitrag wird die Homepage des kroatischen Gesetzblattes “Narodne novine Republike Hrvatske” (www.nn.hr) vorgestellt. Dies aus zweierlei Gründen: Zum einen handelt es sich um eine vorbildliche Homepage, über die Interessierte kostenlos und durch mehrere Suchfunktionen unterstützt, Informationen zum kroatischen Recht erhalten können. Zum anderen kann das kroatische Recht in Folge des EU-Beitritts auch denjenigen, die allgemein an der europäischen Harmonisierung des Rechtes heutiger und zukünftiger Mitgliedstaaten der Europäischen Union interessiert sind, als Beispiel und Informationsquelle dienen. Weiter werden Hinweise zu Inhalt und Bedienung gegeben.*

## Iz aktivnosti IRZ fondacije

### Napomena redakcije:

U ovoj rubrici objavljujemo dva izvještaja o djelatnosti IRZ fondacije u Hrvatskoj i Gruziji, jer obrađuju teme koje su čitaocima najvjerojatnije poznate i iz njihovog domaćeg prava. Radi se o reformi nacionalnog krivičnog procesnog prava u okviru koje su uvedeni neki, za ove pravne sisteme strani elementi, iz krivičnog procesnog prava Sjedinjenih Američkih Država, poput principa stranačkog izvođenja dokaza, unakrsnog ispitivanja i sporazuma o priznanju krivice. (Radi se o razvoju kojeg pravnici iz kontinentalnopravnog okruženja posmatraju uz dozu zabrinutosti i koji bi i iz razloga homogenosti sistema krivičnog procesnog prava trebalo ponovo razmotriti.) Oba priloga objavljena su na njemačkom jeziku u časopisu "Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa" (WiRO). Redakcija NPR se zahvaljuje autorima, kao i redakciji časopisa WIRO i izdavačkoj kući C. H. Beck na dozvoli za štampanje prevoda ovih priloga.

### Iz aktivnosti IRZ-a u Hrvatskoj

Dr. jur. Marina Thode\*

Petra Fortuna\*\*

Amalia Wuckert\*\*\*

Hrvatska je 1. srpnja 2013. kao 28. država članica pristupila Europskoj uniji. Na tom dugom i uspješnom putu ka članstvu u EU Hrvatska je dobivala veliku podršku od EU i država članica.

I Njemačka zaklada za međunarodnu pravosudnu suradnju (IRZ) u Hrvatskoj je aktivna od 2000. Na početku konzultacija težište je bilo na ustavnopravnim temama, kao i temama iz područja građanskog prava ili gospodarskog prava. Pritom u prvom planu nije bilo toliko savjetovanje kod donošenja novih zakona, koliko izobrazba i daljnje usavršavanje sudaca, državnih odvjetnika i odvjetnika – npr. iz područja harmonizacije nacionalnog zakonodavstva s propisima EU, posebice propisima o tržišnom natjecanju, stečajnom pravu, međunarodnom privatnom pravu i međunarodnom obiteljskom pravu. Zahvaljujući sudjelovanju pravnih fakulteta, kod savjetovanja se podjednako vodilo računa kako o teorijskim, tako i o praktičnim pristupima, a uključen je i akademski pomladak. Tijekom godina, na želju hrvatske strane, provedeno je savjetovanje i u drugim pravnim disciplinama, posebice iz područja kaznenog prava i kazнено-procesnog prava, te kaznenog sustava. Daljnje težište u radu bila je reforma tzv. prekršajnih sudova, koji su nadležni za manje delikte i prekršaje.<sup>1</sup>

\* Dr. M. Thode je viši državni odvjetnik.

\*\* P. Fortuna je voditeljica projekta pri IRZ fondaciji.

\*\*\* A. Wuckert je saradnica IRZ fondacije na projektu u Hrvatskoj.

<sup>1</sup> Zaklada IRZ je od rujna 2007. do prosinca 2009. provela Twinnig projekt "Improving Court and Case Management at the High Misdemeanour Court and Selected Misdemeanour Courts" HR/2004/IB/JH/08; vidi članak Hansa-Ulricha

Kao najvažnije partnere navodimo Ministarstvo pravosuđa, Ustavni sud, Glavno državno odvjetništvo, Pravosudnu akademiju, Visoki prekršajni sud, te pravne fakultete Sveučilišta u Zagrebu, Rijeci, Osijeku i Splitu.

U okviru savjetovanja provedeni su razgovori sa stručnjacima, radionice, seminari, ciklusi predavanja, skupovi, simpoziji, konferencije, studijska putovanja i hospitacije, izrađene su ekspertize i publikacije, te odaslani savjetnici na dulje i kraće vrijeme. Ukupno se radilo o 200 pojedinačnih aktivnosti u okviru bilateralne suradnje, koje se mogu podijeliti na sljedeća težišta u radu: više od 100 skupova na temu pravna država i pravosuđe, oko 35 seminara iz područja kaznenog i kazнено-procesnog prava te održavanja kazni, jednaki broj seminara iz područja građanskog i gospodarskog prava, te 20-ak skupova s težištem na ustavnom sudstvu. Tomu valja pridodati nekoliko EU projekata u trajanju do 2 godine u okviru kojih je također proveden niz seminara ili radionica.

Trenutačno IRZ u Hrvatskoj provodi Twinning projekt "Further improvement of institutional capacity of all misdemeanour courts" u suradnji s Visokim prekršajnim sudom i Ministarstvom pravosuđa koji traje do listopada 2014.

Nedavno je uspješno dovršen Twinning projekt "Support to the reform of criminal proceedings" koji je pokrenut u lipnju 2011. godine u suradnji između zaklade IRZ i francuskog Junior partnera *Justice Coopération Internationale*.<sup>2</sup> S hrvatske strane glavni je korisnik ovog

Borcherta, WIRO, 2009, str. 286 i dalje, od listopada 2010. Zaklada IRZ provodi nastavak projekta "Further improvement of institutional capacity of all misdemeanour courts" HR/2009/IB/JH/04.

<sup>2</sup> Ovaj projekt nadovezao se na prethodni Twinning projekt koji je zaklada IRZ provela u razdoblju od ožujka 2010. do rujna 2012. na temu "Strengthening the Capacities of USKOK" u suradnji s Uredom za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (vidi Tatay, WIRO 2012, str. 319).

projekta i partner bilo Ministarstvo pravosuđa koje je koordiniralo suradnju sa sudovima, Glavnim državnim odvjetništvom i policijom.

Glavni cilj projekta bio je da se djelatnicima navedenih institucija pruži podrška prilikom uvođenja novog Zakona o kaznenom postupku (ZKP) koji je od 1. rujna 2011. stupio na snagu za sve kaznene postupke u RH. Došlo je posebno do velikih izmjena u predistražnom postupku. Hrvatska se, slijedeći opći europski trend, odlučila da će kao i u Njemačkoj predistražni postupak provoditi državno odvjetništvo. Do tada je to bio nadležan istražni sudac. Rad državnih odvjetnika sada podliježe kontroli suca istrage koji treba jamčiti prava pojedinca (temeljna prava okrivljenika) u postupku. Nova podjela uloga između državnog odvjetništva i suda iziskuje i redefiniranje odnosa između državnog odvjetništva i policije.

S obzirom na sam kazneni postupak, ZKP je u Hrvatskoj bio u skladu s kontinentalnoeuropskim sustavom u kojem je sudac vodio postupak. U 95% slučajeva taj je sustav zadržan. U 5% slučajeva, gdje se radi o teškim deliktima, dosadašnji sustav zamijenio je anglo-američki model stranačkog postupka, odnosno stranačkog izvođenja dokaza. Sada sudac, primjerice, više ne može sam dati nalog za izvođenje dokaza na teret okrivljenika; on sada ima pravo dati nalog samo za izvođenje dokaza u korist okrivljenika. Suci, državni odvjetnici i odvjetnici su sada prisiljeni prilagoditi se drugačijim oblicima postupka koji se razlikuju po pristupu. Dok je kontinentalnoeuropski pravni sustav obilježen time da se u postupku istraži istina, u anglo-američkom sustavu radi se o tomu da će ili državno odvjetništvo ili obrana uspjeti dokazati da njihovo gledanje na slučaj odgovara istini. Osim toga, odredbe o dokazima su izmijenjene na način da se postupci sada mogu voditi učinkovitije i odluke donositi brže, ako se postupak ne može okončati također novo uvedenom nagodbom između državnog odvjetništva i obrane, koju mora potvrditi sud.

U okviru jednog projekta koji je u Hrvatskoj vodila stručnjakinja odaslana na dulje razdoblje, stručnjaci iz Njemačke, Francuske, Austrije i Slovačke odaslani na kraće vrijeme proveli su istraživanje posebno o funkcionalnosti novih odredaba koje se primjenjuju u policiji, državnom odvjetništvu i sudovima. Uglavnom pozitivni rezultati njihova istraživanja uvršteni su u izvještaj o monitoringu EU o nastavku procesa reformi u Hrvatskoj. Općenito je kritiziran dualni model koji ne odgovara tradiciji hrvatskog prava. Za razliku od toga, ubrzavanje postupaka, posebice uslijed izmjena odredaba o dokazima, u izvještaju je istaknuto kao pozitivno.

Daljnje težište projekta bila je podrška unaprjeđivanju suradnje između policije i državnog odvjetništva s ciljem da svaka strana svoje zadaće odradi što učinkovitije. Tu su, između ostalog, održani zajednički seminari izrađeni su prijedlozi za bolju suradnju i međunarodne smjernice, te su provedena dva uspješna studijska putovanja u Njemačku (Mainz) i Francusku (Amiens).

Projekt je krenuo novim smjerom nakon što je Ustavni sud RH 19. srpnja 2012. neke od ključnih točaka novog ZKP-a proglasio protuustavnima, te dao nalog zakonodavcu da izmijeni ZKP do 15. prosinca 2013. Izreka odluke<sup>3</sup> koja obuhvaća 160 stranica pokazuje da su hrvatski ustavni suci upoznati s odlukama njemačkog Ustavnog suda (BVerfG), jer neki odlomci jako podsjećaju na uobičajene navode njemačkih ustavnih sudaca o podjeli vlasti između parlamenta i Ustavnog suda.

Sve do odluke Ustavnog suda RH stav svih stranih stručnjaka bio je taj da treba pružiti podršku hrvatskim partnerima kako bi ZKP zaživio u praksi i da treba dati nove prijedloge koji polaze od prakse, te da ne treba odmah krenuti s prijedlozima za izmjene ZKP-a, kako u praksi ne bi došlo do prevelikog opterećenja. Nakon odluke Ustavnog suda RH svi su prijedlozi još jednom razmotreni s ciljem da se iskristaliziraju izmjene ZKP-a koje bi bile svrsishodne, a koje bi zatim ušle u zakonodavni postupak. Stoga je radni plan projekta proširen za još jednu misiju koju je preuzela stručnjakinja na licu mjesta, odaslana u Hrvatsku na dulje vrijeme. Nakon toga projekt je produžen za četiri mjeseca, do srpnja 2013. kako bi njemački i francuski stručnjaci tijekom izmjena zakona mogli pružiti podršku hrvatskoj strani. U okviru produžetka projekta provedene su i brojne nove aktivnosti, koje su proizašle iz samog tijeka projekta. To je, primjerice, bila obuka na temu oduzimanja protupravno stečene imovinske koristi, koja je od 1. 1. 2013. moguća u Hrvatskoj, pri čemu je pravna osnova slična kao u Njemačkoj, te podrška kod pilot projekta "Kuće za maloljetničko pravo" prema modelu državnog odvjetništva iz Mainza.

Hrvatske partnerske institucije tijekom Twinning projekta dobile su čitav niz poticaja koje su provele u djelo. Treba istaći visoku stručnu razinu i angažman hrvatskih sugovornika i sugovornica<sup>4</sup>. Strani stručnjaci ni u jednom trenutku nisu dvojili da je Hrvatska dio Europe i da je, barem što se tiče pravosuđa i policije, opravdano postala članicom EU.

Tema daljnjeg priloga mogla bi biti na kojim sve područjima Hrvatska u međuvremenu ima naprednije zakone od Njemačke, primjerice, hrvatski Zakon o maloljetničkim sudovima. Međutim, trenutačno postoji još nekoliko područja u kojima će se i nakon pristupanja Hrvatske EU morati provesti projekti s ciljem podrške, a partnerske institucije već su poslale takav upit. IRZ će rado udovoljiti tim zahtjevima u skladu sa svojim mogućnostima. No, upućeni smo na učinkovitu podršku svih njemačkih uprava za pravosuđe i uprava za unutarnje poslove, posebice kad se radi o odašiljanju stručnjaka u Hrvatsku na dulje ili kraće vrijeme te organizaciji studijskih putovanja u Njemačku. Izgledi su u tom smislu dobri, jer je

<sup>3</sup> U-I-448/2009 et. al. Vidi [http://narodne-novine.nnhr/clanci/sluzbeni/2012\\_08\\_91\\_2096.htm](http://narodne-novine.nnhr/clanci/sluzbeni/2012_08_91_2096.htm)

<sup>4</sup> Hrvatsko je pravosuđe pretežno u ženskim rukama.

Gornji dom parlamenta (Bundesrat) prilikom ratifikacije Ugovora o pristupanju Hrvatske Europskoj uniji 24. 5. 2013. u Odboru za Europsku uniju jednoglasno odlučio:

“Bundesrat ističe stalnu spremnost njemačkih saveznih zemalja da i dalje podupiru Republiku Hrvatsku u njezinim nastojanjima da provede reforme nakon pristupanja EU, između ostalog kroz nastavak uspješne suradnje zajedničkih međuvladinih komisija.”

## Iz aktivnosti IRZ-a u Gruziji: Krivično procesno pravo

Dr. Bernd Asbrock, VRiLG a. D.\*

Dr. Axel Boetticher, RiBGH a. D.\*\*

Autori ovog izvještaja su od 2010. godine za IRZ fondaciju angažovani kao stručnjaci i savjetnici u okviru pravnog dijaloga između Savezne Republike Njemačke i Gruzije s posebnim osvrtom na krivično procesno pravo.

### Program razmjene u 2010. i 2011. godini

Izvještaj o gruzijskom krivičnom procesnom pravu temelji se na iskustvima stečenim prilikom posjeta sudu Gruzije gdje je glavna tema rasprave bilo donošenje presuda u krivičnim stvarima u prvostepenim i žalbenim postupcima. S tim u vezi, razmijenjeni su primjerci sudskih presuda iz Njemačke i Gruzije te podijeljeni među učesnicima radionice koje su činile njemačke i gruzijske sudije. Tom prilikom zaključeno je da postoje određene zajedničke karakteristike, ali i razlike kao što su npr. razlike u formalnom postupku, ocjeni dokaza i odmjeravanju kazni. Također je diskutovano o posebnim procesnim situacijama kao što je npr. sklapanje sporazuma o priznanju krivnje.

Također, prilikom posjete 2011. godine autori su imali mogućnost da neposredno prate rad na krivičnim predmetima u tri prvostepena suda u Gruziji i to u glavnom gradu Tiflisu (na 100.000 stanovnika/22 sudija krivičara), u Rustavi (120.000 stanovnika/3 sudija krivičara) i Mtskheka (100.00 stanovnika/4 sudija krivičara). Pri tome je postojala mogućnost da se, po slobodnom izboru, prisustvuje glavnim pretresima, naravno uz pomoć ovlaštenog sudskog prevodioca. Po okončanju pretresa vodili su se intenzivni razgovori sa sudijama i njihovim asistentima o konkretnim predmetima kao i uopšte o gruzijskom krivičnom procesnom pravu. Pismeni prevodi sudskih odluka također su bili obezbijeđeni za učesnike.

\* Dr. Bernd Asbrock, VRiLG a.D. je umirovljeni predsjednik sudskog vijeća na Višem sudu u Bremenu.

\*\* Dr. Axel Boetticher, RiBGH a.D. je umirovljeni sudija Saveznog vrhovnog suda Njemačke.

Nova prilika za razmjenu mišljenja o zajedničkim karakteristikama, ali i razlikama između njemačkog i gruzijskog krivičnog procesnog prava ukazala se 2011. godine prilikom uzvratne posjete delegacije sudija iz Vrhovnog suda Gruzije kao i predsjednika sudova i sudija krivičara različitih drugostepenih sudova u periodu od 11. do 15. aprila 2011. godine.

Delegacija je dobila uvid u njemačku krivičnoprocesnu praksu kroz posjete Okružnom sudu u Karlsruheu, Saveznom vrhovnom sudu i Saveznom ustavnim sudu. U tom smislu, gruzijske sudije su imale mogućnost da prisustvuju pretresu pred okružnim sudom kao i postupku revizije pred 1. krivičnim vijećem Saveznog vrhovnog suda. U Njemačkoj pravosudnoj akademiji sa sjedištem u Trieru gruzijska delegacija je imala mogućnost da se upozna s načinom edukacije sudija u Njemačkoj.

### Razvoj krivičnog procesnog prava u Gruziji

Dok je većina aktivnosti u procesu pružanja pomoći razvoju pravosudnog sistema u Gruziji 90-ih godina bila uglavnom usmjerena na građansko pravo, privredno pravo te pravo privrednih društava, razvoj krivičnog prava nije bio u fokusu tih aktivnosti.

Zahvaljujući uticaju njemačkih savjetnika, prve reforme krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava u Gruziji su se u dobroj mjeri ugledale na rješenja predviđena njemačkim zakonima. Gruzijski ustav iz 1995. godine je po prvi put sadržavao i ustavna prava koja su zagarantovana svakom pojedincu u krivičnom postupku. Mjere lišavanja slobode od tada također obavezno zahtijevaju sudsku odluku, dužina trajanja policijskog lišavanja slobode je ograničena na 72 sata dok je trajanje pritvora ograničeno na najviše 9 mjeseci. Također, 1997. godine ukinuta je i smrtna kazna.

Novi Zakon o krivičnom postupku (ZKP), koji je sadržavao mnoge principe i načela iz evropskokontinentalnog krivičnog procesnog prava kao što su načelo neposrednosti, usmenosti te načelo javnosti krivičnog postupka, usvojen je 1999. godine.

Uprkos nastojanjima njemačkih stručnjaka, 2003. godine je propao pokušaj nastavka reforme ZKP-a u smislu uvođenja standarda predviđenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Naime, predsjednik Micheil Saakaschwili se, iz političkih i ekonomskih razloga, priklonio politici Sjedinjenih Američkih Država, što je neizbježno dovelo i do primjene anglosaksonskog prava koje je u suprotnosti s evropskokontinentalnim, posebno ako imamo u vidu pravne institute kao što je npr. sporazum o priznanju krivnje između tužilaštva i optuženog. Pri tome je bitno naglasiti da je u takvom postupku sudu dodijeljena uloga posmatrača kojem je u suštini preostalo da nadzire poštivanje formalnih odredbi krivičnog postupka, te načela ravnopravnosti.

Tako je prema ugledu na američke zakone, uz podršku stručnjaka iz SAD-a, 2004. godine usvojen novi ZKP koji

se u velikoj mjeri razlikovao od prethodnog posebno zbog toga što je sadržavao mogućnost sklapanja sporazuma o priznanju krivnje koji ranije nije postojao u krivičnom procesnom pravu Gruzije. Također, 2007. godine Vrhovnom sudu je data mogućnost davanja preporuka u pogledu izricanja krivičnih sankcija, odnosno kreiranja kaznene politike, što je sve skupa tužilaštvu, u odnosu na optuženog, davalo dominantniju ulogu u krivičnom postupku.

Nakon brojnih izmjena 2009. godine je, također po uzoru na sistem koji postoji u SAD-u, usvojen novi ZKP koji je na snagu stupio 1. 10. 2010. godine.

### Krivični postupak u Gruziji

Detaljnija saznanja o krivičnom postupku u Gruziji, autori ovog izvještaja imali su prilikom sticati prilikom gorenavedenih posjeta Gruziji, i to u augustu 2010. godine i oktobru 2011. godine.

#### Sporazum o priznanju krivnje i stroga kaznena politika

Potrebno je na ovom mjestu naglasiti da je posjeta Gruziji, odnosno praćenje rada sudova u krivičnim stvarima, pokazala dvije stvari:

Kao prvo, pokazala se kao tačna pretpostavka, da se krivični postupak pred sudovima u dobroj mjeri okončava sporazumom o priznanju krivnje. Tako je od 12 postupaka koji su praćeni, samo jedan vođen na način da strane u postupku iznose svoje suprotstavljene stavove. Također, primijećena je tendencija izricanja visokih zatvorskih kazni, čak i u slučaju da je došlo do sklapanja sporazuma o priznanju krivnje.

U tom smislu, navest će se dva primjera.

- Tako je krivični sud u 2009. godini<sup>1</sup>, u predmetu gdje je 45-godišnji osumnjičeni (koji je ranije osuđivan) uvezao 5 grama heroína u Gruziju, istog osudio na zatvorsku kaznu u trajanju od 26 godina. Kazna zatvora od 26 godina se dobila zbrajanjem kazni zatvora za uvoz (16 godina) i posjedovanje heroína (10 godina). U obrazloženju presude se navelo da krivični zakon za lica koja su ranije osuđivana predviđa ovako visoke kazne zatvora te su iste u konkretnom predmetu morale biti odmjerene na ovaj način<sup>2</sup>.
- Na pretresu pred krivičnim sudom u Tiflisu, održanom 18. 10. 2011. godine, 22-godišnjakinja, majka malodobnog djeteta, zbog krađe vrijednih dobara u

crkvi u vrijednosti od 1.280 eura, osuđena je na 9 godina zatvora po sporazumu o priznanju krivnje, dakle bez provođenja dokaznog postupka. Prilikom izricanja presude sud je uzeo u obzir da je djevojka već ranije činila slična krivična djela. Sudije su kasnije navele da je sporazum o priznanju krivnje bio itekako od koristi za osuđenu djevojku jer bi joj u suprotnom, za 11 počinjenih krađa, prijetile ukupno 23 godine zatvora da je krivični postupak ušao u fazu suđenja.

#### Zaostaci u ostvarivanju načela pravne države

Ispostavilo se da je prelaz na anglo-američki pravni sistem umnogome otežao nastojanja da se krivično procesno pravo u Gruziji uskladi s EKLJP. Posebno se uvođenjem instituta sporazuma o priznanju krivnje između tužilaštva i optuženog žrtvovala uloga suda jer je na taj način tužilaštvo dobilo dominantniju ulogu u krivičnom postupku. Uloga suda se u tom slučaju svela na praćenje poštivanja formalnih odredbi postupka i potvrđivanja sporazuma o priznanju krivnje.

Također je upitno da li spomenuti sporazumi o priznanju krivnje doprinose određivanju razumnih krivičnih sankcija. U prilog ovoj tvrdnji govori i podatak da se visine zatvorskih kazni izrečenih takvim sporazumima u Gruziji ne razlikuju od visine izrečenih kaznih zatvora koje izriču redovni sudovi koji primjenjuju evropskokontinentalno krivično procesno pravo, pri čemu se stiče utisak da su visoke kazne zatvora predviđene sporazumima o priznanju krivnje rijetko rezultat dogovora strana u postupku, nego za cilj imaju izbjegavanje zapriječenih kazni koje bi eventualno mogao izreći sud nakon pretresa.

#### Posljedice stroge kaznene politike

Procjene o broju zatvorenika (procjenjuje se broj između 23.000–25.000 zatvorenika na 4,5 miliona stanovnika) i s tim u vezi neophodnu podršku gruzijskom sistemu izvršenja krivičnih sankcija detaljno je opisao *Activity Report 2010*. od strane *Directorate General of Human Rights and Legal Affairs of the Council of Europe* (str. 30–33).

Izložene dileme možete pronaći i na internetu u objavljenom izvještaju "International Observatory for Lawyers" iz decembra 2010. godine (<http://gba.ge/new/admin/editor/uploads/files/ENG/news/eu/Annex%203.pdf>). Razgovori s profesorima različitih univerziteta u Gruziji su također potvrdili navedene stavove, posebno kada je u pitanju institut sporazuma o priznanju krivnje. U tom smislu, posebno je kritički izražen stav o sporazumima o priznanju krivnje u njemačkom, anglosaksonskom i gruzijskom krivičnom pravu u disertaciji iz 2012. godine docenta i bivše sudije dr. Tamare Laliashvili.

Kritičari se slažu da je uvođenjem sporazuma o priznanju krivnje, koji do primjene dolazi u 80–90% krivičnih

<sup>1</sup> Sudska presuda od 24. novembra 2009. (Az. N1/4150-09); pismeno obrazloženje dostavljeno autorima; s predsjedavajućom sudskog vijeća je u tom smislu vođenja i diskusija.

<sup>2</sup> U međuvremenu je sudovima 2010. godine ostavljena mogućnost da izriču i niže kazne zatvora. Član 59. (Glava XI) Krivičnog zakona je sudovima u tom pravcu omogućio više sloboda u kreiranju kaznene politike prema okolnostima u svakom konkretnom predmetu.



postupaka, skraćen krivični postupak, ali da isti nije u mogućnosti obezbijediti razumni kazneni okvir u takvim slučajevima. Izneseni stavovi o aktuelnoj kaznenoj politici u Gruziji se moraju ozbiljno shvatiti. Neophodno je uključiti sve relevantne učesnike u budućim pravnim dijalozima između Savezne Republike Njemačke i Gruzije.

### Zaključak i predviđanja

Posjeta i praćenje različitih sudskih postupaka, kao i razgovor sa sudijama, omogućio je realan uvid u krivično-procesnu praksu u Gruziji.

Kao preliminarni zaključak iz prikupljenih informacija i razmijenjenih mišljenja proizlazi da krivično procesno pravo u Gruziji nije u mogućnosti uspostaviti princip vladavine prava, odnosno da postoje brojni nedostaci u provođenju osnovnih načela koja za cilj imaju zaštitu ljudskih prava zagarantovanu domaćim i međunarodnim konvencijama.

Pri tome je začuđujuće da se pomenuti zaključak ne može čuti samo kod stranih posmatrača, već i kod domaćih pravnika u Gruziji gdje postoje različita mišljenja u vezi preuzetih instituta iz anglo-američkog prava. Primjedbe se posebno odnose na sporazum o priznanju krivnje što je naglašeno i u istupima profesora i pojedinih sudija krivičara.

Kritike autora i njihova zapažanja o nedostacima, te moguća ograničenja sudske nezavisnosti kroz dominantniju ulogu tužilaštva kao i stroga kaznena politika su u razgovoru s predsjednikom Vrhovnog suda Gruzije opravdani kao nužnost u procesu tranzicije društva. Istovremeno je predsjednik Vrhovnog suda ukazao na prve tendencije liberalizacije u sistemu krivičnog pravosuđa, poput zakonom predviđene mogućnosti fleksibilnijeg određivanja ukupne kazne uvedene 2010. godine u čl. 59. KZ-a, koja omogućava individualniji pristup i time i izricanje blažih kazni (vidi fn. 2). Međutim, ova odredba još uvijek nema dovoljno široku upotrebu u krivičnoprocenoj praksi sudova o čemu su autore ovog izvještaja obavijestili brojne sudije i profesori na univerzitetima.

Teško je predvidjeti, kako će u budućnosti teći politički i pravni razvoj Gruzije. Posebno je značajno vidjeti kako će se odvijati promjena vlasti nakon parlamentarnih izbora 2. 10. 2012. godine, odnosno da li će doći i do političkih promjena koje će omogućiti uspostavljanje i razvoj pravne države. Svakako da će za reformu krivičnog procesnog prava kao i sistema izvršenja krivičnih sankcija u Gruziji biti potrebno više godina, što uključuje i približavanje krivičnog procesnog prava u Gruziji evropskokontinentalnom pravu.

Dalja podrška ljudima u Gruziji koji su spremni za reforme, prije svega kroz rad u organizacijama, u ovim

trenucima je veoma bitna. Tu mogućnost pruža projekt Evropske unije "Support to the reform of the criminal justice system in Georgia" kojeg, u saradnji s još tri partnerske organizacije, provodi IRZ fondacija od decembra 2012. godine. Ovaj projekt će svakako unaprijediti reforme u krivičnom materijalnom i krivičnom procesnom pravu kao i sistemu izvršenja krivičnih sankcija. Pored toga, IRZ fondacija će, kao i druge njemačke organizacije, nastaviti s dosadašnjim aktivnostima prije svega kroz organiziranje posjeta, programa obuke za sudije, tužioce i advokate na teme kao što su metodologija primjene prava, usklađivanje domaćeg prava s EKLJP itd. Također, i edukaciji na univerzitetima će se posvetiti posebna pažnja. Iz dosadašnjeg iskustva, upravo je na univerzitetima uočena najozbiljnija spremnost za temeljne reforme i uspostavljanje pravne države. Aktivnosti IRZ fondacije će u tom pravcu svakako biti od velikog značaja.

### Aus der Tätigkeit der IRZ-Stiftung

OStAin Dr. Marina Thode  
Petra Fortuna  
Amalia Wuckert

### Aus der Tätigkeit der IRZ-Stiftung in Kroatien

VRiLG a.D. Dr. Bernd Asbrock  
RiBGH a.D. Dr. Axel Boetticher

### Aus der Tätigkeit der IRZ-Stiftung in Georgien: Strafprozeßrecht

(Zusammenfassung)

*In dieser Rubrik werden zwei Berichte über die Tätigkeit der IRZ in Kroatien und in Georgien veröffentlicht, die jeweils die dortigen Reformen im Bereich des Strafprozessrechts behandeln, durch die bisher systemfremde Elemente aus dem US-amerikanischen Strafprozessrecht, wie das Parteienprinzip, das Kreuzverhör und das plea bargaining, eingeführt werden. Dies ist eine Entwicklung, die kontinentaleuropäisch geprägte Juristen mit Sorge beobachten und die auch aus Gründen der Homogenität des Systems des Strafprozessrechtes überdacht werden sollte. In Kroatien führten rechtsstaatliche Erwägungen dazu, dass die neue Strafprozeßordnung vom Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurde.*

*Beide Beiträge erschienen in deutscher Fassung in der "Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa" (WiRO). Deshalb werden deutschsprachige Leser auf diese, auch im Internet vorhandenen Beiträge (Kroatien: WiRO 8/2013 unter [http://irz-stiftung.de/dokumente/upload/a55eb\\_wiro\\_2013\\_08.pdf\\_sowie](http://irz-stiftung.de/dokumente/upload/a55eb_wiro_2013_08.pdf_sowie) ; Georgien: WiRO 1/2013 unter [http://irz-stiftung.de/dokumente/upload/b0e7f\\_wiro\\_01\\_2013\\_irz.pdf\\_verwiesen](http://irz-stiftung.de/dokumente/upload/b0e7f_wiro_01_2013_irz.pdf_verwiesen)).*



## 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

Konkretne 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.

Po prihvatanju određenog priloga za objavljivanje nakon dvije pozitivne recenzije, autori su, po obavještenju od strane redakcije, obavezni uz dostavljeni apstrakt dostaviti i sažetak priloga koji će od strane redakcije biti preveden na njemački i engleski jezik. Prilikom izrade sažetka autori trebaju poštovati upute redakcije.

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 objavljavani. 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:

31. 3. 2014. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 30. 4. 2014. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 15. 5. 2014. 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 Znaci navoda trebaju uvijek biti stavljeni nakon završnog interpunkcijskog znaka.

[xxxxxx] 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/prezimana. 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 prvospomenuto)
- 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 zagradama 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 zagradama.

#### 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/prezimana. 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 prvospomenuto)
- 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/prezimeni. 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 skraćena)
- 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.

Nach Annahme eines Beitrags zur Veröffentlichung durch zwei positive Rezensionen fordert die Redaktion den Autor auf, zusätzlich zu dem Abstrakt, eine Zusammenfassung des Artikels, die von der Redaktion in die deutsche und englische Sprache übersetzt werden wird,

zu erstellen. Bei der Erstellung dieser Abstraktes haben die Autoren die entsprechenden Hinweise der Redaktion zu beachten.

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 Amtssprachen 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 Amtssprachen in Bosnien und Herzegowina oder in deutscher Sprache in elektronischer Form als Word Dokument an die email Adresse: novapravnarevija@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 31. 3. 2014.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 30. 4. 2014. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 15. 5. 2014.

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:

novapravnarevija@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 Klapper 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 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 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.