

NPR

NOVA PRAVNA REVUJA

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)
 Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu
 saradnju (IRZ)



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravika
 Njemačko-bosanskohercegovačka udruga pravika
 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)

5 godina NPR / 5 Jahre NPR

Iz sadržaja:

Članci:

Prof. dr. dr. h. c. Lajos Vékás: O novom mađarskom Građanskom zakoniku

Prof. dr. Zlatan Meškić: Unutra ili vani? Tumačenje propisa o ugovorima zaključenim van poslovnih prostorija ...

Prof. dr. Slavko Đorđević: Primena klauzule odstupanja u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti

Dr. Stefan Pürner: Mračna strana njemačkog prava: (ne)pravo u nacionalsocijalizmu na primjeru diskriminacije ...

Dr. Darja Softić Kadenić, LL.M. (Graz): Pojam i uloga Treuhanda u pravu i praksi Njemačke, Austrije i Švicarske ...

Aleksandra Pavićević: Pravne posledice nalaza skrivenog blaga u srpskom pravu

Osim toga:

Aktuelnosti iz prava regiona

Aktuelnosti iz evropskog prava

Aktuelnosti iz njemačkog prava



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

1-2/2015

Godina 6, vol. 10
 novembar/studenj 2015.
 stranice 1-157

NOVA PRAVNA REVIIJA

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

Izdavači:



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche
Zusammenarbeit, e.V. (IRZ)
Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju
(IRZ)
Ublerstraße 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 pravika/
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:
prof. dr. Slavko Đorđević, prof. dr. Zlatan Meškić,
prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner,
doc. dr. Darja Softić Kadenić LL.M.

Izvršna urednica:
doc. dr. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:
Dragana Radisavljević, Semira Smajić,
doc. dr. Darja Softić Kadenić LL.M., Ivana Teronić Oruč

Prijevod:
Jana Mayer-Kristić, Meliha Powlakić, Stefan Pürner,
Anita Rogošić, Dragan Simić

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: novappravnavrevija@gmail.com
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



NOVA PRAVNA REVIIJA NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Veoma poštovane/i čitateljke i čitaoci,
veoma poštovane kolegice i kolege,

s izdanjem koje upravo držite u rukama, “Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo” (Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht), skraćeno NPR, ulazi u šestu godinu svoga izlaženja. Ovaj petogodišnji jubilej se u ovom izdanju odražava tako što će se u predgovoru dati kratki prikaz pola decenije razvoja časopisa NPR.

Ono što je prethodilo osnivanju časopisa

Ideja da se pokrene ovaj časopis nastala je tokom mnogih razgovora potpisnika ovog predgovora. Oni su se upoznali već 2000. godine u sklopu aktivnosti njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ), kada je Fondacija IRZ započela svoje aktivnosti u Jugoistočnoj Evropi. Fondacija se finansira od tada prvenstveno sredstvima njemačkog Ministarstva vanjskih poslova iz njemačkog priloga Paktu stabilnosti za Jugoistočnu Evropu, ali takođe i iz sredstava Saveznog ministarstva pravde i zaštite potrošača. Osim toga, Fondacija u regionu redovno učestvuje u EU projektima (IPA i Twinning). U okviru bilateralnih aktivnosti razvila se jedna plodonosna saradnja s Njemačko-bosanskohercegovačkim udruženjem pravnika (DBHJV), koje je u kontekstu redovnih aktivnosti Fondacije IRZ u Bosni i Hercegovini osnovano uz jaku podršku Ambasade SR Njemačke. Ove aktivnosti su se, naime, vrlo brzo razvile u jedan forum njemačko-bosanskohercegovačke pravničke razmjene, tako da je osnivanje jednog takvog udruženja u jednom momentu prosto “ležalo u zraku”. Kako prilikom zajedničkih manifestacija Fondacije IRZ i DBHJV, tako i kod onih koje su ova udruženja organizirala posebno, konstatirano je vrlo brzo da na tim manifestacijama održana predavanja izazivaju veliki interes i izvan kruga njihovih učesnika. Sredstvo da se krug onih kojima su upućena ta predavanja znatno poveća, jeste njihovo publiciranje; a ono na poseban način trajno djeluje naročito ako je u formi časopisa koji izlazi redovno.

Za osnivanje jednog zajedničkog časopisa govorili su i drugi argumenti. Na jednoj strani, u Jugoistočnoj Evropi generalno ima jako mali broj časopisa iz oblasti prava, naročito ako se to posmatra u kontekstu činjenice da je u državama regiona pravo podvrgnuto značajnoj transformaciji i da su nužno potrebni izvori informacija o novim propisima u pojedinim zemljama, ali i o tendencijama i utjecajima evropskog prava.

Koncept: Mješavina naučnih istraživanja i aktuelnih informacija

Cilj je bio da se osnuje jedan časopis, koji ne zadovoljava samo zahtjeve nauke, već sadrži takođe aktuelne informacije potrebne praktičarima i to u sažetom obliku s uputama na dalje izvore informacija. Tom cilju služe rubrike “Aktuelnosti iz prava regiona”, “Aktuelnosti iz prava EU”, “Aktuelnosti iz njemačkog prava” i “Pravo na internetu”. Ove rubrike pišu članovi Redakcije časopisa, koji su pravници s poznavanjem najmanje tri jezika, pri čemu svi vladaju bosanskim ili hrvatskim ili srpskim jezikom te njemačkim jezikom, i koji su dijelove svoga obrazovanja ili daljeg obrazovanja apsolvirali u navedenim govornim područjima (Jubilarno izdanje, kao i poseban prilog koji izlazi prvi put tim povodom, trebaju biti iskorišteni da se kroz naučno-istraživačke priloge bliže predstave članovi Redakcije kao i područja njihovog istraživanja; članovi Redakcije inače djeluju u pozadini).

Kod kreiranja koncepta časopis NPR se na mnoge načine inspirirao uspješnim njemačkim časopisima. Za rubriku “Propisi i materijali” je, naprimjer, uzor bila slična rubrika u časopisu “Zeitschrift für Wirtschaft und Recht und

Südosteuropa". Za njemačke čitaoce se pri tome mora ukazati na činjenicu da je format u kojem izlazi časopis NPR neuobičajen na prostorima na kojima se plasira, jer se u regionu u pravilu preferiraju manji formati. S izabranim A4-formatom trebalo je i optički biti vidljivo orijentiranje na njemačko pravo i tamošnji pravni medijski krajolik.

Poticanje mladih snaga kao posebno težište

Kako Fondacija IRZ tako i udruženje DBHJV smatraju da je poticanje pravničkog podmlatka odlučujuće za uspjeh pravne transformacije. Časopisi mogu na dva načina podržati pravnički podmladak: na jednoj strani oni predstavljaju valjane izvore informacija naročito u pogledu aktuelnih tema. S druge strane, saradnja u izdavanju pravnih časopisa nudi posebno mladim kolegicama i kolegama različite prednosti, bilo tako što izgrađuju svoje vlastite sposobnosti u području naučnog rada, bilo tako što su im objavljeni radovi u akademskom smislu pretpostavka za profesionalno napredovanje. Iz ovih razloga je prilikom prvih, tada još preliminarnih razgovora o konceptu jednog mogućeg novog časopisa, bilo vrlo brzo jasno, da budući časopis neće biti nikakav "closed shop" samo za već etablirane autore, već da će upravo mladim autorima ponuditi mogućnost da steknu prva iskustva u stručnim publikacijama. Mladi autori su objavili do sada u časopisu NPR kako naučne priloge, tako i čitav niz prikaza različitih manifestacija i objavljenih publikacija. Za posebno kvalitetne studentske radove koji se ne uklapaju u prethodno navedene rubrike, otvorena je rubrika "Studentski radovi". I to je jedan od načina na koji se mladi pravnici kroz "training-on-the-job" obučavaju i za redakcijske djelatnosti u području nauke (u principu u nečemu što se veoma rijetko podučava). Tako se, naprimjer, za prevođenje jednostavnih tekstova (koji se nakon toga od članova Redakcije stručno lektoriraju) angažiraju studenti prava iz regiona koji poznaju više jezika. Nerijetko se takva saradnja organizira kao "naknada" za učešće u formama dodatnog obrazovanja koje organizira Fondacija IRZ, kao što je npr. dopunski studij njemačkog prava na Pravnom fakultetu u Sarajevu, multilateralna IRZ ljetna škola njemačkog prava u Brühlu i kursevi pravne terminologije, koji IRZ izvodi u Bonu zajedno s Goethe-Institutom. Ovaj izazov studenti rado prihvataju, jer oni kroz ovakve zadatke bivaju na izvanredan način senzibilizirani za specifičnosti pravničke terminologije i pravničkog prevođenja. Časopis NPR tako kroz ovakve izazove doprinosi poticanju budućih pripadnika pravničke profesije.

Izričito se pritom nije željela stvoriti publikacija koja bi se isključivo orijentirala ka mladim pravnicima kao čitaocima i/ili autorima. Zbog toga saradnja s priznatim autorima u okviru časopisa NPR zauzima isto tako veliki prostor kao i podrška razvoju pravničkog podmlatka. Upravo kroz koegzistenciju mladih i etabliranih autora treba biti jasno da u pravničkoj diskusiji nisu ime ili akademska titula najvažniji, već isključivo jačina ponuđenih argumenata i kvalitet njihovog pismenog uobličavanja.

Pozitivne anonimne recenzije

Da bi se postigao kvalitet, naučni se prilozi kako mladih tako i etabliranih autora (uz izuzetak ponovljenog izdanja priloga koji su na drugim jezicima već bili objavljeni u priznatim publikacijama) objavljuju u časopisu NPR tek nakon što su bili predmetom dvije pozitivne anonimne recenzije (ovaj zahtjev ispunjavaju i članovi Redakcije kada objavljuju u časopisu NPR, pa tako i u ovom izdanju). Uz izuzetak pojedinačnih slučajeva, autori koji objavljuju u časopisu NPR smatraju ovakvo postupanje pozitivnim i rado ispunjavaju sugestije recenzenata koji doprinose kvalitetu časopisa.

Regionalni pristup daje sinergijske efekte

Ovo su bila temeljna razmišljanja, na čijoj se podlozi dalje razvijao koncept časopisa. Svi involvirani su od samog početka bili saglasni da se časopis ne treba koncentrirati samo na pravo jedne države. Za ovo postoje mnogi razlozi. S jedne strane, prekogranična saradnja u potpunosti je u skladu s ciljevima Pakta stabilnosti, izvora iz kojeg se časopis finansira. S druge strane, zemlje regiona pripadaju istoj pravnoj tradiciji, a trenutno se suočavaju s istim problemima. Zbog toga bi fokus samo na pravo jedne države imao kratkoročne efekte i ostavio bi neiskorištenim sinergijske efekte koji su očigledni. Stoga je donesena odluka da težište časopisa bude na pravu zemalja nasljednica bivše Jugoslavije, pri tome posebno onih (ali ne isključivo) koje pripadaju bosansko-hrvatsko-srpskom jezičkom govornom području.

Prekogranični čitatelji / mladi i prominentni autori jedni pored drugih

Cilj časopisa je bio, i dalje jeste, da oslovi pravnike svih generacija koji pripadaju najrazličitijim profesijama i da ih pridobije kao autore. Pošto svi pravnici u regionu ne raspoložu znanjima stranih jezika u mjeri koja je neophodna za diskurs o zahtjevnim pravnim temama, svjesno se odustalo od izdavanja časopisa na njemačkom ili engleskom jeziku. Budući da u susjednim zemljama mnogo pravnik odlično govori bosanskim, hrvatskim i/ili srpskim jezikom, časopis dopire i do njih. Ovo potvrđuju i prilozi makedonskih i slovenačkih autora za NPR.

Na ovom mjestu nije moguće predstaviti sav spektar autora i stručnih tema posljednjih pet godina. To će biti zadatak posebnog petogodišnjeg registra, koji se sačinjava i koji će docnije biti dostupan na internetu. Ipak bi manji broj uputa bio dovoljan da se učini jasnim, kako se odista uspjelo da se za saradnju na projektu NPR jedni pored drugih pridobiju etablirani autori i mlađe kolegice i kolege. Mnoga imena autora su čitaoci časopisa NPR prvi put susreli prilikom čitanja pojedinog izdanja. To stoga, jer se radilo o jednom od prvih ili čak prvoj stručnoj publikaciji određene kolegice ili određenog kolege. Veliki je krug autora iz "akademskog srednjeg sloja" odnosno iz reda naučnog podmlatka iz regiona, među kojima mnogi od njih raspoložu već dokazanim znanjima iz njemačkog i evropskog prava. U prethodnih pet godina je jedan dvocifreni broj asistenata, mladih advokata i sudija publicirao svoje priloge u časopisu NPR. Preko svakog očekivanja časopis je podržan od strane etabliranih autora iz regiona i inostranstva. One na koje se ovo odnosi molimo za izvinjenjene što je na ovom mjestu moguće samo primjera radi navesti određena imena. Tako su *prof. dr. Jutta Limbach* i *prof. dr. Andreas Voßkuhle*, dva (prošli i sadašnji) predsjednik/ca Ustavnog suda SR Njemačke, objavljivali u časopisu NPR. Među autorima prethodnih pet godina nalaze se osim toga i sudac Ustavnog suda Češke Republike (*docent dr. Vojtech Šimiček*) i direktor Max-Planck instituta za strano i međunarodno privatno pravo u Hamburgu, *prof. dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann*, i aktivni i raniji saradnici Ministarstva pravde i zaštite potrošača SR Njemačke (*prof. dr. Walter Rolland*, *dr. Rolf Wagner*). Takođe ni tadašnja ministrica pravde SR Njemačke *Sabine Leutheusser-Scharrenberger* nije propustila da u povodu 20. jubileja Fondacije IRZ da za časopis NPR ekskluzivni intervju o pitanjima međunarodne pravne saradnje.

Određeni prilozi stranih autora bili su napisani isključivo za časopis NPR, odnosno predstavljali su pisane verzije predavanja koje su ti autori održali u okviru projektnih aktivnosti Fondacije IRZ u Jugoistočnoj Evropi. Kod drugih se radilo o prijevodima priloga koji su već objavljeni u priznatim njemačkim časopisima i koji su obrađivali teme za koje su zainteresirani i čitaoci u Jugoistočnoj Evropi. Tako se pored informacija o samoj obrađenoj temi, čitaocima koji ne vladaju njemačkim jezikom, pruža uvid u raznovrsnost i kvalitet njemačkih pravničkih časopisa. Ovo je moguće zato što autori, redakcije i izdavači časopisa u kojima su ti prilozi objavljeni velikodušno daju svoju saglasnost za objavljivanje tih priloga i u časopisu NPR. Time oni daju jedan važan doprinos pravnom dijalogu između Njemačke i Jugoistočne Evrope. Stoga im se na ovom mjestu srdačno zahvaljujemo. Radi se o sljedećim časopisima i izdavačima (prema abecednom redu): Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift (EuGRZ), izdavača Dr. h.c. Norbert Paul Engel, e.K; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), izdavača *Recht und Wirtschaft GmbH*; Juristische Ausbildung (JURA), izdavača Walter de Gruyter i Neue Juristische Wochenschrift (NJW), izdavača C.H. Beck. Osim toga je izdavač Nomos dao saglasnost za publiciranje prijevoda priloga koji je objavljen u jednom prilogu sa savjetovanja koji uređuju Binder/Eichel.

Pored toga, prenos znanja između Njemačke i Jugoistočne Evrope uz posredovanje časopisa NPR nije nikakva jednosmjerna ulica. Tako je prilog o razvoju upravnog sudstva u Češkoj Republici današnjeg sudije češkog Ustavnog suda, docenta dr. Vojtecha Šimičeka, koji je prvi put objavljen u časopisu NPR 2011, u međuvremenu objavljen i na njemačkom jeziku u uglednom časopisu *Jahrbuch für Ostrecht*. Osim toga, prilozi koji se objavljuju u časopisu NPR citiraju se u njemačkim i drugim stranim časopisima. Najzad već je 2012. godine izašla prva (i ne želimo prešutjeti: pozitivna) recenzija časopisa NPR u njemačkom časopisu *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) (Jessel-Holst, ZeuP, Heft 4, 2012, str. 986–988).

O težištima evropsko i njemačko pravo

Pored prava pojedinih država regiona, težišta časopisa NPR leže na njemačkom i evropskom pravu. Značaj evropskog prava za države regiona, koje su ili nedavno postale članicom Evropske unije ili se još uvijek nalaze na putu ka EU, ne treba posebno objašnjavati. Osim možda da je taj značaj evropskog prava jedna dalja zajednička tačka država u kojima se izdaje i distribuira časopis NPR, koji gore opisani regionalni pristup još dodatno opravdava.

Zašto je treće težište časopisa njemačko pravo ne bi trebalo opširno objašnjavati kada se uzme u obzir profil organizacija koje su suizdavači časopisa NPR. Ipak, za organizacije koje su suizdavači kao i za članove Redakcije posebno je važno da se ukaže na to da se nikako ne žele zalagati za nekritički "izvoz" ili preuzimanje "jedan na jedan" njemačkog prava. Takav bi pristup, prvo, protivrječio partnerskoj saradnji između njemačkih i regionalnih partnera u okviru ovog (ali i drugih) projekta. Drugo, "tvorci" časopisa NPR su svjesni, da različiti okvirni uvjeti u Njemačkoj i državama regiona govore protiv takvih "transplantata". Ipak, isto tako su svjesni okolnosti, da sve države iz kojih potiču oni koji saraduju na časopisu NPR, pripadaju kontinentalnoevropskom pravnom krugu i da su pravni poreci tih država već otprije obilježeni jakim utjecajem njemačkog (i austrijskog) prava. Ta činjenica čini njemačko pravo u procesu pravne transformacije pogodnom "tačkom orijentacije", koje je zahvaljujući zajedničkim evropskim kulturnim obilježjima u svakom slučaju pogodnije za orijentaciju nego neki drugi pravni poreci. Osim toga postoji u njemačkom pravu bogata pravna praksa koja se odnosi na propise evropske provenijencije. Prava država regiona i Njemačke postaju sve više slična u mnogim područjima. U Njemačkoj važe norme evropskog porijekla ipak već duže, i o tome osim toga postoji u Njemačkoj bogata praksa, koja je veoma dobro dokumentirana u različitim pravničkim publikacijama.

Njemačko pravo može takođe pružiti vrijedne poticaje i u drugim područjima. To naročito biva jasno iz različitih priloga objavljenih u rubrici "Propisi i materijali". U ovoj rubrici se objavljuju propisi i drugi interesantni tekstovi u pravilu u prijevodu, uz uvodne napomene. Primjera radi, u ovoj su rubrici u prethodnim godinama objavljeni prilozi o pravničkom obrazovanju i službenom ocjenjivanju sudija u Njemačkoj. Takođe ovdje važi: ove tekstove ne treba razumijevati kao poticaj da se oni preuzmu bez prethodnog ispitivanja i izmjena. Ipak, oni mogu dati vrijedne poticaje u razmišljanju o diskusijama koje se vode u vezi s reformama vlastitih propisa. Pravo drugih država može dati poticaja i u vezi sa zadacima na kojima se u zemljama regiona još nije započelo raditi. Kao primjer za ovo može služiti prijevod Zakona o STASI dokumentaciji (STASI – Služba bezbjednosti bivše DDR – prim. red.) i jedan prilog o lustraciji u Češkoj; oba su priloga objavljena u prethodnom broju časopisa NPR.

Časopis NPR vodi računa o okolnosti da bi bavljenje Njemačkom i njemačkim pravom bilo nepotpuno ako bi se spomenule samo pozitivne strane. Jedan primjer za to je prilog koji se objavljuje u ovom izdanju o umiješanosti posebno njemačkog civilnog prava u nacionalsocijalističku nepravdu. Ovim prilogom ne žele se samo dati informacije o ovoj tamnoj fazi njemačkog prava, već takođe pokazati da je itekako moguće suočiti se s negativnim fazama svoje vlastite prošlosti, a da se pri tome ne bude smatran za onoga "ko prlja vlastito gnijezdo" ili slično. Takav samokritički pristup je upravo u oblasti pravne nauke nezamjenjiv. Najzad, u temeljne osobine koje pravnik mora posjedovati, spada mogućnost da se činjenice objektiviziraju i da se lične naklonosti i osjećaji u radu postave iza objektivnih okolnosti i pravnih zahtjeva.

O nekim drugim rubrikama

Pravo se stvara za ljude, ali ipak ga stvaraju ljudi. To je razlog zašto se u časopisu NPR redovno predstavljaju značajni pravnici. Do ovog izdanja objavljeni su prilozi isključivo o njemačkim pravnicima. Rubrika je, ipak, od samog početka bila otvorena i za čuvene pravnike iz regiona. Stoga veoma raduje da se u ovom jubilarnom izdanju prilogom o Slavici Krneti predstavlja jedna značajna pravica iz govornog područja časopisa NPR. Da bi se naglasio bilateralni pristup časopisa NPR, ovaj se prilog objavljuje zajedno s prilogom o jednom značajnom njemačkom pravniku. Stoga se na ovom mjestu pozivaju zainteresirani autori da dostave odgovarajuće priloge o značajnim pravnicima iz jugoistočnoevropskog regiona. Takođe, za izbor onoga ko će u ovom okviru biti portretiran važi jedan dodatni pristup kao i kod do sada predstavljenih njemačkih pravnika. Kod izbora se ne treba ograničiti na u širokim razmjerama čuvene pravnike kao što su Von Savigny i Feuerbach, o kojima su već objavljeni prilozi. Svjesno je opredjeljenje da se predstave takođe pravnici, koji su (čak u Njemačkoj) manje poznati. I ovdje će se izbjeći jednostrano ograničenje na naučnike. Pošto se u ovom izdanju radi o jubilarnom izdanju, za ovu rubriku izabran je Hans Litten, njemački pravnik, čija je uspomena na poseban način zaslužila da ne padne u zaborav.

Pažljivi čitatelji će primijetiti, da se u časopisu NPR u fusnotama upućuje na internetske izvore, takođe na engleskom jeziku. Osim toga postoji i posebna rubrika "Pravo na internetu", čime se želi omogućiti zainteresiranim čitateljima, koji u svojim zemljama često nemaju direktni pristup štampanim izdanjima na koja se upućuje u fusnotama, da se samostalno dodatno informiraju o obrađenim temama. Pri tome se u vezi s njemačkim pravom svjesno navode i izvori na engleskom jeziku. Najzad, bavljenje njemačkim pravom donosi rezultate i za onoga ko ne poznaje dovoljno

njemački jezik. Na osnovu opširnih uputa na lako dostupne digitalne izvore NPR bi želio da "otvara vrata" i da motivira na daljnje samostalno bavljenje predmetnim temama. Stoga se upućuje takođe i na alternativne izvore koji zastupaju suprotstavljene stavove.

Časopis NPR bi želio da bude savremeni štampani medij, koji takođe predstavlja link ka digitalnim medijima. Ova misao se nastavlja kroz uspostavljanje web-stranice časopisa NPR.

U odnosu na područja prava o kojima se publiciraju prilozi, časopis NPR nije isključivo opredijeljen, te se objavljuju prilozi iz sva tri temeljna pravna područja (javno, krivično, privatno pravo), pri čemu težište leži ipak jasno na privatnom pravu. U tome se može vidjeti potvrda da se kako autori tako i čitatelji posebno interesiraju za ovo pravno područje. Osim toga, to je i posljedica okolnosti da i evropsko i njemačko pravo primarno vrše utjecaj u regionu u oblasti privatnog prava. Nasuprot tome je, primjera radi, u području krivičnog procesnog prava, a u nekim zemljama i u oblasti prava društava, trenutno više prisutan utjecaj angloameričkog prava.

O načinu rada Redakcije

Časopis NPR uređuje od osnivanja stalni malobrojni redakcijski tim. Pri tome se radi bez izuzetka o pravnicima koji govore najmanje tri jezika; pored bosanskog, hrvatskog i/ili srpskog jezika to je njemački i naravno engleski jezik. Iz ovoga slijedi da postoji posebna svijest o jezičkim poteškoćama, koje se javljaju pri radu sa stranim pravnim porecima i na stranim jezicima i s tim povezanim prijevodima i prijevodima pravnih tekstova. Prijevodima priloga iz inostranstva se pristupa različito. Naučni prilozi koji se preuzimaju iz stranih časopisa se u pravilu prevode od strane člana redakcije kojem je blisko područje kojim se bavi dati priloga. Ako se prevodi povjere profesionalnim prevoditeljima, prijevod biva podvrgnut stručnom lektoriranju od strane jednog ili više članova redakcije.

Prijevod i lektoriranje se ubrajaju u radove u koje se investira najviše vremena prilikom izrade časopisa NPR (to uključuje takođe i prijevode sažetaka pojedinih priloga na njemački jezik). Upravo zahvaljujući višejezičnim kvalifikacijama članova Redakcije, za njih je veoma važno da čitateljima bude dostupan po mogućnosti što savršeniji prijevod. Ovo nastojanje dovodi u nekim slučajevima do toga da se u potrazi za tačnim prijevodom pojedinog pojma razmijene mnogobrojni e-mailovi i vodi više Skype razgovora ili da se čitaju obimni tematski bliski tekstovi na oba jezika kako bi se ujednačila terminologija. Kod velikog broja tema, kojima se bavi časopis NPR, ne može se isključiti da se ponekad ne izabere najbolja varijanta prijevoda. Čitatelji, koji bi imali prijedlog za poboljšanje, mole se da se tim povodom obrate Redakciji.

Zajednički rad na izdavanju jednog časopisa živi od direktnog ličnog kontakta. Članovi Redakcije ipak nemaju mogućnost da se u ravnomjernim razmacima susretnu radi dugih redakcijskih sastanaka, jer su neki među njima udaljeni i preko 2.000 km jedni od drugih. Stoga su zajedničke sjednice Redakcije rijetke, a i kada se dogode, radi se u pravilu o sastancima na marginama drugih naučnih manifestacija, nakon što su se drugi učesnici posvetili već slobodnim aktivnostima. No, čak i tim povodima se Redakcija uspije rijetko okupiti u punom sastavu. Zajedničko prisustvo se zamjenjuje često modernim pomoćnim sredstvima poput Skypea. Mnogo važnije od stalnog ličnog istovremenog prisustva je vjerovatno činjenica da svi članovi teže istim ciljevima, ili još preciznije, da su pokrenuti istom strašću. To su zajednički ciljevi, ali i predstave da ozbiljan posao može biti povezan s humorom i zadovoljstvom pri radu. Upravo zbog toga što je članovima Redakcije časopisa NPR gotovo nemoguće da se sretne na određenom stalnom mjestu okupljanja, važno je imati jednu stalnu tačku. To je Pravni fakultet u Sarajevu, u čijoj zgradi časopis NPR ima sjedište svoje redakcije. Zbog toga se na ovom mjestu zahvaljujemo Fakultetu i njegovom dekanu, prof. dr. Borislavu Petroviću.

Indikatori pozitivnog razvoja časopisa

Da je goreopisani pristup bio ispravan, pokazuje dalji razvoj časopisa. Tu spada prije svega činjenica, da su u prethodnih pet godina objavljeni mnogobrojni prilozi o pravu različitih zemalja regiona od strane autora iz čitavog niza zemalja. Pored poznatih naučnika iz regiona i zemalja van regiona, među autorima se nalaze i mnogobrojni studenti i studentice, asistenti i asistentice, advokati i advokaticе, sudije i sutkinje. Zemlje porijekla autora sežu od (u abecednom redu) Austrije, Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Češke Republike, Hrvatske, Makedonije, Njemačke, Slovenije i Srbije. Već ovaj živahni eho na strani autora, pokazuje da je časopisu NPR uspelo da popuni jednu prazninu u postojećoj pravničkoj literaturi u regionu.

Takođe je postignut cilj da se stvori interesantan časopis, koji nudi široki spektar tema posebno relevantnih za praksu. Teme koje su obrađene sežu od pitanja građanskog prava, što uključuje primjera radi i građansko procesno pravo, arbitražno pravo, pravo osiguranja, preko krivičnopravnih tema (za region naročito važno pitanje vođenja postupaka zbog počinjenih ratnih zločina), pa do javnog prava. U posljednjem spomenutom području objavljeni su prilozi o odnosu nacionalnih ustavnih sudova prema Sudu u Strazburu i o naročito važnoj temi u području distribuiranja časopisa NPR "Izgradnja upravnog sudstva". Osim toga je NPR u granicama svojih mogućnosti dao skroman doprinos da se, kroz informacije i činjenice koje se mogu provjeriti, objektiviziraju diskusije koje se vrlo živo i polemički vode u različitim zemljama regiona. U ovu kategoriju spadaju naročito različiti prilozi o latinskom notarijatu, što predstavlja temu, koju časopis konstantno prati od svog prvog izdanja 2010. godine. Najzad, obrađivane su teme o kojima se na području distribucije časopisa NPR do sada iz različitih razloga gotovo nije govorilo ili diskutiralo. U ovu kategoriju spadaju do sada neregulirana pravna pitanja prevladavanja socijalističke nepravde, na koju podsjećaju prilozi o propisima o lustraciji u bivšoj Čehoslovačkoj i dokumentacija o zakonu koji u Njemačkoj regulira pitanje dokumentacije Službe bezbjednosti u bivšoj DDR. Dalje, u ovo se ubrajaju teme o kojima se u društvima s područja bivše Jugoslavije (kao što je to bilo ranije u Njemačkoj) u javnosti obično šutjelo, kao što je zloupotreba djece kroz dječiju pornografiju i položaj žena u zatvorima.

U pogledu širokog spektra tema kojima se bavi NPR ukazuje se na to da je naročito evropsko pravo u pet godina objavljivanja uživalo veoma značajno mjesto, i to posebno kroz izvještaje koji su bez velike vremenske distance pratili aktuelni razvoj i zakonodavne projekte. Ovi prilozi imaju poseban značaj kako za države koje imaju za cilj pristupanje EU, tako i tamošnje pravnike.

Dalji indikator prihvatanja časopisa NPR je okolnost da se časopis u različitim državama regiona nudi od strane projektnih partnera Fondacije IRZ za *download* na njihovim stranicama. Ovdje bismo naročito željeli spomenuti Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine i beogradsku bazu podataka Singipedia. Prisustvo časopisa u adekvatnom stručnom okruženju takvih prominentnih partnera jako doprinosi njegovoj popularizaciji, a time i održivosti projekta. Takođe i okolnost, da se već u 2012. godini Društvo za istraživanje njemačkog prava i njegovu recepciju sa sjedištem u Srbiji pridružilo krugu izdavača, potvrđuje ispravnost izabranog regionalnog pristupa.

Pozitivna ocjena koju uživa časopis NPR potvrđena je kroz spremnost različitih veoma visoko cijenjenih pravnika iz regiona kao i iz Njemačke i Austrije da podrže njegov dalji razvoj kao članovi Izdavačkog savjeta. To su (abecednim redom) *prof. dr. Tomislav Borić*, Austrija, *prof. dr. Borislav Petrović*, Bosna i Hercegovina, *prof. dr. Tatjana Josipović*, Hrvatska, *prof. dr. Heinz-Peter Mansel*, Njemačka, *prof. dr. dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder*, Njemačka, *prof. dr. Dušan Nikolić*, Srbija.

Takođe i činjenica da je Redakcija časopisa NPR u cilju predstavljanja časopisa već dva puta bila pozvana od strane Društva bibliotekara pravnih i srodnih biblioteka Jugoistočne Evrope na njihovo godišnje stručno savjetovanje, pokazuje da se časopis odista prihvata kao važan regionalni medij.

Da časopis NPR psotaje značajan i u njemačkim naučnim krugovima, potvrđuje okolnost da baza podataka časopisa (*Zeitschriftendatenbank - ZDB*), najveća baza podataka o naslovima i mjestima nalaženja zbirnih publikacija koje izlaze u kontinuitetu na svijetu, vodi NPR u printanoj formi u različitim njemačkim bibliotekama (uporediti <http://dispatch.opac.dnb.de/DB=1.1/SET=2/TTL=1/SHW?FRST=2&PRS=HOL>), ali i da već više od trideset biblioteka u Njemačkoj u svojim katalogima upućuju na *online* izdanje časopisa u punom tekstu (uporediti <http://dispatch.opac.dnb.de/DB=1.1/SET=1/TTL=1/SHW?FRST=1&PRS=HOL>).

O distribuciji časopisa

Kako je već navedeno, časopis NPR se distribuira i u elektronskoj formi. S 1.000 izdatih primjeraka po jednom izdanju, ovaj je časopis ipak u regionu jedan od časopisa s najvećim tiražem. Kod distribuiranja časopisa uveliko je od koristi umreženost osoba i organizacija koje su involvirane u izradu ovog časopisa. To omogućava ne samo da se ciljano oslove multiplikatori i javne ustanove kao biblioteke fakulteta i pravosudnih akademija, već se tako štede znatni troškovi za distribuciju svakog novog izdanja. Jedan dio izdanja saradnici časopisa NPR predaju u sklopu naučnih kontakata u regionu kolegicama i kolegama iz susjednih zemalja, koji se onda dalje staraju za preciznu dostavu određenim bibliotekama i ciljanim osobama u njihovom okruženju. Prilikom distribucije NPR se tako kombiniraju moderne metode interneta sa starinskim metodama preko ličnih kontakata.

Srdačna zahvala svima koji su podržali projekt

Pet godina izlaženja su za jedan ovakav izdavački projekt respektabilan vremenski period. Neke publikacije, među njima i one, koje mogu posegnuti za većim resursima, nisu preživjele taj vremenski period.

Zbog toga na kraju ovog predgovora treba zahvaliti svima onima koji su omogućili ne samo da ovaj projekt ugleda svjetlo dana, već da već u šestoj godini može dokazati svoju postojanost i održivost. Na prvom je mjestu Ministarstvo vanjskih poslova SR Njemačke, koje već godinama iz sredstava njemačkog doprinosa za Pakt stabilnosti u Jugoistočnoj Evropi podržava izlazak časopisa NPR kao i druge aktivnosti Fondacije IRZ u Jugoistočnoj Evropi, te Savezno ministarstvo pravde i zaštite potrošača. Ova dva njemačka ministarstva su *condicio sine qua non*, bez kojeg ne bi bilo ovog časopisa. Stoga oni zaslužuju posebnu zahvalnost i to ne samo za finansijsku podršku, već i za interes koji saradnici ovih ministarstava redovno pokazuju za NPR. Iz postavljenih pitanja, komentara i poticaja, Redakcija je svjesna da se tamo sadržajno bavi časopisom NPR. Spremnost da se časopis podrži ide čak tako daleko, da Redakcija redovno dobiva priloge od saradnika Saveznog ministarstva pravde i zaštite potrošača. Veliki interes za ovaj časopis pokazuju takođe njemačka diplomatska predstavništva u regionu, kojima se zahvaljuje u ime cijele Redakcije.

Srdačnu zahvalu takođe dugujemo i već spomenutim članovima Izdavačkog savjeta, koji razvoj časopisa NPR konstruktivno prate.

Posebna zahvala se upućuje onima koji pišu priloge za NPR, sačinjavaju recenzije i prijevode, kao i onima koji ga čitaju. Redakcija se zahvaljuje za pola decenije interesa i raduje se već zbog sljedećih pet godina plodnog dijaloga s onima koji podržavaju časopis i njegovim čitateljima.

Pogled naprijed

Koncept časopisa NPR se potvrdio, ali to ne znači da se u budućnosti neće dalje razvijati. Jednu od novina donosi upravo ovo izdanje. S njim po prvi put izlazi jedan posebni tematski prilog uz časopis NPR. On se bavi razvojem stvarnog prava u Bosni i Hercegovini i nastao je u okviru radnog kruga njemačkih organizacija koje djeluju u BiH u okviru međunarodnog pravnog savjetovanja, a koji je inicirala Ambasada SR Njemačke. U ovom krugu je pored Fondacije IRZ djelovala i Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Ovim posebnim prilogom časopisa NPR naglašava se da u Njemačkoj postoji široki konsenzus u pogledu važnosti podrške zemljama koje su nastale disolucijom bivše SFRJ (i to ne samo) u oblasti prava. Ovo sa sigurnošću neće ostati posljednja novina redakcijskog koncepta časopisa NPR. Ovdje su srdačno dobrodošle sugestije i prilozima od strane čitalaca, kako bi se NPR, kao mlada pravna publikacija, razvijao kontinuirano i u budućnosti.

Prof. dr. Meliha Powlakić
Predsjednica
Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja
pravnika (DBHJV)

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner
Voditelj IRZ Projekta za područje
Bosna i Hercegovina, Makedonija, Crna Gora i Srbija

NOVA PRAVNA REVIIJA NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

mit der Ausgabe, die sie gegenwärtig in Händen halten, geht die *“Nova Pravna Revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo”* (Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht), kurz NPR, in das sechste Jahr ihres Erscheinens. Dieses 5. Jubiläum schlägt sich in dieser Ausgabe auch dadurch nieder, dass in diesem Vorwort ein kurzer Rückblick auf dieses halbe Jahrzehnt Entwicklung der NPR gegeben wird.

Vorgeschichte der Gründung

Die Idee zu dieser Zeitschrift entstand während vieler Gespräche zwischen den Unterzeichnern dieses Vorwortes. Diese hatten sich im Rahmen der Tätigkeit der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) bereits im Jahr 2000 kennengelernt, als die IRZ ihre Tätigkeit in Südosteuropa aufnahm. Finanziert wird diese seither insbesondere durch Mittel des Auswärtigen Amtes aus dem deutschen Beitrag zum Stabilitätspakt für Südosteuropa, aber auch des deutschen Ministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Außerdem führt man in der Region regelmäßig EU-Projekte (IPA und Twinning) durch. Im Rahmen der bilateralen Tätigkeit entwickelte sich eine fruchtbare Zusammenarbeit mit der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung e.V. (DBHJV), die wiederum im Umfeld der regelmäßigen Veranstaltungen der IRZ in Bosnien und Herzegowina mit starker Unterstützung der deutschen Botschaft gegründet worden war. Diese Veranstaltungen hatten sich nämlich sehr schnell zu einem Forum des deutsch-bosnisch-herzegowinischen juristischen Austausches entwickelt, so dass die Gründung einer solchen Vereinigung irgendwann fast zwangsläufig in der Luft lag. Sowohl bei den gemeinsamen Veranstaltungen der IRZ und der DBHJV wie auch bei solchen, die von beiden Vereinigungen alleine durchgeführten wurden, stellte man bald fest, dass die dort gehaltenen Vorträge auch über den Kreis der jeweiligen Teilnehmer hinaus von größtem Interesse sind. Ein Mittel, den Adressatenkreis erheblich zu vergrößern, ja sogar zu vervielfachen, sind Publikationen. Solche sind in besonderer Weise nachhaltig, wenn sie als Zeitschriften regelmäßig erscheinen. Für die Gründung einer gemeinsamen Zeitschrift sprachen aber auch noch andere Argumente. Zum einen gibt es in Südosteuropa generell zu wenige juristische Zeitschriften. Dies insbesondere, wenn man bedenkt, dass in den dortigen Staaten das Recht derzeit einem erheblichen Wandel unterworfen ist und deshalb dringend Informationsquellen zu neuen nationalen Vorschriften, aber auch Tendenzen und Einflüssen des Europarechts benötigt werden.

Das Konzept: Mischung aus Wissenschaft und aktuelle Informationen

Ziel war es, eine Zeitschrift ins Leben zu rufen, die nicht nur wissenschaftlichen Ansprüchen genügt, sondern auch für Praktiker verwertbare, aktuelle Informationen in kurz gefasster Form mit Hinweisen auf weitere Informationsquellen enthält. Diesem Zweck dienen die Rubriken *“Aktuelles aus dem Recht der Region”*, *“Aktuelles aus dem EU-Recht”*, *“Aktuelles aus dem deutschen Recht”* und *“Recht im Internet”*. Diese werden von den Redaktionsmitgliedern verfasst. Bei ihnen handelte es sich durchwegs um mindestens dreisprachige Juristen, die sämtliche entweder die bosnische, kroatische oder serbische und die deutsche Sprache beherrschen, und auch jeweils Teile ihrer Aus- und Fortbildung in diesen Sprachräumen absolviert haben. (Die Jubiläumsausgabe und die aus Anlass des Jubiläums erstmals erscheinende Sonderbeilage sollen auch dazu genutzt werden, die sonst eher im Hintergrund tätigen Redaktionsmitglieder und ihre rechtlichen Interessengebiete durch wissenschaftliche Aufsätze von diesen näher vorzustellen.)

Bei der Ausarbeitung des Konzepts ließ man sich in vielfältiger Weise von erfolgreichen deutschen Zeitschriften inspirieren. Für die Rubrik *“Vorschriften und Materialien”* zum Beispiel stand eine ähnlich konzipierte Rubrik der *“Zeitschrift für Wirtschaft und Recht und Südosteuropa”* Pate. Für deutschen Lesern muss man darauf hinweisen, dass auch das Format, in

dem die NPR erscheint in ihrem Verbreitungsgebiet ungewöhnlich ist, da man dort meist kleinere Formate bevorzugt. Mit dem gewählten DIN A4-Format soll also auch optisch die Orientierung am deutschen Recht und der dortigen juristischen Medienlandschaft deutlich werden.

Nachwuchsförderung als besonderer Schwerpunkt

Sowohl die IRZ wie die DBHJV halten die Förderung des juristischen Nachwuchses für entscheidend für den Erfolg der Rechtstransformation. Zeitschriften können den juristischen Nachwuchs in zweierlei Hinsicht unterstützen: Zum einen stellen sie eine gute Informationsquelle gerade zu aktuellen Themen dar. Zum anderen bietet die Mitarbeit an juristischen Zeitschriften gerade jungen Kolleginnen und Kollegen verschiedene Vorteile. Zum einen schulen sie dadurch ihre eigenen Fähigkeiten im Bereich des wissenschaftlichen Arbeitens. Zum anderen sind im wissenschaftlichen Betrieb eigene Veröffentlichungen eine Voraussetzung für das berufliche Fortkommen. Aus diesen Gründen wurde bei den ersten, noch unverbindlichen Gesprächen über das Konzept einer möglichen neuen Zeitschrift sehr schnell deutlich, dass die zukünftige Zeitschrift kein "closed shop" für bereits etablierte Autoren sein sollte, sondern gerade Nachwuchsautoren die Möglichkeit bieten sollte, erste fachpublizistische Erfahrungen zu sammeln. Jüngere Autoren veröffentlichten bislang in der NPR wissenschaftliche Aufsätze, aber auch eine ganze Vielzahl von Veranstaltungsberichten und Literaturbesprechungen. Für besonders qualitative Arbeiten von Studenten, die in keine der vorgenannten Kategorien passen, wurde zudem die Rubrik "Studentische Arbeiten" eingerichtet. Nicht nur dadurch werden junge Juristen durch "training-on-the-job" an die redaktionelle Tätigkeit im Wissenschaftsbereich (also an etwas, das nur selten gelehrt wird) herangeführt. So werden zum Beispiel für die Übersetzung einfacher Texte (die anschließend von den Redaktionsmitgliedern fachlektoriert werden) mehrsprachige Jura-Studenten aus der Region herangezogen. Dies nicht selten als "Gegenleistung" für die Teilnahme an von der IRZ organisierten Weiterbildungsmaßnahmen, wie das Begleitstudium im deutschen Recht an der Juristischen Fakultät in Sarajevo, die multilaterale IRZ-Sommerschule im deutschen Rechts in Brühl und Rechtsterminologiekurse, die in Bonn von der IRZ zusammen mit dem Goethe-Institut durchgeführt werden. Diese Herausforderung wird von den Studenten gerne angenommen, weil sie durch solche Aufgaben in hervorragender Weise für die Besonderheiten der juristischen Terminologie und juristischer Übersetzungen sensibilisiert werden. Die NPR trägt also auch dazu bei, zukünftige Berufsträger durch (Heraus)forderungen zu fördern.

Ausdrücklich nicht gewünscht war jedoch eine ausschließlich auf Nachwuchsjuristen als Leser und/oder Autoren ausgerichtete Publikation. Deshalb nimmt die Zusammenarbeit mit etablierten Autoren innerhalb der NPR einen ebenso großen Raum wie die Förderung des Nachwuchses ein. Durch das Nebeneinander jüngerer und etablierter Autoren soll auch deutlich gemacht werden, dass in der juristischen Diskussion nicht der Name oder der akademische Abschluss das wichtigste ist, sondern allein die Stärke der vorgetragenen Argumente und die Qualität, mit der diese zu Papier gebracht werden, zählt.

Positive anonyme Rezensionen

Dies ist der Grund, warum (mit Ausnahme der Zweitveröffentlichung von bereits in anderen Sprachen in anerkannten Publikationen erschienenen Aufsätzen) wissenschaftliche Aufsätze sowohl von jungen wie etablierten Autoren erst dann Aufnahme in die NPR finden, wenn zwei positive anonyme Rezensionen vorliegen. (Diesem Erfordernis unterwerfen sich auch die Redaktionsmitglieder stets wenn sie Aufsätze in der NPR veröffentlichen.) Von vereinzelt Fällen abgesehen, sehen die Autoren diese Hürde als positiv an und setzen etwaige Auflagen der Rezensenten, die der Steigerung der Qualität dienen, gerne um.

Regionaler Ansatz bringt Synergie-Effekte

Dies waren die grundlegenden Überlegungen, auf deren Grundlage das weitere Konzept für die Zeitschrift entwickelt wurde. Hierbei waren sich alle Beteiligten von vornherein darüber einig, dass die Zeitschrift nicht nur ein nationales Recht zum Gegenstand haben sollte. Hierfür gibt es eine Vielzahl von Gründen. Zum einen ist eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit ganz im Sinne des Stabilitätspaktes, aus dessen Umfeld die Mittel für diese Zeitschrift kommen. Zum anderen kommen die Staaten der Region aus derselben Rechtstradition und stehen gegenwärtig vor ähnlichen Problemen. Von daher würde eine auf ein nationales Recht beschränkte Sichtweise zu kurz greifen und auf der Hand liegende Synergie-Effekte ungenutzt lassen. Deshalb entschied man sich dafür, einen Schwerpunkt der Zeitschrift auf das Recht der Nachfolgestaaten Jugoslawiens, hierbei insbesondere (aber nicht ausschließlich) auf diejenigen, die zum bosnisch-kroatisch-serbischen Sprachraum gehören, zu legen.

Grenzüberschreitende Leserschaft/ junge und prominente Autoren nebeneinander

Ziel der Zeitschrift war und ist es weiterhin, Juristen jeglichen Alters verschiedenster Berufsgruppen anzusprechen und als Autoren zu gewinnen. Da nicht alle Juristen über Fremdsprachenkenntnisse in einem Maße, das für die Kommunikation über anspruchsvolle juristische Themen erforderlich ist, verfügen, wurde bewusst auf die Herausgabe einer deutschen oder englischsprachigen Zeitschrift verzichtet. Da auch in den Nachbarländern viele Juristen das Bosnisch-Kroatisch-Serbische hervorragend beherrschen, werden auch diese erreicht. Dies belegen nicht zuletzt die Beiträge mazedonischer und slowenischer Autoren zur NPR.

An dieser Stelle kann nicht das gesamte Spektrum an Autoren und Fachthemen der letzten fünf Jahre dargestellt werden. Dies bleibt einem Fünf-Jahresregister vorbehalten, das derzeit erstellt und später auch im Internet zugänglich gemacht werden wird. Dennoch dürften wenige Hinweise genügen, um deutlich zu machen, dass es gelungen ist, tatsächlich ein Miteinander von etablierten Autoren und jüngeren Kolleginnen und Kollegen für die Mitarbeit an der NPR zu gewinnen. Vielen Namen von Autoren sind die Leser der NPR das erste Mal bei der Lektüre der jeweiligen Ausgabe begegnet. Dies deshalb, da es sich bei den betreffenden Beiträgen um eine der ersten, wenn nicht sogar um die erste Fachpublikation der entsprechenden Kolleginnen und Kollegen handelte. Groß ist auch der Kreis der Autoren aus dem "akademischen Mittelbau", also von Nachwuchswissenschaftlern aus der Region, viele davon auch mit ausgewiesener Expertise im deutschen und europäischen Recht. In den vergangenen fünf Jahren hat eine zweistellige Anzahl von Studenten, Referendaren, Assistenten, jungen Rechtsanwälten und Richtern Beiträge in der NPR publiziert. Über jede Erwartung hinaus hat sich die Unterstützung der NPR durch etablierte Autoren aus der Region und dem Ausland entwickelt. Die Betroffenen mögen es verzeihen, wenn auch hier nur eine beispielhafte Nennung von Namen erfolgen kann. So haben mit *Prof. Dr. Jutta Limbach* und *Prof. Dr. Andreas Voßkuhle* gleich zwei (ehemalige bzw. amtierende) Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts in der NPR publiziert. Darüber hinaus finden sich auch ein Richter des tschechischen Verfassungsgerichts (*Dozent Dr. Vojtech Šimiček*) und der Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann* sowie aktive und ehemalige Mitarbeiter des Deutschen Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (*Prof. Dr. Walter Rolland, Dr. Rolf Wagner*) unter den Autoren der letzten fünf Jahre. Auch ließ es sich die damalige Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Scharrenberger* nicht nehmen der NPR aus Anlass des 20. Jubiläums der IRZ ein Exklusivinterview zu Fragen der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit zu geben.

Einige der Beiträge ausländischer Autoren wurden extra für die NPR geschrieben bzw. stellten schriftliche Fassungen von Vorträgen dar, die die Autoren im Rahmen der Projektstätigkeit der IRZ in Südosteuropa gehalten hatten. Bei anderen handelt es sich dagegen um Übersetzungen von Beiträgen, die bereits in anerkannten deutschen Zeitschriften erschienen sind, und Themen behandeln, die auch für die Leser in Südosteuropa von Interesse sind. Über die Informationen zum eigentlichen Thema hinaus wird so auch Lesern, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, ein Einblick in die Vielfalt und Qualität der deutschen juristischen Zeitschriftenlandschaft vermittelt. Dies ist nur möglich, da die Autoren, Redaktionen und Verlage der Zeitschriften, in denen diese Beiträge erstveröffentlicht wurden, großzügigerweise Abdruckgenehmigungen erteilten. Sie leisten damit einen wichtigen Beitrag zum rechtlichen Dialog zwischen Deutschland und Südosteuropa. Deshalb sei Ihnen an dieser Stelle sehr herzlich gedankt. Es handelt sich im einzelnen um folgende Zeitschriften und Verlage (in alphabetischer Reihenfolge der Zeitschriftentiteln): Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift EuGRZ, Verlag: Dr. h.c. Norbert Paul Engel, e.K; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Verlag Recht und Wirtschaft GmbH; Juristische Ausbildung (JURA), Verlag Walter de Gruyter und Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Verlag C.H. Beck. Außerdem erteilte der Nomos-Verlag die Genehmigung, einen, in einem von Binder/Eichel herausgegebenen Tagungsband erschienenen Aufsatz in Übersetzung abzudrucken.

Übrigens ist der Wissenstransfer zwischen Deutschland und Südosteuropa unter Beteiligung der NPR keine Einbahnstraße. So erscheint der Beitrag zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik des heutigen tschechischen Verfassungsrichters Dozent Dr. Vojtech Šimiček, der im Jahre 2011 in der NPR erstveröffentlicht wurde, zwischenzeitlich auch in deutscher Sprache im angesehenen Jahrbuch für Ostrecht. Darüber hinaus wurden und werden Beiträge, die in der NPR erschienen sind, in deutschen und anderen ausländischen wissenschaftlichen Veröffentlichungen zitiert. Schließlich erschien bereits im Jahre 2012 eine ausführliche (und, auch das wollen wir nicht verschweigen: positive) Rezension der NPR in der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP) (Jessel-Holst, aaO, S. 986-988).

Zu den Schwerpunkten europäisches und deutsches Recht

Neben den nationalen Rechten der Region liegen die Schwerpunkte der NPR auf dem deutschen und dem europäischen Recht. Die Bedeutung des europäischen Rechts für die Staaten der Region, die entweder vor noch nicht langer Zeit Mitgliedsstaat der Europäischen Union geworden sind, oder sich noch auf dem Weg in die EU befinden, bedarf wohl keiner

besonderen Ausführungen. Außer vielleicht, dass diese Bedeutung des europäischen Rechts eine weitere Gemeinsamkeit der Staaten des Verbreitungsgebiets der NPR ist, die den eben beschriebenen regionalen Ansatz der Zeitschrift noch zusätzlich rechtfertigt.

In Anbetracht des Profils der Organisationen, die Mitherausgeber der NPR sind, könnte man die Ausführungen zum dritten Schwerpunkt der NPR, dem deutschen Recht, eigentlich kurz halten. Jedoch ist es den herausgebenden Organisationen und den Redaktionsmitgliedern ein besonderes Bedürfnis, darauf hinzuweisen, dass keinesfalls einem unkritischen "Export" oder einer "Eins-zu-Eins-Übernahme" des deutschen Rechtes das Wort geredet werden soll. Ein solcher Ansatz würde zum einen der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den deutschen und den regionalen Partnern im Rahmen dieses (und anderer) Projekte widersprechen. Zum anderen sind sich die "Macher" der NPR nur zu bewusst, dass die unterschiedlichen Rahmenbedingungen in Deutschland und den Staaten der Region gegen solche "Transplantate" sprechen. Ebenso bewusst sind sie sich jedoch des Umstandes, dass alle Heimatländer derjenigen, die an der NPR mitarbeiten, zum kontinentaleuropäischen Rechtskreis gehören und dass diese Rechtsordnungen von jeher stark vom deutschen (und österreichischen) Recht geprägt sind. Dies macht das deutsche Recht bei der Rechtstransformation zu einem geeigneten "Orientierungsrecht", das auch aufgrund der gemeinsamen europäischen kulturellen Prägungen alle Male geeigneter ist als andere Rechtsordnungen. Darüber hinaus besteht im deutschen Recht eine reiche Rechtspraxis bezüglich von Vorschriften mit europarechtlichem Hintergrund. In vielen Bereichen wird sich das Recht der Staaten der Region und dasjenige Deutschlands zunehmend ähnlicher. In Deutschland gelten Bestimmungen, die einen "europäischen Hintergrund" haben, schon länger. Deshalb besteht in Deutschlands eine reichhaltige Praxis, die auch in juristischen Publikationen unterschiedlichster Art sehr gut dokumentiert ist.

Das deutsche Recht kann aber auch in anderen Bereichen wertvolle Anregungen liefern. Dies wird insbesondere an verschiedenen, in der Rubrik "Vorschriften und Materialien" erschienen Beiträgen deutlich. In dieser Rubrik werden jeweils Rechtsvorschriften und andere interessante Texte, meist in Übersetzung, mit einführenden Erläuterungen veröffentlicht. Hier erschienen in den abgelaufenen Jahren beispielsweise Beiträge zur Juristenausbildung und zur dienstlichen Beurteilung von Richtern in Deutschland. Auch hier gilt: Diese Texte verstehen sich nicht als Aufforderung zur ungeprüften und unveränderten Übernahme. Sie können jedoch wertvolle Denkanstöße für die diesbezüglichen Diskussionen und Reformen im eigenen Recht liefern. Das Recht anderer Staaten kann darüber hinaus auch an Aufgaben, die in vielen Staaten der Region noch nicht in Angriff genommen wurden, erinnern. Ein Beispiel hierfür ist die kommentierte Übersetzung des Stasi-Unterlagen-Gesetzes und ein Aufsatz zur Lustration in Tschechien, die beide in der vorhergehenden Ausgabe der NPR erschienen.

Die NPR trägt jedoch auch dem Umstand Rechnung, dass eine Beschäftigung mit Deutschland und dem deutschen Recht unvollständig wäre, wenn nur die positiven Seiten erwähnt würden. Ein Beispiel hierfür ist der Beitrag über die Verstrickungen insbesondere des deutschen Zivilrechts in das nationalsozialistische Unrecht in dieser Ausgabe. Dieser möchte nicht nur Informationen über diese dunkle Phase des deutschen Rechts vermitteln, sondern auch zeigen, dass es durchaus möglich ist, sich auch mit negativen Phasen der jeweils eigenen Geschichte auseinander zu setzen, ohne deshalb als "Nestbeschmutzer" oder ähnliches zu gelten. Ein solcher selbstkritischer Ansatz ist vielmehr gerade im Bereich der Rechtswissenschaft unverzichtbar. Schließlich gehört es zu einer der grundlegenden Fähigkeiten, die ein Jurist besitzen muss, Sachverhalte zu verobjektivieren und persönliche Vorlieben und Empfindungen bei der Arbeit hinter den objektiven Gegebenheiten und den rechtlichen Erfordernissen hintanstellen zu lassen.

Zu einzelnen weiteren Rubriken

Recht wird für Menschen gemacht, es wird jedoch auch von Menschen gemacht. Dies ist der Grund, warum in der NPR regelmäßig auch bedeutende Juristen vorgestellt werden. Bis zu dieser Ausgabe handelte es sich dabei ausschließlich um deutsche Juristen. Die Rubrik steht jedoch von jeher auch für Beiträge über Juristen aus der Region offen. Umso erfreulicher ist es, dass in dieser Jubiläumsausgabe mit Slavica Krneta erstmals eine bedeutende Juristin aus dem sprachlichen Zielgebiet der NPR vorgestellt wird. Um den bilateralen Ansatz der NPR zu betonen, erscheint dieser Beitrag zusammen mit einem weiteren über einen bedeutenden deutschen Juristen. Gleichzeitig werden interessierte Autoren an dieser Stelle nachdrücklich zur Einreichung entsprechender Manuskripte über bedeutende Juristen aus der südosteuropäischen Region aufgefordert. Auch für die Auswahl der in diesem Rahmen porträtierten gilt, wie bei den bisher vorgestellten deutschen Juristen ein weiter Ansatz. Bei deren Auswahl beschränkt man sich nicht nur auf weithin bekannte Juristen wie Savigny und Feuerbach, sondern es werden vielmehr bewusst auch Juristen vorgestellt, die (auch in Deutschland) zu wenig bekannt sind. Auch hier wird eine einseitige Beschränkung auf Wissenschaftler vermieden. Da es sich bei der vorliegenden Ausgabe um die Jubiläumsausgabe handelt, wurde für diese Rubrik mit Hans Litten ein deutscher Jurist gewählt, dessen Andenken es in besonderer Weise verdient, nicht in Vergessenheit zu geraten.

Aufmerksamen Lesern wird auffallen, dass in der NPR in den Fußnoten auch auf Quellen im Internet, auch in englischer Sprache, verwiesen wird. Darüber hinaus gibt es eine eigene Rubrik "Recht im Internet". Dadurch soll es interessierten Lesern, die in ihren Heimatländern häufig keinen direkten Zugang zu den in den Fußnoten genannten gedruckten Veröffentlichungen haben, ermöglicht werden, sich eigenständig weiter über die betreffenden Themen zu informieren. Dabei werden auch im Zusammenhang mit dem deutschen Recht bewusst auch Quellen in englischer Sprache angegeben. Schließlich ist die Beschäftigung im deutschen Recht auch dann gewinnbringend, wenn man nicht der deutschen Sprache mächtig ist. Durch die ausführlichen Hinweise auf leicht erreichbare digitale Quellen möchte die NPR "Türöffner" sein und zur weiteren eigenständigen Beschäftigung mit den jeweiligen Themen einladen. Deshalb wird dabei durchaus auch auf alternative Quellen verwiesen, die mitunter gegensätzliche Auffassungen vertreten.

Die NPR möchte ein zeitgemäßes Printmedium sein, das auch einen Link zu digitalen Medien herstellt. Dieser Gedanke wird durch die gegenwärtig erfolgende Einrichtung einer eigenen Website der NPR fortgesetzt.

Bezüglich der Rechtsgebiete, die behandelt werden, ist die NPR nicht festgelegt. Dementsprechend finden sich Beiträge aus allen drei Rechtsgebieten. Der Schwerpunkt liegt jedoch eindeutig beim bürgerlichen Recht. Dies wird man als Beleg dafür ansehen können, dass sowohl die Autoren wie die Leser ein besonderes Interesse an diesem Rechtsgebiet haben. Es ist jedoch auch eine Folge des Umstandes, dass sowohl das europäische wie das deutsche Recht primär über das bürgerliche Recht in die Rechte der Region hineinwirken. Demgegenüber ist beispielsweise im Bereich des Strafprozessrechts, in manchen Staaten auch im Bereich des Gesellschaftsrechts gegenwärtig der Einfluss des angloamerikanischen Recht stärker.

Zur Arbeitsweise der Redaktion

Die NPR wird seit ihrer Gründung von einem kleinen, konstanten Redaktionsteam bearbeitet. Dabei handelt es sich ausnahmslos um mindestens dreisprachige Juristen, die Bosnisch, Kroatisch und/oder Serbisch sowie Deutsch (und natürlich auch Englisch) beherrschen. Dies führt dazu, dass man sich der sprachlichen Schwierigkeiten, die sich bei Arbeiten über Rechte in fremden Sprachen und bei juristischen Übersetzungen stellen, in besonderer Weise bewusst ist. Bei der Übersetzung von Beiträgen aus dem Ausland geht man unterschiedlich vor. Die wissenschaftlichen Beiträge, die aus ausländischen Zeitschriften übernommen werden, werden meist von einem Redaktionsmitglied übersetzt, das auch in dem Bereich, der behandelt wird, firm ist. Wenn Übersetzungen an Fachdolmetscher vergeben werden, erfolgt ein intensives Fachlektorat durch ein oder mehrere Redaktionsmitglieder.

Die Übersetzungen und das Lektorat zählen mit zu den zeitaufwändigsten Arbeiten bei der Erstellung der NPR. (Dies schließt auch die Übersetzungen der Zusammenfassungen der Beiträge in das Deutsche mit ein.) Gerade wegen der mehrsprachlichen Qualifikation der Redaktionsmitglieder ist es für diese eine Herzensangelegenheit, den Lesern eine möglichst perfekte Übersetzung zu liefern. In manchen Fällen führt dieser Ehrgeiz dazu, dass auf der Suche nach der zutreffenden Übersetzung eines bestimmten Begriffes zahlreiche E-Mails geschrieben und etliche Skype-Gespräche geführt oder umfangreich thematisch einschlägige Texte in beiden Sprachen gelesen werden, um die Terminologie abzugleichen. Bei der Fülle der in der NPR behandelten Themen ist es jedoch nicht auszuschließen, dass mitunter nicht die allerbeste Übersetzungsvariante gewählt wurde. Leser, die diesbezügliche Verbesserungsvorschläge haben, werden deshalb gebeten, sich an die Redaktion zu wenden.

Die gemeinsame Arbeit an einer Zeitschrift lebt vom direkten persönlichen Kontakt. Die Redaktionsmitglieder der NPR haben jedoch kaum die Möglichkeit, sich in regelmäßigen Abständen zu endlosen Redaktionssitzungen zu treffen, da die Entfernung zwischen einzelnen von ihnen sich auf fast 2000 km beläuft. Gemeinsame Redaktionssitzungen sind also selten. Und wenn sie statt finden, dann meist am Rande wissenschaftlicher Veranstaltungen, während sich die sonstigen Teilnehmer schon Freizeitaktivitäten widmen. Und selbst bei solchen Gelegenheiten ist die Redaktion nur in ganz seltenen Ausnahmefällen komplett. Die gemeinsame Präsenz wird deshalb häufig durch moderne Hilfsmittel wie Skype ersetzt. Viel wichtiger als die ständige gleichzeitige Präsenz ist aber vermutlich, dass alle Beteiligten von den selben Zielen, ja man möchte sagen von derselben Leidenschaft, angetrieben werden. Diese sind gemeinsame juristische Zielvorstellungen, aber auch die feste Überzeugung, dass ernsthafte Arbeit durchaus mit Humor und Spaß an der Arbeit verbunden werden können. Gerade weil die Redaktionsmitglieder der NPR eigentlich kaum die Möglichkeit haben, sich an einem festen gemeinsamen Ort zu treffen, ist es wichtig, einen Fixpunkt zu haben. Dieser ist die Juristische Fakultät in Sarajevo, in deren Gebäude die NPR ihren Redaktionssitz hat. Dafür sollen diese Stelle der Fakultät und ihrem Dekan Professor Dr. Borislav Petrović herzlich gedankt werden.

Indikatoren für die positive Entwicklung der Zeitschrift

Dass der oben beschriebene Ansatz richtig war, zeigt die weitere Entwicklung der Zeitschrift. Dazu gehört insbesondere, dass in den vergangenen fünf Jahren eine Vielzahl von Beiträgen zum Recht der verschiedensten Staaten der Region von Autoren aus einer ganzen Reihe von Ländern veröffentlicht werden konnte. Neben etablierten Wissenschaftlern aus dem In- und Ausland finden sich unter den Autoren erfreulich viele Studenten und Studentinnen, Assistenten und Assistentinnen, Rechtsanwälte sowie Richterinnen und Richter. Die Herkunftsländer der Autoren reichen von (in alphabetischer Reihenfolge) Bosnien und Herzegowina, Deutschland, Kroatien, Mazedonien, Montenegro, Österreich, Serbien und Slowenien bis hin zur Tschechischen Republik sowie Ungarn. Bereits dieses lebhaftes Echo auf der Autorensseite zeigt, dass es der NPR gelungen ist, eine Lücke in der bestehenden juristischen Literatur der Region zu schließen.

Auch das Ziel, eine interessante Zeitschrift, die ein weites, insbesondere praxisrelevantes Spektrum abdeckt, zu schaffen, wurde erreicht. Die behandelten Themen reichen von Fragen des Zivilrechts, einschließlich beispielsweise des Zivilprozessrechts, der Schiedsgerichtsbarkeit und des Versicherungsrechts hin zu strafrechtlichen Themen (insbesondere der, für die Region äußerst wichtigen Ahndung von Kriegsverbrechen) und zum öffentlichen Recht. Im letztgenannten Bereich erschienen beispielsweise Beiträge zum Verhältnis der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeiten zum Straßburger Gericht und zu dem, im Verbreitungsgebiet der NPR ebenfalls äußerst wichtigen Thema "Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit". Außerdem leistete die NPR im Rahmen ihrer Möglichkeiten einen bescheidenen Beitrag dazu, durch Informationen und nachprüfbar Fakten in verschiedenen Staaten der Region teilweise sehr heftig und polemisch geführte Diskussionen zu versachlichen. In diese Kategorie gehören insbesondere die verschiedenen Beiträge zum lateinischen Notariat, ein Thema, das die Zeitschrift seit der ersten Ausgabe im Jahre 2010 ständig begleitet. Schließlich wurden auch Themen, die im Verbreitungsgebiet der NPR aus unterschiedlichsten Gründen bisher kaum angesprochen und diskutiert werden, behandelt. In diese Kategorie gehören zum einen bislang ungelöste Rechtsfragen bezüglich der Aufarbeitung sozialistischer Unrechts, an die mit Beiträgen zum Lustrationsgesetz in der damaligen Tschechoslowakei und einer Dokumentation zum deutschen Stasi-Unterlagen-Gesetz erinnert wurde. Zum anderen gehören dazu Themen, die in den Gesellschaften auf dem Gebiet des früheren Jugoslawiens (wie auch früher in Deutschland) in der öffentlichen Wahrnehmung meist totgeschwiegen werden, wie der Missbrauch von Kindern durch Kinderpornografie, und die Situation von Frauen im Strafvollzug.

Zur thematischen Bandbreite der NPR sei noch darauf hingewiesen, dass insbesondere das Europarecht in den fünf Jahren, in denen die NPR erscheint, einen hohen Stellenwert genoss. Dies insbesondere auch durch zeitnahe Berichte über aktuelle Rechtsentwicklungen und Rechtssetzungsvorhaben, die auch für Staaten, die den Beitritt zur EU erst anstreben, und die dortigen Juristen von besonderer Bedeutung sind.

Weiterer Indikator für die Akzeptanz der NPR ist der Umstand, dass die Zeitschrift von Projektpartnern der IRZ in verschiedenen Staaten der Region auf ihren eigenen Internetseiten zum Download angeboten wird. Insbesondere möchten wir hier den Hohen Richter- und Staatsanwaltsrat Bosnien und Herzegowinas und die Belgrader Datenbank Singipedia zu nennen. Die Präsenz der Zeitschrift im adäquaten fachlichen Umfeld solch prominenter Partner trägt erheblich zur Verbreitung und damit zur Nachhaltigkeit des Projekts bei. Auch der Umstand, dass sich bereits im Jahre 2012 die Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts und seiner Rezeption mit Sitz in Serbien dem Kreis der Herausgeber anschloss, bestätigt die Richtigkeit des gewählten regionalen Ansatzes.

Die Wertschätzung, die die NPR genießt, wird auch durch die Bereitschaft verschiedenster hoch angesehener Juristen aus der Region sowie aus Deutschland und Österreich, durch eine Funktion im Herausgeberbeirat der Zeitschrift deren weitere Entwicklung zu unterstützen, belegt. Dies sind (in alphabetischer Reihenfolge) *Prof. Dr. Tomislav Borić*, Österreich, *Prof. Dr. Tatjana Josipović*, Kroatien, *Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel*, Deutschland, *Prof. Dr. Dušan Nikolić*, Serbien, *Prof. Dr. Borislav Petrović*, Bosnien und Herzegowina, und *Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder*, Deutschland.

Auch der Umstand, dass die Redaktion der NPR bereits zweimal von der Vereinigung der Bibliothekare der juristischen und artverwandten Bibliotheken Südosteuropas (*Društva bibliotekara pravnih i srodnih biblioteka Jugoistočne Evrope*) zu deren jährlicher Fachtagung eingeladen wurde, um die Zeitschrift vorzustellen, zeigt, dass man tatsächlich als wichtiges regionales Medium wahrgenommen wird.

Dass die NPR auch in deutschen wissenschaftlichen Kreisen Beachtung findet, belegt der Umstand, dass ausweislich der Zeitschriftendatenbank (ZDB), der weltweit größte Datenbank für Titel- und Besitznachweise fortlaufender Sammelwerke, nicht nur die Druckausgabe der NPR in verschiedenen deutschen Bibliotheken geführt wird (vgl. <http://dispatch.opac.dnb.de/DB=1.1/SET=2/TTL=1/SHW?FRST=2&PRS=HOL>), sondern auch mehr als dreißig Bibliotheken in Deutschland

in ihren Katalogen auf die Online-Ausgabe im Volltext verweisen (vgl. dazu im Einzelnen <http://dispatch.opac.dnb.de/DB=1.1/SET=1/TTL=1/SHW?FRST=1&PRS=HOL>).

Zur Verbreitung der Zeitschrift

Wie bereits erwähnt, wird die NPR unter anderem in elektronischer Form vertrieben. Mit einer Druckauflage von 1000 Exemplaren ist die NPR jedoch auch eine der auflagenstärksten Zeitschriften in der Region. Bei der Verbreitung der Zeitschrift profitiert man von der Vernetzung der Personen und Organisationen, die an der Zeitschrift beteiligt sind. Diese erlaubt es nicht nur, Multiplikatoren und öffentliche Einrichtungen wie Bibliotheken, Fakultäten und Richterakademien, gezielt anzusprechen, sondern sie spart auch bei der Distribution der jeweils neuen Ausgabe erheblichen Kosten. Ein Teil der Auflage wird nämlich bei wissenschaftlichen Kontakten in der Region von Mitarbeitern der NPR-Kolleginnen und -Kollegen aus Nachbarländern persönlich übergeben, die dann wiederum für die punktgenaue Weiterleitung an Bibliotheken und Einzelpersonen in ihrem Umfeld sorgen. Bei der Distribution kombiniert die NPR also die modernen Methoden des Internets mit der althergebrachten Methode über persönliche Kontakte.

Herzlicher Dank an alle Unterstützer

Fünf Jahre sind für eine solches Publikationsprojekt ein respektablem Zeitraum. Manche Publikationen, auch solche, die auf größere Ressourcen zurückgreifen konnten, haben diesen Zeitraum nicht überlebt.

Deshalb gilt es am Ende dieses Vorwortes all jenen zu danken, die es ermöglicht haben, dass dieses Projekt nicht nur das Licht der Welt erblicken konnte, sondern nun bereits im sechsten Jahr seine Nachhaltigkeit unter Beweis stellen kann. Dies sind an erster Stelle das Auswärtige Amt, das das Erscheinen der NPR, wie auch die sonstige Tätigkeit der IRZ in Südosteuropa, seit Jahren mit Mitteln aus dem deutschen Beitrag zum Stabilitätspakt für Südosteuropa unterstützt und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Diese beiden deutschen Ministerien sind die "*conditio sine qua non*", ohne die es die NPR nicht geben würde. Deshalb gilt ihnen unser besonderer Dank. Dies nicht nur für die finanzielle Unterstützung, sondern auch für das Interesse, das die Mitarbeiter dieser Ministerien regelmäßig an der NPR zeigen. Aus Rückfragen, Kommentaren und Anregungen weiß die Redaktion, dass man sich dort auch inhaltlich mit der NPR auseinandersetzt. Die Bereitschaft, die Zeitschrift zu fördern, geht sogar so weit, dass der Redaktion aus dem BMJV regelmäßig Beiträge aus der eigenen Feder von Ministeriumsmitarbeitern angeboten werden. Reges Interesse an der NPR zeigen auch die deutschen Botschaften in der Region. Auch ihnen sei im Namen der gesamten Redaktion herzlich gedankt.

Weiter gilt herzlicher Dank den oben bereits erwähnten Mitgliedern des Herausgeberrates, die die Entwicklung der NPR konstruktiv begleiten.

Besonderer Dank gilt aber allen, die für die NPR schreiben, Rezensionen verfassen und übersetzten sowie denjenigen, die die NPR lesen. Die Redaktion bedankt sich für ein halbes Jahrzehnt Interesse und freut sich schon auf die nächsten fünf Jahre im konstruktiven Dialog mit Unterstützern und Lesern.

Ausblick

Das Konzept der NPR hat sich bewährt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Zeitschrift nicht weiter entwickeln würde. Eine Neuerung wurde mit der vorliegenden Ausgabe umgesetzt. Mit ihr erscheint erstmals eine thematische Sonderbeilage zur NPR. Diese befasst sich mit neuen Entwicklungen des Sachenrechts in Bosnien und Herzegowina und entstand im Rahmen eines von der deutschen Botschaft initiierten Arbeitskreises der deutschen Organisationen, die in dem Land im Bereich der internationalen Rechtsberatung tätig sind. In ihm wirkte neben der IRZ auch die GIZ mit. Diese Sonderveröffentlichung der NPR, bringt damit auch zum Ausdruck, dass in Deutschland breiter Konsens bezüglich der Wichtigkeit der Unterstützung der aus dem früheren Jugoslawien hervorgegangenen Staaten (nicht nur) im Rechtsbereich herrscht.

Dies wird mit Sicherheit nicht die letzte Neuerung im redaktionellen Konzept der NPR bleiben.

Hierzu sind auch Anregungen und Beiträge aus den Kreisen der Leserschaft herzlich willkommen, damit sich die NPR auch in Zukunft stetig weiterentwickelt.

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

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner
Leiter des Projektbereichs
Bosnien und Herzegowina, Mazedonien,
Montenegro und Serbien der IRZ

Sadržaj

PREDGOVOR	1
ČLANCI	
<i>Prof. dr. dr. h. c. Lajos Vékás</i> : O novom mađarskom Građanskom zakoniku	21
<i>Prof. dr. Zlatan Meškić</i> : Unutra ili vani? Tumačenje propisa o ugovorima zaključenim van poslovnih prostorija u svjetlu njemačkog i evropskog prava	32
<i>Prof. dr. Slavko Đorđević</i> : Primena klauzule odstupanja u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti	42
<i>Dr. Stefan Pürner</i> : Mračna strana njemačkog prava: (ne)pravo u nacionalsocijalizmu na primjeru diskriminacije pripadnika židovske vjeroispovijesti u građanskom pravu	54
<i>Doc. dr. Darja Softić Kadenić, LL.M. (Graz)</i> : Pojam i uloga <i>Treuhanda</i> u pravu i praksi Njemačke, Austrije i Švicarske i njegov mogući uticaj na razvoj prava u Bosni i Hercegovini i regionu	69
<i>Aleksandra Pavićević</i> : Pravne posledice nalaza skrivenog blaga u srpskom pravu	86
AKTUELNOSTI IZ PRAVA REGIONA	
<i>Dr. Jakob Nakić / Bruno Ružička</i> : Kauciona hipoteka – što je to? (uz primjer iz sudske prakse)	94
AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA	
<i>Prof. dr. Zlatan Meškić</i> : Aktuelnosti iz evropskog prava	103
AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA	
Iz zakonodavstva	
<i>Lenka Pavletić</i> : Zakonski propisana minimalna plaća kao novina u njemačkom pravu	105
<i>Christian Beyer</i> : Novi instrument u njemačkom pravu o najmu prostora: uvođenje “kočnice za cijene najma”	107
Iz sudske prakse	
<i>Christian Beyer</i> : Savezni ustavni sud ukorio uvjete u zatvorima	110
<i>Christian Beyer</i> : Savezni vrhovni sud (BGH) odlučuje o odnosu slobode medija i zaštite privatnosti (“Prijenosno računalo ministra zemaljske vlade”)	111
PROPISI I MATERIJALI	
<i>Holger Hembach / dr Stefan Pürner</i> : Mehanizmi ujednačavanja sudske prakse u njemačkom pravu	
Uvod	113
Izvodi iz zakonâ	119
ZNAČAJNI PRAVNICI	
<i>Dr. Stefan Pürner</i> : Hans Litten (1903–1938) – Advokat koji je raskrinkao Hitlera	124
<i>Prof. dr. Meliha Povlakić</i> : Slavica Krneta (1927–2010)	133
PRIKAZI KNJIGA	
<i>Prof. dr. Zlatan Meškić</i> : XVI godišnja konferencija “Pravo osiguranja, uprava i transparentnost – osnove prava sigurnosti”, Palić, april 2015.	138

<i>Dejan Pilipović: Prikaz Zbornika radova s IX savjetovanja iz oblasti građanskog prava pod nazivom "Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini – teorija i praksa"</i> Jahorina, 2014.	139
<i>Dr. Stefan Pürner: Prikaz knjige: Regina Rauxloh, Plea Bargaining in National and International Law: A Comparative Study</i> , Abingdon, 2012.	142
PRAVO NA INTERNETU	
<i>Dr. Stefan Pürner: Aktualizirano download područje na internetskoj stranici IRZ-a</i>	144
IZ AKTIVNOSTI IRZ-a	
<i>Dr. jur. Gerassimos Fournalos: Projekt EU za podršku moldavskim državnim tijelima u kaznenopravnom postupku istrage</i>	146
RAZNO	
<i>Edita Bačić: Susret pravnih i srodnih biblioteka Jugoistočne Europe (SEALL, 2015.)</i>	147
<i>Fahira Brodlija: Izvještaj o učešću na Vis Moot takmičenju</i>	149
<i>Sabina Ljuca, M.A.: Moje iskustvo u Bundestagu – Međunarodna parlamentarna stipendija (IPS)</i>	151
Poziv za dostavljanje radova	153

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	9
AUFSÄTZE	
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. Lajos Vékás: Über das neue ungarische Zivilgesetzbuch</i>	21
<i>Prof. Dr. Zlatan Meškić: Das bosnisch-herzegowinische Verbraucherschutzgesetz im Lichte des deutschen Rechts: Drinnen oder draußen? Auslegung der Bestimmungen über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts</i>	32
<i>Prof. Dr. Slavko Đorđević: Die Anwendung von Ausnahmeklauseln im internationalen Sachenrecht</i>	42
<i>Dr. Stefan Pürner: Die dunkle Seite des deutschen Rechts: Das (Un)Recht im Nationalsozialismus am Beispiel der Diskriminierung von Angehörigen des jüdischen Glaubens im Zivilrecht</i>	54
<i>Doz. Dr. Darja Softić Kadenić: Begriff und Rolle der Treuhand in Rechtssystem und Rechtspraxis in Deutschland, Österreich und in der Schweiz und ihr möglicher Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Bosnien und Herzegowina und in der Region</i>	69
<i>Pavićević Aleksandra: Die Rechtsfolgen eines Schatzfundes im serbischen Recht</i>	86
AKTUELLES AUS DEM RECHT DER REGION	
<i>Dr. Jakob Nakić/Bruno Ružička: Die Kautionshypothek: Was ist das? (Mit Beispielen aus der Rechtsprechung)</i>	94
AKTUELLES AUS DEM EUROPÄISCHEN RECHT	
<i>Prof. Dr. Zlatan Meškić: Aktuelles aus dem Europarecht</i>	103
AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT	
Aus der Gesetzgebung:	
<i>Lenka Pavletić: Der gesetzliche Mindestlohn als Neuheit im deutschen Recht</i>	105
<i>Christian Beyer: Neuartiges Instrument im deutschen Wohnraummietrecht: "Mietpreisbremse"</i>	107
Aus der Rechtsprechung:	
<i>Christian Beyer: Bundesverfassungsgericht rügt Haftbedingungen, BGH entscheidet zum Verhältnis von Pressefreiheit und Schutz der Privatsphäre ("Laptop des Landesministers")</i>	110
VORSCHRIFTEN UND MATERIALIEN	
<i>Holger Hembach/Dr. Stefan Pürner: Mechanismen der Vereinheitlichung der Rechtsprechung im deutschen Recht</i>	113
BEDEUTENDE JURISTEN	
<i>Dr. Stefan Pürner: Hans Litten (1903-1938) Der Rechtsanwalt der Hitler bloßstellte</i>	124
<i>Prof. Dr. Meliha Povolakić: Slavica Krneta (1927-2010)</i>	133
BUCHBESPRECHUNGEN	
<i>Prof. Dr. Zlatan Meškić: Bericht über die Konferenz "Versicherungsrecht – Governance und Transparenz – Grundlagen der Rechtssicherheit", 17.-19. April 2015, Palić (Serbien)</i>	138
<i>Dejan Pilipović: Sammelband der IX. Konferenz "Aktuelle Fragen aus der zivilrechtlichen Gesetzgebung in Bosnien und Herzegowina – Theorie und Praxis", Jahorina 2014</i>	139

<i>Dr. Stefan Pürner: Regina Rauxloh, Plea Bargaining in National and International Law: A Comparative Study, Abingdon 2012</i>	142
RECHT IM INTERNET	
<i>Dr. Stefan Pürner: Der aktualisierte Downloadbereich der IRZ-Webseite</i>	144
AUS DER TÄTIGKEIT DER IRZ	
<i>Dr. jur. Gerassimos Furlanos: Twinning-Projekt im Strafprozeß in Moldau</i>	146
VERSCHIEDENES	
<i>Edita Bačić: Treffen der Vereinigung der juristischen und artverwandten Bibliotheken Südosteuropas (SEALL, 2015)</i>	147
<i>Fahira Brodlija: Bericht über die Teilnahme am Vis Moot Court</i>	149
<i>Sabina Ljuca, M.A.: Meine Erfahrung im Bundestag – Internationales Parlaments-Stipendium</i>	151
Call for Papers	155

O novom mađarskom Građanskom zakoniku

Prof. dr. dr. h. c. Lajos Vékás, Budimpešta*

UDK: 347(439)

Pregled:

- I. Uvod: kratka historija kodifikacije
- II. Određena konceptualna pitanja
 1. Kodifikacija na nacionalnom nivou u 21. stoljeću?
 2. Uzori za reformu?
 3. Monističko polazište
 4. Sistemsko uključivanje prava potrošača EU u građanski zakonik
- III. Struktura Kodeksa
- IV. Novine vezane za određene pravne institute
 1. Opće pravo ličnosti
 2. Novo pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora
 - a) Dosadašnja rješenja
 - b) Izmjene u MGZ
 - c) Nova ekskulpirajuća klauzula
 - d) Klauzula predvidivosti
- V. Fazit

I. Uvod: kratka historija kodifikacije

Mađarski Parlament je 11. februara 2013. donio Zakon br. V/2013 o novom Građanskom zakoniku. Od 15. marta 2014. regulira pravne odnose građana i pravnih lica.

Raniji Građanski zakonik Mađarske, koji se primjenjivao do 2014. godine, bio je donesen između 1953. i 1959. godine u vremenu u kojem je privatno vlasništvo gotovo potpuno likvidirano.¹ Pod takvim nepovoljnim društvenim uvjetima je taj zakon ipak ispoljavao značajne stručno pravne kvalitete, za šta su zaslužni njegovi tvorci

i nekoliko prednacrta iz prve polovine 20. stoljeća.² Prvi potpuni nacrt potiče iz 1900. godine, što ga čini dvije godine mlađim od Građanskog zakonika Japana.

Potpuno izmijenjena uloga privatnog vlasništva i temeljne izmjene nakon ponovnog uvođenja tržišne privrede devedesetih učinile su da u mnogim aspektima bude potrebno reformirati ovaj kodeks, a u nekim aspektima su ga učinile čak i prevaziđenim; bila je potrebna jedno potpuno nova verzija zakonika. Već više od stotinu izmjena koje je pretrpio ovaj zakonik su pokazale, da *ad hoc* reforme i uklanjanje pojedinih slabih mjesta više nisu dovoljni. Stoga je u aprilu 1998. godine mađarska Vlada donijela odluku da se pristupi izradi novog građanskog zakonika. Komisija koju je imenovala Vlada je prvo izradila koncept nove kodifikacije, a na osnovu problema koji su bili diskutirani u radnim grupama. O tome je napisano ukupno više od stotine radova. Komisija je u februaru 2002. godine podnijela na stručnu raspravu svoj nacrt koncepta s najvažnijim teorijskim pitanjima i opcijama odgovora. Nakon višemjesečnih diskusija među mađarskim pravnicima Komisija za kodifikaciju sačinila je finalnu verziju koncepta, s obimnom sistematikom regulisanja, koja je s obimom od preko 200 štampanih stranica objavljena početkom 2003. Ovi materijali činili su osnovu za izradu Prednacrta novog Građanskog zakonika, koji je (s obimno izloženim razlozima donošenja) prezentiran stručnoj javnosti krajem 2006. Na osnovu stručne kritike ovaj prednacrt je prerađen. Drugi Nacrt je kao "Ekspertska verzija novog Građanskog zakonika za Mađarsku" u formi knjige objavljen u martu 2008. godine.³ Zbog političkih diskusija, koje su se vodile prije svega oko pitanja pravnog položaja vanbračnih partnera i istospolnih partnera, došlo je do zastoja u daljem toku kodifikacije i ona je zamalo potpuno propala. Tako je stručna Komisija mogla nastaviti svoj rad tek nakon parlamentarnih izbora 2010. godine i predati svoju konačnu verziju Vladi krajem 2011. godine. Vlada je Nacrt Komisije predala u parlamentarnu proceduru bez ikakvih izmjena, koji ga je onda uz neznatne izmjene i usvojila.

* Autor je profesor emeritus Pravnog fakulteta Univerziteta Eötvös-Loránd u Budimpešti i član Mađarske akademije nauka.

¹ Njemački prevod starog Mađarskog građanskog zakonika sačinjenog od P. Lamberga objavljen je u Budimpešti 1960. Za ovo vidjeti G. Eörsi (Hrsg.), *Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien* (Budapest, Akadémia, 1963) str. 381; S. Szaszy, "Das neue Zivilgesetzbuch der ungarischen Volksrepublik," 26 *RabelsZ* (1961) str. 553–573.

² Ovi nacrti su nastali u godinama 1900., 1913., 1915. i 1928. Za ovo uporedi E. Heymann, *Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn* (Tübingen, Mohr, 1917) str. 109; takođe za godinu 1928. vidjeti F. Komin, "Der heutige Stand der ungarischen privatrechtlichen Kodifikation" (Der Entwurf vom Jahre 1928), 7 *RabelsZ* (1933) str. 443–449; F. Ronai, "Die Privatrechtsgesetzgebung Ungarns seit 1925", *RabelsZ* 14 (1940/41) str. 536–572.

³ Vidjeti o ovome L. Vékás, "Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn", 17 *ZEuP* (2009) str. 536–563.

II. Određena konceptualna pitanja

1. Kodifikacija na nacionalnom nivou u 21. stoljeću?

Komisija za kodifikaciju nije imala sumnje u pogledu činjenice da je srž kodifikatorske djelatnosti u novije vrijeme prenesena s nacionalne [razine jedne države – prim. prev.] na evropsku razinu. Smjernice i uredbe Evropske unije, s jedne strane, kao i privatni model-zakoni, s druge strane, kao što su Principi evropskog ugovornog prava [*Principles of European Contract Law*; u daljem tekstu: PECL]⁴ i na njima bazirani temeljni radovi *Study Group on a European Civil Code* [Studijska grupa za Evropski građanski zakonik] s ciljem stvaranja jednog “akademskog” zajedničkog referentnog okvira [Draft Common Frame of Reference; u daljem tekstu: DCFR]⁵ kao i na kraju Prijedlog uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje (*Common European Sales Law* – CESL)⁶ upućuju bez sumnje na takav zaključak. Danas se ipak prema mome mišljenju ne može odgovoriti na pitanje kojim putem (ili prije: kojim putevima) će se razvijati evropsko privatno pravo (prije svega ugovorno pravo).

Temeljne promjene u privatnom pravu država srednje i istočne Evrope u devedesetim godinama otvorile su pitanje novih kodifikacija na nacionalnom nivou, što je zahtijevalo brz odgovor. Ovi pravni poreci stoga nisu mogli ni željeti sačekati razvoj u okviru Evropske unije. Naročito u baltičkim zemljama ovaj zadatak nije trpio odgodu, budući da su se ove države, kao potvrdu vraćanja svog suvereniteta, željele što prije odvojiti od socijalističkog zakonika donesenog pod sovjetskim utjecajem. U Estoniji je privatno pravo postepeno kodificirano donošenjem pojedinačnih zakona, a odgovarajuće odredbe Građanskog zakonika od 12. juna 1964. godine, koji je i dalje bio na snazi za materiju koja nije obuhvaćena novim zakonima, tako su korak po korak stavljane van snage.⁷ U Latviji važi

ponovo (s izmjenama i dopunama iz 1990. i 2000. godine) predratni Zakonik od 28. januara 1937. Sa stupanjem na snagu pojedinih dijelova Građanskog zakonika iz 1937. godine stavljene su van snage odgovarajuće odredbe Građanskog zakonika ranije Latvijske socijalističke republike.⁸ U Litvaniji je 18. jula 2000. godine donesen novi obimni Građanski zakonik.⁹ Obimni kodifikatorski radovi su poduzimani i u drugim bivšim socijalističkim državama.¹⁰ U Sloveniji su, slično kao u Estoniji, jedan za drugim donošeni posebni dijelovi civilnog kodeksa.¹¹ U Rumuniji¹² i Češkoj¹³ su takođe doneseni novi obimni zakoni. Živi kodifikatorski radovi su takođe u toku u Poljskoj¹⁴ i Slovačkoj.¹⁵ Tako je nastala jedna prilično šarena paleta kodifikacija u Istočnoj i Srednjoj Evropi.

2. Uzori za reformu?

Kod izrade Građanskog zakonika Mađarske (u daljem tekstu: MGZ) Komisija je pošla od toga da osnova ovog

⁴ *Principles of European Contract Law*, Part I-II (The Hague, Kluwer Law International, 2000) str. 561; *Principles of European Contract Law*, Part III (The Hague, Kluwer Law International 2003) str. 291. Njemačko izdanje prvog i drugog dijela, tekst sa razlozima donošenja u: Ch. von Bar/R. Zimmermann (Hrsg.), *Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts* (München, Sellier 2002); tekst vidjeti takođe u R. Schulze/R. Zimmermann (Hrsg.), *Basistexte zum Europäischen Privatrecht* (Baden-Baden, Nomos Verlag 2002).

⁵ Ch. von Bar/E. M. Clive (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in 6 volumes (München, Sellier 2009) str. 395.

⁶ Vidjeti R. Schulze (Hrsg.): *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* (Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos 2012), str. 780; kao i članke G. Albers, S. Corneloup, A. Flessner, N. Jansen, M. B. M. Loos, G. Wagner, C. Gómez Ligüerre, R. G. Anderson, F. Zoll, M. Piers, E. A. Kramer, J. M. Smits und A. Metzger te izvještaj o diskusiji, sve objavljeno u 20 *ZEuP* (2012) str. 687–939.

⁷ Za ovo uporediti H. Mikk, “Zur Reform des Zivilrechts in Estland”, 42 *Jahrbuch für Ostrecht* (2001), str. 31–52.

⁸ Službeni list 1937, br. 5, pozicija 29. Obnavljanje važenja je bilo zaključeno Zakonom od 14. januara 1992. o Građanskom zakoniku Latvijske Republike (Vedemosti [Službeni list] br. 4–5/1992, pozicija 50). Vrijeme stupanja na snagu pojedinih dijelova Građanskog zakonika bilo je određeno posebnim zakonima, u kojima su takođe sadržane i prelazne odredbe. Tako su zakoni o stvarnom i nasljednom pravu stupili na snagu 1. septembra 1992. (Zakon od 7. jula 1992.), Zakon o obligacionom pravu 1. marta 1993. (Zakon od 1. marta 1993.) i Zakon o porodičnom pravu 1. septembra 1993. (Zakon od 25. maja 1993.). O tome vidjeti K. Lammich/P. Ušacka, “Entwicklung des Rechtssystems Lettlands seit der Unabhängigkeitserklärung von 1990”, 39 *Recht in Ost und West* (1995), str. 67.

⁹ Na snazi od 1. jula 2001. Vidjeti o ovome V. Mikelenas, “Unification and Harmonisation of Law and the Turn of Millennium: the Lithuanian Experience”, V *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme* (2000), str. 243–261.

¹⁰ Vidjeti o ovome Ginsburgs/Barry/Simons (eds.): *The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe* (The Hague, Kluwer Law International 1996) str. 435; A. Harmathy, *Zivilgesetzgebung in mittel- und osteuropäischen Staaten*, 6 *ZEuP* (1998), str. 553–563; N. Horn (Hrsg.), *Die Neugestaltung des Privatrechts in Mitteleuropa und Osteuropa (Polen, Russland, Tschechien, Ungarn)*, (München, Beck 2002), str. 161.

¹¹ O ovome vidjeti V. Trstenjak: “Zivilrecht in Slowenien”, 8 *ZEuP* (2000), str. 77–90.

¹² Zakon br. 287/2009, Službeni glasnik br. 511 od 24. jula 2009.

¹³ Br. 89/2012 SIG; na snazi od 1. 1. 2014; uporedi za prethodnu historiju A. Verny, “Die Entwicklung des Zivilrechts in der Tschechischen Republik”, in: N. Horn (Hrsg.): *Die Neugestaltung des Privatrechts in Mitteleuropa und Osteuropa (Polen, Russland, Tschechien, Ungarn)*, (München, Beck 2002), str. 89–110.

¹⁴ Vidjeti o ovome J. Poczubut, *Zur Reform des polnischen Zivilrechts*, 7 *ZEuP* (1999), str. 75–90.

¹⁵ Vidjeti o ovome J. Lazar, “Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts”, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend* (Wien, Manz 2003) str. 229–231.

zakonika treba biti postojeće privatno pravo koje se primjenjuje (*law in action*). Zakonodavac ispunjava svoj zadatak na najbolji način onda kada privatno pravo, oblikovano u sudskoj praksi, mijenja ili poboljšava samo tamo gdje gore ukratko prikazani razlozi neizostavno traže izmjene. Shodno tome MGZ nije potpuno novo pravo; to bi bilo uostalom apsurdno. Ovaj zakonik će prije predstavljati obnovu i poboljšanje dosadašnjeg privatnog prava i pored redakcijskih i strukturnih izmjena donijeti samo neophodne bitne sadržinske izmjene.

S tim je u vezi činjenica da prilikom rada na kodifikaciji nije uzet jedan određeni strani privatnopravni poredak kao uzor. Iskustva sa starijim građanskim zakonima drugih zemalja, kao što su *Code civil* [Francuski građanski zakonik – prim. prev.], ABGB [austrijski Opći građanski zakonik – prim. prev.], BGB [njemački Građanski zakonik – prim. prev.], Švicarski građanski zakonik, već su ugrađena u prethodne nacрте, odnosno u Građanski zakonik koji je važio do 2014. Ipak je među stranim kodifikacijama izvjesnu ulogu uzora igrao novi holandski *Burgerlijk Wetboek* [Građanski zakonik – prim. prev.], naročito zbog njegove strukturalne građe i integracije EU-smjernica.

Takođe i “privatno stvaranje prava” igra u zadnje vrijeme važnu ulogu. Iz model-zakona koji su izrađeni na bazi uporednopravnog metoda (kao što su *UNIDROIT Principi*¹⁶ i spomenuti PECL i DCFR) može se mnogo naučiti za izradu nacionalne kodifikacije. Ovi su izvori uvaženi prilikom izrade mađarske kodifikacije. Isto se može reći za određene međunarodne sporazume, prije svega za Bečku konvenciju o ugovorima za međunarodnu prodaju robe [United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – prim. prev.] (u daljem tekstu: CISG). Ipak, bila je potrebna jedna pažljiva organska ugradnja rezultata spomenutih izvora u MGZ, a ne prosto mehaničko preuzimanje.

3. Monističko polazište

Kod izrade koncepta za MGZ se ponovo otvorila diskusija o tome da li zakonodavac treba slijediti monistički ili prije dualistički koncept privatnih kodifikacija; drugim riječima, da li trgovačko privatno pravo, prije svega trgovački ugovori, trebaju biti ugrađeni u zakonik, kao dio građanske kodifikacije ili biti uređeni u jednom posebnom trgovačkom zakoniku (ili kao nedavno u Austriji u jednom poduzetničkom zakoniku¹⁷).

Mađarska je u 19. stoljeću slijedila ovaj drugi, tada uobičajeni, put. Trgovački zakonik (Kereskedelmi Törvény, dalje: TZ) iz 1875, koji se naslanjao na Opći njemački trgovački zakonik (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, skraćeno: ADHGB – prim. prev.) i njegove odredbe mjestimično potpuno preuzeo, formulirao je pojam trgovca, a trgovačka društva i trgovačke poslove je odijelio od običajnog privatnog prava i stvorio samostalno privatno trgovačko pravo. Ne treba da čudi, da su nakon velikih društvenih promjena i ponovnog uvođenja tržišne privrede devedesetih godina određeni pravници gotovo refleksno zahtijevali sličnu kodifikaciju.¹⁸ Ovo mišljenje ima i nostalgичne razloge. Ali ono nije bilo potpuno slobodno od utjecaja socijalističkog privrednog prava i bilo je osnaženo stogodišnjim važenjem TZ iz 1875. godine¹⁹ (koji je ipak tokom decenija mirovao u nekoj vrsti Trnoružičinog sna). U ovom pravcu upućivala je i okolnost, da ugovori koji su važni u privrednom životu nisu bili regulirani ili su to bili u nedovoljnoj mjeri i da je 1988. godine privredno pravo bilo kodificirano van tada važećeg Građanskog zakonika Mađarske. Prema mišljenju tih autora, trgovačko pravo ne treba biti uključeno u MGZ već treba biti posebno kodificirano. Takođe je teorija “vanprivatnopravnog prava preduzeća” *Karstena Schmidta*²⁰ utjecala na diskusiju.

ecolex 2004, str. 4–8; isti autor, “Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB”, 126 *Juristische Blätter* (2004), str. 23–31; isti autor, “Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch”, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2006, str. 64–79.

¹⁸ Tako P. Bárdos, “A kereskedelmi jog alapjairól” [*Über die Grundzügen eines neuen Handelsrechts*], *Gazdaság és Jog* 4 (1996), str. 13–17. Rasprava o posebnom trgovačkom pravu (poduzetničkom pravu) vodila se takođe i u sklopu drugih tema. O tome L. Kecskés, “A civilisztikai és gazdasági jogalkotás irányáról” [*Über die verschiedenen Richtungen der zivil- und wirtschaftsrechtlichen Kodifikation*], *XXXVIII Magyar Jog* (1991), str. 202. i dalje; T. Sárközy, “A társasági törvény felülvizsgálatáról” [*Über die Novellierung des Gesetzes über Handelsgesellschaften*], *XXXVIII Magyar Jog* (1991) str. 417. i dalje. Za suprotno stajalište, s primjerima iz uporednog prava É. Domján, “A polgári jog és a kereskedelmi jog szerkezetéről” [*Über die Struktur des Privat- und des Handelsrechts*] *XXXVIII Magyar Jog* (1991), str. 751–755; takođe L. Vékás, “Szükség van-e kereskedelmi magánjogra?” [*Ist ein Handelsprivatrecht separat zu kodifizieren?*] *XLV Magyar Jog* (1998) str. 705–714.

¹⁹ Mnogi dijelovi Trgovačkog zakonika iz 1875. su bili, iako najvećim dijelom samo formalno, na snazi i za vrijeme socijalističkog perioda.

²⁰ K. Schmidt, *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts* (Heidelberg, De Gruyter 1993); isti autor, *Handelsrecht*, Peto izdanje (Köln, Carl Heymanns 1999), § 3, str. 47. i dalje. O suprotnim mišljenjima u njemačkoj literaturi i o reakciji zakonodavca prilikom reforme Njemačkog trgovačkog zakonika (koja je izvršena donošenjem HrefG - Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften [Zakon o novom reguliranju trgovačkog prava i prava firmi i o izmjenama drugih trgovačkih propisa i propisa o trgovačkim društvima] od 22. 6. 1998, BGBl. I [Savezni

¹⁶ UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts – prim. prev.

¹⁷ Handelsrechts-Änderungsgesetz [Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima], austrijski BGBl. [Bundesgesetzblatt – Savezni službeni list Austrije], Teil I [Dio I] br. 120 od 27. oktobra 2005. Vidjeti o tome M. Schauer, “Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive”, *Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 2003, str. 3–8; isti autor, “Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform”.

Tako je bilo predloženo donošenje jednog "Poduzetničkog zakonika".²¹

Nakon jedne žestoke diskusije u mađarskoj pravničkoj literaturi nametnula se koncepcija monističke kodifikacije naspram posebnog trgovačkog zakonika (koji bi sadržavao pravila o trgovačkim ugovorima). Na taj način je cjelokupno ugovorno pravo s općim pravilima i tipičnim trgovačkim ugovorima ostalo predmetom reguliranja jedne jedinstvene privatnopravne kodifikacije. Za ovo rješenje su govorili kako historijska iskustva²² tako i uporednopravne doktrine.²³

4. Sistemsko uključenje prava potrošača EU u građanski zakonik

Jedno od konceptualno ključnih pitanja reforme privatnog prava u Mađarskoj bilo je sistematsko tretiranje

službeni list SR Njemačke, Dio I], str. 1474–1484.) vidjeti kod J. Treber, "Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht", 199 AcP (1999), str. 525–590.

²¹ O konceptu privatnog prava poduzetnika u Mađarskoj vidjeti T. Sárközy, "A Kereskedelmi Törvény esetleges koncepciója" [Eine mögliche Konzeption zu einem Handelsgesetzbuch], 7 *Gazdaság és Jog* (1999), str. 3–6. Za suprotno stajalište, s primjerima iz inostranstva vidjeti E. Domján, op. cit., fn. 17. i L. Vékás, op. cit., fn 17.

²² *Das schweizerische Obligationenrecht* [Švajcarski obligacioni zakon] od 1881., italijanski *Codice civile* [Gračanski zakonik] od 1940/42. i najzad holandski *Burgerlijk Wetboek* [Gračanski zakonik] iz 1992. godine slijede monističko rješenje. Za historijsko-pravnu analizu samostalnog trgovačkog prava vidjeti kod P. Raisch, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19 Jahrhunderts* (Stuttgart, Encke Verlag 1962); isti autor, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts* (Karlsruhe, C. F. Müller 1965); W. Müller-Freienfels, "Zur 'Selbstständigkeit' des Handelsrechts" in H. C. Ficker u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer* (München, Mohr Siebeck 1978) str. 583–621. Ovdje treba spomenuti da je i za vrijeme "visoke konjunktore" samostalnih trgovačkih zakona bilo i izuzetaka: *Codice civile* [Gračanski zakonik] Vojvodstva Parma, Piacenza i Guastalla [Parma, Piacenza i Gustala] iz godine 1820. i *Codice civile* [Gračanski zakonik] Modene iz godine 1851. slijedili su monistički koncept. Uporediti ovdje G. Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn* (Budapest, Andrassy Schriftenreihe 1, Andrassy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest 2003) str. 192.

²³ Uporediti L. Vékás, "Integration des östlichen Mitteleuropas im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung", 12 *ZEuP* (2004) str. 462. i dalje; isti autor, "Ist eine Konvergenz der nationalen Vertragssysteme erkennbar? Betrachtungen aus der Perspektive der neuen Mitgliedstaaten Mittel- und Osteuropas", in: 4. *Europäischer Juristentag* (Wien, 3.–5. Mai 2007) (Wien, Manz 2008) str. 76. i dalje; isti autor, "Schuldrechtsmodernisierung und Gemeinschaftsprivatrecht aus ungarischer Sicht", in: P.-Ch. Müller-Graff/L. Vékás (Hrsg.), *Privatrechtsreform in Deutschland und Ungarn* (Baden-Baden, Nomos 2009) str. 17. i dalje.

evropskog potrošačkog ugovornog prava.²⁴ Uprkos njihovoj nesavršenosti, direktive koje su se odnosile na ugovorno pravo, ojačale su pravnu harmonizaciju u okviru Evropske unije. Ove su direktive u novim zemljama članicama, pa tako i u Mađarskoj, u pravilu preuzete u njihov pravni sistem još prije nego što su postale članicama EU.²⁵ Preuzimanje direktiva vodilo je u svakom pojedinom pravnom području ka ujednačavanju ili jakom približavanju u cijeloj Evropskoj uniji.

Iz dosadašnjih iskustava s metodama preuzimanja [*pravne stečevine – prim. prev.*] u državama članicama mogu se izvući određeni zaključci. Ovdje će se problematika pojasniti na primjeru preuzimanja potrošačkih direktiva. Dosadašnja praksa preuzimanja pokazuje jednu šaroliku sliku. Što se tiče strukturnih mogućnosti rješenja, zakonodavac je u Mađarskoj kod preuzimanja potrošačkih direktiva, slično kao i u drugim zemljama članicama, primijenio tri metode. Preuzimanje je uslijedilo:

- u specijalnim zakonima
- u posebnom zakonu o zaštiti potrošača
- integracijom u MGZ.

Gdje leže prednosti i mane primijenjenih metoda preuzimanja?

a) Kod preuzimanja u posebne zakone lakše je prepoznatljivo evropsko porijeklo određenih pravila, a i jednostavnije se može voditi računa o konsekvencama koje slijede iz toga (npr. obaveza jedinstvenog tumačenja i obaveza postavljanja prethodnog pitanja); ova metoda vodi ipak ka razbijanju privatnog prava. Stoga se ovo rješenje, koje je dugo vremena bilo favorizirana metoda, dugoročno ne preporučuje za jedan kodificirani pravni sistem.

b) Druga metoda ujedinjuje privatnopravne potrošačke direktive u posebnom zakonu za zaštitu potrošača. Ovo rješenje zadovoljava zahtjeve transparentnosti potrošačke zaštite, ali ipak objedinjuje norme različitog karaktera (norme ugovornog prava s onima upravnog prava i sl.) i pri tome izuzima iz građanske kodifikacije jedno danas veoma značajno pravno područje.

c) Treća metoda integrira direktive tematski u građanski zakonik i pri tome ističe njihov temeljni privatnopravni karakter. Ova je metoda najpogodnija za očuvanje jedinstva privatnog prava. Ipak se mora istovremeno reći da kod ove

²⁴ Vidjeti za temeljna teoretska pitanja implementiranja ugovornog prava EU: P.-Ch. Müller-Graff, "Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtsrichtlinien der EG in das BGB?" in: P.-Ch. Müller-Graff/L. Vékás (Hrsg.), op. cit., fn. 22, str. 29–60.

²⁵ Vidi o ovome N. Reich, "Wandlungen des Rechts der vertraglichen Schuldverhältnisse in neuen Mitgliedstaaten unter dem Einfluss des EG-Rechts", in: G. Brüggemeier (Hrsg.): *Liber Amicorum Eike Schmidt* (Heidelberg, C. F. Müller 2005) str. 239–262; L. Vékás/M. Paschke, *Europäisches Recht im ungarischen Privat- und Wirtschaftsrecht* (Münster, LIT Verlag 2004), str. 544.

metode trpi zahtjev transparentnosti. Zajednička slaba tačka druge i treće metode leži u tome da zakonodavac mora u nekoj formi istaći evropsko porijeklo normi kako bi time osigurao jedinstveno tumačenje [od strane Suda EU – prim. prev.].

Prednost integriranja u građanski zakonik mađarski zakonodavac je (slično kao holandski i njemački) primjera radi uzeo u obzir kod implementiranja Direktive o nepravilnim ugovornim klauzulama [Direktiva Savjeta 1993/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepravilnim ugovornim klauzulama u potrošačkim ugovorima – prim. prev.] i Direktive o potrošačkoj kupovini [Direktiva 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 25. maja 1999. o određenim aspektima potrošačke kupovine i garancijama za potrošačku robu – prim. prev.]. Uprkos imperativnom karakteru regulacije potrošačkih ugovora koji je stran privatnom pravu kao i drugim poteškoćama sadržajne i sistematske prirode, nije se željelo da se u posebnom zakonu reguliraju tako značajne oblasti ugovornog prava, kao što su kontrola nepravilnih klauzula u potrošačkim ugovorima i odgovornost za materijalne nedostatke i garancija kod potrošačke kupovine, već se željelo ovaj važni aspekt socijalne dimenzije u privatnom pravu istaći u samoj građanskoj kodifikaciji. Drugačije ipak od njemačkog Zakona o modernizaciji obligacionog prava [Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – prim. prev.] mađarski zakonodavac nije preuzeo u Građanski zakonik privremena detaljna rješenja drugih potrošačkih direktiva, već ih je preuzeo u posebne zakone.

Dodatno općepoznatim prednostima kodificiranja, integracija u zakonik donosi dodatnu prednost tako što smanjuje suprotnosti između odredaba pojedinih direktiva, koje su inače neizbježne. Tako se ne propisuju različiti rokovi za odustanak potrošača od ugovora, kako se to trenutno uvijek nanovo dešava u direktivama i nacionalnim odredbama u kojima se direktive implementiraju. Osim toga, mogu biti izbjegnuti problemi kod primjene prava, koji nastaju ako dođe do određenog preklapanja predmeta reguliranja pojedinih direktiva.²⁶

Takođe kod interpoliranja prava propisanog direktivama u određeni nacionalni građanski zakonik može se birati između dvije mogućnosti. Preuzimanje direktiva se može ograničiti samo na potrošačke ugovore tj. određena direktiva se može implementirati samo u mjeri u kojoj je to obavezno. Ovo rješenje dovodi do dvostrukog reguliranja određenog ugovora (npr. ugovora o prodaji) unutar jednog zakonika. Implementacija koja se vrši preko obavezne mjere ima očigledne prednosti. Prije svega na taj se način mogu koristiti šanse da se modernizira staro pravo, nastale preuzimanjem direktive. Mađarski zakonodavac je pokušao

da kod implementacije Direktive o potrošačkoj kupovini iskoristi ovu mogućnost. Imperativni karakter propisa kojim se štiti potrošač morao je pri tome biti jasno izražen. Takođe se i kod implementacije koja prelazi obaveznu mjeru mora voditi računa o zahtjevu evropskog prava da se pravo [evropskog porijekla – prim. prev.] jedinstveno tumači. Obaveza jedinstvenog tumačenja leži na sudiji jedne zemlje samo onda ako bi se radilo o primjeni prava iz direktiva za potrošačke ugovore; jedinstvenost nacionalnog privatnog prava čini poželjnim jedinstveno tumačenje normi koje znače implementaciju i preko obavezne mjere i kada se radi o ugovorima koji nemaju karakter potrošačkih.

Na osnovu ovih razmišljanja, koncept novog mađarskog Građanskog zakonika koji je usvojen 2003. godine, još je polazio od toga, da bi privatnopravne i trgovačke direktive trebale biti po mogućnosti potpuno integrirane u jedan kodeks. U toku daljih kodifikatorskih radova ispostavilo se, ipak, da ovu ideju nije moguće ostvariti iz više razloga. Neke direktive nisu pogodne za jednu istinsku kodifikaciju, jer one sadrže često jednu vrlo kazuističku regulativu, koja je zbog toga podložna čestim promjenama. Osim toga, većina potrošačkih direktiva sadrži ne samo privatnopravne norme, već i javnopravna pravila i ova posljednja ne mogu biti preuzeta u jednu kodifikaciju građanskog prava. Zbog toga mađarska Komisija za kodifikaciju nije kao model uzela "totalnu" implementaciju do koje je došlo u njemačkom Zakonu o modernizaciji obligacionog prava. Umjesto toga je Komisija samo selektivno i po mogućnosti tematski preuzela pravo iz direktiva u Nacrt Građanskog zakonika, a preostali materijal ostavila za zakon koji regulira zaštitu potrošača. Time su Komisija, a s tim u skladu i sam MGZ, prednost dali očuvanju kodifikatorske ideje na račun obaveze transparentnosti. Ispravnost ovakvog rješenja može se prema mome mišljenju smatrati potvrđenom na osnovu najnovijeg razvoja privatnog prava potrošača u EU kroz Direktivu 2011/83 EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača.²⁷ Ova direktiva izmijenila je više ranijih potrošačkih direktiva i minimalnu harmonizaciju djelimično zamijenila maksimalnom. MGZ je takođe uzeo u obzir i ovu direktivu, ali su integrirane samo neke njene odredbe.

III. Struktura MGZ-a

1. MGZ polazi od toga da predmet reguliranja nove kodifikacije treba da bude obimniji nego što je to bio predmet reguliranja starog kodeksa i da obuhvati što je moguće veće područje civilnog prava. Tako je porodično pravo (koje je u socijalističkom pravnom sistemu bilo

²⁶ Ovaj je problem dobro ilustriran u presudi Evropskog suda pravde (dalje EuGH), C-423/97 od 22. 4. 1999, Slg. 1999, I-2195. U ovom slučaju kolidirala su područja primjene Direktive o prodaji na kućnim vratima i Direktive o prodaji na daljinu.

²⁷ O evoluciji ove direktive vidjeti H.-W. Micklitz / N. Reich, "Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis?" 22 *Verbraucher und Recht* (2007) str. 121–130; N. Reich, "Von der Minimal- zur Voll- zur Halbharmonisierung", 18 *ZEuP* (2010), str. 7–39. O samoj direktivi vidjeti prilog O. Unger, "Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung", 20 *ZEuP* (2012) str. 270–304.

izostavljeno iz privatnog prava i regulirano u posebnom zakonu) ponovo uključeno u MGZ. Isto tako je materijalno pravo društava integrirano u MGZ (u knjigu 3. koja regulira pravne osobe), a određena područja kao autorsko i patentno pravo su tješnje povezana s MGZ. Ovaj koncept ima za cilj da prednosti uređenja odnosa putem zakona²⁸ dođu do izražaja u što više područja građanskog prava. Ove prednosti su poznate iz iskustava s klasičnim kodifikacijama i mogu se sažeti na sljedeći način:

- provedba jedinstvenih zakona,
- metodološka homogenost,
- jedinstvena struktura od općih ka posebnim propisima,
- izbjegavanja ponavljanja normi,
- skraćivanja s uputama itd.

Proširenje predmeta reguliranja je imalo za redakcijsku posljednicu da se MGZ sastoji iz knjiga, koje su međusobno sadržajno usklađene i podređene općim principima cijelog Zakonika. Podjela u pojedine knjige je omogućila kako da se koristi integrirajuća uloga jedinstvenog zakonika, tako i da se uvažava posebnosti pojedine pravne materije koja se integrira. Naravno da se moralo voditi računa, da se raniji posebni zakoni (kao zakon koji regulira porodično pravo ili zakon koji je regulirao trgovačka društva) ne uključe jednostavno kao posebna knjiga u MGZ, bez veze s ostalim dijelovima Zakonika. Prednost jedne istinske kodifikacije (a ne jedne proste kompilacije) dolazi samo onda do izražaja kada se svaka pravna norma nalazi na istom stupnju odgovarajućeg potrebnog nivoa apstrakcije. Tako, naprimjer: kod propisa o pravnim poslovima, one norme, koje se odnose na sve pravne poslove; kod zajedničkih propisa za ugovore, sve norme koje važe za ukupne ugovore; u okviru pravila za pojedine tipove ugovora, odstupanja za odgovarajuću vrstu ugovora itd. Posebna pravila trebala bi biti donesena, primjera radi, za pravne poslove u oblasti prava djeteta ili bračne ugovore u oblasti imovinskih odnosa bračnih drugova. Isto tako, u dijelu koji regulira nasljedno pravo sadržana je posebna regulativa o testamentu.

2. MGZ ne sadrži jedan opći dio u smislu općeg dijela njemačkog BGB-a. Visoki stupanj apstraktnosti navedenog koncepta je mađarskom zakonodavcu bio uvijek stran. Već je prvi obimni nacrt iz 1900. godine, koji je inače stajao pod jakim utjecajem njemačkog prava, odbio opći dio s obrazloženjem da to nepotrebno komplicira strukturu zakonika. Primjera radi, bilo je naglašeno da se oni jednostrani pravni poslovi, koji u praksi igraju važnu ulogu,

kao što su raspolaganja posljednje volje, u svakom slučaju moraju regulirati posebnim normama. Takođe su kasniji nacrti kao i Zakonik iz 1959, te i sam MGZ, prihvatili to mišljenje i u većoj su mjeri slijedili sistematiku švicarskog Građanskog zakonika.

Shodno tome Kodeks počinje uvodnim odredbama (Knjiga 1), koje određuju cilj zakona i postavljaju principe kao što su princip savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe prava. Nakon uvodnih odredaba slijede pojedine knjige o osobama, porodičnom pravu, stvarnom pravu, obligacionom pravu i najzad nasljednom pravu.

3. Knjige 2 i 3 reguliraju pravo osoba, i to druga knjiga fizičke osobe kao pravne subjekte, treća knjiga pravne osobe. Ova posljednja sadržava opće odredbe o svim pravnim osobama i regulira udruženja, društva lica i kapitala, kao i fondacije. Opća pravila o pravnim osobama primjenjiva su takođe i na pravne osobe regulirane posebnim zakonima kao *lex generalis*.

Socijalistička ideologija prava je kod porodičnopravnih odnosa prenaplaćavala njihov lični karakter i stoga ih regulirala posebnim Porodičnim zakonom. MGZ ponovo integrira ove odnose u Zakonik (Knjiga 4), kako je to uvijek bio slučaj s nacrtima iz predratnog vremena. Knjiga o stvarnom pravu (Knjiga 5) regulira vlasništvo i stvarna prava na tuđoj stvari, među njima i stvarnopravna osiguranja kredita.

U obimnoj Knjizi 6 o obligacionim odnosima, na početku su opće odredbe koje se odnose na sve obligacione odnose, koji se primjenjuju kako na ugovorne tako i na zakonske obligacione odnose. Ovaj prvi dio Knjige 6 sadrži, između ostalog, propise o zastari (vlasnički zahtjevi u mađarskom pravu ne zastarijevaju!), pravila o odnosima s množinom subjekata i ispunjenju obligacionih odnosa. Norme ugovornog prava su i same podijeljene u dva dijela. Opće odredbe ugovornog prava važe kao *lex generalis* kako za pojedine tipove ugovora regulirane u posebnom dijelu ugovornog prava, tako i za netipične ugovore. Dalje se one na odgovarajući način primjenjuju na jednostrane pravne poslove kao i na – u nedostatku posebnih odredaba – ugovore porodičnog, stvarnog i nasljednog prava.

Sedma knjiga regulira nasljedno pravo, a Osmo knjiga završne odredbe. Prelazne odredbe su regulirane u jednom posebnom zakonu.

IV. Novine vezane za određene pravne institute

1. Opće pravo ličnosti

MGZ stvara pomoću jedne generalne klauzule opće pravo ličnosti. Mađarski Ustavni sud je 1990. na sljedeći način definirao sadržaj općeg prava ličnosti: "Opće pravo ličnosti je jedno takvo supsidijarno temeljno pravo, na koje se mogu pozvati kako Ustavni sud tako i redovni sudovi da bi zaštitili autonomiju pojedinca, kada se na određeno činjenično stanje niti jedno od konkretnih (zakonski

²⁸ O prednostima kodificiranog privatnog prava danas vidjeti K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts* (Heidelberg, C. F. Müller 1985), str. 79.; R. Zimmermann, "Codification: history and present significance of an idea (À propos the re-codification of private law in the Czech Republic)", 3 *European Review of Private Law* (1995) str. 95–120.

spomenutih) osnovnih prava ne može primijeniti.”²⁹ Na osnovu generalne klauzule o općem pravu ličnosti u MGZ sudovi mogu zaštititi u istoj mjeri svaku vrstu prava ličnosti (bilo da je zakonom regulirana ili ne). Zaštita se može takođe proširiti automatski bez posebne dodatne regulative na nove vrste ličnih prava koje bi mogle nastati u budućnosti. Opće pravo ličnosti će na takav način kroz sudsku praksu biti ispunjeno sadržajem i tako kontinuirano obogaćeno u svom biću.

Radnje kojima se povređuje opće pravo ličnosti mogu biti mnogostruko raznolike i ocijenjene prema njihovom motivu, namjeri, težini odnosno posljedici. Odredbe u pogledu pojedinih prava ličnosti predstavljaju u MGZ samo jedno nabranje *exempli causa*: pravo na zaštitu života, zdravlja i tjelesnog integriteta; zaštita protiv diskriminiranja; pravo na čast i ugled; poštovanje privatne sfere; pravo na ime, pravo na zaštitu video i tonskih snimaka kao i pravo na privatne tajne i lične podatke. Ovi propisi imaju funkciju, da se podigne svijest o pravima ličnosti koja su se iskristalizirala u praksi i koja se najčešće pojavljuju. S ovakvom strukturom normi MGZ želi naglasiti, da se sankcioniranje povreda ličnosti u pravilu obezbjeđuje putem generalne klauzule o općem pravu ličnosti.

Mađarski Ustavni sud je pravo na ljudsko dostojanstvo kvalificirao kao osnovno ishodište svih drugih Ustavom garantiranih prava. Istovremeno je to pravo izvor svih drugih imenovanih i neimenovanih privatnopravnih prava ličnosti čovjeka. Takođe i MGZ izvodi zaštitu prava ličnosti iz prava čovjeka na dostojanstvo. Ljudsko dostojanstvo po prirodi stvari može pripadati samo fizičkim osobama, a ne i pravnim. Ne samo zbog toga MGZ regulira zaštitu ličnosti u Knjizi dva, posvećenoj ljudima kao pravnim subjektima, a tu zaštitu proširuje putem jedne upućujuće norme u Knjizi 3 i na pravne osobe.

2. Novo pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora

a) Dosadašnja rješenja

Stari Građanski zakonik iz 1959. godine je pokušao da ugovorno i deliktno odštetno pravo izgradi na istoj principijelnoj osnovi.³⁰ Ishodišno pravilo je bila jedna generalna klauzula, koja je slijedila primjer člana 1382. francuskog *Code civila*. Prema tome je osnovna pretpostavka za odgovornost bila protivpravna radnja, bilo da je u pitanju povreda ugovora ili delikt. U oba slučaja naknada štete je mogla biti priznata samo ako je štetnik bio kriv za prouzrokovanu štetu. U pogledu krivice u oba područja važio je obrnut teret dokaza. Principijelno isti sistem odgovornosti bio je uspostavljen putem upućujuće

norme u ugovornom odštetnom pravu, koja je upućivala na generalnu klauzulu deliktne štete i na cjelokupna pravila deliktne odgovornosti. Ovo rješenje je bilo kombinirano s jednim jedinstvenim zastarnim rokom i imalo je prednost da se kvalifikaciji protivpravne radnje kao povreda ugovora ili delikt nije morao pridavati više nikakav praktični značaj.

Istovremeno, takav jedinstveni sistem se više nije mogao održati u onim tržišnim uvjetima kakvi su postojali u Mađarskoj nakon 1990. Naime, ne smije se ispustiti iz vida jedna važna razlika u ova dva područja odgovornosti. Kod povrede ugovora između dvije osobe postoji i prije nastale štete pravni odnos koji su one zasnovala svojom voljom, dok jedan takav odnos nedostaje kod delikta. Ko s drugom osobom zaključi ugovor, istupa time iz jednog čisto negativnog obaveznog kruga vanugovornih odnosa (*neminem laedere*) u pozitivnu ugovornu sferu. Korijeni odgovornosti za štetu su tako različiti, već prema tome da li se radi o povredi ugovora ili o jednoj vanugovornoj protivpravnoj radnji. U slučaju deliktne odgovornosti nastaje obligacioni odnos između štetnika i oštećenog upravo kroz samu štetnu radnju, tj. povredom norme koja zabranjuje naknadu štete. U slučaju ugovorne odgovornosti između dvije stranke obligacioni odnos postoji već prije prouzrokovanja štete: naime, na osnovu ugovora, koji definira međusobna prava i obaveze stranaka. Ovdje povreda tih obaveza predstavlja protivpravnu radnju tj. povredu ugovora, koji predstavlja jednu dobrovoljno, svjesno i promišljeno preuzetu obavezu. Odgovornost za štetu zbog povrede ugovora ima u svakom slučaju za pretpostavku ugovorno preuzimanje obaveze; upravo to nedostaje kod deliktne odgovornosti. U pogledu ostalih pretpostavki odgovornosti (nastupanje štete, uzročna veza) mogu se u osnovi ove dvije vrste odgovornosti posmatrati kao identične ili veoma slične.

b) Izmjene u MGZ

MGZ uzima u obzir ovdje naglašenu razliku između deliktne i ugovorne odgovornosti u pogledu osnova odgovornosti u dva aspekta. S jedne strane se kod ugovorne odštetne odgovornosti mogućnost ekskulpacije odvaja od principa krivnje i time se pooštava. S druge strane se visina prouzrokovane štete koja se ima nadoknaditi i izmakle dobiti (*lucrum cessans*) ograničava na štetu koju je strana koja je povrijedila ugovor mogla predvidjeti u momentu zaključenja ugovora. Ove dvije izmjene su jedna s drugom tijesno povezane. Objektivirana mogućnost ekskulpacije i ograničenje odgovornosti na štetu koja se mogla predvidjeti stvara jedno zdravo stanje ravnoteže kod podjele rizika između ugovornih strana. Izvan ove dvije bitne tačke MGZ zadržava jedinstvo deliktne i ugovorne odgovornosti za štetu takođe i za budućnost.

Predloženi režim odštetne odgovornosti u oblasti prava neispunjenja ugovora ima namjeru da kod reguliranja ekskulpacije osigura jednu pravičnu podjelu rizika između ugovornih strana. Princip krivnje za ovo nije pogodan.

²⁹ Zaključak Ustavnog suda br. 8/1990. (IV 23.), ABH [Službeni list Ustavnog suda Mađarske] 1990, str. 42.

³⁰ Vidi o ovome G. Eörsi, “Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Ungarischen Zivilgesetzbuch”, in: G. Eörsi (Hrsg.), *op. cit.*, fn. 1, str. 261–318.

Naročito je u poslovnim odnosima vezivanje za subjektivne momente kod ocjene pitanja odgovornosti (tačnije: podjele rizika) u najvećoj mjeri upitno. Tradicionalna ocjena na osnovu principa skrivljene odgovornosti stavlja u središte krivnju, i time pretpostavlja jedan individualni pogrešni postupak (jedan prekršaj u postupanju). Ipak, kod poslovnih odnosa na djelu je u pravilu mnogostruko međusobno složeno djelovanje povezanih faktora zbog čega biva teško izabrati radnje koju su relevantne za nastanak štete. Osim toga je dodatno problematično procijeniti značenje i težinu određenih ljudskih grešaka. Umjesto toga treba poći od toga da poslovno obavljanje jedne djelatnosti nužno znači i preuzimanje rizika. Zbog toga je smisljeno da rješenje eventualnih pitanja odgovornosti ne treba uslijediti kroz naknadnu procjenu određenog ponašanja, već kroz (već ranije utvrđenu u zakonu) alokaciju rizika povezanih s određenom aktivnosti. Alokacija štetnih posljedica povrede jednog ugovora znači, dakle, podjelu rizika, a ne sankcioniranje individualnih grešaka. Ovo se stanovište može zastupati i kod neprofesionalnih ugovora, tako da je općenito i ovdje ispravno odvojiti mogućnost isključenja ili ograničenja odgovornosti od pitanja krivice. Zbog toga je u MGZ mogućnost ekskulpacije štetnika strože postavljena i to sa općim karakterom tj. važi i za neprofesionalne ugovorne odnose. Izuzetak čine samo besplatni pravni poslovi.

Prema MGZ-u jedna strana ima zahtjev na naknadu štete, zbog toga što njena opravdana poslovna očekivanja zbog smetnji u ispunjenju nisu ostvarena. Ovo je mađarska sudska praksa prepoznala još kod primjene starog Građanskog zakonika i stoga je princip krivice – naročito ako je do povrede ugovora došlo od strane profesionalnih firmi – bio strogo interpretiran prema objektivnim kriterijima. To je značilo da se praktično gledano samo u slučaju jednog neotklonjivog događaja priznavalo da štetnik nije bio odgovoran za štetu. MGZ je želio u zakonski reguliranoj formi da odvoji odgovornost za štetu zbog neispunjenja ugovora od principa krivice. Naravno, ni u slučaju smetnji kod ispunjenja ugovora, odgovornost za štetu ne može biti apsolutna, sljedstveno tome je mogućnost ekskulpacije i dalje osigurana za stranu koja je povrijedila ugovor.

c) Nova ekskulpirajuća klauzula

Pooštavajući ugovornu odgovornost MGZ slijedi međunarodne tendencije. U ovom pravcu upućuje prije svega član 79 Bečke konvencije u pravu prodaje (CISG).³¹ MGZ formulira ekskulpacionu klauzulu pod utjecajem ovog međunarodnog uzora i navodi tri kumulativne pretpostavke, pri čemu postojanje sve tri pretpostavke mora dokazati strana koja je povrijedila ugovor.

Kao prvo se za oslobađanje od odgovornosti za štetu,

koja je nastala povredom ugovora, traži da je okolnost koja je dovela do štete ležala izvan kontrole štetnika. Jedna okolnost leži izvan područja kontrole, kada na nju ugovorna strana ne može izvršiti nikakav utjecaj. Ove okolnosti se, naravno, ne mogu nabrojati taksativno, ali se ipak mogu navesti neki primjeri takvih okolnosti. Kao okolnosti na koje se ne može utjecati važe npr. prirodne katastrofe: zemljotres, požar, epidemija, poplava, mraz, oluja, udar groma itd., kao i određeni političko-društveni događaji kao što su rat, revolucija, ustanak, sabotaža, zatvaranja određenih saobraćajnica ili aerodroma. Ovdje se mogu ubrojati i sljedeće državne mjere: zabrana izvoza i uvoza, ograničenja deviznog poslovanja, embargo, bojkot ili slično. U ovaj krug se pod određenim uvjetima ubrajaju značajne privredne teškoće i radikalne tržišne promjene, koje onemogućavaju ispunjenje koje bi bilo saobrazno ugovoru: drastična eksplozija cijena, izuzetno slabljenje jednog platežnog sredstva itd. Na drugoj strani organizacione ili druge smetnje u vlastitom pogonu, ponašanje zaposlenih jedne ugovorne strane, poteškoće nabavke na tržištu itd. ne smatraju se okolnostima koje leže van kontrole strane koja je povrijedila ugovor. Sudovi moraju kod razmatranja svih okolnosti svakog pojedinog slučaja odlučiti da li je jedna smetnja zbog koje nije došlo do ispunjenja u skladu s ugovorom predstavlja razlog koji je ležao van kontrole ugovorne strane ili ne.

Druga je pretpostavka da se s okolnošću koja leži van kontrole u vrijeme zaključenja ugovora objektivno nije moglo računati. Neće doći do oslobađanja od odgovornosti za štetu, uprkos tome što je prepreka za ispunjenje ležala van utjecaja štetnika, ako je ugovorna strana, koja je bila obavezna na ispunjenje, u vrijeme zaključenja ugovora morala na objektivnan način, dakle s pozicije jednog razumnog trećeg na mjestu štetnika, s tom okolnošću računati (npr. sa zatvaranjem nekog saobraćajnog puta ili s određenom državnom intervencijskom mjerom).

Treća pretpostavka za oslobađanje je, da se nije moglo očekivati, da će stranka moći otkloniti okolnost koja sprečava ispunjenje u skladu s ugovorom ili barem otkloniti štetne posljedice koje iz nje rezultiraju. Ovo mjerilo očekivanja je objektivne prirode; ono formulira jednu pretpostavku, koja važi iz perspektive jednog razumnog trećeg, koji bi se nalazio u situaciji oštećenog. Dok se druga pretpostavka, naime predvidivost prepreke, prema MGZ mora prosuditi prema vremenu zaključenja ugovora (*ex ante*), ova treća pretpostavka se mora procijeniti prema momentu povrede ugovorne obaveze.

d) Klauzula predvidivosti

MGZ polazi i u oblasti ugovorne odgovornosti od pune reparacije. Ovo znači da šteta koja se ima nadoknaditi u osnovi obuhvata kako štetu koja je vezana za samo neizvršenje obaveze (tzv. neposredna šteta) kao i štetu nanesenu ostaloj imovini ovlaštenog lica (tzv. posljedična šteta) kao i izmaklu dobit. Strana koja je povrijedila

³¹ Uporediti takođe PECL [član 8:108 (1)], DCFR [član III.-3:104] i UNIDROIT-principe [član 7.1.7 (1)].

ugovornu obavezu uvijek mora računati s tim da će morati nadoknaditi štetu koja je odista nastala zbog neizvršenja ugovorne obaveze (*damnum emergens*). U ovom području princip pune naknade dolazi bez ikakvog ograničenja do punog izražaja. Ovome se dodaju troškovi učinjeni da se spriječi nastanak posljedica povrede ugovora, troškovi zamjenske kupovine u slučaju neispunjenja obaveze, zakašnjenja ili nedostataka u ispunjenju i kod nepravilnog ispunjenja štete koje potiču od mana stvari.

Pooštrenje pretpostavki za ekskulpaciju (adekvatna normativna alokacija šteta) opravdava odgovarajuću normativnu podjelu rizika, tj. ograničenje visine posljedične štete i izmakle dobiti. U ovim pitanjima je sudska praksa još u primjeni starog Građanskog zakonika postavila granice i napravila izuzetke od principa pune naknade štete. Ovdje su sudske odluke primijenile različite metode. Nekada su odbijale (djelimično) zahtjev za naknadu štete zbog nedostatka dokaza; u drugim slučajevima je obrazloženje bilo da nedostaje uzročna veza. Naročito prekid uzročnog lanca je često služio kao ograničavajući momenat u pogledu visine naknade štete. Ovo se može smatrati prirodnim jer najzad uzročno-posljedični lanac štetnih posljedica teoretski je beskrajno dug i sud može ograničiti odgovornost za štetu prekidom kauzalnog lanca, a da time ne naruši princip potpune naknade štete. Ograničenje odgovornosti putem prekida uzročnog lanca odvija se u prvoj liniji primjenom teorije adekvatnosti. Sudske odluke ograničavaju kauzalni neksus između povrede ugovora i posljedičnih šteta odnosno izmakle dobiti nerijetko s nekim drugim, dogmatski djelimično nepreciznim obrazloženjima (npr. sa suviše labavom ili dalekom vezom između štetne radnje i štete i sl.).³²

MGZ želi da visinu posljedične štete i izmakle dobiti (*lucrum cessans*), do kojih je došlo povredom ugovora, ograniči u pogledu iznosa kroz postavljanje *klauzule predvidivosti*.³³ Neposredni uzor za ovu klauzulu nalazi se u članu 74 Bečke konvencije Ujedinjenih nacija o pravu prodaje (CISG), kojem je kumovala pravna misao koja potiče iz nekih nacionalnih pravnih poredaka, u prvoj liniji iz *common lawa*.³⁴ Klauzula predvidivosti je oprobano sredstvo za podjelu tržišnih i drugih rizika koji nastaju na osnovu ugovora između stranaka. On svaku stranu motivira da informira ugovornog partnera prilikom zaključenja ugovora koje se štetne posljedice mogu očekivati kao posljedica povrede ugovora, a naročito o mogućem *lucrum cessans* ili posljedičnim štetama. Ukoliko jedna ugovorna strana ne informira drugu ugovornu stranu o rizicima koje ona predviđa, ali

koji nisu poznati, eventualno uzrokovanu štetu će morati snositi sama oštećena strana. Ograničenje predvidivosti ima za osnovni cilj isključenje neuobičajenih, vanrednih, nepredvidivih šteta koje se stoga ne mogu kalkulirati. Rizici šteta, koje bitno prevazilaze uobičajene posljedice jednog ugovora, mogu se u pravilu objelodaniti jedino kroz posebna obavještenja. Ako se poznaju rizici od nastupanja šteta može se donijeti jedna realistična odluka da li će se zaključiti ugovor i kakve će biti njegove odredbe: naime, o činidbi suprotne strane, o eventualnim ograničenjima odgovornosti odnosno o zaključenju dodatnog osiguranja itd. Klauzula predvidivosti je istovremeno jedno fleksibilno sredstvo za suca kod raspodjele izgubljene dobiti i posljedičnih šteta nastalih povredom ugovora. Uporedo s tim ova klauzula bolje odgovara načinu posmatranja iz aspekta ugovornog prava i tržišno orijentiranog poslovnog načina mišljenja. Mora se ipak priznati, da rizik u vezi sa štetom koju ne može predvidjeti ni jedna strana i s rješenjem MGZ-a takođe ostaje kod oštećene stranke. Ova posljedica ipak nije pogreška klauzule predvidivosti već mnogo više proizlazi iz općeg principa snošenja opasnosti za štetu: *casus sentit dominus* (slučaj šteti vlasniku – prim. prev.).

Klauzula predvidivosti znači da dio posljedične štete i izgubljene dobiti koji se mora nadoknaditi ne može prevazići onaj gubitak, kojeg je dužnik – na osnovu činjenica i okolnosti, koje je kao moguće posljedice povrede ugovora poznavao ili morao poznavati u momentu zaključenja ugovora – predvidio odnosno morao predvidjeti. Ovo pravilo ograničava, dakle, rizik dužnika na štetu koja se u trenutku zaključenja ugovora mogla prepoznati i kalkulirati. Kod određenja visine štete koja se ima nadoknaditi, zahtjev predvidivosti odnosi se isključivo na onu štetu koja je nastala kod ugovornog partnera odnosno njenu veličinu i samo po sebi razumljivo ne na samu povredu ugovora i druge pretpostavke odgovornosti (na uzročnu vezu i tri pretpostavke ekskulpacije). Predvidivost koja bi na ovaj način bila proširena, utjecala bi ne samo na visinu štete, nego i na osnov odgovornosti. Predvidivost se odnosi isključivo na one štetne posljedice, od kojih se stranka koja povređuje ugovor ne može osloboditi.

MGZ ovdje primjenjuje pojam predvidivosti takođe u objektivnom smislu. U skladu s tim, zahtjev predvidivosti se ne određuje prema konkretnom štetniku, već prema trećoj razumnoj osobi koja bi se našla u istoj situaciji kao i štetnik. Odgovornost strane koja je povrijedila ugovor ne proteže se stoga samo na štetu koju je ona odista predvidjela, već na sve one štetne posljedice, koje je mogla predvidjeti osoba koja se nalazila u istoj situaciji i koja je djelovala razumno i savjesno. Anticipirano znanje se uzima u obzir samo u pogledu onih činjenica i okolnosti koje je stranka prilikom zaključenja ugovora znala ili je morala znati. Stranka koja je povrijedila ugovor bi morala u svakom slučaju nadoknaditi cjelokupne štetne posljedice koje se smatraju uobičajenim u određenoj poslovnoj grani. Ovdje je uključeno i sve

³² O ovome vidjeti Á. Fuglinszky, *Mangelfolgeschäden im deutschen und ungarischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck 2007) posebno str. 78. i dalje, 295. i dalje, 307. i dalje.

³³ Vidi o ovome Á. Fuglinszky, op. cit., fn. 31, str. 492 i dalje.

³⁴ Uporediti takođe član 9:503 PECL, član III.-3:703 DCFR i član 7.4.4 UNIDROIT principa.

ono s čim je povjerilac upoznao dužnika prije zaključenja ugovora. Dužnik mora snositi uobičajene rizike u pogledu konkretnog ugovora, onda i to samo onda, ako je on ove rizike u vrijeme zaključenja ugovora odista poznao ili morao poznavati. Povjeriočeva obaveza informiranja odnosi se naročito na njegova očekivanja koja on ima od ugovora, svrhu ispunjenja, posebnu poslovnu situaciju itd. Zahtjev predvidivosti ne ide tako daleko da ugovorna strana mora poznavati očekivane rizike u svim njihovim detaljima niti da mora poznavati tačnu visinu štete. Dovoljno je, ali istovremeno i neophodno, da je stranka mogla prepoznati, da ako eventualno povrijedi ugovor to može uzrokovati ovu ili onu štetu u otprilike ovoj ili onoj visini.

MGZ postavlja – kako bi izbjegao nesigurnost nastalu u međunarodnoj pravnoj praksi u kontekstu člana 74 CISG-a – nedvosmisleno jasno da na oštećenoj strani leži teret dokaza o tome da je štetnik prepoznao (odnosno morao predvidjeti) nastupanje štetne posljedice i obim svoje povrede ugovora. Klauzula predvidivosti ne stvara nikakve dodatne eksculpacione razloge za štetnika, zbog kojih bi na njemu ležao teret dokaza. Budući da je šteta koja se ima nadoknaditi (i njena visina) jedna osnovna pretpostavka za odgovornost dužnika, teret dokaza da je šteta nastala leži isključivo na strani oštećenog povjerioca. Ovo rješenje je nužno takođe zato da bi se postigao cilj klauzule predvidivosti: da bi, naime, dužnik u momentu zaključenja ugovora na osnovan i svjestan način mogao zauzeti stav o riziku koji preuzima zaključenjem ugovora, mora imati odgovarajuća saznanja o stvari i to ponajprije od strane svog ugovornog partnera (tj. od strane dužnika, a kasnije oštećene strane). Povjerilac se mora starati o tome da obavijesti dužnika da on može – po mogućnosti detaljno upoznat s rizicima od šteta – odlučiti da li će ih preuzeti, šta će zahtijevati kao protučinidbu za to preuzimanje rizika odnosno da li će prevaliti te rizike na osiguravatelja.

U pogledu predvidivosti štetnih posljedica mjerodavan je momenat zaključenja ugovora. U ovom momentu stranka može odlučiti o zaključenju ugovora odnosno o konkretnim obavezama koje će iz njega rezultirati. Informacije dobijene nakon zaključenja ugovora mogu u osnovi samo onda utjecati na odgovornost dužnika, kada stranke na osnovu toga na odgovarajući način izmijene ugovor. Prema osnovnom pravilu dužnik odgovara samo u mjeri, u kojoj su posljedice povrede ugovora bile predvidive već u momentu zaključenja ugovora. Drugačije je, ipak, ako je ugovor povrijeđen namjerno ili iz grube nepažnje.³⁵ U takvom jednom slučaju dužnik bi morao računati i s informacijama i okolnostima koje su nastupile nakon zaključenja ugovora, budući da dužnik koji je namjerno ili iz krajnje nepažnje povrijedio ugovor mora odgovarati za one štetne posljedice koje su se mogle predvidjeti u vrijeme povrede ugovora.

V. Fazit

Kod jedne kasne kodifikacije treba pokušati da se od nužde napravi prednost. To prije svega znači da se treba voditi računa o izazovima modernog razvoja i iskustvima drugih pravnih poredaka. Da li je u Mađarskoj donošenjem MGZ-a to postignuto, pokazat će vrijeme.

Prof. Dr. Dr. h. c. Lajos Vékás

Über das neue ungarische Zivilgesetzbuch

(Zusammenfassung)

Seit 15. März 2014 regelt in Ungarn ein neues Zivilgesetzbuch die privatrechtlichen Verhältnisse, was in diesem Beitrag kurz, aber umfassend dargestellt wird. Hierbei wird als erstes die Kodifikationsgeschichte dargestellt. Dabei wird ausgeführt, dass die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse, vor allem die neue Rolle des Privateigentums und die Wiederherstellung der Marktwirtschaft, das alte Zivilgesetzbuch Ungarns reformbedürftig gemacht und teilweise überholt haben. Diese grundlegenden Änderungen im Privatrecht haben in Ungarn, ebenso wie in anderen zentral- und osteuropäischen Staaten in den 1990-er Jahren, die Frage nach einer Neukodifikation auf nationaler Ebene aufgeworfen. Dieser historischen Aufgabe wurde in Ungarn, so der Autor, mit gebührender Sorgfalt begegnet. Die Arbeiten dauerten über ein Jahrzehnt, nämlich von 1998 bis 2011 als die Kommission die finale Version des Entwurfes der Regierung übergeben hat.

Der Autor des Beitrages, der Leiter der Kodifikationskommission war, beschreibt die konzeptuellen und dogmatischen Dilemmata, die vorab zu lösen waren. Bei der Ausarbeitung des Konzepts wurde bewusst der Sinn einer späten Kodifikation im 21. Jahrhundert auf nationaler Ebene hinterfragt. Diesbezüglich gelang man jedoch zu der Auffassung, dass Ungarn, ebenso wie auch andere zentral- und osteuropäische Staaten die Entwicklung auf der europäischen Ebene nicht abwarten konnte. Während manche der genannten Länder (zB Slowenien) die verschiedenen Privatrechtsgebiete durch Sondergesetze geregelt haben und andere, wie zB Lettland, alte, vor dem Zweiten Weltkrieg verabschiedete Gesetze wieder anwenden, schuf Ungarn eine umfangreiche neue Kodifikation.

Ziel dabei war es nicht ein völlig neues Gesetz zu schaffen, sondern das bisherige Privatrecht zu erneuern und zu verbessern sowie redaktionelle und strukturelle Änderungen durchzuführen. Darüber hinaus wurden nur dort, wo dies erforderlich war, wesentliche inhaltlichen Änderungen vorgenommen. Dabei hat das ungarische Zivilgesetzbuch (ZGB) nicht ein bestimmtes ausländisches Privatrecht als Modell übernommen. Die klassischen Zivilkodifikationen haben in die früheren Entwürfe einer Zivilkodifikation aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts Eingang gefunden, die wiederum das ungarische Zivilgesetzbuch aus dem Jahre 1959 beeinflusst hatten. Darüber hinaus wurden auch internationale Konventionen wie CISG und private Modellgesetze wie PECL, DCFR und die UNIDROIT-Prinzipien berücksichtigt. Von den ausländischen nationalen Kodizes spielte dagegen lediglich das neue niederländische Burgerlijk Wetboek eine gewisse Vorbildrolle, insbesondere was seinen strukturellen Aufbau und die Integrierung der EU-Richtlinien betrifft.

³⁵ Slično rješenje je sadržano takođe u členu 9:503 PECL, členu III.-3:703 DCFR, ali ne i u členu 7.4.4 UNIDROIT principa.

Weiter wird ausgeführt, dass diese Kodifikation als Ergebnis langer Diskussionen von einem monistischen Ansatz ausgeht.

Eine besondere Herausforderung stellte die Frage der Einarbeitung der europäischen (Verbraucher)Richtlinien in die neue Kodifikation dar. Dabei wurde in Ungarn keine einheitliche, sondern drei unterschiedlichen Vorgehensweisen gewählt. In einigen Bereichen wurden entsprechende Regelungen in Spezialgesetzen formuliert, in anderen wurden die Richtlinien in einem Sondergesetz über den Verbraucherschutz umgesetzt. Einige richtlinienumsetzende Bestimmungen, die Kernfragen des Vertragsrechtes betreffen (missbräuchliche Klauseln, Gewährleistungsrecht) wurden in das ZGB integriert.

Die Struktur des ZGB ist Ausdruck der Absicht des Gesetzgebers möglichst breite Gebiete des Privatrechtes, darunter das Familienrecht und das materielle Gesellschaftsrecht, in einem Gesetz zu regeln. Das ZGB besteht aus 8 Büchern, nämlich den einführenden Vorschriften, den Bestimmungen über natürliche und juristische Personen, dem Familienrecht, dem Sachen- und Schuld- sowie dem Erbrecht. Abgeschlossen wird das Gesetz durch Schlussbestimmungen. Einen allgemeinen Teil im Sinne des deutschen BGB gibt es nicht. An dessen Stelle treten die erwähnten einführenden allgemeinen Prinzipien.

Die wichtigsten Änderungen stellen die Einbeziehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und das neue Schadenersatzrecht wegen Leistungsstörungen dar.

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte wird über eine Generalklausel gewährleistet. Die Regelungen hinsichtlich einzelner Persönlichkeitsrechte stellen im ZGB lediglich eine beispielhafte Aufzählung dar (Wie in der ständigen Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts wird der Schutz der menschlichen Persönlichkeit auch im ZGB aus dem Recht auf die Würde des Menschen abgeleitet.).

Ein wesentlicher Unterschied zum alten Zivilgesetzbuch von 1959 besteht bezüglich des vertraglichen und außervertraglichen Schadenersatzrechts. Während das frühere Gesetz bezüglich aller Schadenersatzansprüche auf der gleichen prinzipiellen Grundlage aufbaute, hat das neue ZGB einen anderen Ansatz. In der Arbeit stellt der Autor dar, warum dieses einheitliche System nicht mehr aufrechterhalten werden konnte, und stellt die neuen Lösungen vor. Dabei wird dargestellt, dass einerseits bei der vertraglichen Schadenersatzhaftung die Exkulpationsmöglichkeit der vertragsverletzenden Partei vom Verschuldensprinzip losgelöst und dadurch verschärft wird, während andererseits die Höhe der zu ersetzenden Folgeschäden und des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) auf den, von der vertragsverletzenden Partei bei Vertragsabschluss vorhersehbaren Schaden begrenzt wird.

Prof. Dr. Dr. h. c. Lajos Vékás

About the new Hungarian Civil Code

(Summary)

Since March 15, 2014 a new Civil Code in Hungary regulates the private law relationships. This Civil Code will be described briefly but comprehensively in this paper. Thereby the history of codification will be presented firstly. At the same time it will be explained that the changed social conditions, in particular the new role of private ownership and the re-establishment of market economy, have made the old Civil Code of Hungary outdated and partly overhauled. These fundamental changes

in private law have in Hungary, as well as in other Central and Eastern European countries, raised the question of new codification at national level in the 1990s. This historic task in Hungary has, according to the author, been met with due diligence. The work continued for more than a decade, namely from 1998 to 2011, before the Commission handed over the final version of the draft to the government.

The author of this article, who acted as the head of the Codification Commission, describes the conceptual and doctrinal dilemmas that had to be solved in advance. In developing the concept the sense of late codification in 21st century has consciously been questioned at the national level. In this regard, however, the view was taken that Hungary, as well as other Central and Eastern European countries, could not wait for the development at the European level. While some of these countries (e.g. Slovenia) regulated various areas of private law by special laws, and other countries, such as Latvia, decided to apply old laws enacted before the Second World War, Hungary created a comprehensive new codification. In doing so the goal was not to create a completely new law, but to renew and to improve the existing private law, as well as to carry out editorial and structural changes. Furthermore, substantive changes have been made only where this was necessary. However, the Hungarian Civil Code (HCC) has not taken over any specific foreign private law as its model. The classic civil codifications have found their way in earlier drafts of codification from the first half of 20th century which again influenced the Hungarian Civil Code from the year 1959. In addition, concepts from older Hungarian laws and draft laws found their way into the new law. Moreover, international conventions such as CISG and private model laws as PECL, DCFR and UNIDROIT principles were taken into account. When it comes to foreign national codes only the new Dutch Civil Code played a certain role model, especially with regard to its structural design and integration of the EU directives.

Further it is explained that this codification emanates as a result of long discussions lead from a monistic approach.

A special challenge was the question of the incorporation of the European (consumer) directives into the new codification. In this case uniform no approach has been chosen in Hungary but three different approaches. In some areas respective regulations have been formulated in special laws, while in others the directives have been implemented in a special law on consumer protection. Some provisions from the directives that needed to be transposed and contained the core issues of contract law (unfair terms, warranty law) were incorporated into the Civil Code; for the protection of consumers, however, a special law was enacted. The structure of the Civil Code is an expression of the legislator's intention to regulate private law in one act as wide as possible, including family law and the substantive company law. The Civil Code consists of 8 books, namely introductory provisions, the provisions on natural and legal persons, family law, property law, contract law and succession law. The Code is completed by final provisions. A general part as known in the German Civil Code does not exist. The aforementioned introductory provisions come in that place. The most important changes are the inclusion of universal personal rights in a general clause of the Civil Code and the new law on damages for impairment of performance. The protection of personal rights is ensured through a general

clause. The provisions only mention some cases of violation of personality rights by way of example. (As in the consistent practice of the Hungarian Constitutional Court, so is the protection of human personality in the Civil Code also derived from the right to human dignity.)

A major difference from the old Civil Code from 1959 exists in relation to the contractual and non-contractual claims for damages. While the previous law was based on the same principled regarding all these claims, the new Civil Code has a different approach. In the paper the author explains why this unified system could no longer be maintained, and introduces the new solutions. It is shown that on the one hand in the case of contractual liability for damages the possibility for exculpation of the breaching party is detached from the fault principle and thus tightened, while on the other hand, the amount of reimbursable damages and lost profits (*lucrum cessans*) is limited to the damage that was foreseeable by the breaching party in the moment of contract conclusion.

Unutra ili vani?

Tumačenje propisa o ugovorima zaključenim van poslovnih prostorija u svjetlu njemačkog i evropskog prava

Prof. dr. Zlatan Meškić

UDK: 346.548:061.1EU
347.4:366]:061.1EU

1. Uvod

Ugovori zaključeni van poslovnih prostorija do sada nisu pronašli odgovarajuću pažnju u nauci i praksi, kako u BiH tako ni u regionu.¹ Pri tome su ugovori zaključeni van poslovnih prostorija u pravo EU uvedeni prvom direktivom u cijelom nizu direktiva kojom je započeo proces stvaranja ugovornog prava EU.² Radi se o Direktivi 85/577/EEZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija od 20. decembra 1985. godine,³ koja je sada zamijenjena Direktivom 2011/83/

EU o pravima potrošača od 25. oktobra 2011. godine.⁴ Propisi o zaštiti potrošača prilikom sklapanja ugovora van poslovnih prostorija imaju posebno široko područje primjene, jer nisu ograničeni na određenu vrstu ugovora, nego načelno obuhvataju sve vrste ugovora zaključenih u situacijama van poslovnih prostorija trgovca. Osnovno pitanje na koje se treba odgovoriti kako bi se utvrdilo da li će potrošač uživati zaštitu iz ovih propisa, jeste kada se smatra da je ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija. Propisi o zaštiti potrošača prilikom sklapanja ugovora van poslovnih prostorija u BiH nastali su implementacijom propisa iz EU, koristeći njemački Građanski zakonik (BGB) kao uzor prilikom implementacije pojedinih odredbi iz prava EU. Utoliko do sada veoma razvijena njemačka nauka i praksa u pogledu odredbi o ugovorima zaključenim van poslovnih prostorija može pomoći pri razumijevanju njihove svrhe i dosega. Kompleksnosti pravne situacije doprinosi činjenica da je u pravo BiH implementirana Direktiva 85/577/EEZ, ali ne i nova Direktiva 2011/83/EU. Za to vrijeme je u njemačkom pravu implementacija nove direktive uzrokovala izmjenu odredbi koje su služile kao uzor domaćem zakonodavcu. Utoliko oslonac na ranije njemačke propise sada više nije moguć komparativnom metodom tumačenja nego samo historijskom, a tumačenje u svjetlu evropskog prava nalaže davanje prednosti tumačenju domaćih propisa kojim se ostvaruje sklad s neimplementiranom Direktivom 2011/83/EU.⁵ Stoga će ovaj rad biti posvećen rasvjetljenju situacija za koje je zakonodavac BiH predvidio zaštitu propisima o ugovorima sklopljenim van poslovnih prostorija. Naglasak će biti stavljen na ispunjenje obaveze tumačenja u svjetlu evropskog prava iz harmonizacijske klauzule Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, oslanjajući se na uticaj njemačkog zakonodavstva na domaći ZZP, u svrhu korištenja bogate njemačke nauke i prakse.

2. Pravni izvori zaštite potrošača prilikom sklapanja ugovora van poslovnih prostorija u BiH

Ugovori zaključeni van poslovnih prostorija uvedeni su u pravo BiH u okviru prve kodifikacije potrošačkog prava 2002. godine, kada je donesen Zakon o zaštiti potrošača BiH.⁶ Zakon je izvorno predviđen kao privremeno rješenje, jer je u njegovom čl. 140. ZZP 2002 bilo propisano da će se odredbe člana 48. do člana 110. primjenjivati do stupanja na snagu zakona koji regulišu obligacione odnose u Bosni i Hercegovini (čl. 48–110. ZZP 2002 odgovaraju današnjim

¹ Do sada najzapaženija analiza imala je za primarnu svrhu da ponudi vrijedan komparativni pregled rješenja implementacije ove direktive u regionu, bez mogućnosti da ulazi u opširnu analizu njenih odredbi; Ch. Jessel-Holst/G.Galev, eds., *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu-Izbor radova i analiza* (Beograd, GTZ 2010) str. 610 i dalje.

² M. Baretić, 'Zaštita potrošača u Europskoj zajednici', u N. Gavella, ed., *Evropsko privatno pravo* (Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu 2002) str. 179.

³ Direktiva 85/577/EEZ/EEZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija, Sl. list 1985, L 372 str. 31.

⁴ Sl. list EU 2011, L 304/64.

⁵ Vidi u nastavku pod tačkom 3.

⁶ Sl. glasnik, br. 17/02; Vidi S. Petrić, 'Kritički osvrt na Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini', *Zbornik radova: Drugo međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse – Neum 2004* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2004), str. 185 i dalje.

čl. 39–93. ZZZP 2006). Tako su i propisi o ugovorima zaključenim van poslovnih prostorijama (bivši čl. 48. i 49. ZZZP 2002) imali privremeni karakter. Naime, gotovo paralelno je pokrenuta inicijativa za stvaranje novog zakona o obligacionim odnosima FBiH/RS koja je 2003. godine rezultirala stvaranjem veoma kvalitetnog Nacrta Zakona o obligacionim odnosima FBiH/RS (NZOO)⁷. U tadašnji NZOO implementirano je čak 12 potrošačkih direktiva, među kojima je bila i Direktiva 85/577/EEZ, čime bi se u potpunosti oduzelo područje primjene ZZZP 2002 u pogledu obligacionog prava, koje čini njegov većinski dio. Usljed nedostatka političke volje, NZOO nikada nije ušao u parlamentarnu proceduru. Nakon neuspjeha NZOO odlučeno je da se reformišu ZZZP 2002 i donesen je novi Zakon o zaštiti potrošača 2006. godine,⁸ koji jeste u pojedinim segmentima zamijenio neka nesretna rješenja iz ZZZP 2002, ali predstavlja samo blagu evoluciju potrošačkog prava, umjesto prijeko potrebne revolucije. ZZZP 2006 je u pojedinačnim segmentima preuzimao rješenja NZOO, ali to nije značajnije doprinijelo ukupnom kvalitetu, jer su se izmjene vršile na nesistematičan način. Ipak, upravo izmjene koje su vršene po uzoru na NZOO donijele su uticaj njemačkog prava u ZZZP. Ovo se prije svega odnosi na regulaciju ugovora zaključenih van poslovnih prostorija i nepoštenih odredbi u općim ugovornim uslovima.⁹

U pogledu ugovora van poslovnih prostorija, kao što je već napomenuto, zakonodavac BiH nije implementirao Direktivu 2011/83/EU. Direktivu 2011/83/EU države članice trebale su implementirati do 13. decembra 2013. godine, a primjenjuje se na ugovore zaključene poslije 13. juna 2014. godine. Ova direktiva propisuje načelo maksimalne harmonizacije umjesto do tada zastupljenog

principa minimalne harmonizacije. U svom čl. 4. Direktiva 2011/83/EU propisuje da države članice ne smiju zadržati postojeće ili uvoditi nove propise kojima odstupaju od odredbi Direktive, osim ako Direktivom to nije izričito dopušteno, neovisno o tome da li tim nacionalnim propisima pružaju viši ili niži nivo zaštite potrošača. Princip minimalne harmonizacije, koji državama članicama dozvoljava da zadrže postojeće propise ili uvedu nove propise kojima će unutar područja primjene Direktive pružati veću zaštitu od one pružene u direktivi, do sada je bio nužan da bi države članice uopće pristale na donošenje propisa na nivou EU u oblasti građanskog prava.¹⁰ Ovaj princip je u većoj mjeri uzimao u obzir pravnu tradiciju država članica,¹¹ a istovremeno stvarao jedan minimalni standard zaštite za potrošače neovisno o njihovom boravištu.¹² Komisija je kod direktiva novijeg datuma napravila promjenu iz minimalne u maksimalnu harmonizaciju.¹³ Promjena u načelo maksimalne harmonizacije odražava se na obavezu države, koja je potpisnica sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, da tumači nacionalne propise u svjetlu prava EU.

3. Obaveza tumačenja potrošačkih propisa BiH u svjetlu prava EU

Uzimajući u obzir politički cilj neke države nečlanice da pristupi EU, naročito u državama koje su sklopile sporazum o stabilizaciji i pridruživanju s EU i državama članicama EU (SSP), postavlja se pitanje da li su sudovi već prije pristupanja obavezni da tumače nacionalno pravo u skladu s evropskim pravom. Ovakva obaveza može se s jedne strane izvesti iz harmonizirajuće klauzule u SSP-u i s druge strane iz načela lojalnosti iz SSP-a.¹⁴ Poštivanje SSP-a kao

⁷ Nacrt Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/ Republike Srpske od 16. 6. 2003. dostupan je na: ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligaciono_pravo.pdf; Vidi B. Morait/A. Bikić, *Objašnjenja uz Nacrt Zakona o obligacionim odnosima* (Sarajevo, GTZ 2006); U 2010. godini u parlamentarnu proceduru na državnom nivou puštena je izmijenjena verzija NZOO, iz koje je izbačena implementacija šest direktiva EU, uz dodatne *ad hoc* izmjene u implementaciji preostalih šest, koje su pojedinačno umanjile kvalitet sadržaja. Ni Prijedlog ZOO iz 2010. nije prošao parlamentarnu proceduru, tako da je veći dio potrošačkih direktiva isključivo implementiran u važeći ZZZP.

⁸ Sl. glasnik, br. 25/06; B. Morait, 'Osnovni vidovi pravne zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini', 8 *Pravna riječ*, (2006), str. 87 i dalje; M. Povolakić, 'Die Schuldrechtsreform in Bosnien und Herzegowina und der Konsumentenschutz, unter besonderer Berücksichtigung der Umsetzung der Klauselrichtlinie', u R. Welser (Hrsg.), *Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa* (Wien, Manz 2010) 162.

⁹ Siva i crna lista nepoštenih odredbi doslovno je preuzeta iz § 308 i § 309 njemačkog BGB; Vidi Z. Meškić, 'Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Bosne i Hercegovine', u A. Nuni, et al., *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu – Izbor radova i analiza* (Skoplje, Centar SEELS 2012), str. 170 na str. 180.

¹⁰ Ch. Kammerer, *Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa – Das Verbraucherschützende Widerrufsrecht der §§ 355 ff. BGB im Lichte der europarechtlichen Vorgaben und im Vergleich zum Code de la consommation* (Hamburg, Kovač 2004) str. 16.

¹¹ A. Herwig, *Der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang 2002) str. 66.

¹² F. Lehmann, *Die Rezeption des europäischen Verbraucherschutzes im österreichischen Recht* (Frankfurt am Main, Peter Lang 2002) str. 61.

¹³ Direktiva 2002/65/EZ o oglašavanju finansijskih usluga za potrošače na daljinu, Sl. list EU 2002, L 271 str. 16; Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi, Sl. list EU 2005, L 149, str. 22; Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu, Sl. list EU 2008, L 122 str. 66; Direktiva 2008/122/EZ o zaštiti potrošača u odnosu na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu upotrebu nekretnine, o dugoročnim proizvodima za odmor, preprodaji i razmjeni, Sl. list EU 2009, L 33 str. 10.

¹⁴ T. Čapeta/S. Rodin, *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu* (Zagreb, Pravosudna akademija 2008) str. 46 i dalje; S. Rodin, 'Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u

međunarodnog ugovora obaveza je koja u hijerarhiji stoji iznad zakona i ispod ustava.¹⁵ Harmonizirajuća klauzula s gotovo identičnom formulacijom u svim SSP u regionu nalaže državi potpisnici da “osigura postepeno usklađivanje svog postojećeg i budućeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Zajednice (*acquis*).” Ta obaveza podrazumijeva osiguranje “primjerene provedbe i primjene postojećeg i budućeg zakonodavstva.”¹⁶ Prema načelu lojalnosti “strane će preduzeti sve opće ili posebne mjere koje su potrebne za ispunjavanje svojih obaveza prema ovom sporazumu. One će osigurati postizanje ciljeva utvrđenih u ovom sporazumu.”¹⁷ Primjena i provedba cijelog *acquis communautaire* predstavlja ogroman zadatak s vremenskog i materijalnog aspekta, tako da svako čekanje suprotno ukazanoj volji pristupa, predstavlja *venire contra factum proprium*.

Stoga države (potencijalne) kandidatkinje već prije pristupanja EU imaju obavezu da već preuzeto pravo EU u domaći pravni poredak, tumače u skladu sa značenjem koje ti pravni izvori imaju u EU odnosno prema postojećoj praksi Suda EU. Potvrdu možemo pronaći u propisima o konkurenciji u SSP, koji nalažu da će svako njihovo kršenje biti ocijenjeno na osnovu kriterija koji proizlaze iz propisa o konkurenciji koji vrijede u EU (ex EZ), a naročito na osnovu čl. 101., 102., 106. i 107. UFEU (ex čl. 81., 82., 86. i 87. Ugovora o EZ), i instrumenata za tumačenje koje je usvojila EU (ex EZ).¹⁸ Kada se govori o pravnoj stečevini Zajednice, jasno je da se misli i na propise koji su nastali nakon potpisivanja SSP-a, jer bi u protivnom BiH u trenutku ulaska u EU, do kojeg će proteći još nekoliko godina, bila na pravnom stanju EU iz 2008. godine. Na ovaj način priznaje se pravna snaga propisima prava EU u unutrašnjem pravom poretku BiH. Kako će detaljnije biti objašnjeno u nastavku, ta pravna snaga iscrpljuje se u posrednom dejstvu prava EU, a nipošto u

njegovoj neposrednoj primjeni u BiH. Potvrdu možemo naći i u samom Zakonu o konkurenciji (ZK)¹⁹ koji u čl. 43. propisuje da se Konkurencijsko vijeće kao domaći organ koji je nadležan za zaštitu konkurencije u prvom stepenu, “u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije”. Dok je time dokazano da će domaći organi usklađivati pravni poredak s trenutno važećim i budućim pravom EU, može se primijetiti da ova formulacija navodi na zaključak da se Konkurencijsko vijeće može, a ne mora, služiti praksom Suda EU i Komisije, dok čl. 71. st. 2. SSP nalaže obaveznu ocjenu protivpravnosti na osnovu iste. Ovakav pravni stav našeg zakonodavca u mnogome podsjeća na praksu Ustavnog suda Mađarske, u vrijeme kada je kao država kandidatkinja bila u ugovornom odnosu s EU putem sporazuma o pridruživanju. Tada je Ustavni sud Mađarske utvrdio da čl. 62. st. 2. Sporazuma o pridruživanju Mađarske i EU koji formulacijom odgovara čl. 71. st. 2. SSP-a BiH i EU, predstavlja “neustavni transfer legislativnog ovlaštenja, kao dijela državnog suvereniteta na drugo suvereno tijelo”, pa se kriterijumi navedeni u ovom članu ne mogu neposredno primijeniti, ali se moraju “uzeti u obzir.”²⁰ Do jednakog zaključka došao je i Ustavni sud Republike Hrvatske u odluci od 2008. godine.²¹

Tumačenje implementiranog zakonodavstva EU u nacionalno pravo u skladu s evropskim pravom predstavlja novi metod tumačenja nacionalnog zakonodavstva. U evropskom pravu se primjenjuju klasične metode tumačenja, koje su priznate u državama članicama, tačnije gramatičko, historijsko, sistemsko i teleološko tumačenje.²² Ovo važi kako za evropsko javno pravo, tako i za evropsko privatno pravo.²³ Zbog sopstvenog razumijevanja i prirode EU, kao osnovni metod tumačenja javlja se autonomno tumačenje evropskog prava.²⁴ Ovom autonomnom razumijevanju doprinio je Sud EU sa sudskom evolucijom

pravnom poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske, 3–4 *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* (2003) str. 591 i dalje.

¹⁵ Z. Meškić/D. Samardžić, ‘The Application of International and EU Law in Southeast Europe’, u S. Rodin/T. Čapeta, *Judicial Application of International Law in Southeast Europe* (Berlin/Heidelberg, Springer 2015) str. 113.

¹⁶ Vidi čl. 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju potpisanog 16. 7. 2008. između Evropskih zajednica i njihovih država članica s jedne i Bosne i Hercegovine s druge strane; Sl. glasnik BiH, br. 5/08, dodatak “međunarodni ugovori”. SSP je stupio na snagu 1. 6. 2015. godine.

¹⁷ Vidi čl. 75. SSP potpisanog između BiH i EZ.

¹⁸ Vidi čl. 71. st. 2. SSP potpisanog između BiH i EZ; vidi Z. Meškić, ‘Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH – Povodom odluke Suda BiH br. S1 3 U 005412 10 Uvl, 15. 3. 2012, M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo (ASA Auto)’, 8 *Sveske za javno pravo – Blätter für öffentliches Recht* (2012) str. 71; R. Vukadinović, ‘Neposredna primena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju – Usklađivanje domaćeg prava sa pravnim tekovinama Evropske unije’, 12 *Pravni život* (2010) str. 425.

¹⁹ Sl. glasnik BiH, br. 48/05; izmjene Sl. glasnik BiH br. 76/07 i br. 80/09.

²⁰ R. Vukadinović, ‘Neposredna primena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju – Usklađivanje domaćeg prava sa pravnim tekovinama Evropske unije’, 12 *Pravni život* (2010), str. 425 i dalje.

²¹ Odluka Ustavnog suda RH u predmetu U-III-1410/2007 od 13. februara 2008, Narodne novine br. 25/2008.

²² J. Ukrow, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH* (Baden-Baden, Nomos 1995) str. 109 i dalje; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Heidelberg, Springer 1991) str. 320 i dalje.

²³ M. Gebauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts* (Heidelberg, C. Winter 1998) str. 77 dalje.

²⁴ M. Gebauer, ‘Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation’, *Uniform Law Review* (2000) str. 702 i dalje; W. Schröder, ‘Die Auslegung des EU-Rechts’, *JuS 2004*, str. 180 i dalje; R. Böhm, *Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken im Gemeinschaftsrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang 1985) str. 58 i dalje.

prava.²⁵ Odvojeno od toga razvijen je dodatni metod tumačenja koji se naziva tumačenje u skladu s evropskim pravom koje se, poput tumačenja u skladu s ustavom, oslanja na osnovna načela i vrijednosti pravnog sistema.²⁶ Da bi ovo ispoštovao, Sud EU koristi komparativnu metodu tumačenja s interpretacijom nacionalnih ustava.²⁷ Ovo treba strogo razlikovati od neposrednog dejstva prava EU, koje prije pristupanja EU u državama kandidatkinjama, s izuzetkom odredbi SSP-a, ne vrijedi. Uzimajući u obzir da je potrošačko pravo EU gotovo bez izuzetka regulisano direktivama, te da su nacionalni propisi BiH nastali implementacijom tih direktiva, u ovom radu ćemo se fokusirati na tumačenje nacionalnog prava u skladu s direktivama kao formi pravnog akta kakvu nacionalno pravo ne poznaje.²⁸ Direktive prepuštaju implementaciju pravila državama članicama. Ukoliko država članica ne implementira direktivu u navedenom roku, direktiva: 1. ima (vertikalno) neposredno dejstvo, 2. zahtijeva tumačenje nacionalnih propisa u skladu s direktivom, te ukoliko ništa od navedenog nije moguće, 3. uzrokuje državnu odgovornost za štetu nastalu pojedincu zbog loše implementacije ili neimplementacije direktive.²⁹ Putem harmonizirajuće klauzule iz SSP-a, od navedena tri dejstva u državama kandidatkinjama vrijedi samo tumačenje nacionalnog zakonodavstva u skladu s direktivom. To znači da ne postoji neposredna primjena neimplementirane ili loše implementirane direktive, niti državna odgovornost za istu (osim ako takva odgovornost nije utemeljena na nacionalnom pravu).

Ograničenje dejstva direktiva EU na tumačenje potrošačkih propisa BiH u skladu s direktivom, podrazumijeva obavezu tumačenja nacionalnog prava, kojim je neadekvatno implementirana direktiva, u skladu s direktivom. Obaveza za ovakvim tumačenjem se često naziva i posrednim dejstvom direktive³⁰. Nacionalni

organi su obavezni tumačiti odredbe zakona kojim je implementirana direktiva u skladu s odredbama i ciljem direktive u svrhu dodjele prava pojedincima koja im pruža direktiva, a ne pruža zakon, jer je direktiva neadekvatno implementirana u nacionalne propise. Tumačenje nacionalnog prava u skladu s direktivom bit će moguće ako formulacija nacionalne odredbe dozvoljava kako tumačenje kojim bi se ostvario cilj direktive, tako i tumačenje koje bi bilo suprotno cilju direktive, kada se nacionalni organ treba odlučiti za prvo navedeno.³¹ Osnovno pravilo kojeg se mora pridržavati pri tumačenju u skladu s direktivom, jeste da ostane unutar onog značenja koje dozvoljava sama formulacija nacionalnog propisa. Pri tome su nacionalni sudovi obavezni da koriste sve metode tumačenja koje im stoje na raspolaganju kod tumačenja izvorno domaćeg prava da bi ostvarili cilj direktive.³² Sud EU je u stalnoj praksi konstatovao da tumačenje nacionalnog prava u skladu s direktivom, ne smije biti povod za tumačenje nacionalnog prava *contra legem*, niti određivanja retroaktivnog dejstva odredbi direktive i time narušavanja pravne sigurnosti.³³ Tako tumačenja nacionalnih propisa u skladu s direktivom svoju granicu nalaze u opštim načelima prava EU, a najprije u načelu legaliteta, pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnog dejstva.³⁴ Tumačenje u skladu s direktivama ne može biti obavezno u mjeri u kojoj su implementirani propisi, ako direktive to ne zahtijevaju. Stoga obaveza tumačenja nacionalnog prava u skladu s direktivama ne postoji u pogledu nacionalnih propisa koje je zakonodavac donio tzv. "prekomjernom implementacijom" direktive,³⁵ tj. koji obuhvataju područje primjene koje nije obuhvaćeno direktivom ili pružaju viši nivo zaštite u odnosu na direktivu. S druge strane, u presudi *Marleasing*³⁶, Sud EU proširio je načelo tumačenja u skladu s direktivom i na nacionalne propise koji ne služe

²⁵ J. Kühling/O. Lieth, 'Dogmatik und Pragmatik als leitende Parameter der Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht', *EuR* (2003) str. 375; A. Adrian, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre* (Berlin, Duncker & Humblot 2009) str. 545 i dalje.

²⁶ M. Auer, 'Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung' *NJW* (2007) str. 1106 i dalje; F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien, Springer 1991) str. 457.

²⁷ A. Bleckmann, 'Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien', *ZGR* (1992) str. 364 i dalje; C. Kohler/A. Knapp, 'Nationales Recht in der Praxis des EuGH', *ZEuP* (2002) str. 719 i dalje; vidi npr. Sud EU, Knud Wendelboe id r./L.J. Music ApS, in liquidation (Wendelboe), 1985, str. 457; Sud EU, C-26/69, Erich Stauder/Grad Ulm, 1969, str. 419.

²⁸ S. Grundmann/K. Riesenhuber, 'Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts', *JuS* (2001) str. 529 i dalje.

²⁹ Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske unije* (Sarajevo, TDP 2012), str. 189 i dalje.

³⁰ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*

(Kragujevac, Pravni fakultet u Kragujevcu 2008), str. 83; P. Craig/G. de Búrca, *EU Law-Text, Cases and Materials*, (Oxford, Oxford University Press 2008), str. 288; Misita ovo smatra jednim aspektom indirektnog horizontalnog dejstva direktive, vidi N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije* (Sarajevo, Pravni fakultet u Sarajevu 2007), str. 401.

³¹ M. Nettesheim, u E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union-Kommentar* (München, Beck 2009) Art. 249 EGV, tačka 153.

³² Sud EU, povezani predmeti C-397/01 do 403/01, Bernhard Pfeiffer i dr./Deutsches Rotes Kreuz i dr. (Pfeiffer i dr.), 2004, I-8835, tačka 116 i dalje.

³³ Sud EU, C-105/03, Krivični postupak protiv Maria Pupina (Pupino), 2005 I-5285; Sud EU, C-286/06, Impact/ Minister for Agriculture and Food and Others (Impact), 2008 I-2483.

³⁴ Sud EU, C-105/03, Krivični postupak protiv Maria Pupina (Pupino), 2005 I-5285, tačke 44 i 47.

³⁵ M. Habersack/C. Meyer, 'Die Problematik der überschießende Umsetzung von Richtlinien', u K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre* (Berlin, de Gruyter 2006) § 15.

³⁶ Sud EU, C-106/89, *Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (Marleasing), 1990, I-4135, tačka 8.

implementaciji same direktive, čak i na propise koji su donijeti prije same direktive. To je samo dosljedno ako se uzme u obzir da nekada implementacija direktive novim nacionalnim aktom nije ni potrebna, ako odgovarajuće odredbe od ranije postoje u nacionalnom pravu, te da izvršni i sudski organi zajedno sa zakonodavnom vlašću snose obavezu da osiguraju ostvarenje cilja direktive. Tako obaveza koja proizlazi iz čl. 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, zahtijeva od prakse da tumačenjem odredbi ZZP u svjetlu odredbi implementiranih direktiva nastoji otkloniti nedostatke koje je uzrokovao zakonodavac, naravno ostajući unutar najšireg mogućeg jezičkog tumačenja formulacije zakona. Ova obaveza podrazumijeva da se odredbe ZZP uvijek primjenjuju uz istovremeno konsultovanje direktive koja je u tim odredbama implementirana, a samim time i prakse Suda EU donesene u pogledu date direktive.

4. Razlozi zaštite kod zaključenja ugovora van poslovnih prostorija

Za razliku od ugovora zaključenih u poslovnom objektu, kod ugovora zaključenih "na kućnom pragu" ili radnom mjestu postoji opasnost od zaključenja ugovora "na prepad", gdje je krajnji korisnik pretjerano opterećen prilikom donošenja svoje odluke.³⁷ Potrošači se mogu naći pod psihološkim pritiskom mnogo iskusnijeg i namjenski za ove situacije obučenog trgovca i/ili biti iznenađeni ponudom u neobičnom ambijentu.³⁸ Nepripremljenost potrošača ogleda se i u tome što potrošač prethodno nije imao priliku da uporedi kvalitet i cijene proizvoda slične vrste, a zaključenje ugovora može smatrati najprikladnijim načinom da okonča situaciju u kojoj se našao, kao npr. da navede trgovca da konačno napusti njegov stan.³⁹ Ovako nastali informacijski deficit nastoji se otkloniti obavezom trgovca da ponudi određene informacije potrošaču prije i za vrijeme zaključenja ugovora.⁴⁰ Kao centralni instrument zaštite prava potrošača u ovim situacijama predviđeno je pravo na opoziv ugovora, koje je u domaći ZZP implementirano pod terminom "raskid" ugovora.⁴¹ Potrošačko pravo na raskid ugovora je jednostrano

potestativno pravo na opoziv već primljene izjave volje odnosno odustanka od zaključenog ugovora i predstavlja najvažniji instrument za osiguranje svjesne odluke potrošača bez vremenskog pritiska.⁴² Prava potrošača na raskid ugovora imaju za cilj da potrošaču daju priliku da slobodno, bez mogućnosti psihološkog uticaja od strane trgovca, ponovo razmisle o svojoj odluci o zaključenju ugovora i tako im omoguće da naknadno optimalno prerade sve informacije relevantne za ugovor (tzv. "cooling-off period").⁴³ U ZZP BiH ovaj rok iznosi 15 dana od dana zaključenja ugovora (čl. 41. ZZP). Osnovna karakteristika ovog jednostranog prava na raskid ugovora u potrošačkom pravu EU jeste da kao uslov ne postoji nikakav razlog za raskid, tačnije potrošač ugovor raskida bez ikakvog obrazloženja.⁴⁴ Time potrošač zbog kasnije dobivene povoljnije ponude može raskinuti ugovor. Iz toga se čak pojedinačno izvodi zaključak da načelo *pacta sunt servanda* u oblasti potrošačkog prava EU ne vrijedi.⁴⁵ Međutim, primarni cilj prava potrošača na raskid nije osiguranje mogućnosti da potrošač zaista zaključi najpovoljniji posao po njega, nego da se nadoknadi informacioni deficit potrošača i time omogući samostalna odluka o zaključenju ugovora.⁴⁶ Da se na taj način pored zaštite od prebrzog zaključenja ugovora i naknadnog razmišljanja o dobivenim informacijama dodatno daje prilika za otkrivanje povoljnije ponude, iz perspektive zakonodavca EU nije nepoželjno.⁴⁷

5. Situacije u kojima se pruža zaštita

a) Pregovori ili zaključenje ugovora van poslovnih prostorija

Sama Direktiva 85/577/EEZ koja je implementirana u domaće zakonodavstvo predviđa zaštitu isključivo za ugovore zaključene van poslovnih prostorija. Na ovaj način je zaštita ograničena i u čl. 39. ZZP. Time su odškrinuta vrata za zloupotrebu od strane trgovca u situacijama u kojima su kompletni pregovori i volja za zaključenjem ugovora formirani van poslovnih prostorija, dok se samo zaključenje ugovora desilo naknadno u poslovnim

³⁷ A. Masuch, 'Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften', u *Münchener Kommentar-BGB* (München, Beck 2012), §312 BGB, str. 1697.

³⁸ M. Jovanović-Zattila, *Pravo potrošača* (Niš, Pravni fakultet u Nišu 2013) str. 122.

³⁹ G. Wagner, 'Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher', *ZeUP* 2010, str. 243 na str. 261.

⁴⁰ Z. Meškić, *Europäisches Verbraucherrecht-Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven* (Wien, Manz 2008) str. 77.

⁴¹ O terminologiji detaljnije vidi u Z. Meškić, 'Pravo potrošača na raskid ugovora, Načela i vrijednosti pravnog sistema-norma i praksa' (Istočno Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu 2012) str. 181.

⁴² O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags* (Tübingen, Mohr Siebeck 2003) 322.

⁴³ A. von Vogel, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht. Fragen der Kohärenz in Europa: Fragen Der Kohärenz in Europa* (Berlin, De Gruyter 2006) str. 153.

⁴⁴ *Ibid.*, 155.

⁴⁵ A. Thole, *Das europäische verbraucherschützende Widerrufsrecht in §§ 355, 357 BGB – Hintergrund, Rechtswirkungen und Rechtsnatur in vergleichender Betrachtung des französischen und österreichischen Rechts* (Baden-Baden, Nomos 2004) str. 156.

⁴⁶ J. Büßer, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers – Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht* (Frankfurt, Peter Lang 2001) str. 132.

⁴⁷ S. Kind, *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information- aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtsgesetz* (Berlin, Dunker & Humblot 1998) str. 509.

prostorijama. Nacrt Direktive 85/577/EEZ obuhvatao je zaštitu za ugovore koji su pregovarani izvan poslovnih prostorija, ali se ovakvo rješenje nije našlo u konačnoj verziji Direktive.⁴⁸ Ipak su pojedine države članice EU prilikom implementacije Direktive 85/577/EEZ pružile zaštitu i u slučajevima kada je volja za zaključenjem ugovora uspostavljena van poslovnih prostorija.⁴⁹ Direktiva 2011/83/EU izričito predviđa zaštitu kod ugovora koji je “sklopljen u poslovnim prostorijama trgovca odmah nakon što je s potrošačem lično i pojedinačno stupljeno u vezu na mjestu koje nije poslovna prostorija trgovca u istovremenoj fizičkoj prisutnosti trgovca i potrošača”. S obzirom na to da Direktiva 2011/83/EU predstavlja direktivu maksimalne harmonizacije, u § 312b st. 1 br. 3. njemačkog BGB možemo sada pronaći identičnu odredbu. Raniji propis iz § 312 BGB je zahtijevao da izjava volje potrošača mora biti određena od strane trgovca u situaciji van poslovnih prostorija i uzročno-posljedična po zaključenje ugovora. Osnovni izazov će predstavljati kako odrediti da li je ugovor u poslovnim prostorijama sklopljen *odmah* nakon pregovora van poslovnih prostorija, pri čemu bi već vremenski razmak od jednog dana mogao dovesti do gubitka zaštite za potrošača.⁵⁰ Ranija sudska praksa u Njemačkoj dozvoljavala je nekada i protek od nekoliko sedmica, ukoliko je zaista volja formirana van poslovnih prostorija, a bila je uzročno-posljedična po zaključenje ugovora.⁵¹

Odredba iz čl. 39. ZZZP ovdje nudi mogućnost da se bar u jednoj od četiri taksativne situacije, kada se ugovor smatra zaključenim van poslovnih prostorija, obuhvate i situacije u kojima su pregovori vođeni van poslovnih prostorija, a sam ugovor zaključen unutar poslovne prostorije. Naime, čl. 39. ZZZP ugovore smatra zaključenim van poslovnih prostorija kada se zaključuju: 1. u toku poslovnog puta trgovca van njegovih poslovnih prostorija; 2. u toku posjete trgovca kući potrošača ili 3. njegovom radnom mjestu kada se ta posjeta ne dešava po zahtjevu potrošača; i 4. kao rezultat neočekivanog pristupa trgovca potrošaču u sredstvima javnog prijevoza ili na bilo kom drugom javnom mjestu. Tako pod tačkama 1–3 vidimo da ugovor mora biti zaključen u toku puta odnosno posjete, što ne ostavlja prostor da i ugovore koji su naknadno zaključeni u poslovnim prostorijama podvedemo pod ove odredbe. Posljednja situacija, u kojoj se ugovor zaključuje kao rezultat neočekivanog pristupa trgovca, ne zahtijeva zaključenje ugovora van poslovnih prostorija, nego samo da takvo zaključenje bude rezultat situacije koja se

odigrala van poslovnih prostorija. Upravo ova posljednje navedena odredba je i povod pisanja ovog rada, jer ona nije sadržana u čl. 1. Direktive 85/577/EEZ. U ZZZP uvrštena je reformom u 2006. godini kada je preuzeta iz neusvojenog NZOO, a koji je ovu odredbu preuzeo iz ranijeg § 312 njemačkog BGB. Ranija verzija ZZZP iz 2002. godine nije sadržavala ovu situaciju. Utoliko se radi o prekomjernoj implementaciji Direktive 85/577/EEZ, jer se pruža veći nivo zaštite nego što to predviđa direktiva, na način da je dodata još jedna situacija u kojoj su potrošači zaštićeni. Kod prekomjerne implementacije tumačenje zakona u skladu s Direktivom 85/577/EEZ nije obavezujuće, te se tumačenje može orijentisati prema svom historijskom uzoru iz BGB. Ovdje bi se prema ranijem § 312 BGB radilo o primjeni standarda prema kojem se naglasak stavlja na uzročno-posljedičnu vezu između uticaja trgovca ostvarenog van poslovnih prostorija i zaključenja ugovora unutar poslovnih prostorija, koji bi se ispitivao prema klasičnoj formuli *conditio sine qua non*.⁵² Odlučujuće bi bilo da ugovor ne bi bio sklopljen ili ne bi bio sklopljen u tom obliku da nije došlo do inicijative trgovca van poslovnih prostorija, pri čemu prostorna ili vremenska blizina između uticaja trgovca i zaključenja ugovora ne bi bila odlučujuća.⁵³ Međutim, ovakvo tumačenje sada je, kako za pravo BiH u pogledu čl. 39. ZZZP tako i za njemačko pravo u pogledu §312 BGB, samo od historijskog značaja. Od 13. juna 2014. godine na ovu situaciju se primjenjuje čl. 2. tačka 8. Direktive 2011/83/EU, koja je usljed maksimalne harmonizacije doslovno implementirana u § 312b st. 1 (3) BGB. U skladu sa čl. 70. SSP, postoji obaveza tumačenja čl. 39. c) ZZZP u skladu s Direktivom 2011/83/EU kojom je zamijenjena implementirana Direktiva 85/577/EEZ. Ovdje je značenje kakvo zahtijeva nova Direktiva 2011/83/EU moguće postići odgovarajućim tumačenjem, jer je formulacija domaćeg propisa koji podrazumijeva da je “ugovor sklopljen kao rezultat neočekivanog pristupa trgovca potrošaču” dovoljno široka da dozvoljava tumačenje u smislu užeg područja primjene “odmah nakon što je s potrošačem lično i pojedinačno stupljeno u vezu”, kakvo predviđa čl. 2. tačka 8. Direktive 2011/83/EU. Za razliku od formulacije čl. 39. c) ZZZP koji poput svog uzora iz § 312 BGB naglasak stavlja na uzročno-posljedičnu vezu (“kao rezultat...”), odredba Direktive 2011/83/EU dodatno zahtijeva i snažnu vremensku vezu između inicijative trgovca i zaključenja ugovora, što proizlazi iz riječi “odmah”, te inicijativa trgovca mora da se desi “lično i pojedinačno”. Stoga se dobra implementacija nove Direktive 2011/83/EU može osigurati odgovarajućim tumačenjem, dok zakonodavac ne izvrši svoju obavezu implementacije u nacionalno zakonodavstvo.

⁴⁸ Sl. list EU 1977, C 22/7.

⁴⁹ To su Njemačka, Austrija, Poljska i Francuska; Schulte-Nölke et al., *EG-Verbraucherrechtskompendium-Rechtsvergleichende Studie* (Bielefeld 2008) str. 200; dostupno na www.eu-consumer-law.org (posljednji put posjećeno 8. 6. 2015.).

⁵⁰ Ph. Maume, u H.-G. Bamsberger/H. Roth (Hrsg.), *Bek'scher Online Kommentar-BGB* (München, Beck 2015) §312b, tačka 9.

⁵¹ *Ibid*; A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 496.

⁵² M. Tamm, ‘Haustürgeschäfte’, u M. Tamm/K. Tonner, *Verbraucherrecht* (Baden Baden, Nomos 2012) tačka 23.

⁵³ Ch. Grüneberg, u Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* (München, Beck 2009) § 312 BGB, str. 496.

b) Ugovori zaključeni za vrijeme izleta organizovanog od strane trgovca

Prema čl. 1 Direktive 85/577/EEZ kao i čl. 1. tačka 8(d) Direktive 2011/83/EU potrošač je zaštićen ukoliko je sklopio ugovor za vrijeme izleta organizovanog od strane trgovca. Ovaj propis je prije svega imao u vidu kratka putovanja u posjetu interesantnim gradovima ili znamenitostima koja se reklamiraju po veoma sniženim cijenama, a gdje na odredištu ili negdje usput bude organizovana prodaja robe uz opravdano očekivanje trgovca da će potrošači u opuštenoj atmosferi kupovati po umjereno ili značajno previsokim cijenama.⁵⁴ Preciznije određenje šta se podrazumijeva pod "izletom" i kada se smatra da je "organizovan od strane trgovca" u samom propisu otvorilo bi vrata izbjegavanju područja primjene od strane trgovca stvarajući situacije koje su tačno izvan domašaja propisa. Stoga se dati kriteriji moraju tumačiti *in concreto*, uzimajući u obzir cjelokupan tok događaja i okolnosti slučaja. Sud EU je u odluci *Travel Vac* konstatovao da je uslov da se radi o izletu u svakom slučaju ispunjen, ako je ugovor zaključen u gradu koji nije mjesto prebivališta potrošača, a koji ima određenu udaljenost od grada potrošača.⁵⁵ U konkretnom slučaju radilo se o pozivu trgovca potrošaču da dođe u grad udaljen cca. 100 km od grada prebivališta, pri čemu je potrošač sopstvenim vozilom došao na odredište u koje je pozvan, u prostorije u kojima trgovac ne obavlja uobičajeno svoje poslovanje, što je Sud EU ocijenio kao dovoljnim da se radi o izletu organizovanom od strane trgovca.

Svrha odredbe je da obuhvati situacije u kojima je izlet, zabava ili opuštajuća atmosfera stavljena u centar pozornosti kako bi se odvušla pozornost od stvarne namjere promocije ili prodaje proizvoda i usluga.⁵⁶ U njemačkoj sudskoj praksi unutar područja primjene izleta organizovanog od strane trgovca smatrale su se situacije poput "turskih sedmica tepiha", izvedbi filmova uz popratne događaje, besplatne probe vina uz večeru, dan otvorenih vrata fitness studija, gdje je uz poziv dostavljen i poklon bon, modne revije, događaji predstavljeni kao dobitak na nagradnoj igri koji završavaju prodajom timesharing ugovora i sl.⁵⁷ Iz navedenih primjera se vidi da putovanje, bilo da je organizovano od strane trgovca, bilo da sam potrošač dođe na određenu lokaciju, nije uslov kako bi se radilo o izletu, nego se pomjeranje potrošača iz njegovog grada uzima kao jedna od okolnosti koje govore u prilog činjenici da se radi o izletu. Ovo je posebno značajno za tumačenje domaćeg propisa u čl. 39. ZZP st. 1.a) u kojem je zakonodavac, vjerovatno usljed pogrešnog prevoda, propisao da se mora raditi o ugovoru zaključenom "u toku poslovnog puta trgovca van njegovih poslovnih prostorija".

Svrha ove odredbe (teleološko tumačenje), njen historijski nastanak na način da se željela implementirati Direktiva 85/577/EEZ (historijsko tumačenje), kao i obaveza tumačenja nacionalnog prava u skladu s pravom EU prema čl. 70. SSP, podrazumijevaju da termin poslovni put trgovca treba tumačiti u smislu izleta organizovanog od strane trgovca.

c) U toku posjete trgovca kući potrošača ili njegovom radnom mjestu

Prodaja na kućnim vratima vjerovatno je bila stvarni povod donošenja Direktive 85/577/EEZ.⁵⁸ Ovdje je faktor iznenađenja posebno visok, uz isključenje mogućnosti potrošača da uporedi ponuđenu robu sa sličnom robom u pogledu kvaliteta ili cijene. Kako bi se proširilo područje primjene, čl. 1. Direktive 85/577/EEZ nije zahtijevao da se zaključenje ugovora desi u kući potrošača, nego je bilo dovoljno da se radi o kući nekog drugog potrošača. Ovdje se prije svega imaju u vidu tzv. prodaje na zabavama, gdje se u kući jednog potrošača okupi grupa potrošača kako bi učestvovali u prezentaciji i prodaji određenih proizvoda.⁵⁹ Osim samog stana potrošača, prema njemačkoj nauci i praksi obuhvaćeni su i ulaz, stubište, okućnica, ali i hotelske sobe i penzionerski domovi, jer se radi o tipično privatno korištenim i javnosti teško dostupnim prostorima.⁶⁰ Prema čl. 39. st. 1. b) ZZP, mora se raditi o posjeti trgovca kući potrošača, što dozvoljava šire tumačenje u prethodno navedenom smislu. Šire tumačenje je obavezujuće, jer je prema čl. 2. br 8. a) Direktive 2011/83/EU značajno proširena ova situacija na sve ugovore zaključene van poslovnih prostorija uz istovremeno tjelesno prisustvo potrošača i trgovca, bez ograničenja da se mora raditi o privatnim prostorijama nekog potrošača.

Manje poteškoća uzrokuje ugovor zaključen na radnom mjestu potrošača, pri čemu se i ovdje može raditi i o kancelariji radnog kolege, kantini, svlačionici, terenima preduzeća namijenjenim za provođenje slobodnog vremena uposlenika i sl.⁶¹ U svakom slučaju, situacija kuće ili radnog mjesta potrošača, s jedne strane zahtijeva da je ugovor zaista i zaključen u tom prostoru i s druge strane, da zaključenju nije prethodila inicijativa od strane potrošača. Na ovaj način je to regulisano i u čl. 39. st. 1. b) ZZP. Potrošač prema čl. 1. Direktive 85/577/EEZ ne uživa zaštitu, ukoliko se posjeta desila na izričiti zahtjev potrošača. Korišteni termin "izričiti" nije implementiran u čl. 39. st. 1. b) ZZP, ali je veoma važan je sužava izuzimanje iz područja primjene zaštite. Nadalje, ukoliko je trgovac

⁵⁴ A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1711.

⁵⁵ Sud EU, C-423/97, *Travel-Vac*, S.L./Manuel José Antelm Sanchís, 1999, I-2195, tačke 35 i 36.

⁵⁶ Ch. Grüneberg, loc. cit., fn. 50, § 312 BGB, str. 496.

⁵⁷ M. Tamm, loc. cit., fn. 52, tačka 3.

⁵⁸ M. Wolf (et al.), 'Richtlinie 85/577/EEZ/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen (Haustürwiderfahrtsrichtlinie)', u Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, 2009, tačka 24.

⁵⁹ A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1710.

⁶⁰ Ibid.; Ch. Grüneberg, loc. cit., fn. 50, § 312 BGB, str. 496.

⁶¹ M. Tamm, loc. cit., fn. 52, tačka 30.

dobiveni poziv kući ili radnom mjestu potrošača iskoristio kako bi ponudio dodatnu robu ili usluge, u pogledu tih ugovora zaštita će ipak postojati, jer oni nisu obuhvaćeni pozivom potrošača.⁶² Konačno, ovaj izuzetak iz područja primjene treba shvatiti što uže, jer je on uklonjen iz čl. 2. br. 8 Direktive 2011/83/EU, te su sada obuhvaćene i posjete trgovca koje su se desile na izričit poziv potrošača. Ovdje je teško više govoriti o faktoru iznenađenja kao osnovnom povodu zaštite. Pretpostavka je da su problemi razgraničenja između izričitog poziva potrošača i sličnih situacija koje dovedu do dolaska trgovca kući ili na radno mjesto potrošaču, a u kombinaciji s ostalim razlozima zaštite, donijeli prevagu u korist isključenja ovakvog izuzetka iz područja primjene.

Problem na strani trgovca mogu predstavljati ugovori koji se po prirodi stvari zaključuju na kućnim vratima, poput ugovora o čišćenju stubišta, redovnog čišćenja dimnjaka ili popravki vodoinstalacija. S obzirom na to da ovi ugovori nisu izričito isključeni iz područja primjene ni Direktive 2011/83/EU niti ZZP, trebalo bi osigurati da se na njih zaštita potrošača ne primjenjuje tumačeći da su oni izvan svrhe zaštite od iznenađujućih ugovora, nemogućnosti usporedbe kvalitete i cijene, te pritiska od neugodnog rastanka od trgovca.⁶³

d) Ugovori kao rezultat neočekivanog pristupa trgovca potrošaču u sredstvima javnog prijevoza ili na bilo kom drugom javnom mjestu

Situacija iz čl. 39) st. 1. c) ZZP nije sadržana u čl. 1. Direktive 85/577/EEZ, nego je preuzeta iz ranijeg § 312 njemačkog BGB kojim je proširena zaštita u odnosu na Direktivu 85/577/EEZ. Pri tome treba primijetiti razliku da se u čl. 39) st. 1. c) ZZP govori o "bilo kod drugom javnom mjestu", dok je raniji § 312 njemačkog BGB koristio formulaciju "javno dostupne saobraćajne površine". U svakom slučaju, odredba pokriva dvije ponešto drugačije situacije kojima je zajedničko da trgovac neočekivano odnosno iznenađa prilazi potrošaču. Zaštita potrošača u sredstvima javnog prijevoza ima dosta sličnosti sa zaštitom u okviru izleta ili kući potrošača, jer je naglasak na neočekivanom promotivnom kontaktu koji nije moguće tek tako odbiti.⁶⁴ U prevozna sredstva primarno se ubrajaju sredstva koja ne služe individualnom prevozu poput aviona, vozova, brodova ili autobusa.⁶⁵ Za razliku od izleta organizovanog od strane trgovca, ovdje nije od značaja da li su trgovac i organizator izleta povezani, nego je naglasak na neočekivanom pristupu trgovca. Stoga tipične usluge koje se nude u toku puta, poput bescarinske robe ili suvenira, ne spadaju u područje primjene.⁶⁶ S druge strane

zaštita potrošača na bilo kom drugom javnom mjestu veoma je široka formulacija iz čl. 39) st. 1. c) ZZP, kojom se značajno proširuje područje primjene ugovora zaključenih van poslovnih prostorija. Iako je historijski uzor iz § 312 njemačkog BGB uže formulisan, njemačka sudska praksa i nauka proširila je primjenu na sve javno dostupne površine poput ulica i trgova, javnih parkova i bašti, privatnih puteva, pasaža u šoping centru, aerodroma, željezničkih i autobuskih stanica, odmarališta na autoputu i sl.⁶⁷

Na ovaj način su u okviru zaštite pružene potrošaču, kada ga trgovac posjeti kući, obuhvaćeni svi privatni prostori tog ili nekog drugog potrošača, dok je putem javnih mjesta obuhvaćena svaka situacija koja se dešava u javno dostupnom prostoru. Stoga je, bar iz njemačke perspektive i perspektive zakonodavstva BiH, dosljedno da nova direktiva više ne zahtijeva privatni prostor potrošača kao uslov, nego se zaštita pruža generalno kada je ugovor zaključen van poslovnih prostorija.⁶⁸ Osnovna linija razgraničenja područja zaštite postala je definicija poslovnih prostorija, koje obuhvataju svaki nepokretni poslovni objekat u kojem trgovac obavlja aktivnost na trajnoj osnovi, odnosno pokretni objekat u kojem trgovac obavlja svoju aktivnost na uobičajenoj osnovi.⁶⁹ Zakonodavac EU je u 22. recitalu Direktive 2011/83/EU precizirao da bi poslovne prostorije trebale uključivati objekte bez obzira na njihov oblik (poput dućana, štandova ili kamiona), te štandove na pijacama i sajmovima, koji trgovcu služe kao trajno ili uobičajeno mjesto obavljanja posla. Maloprodajne objekte u kojima trgovac obavlja svoju aktivnost na sezonskoj osnovi, poput skijališta ili plaža, trebalo bi smatrati poslovnim prostorijama budući da trgovac svoju aktivnost obavlja u tim objektima na redovnoj osnovi. Nadalje, u 22. recitalu Direktive 2011/83/EU određeno je da prostore dostupne javnosti kao što su ulice, šoping centri, plaže, sportski tereni i javni prijevoz koje trgovac za svoju poslovnu aktivnost koristi tek iznimno, kao ni stambene prostore ili radna mjesta, ne bi trebalo smatrati poslovnim prostorijama. Utoliko je prostorno područje zaštite uvedeno u EU novom Direktivom 2011/83/EU u mnogome podudarno s prethodno postojećom zaštitom u njemačkom BGB, odnosno ZZP BiH. Time je prethodno postojeće historijsko tumačenje u svjetlu historijskog uzora iz njemačkog BGB-a, sada zamijenjeno tumačenjem u skladu s evropskim pravom, koje predstavlja obavezu prema čl. 70. SSP, ali vodi ka podudarnim rezultatima.

Kako se radi o novoj direktivi koja je relativno skoro implementirana u države članice, ne postoje relevantne odluke Suda EU, nego se tumače odredbe Direktive, između ostalog uz pomoć recitala Direktive, koji su kod Direktive 2011/83/EU posebno bogati. Jedna situacija gdje

⁶² M. Wolf (et al.), loc. cit., fn. 58, tačka 27.

⁶³ A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1711.

⁶⁴ A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1713.

⁶⁵ Ch. Grüneberg, loc. cit., fn. 53, § 312 BGB, str. 497.

⁶⁶ A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1714.

⁶⁷ Ch. Grüneberg, loc. cit., fn. 53, § 312 BGB, str. 497.

⁶⁸ Čl. 2. br. 8. a) Direktive 2011/83/EU.

⁶⁹ Čl. 2. br. 9. Direktive 2011/83/EU.

razgraničenje ugovora zaključenih unutar ili van poslovnih prostorija nije jednostavno predstavljaju sajmovi, gdje kriterij uobičajenosti poslovanja na sajmu služi za ocjenu da li se ugovor sklopljen na sajmu shvata kao ugovor sklopljen van poslovnih prostorija ili ne. Radi se o tome da li se u određenom vremenskom periodu određeni prostor koristio više puta.⁷⁰ U pogledu sajmova, uobičajenost ili redovnost korištenja može se, osim u pogledu samog prostora, ocjenjivati i u pogledu ponuđene robe, jer se kod robe, koja po svojim karakteristikama nije uobičajena za dati štand, može reći da se ne radi o poslovnoj aktivnosti na uobičajenoj osnovi, čime bi potrošač imao pravo na zaštitu.⁷¹ Svakako bi kod tradicionalnih sajmova u kojima trgovac učestvuje svake godine došli do zaključka o poslovanju unutar poslovnih prostorija, dok bi kod prvog učešća ili sajma koji se organizuje prvi put, imali poteškoće prilikom ocjene da li se radi o poslovanju na uobičajenoj osnovi. Formulacija bivšeg § 312 BGB zahtijevala je neočekivan pristup trgovca potrošaču, što je preuzeto i u čl. 39) st. 1. c) ZZP, a što novi čl. 2. br 8. a) Direktive 2011/83/EU ne zahtijeva. Utoliko bi ovaj dodatni uslov trebalo tumačiti što restriktivnije. Naravno da je sudska praksa u Njemačkoj u okviru bivšeg § 312 BGB posjetu sajmovima ili pijacama razumijevala na način da nikada ne ispunjava uslove neočekivanog pristupa trgovca potrošaču, jer se potrošač upućuje na ova mjesta spreman za opasnosti povezane s pristupom trgovca u svrhu sklapanja pravnih poslova.⁷² U Njemačkoj je reforma BGB-a dovela do usklađivanja s novom Direktivom 2011/83/EU, dok se u BiH takvo usklađivanje u iščekivanju reforme ZPP treba nastojati ostvariti tumačenjem u skladu s evropskim pravom.

e) Ugovor o jemstvu kao poseban problem

Pitanje da li ugovori o jemstvu spadaju u područje primjene Direktive 85/577/EEZ odnosno 2011/83/EU, prema mišljenju nauke, primarno spada u dileme u pogledu stvarnog područja primjene. Samim time bi ovo pitanje ostalo izvan interesa ovog rada. Naime, njemačka i francuska verzija formulacije čl. 1. st. 1. Direktive 85/577/EEZ zahtijeva da se radi o ugovoru između potrošača i trgovca, pri čemu trgovac pruža usluge ili dostavlja robu. Engleska verzija čl. 1. st. 1. Direktive 85/577/EEZ zahtijeva da se radi o ugovorima prema kojima trgovac dostavlja robu ili pruža usluge potrošaču. Njemačka sudska praksa je, oslanjajući se na njemačku verziju čl. 1. st. 1. Direktive 85/577/EEZ, došla do zaključka kako ugovor o pružanju usluga ili prodaji robe ne mora biti sklopljen s potrošačem, pa tako i ugovor o jemstvu koji zaključi potrošač u svrhu osiguranja poslovnog ugovora spada u područje primjene propisa o ugovorima sklopljenim van poslovnih

prostorija.⁷³ Sud EU je iznenađujuće, u svojoj odluci *Dietzinger* slijedio dotadašnju argumentaciju njemačkih sudova, naglašavajući kako sama formulacija čl. 1. st. 1. Direktive 85/577/EEZ samo zahtijeva da se radi o ugovoru između potrošača i trgovca, pri čemu trgovac pruža usluge ili dostavlja robu, ali da to ne znači da potrošač mora biti primalac ove robe ili usluga.⁷⁴ Kako bi prevazišao dileme u pogledu stvarnog područja primjene, Sud EU se snažno oslonio na akcesornost jemstva glavnom ugovoru, ukazujući na nevažnost akcesornog ugovora ukoliko je glavni ugovor nevažeći, te na činjenicu kako je ugovor o jemstvu često preduslov kako bi uopšte došlo do sklapanja glavnog ugovora.⁷⁵ Međutim, snažno oslanjanje na akcesornost dovelo je Sud EU do zaključka da jemac kao potrošač uživa prava iz ove direktive samo ako je i glavni ugovor potrošačkog karaktera, i s druge strane, kako i glavni ugovor mora biti sklopljen van poslovnih prostorija.⁷⁶ Jasno je da ovdje Sud EU ne tumači akcesornost na način kako je razumijemo u domaćem pravu, nego joj daje autonomno evropsko značenje.⁷⁷ Utoliko Sud EU ne zahtijeva samo da su kako ugovor o jemstvu tako i glavni ugovor potrošački ugovori, nego i da se radi o tzv. dvostrukoj situaciji van poslovnih prostorija, gdje i ugovor o jemstvu i glavni ugovor moraju biti zaključeni u takvoj situaciji.⁷⁸ Teško je braniti ovakav stav Suda EU prema kojem potrošač koji je zaključio ugovor o jemstvu u toku posjete zastupnika banke potrošačevoj kući, neće uživati zaštitu ukoliko je glavni ugovor zaključen unutar poslovnih prostorija. Sud EU kasnije nije imao priliku da razjasni ovakvo stajalište, pa se postavlja sumnja u pogledu istinske namjere Suda EU da postavi ovako strog kriterij.⁷⁹ Tako odluka Suda EU u predmetu *Dietzinger* njemačku literaturu kao ni njemačke sudove nije omela u zastupanju stava o pružanju višeg nivoa zaštite potrošaču na temelju klauzule minimalne harmonizacije, zahtijevajući da samo ugovor o jemstvu bude zaključen van poslovnih prostorija i štiteći jemca i kada je glavni ugovor poslovni.⁸⁰ Time su za njemačku sudsku praksu riješene dileme koje je Sud EU, naglašavajući akcesornost, otvorio u različitim kombinacijama, npr. ako je glavni ugovor zaključen van poslovnih prostorija, a ugovor o jemstvu unutar poslovnih prostorija ili glavni ugovor kao potrošački, dok je ugovor o jemstvu poslovni itd. Njemačka sudska praksa zahtijeva da su u pogledu

⁷⁰ Ph. Maume, loc. cit., fn. 50, § 312b, tačka 30.

⁷¹ Ibid., tačka 31.

⁷² A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1714.

⁷³ Editorial comments, "Europeisation of Private Law – Part II", CMLR 1998, 1013.

⁷⁴ Sud EU, C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Edgard Dietzinger (Dietzinger), 1998, I-1199, tačka 19 i dalje.

⁷⁵ Ibid., tačka 20 i 21.

⁷⁶ Ibid., tačka 22.

⁷⁷ M. Wolf (et al.), loc. cit., fn. 58, tačka 13.

⁷⁸ Ph. Maume, loc. cit., fn. 50, § 312b, tačka 10.

⁷⁹ M. Wolf (et al.), loc. cit., fn. 58, tačka 14.

⁸⁰ A. Masuch, loc. cit., fn. 37, § 312 BGB, str. 1704.

ugovora o jemstvu ispunjeni uslovi potrošačkog karaktera i zaštićene situacije, bez obzira na karakter i uslove glavnog ugovora.⁸¹ Direktiva 2011/83/EU je ovu diskusiju iz problematike tzv. dvostruke situacije van poslovnih prostorija, ponovo vratila u problematiku stvarnog područja primjene. Čl. 2. tačke 5. i 6. Direktive 2011/83/EU definiše ugovor o prodaji i pružanju usluga na način koji ne ostavlja prostor za tumačenje da zaštita obuhvata i ugovore o jemstvu, pa će buduća praksa Suda EU pokazati da li će argumentacijom putem akcesornosti ugovor o jemstvu i dalje spadati u područje primjene propisa EU o ugovorima sklopljenim van poslovnih prostorija. Održanjem ove argumentacije zadržao bi se neosnovani uslov dvostruke situacije van poslovnih prostorija, od kojeg se usljed principa maksimalne harmonizacije ne bi moglo odstupiti. Ukoliko ugovor o jemstvu više ne bi bio obuhvaćen, nacionalnom zakonodavcu bilo bi dozvoljeno da proširi područje primjene i na ugovore koje je sama direktiva isključila iz područja primjene, iako se radi o direktivi maksimalne harmonizacije, što proizlazi iz same preambule Direktive 2011/83/EU.⁸² U tom slučaju radilo bi se o prekomjernoj implementaciji, za koju ne vrijedi obaveza tumačenja u skladu s Direktivom, pa bi nacionalnoj praksi bilo dozvoljeno da ne zahtijeva dvostruku situaciju van poslovnih prostorija za ugovore o jemstvu.

6. Zaključak

Zaštita koja se nudi potrošaču ukoliko sklopi ugovor van poslovnih prostorija trgovca ima široko područje primjene, jer načelno obuhvaća sve vrste ugovora. Ovo svakako vrijedi za zakonodavstvo BiH u kojem nisu implementirana isključenja iz područje primjene kakva nalaže Direktiva 85/577/EEZ. Pri tome osnovni uslov za korištenje snažnog sredstva jednostranog neobrazloženog opoziva ugovora jeste da se potrošač zaista nalazio u jednoj od taksativno navedenih situacija iz čl. 39. ZZP. Tako otvorena mogućnost izbjegavanja prava od strane trgovca stvaranjem činjeničnog stanja koje se tačno nalazi izvan domašaja potrošačkih odredbi, trebala bi se sankcionisati na temelju osnovnih načela obligacionog prava. Neprecizna i nespretna formulacija situacija za koje se prema ZZP smatra da su izvan poslovnih prostorija trgovca, stvara pojačanu potrebu za tumačenjem u svrhu osiguranja ispravne implementacije evropskog prava i postizanja cilja zaštite potrošača. Pri tome se historijsko tumačenje u svjetlu uzora odredbi iz BGB, dijelom podudara, ali dijelom i sukobljava s obavezom tumačenja u svjetlu prava EU, kakva proizlazi iz čl. 70. SSP. Najznačajnije proširenje zaštite u odnosu na Direktivu 85/577/EEZ na svako javno mjesto prema čl. 39. st. 1. c) ZZP, desilo se po uzoru na

bivši § 312 BGB, a sada većinski odgovara zaštićenim situacijama propisanim Direktivom 2011/83/EU koja nije implementirana u BiH. U iščekivanju reformi ZZP, usklađenost s pravom EU u ovoj oblasti može se osigurati jedino tumačenjem postojećeg zakonodavstva u svjetlu rješenja iz Direktive 2011/83/EU.

Prof. Dr. Zlatan Meškić

Das bosnisch-herzegowinische Verbraucherschutzgesetz im Lichte des deutschen Rechts:

Drinnen oder draußen?

Auslegung der Bestimmungen über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts

(Zusammenfassung)

Der Beitrag beschäftigt sich mit den gesetzlichen Bestimmungen über den Verbraucherschutz bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen in Bosnien und Herzegowina, die im Rahmen der Umsetzung des EU-Rechts entstanden sind. Festgestellt wird dabei, dass das BGB als Vorbild für einige Bestimmungen diente. Daher kann die sehr fortgeschrittene deutsche Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf die Bestimmungen über Haustürgeschäfte bei dem Verständnis der Funktion und des Umfangs dieser Bestimmungen vom großen Nutzen sein. Zur Komplexität der Rechtslage trägt der Umstand bei, dass in Bosnien und Herzegowina zwar die Richtlinie 85/577/EWG, nicht aber die Richtlinie 2011/83/EU, umgesetzt wurde. Im deutschen Recht erfolgten zwischenzeitlich im Zuge der Umsetzung der neueren Richtlinie Änderungen solcher Bestimmungen im BGB, die dem Gesetzgeber von Bosnien und Herzegowina als Vorbild dienen. Insoweit kann die Auslegung im Lichte der deutschen Rechts nicht mehr mit der rechtsvergleichenden, sondern nur noch mit der rechtshistorischen Auslegung erreicht werden, während die richtlinienkonforme Auslegung eigentlich verlangen würde, dass derjenigen Auslegung Vorrang gewährt wird, die im Einklang mit der neueren, aber nicht umgesetzten Richtlinie 2011/83/EU steht. In der vorliegenden Arbeit werden die Situationen erläutert, in denen der Gesetzgeber von Bosnien und Herzegowina Verbraucher bei Verträgen, die außerhalb der Geschäftsräume geschlossen wurde, schützt. Insbesondere wird hervorgehoben, dass die Harmonisierungsklausel im Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen zur europarechtskonformen Auslegung der Vorschriften des eigenen nationalen Rechts verpflichtet. Dies, so weiter, macht es möglich, die umfangreiche deutsche Lehre und Rechtsprechung bei der Anwendung des Verbraucherschutzgesetz von Bosnien und Herzegowina heranzuziehen.

⁸¹ Ibid.

⁸² E. Miščenić, "Uskladivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj", *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 2013, str. 145 i dalje.

Prof. Dr. Zlatan Meškić

Inside or outside?

Interpretation of provisions on contracts concluded outside the business premises in the light of the European and the German law

(Summary)

The provisions on contracts concluded away from business premises in Bosnia and Herzegovina are the result of the transposition of the European law. The German civil code (BGB) was used as a role model within the transposition of some provisions. Consequently the very extensive German literature and jurisprudence with regards to the doorstep selling contracts can be used for a better understanding of the purpose and the scope of these provisions. The complexity of the legal situation is enhanced by the fact that Bosnia and Herzegovina transposed the Directive 85/577/EEC, but not the Directive 2011/83/EU. In the meantime, the Directive 2011/83/EU caused changes in the German legislation with regards to those provisions, which

have been used as a role model by the legislator of Bosnia and Herzegovina. Therefore the interpretation in the light of the German law cannot be achieved with the comparative method anymore, but only with the historical interpretation, whereas the interpretation in the light of European law requests that the priority needs to be given to the interpretation by which the conformity with the non-transposed Directive 2011/83/EU is achieved. In this paper the situations shall be explained where the legislator of Bosnia and Herzegovina has provided for consumer protection with regards to contracts concluded away from business premises. A special emphasis shall be on the fulfillment of the obligation to interpret national provisions in the light of European law on the basis of the harmonization clause according to the Stabilization and Association Agreement, whereby the influence of the German law on the legislation of Bosnia and Herzegovina will be used as a basis for relying on the very well developed German literature and jurisprudence with regards to this legal question.

Primena klauzule odstupanja u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti

Prof. dr Slavko Đorđević

UDK: 341.9:347.2

1. Uvod

Primena prava mesta nalaženja stvari (*lex rei sitae*) predstavlja opšteprihvaćeno koliziono pravilo za stvarnopravne odnose sa elementom inostranosti u uporednom međunarodnom privatnom pravu¹ i često se označava

međunarodnim običajnim pravilom² koje važi za stvarna prava kako na nepokretnim³ tako i na pokretnim⁴ stvarima.

privatnom pravu i postupku Turske iz 2007. (zakon na engleskom jeziku dostupan na http://www.ispramed.it/root/wp-content/uploads/2012/10/ippl_turkey.pdf, 3. 4. 2013.); par. 31. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Austrije iz 1978; čl. 51. Zakona o reformi sistema međunarodnog privatnog prava Italije iz 1995; čl. 3097. Građanskog zakonika Kvebeka iz 1991; par. 21. Uredbe sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu Mađarske iz 1979; čl. 100. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske; čl. 3536 Zakona br. 923 iz 1991. g. koji predstavlja četvrti deo Građanskog zakonika Luzijane. Austrijski, italijanski, kvebeški, mađarski, švajcarski i luzijanski zakoni mogu se naći prevedeni na srpski jezik kod M. Živković, *Međunarodno privatno pravo – nacionalne kodifikacije*, Beograd, 1996.

¹ Vidi čl. 18. Zakona o rešavanju sukoba zakona Republike Srbije – ZRSZ, *Službeni list SFRJ*, br. 43/1982, 72/1982 i *Službeni list SRJ*, br. 46/1996; čl. 18. Zakona o međunarodnom privatnom pravu i postupku Republike Slovenije iz 1999, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 56/1999; čl. 87. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije iz 2004 (tekst ovog zakona na engleskom jeziku je objavljen u *RablesZ* 70, 2006, 358 i dalje); čl. 127 holandskog Građanskog Zakonika, 10. Knjiga, od 19. maja 2011. godine (tekst ovog zakona na engleskom jeziku objavljen je u *Yearbook of Private International Law*, Volume 13/2011, 657–694); čl. 43. Uvodnog zakona za Građanski zakonik Nemačke iz 1986 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061); čl. 64. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Bugarske iz 2005 (objavljen prevod zakona na nemački jezik u *RablesZ* 71, 2007, 457–493); čl. 13. Zakona o opštim pravilima za određivanje merodavnog prava Japana iz 2006. g. (tekst ovog zakona na engleskom jeziku objavljen je u J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani (ed.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, 2008, 405–419); čl. 23 Zakona o međunarodnom

² Vidi H. Stoll, *Internationales Sachenrecht*, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, München, 1996 (Staudinger/Stoll, Int SachenR), 67, 69.

³ Primena *lex rei sitae* na stvarna prava na nepokretnostima spominje se još u 13. veku u vreme postglosatora i važila je pre Bartolusove škole statuta. Vidi C. Paffenholz, *Die Ausweichklausel des Art. 46 EGBGB*, Jena, 2006, 26–27.

⁴ Kada je, pak, reč o pokretnim stvarima, dugo je, istorijski posmatrano, vladala maksima *mobilia sequuntur personam* – pokretne stvari prate lice, tako da se na stvarna prava na pokretnim stvarima primenjivalo personalno pravo vlasnika (obično pravo njegovog prebivališta). Tek od sredine 19. veka mesto nalaženja pokretne stvari “probija se” kao tačka vezivanja pod uticajem von Savinija (F. K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, 1848, 169 i dalje) i danas predstavlja dominantno koliziono pravilo u uporednom pravu za stvarna prava na pokretnim stvarima. Gotovo da se na prstima jedne ruke mogu nabrojati zakonodavstva koja ne primenjuju *lex rei site* na pokretne

Kao glavni razlog u prilog primeni ovog pravila navodi se da je ono u interesu zaštite pravnog prometa,⁵ s obzirom na to da je stvar (bilo pokretna bilo nepokretna) suštinski najbliže povezana sa pravnim prometom mesta gde se ona fizički nalazi, a to mesto (mesto fizičke prisutnosti stvari) je, po pravilu, lako utvrditi, tako da se postiže pravna sigurnost za učesnike prometa.⁶ Takođe, ističe se da je pravilo *lex rei sitae* i u interesu ostvarenja međunarodne harmonije odlučivanja, jer je reč o pravilu koje je u većini zakonodavstava u svetu prihvaćeno kao osnovno (i neretko jedino) koliziono rešenje u ovoj materiji,⁷ tako da, bez obzira na to u kojoj državi se vodi stvarnopravni spor, može se pretpostaviti da će se gotovo uvek primenjivati *lex rei sitae*.

Međutim, sa uvođenjem opštih i posebnih klauzula odstupanja u pojedine kodifikacije međunarodnog privatnog prava (npr. čl. 15 ZMPP Švajcarske i čl. 46 EGBGB Nemačke) postavilo se pitanje da li se putem ovog instrumenta može odstupiti od primene *lex rei sitae* na stvarnopravne odnose sa elementom inostranosti koji imaju za predmet pokretne stvari.⁸ Literatura nije previše raspoložena prema primeni principa najbliže veze na stvarna prava na pokretnim stvarima,⁹ smatrajući da se osnovni problem ogleda u utvrđivanju kriterijuma primene klauzule odstupanja koji bi ukazivali da postoji bliža veza sa pravom neke druge države, a ne sa *lex rei sitae*.¹⁰ Ipak, čini se da joj se može dati ograničeno polje primene, naročito kada mesto nalaženja pokretne stvari nije poznato ili je potpuno bez značaja.¹¹ Takođe, ima mišljenja da klauzula odstupanja može preduprediti probleme mobilnih sukoba

zakona koji upravo “pogađaju” stvarna prava na pokretnim stvarima.¹²

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije (ZRSZ) čvrsto se drži pravila *lex rei sitae*¹³ (uz izuzetke u pogledu stvari u tranzitu na koje se primenjuje *lex loci destinationis*¹⁴ i prevoznih sredstava – *lex banderae*¹⁵) i ne poznaje (ni opštu ni posebnu¹⁶) klauzulu odstupanja, tako da se pitanje njene primene na stvarnopravne odnose sa elementom inostranosti nije postavljalo u domaćoj literaturi. S druge strane, Nacrt novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije (u daljem tekstu: Nacrt ZMPP¹⁷) sadrži opštu klauzulu odstupanja (čl. 39) koja će se primenjivati i na stvarna prava na pokretnim stvarima, kada ovaj nacrt postane pozitivno pravo.

Oslanjajući se na stavove strane (prvenstveno nemačke) literature i iskustva stranih zakonodavstava, u ovom radu ispitujemo mogućnost i granice primene klauzule odstupanja u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti koje za predmet imaju pokretne stvari. Istraživanje započinjemo objašnjavanjem smisla pravila *lex rei sitae* (kao primarnog kolizionog pravila za ove odnose) i razloga zbog kojih se njegova primena smatra opravdanom, pojašnjavajući, pritom, i probleme u njegovoj primeni koji nastaju kada dođe do mobilnog sukoba zakona. Zatim ispitujemo kada i pod kojim okolnostima se može odstupiti od ovog pravila na osnovu klauzule odstupanja, čime želimo da konkretizujemo klauzulu odstupanja i postavimo smernice za njenu primenu u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti. Zaključci do kojih dođemo mogli bi u Srbiji da važe *de lege ferenda*, tj. kada Nacrt ZMPP postane važeći zakon, pa se zato, na kraju, osvrćemo i na odredbe Nacrta ZMPP koje uređuju klauzulu odstupanja (čl. 39) i određivanje merodavnog prava za stvarna prava na pokretnim stvarima (čl. 128–130).

stvari (npr. par. 946 Kalifornijskoj građanskoj zakonika sledi princip *mobilia sequuntur personam* i još nekoliko američkih zakona). Vidi i uporedi C. Paffenholz, 40; P. Lalive, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Law*, Darmstadt, 1977 (reprint of the edition Oxford 1955), 34 i dalje; A. Lüderitz, “Die Beurteilung beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht”, in: Wolfgang Lauterbach (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts*, Tübingen, 1972, 186–187.

⁵ G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, 2006, 121 i 661; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Tübingen, 2001, 520; C. Paffenholz, 95.

⁶ C. Paffenholz, 95. G. Kegel, K. Schurig, 121.

⁷ G. Kegel, K. Schurig, 123. Naročito videti diskusiju o međunarodnoj harmoniji odlučivanja kod K. Kreuzer, “Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts – Sachenrechtliche Bestimmungen”, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts* (Hrsg. Dieter Henrich), Tübingen, 1991, 75–81;

⁸ Kada je reč o stvarnim pravima na nepokretnostima, ne može se odstupiti od *lex rei sitae*.

⁹ Uporedi T. Hirse, *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2006, 407; K. Kreuzer (1991), 158–162; C. Paffenholz, 181–182.

¹⁰ Vidi više kod C. Paffenholz, 94 i dalje.

¹¹ Tako K. Kreuzer (1991), 159–160.

¹² Vidi pre svih C. Paffenholz, 66–79.

¹³ Čl. 18 st. 1 ZRSZ.

¹⁴ Čl. 18 st. 2 ZRSZ.

¹⁵ Čl. 18 st. 3 ZRSZ.

¹⁶ Ovde mislimo na posebnu klauzulu odstupanja u materiji stvarnopravnih odnosa sa elementom inostranosti koja ne postoji u ZRSZ. Ipak, treba napomenuti da čl. 20 ZRSZ poznaje posebnu klauzulu odstupanja za ugovore sa elementom inostranosti (čl. 20 ZRSZ: “*Ako nije izabrano merodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao merodavno primenjuje se ...*”); o tumačenju čl. 20 ZRSZ i principu najbliže veze sadržanom u ovom članu vidi M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991, 78 i dalje; M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2008, 300; M. Stanivuković, P. Đundić, *Međunarodno privatno pravo – posebni deo*, Novi Sad, 2008, 114–115.

¹⁷ Tekst konačne verzije Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu može se naći na veb-sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije (vidi <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 1. 5. 2015).

2. Pravo mesta nalaženja stvari (*lex rei sitae*)

– opravdanost i problemi u primeni

Već smo na početku istakli da se pravilo *lex rei sitae* opravdava zaštitom interesa pravnog prometa i trećih lica, kao i očuvanjem interesa međunarodne harmonije odlučivanja.

Zaštita interesa pravnog prometa ogleda se u obezbeđenju pravne sigurnosti za sve njegove učesnike. Kod stvarnih prava sa elementom inostranosti, pravna sigurnost se postiže kolizionim vezivanjem za pravo države u kojoj se stvar fizički nalazi, a mesto njene fizičke prisutnosti je lako utvrdivo i, stoga, predvidivo. Zato se svako može osloniti na to da se stvarna prava jedino mogu steći i prenositi u skladu sa pravom države u kojoj se stvar nalazi, tj. treća lica mogu računati samo sa onim stvarnim pravima na stvari koje predviđa pravo ove države.¹⁸ To znači da se u pravnom prometu naročito vodi računa o principu *numerus clausus* stvarnih prava i zahtevima publiciteta (npr. opis prava u zemljišnu knjigu, katastar ili registar) koje predviđa pravo države u kojoj se stvar nalazi. Imajući ovo u vidu, mesto nalaženja stvari se čini najpogodnijom tačkom vezivanja za stvarnopravne odnose sa elementom inostranosti, jer se njome obezbeđuje pravna sigurnost kako u nacionalnom tako i u međunarodnom pravnom prometu.¹⁹ S druge strane, očuvanje međunarodne harmonije odlučivanja ogleda se u tome da je *lex rei sitae*, gotovo, opšte prihvaćeno koliziono pravilo za stvarna prava u uporednom međunarodnom privatnom pravu. Otuda, može se pretpostaviti da će se u stvarnopravnim sporovima sa elementom inostranosti primenjivati uvek isto nacionalno pravo bez obzira na to u kojoj državi se sudi, što znači da se stranke jednostavno mogu pouzdati u primenu ovog pravila.

Iako argumenti u prilog pravila *lex rei sitae* izgledaju uverljivo, problemi u njegovoj primeni nastaju kod stvarnih prava na pokretnim stvarima, s obzirom na to da one mogu menjati mesto (državu) svog nalaženja. Promenom mesta nalaženja pokretne stvari nastaje tzv. mobilni sukob zakona koji otvara pitanje promene merodavnog stvarnopravnog statuta odnosno stvara dilemu – da li je za sticanje, prestanak i dejstva (sadržinu) stvarnog prava na pokretnoj stvari merodavan novi/aktuelni ili stari/prethodni/raniji/inicijalni *lex rei sitae*? Ovaj problem se, po pravilu, javlja u dve situacije.

Najpre, kada se pokretna stvar premešta iz jedne države (raniji *lex rei sitae*) u drugu državu (aktuelni *lex rei sitae*), pre nego što su se stekli svi neophodni uslovi za sticanje ili prestanak stvarnog prava, postavlja se pitanje prema kom pravu, ranijem ili aktuelnom *lex rei sitae* (ili ih možda treba primeniti sukcesivno), treba okončati započeto sticanje (prestanak) stvarnog prava? Ova situacija

se u literaturi naziva otvorenim činjeničnim stanjem, a nastali mobilni sukob zakona kvalifikovanim mobilnim sukobom zakona.²⁰ Prema stanovištu koje je vladajuće u stranoj literaturi²¹ i sudskoj praksi²² i prihvaćeno kao pravilo u mnogim stranim kodifikacijama međunarodnog privatnog prava,²³ kvalifikovani mobilni sukob zakona se rešava tako što se na sticanje odnosno prestanak stvarnog prava primenjuje aktuelni (poslednji, novi) *lex rei sitae*, tj. pravo države u kojoj se pokretna stvar nalazi u trenutku ostvarenja poslednjeg uslova na kome se zasniva sticanje ili prestanak stvarnog prava.²⁴ Ovom kolizionom pravilu dodaje se supstancijalno pravilo (takođe, prihvaćeno u stranoj literaturi²⁵ i pojedinim stranim kodifikacijama²⁶) prema kojem se činjenice od značaja za sticanje ili

²⁰ Podela na kvalifikovane i proste mobilne sukobe zakona dolazi iz nemačke literature (vidi J. Kropholler (2001), 524–529; K. Kreuzer (1991), 56 i dalje; C. Wendehorst, Art. 43, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–46), Internationales Privatrecht, München, 2006, 2562 i dalje; H. Stoll, 155 i dalje, 223 i dalje; A. Junker, 409 i dalje. Naša literatura ne poznaje ovu podelu, ali razlikuje otvorena i okončana činjenična stanja (vid. A. Jakšić (2008), 487–489, T. Varadi *et al.*, 359 i dalje).

²¹ Vidi K. Kreuzer (1991), 54–55; J. Kropholler, 527; A. Junker, *Internationales Privatrecht*, München, 1998, 410; G. Kegel, K. Schurig, 668; J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, London, 2005, 409 i dalje; Cheshire and North, *Private International Law*, London, 1979, 525 i dalje; P. Gavroska, T. Deskoski, *Megunarodno privatno pravo*, Skopje, 2011, 300.

²² Vidi npr. odluke nemačkih sudova BGH 20. 3. 1963, BGHZ 39, 173; BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1960, 774. Kao i odluke engleskih sudova *Inglis v. Usherwood* (1801) 1 East 515; *Glencore International AG v. MetroTrading International* (2001) 1 Lloyd'sRep. 284 (citirano prema J. H. C. Morris (2005), 409–410 (fn. 86 i 92)).

²³ Vidi čl. 87 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije iz 2004. god. (tekst zakona na engleskom jeziku je objavljen u *RabelsZ* 70, 2006, 358 i dalje); par. 31. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Austrije; čl. 127 st. 1 i 5 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Holandije iz 2011; čl. 3536 Zakona br. 923 iz 1991. god. koji predstavlja četvrti deo Građanskog zakonika Luzijane; par. 21. Uredbe sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu Mađarske iz 1979. god.; čl. 23. Zakona o međunarodnom privatnom pravu i međunarodnom građanskom postupku Turske iz 2007. god.; čl. 100. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske iz 1987. godine.

²⁴ Premda, čl. 18 ZRSZ nije fiksirao mesto nalaženja pokretne stvari za određeni momenat, domaća literatura se, takođe, zalaže za primenu aktuelnog *lex rei sitae*. Tako M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 69; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2008, 488; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2007, 361–362. U starijoj jugoslovenskoj literaturi vidi B. Eisner, *Međunarodno privatno pravo I*, Zagreb, 1952, 178.

²⁵ K. Kreuzer (1991), 54–55; J. Kropholler, 527; A. Junker, 410.

²⁶ Vidi čl. 102 st. 1 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske; čl. 43 st. 3 Uvodnog zakona za Građanski zakonik SR Nemačke.

¹⁸ C. Paffenholz, 95; J. Kropholler, 520.

¹⁹ C. Paffenholz, 95.

prestanak stvarnog prava, koje su se ostvarile dok se stvar nalazila pod okriljem ranijeg *lex rei sitae*, smatraju ostvarenim i u aktuelnom *lex rei sitae* koji odlučuje i o njihovim stvarnopravnim efektima.²⁷ Prema tome, aktuelni *lex rei sitae* se primenjuje na celokupno činjenično stanje.

Takođe, događa se da se pokretna stvar, na kojoj je punovažno stečeno stvarno pravo dok se ona nalazila u jednoj državi (raniji *lex rei sitae*), premesti u drugu državu (aktuelni *lex rei sitae*) u kojoj to stvarno pravo treba da proizvede dejstva. Literatura ovu situaciju naziva okončanim činjeničnim stanjem, a nastali mobilni sukob zakona prostim (jednostavnim) mobilnim sukobom zakona.²⁸ Prema vladajućem stanovištu, koje se može označiti opšteprihvaćenim,²⁹ i prosti mobilni sukob zakona se rešava tako što se na pitanje dejstva stvarnog prava primenjuje aktuelni *lex rei sitae* – pravo države u kojoj se pokretna stvar nalazi u trenutku kada se pitanje dejstva postavlja. Ipak, prilikom primene aktuelnog *lex rei sitae* problem nastaje kada je normama ovog prava, tj. njegovom *numerus clausus* stvarnih prava, stvarno pravo, koje je stečeno prema ranijem *lex rei sitae*, nepoznato, pa se postavlja pitanje da li ono uopšte može da proizvede dejstva? U stranoj literaturi³⁰ i sudskoj praksi³¹ odavno je

zauzet stav da u aktuelnom stvarnopravnom statutu treba, pod određenim uslovima, omogućiti priznanje nepoznatih stvarnih prava. Razvijeno je stanovište da se nepoznato strano stvarno pravo može priznati u novom *lex rei sitae*, ukoliko ovaj pravni sistem uređuje stvarno pravo koje je funkcionalno ekvivalentno nepoznatom stranom stvarnom pravu.³² Dakle, nije nužno da stari i novi (aktuelni) stvarnopravni statut (*lex rei sitae*) poznaju istoimeno i istovrsno stvarno pravo – dovoljno je da u novom statutu postoji funkcionalni ekvivalent u koji se može integrisati (pretvoriti) strano stvarno pravo. Pretvaranje (integracija) stranog stvarnog prava u funkcionalno ekvivalentno stvarno pravo aktuelnog statuta naziva se transpozicijom³³.

Imajući u vidu opisane probleme mobilnih sukoba zakona, pojedini autori smatraju da se putem (bilo opšte bilo posebne) klauzule odstupanja može olakšati njihovo rešavanje.³⁴ Princip najbliže veze bi, kada je reč o sticanju, prestanku, sadržini i dejstvima stvarnog prava na pokretnoj stvari koja se premešta iz jedne u drugu državu, mogao ukazati na primenu ranijeg ili aktuelnog *lex rei sitae* ili, možda, na primenu nekog trećeg prava, čime bi se (u neku ruku) zaobišli problemi mobilnih sukoba zakona. U svakom slučaju, ako se pođe od toga da je, prema osnovnom kolizionom pravilu, za stvarna prava na pokretnim stvarima merodavan aktuelni *lex rei sitae*, potrebno je ispitati da li nas klauzula odstupanja može odvesti do primene nekog drugog prava. Međutim, kada je reč o prostom mobilnom sukobu zakona koji otvara pitanje priznanja dejstava odnosno realizacije nepoznatog stvarnog prava u aktuelnom *lex rei sitae*, preovlađuje mišljenje (koje i mi podržavamo) da se klauzula odstupanja ne može primeniti, jer se radi o problemu koji se rešava u okviru materijalnog prava aktuelnog stvarnopravnog statuta.³⁵

²⁷ Iako je ovo vladajući stav u uporednom pravu, postoje pravni sistemi u kojima se činjenice ostvarene pod okriljem ranijeg stvarnopravnog statuta ne uzimaju u obzir. Vidi istraživanje koje je sproveo K. Kreuzer (1991), 91.

²⁸ Vidi fn. 20.

²⁹ Vidi H. Stoll, 225–227; K. Kreuzer (1991), 69–70; G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, München 1977, 330; M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 69.

³⁰ Vidi npr. H. Lewald, *Regles generales des conflits de lois*, Basel, 1941, 127–130; F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalem Privatrecht*, Basel, 1953, 62; R. Barsotti, *Confronto e collegamento in foro di norme materiali stranieri*, Padua, 1974, 69; J. Offerhaus, "Anpassung und Gesetzesauslegung im internationalen Privatrecht", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 5, 1964, 76; P. Lalive, 153 i dalje; K. Kreuzer (1991), 72; M.V. Polak, "Recognition, Enforcement and Transformation of Foreign Proprietary Rights – a handful observation and suggestions", *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* (ed. U. Drobnig, H. J. Snijders, E. Zippro), München, 2006, 117 i dalje; U. Drobnig, "Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights", *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* (ed. U. Drobnig, H. J. Snijders, E. Zippro), München, 2006, 105 i dalje; J. H. C. Morris, 411; B. Verschraegen, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Band (Hrsg. P. Rummel), Wien, 2004, § 31 Rz 23–24, 183–184.

³¹ Vidi odluke nemačkih sudova: BGH 11. 3. 1991, IPRax 3/1993, 176; BGH 7. 10. 1991, IPRax 3/1993, 178; BGH 2. 2. 1966, BGHZ 45, 95; BGH 20. 3. 1963, BGHZ 39, 173. Odluke holandskih sudova: CA The Hague 28 April 1978 (*Citizens & Southern National Bank v. Granadex e.a.*), 1981 NJ 16; HR 23 April 1999 (*NBC v. Sisal*), 2000 NJ 30 (citirano prema M.V. Polak, 123). Odluke britanskih sudova: *Cammelv. Sewell* (1860) 5 H. &N. 728 (vidi komentar kod J. H. C. Morris, 411–412); *Amour and another v. Thyssen Edelstahlwerke AG*

(1991) Alle. R. 481 (H.L.); *Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.* (1976) 1 W.L.R. 676 (C.A.) (vidi komentare ovih odluka kod E. Jayme, "Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten", *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag* (Hrsg. U. Huber, E. Jayme), Heidelberg 1992, 247 i dalje).

³² Vidi H. Lewald, 127; K. Kreuzer (1991), 72; K. Kreuzer, "Die Inlandswirksamkeit fremder besitzloser vertraglicher Mobiliarsicherheiten: die italienische Autohypothek und das US-amerikanische mortgage an Luftfahrzeugen", *IPRax* 3/1993, 159; A. Junker, 412; F. Vischer, 62; E. Jayme, 247.

³³ Vidi *ibid.* Za primenu transpozicije zalaže se i domaća literatura. Vidi M. Stanivuković, M. Živković, 360 i dalje; A. Jakšić, 489–490; M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 69; S. Đorđević, "Transpozicija stranih stvarnih prava na pokretnim stvarima prema Nacrtu Zakona o međunarodnom privatnom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2013, 149 i dalje.

³⁴ Vidi C. Paffenholz, 66 i dalje.

³⁵ Vidi *ibid.*

3. Konkretizacija klauzule odstupanja

3.1. Funkcija klauzule odstupanja

Klauzulom odstupanja ovlašćuje se sud ili drugi organ da primeni ono pravo koje, s obzirom na odgovarajuće okolnosti slučaja, ima bitno bližu vezu sa slučajem, nego što to ima pravo na koje je uputila redovna koliziona norma.³⁶ Ove klauzule mogu biti opšte i posebne.

Opšta klauzula odstupanja se načelno odnosi na sve kolizione norme sadržane u jednom zakonu. Jedna takva klauzula našla je svoje mesto u čl. 15. švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu: “(1) Pravo određeno ovim Zakonom se izuzetno neće primeniti ukoliko je, s obzirom na sve okolnosti, očigledno da činjenično stanje ima samo slabu vezu sa ovim pravom, a da stoji u znatno tešnjoj vezi sa nekim drugim pravom.”³⁷ Za razliku od opšte, posebne klauzule odstupanja su predviđene samo za kolizione norme kojima se uređuje određena vrsta privatnopravnih odnosa, najčešće ugovornih i van-ugovornih odnosa sa elementom inostranosti, uz dodatno preciziranje koji elementi se moraju uzeti u obzir prilikom utvrđivanja bitno bliže veze sa pravnim poretkom jedne države. Kada je reč o stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti, nemački Uvodni zakon za Građanski zakonik (EGBGB) je jedna od retkih kodifikacija MPP koja predviđa posebnu klauzulu odstupanja u ovoj materiji. Ipak, formulacija ove klauzule iz čl. 46 EGBGB više odgovara opštoj³⁸ nego posebnoj klauzuli odstupanja: “Ako sa pravom jedne države postoji bitno bliža veza nego sa pravom države koje bi bilo merodavno prema čl. 43 i 45, primenjuje se pravo te države.”³⁹

U svakom slučaju, bilo opšta bilo posebna, klauzula odstupanja predstavlja sredstvo kojim se koriguje primena kolizione norme u cilju ostvarenja međunarodno-privatnopravne pravičnosti u konkretnom slučaju.⁴⁰ Cilj svake kolizione norme ogleda se u izboru onog pravnog poretka sa kojim činjenično stanje ima najbližu vezu *in abstracto*. Ako se ovaj cilj ne ostvari *in concreto*, klauzulom odstupanja je dato ovlašćenje sudiji da primeni ono pravo sa kojim je činjenično stanje u bližoj vezi. Posebno treba naglasiti da se nikada ne uzima u obzir potencijalni krajnji materijalnopravni rezultat, jer se cilj i funkcija klauzule odstupanja ne ogledaju u dobijanju najprikladnijeg (ili

najpovoljnijeg) materijalnopravnog rezultata (ostvarenje materijalnopravne pravičnosti), već isključivo u primeni prava sa kojim je činjenično stanje u najbližoj vezi (ostvarenje međunarodnoprivatnopravne pravičnosti).⁴¹

Prilikom utvrđivanja kriterijuma za primenu klauzule odstupanja (tj. kriterijuma na osnovu kojih se utvrđuje najbliža veza), neophodno je razmotriti razloge za postavljanje kolizionog pravila koje se ima korigovati i interese kojima ono služi. Videli smo da zaštita interesa pravnog prometa i ostvarenje međunarodne harmonije odlučivanja opravdavaju primenu prava mesta nalaženja stvari, pa je zato neophodno ispitati da li se i u kojoj meri oni mogu žrtvovati, te utvrditi kada ostali (objektivni i subjektivni) kriterijumi, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, mogu imati prednost u odnosu na mesto nalaženja stvari.⁴²

3.2. Zaštita interesa trećih lica, međunarodna harmonija odlučivanja i klauzula odstupanja

Postavlja se pitanje u kojoj meri se, prilikom primene klauzule odstupanja na stvarna prava na pokretnim stvarima, mora voditi računa o zaštiti interesa pravnog prometa i interesu ostvarenja međunarodne harmonije odlučivanja, tj. da li i u kojoj meri se ovi interesi mogu žrtvovati zarad primene prava sa kojim postoji bliža veza?

S obzirom na to da interesi pravnog prometa i trećih lica snažno ukazuju na primenu *lex rei sitae*, može se nedvosmisleno zaključiti da je neophodno da se o ovim interesima posebno vodi računa prilikom primene klauzule odstupanja.⁴³ To znači da se primenom klauzule odstupanja ne sme dirati u prava trećih lica. Ipak, ne može se unapred tvrditi da je primena klauzule odstupanja usmerena protiv zaštite prometa i očuvanja pravne sigurnosti, već je potrebno pravnu sigurnost konkretizovati u pojedinačnom slučaju, kako bi se utvrdilo da li je primena *lex rei sitae* predviđiva, a zatim eventualno pokušati da se pronađe balans sa ostvarivanjem pravičnosti koji se može postići primenom klauzule odstupanja.⁴⁴ Mehanička primena jednostavnog pravila, kao što je *lex rei sitae*, može voditi nepravičnim rezultatima, kada se primenjuje na atipična činjenična stanja koja nisu obuhvaćena ciljem pravne norme. Zato, kako se ističe, pravni sistem mora da bude fleksibilan u dovoljnoj meri da bi se ostvarila pravičnost u pojedinačnim slučajevima i upravo tu postoji prostor za primenu klauzule odstupanja.⁴⁵ Ipak, treba

³⁶ O opštoj klauzuli odstupanja vidi više kod M. Kostić, *Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava*, Podgorica, 2012; S. Stojanović, *Generalna klauzula odstupanja – izlaz iz krize međunarodnog privatnog prava*, Pravni život 1/1982; A. Jakšić, 51 i dalje.

³⁷ Preveo na srpski jezik M. Živković (1996), 554.

³⁸ Tako C. Paffenholz, 93.

³⁹ Art. 46 EGBGB: “Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 43 und 45 maßgebend wäre, so ist jenes Recht anzuwenden.”

⁴⁰ U tom smislu S. Stojanović, 75; M. Kostić, 28; A. Jakšić, 52.

⁴¹ Tako A. Jakšić, 52; M. Kostić, 92 i dalje.

⁴² Tako C. Paffenholz, 94 i dalje; C. S. Wolf, *Der Begriff der wesentlich engeren Verbindung im internationalen Sachenrecht*, Frankfurt am Main, 2002, 7 i dalje. Uopšte o utvrđivanju objektivnih i subjektivnih kriterijuma za primenu opšte klauzule odstupanja vidi M. Kostić, 87–92.

⁴³ Tako J. Kropholler, 532; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, München, 2007, 515.

⁴⁴ U tom smislu i slično vidi C. Paffenholz, 100.

⁴⁵ Ibid., 99. Vidi i K. Kreuzer (1991), 159.

biti svestan da interesi prometa imaju primarni značaj u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti i da, stoga, često predstavljaju ozbiljnu prepreku primeni klauzule odstupanja.

Kada je reč o interesu za očuvanjem međunarodne harmonije odlučivanja, naravno da i o njemu treba voditi računa, ali ga, kako se u literaturi s pravom ističe, ne treba "preceniti" prilikom primene klauzule odstupanja.⁴⁶ Ovo iz razloga što i opšteprihvaćena tačka vezivanja može voditi različitim rezultatima, naročito ako se polje primene merodavnog statuta različito tumači u nacionalnim pravnim porecima.⁴⁷ Takođe, kada je reč o kolizionim pravilima za stvarna prava na pokretnim stvarima, poslednjih decenija se u međunarodnim privatnim pravima mnogih država razvio znatan broj pravila koja predstavljaju izuzetke od *lex rei sitae*.⁴⁸ Na primer, veliki broj kodifikacija međunarodnog privatnog prava predviđa posebna pravila za stvarna prava na *res in transitu* i sredstvima prevoza, a ima i kodifikacija koje dopuštaju strankama da sporazumno izaberu merodavno pravo za stvarna prava na stvarima koje na osnovu pravnog posla treba isporučiti iz jedne u drugu državu.⁴⁹ Zbog toga se klauzula odstupanja ne treba smatrati apsolutnom opasnošću za očuvanje međunarodne harmonije odlučivanja. Štaviše, ona bi mogla da ostvari međunarodnu harmoniju odlučivanja, ukoliko bi u odgovarajućoj konstelaciji činjenica vodila primeni prava do kojeg bi se došlo primenom posebnih kolizionih pravila koja su se već "odomaćila" u uporednom međunarodnom privatnom pravu. Na primer, nemački EGBGB ne poznaje posebna kolizionna pravila za *res in transitu*, ali sadrži posebnu klauzulu odstupanja preko koje se može doći do primene *lex loci destinationis* – kolizionog pravila koje je za stvarna prava na *res in transitu* prihvaćeno u velikom broju kodifikacija međunarodnog privatnog prava u svetu.⁵⁰

3.3. Objektivni i subjektivni kriterijumi utvrđivanja najbliže veze

Da bi se utvrdilo sa pravom koje države postoji bliža veza nego sa pravom mesta nalaženja stvari, neophodno je preispitati i vrednovati sve okolnosti konkretnog slučaja i vagati različite interese koji dolaze do izražaja u tom slučaju. Svakako, potrebno je, među njima, prepoznati one činjenice (okolnosti), koje s obzirom na kvantitet i kvalitet mogu dovesti do odstupanja od *lex rei sitae*. Ove činjenice (okolnosti) možemo nazvati kriterijumima koji mogu biti objektivni i subjektivni.⁵¹

Kada je reč o utvrđivanju **objektivnih kriterijuma**, mora se najpre poći od preispitivanja kvaliteta veze

pokretne stvari sa mestom u kome se ona nalazi i stvarnopravnih odnosa u konkretnom slučaju, pa ako se utvrdi da je ova veza slaba, nastaviti sa utvrđivanjem drugih činjenica koje mogu dovesti do odstupanja od *lex rei sitae*.⁵² Naime, pokretna stvar u međunarodnom prometu često menja mesto (državu) svog nalaženja (ponekad i po više puta), pa se može dogoditi da prema okolnostima konkretnog slučaja stvar ima znatno bližu vezu sa ranijim mestom nalaženja stvari, nego sa aktuelnim. Takođe, može se dogoditi da je mesto u kome se pokretna stvar nalazi nepoznato obema ili jednoj od stranaka (stvar je ukradena i odneta u neku drugu državu) ili potpuno slučajno (npr. kada se raspolaže sa stvarima koje su u transportu odnosno tranzitu) ili čak ne postoji (stvari se nalaze na brodu na otvorenom moru). U tom slučaju veza stvari sa mestom nalaženja postaje slaba i gubi na značaju, pa se ispitivanjem drugih činjenica, kao što su buduće mesto nalaženja stvari, uobičajeno boravište stranaka, pravo merodavno za pravni posao itd., može doći do prava države sa kojom je stvarnopravni odnos najbliže povezan.⁵³

S druge strane, kada je reč o **subjektivnim kriterijumima**, u stranoj (pre svega, nemačkoj) literaturi najviše se diskutovalo o tome da li je moguće u okviru konkretizacije (primene) klauzule odstupanja uzeti u obzir sporazumni izbor merodavnog stvarnopravnog statuta koji su stranke učinile (bilo izričito, bilo prećutno), bez obzira na to što takav izbor nije dopušten pozitivnim međunarodnim privatnim pravom.⁵⁴ Stavovi po ovom pitanju su podeljeni, a mi se pridružujemo stavu prema kojem autonomija volje stranaka ne može da bude kolizionopravno relevantna činjenica na osnovu koje se određuje bitno bliža veza sa pravnim poretkom jedne države,⁵⁵ te stoga treba jasno razlikovati funkciju i način primene klauzule odstupanja od autonomije volje stranaka.

Inače, u literaturi se smatra da interesi stranaka u najmanjoj meri dolaze do izražaja u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti, s obzirom na to da lični odnosi nemaju značaja u ovoj materiji.⁵⁶ Ipak, prema našem mišljenju, interesi stranaka odnosno njihova (ili jedne od njih) opravdana očekivanja u pogledu primene određenog prava bi se mogla uzeti u obzir prilikom primene klauzule odstupanja, naročito u situacijama u kojima interesi trećih lica nisu došli do izražaja.⁵⁷

⁴⁶ Tako C. Paffenholz, 97–98.

⁴⁷ Ibid., 98.

⁴⁸ Na to ukazuje ibid.

⁴⁹ Tako čl. 104 ZMPP Švajcarske; čl. 128 ZMPP Holandije.

⁵⁰ Tako C. Paffenholz, 155.

⁵¹ Tako, C.S. Wolf, 7; C. Paffenholz, 94, 101 i dalje.

⁵² Vidi C. Paffenholz, 101.

⁵³ Ibid., 101.

⁵⁴ Vidi C.S. Wolf, 55 i dalje; C. Paffenholz, 101 i dalje, 104–106; D. Einsele, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht", *RablesZ* 60 (1996), 436 i dalje; J. Kropholler, 524, 532.

⁵⁵ Tako C. Paffenholz, 114–115; B. von Hoffmann, K. Thorn, 515.

⁵⁶ C. Paffenholz, 96.

⁵⁷ Upoređi sa K. Kreuzer (1991), 160.

4. Polje primene klauzule odstupanja u stvarnopravnim odnosima

Vrednujući interese zaštite prometa i ostvarenja međunarodne harmonije odlučivanja, kao i subjektivne i objektivne kriterijume, strana (pre svega nemačka) literatura je ispitivala mogućnost primene klauzule odstupanja kod stvarnih prava na pokretnim stvarima u sledećim tipiziranim situacijama:⁵⁸ *res in transitu*, prodaja pokretnih stvari koje se isporučuju iz jedne u drugu državu (raspolaganje poslovima međunarodnog prometa), sticanje svojine od nevlasnika na stvari koja je protivno vlasnikovoj volji izašla iz njegove državine, prenos svojine na ukradenoj osiguranoj stvari koja je odneta u inostranstvo na osiguravajuće društvo (*cessio vindicationis*) i raspolaganje pokretnim stvarima između pripadnika određene grupe. Ukratko ćemo se osvrnuti na svaku od ovih situacija.

4.1. *Res in transitu*

Primena *lex rei sitae* za sticanje i prestanak stvarnih prava na stvarima u tranzitu (*res in transitu*) malo ima smisla, s obzirom na to da se ovim stvarima raspolaze u trenutku kada se one nalaze u transportu u tranzitnoj državi, sa kojom stvari nemaju dovoljno snažnu vezu, ili čak na otvorenom moru, kada uopšte i nema mesta nalaženja stvari.⁵⁹ Zato mnoge kodifikacije međunarodnog privatnog prava⁶⁰ sadrže posebno koliziono pravilo koje za *res in transitu*, najčešće, predviđa primenu prava države odredišta – *lex loci destinationis*.

Primena klauzule odstupanja kod sticanja i prestanka stvarnih prava na *res in transitu* razmatrana je u nemačkoj literaturi, s obzirom na to da nemački Uvodni zakon za Građanski zakonik (EGBGB) ne sadrži posebno koliziono pravilo za ove stvari, a predviđa klauzulu odstupanja u čl. 46 EGBGB. Analiza je pokazala da kod raspolaganja ovim stvarima generalno postoji slaba veza ne samo sa tranzitnom državom, već i sa državom otpremanja i sa državom odredišta. Naime, stvari (roba) su napustile državu otpremanja i više ne tangiraju njen pravni promet, tako da se gubi opravdanost primene prava ove države na sticanje i prestanak stvarnog prava.⁶¹ S druge strane, iako ima opravdanja da se primeni pravo države odredišta, s obzirom na to da stvari tamo treba da budu isporučene (čime se uspostavlja veza sa ovom državom), važno je istaći da se, nakon raspolaganja sa stvarima u tranzitnoj državi, redovno događa da sticalac promeni destinaciju stvari⁶²

(tako da stvari gotovo nikada ne stignu na prvo određenu destinaciju). U svakom slučaju obe ove države imaju bližu vezu sa stvari od tranzitne države i predstavljaju, po pravilu, jasne i lako utvrdive tačke vezivanja. Argument da se veza stvari sa državom otpremanja potpuno izgubila govori u prilog prava države odredišta, pa u nemačkoj literaturi prevladuje mišljenje da se, na osnovu klauzule odstupanja iz čl. 46 EGBGB, najčešće dolazi do primene *lex loci destinationis*⁶³. Ipak, može se dogoditi da se ne može precizno utvrditi koja država je država odredišta. Na primer, roba se ne vozi u jednu državu odredišta, već se treba distribuirati (isporučiti) u više država, koje se prilikom raspolaganja robom u tranzitnoj državi ne mogu tačno odrediti. U ovom slučaju ne postoji veza sa ovim državama, tako da na osnovu klauzule odstupanja treba primeniti pravo države otpremanja.⁶⁴

4.2. Raspolaganje pokretnim stvarima poslovima međunarodnog prometa

Raspolaganjem pokretnim stvarima poslovima međunarodnog prometa označili smo situaciju u kojoj se stvarnim pravima na pokretnim stvarima (robi), koje treba da budu isporučene iz jedne (država izvoza) u drugu državu (država uvoza), raspolaze pravnim poslom (ugovorom) dok se one nalaze u državi izvoza.⁶⁵ Dakle, pravni posao (ugovor) kojim se stiče (prenosi) stvarno pravo mora imati za predmet pokretne stvari koje se izvoze iz jedne, a uvoze u drugu državu, pri čemu ovu situaciju treba strogo razlikovati od *res in transitu* (kojima se takođe raspolaze prekograničnim pravnim poslovima), jer se sa pokretnim stvarima raspolaze pre njihovog transporta, tj. dok se one još uvek nalaze u državi otpremanja (državi izvoza).⁶⁶

Kada se stvarnim pravima na pokretnim stvarima raspolaze na ovaj način, očito je da dolazi do mobilnog sukoba zakona (kvalifikovanog mobilnog sukoba zakona), s obzirom na to da pokretne stvari menjaju državu nalaženja (transportuju se iz države uvoza u državu izvoza). Imajući u vidu gore prikazana pravila o rešavanju mobilnih sukoba zakona, za sticanje i prestanak stvarnog prava u ovoj situaciji merodavno je pravo države uvoza kao aktuelni *lex rei sitae*, osim ako se uslovi za sticanje i prestanak stvarnog prava nisu već ostvarili dok se stvar nalazila u državi izvoza ili ako stvar uopšte nije napustila državu izvoza (u tom slučaju se primenjuje pravo države izvoza – raniji *lex rei sitae*).

Sa uvođenjem klauzule odstupanja postavilo se pitanje, da li je moguće odstupiti od primene aktuelnog *lex rei sitae*

⁵⁸ Uporedi C. Paffenholz, 133 i dalje; C.S. Wolf, 71 i dalje; K. Kreuzer (1991), 158–160; J. Kropholler, 532; B. von Hoffmann, K. Thorn, 515–516.

⁵⁹ H. Stoll, 234, 236; C. Paffenholz, 155.

⁶⁰ Npr. čl. 18 st. 2 ZRSZ; čl. 101 ZMPP Švajcarske iz 1987. g.; čl. 133 st. 1 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Holandije iz 2011. g.

⁶¹ C. Paffenholz, 150.

⁶² H. Stoll, 236; C. Paffenholz, 153.

⁶³ Vidi C. Paffenholz, 145 i dalje, 155.

⁶⁴ MünchKomm/Kreuzer, Nach Art. 38 Anh. I, Rn 127; C. Paffenholz, 151. Moguće je zamisliti da se roba sakuplja iz različitih država (više država otpremanja), pa se u prevozu spaja u jedan kontingent koji se prevozi na određenu destinaciju (državu odredišta). U tom slučaju se ne može precizno odrediti država otpremanja (C. Paffenholz, 150).

⁶⁵ U tom smislu C. Paffenholz, 134; H. Stoll, 173.

⁶⁶ Tako jasno C. Paffenholz, 134.

i *a priori* utvrditi sa pravom koje države postoji najbliža veza (čime bi se zapravo unapred rešio mobilni sukob zakona)? Strana (naročito nemačka) literatura se, u načelu, bavila ovim pitanjem i ispitivala da li princip najbliže veze može ukazati na primenu prava jednog od mesta nalaženja pokretne stvari (prava države uvoza/budućeg aktuelnog statuta ili prava države izvoza/inicijalnog statuta) odnosno na primenu prava koje je merodavno za pravni posao na osnovu kojeg se stiže stvarno pravo.

Prema jednom stanovištu, putem klauzule odstupanja, tj. primenom principa najbliže veze, uvek se dolazi do primene prava države uvoza (budućeg aktuelnog stvarnopravnog statuta)⁶⁷, što bi značilo da uopšte ne treba ispitivati da li je činjenično stanje okončano (tj. da li stvarno pravo stečeno) prema normama prava države izvoza (inicijalnog *lex rei sitae*/stvarnopravnog statuta). Ipak, nama se čini da treba podržati mišljenje da se takav stav ne može unapred zauzeti.⁶⁸ Naime, ako se bliže analizira sama situacija raspolaganja pokretnim stvarima poslovima međunarodnog prometa, može se zaključiti da se pokretne stvari još uvek nalaze u državi izvoza u trenutku zaključenja pravnog posla kojim se sa njima raspolaže, dok sa državom uvoza još ne postoji nikakva fizička veza. Dok god se one nalaze u državi izvoza, interesi pravnog prometa nalažu da se pravo ove države mora uzeti u obzir. Primena prava države uvoza na celokupnu konstelaciju činjenica nije vidljiva za treća lica i može povrediti njihove interese.⁶⁹ Takođe, ako su se uslovi za sticanje stvarnog prava već ispunili dok se stvar nalazila u državi izvoza, ne može se naći opravdanje za primenu prava države uvoza – u suprotnom bi došlo do povrede principa stečenih prava. Prema tome, interesi prometa i zaštite trećih lica upućuju na primenu prava države izvoza sve dok se pokretna stvar nalazi na njenoj teritoriji, a u tom periodu veze sa državom uvoza su slabe – jedino postoji namera stranaka da se stvar isporuči u ovu državu.⁷⁰

S druge strane, iako u trenutku raspolaganja pokretnom stvari postoji veza sa inicijalnim *lex rei sitae* (pravom države izvoza), čini se da ni ona nije dovoljno čvrsta da se, putem klauzule odstupanja, ovo pravo oglasi merodavnim. Naime, ističe se da veza sa državom izvoza slabi zbog same činjenice da se pokretna stvar isporučuje u drugu državu, a trenutak otposljanja stvari kao i trenutak zaključenja pravnog posla nije, po pravilu, vidljiv za treća lica, tako da interesi pravnog prometa ne mogu biti zadovoljavajuće zaštićeni.⁷¹ Prema tome, ni sa pravom države izvoza ne postoji dovoljno čvrsta veza, koja bi *a priori* opravdala njegovu primenu putem klauzule odstupanja.

Najzad, do istog zaključka se dolazi i kada se ispituje da li se, na osnovu klauzule odstupanja, može primeniti pravo merodavnog za pravni posao na osnovu koga se stiže ili prenosi stvarno pravo na pokretnoj stvari. Iako stranke imaju interesa da se na obligacionopravna i stvarnopravna dejstva jednog pravnog posla primeni isto pravo, interesi pravnog prometa odnose prevagu, naročito ako se ima u vidu da stranke mogu sporazumno odrediti merodavno pravo za svoj pravni posao, što ni u kom slučaju nije vidljivo za treća lica.⁷²

Imajući u vidu prethodno rečeno, kod raspolaganja pokretnim stvarima poslovima međunarodnog prometa ne može se, na osnovu klauzule odstupanja, *a priori* zaključiti sa kojim od mesta nalaženja pokretne stvari (država izvoza ili država uvoza) postoji najbliža veza. Svakako, ne isključujemo mogućnost da se to može utvrditi u konkretnom slučaju, kod atipičnih činjeničnih stanja.⁷³ S druge strane, do primene prava merodavnog za pravni posao ne može se doći na osnovu klauzule odstupanja, osim ako se ono poklopi sa pravom države izvoza ili pravom države uvoza.

Prema tome, možemo zaključiti da se klauzula odstupanja, po pravilu, ne može “uspešno” primeniti u situaciji kada se pokretnim stvarima raspolaže poslovima međunarodnog prometa, te da je i dalje najpogodnija primena *lex rei sitae* dopunjena pravilima o rešavanju mobilnih sukoba zakona.

4.3. Sticanje svojine od nevlasnika i povraćaj ukradene pokretne stvari

Literatura je ispitivala primenu klauzule odstupanja kod sticanja svojine od nevlasnika na stvari koja je od vlasnika ukradena (odnosno protivno njegovoj volji izašla iz njegove državine) u jednoj državi i prodana savesnom kupcu u drugoj državi.⁷⁴ Na primer, lice A u jednoj juvelirnici u Beogradu kupi dijamantsku ogrlicu, pri čemu ne zna da je ona ukradena u Hrvatskoj i stavljena u promet u Srbiji. Aktuelni *lex rei sitae* je pravo Republike Srbije (mesto u kome se ogrlica – pokretna stvar nalazila u trenutku prodaje i predaje savesnom kupcu) prema kojem savesni sticalac koji je kupio pokretnu stvar od nevlasnika, koji u okviru svoje delatnosti stavlja u promet takve stvari, stiže pravo svojine na toj stvari,⁷⁵ što znači da lice A postaje vlasnik ogrlice u trenutku kada mu je ona predata. S druge strane, prema hrvatskom pravu (kao ranijem *lex rei sitae*) pravo svojine na pokretnoj stvari ne može se steći od nevlasnika ukoliko je stvar iz vlasnikovog pritežanja izašla protivno njegovoj volji,⁷⁶ tako da lice A ne bi moglo da stekne pravo

⁶⁷ B. von Hoffmann, K. Thorn, 531.

⁶⁸ Tako C. Paffenholz, 137–138.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Uporedi ibid.

⁷¹ Ibid., 138–139.

⁷² Vidi ibid., 145; B. von Hoffmann, 530–531.

⁷³ Tako i C. Paffenholz, 145.

⁷⁴ B. von Hoffmann, K. Thorn, 519–521; C. Paffenholz, 161 i dalje.

⁷⁵ Čl. 31. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.

⁷⁶ Čl. 118 st. 4 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima

svojine na ogrlici, što odgovara vlasniku koji traži da mu se ogrlica vrati. Postavlja se pitanje, da li se, na osnovu klauzule odstupanja (pod pretpostavkom da se ona uvede u naše pozitivno međunarodno privatno pravo), može ishoditi primena ranijeg *lex rei sitae* (prava države u kojoj je pokretna stvar ukradena) na koji se poziva vlasnik pokretne stvari, s tvrdnjom da sa ovim pravom (na kome on temelji svoj zahtev za povraćaj ogrlice) postoji bliža veza?

U literaturi vlada mišljenje da se kod sticanja svojine od nevlasnika ne može odstupiti od primene aktuelnog *lex rei sitae*, bez obzira na to da li postoji bliža veza sa ranijim *lex rei sitae* (ili nekim drugim pravom) i nezavisno od činjenice da je stvar na teritoriju aktuelnog *lex rei sitae* dospela protiv vlasnikove volje.⁷⁷ Naime, smatra se da interesi prometa i pravne sigurnosti ne mogu dopustiti ovo odstupanje.⁷⁸ Sigurnost pravnog prometa, kojom se obezbeđuje zaštita savesnom sticaocu kao trećem licu, ima prednost nad interesima originalnog vlasnika pokretne stvari i nalaže primenu aktuelnog *lex rei sitae*, u koji se savesni sticalac jedino može pouzdati.⁷⁹ On nije dužan da zna sadržinu prava države u kojoj je stvar ukradena (raniji *lex rei sitae*), s obzirom na to da mu nije moglo biti poznato da se stvar uopšte nalazila u toj državi. Prema tome, interesi pravnog prometa odnose prevagu nad svim ostalim interesima i činjenicama koje bi mogle ukazivati da postoji bliža veza sa ranijim *lex rei sitae* (ili nekim drugim pravom).

Imajući u vidu značaj zaštite interesa prometa i trećih savesnih lica, može se zaključiti da bi se klauzula odstupanja (tj. princip najbliže veze) mogla primeniti u situacijama koje ne involviraju interese trećih lica. Jedna takva tipična situacija bila bi kada lopov u jednoj državi ukrade pokretnu stvar od vlasnika i prenese je u drugu državu, a potom vlasnik traži od lopova povraćaj svoje pokretne stvari. Iako je pravilo da se primenjuje aktuelni *lex rei sitae* (u ovom primeru to je pravo države u kojoj se stvar nalazi u trenutku isticanja zahteva za povraćaj stvari), može se, putem klauzule odstupanja, doći do primene prava države u kojoj je stvar ukradena (raniji *lex rei sitae*), naravno ako ostali objektivni i subjektivni kriterijumi, koji proizilaze iz okolnosti konkretnog slučaja, ukazuju na to da je ovo pravo u bližoj vezi sa slučajem. Ovde se mogu uzeti u obzir opravdana očekivanja vlasnika stvari koji računa sa primenom prava države u kojoj mu je stvar ukradena (raniji *lex rei sitae*) i kome nikako nije moglo biti poznato u koju državu će lopov njegovu pokretnu stvar odneti.

4.4. Prenos svojine (*cessio vindicationis*) na ukradenoj osiguranoj stvari

U situaciji kada se ukrade pokretna stvar, koja je osigurana od krađe, i prenese u drugu državu, osiguravajuće društvo isplaćuje naknadu osiguraniku, a osiguranik, pritom, u određenom roku prenosi na osiguravajuće društvo pravo svojine na ovoj stvari tako što mu cedira zahtev za povraćaj (*cessio vindicationis*). Postavlja se pitanje koje je pravo merodavno za prenos prava svojine na ovoj stvari odnosno za prenos svojinskopravnog zahteva za povraćaj stvari? Odgovor bi bio aktuelni *lex rei sitae*, tj. pravo države u kojoj se ukradena stvar nalazi u trenutku prenosa zahteva za povraćaj pokretne stvari. Međutim, problem je utvrditi u kojoj se državi stvar nalazi, da li u državi u kojoj je stvar ukradena ili možda (što je verovatnije) u državi u koju je ukradena stvar odneta? Vlasniku stvari i osiguravajućem društvu to, redovno, nije poznato. Zato se u literaturi smatra da primena aktuelnog *lex rei sitae* nije pravična, pa se predlaže da se, putem klauzule odstupanja, primeni pravo države koje je merodavno za ugovor o osiguranju koje očito ima bližu vezu sa prenosom prava svojine, s obzirom na to da se cediranje zahteva za povraćaj stvari vrši na osnovu ovog ugovora.⁸⁰

4.5. Raspolaganje pokretnim stvarima između pripadnika određene grupe

Kada je reč o raspolaganju pokretnim stvarima između pripadnika određene grupe, obično se misli na lica koja dolaze iz iste države, tj. koja imaju uobičajeno boravište u istoj državi.⁸¹ Kao primer, redovno se navodi grupa putnika, koji žive u jednoj državi, a kao turisti borave u drugoj državi, pa za vreme turističkog boravka pripadnici ove grupe među sobom raspolazu sa pokretnim stvarima. U tom slučaju se smatra da oni prvenstveno imaju u vidu pravo države iz koje dolaze, a ne države u kojoj trenutno borave i u kojoj se nalaze njihove stvari kojima se raspolaze (aktuelni *lex rei sitae*). U literaturi se smatra da se putem klauzule odstupanja može odstupiti od aktuelnog *lex rei sitae* i primeniti pravo države njihovog zajedničkog uobičajenog boravišta (ili zajedničkog državljanstva)⁸². Dakle, na primenu ovog prava ukazuje zajedničko uobičajeno boravište, kao objektivni kriterijum, i realna očekivanja stranaka (kao subjektivni kriterijum) da se upravo primeni pravo države zajedničkog uobičajenog boravišta.⁸³ U ovoj situaciji nisu tangirani interesi trećih lica.⁸⁴

Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

⁷⁷ Uporedi H. Stoll, 158 sa navodima odluka iz nemačke sudske prakse; B. von Hoffmann, K. Thorn, 520; C. Paffenholz, 168; A. Jakšić, 485. Vidi i englesku odluku *Winkworth v Christie Manson & Woods Ltd* (1980) 2 WLR 937 (citirano prema J. H. C. Morris, 411).

⁷⁸ Tako B. von Hoffmann, K. Thorn, 520.

⁷⁹ Vidi C. Paffenholz, 166–167.

⁸⁰ Vidi C. Paffenholz, 174; B. von Hoffman, K. Thorn, 516; K. Kreuzer (1991), 159–160; H. Stoll, 231–232.

⁸¹ Vidi H. Stoll, 157–158; C. Paffenholz, 177 i dalje; B. von Hoffman, K. Thorn, 515–516.

⁸² C. Paffenholz, 177–178.

⁸³ Uporedi H. Stoll, 158, 172.

⁸⁴ Ibid.

4.6. Zaključak

Imajući u vidu gore prikazane rezultate istraživanja do kojih je došla strana literatura, možemo zaključiti da se klauzula odstupanja veoma retko primenjuje u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti, što znači da je njeno polje primene u ovoj materiji veoma ograničeno. Pritom, treba uzeti u obzir da je analiza vršena za tipizirane konstelacije činjenica, tako da izneti zaključci ne moraju da važe i za atipična činjenična stanja. U svakom slučaju, opšti je zaključak da se prilikom primene klauzule odstupanja u ovoj materiji mora voditi računa o zaštiti interesa pravnog prometa i trećih lica, na kojima se temelji *lex rei sitae*, i tek ako ovi interesi nisu tangirani, može se odstupiti od ovog pravila i primeniti pravo sa kojim, na osnovu ostalih objektivnih i subjektivnih kriterijuma, postoji najbliža veza. Najzad, treba istaći da se sudska praksa, u državama koje poznaju (bilo opštu bilo posebnu) klauzulu odstupanja, nije do sada izjašnjavala o njenoj primeni u materiji stvarnopravnih odnosa sa elementom inostranosti.

5. Nacrt ZMPP

Za razliku od ZRSZ, Nacrt ZMPP predviđa u čl. 39 opštu klauzulu odstupanja:

“(1) Pravo merodavno na osnovu odredaba ovog Zakona izuzetno se ne primenjuje ako je na osnovu svih okolnosti slučaja očigledno da odnos ima slabu vezu sa državom čije je pravo merodavno, a ima bitno bližu vezu sa nekom drugom državom.

(2) Ako su ispunjeni uslovi iz stava 1 ovog člana, primenjuje se pravo države sa kojom je odnos u bitno bližoj vezi.

(3) Odredbe stava 1 i 2 ovog člana se ne primenjuju ukoliko je izvršen izbor merodavnog prava ili ako se određivanjem merodavnog prava nastoji da ostvari odgovarajući materijalnopravni rezultat.”

Dakle, klauzulom odstupanja se, načelno, mogu korigovati sve kolizione norme sadržane u ovom nacrtu, uključujući i kolizione norme za stvarna prava, ako u konkretnom slučaju postoji bliža veza sa nekim drugim pravnim poretkom, a ne onim na koji je uputila “regularna” kolizionna norma. Ona se ne primenjuje ako je merodavno pravo određeno autonomijom volje stranaka ili ako se određivanjem merodavnog prava želi postići odgovarajući materijalnopravni rezultat (na primer, primena kolizionog pravila koje sadrži alternativnu tačku vezivanja). Ipak, granice klauzule odstupanja nisu samo na ovaj način omeđene, tako da je u svakom slučaju neophodno ispitati smisao i cilj kolizionog pravila. Iako, u načelu, možemo reći da gore izneti zaključci o korekciji pravila *lex rei sitae* putem klauzule odstupanja treba da važe i za primenu čl. 39 Nacrta ZMPP, valjalo bi da se ukratko osvrnemo na pravila o određivanju merodavnog prava za stvarna prava na pokretnim stvarima iz Nacrta ZMPP i njihovom odnosu sa opštom klauzulom odstupanja iz čl. 39.

Kolizione norme za stvarna prava iz Nacrta ZMPP značajno se razlikuju od onih u važećem ZRSZ.⁸⁵ Štaviše, u Nacrtu ZMPP je odvojeno uređeno određivanje merodavnog prava za stvarna prava na nepokretnim stvarima od stvarnih prava na pokretnim stvarima. Pravila o određivanju merodavnog prava za stvarna prava na pokretnim stvarima sadržana su u čl. 128 (opšta pravila), 129 (transpozicija), 130 (*res in transitu*), čl. 131 (prevozna sredstva za železnički saobraćaj) i 132 (kulturna dobra) Nacrta ZMPP.

Prema čl. 128 st. 1, za sticanje i prestanak stvarnog prava na pokretnoj stvari merodavno je pravo države u kojoj se stvar nalazi u trenutku ostvarenja poslednje činjenice na kojoj se zasniva sticanje ili prestanak stvarnog prava – primenjuje se, dakle, aktuelni (novi, poslednji) *lex rei sitae*. Odredba stava 2 ovog člana sadrži specijalnu supstancijalnu normu koja postavlja fikciju da se činjenice ili radnje neophodne za sticanje ili prestanak stvarnog prava, koje su nastupile dok se stvar nalazila u jednoj državi, smatraju ostvarenim i u državi u kojoj je nastupila poslednja činjenica na kojoj se zasniva sticanje ili prestanak stvarnog prava. Na ovaj način su uspostavljena jasna pravila za rešavanje kvalifikovanog mobilnog sukoba zakona.⁸⁶ Najzad, odredbom čl. 128 st. 3 predviđeno je da se na sadržinu i dejstva stečenog stvarnog prava primenjuje pravo države u kojoj se pokretna stvar nalazi u trenutku kada se ova pitanja postavljaju, čime se rešava prosti mobilni sukob zakona. Kada je reč o eventualnoj korekciji ovih pravila putem klauzule odstupanja iz čl. 39 Nacrta ZMPP, važno je istaći da se njome mogu korigovati samo odredbe čl. 128 st. 1 i 3 Nacrta ZMPP, s obzirom na to da one sadrže kolizione norme koje predviđaju primenu aktuelnog *lex rei sitae*. Odredba čl. 128 st. 2 Nacrta ZMPP ne može se korigovati klauzulom odstupanja, jer ona sadrži supstancijalno pravilo koje ima karakter pomoćne norme u tumačenju aktuelnog *lex rei sitae*.

Čl. 129 Nacrta ZMPP sadrži supstancijalne odredbe koje uređuju primenu metode transpozicije kada pokretna stvar na kojoj je u inostranstvu punovažno stečeno stvarno pravo dospe na teritoriju Republike Srbije. U tom slučaju strano stvarno pravo može biti priznato u Republici Srbiji, ukoliko pravo Republike Srbije uređuje oblik stvarnog prava koje po sadržini i dejstvima odgovara (tj. koje je ekvivalentno) stranom stvarnom pravu (čl. 129 st. 1). Priznanje se vrši tako što se strano stvarno pravo pretvara u ekvivalentno domaće stvarno pravo, pa se na njegovu sadržinu i dejstva

⁸⁵ Iako je u osnovi zadržan isti kolizionopravni princip kao i u ZRSZ – primena mesta nalaženja stvari, Nacrt ZMPP posvećuje stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti ukupno 11 članova (čl. 123–134).

⁸⁶ Detaljnije o kvalifikovanom mobilnom sukobu zakona i tumačenju čl. 128 Nacrta ZMPP vidi S. Đorđević, “Rešavanje kvalifikovanog mobilnog sukoba zakona u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti”, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2013, str. 417 i dalje.

primenjuje srpsko pravo (čl. 129 st. 2). Odredbe čl. 129 st. 3 i 4 sadrže posebna pravila o transpoziciji stranih stvarnih prava obezbeđenja u domaće registrovano založno prava na pokretnoj stvari kojima se uređuju dejstva upisa u registar zaloge.⁸⁷ Imajući u vidu da su pravila sadržana u čl. 129 Nacrta ZMPP supstancijalnopravne prirode (nisu, dakle, koliziona pravila), ona se ne mogu korigovati klauzulom odstupanja iz čl. 39 Nacrta ZMPP.

Čl. 130 Nacrta ZMPP predviđa da za sticanje i prestanak stvarnog prava na *res in transitu* stranke mogu izabrati pravo države otpremanja ili pravo koje je merodavno za pravni posao na osnovu koga se stiće ili prestaje to stvarno pravo, pri čemu sporazumni izbor prava ne može uticati na prava trećih lica (st. 1 i 3). Ako stranke ne izaberu jedan od ova dva ponuđena pravna poretka, na sticanje odnosno prestanak stvarnog prava na *res in transitu* primenjuje se pravo države odredišta (st. 2). Lako se da uočiti da je ovde primena *lex loci destinationis* opšte koliziono pravilo, a sporazumni izbor prava predstavlja izuzetak (posebno pravilo) kojem stranke mogu pribeci, ako je to u njihovom interesu. Od *lex loci destinationis* može se odstupiti na osnovu klauzule odstupanja iz čl. 39 Nacrta ZMPP i primeniti pravo neke druge države (na primer, države otpremanja), ako sa njim postoji znatno bliža veza. Ako su stranke izabrale merodavno pravo u skladu sa čl. 130 st. 1 Nacrta ZMPP, klauzula odstupanja se u tom slučaju, shodno čl. 39 st. 3 Nacrta ZMPP, ne može primeniti.

Čl. 131 Nacrta ZMPP predviđa da je za stvarna prava na prevoznom sredstvu za železnički saobraćaj merodavno pravo države u kojoj je ono registrovano. I ovo koliziono pravilo bi se, u načelu, moglo korigovati klauzulom odstupanja iz čl. 39 Nacrta ZMPP.

Čl. 132 Nacrta ZMPP uređuje određivanje merodavnog prava za povraćaj kulturnog dobra. Prema stavu 1 ovog člana, ako je stvar koja je proglašena kulturnim dobrom određene države izneta sa njene teritorije, na zahtev ove države za povraćaj kulturnog dobra primenjuje se njeno pravo (raniji *lex rei sitae*), osim ako ona izabere pravo države na čijoj teritoriji se kulturno dobro nalazi u trenutku postavljanja zahteva za povraćaj (aktuelni *lex rei sitae*). Ovim kolizionim pravilom se, bez sumnje, nastoji da ostvari određeni materijalnopravni rezultat, a to je povraćaj kulturnog dobra državi sa čije teritorije je ono odneto. Zato je ovoj državi data mogućnost da se opredeli za primenu prava države u kojoj se kulturno dobro nalazi u trenutku isticanja zahteva i ona će to učiniti, ako je ovo pravo za nju povoljnije od njenog nacionalnog prava. Prema tome, koliziono pravilo iz čl. 132 st. 1 Nacrta ZMPP ima za cilj postizanje odgovarajućeg materijalnopravnog rezultata i

ono se, shodno čl. 39 st. 3 Nacrta ZMPP, ne može korigovati klauzulom odstupanja. Isto važi i za koliziono pravilo iz čl. 132 st. 2 Nacrta ZMPP koje predviđa da se savesni držalac kulturnog dobra može pozvati na zaštitu koju mu pruža pravo države na čijoj teritoriji se kulturno dobro nalazi u trenutku isticanja zahteva za povraćaj, ukoliko mu takvu zaštitu ne pruža pravo države sa čije teritorije je kulturno dobro odneto. Dakle, i ovde se želi ostvariti određeni materijalnopravni rezultat – pružanje materijalnopravne zaštite savesnom držaocu, tako da se klauzula odstupanja ne primenjuje.

Na kraju, valja (još jednom) istaći da gore izneti zaključci o uzimanju u obzir zaštite interesa pravnog prometa (kao glavnog argumenta u prilog primene *lex rei sitae*), vrednovanju objektivnih i subjektivnih kriterijuma za utvrđivanje najbliže veze u stvarnopravnim odnosima sa elementom inostranosti, te o primeni klauzule odstupanja u određenim tipiziranim situacijama važe i za primenu opšte klauzule odstupanja iz čl. 39 Nacrta ZMPP.

Prof. Dr. Slavko Đorđević

Die Anwendung von Ausnahmeklauseln im internationalen Sachenrecht

(Zusammenfassung)

In dieser Arbeit überprüft der Autor die Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung von Ausnahmeklauseln in sachenrechtlichen Verhältnissen mit ausländischem Element, die bewegliche Sachen zum Gegenstand haben. Da das IPR-Gesetz Serbiens weder eine allgemeine noch eine besondere Ausnahmeklausel kennt, bezieht sich der Autor im Rahmen seiner Forschungen auf ausländische Literatur, insbesondere auf die Meinungen deutscher Autoren, über die Anwendung der Ausnahmeklausel aus Art. 46 EGBGB. Hierbei hat es sich der Autor zum Ziel gesetzt, dass seine Ergebnisse auch in Serbien de lege ferenda, d.h. dann, wenn der Entwurf des neuen IPR-Gesetzes, der in Art 39 eine allgemeine Ausnahmeklausel enthält, positives Recht wird, anwendbar sein sollen.

Der Autor beginnt seine Forschungen mit der Erläuterung der Regel lex rei sitae (als primäre Kollisionsregel für dingliche Rechte), wobei er den Schutz der Interessen des Rechtsverkehrs und der Interessen des internationalen Entscheidungseinklangs als Hauptgrund zu Gunsten der Anwendung dieser Regel herausstellt; dann erläutert er die Probleme, die entstehen, wenn es zu einem mobilen Gesetzeskonflikt (Statutenwechsel) kommt und vertritt die Auffassung, dass auf den Erwerb und die Beendigung bzw. auf die Wirkung von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen immer das aktuelle (letzte) lex rei sitae anzuwenden ist.

Danach beschäftigt sich der Autor mit der Feststellung objektiver (gewöhnlicher Aufenthalt einer Partei, zukünftiges lex rei sitae, lex contractus usw.) und subjektiver (Interessen der Parteien) Kriterien, auf deren Grundlage die engste Verbindung mit einem anderen Recht als dem lex rei sitae besteht. Hierbei betont er, dass es in jedem konkreten Einzelfall unerlässlich ist, auch den Schutz der Interessen des Rechtsverkehrs, der gegenüber anderen Kriterien Vorrang haben muss, zu berücksichtigen. Dann analysiert der Autor

⁸⁷ O priznanju i transpoziciji nepoznatih stvarnih prava i tumačenju i primeni čl. 129 Nacrta ZMPP vidi S. Đorđević, "Transpozicija stranih stvarnih prava na pokretnim stvarima prema Nacrtu Zakona o međunarodnom privatnom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2013, str. 149 i dalje.

die Anwendung von Ausnahmeklauseln auf dingliche Rechte an beweglichen Sachen in bestimmten typisierten Fällen (res in transitu, Verkehrsgeschäfte, gutgläubiger Erwerb abhandengekommener Sachen im Ausland, Verfügung unter Reisenden einer Reisegruppe und Übereignung von gestohlenen Sachen durch den Eigentümer). Dabei kommt er zu dem Schluss, dass Ausnahmeklauseln auf diesem Gebiet einen beschränkten Anwendungsbereich haben.

Am Ende beschäftigt sich der Autor mit der allgemeinen Ausnahmeklausel aus Art. 39 des Entwurfes für ein neues serbisches IPR-Gesetz und deren Anwendung auf die Regeln über die Bestimmung des anwendbaren Rechtes für dingliche Rechte an beweglichen Sachen (Art. 128 -132 des Entwurfes). Durch die allgemeine Ausnahmeklausel aus Art. 39 können die Bestimmungen der Art. 128 Abs. 1 und 3 korrigiert werden, da diese Kollisionsregeln enthalten, d.h. für den Erwerb und die Beendigung bzw. die Wirkung dingliche Rechte an beweglichen Sachen die Anwendung des aktuellen lex rei sitae vorsehen. Dasselbe gilt für die Bestimmung des Art. 130 Abs. 2, die für res in transitu die Anwendung des lex loci destinationis vorsieht. Auf der anderen Seite kann die Bestimmung des Art. 128 Abs. 2 nicht durch eine Ausnahmeklausel korrigiert werden, da es sich um eine materielle und nicht um eine Kollisionsregel handelt. (Art. 128 Abs. 2 regelt, dass Tatsachen, die für den Erwerb oder die Beendigung eines dinglichen Rechtes unumgänglich sind, und die eintraten, während sich die Sache in einem Staat befand, als auch in dem Staat eingetreten gelten, in dem die letzte Tatsache, auf die er sich der Erwerb oder die Beendigung des dinglichen Rechts gründet, eintrat.) Ebenso können auch die Bestimmungen des Art. 129 des Entwurfes des IPR-Gesetzes, die materielle Richtlinien über die Transposition ausländischer dinglicher Rechte in die einheimische Rechtsordnung enthalten, nicht durch eine Ausnahmeklausel korrigiert werden. Am Ende hebt der Autor hervor, dass die Ergebnisse über die Korrektur der Regel lex rei site, zu denen er durch seine in den vorstehenden Absätzen dargestellten rechtsvergleichenden Überlegungen gekommen ist, auch für die Anwendung der allgemeinen Ausnahmeklausel aus Art. 39 des Entwurfes gelten

Prof. Dr. Slavko Đorđević

The application of the escape clause in international property law

(Summary)

The author analyses the possibilities and limits of the opt-out clauses application in property law relations with foreign element whose object are movables. Since the Serbian IPL Act contains neither general nor a special exception clause, the author refers in the context of his research on foreign literature, and particularly on the opinions of German authors about the application of exception clause contained in the Article 46 of Introductory Act to the Civil Code. By doing so the author has set himself a goal that his results should also be applicable

in Serbia de lege ferenda, i.e. when the Draft of new IPL Act containing a general exception clause in its Article 39 becomes positive law.

The author begins his research with the explanation of the lex rei sitae rule (as the primary conflict rule for rights in rem), where he finds the protection of interests of both legal relations' and international harmony of decisions to be the main reason speaking in favour of the application of this rule; then he goes on to explain the problems arising in situations of mobile conflict of laws (change of laws) and argues that the current (last) lex rei sitae is to be applied always to the acquisition and termination on rights in rem on movables.

The author continues to deal with the determination of objective (habitual residence of a party, future lex rei sitae, lex contractus, etc.) and subjective (interests of the parties) criteria, based on which the closest connection with another law as the lex rei sitae is established. In this respect he emphasises that it is essential to take into account the protection of the interests of legal relations in each specific case. Those interests must take precedence over other criteria. The author then analyses the application of exception clauses to rights in rem on movables in certain standardised cases (res in transitu, international transport of goods, good faith acquisition of lost things abroad, disposal of movables among travellers within a travel group, and transfer of title on stolen property to the insurer). In this respect he concludes that the exception clauses in this field have a limited scope of application.

In the end, the author deals with the general exception clause contained in the Article 39 of the Draft of the new Serbian IPL Act and its application to the rules concerning the determination of applicable law to rights in rem on movables (Articles 128-132 of the Draft). The provisions of Article 128 paragraphs 1 and 3 can be corrected through the general exception clause of Article 39 as these contain conflict rules, i.e. foresee the application of the current lex rei site to acquisition and termination of rights in rem on movables. The same applies to the provision of Article 130 para graph 2, which provides for the application of lex loci destinationis for res in transitu. On the other hand, the provision of Article 128 paragraph 2 cannot be corrected by an exception clause, since it contains a substantive and not a conflict rule. (Article 128 paragraph 2 provides that the facts necessary for the acquisition or termination of rights in rem, which occurred while the object was located in one country, are considered realised also in a country where the latest facts which are the basis for the acquisition or termination of rights in rem occurred.) Likewise, the provisions of Article 129 of the Draft IPL Act, containing substantive guidelines on the transposition of foreign rights in rem into national legal system, cannot be corrected by an exception clause either. In the end, the author emphasises that the conclusions on correcting the lex rei sitae rule, to which he has come through its comparative legal considerations presented in the preceding paragraphs, also apply to the application of the general exception clause from the Article 39 of the Draft.

Mračna strana njemačkog prava: (ne)pravo u nacionalsocijalizmu na primjeru diskriminacije pripadnika židovske vjeroispovijesti u građanskom pravu

Dr. Stefan Pürner

UDK: 347:342.724(=411.16)(430)

I. Uvod

1. Značenje teme, tok prikaza

Njemačko pravo uživa u međunarodnim okvirima izvanredan ugled. Pored toga, njemačko je pravo kontinentalno evropsko pravo usklađeno s evropskim *acquis communautaireom* te ima veliko teritorijalno područje primjene i primjenjuje se već nekoliko desetljeća, a uz to posjeduje bogatu sudsku praksu i stručnu literaturu. Iz tog je razloga za zemlje u tranziciji koje također imaju kontinentalnoevropsku tradiciju, a koje reformiraju svoj pravni sustav, izvanredno prikladno kao "orijentacijsko pravo". Iz tog se razloga i pravnicima iz regije isplati baviti njemačkim pravom. No, ko se intenzivno bavi njemačkim pravom trebao bi poznavati i negativne strane, odnosno "mračno razdoblje" tog prava jer se samo tako može dobiti cjelovita slika o njemačkom pravu i njegovoj historiji. Ali, postoji još jedan razlog zašto se treba baviti "mračnom stranom njemačkog prava": znanje o tadašnjim "mehanizmima" i tehnikama da se nepravo prikaže kao pravo može pomoći u pravovremenom prepoznavanju sličnih razvoja u drugim pravnim sustavima i drugim historijskim kontekstima.¹

Poznato je da je Njemačka tokom takozvanog Trećeg Reicha bila država nepravda, pa se stoga ovdje nećemo baviti općepoznatim pojavnostima nacionalsocijalističke države nepravda, već nacionalsocijalističkim utjecajima na jedno područje prava koje se vrlo rijetko dovodi u vezu s nacionalsocijalističkim nepravdom, a to su građansko i građansko procesno pravo, i to posebno s obzirom na tretman pripadnika židovske vjeroispovijesti. No, prije toga se na temelju nekoliko primjera trebamo podsjetiti strašnih posljedica tog razdoblja njemačke historije.

¹ U ovom bih kontekstu želio podsjetiti na riječi američkog novinara i filozofa španjolskog porijekla Georgea Santayna: *Those who cannot remember the past are condemned to repeat it.* (Ko se ne sjeća prošlosti, osuđen je ponoviti ju) George Santayna *The Life of Reason*, svezak 1., Reason in Common Sense (1905), poglavlje 12, str. 284, elektroničku verziju možete pronaći pod: http://www.gutenberg.org/catalog/world/readfile?pageno=115&fk_files=169068

2. Posljedice nacionalsocijalističke države nepravda u brojkama

Nacionalsocijalistička njemačka država prouzročila je neopisivu patnju. Brojke tu patnju ne mogu opisati, ali svojim ogromnim dimenzijama mogu dati osjećaj nezamislivoga.² Tako je u Drugom svjetskom ratu poginulo 13 miliona sovjetskih vojnika te daljnjih 14 miliona civila u Sovjetskom savezu. Dakle, samo sovjetske žrtve iznose nevjerovatnih 27 miliona mrtvih! Osim poginulih u borbenim radnjama, Drugi svjetski rat je za posljedicu imao i milione i milione ranjenika, prognanika, traumatiziranih, onih koji su ostali bez imovine i koji su ostali bez socijalnih korijena. K tomu dolazi i veliki broj žrtava ciljanog rasiističkog progona koji je u koncentracijskim logorima koristio razrađenu mašineriju smrti. Samo je broj ubijenih pripadnika židovske vjeroispovijesti procijenjen na pet do šest miliona.³ Pored toga, u koncentracijskim logorima smrt su pronašli i pripadnici mnogih drugih skupina koje su nacionalsocijalisti progonili u svojem kolektivnom ludilu i težnji za "čistim narodom" (Sinti i Romi, homoseksualci, angažirani kršćani i pripadnici oporbe). Ali i oni koji nisu bili pripadnici nijedne od progonjenih skupina te koji nisu ozlijeđeni i ubijeni, svakodnevno su osjećali negativne posljedice fašističkog režima, što je obuhvaćalo jednomnu štampu, ograničenja osobnih sloboda i bitna ograničenja u ophođenju s ljudima koji, neovisno o tomu jesu li bili njemački državljani ili ne, nisu odgovarali tzv. "völkisch" idealu nacionalsocijalista, tj. idealu nacionalsocijalista o narodu kao navodnoj rasi.

II. Pregled pokušaja "pravnog opravdanja" nacionalsocijalističke nepravde/neprava

1. Opći propisi ("Uredba povodom požara u Reichstagu" i "Zakon o ovlaštenju")

Djelovanje tadašnje državne vlasti – i pojedinaca koji su postali aktivni u njezinoj službi – lako se može prepoznati kao nepravda i nepravo. No, zbog toga iznenađuje još više da je tadašnji režim ulagao velike napore kako bi pokušao svoje djelovanje legitimirati u uobičajenim oblicima prava. Iz velikog mnoštva tih propisa i navodnih "pravnih osnova" koje su zapravo nalagale počinjenje nepravde i nepravda, ovdje možemo spomenuti samo nekolicinu⁴. U najvažnije

² Ovi se podaci temelje na podacima iz desetog sveska serije *Das Deutsche Reich und der Zweite Weltkrieg* (Njemački Reich i Drugi svjetski rat) koju je izdao Militärgeschichtliches Forschungsamt (Ured za istraživanje vojne historije), 2008. Citirano prema Wikipediji http://de.wikipedia.org/wiki/Kriegstote_des_Zweiten_Weltkrieges.

³ Vidi s tim u vezi (i u vezi s raspravom o točnim brojkama te o daljnjim izvorima) *Eberhard Jäcke Die Zahlen des Grauens* (Brojke strahote), *Die Zeit-Online*, 29. lipnja 1991. na <http://www.zeit.de/1991/27/zahlen-des-grauens>

⁴ Pregled događaja na početku 1933. godine i tada donesenih pravnih normi, koje su u nastavku kratko spomenute, daje

postaje nacionalsocijalističke ideologije u formalnom obliku prava⁵ ubrajaju se između ostaloga:

- Uredba predsjednika Reicha o zaštiti naroda i države (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat*) – od 28. februara 1933.⁶ koja se naziva i “Uredba povodom požara u Reichstagu” te
- Zakon o ovlaštenju (*Ermächtigungsgesetz*) od 24. marta 1933.

Uredba povodom požara u Reichstagu donesena je kao reakcija na požar Reichstaga, koji su navodno podmetnuli komunistički urotnici, dan nakon tog požara. Uredba je dopunjena Uredbom “protiv izdaje njemačkog naroda i veleizdajničkih radnji” od istoga dana. Ti su propisi “zamijenili pravnu državu trajnim izvanrednim stanjem”⁷ te su predstavljali “temeljnu osnovu režima...”⁸. Osim toga, predstavljali su “prividno legalnu osnovu za progon (i), totalitarni teror”⁹. Budući da je tu uredbu ukinula tek vojna vlada Saveznika na dan završetka rata, dakle 8. maja 1945. godine, ona je tokom čitavog Trećeg Reicha bila osnova za “bespravnost pojedinca u Trećem Reichu”¹⁰.

Zakon o ovlaštenju je vladi dao ovlasti da samostalno smije donositi ne samo uredbe, već i zakone. Na taj je način

članak Michaela Kißenera na njemačkom jeziku, Die Zeit des Nationalsozialismus (Vrijeme nacionalsocijalizma) na internetskoj stranici Bundeszentrale für politische Bildung (Saveznog središnjeg ureda za političko obrazovanje) (<http://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/grundgesetz-und-parlamentarischer-rat/39195/ns-staat?p=all>). A pregled na engleskom jeziku postoji u članku autora Caroline Dostal/Anke Struss/Leopold von Carlowitz Between Individual justice and mass claims proceedings: Property restitution for victims of Nazi Persecution (Između individualne pravde i masovnih postupaka za naknadu štete: povrat imovine žrtvama nacionalsocijalističkog progona) in Post-Reunification Germany, German Law Journal, vol. 15 (br. 6) (2014.), str. 1035 i d. te str. 1040 i d., na internetu na adresi: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol15-No6/PDF_Vol_15_No_06_02%20von%20Carlowitz%20et%20al_BDD.pdf.

⁵ Detaljan pregled, posebno pojedinih koraka za obespravljenje Židova pronaći ćete na internetskoj stranici Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg (Centrala za političko obrazovanje savezne zemlje Baden Württemberg) na adresi <http://www.lpb-bw.de/publikationen/pogrom/pogrom6.htm>.

⁶ Reichsgesetzblatt (Službeno glasilo Reicha) (RGBl) 1936., I str. 83).

⁷ Joachim Fest, Hitler – Eine Biografie, Frankfurt/Main, Berlin, Beč, 1971., str. 548.

⁸ Karl Diedrich Bracher/Wolfgang Sauer/Gerhard Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung, (Nacionalsocijalističko preuzimanje vlasti) Köln/Opladen 1960., citirano prema Festu op. cit. (vidi napom. 7).

⁹ Karl Diedrich Bracher/Wolfgang Sauer/Gerhard Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung, Köln/Opladen 1960., citirano prema Festu op. cit. (vidi napom. 7).

¹⁰ Formulacija Inga Müllera, Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz (Zastrašujući pravnici – prošlost našeg pravosuđa s kojom se nismo suočili), München 1987., str. 55.

Reichstagu kao parlamentu oduzeta svaka moć. Dodatna otežavajuća okolnost bila je da su zakoni koje je donijela vlada mogli odstupati i od samog Ustava.

2. “Specijalno pravo” za pripadnike židovske vjeroispovijesti (posebno Zakon o ponovnoj uspostavi profesije državnih službenika iz 1933. godine, Zakon o građanima Reicha te Zakon o zaštiti njemačke krvi i njemačke časti iz 1935. godine)

Navedeni propisi su zajedno s nizom drugih propisa¹¹ tvorili formalnu osnovu za donošenje propisa koji su zapravo bili s druge strane prava te su tako nepravo navodno proglasili pravom. Uz te opće propise, doneseni su i drugi kojima je cilj bio diskriminirati pripadnike židovske vjeroispovijesti. Prvi među njima bio je “Zakon o ponovnoj uspostavi profesije državnih službenika” (*Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*) od 7. 4. 1933. Iza tog naslova, koji zvuči veoma tehnički, krila se eliminacija tzv. “nearijevaca” iz javne službe. Naime, članak 3. tog zakona određuje da se “državni službenici koji nisu arijevskeg porijekla (...) trebaju umiroviti”¹². Dvije i pol godine kasnije na kongresu nacionalsocijalističke stranke u Nürnbergu donesena su još dva zakona koja su sadržavala dodatne diskriminirajuće odredbe. To su

- Zakon o građanima Reicha¹³ (*Reichsbürgergesetz*) te
- Zakon u svrhu zaštite njemačke krvi i njemačke časti (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*).

Ti se zakoni nazivaju i “Nirnberškim zakonima” ili “Nirnberškim rasnim zakonima”. Zakon o državljanstvu određivao je, između ostaloga, da su samo “državljeni Reicha” isključivi nositelji političkih prava. Pritom su “državljeni Reicha” mogli biti samo “državljeni njemačke ili srodne krvi”. Taj je zakon tokom vremena nadopunjen s trinaest uredaba koje su, između ostaloga, uređivale ko je smatran “Židovom”, da je imovina osoba židovske vjeroispovijesti u slučaju njihove deportacije pripadala državi i slično.

Drugi nirnberški rasni zakon bio je “Zakon u svrhu zaštite njemačke krvi i njemačke časti”. Taj je zakon utvrđivao, između ostaloga, da su zabranjeni “brakovi između Židova i državljana njemačke ili srodne krvi” i da su “brakovi koji su unatoč tomu zaključeni bili ništavni”¹⁴.

¹¹ Npr. zajedno s “Uredbom predsjednika Reicha za zaštitu njemačkog naroda” od 4. februara 1933. godine koja je, nekoliko dana nakon što je Adolf Hitler imenovan kancelarom Reicha, u velikoj mjeri ograničila slobodu okupljanja i medija. Osim toga, ova je Uredba i ministru unutarnjih poslova Reicha dala velike ovlasti.

¹² Isti mjesec, naime, 22. 4. 1933. godine slijedila je i zabrana rada za židovske liječnike u okviru zdravstvenog osiguranja.

¹³ Zakon o građanima Reicha (*Reichsbürgergesetz* – RBG) od 15. septembra 1935. (Sl. l. “RGBl”; I str. 1146).

¹⁴ Članak 1. navedenog zakona.

Osim toga, zabranjen je i “izvanbračni odnos između Židova i državljana njemačke ili srodne krvi”¹⁵.

Usto je postojao još i veliki broj propisa koji su donešeni kao “specijalno pravo” za tretman pripadnika židovske vjeroispovijesti. Opsežna zbirka tih propisa koju je sastavio izraelski znanstvenik Walk¹⁶ pokazuje da su sve razine državne strukture sudjelovale u toj diskriminaciji. Osim toga, ti propisi pokazuju koliko je nezamisliva bila mješavina apsurdnih i strašnih odredaba. Ilustracije radi, u nastavku dajemo nekoliko primjera po kronološkom redoslijedu:¹⁷

- Dana 22. marta 1933. godine (dakle, još prije donošenja Zakona o ponovnoj uspostavi profesije državnih službenika) jedna je tirinška uredba židovskoj školskoj djeci oduzela pravo na uobičajeni popust na školarinu koji se odobravao u slučaju da su brat ili sestra već pohađali istu školu (popust za braću i sestre).
- Nekoliko dana nakon donošenja Nirnberških zakona 1935. godine je gradonačelnik bavarskog mjesta Königsdorf utvrdio, da se “krave ili junice koje su kupljene izravno ili neizravno od Židova ne smiju se dovoditi općinskom biku na parenje”. To je obrazloženo time da se želi spriječiti opasnost od zaraze stoke lokalnih seljaka.
- U decembru 1935. godine (pripadnici židovske vjeroispovijesti u tom trenutku već dvije godine nisu mogli postati suci) je predsjednik najvišeg suda u Berlinu (*Berliner Kammergericht*) smatrao da treba zabraniti i intelektualni utjecaj židovskih pravnika na odluke sudaca u području svoje nadležnosti. U tu je svrhu sucima zabranio korištenje komentara uz zakone ili pravne članke židovskih autora.
- Potom je 1939. godine Ministarstvo prometa Reicha Židovima zabranilo korištenje restoran vagona i kušet kola željeznice.
- Što je nacionalsocijalistička diktatura duže trajala, to su posljedice propisa postajale sve opasnije po život osoba na koje su se odnosili. Tako je Ministarstvo pravosuđa Reicha 1. aprila 1943. godine naložilo da se Židovi i Poljaci koji su zbog nekog krivičnog djela osuđeni na kaznu zatvora moraju predati

ozloglašenoj Tajnoj policiji (*Geheime Staatspolizei – Gestapo*) radi izvršenja kazne zatvora.

- Treba pretpostaviti da je osobe na koje se odnosio gorenavedeni propis čekala jednako tužna sudbina kao i one na koje se odnosila Uredba Glavnog ureda za sigurnost Reicha (Reichssicherheitshauptmann) od 18. decembra 1943. godine. Ta uredba je, naime, propisala da se židovski supružnici iz “miješanih brakova”, koji više ne postoje, trebaju deportirati u koncentracijski logor Theresienstadt.¹⁸
- Kronološki posljednji propis iz ove zbirke je onda imao za cilj spriječiti rasvjetljavanje strašnog nasilja počinjenog nad Židovima. Naime, okružnicom (*Runderlass*) Ministarstva gospodarstva Reicha od 16. februara 1945. (posl. br: II GRO 1118/45) naloženo je da se moraju uništiti “spisi, predmet kojih su antisemitske djelatnosti”, ukoliko se ne uspiju ukloniti prilikom povlačenja pred savezničkim snagama “kako ne bi dospjeli u ruke neprijatelja”. Činjenica da se radi o okružnici Ministarstva gospodarstva potvrđuje da je uništenje Židova doduše bilo motivirano slijepom, rasističkom mržnjom, ali da se istovremeno financijskom eksploatacijom, kao što su oduzimanje imovine i prisilni rad, iz masovnog uništenja pokušao izvući i ekonomski kapital.

3. Daljnje mjere u pravnom području

Ove su legislativne mjere bile popraćene i drugim mjerama kojima se htjelo osigurati da će se o pravnim pitanjima u budućnosti odlučivati prema željama nacionalsocijalista. To se s jedne strane odnosilo na “kadrovsku politiku” kojom su iz pravnih zanimanja uklonjene osobe koje su bile kritički nastrojene prema nacionalsocijalističkom poimanju svijeta i koje nisu bile spremne nacionalsocijalističkom nepravu i nepravdi dati još i privid zakonitog djelovanja. Tako je 1933. godine od 378 pravnih znanstvenika, koji su u prethodnoj godini još predavali na njemačkim fakultetima, otpušteno njih 120, dakle, gotovo trećina.¹⁹ Na njihovo su mjesto onda došli mladi akademski znanstvenici odgovarajućeg političkog uvjerenja.²⁰

Kako bi se osigurao i izbor “prikladnih” pravnika za budućnost, izmijenjen je i sastav ispitnih komisija za usmeni pravosudni ispit.²¹ Komisije su se prvobitno sastojale od tri ravnopravna člana, koji su svi morali biti

¹⁵ Članak 2. navedenog zakona.

¹⁶ Odgovarajuća zbirka nalazi se kod Josepha Walka (izd.), uz suradnju Daniela Cila Bechera, Bracha Freundlicha, Yorama Konrada Jacobya i Hansa Isaaka Weissa s prilozima zamjenika glavnog američkog tužitelja Roberta H. Jacksona u Nirnberškom procesu Roberta W. Kempnera i Adalberta Rückerla. *Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat. Eine Sammlung der gesetzlichen Maßnahmen und Richtlinien – Inhalt und Bedeutung* (Specijalno pravo za Židove u nacionalsocijalističkoj državi. Zbirka zakonskih mjera i smjernica – sadržaj i značenje), ponovni tisak 6. naklade 1996., Heidelberg 2013.

¹⁷ Preuzeto iz rasprave o Walkovoj zbirci (v. prethodnu napomenu) autora Hansa Wrobela u *Kritische Justiz* 1982., str. 313 i d.

¹⁸ Vidi uz “rasno miješani brak” i tačku IV u nastavku.

¹⁹ Müller, op. cit. (nap. 10), str. 76.

²⁰ Među njima i stručnjak za građansko pravo Karl Larenz koji je i po završetku vladavine nacionalsocijalista nastavio svoju akademsku karijeru, iako je i on u svojim publikacijama osigurao teorijsku podlogu za nacionalsocijalističko tumačenje zakona. Vidi s tim u vezi npr. i Müller, op. cit. (nap. 10), str. 77, 88, 238.

²¹ Vidi u vezi sa sljedećim Hans Wrobel Otto Palandt zum Gedächtnis (U sjećanje na Otta Palandt) 1. 5. 1877 – 3. 12. 1951, *Kritische Justiz* 1, 1982, str. 1 i d.

pravnicima. A tada je uveden i četvrti član koji je prije svega trebao postavljati pitanja iz “nauke o narodu i državi” te čak nije morao biti pravnik. Njegova je zadaća vjerovatno bila i osigurati da kandidati zastupaju i političke stavove sukladno željama nacionalsocijalista. Iz tog su razloga pripravnici tog novog, četvrtog člana ispitnog povjerenstva podrugljivo nazivali i “*völkischer Beobachter*” (promatračem sukladno ideologiji o jednom narodu, navodno jednoj rasi). (“*Völkischer Beobachter*” je bio i naziv stranačkog glasila NSDAP-a [Nacionalsocijalističke njemačke radničke partije]). Uredbom od 27. marta 1934. godine je onda i za pravosudni ispit uvedeno “načelo vođe (*Führera*)”. To znači da se odluke više nisu donosile većinom glasova ispitivača, već je predsjedavajući sada samostalno odlučivao kao “Führer” (vođa). A ostali ispitivači su degradirani u čiste savjetnike, koji su samo mogli davati prijedloge.

4. Nova definicija pravne države

a) Polazište:

No, to nije bilo sve: kako bi se pravnodržavni propisi mogli iskoristiti za djelovanje suprotno načelima pravne države, a da se pritom ne mijenja tekst, promijenjena je i pravna dogmatika, posebno metoda tumačenja pravnih propisa. Polazište za to je bilo promijenjeno poimanje prava. Za razliku od liberalnog poimanja, koje je vrijedilo još u doba Weimarske republike, pravo sada više nije trebalo služiti zaštitu slobode pojedinca, već je za najviši cilj imalo očuvanje i poticanje zajednice. Pritom se pod “zajednicom” podrazumijevala takozvana “njemačka zajednica po krvi”.²² Prijašnja građanska pravna država sada više nije bila pozitivni ideal, već je smatrana “prototipom zajednice bez časti i dostojanstva”²³, na mjesto kojeg je moralo doći novo poimanje prava. To novo poimanje prava se također nazivalo “pravnom državom”. Ali, s još jednim dodatkom radi pojašnjenja. Naime,²⁴ trebalo se govoriti ili o “njemačkoj pravnoj državi”, ili o

“nacionalsocijalističkoj pravnoj državi” ili – još jasnije – o “njemačkoj pravnoj državi Adolfa Hitlera”. Time je trebalo biti jasno da novi pravni sustav ima veoma malo veze s prijašnjim poimanjem pravne države.

b) Potiskivanje zakona

Opisana “nacionalsocijalizacija” (moglo bi se reći i: pervertiranje) prava bila je popraćena i izmjenama vezano za zadaću sudova i pravnih izvora.

Tako je značenje zakona potisnuto novom naukom o pravnim izvorima. Zakoni su sada bili samo jedan od javnih oblika prava.²⁵ A zakone, posebno one stare, dakle, one koji su doneseni prije preuzimanja vlasti od strane nacionalsocijalista, suci su smjeli tumačiti tako da se nisu morali striktno držati teksta zakona kako bi pomogli u primjeni “novog shvaćanja prava”.

To je “novo shvaćanje prava” bilo obilježeno ukidanjem podjele prava, s jedne strane, te politike i morala, s druge strane. Iz tog su razloga, uz uobičajene pravne izvore (ustav, zakon, uredbu, statuti i običajno pravo), kao takvi smatrani i stranački program NSDAP-a i takozvano “zdravo shvaćanje naroda” (njem. *gesundes Volksempfinden*).²⁶ Najplastičnije se to vjerovatno može pojasniti na temelju članka 1. Zakona o prilagodbi poreza od 16. 10. 1934.²⁷ koji glasi: “*Porezni zakoni se moraju tumačiti prema nacionalsocijalističkom pogledu na svijet*”. Drugim riječima: sudac više nije bio vezan za zakon.²⁸ Sada su suci, bez da su se morali pridržavati teksta zakona, trebali odlučivati o “pravu” u smislu novog pogleda na svijet koji je bio obvezujući za sve. Budući da vladajućim nacionalsocijalistima nije pošlo za rukom da sve zakone odjednom preformuliraju u svom duhu, ova je tačka u građanskom pravu bila od posebno velikog značenja.²⁹ Današnja znanost taj novi način tumačenja naziva “neograničenim tumačenjem”.³⁰ A cilj tog novog tumačenja bio je da se dotadašnji zakoni tumače prema nacionalsocijalističkom shvaćanju bez potreba za izmjenom teksta zakona. Jedan primjer za tu “perverziju pravnog poretka”³¹ je tumačenje pojma “pravne sposobnosti” kao “pravni položaj pripadnika njemačkog naroda kao člana njemačke narodne zajednice”, te nadalje odbijanje subjektivnog prava kao izraza neželjenog individualizma.

²² Adolf Hitler, *Mein Kampf*, 296. – 299. naklada, München 1938., str. 433 i d.; Heinz Hildebrandt *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate* (Utvrđivanje prava u novoj njemačkoj državi), Berlin/Leipzig, 1935., str. 31, oba citata prema Lutz Mageru, *Das Recht im Nationalsozialismus - Wege völkischer Rechtserneuerung: Rechtsquellenlehre und Auslegung als Gesetzgebungserlass* (Pravo u nacionalsocijalizmu – putovi obnove prava sukladno nacionalsocijalističkom tumačenju o narodu jedne rase: nauka o pravnim izvorima i tumačenje kao postupak donošenja zakona), str. 4, na internetu se može pronaći pod: <http://www.juracafe.de/ausbildung/seminar/self/rechtserneuerung.pdf>.

²³ Ernst Forsthoff, *Der totale Staat* (Totalna država), 1033, citirano prema Ingu Mülleru op. cit. (nap. 10) str. 79.

²⁴ Carl Schmitt, *Was bedeutet der Streit um den “Rechtsstaat”* (Šta znači svađa oko “pravne države” u *Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft* 1935., str. 199 citirano prema Mülleru, op. cit. (nap. 10), str. 79. I Carl Schmitt je također nastavio svoju karijeru u Saveznoj Republici Njemačkoj.

²⁵ Karl Larenz, prema Mageru, op. cit. (nap. 21) str. 4.

²⁶ Mager, op. cit. (nap. 21) str. 7.

²⁷ Citirano prema Karlu Engischu, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart (Uvod u pravnički način razmišljanja), Berlin, Köln, 11. naklada 2010., str. 168.

²⁸ Slično i Müller, op. cit. (nap. 10), str. 79.

²⁹ Vidi Müller, op. cit. (nap. 10), str. 79. 8.

³⁰ Vidi o sljedećem i Arno Buschmann, *Mit Brief und Siegel – Kleine Kulturgeschichte des Privatrechts*, München 2014., str. 241 i slj.

³¹ Pojam potječe od feiburškog pravika Fritza von Hippela koji je opsežno istražio građansko pravo za vrijeme nacionalsocijalizma.

No, kao što će se još pokazati u nastavku³² na primjeru sudske prakse uz takozvane “rasno miješane brakove”, to oslobođenje sudaca od obveze pridržanja teksta zakona je za vladajuće nacionalsocijaliste bilo ambivalentno pitanje. Naime, vladajući su suce koji su samoinicijativno mijenjali pravni poredak smatrali potencijalnom smetnjom.³³ Slobodnim prostorom koji se sucima želio dati mimo zakona trebala se, doduše, provesti (stvarna ili pretpostavljena) volja vlade, konkretnije volja “Führera” Adolfa Hitlera. Ali, ta je sloboda imala i svoje granice u toj volji. Suci su, dakle, u zakone trebali “učitati” volju politike, ali u svojoj predviđajućoj poslušnosti nisu smjeli preteći politiku na taj način da anticipiraju i poduzmu korake koje je politika predvidjela za neko kasnije razdoblje. (Za ovaj pristup, koji na prvi pogled zasigurno nije jednostavan za shvatiti, u nastavku će se kod obrade tzv. “rasno miješanih brakova” dati i konkretan primjer, vidi s tim u vezi niže u tekstu).

c) Nova zadaća sudaca

Zbog tako izmijenjenog poimanja prava došlo je i do temeljite promjene zadaća sudaca. Njihove zadaće sada, drukčije nego u pravnoj državi koja stvarno zaslužuje taj naziv, nisu više bile da se, ukoliko je to potrebno, postupanje države korigira u interesu pojedinaca. Sada su – upravo obratno – trebali provoditi volju vlasti, odnosno i osobnu volju Adolfa Hitlera. Tako su se suci iz neovisne instancije za kontrolu državne moći pretvorili u ovisne pomoćnike vlastodržaca u ispunjenju njihove volje. Oni to nisu niti skrivali niti tajili, dapače, oni su to otvoreno i zahtijevali. To jasno dolazi do izražaja u citatu ministra pravosuđa Reicha, dr. Thieracka, koji je 1942. godine, dakle, devet godina nakon preuzimanja vlasti od strane nacionalsocijalista, tokom Drugog svjetskog rata, rekao: “Njemački suci! Prema starom germanskom poimanju prava, vođa naroda je uvijek bio i vrhovni sudac. Sudbena vlast je izvedena od vođe. Sudac je nositelj samoočuvanja naroda. On je čuvar vrijednosti naroda i uništavač nevrijednosti. S obzirom na tu zadaću, sudac je neposredni pomoćnik državne vlasti. Takvo se sudstvo neće poput robova oslanjati na štake zakona.”³⁴ Josef Goebels je u istoj godini u obraćanju sucima Narodnog suda (Volksgerechtshof) još drastičnije istaknuo potrebu za nepridržavanjem zakona, odnosno njegovu neobvezivost i za sudačke odluke kada je, naime, rekao: “Ne treba polaziti od zakona, već od odluke da

se ta osoba (pritom je mislio na dotičnog optuženika) mora ukloniti!”³⁵

d) Implikacije u području krivičnog prava

Ovo ovlaštenje za sudačku samovolju je u krivičnom pravu posebno došlo do izražaja. Ovdje se išlo čak tako daleko, da se u junu 1935. godine ukinula i zabrana analogije, jednog od najvažnijih načela krivičnog prava svake pravne države. U tu je svrhu članak 2. Krivičnog zakonika preformuliran na sljedeći način:³⁶

“Kaznjava se osoba koja je počinila djelo za koje zakon utvrđuje da se radi o kažnjivom djelu ili koju treba kazniti prema osnovnoj ideji krivičnog zakona ili zdravom shvaćanju naroda.”

Ideološko (riječ “pravno” se u ovom kontekstu teško može smatrati prikladnom) opravdanje za takav postupak dali su znanstvenici poput *Carla Schmitta*³⁷ koji je rekao da u nacionalsocijalizmu rečenica “Nema krivičnog djela bez kazne” ima veću i jaču pravnu jasnoću od rečenice “Nema kazne bez zakona”. Posljedice ove vrste pravde, koja je bila prilagođena nacionalsocijalističkom pogledu na svijet, pokazale su se u području krivičnog prava posebno tokom Drugog svjetskog rata. Dok je u Prvom svjetskom ratu bilo samo 48 dokumentiranih smrtnih presuda izrečenih od strane njemačkih sudova,³⁸ samo je Narodni sud (*Volksgerechtshof*) u Drugom svjetskom ratu donio 5191 takvu presudu. A budući da su ostali njemački sudovi izrekli dvostruko više takvih smrtnih presuda, ukupni broj smrtnih presuda koje je njemačko krivično pravosuđe izreklo tokom Drugog svjetskog rata iznosi gotovo nezamislivih 16.000.

III. Građansko pravo kao sredstvo vladavine neprava/nepravde

Kada se promatra (ne)pravni sustav nacionalsocijalizma, težište je obično na krivičnom pravu, što često vodi do pogrešne pretpostavke da se nacionalsocijalističko nepravo/nepravda događalo isključivo u području krivičnog prava. Ali to nije tačno, jer su i u području javnog prava, pa sve do poreznog prava, postojali propisi kojima se pokušavalo rasistički motiviranim radnjama dati privid sukladnosti s načelima pravne države.³⁹ No, samo se rijetko govori o tome da je nacionalsocijalističko nepravo/nepravda postojalo i u obliku građanskog prava, građanskog procesnog prava, pa čak i u području propisa o arbitraži ili izvršenju. Pravne

³² Vidi i tač. IV.

³³ Vidi i Hans Wrobel, *Die Anfechtung der Rassenmischehe – Diskriminierung und Entrechtung der Juden in den Jahren 1933 bis 1935* (Poništavanje rasno miješanog braka – diskriminacija i obespravljenje Židova u razdoblju od 1933. do 1935. godine), *Kritische Justiz* 1983, str. 349 i d., tamo str. 364.

³⁴ Citirano prema Hansu Hillermeieru *Vom Versagen der Richter gestern und heute* (O podbačaju sudaca – danas i sutra), *Kritische Justiz* 1983, str. 54 i slj.

³⁵ Hillermeier op. cit. (vidi prethodnu napomenu).

³⁶ Citirano prema Mülleru, op. cit. (nap. 10), str. 82.

³⁷ Citirano prema Mülleru, op. cit. (nap. 10), str. 83.

³⁸ Ovi i sljedeći brojevi podaci potječu od Hillermeiera, op. cit. (nap. 33), str. 54.

³⁹ Ovdje treba spomenuti i izvlaštenje “nearijevaca”. Vezano za porezno pravo vidi gore navedenu tač. II 4 b) i Stefan Pürner *Značajni njemački pravnik - Dr. h.c. Enno Becker (1869-1940)* NPR 2/14, str. 68 i d.

posljedice su u ovim područjima bile možda manje teške nego u krivičnom pravu. Jer je u konačnici oduzimanje radio-uređaja u okviru prisilne naplate mali gubitak u usporedbi s time da se mogao izgubiti život zbog ljubavnog odnosa (u nacionalsocijalističkoj dikciji: “rasno oskvrnuće”). Upravo se stoga, kada se promatra građansko pravo u nacionalsocijalizmu, očituje ono što je Hannah Arendt u drugom kontekstu, naime, povodom promatranja Eichmannovog procesa (i osobe Josepha Eichmanna), nazvala “banalitetom zla”.

Možda na prvi pogled iznenađuje da je nacionalsocijalističko nepravo/nepravda utjecalo i na građansko pravo. Između ostaloga i zbog toga što tekst građanskog prava i nakon dolaska nacionalsocijalista na vlast uglavnom nije mijenjan.⁴⁰ No, razlog što se građansko pravo unatoč tomu moglo zloupotrijebiti kao sredstvo za provedbu nacionalsocijalističke ideologije bio je upravo u goreprikazanom novom poimanju prava, koje je dopuštalo da se kod tumačenja zakona koriste i izvori “koji nisu pravne prirode” (kao npr. stranački program NSDAP-a), odnosno da se ti izvori “učitaju” u zakone. Zakon na taj način gubi svoj samostalni “vodeći karakter” te postaje površina za projekciju i materijal za opravdanje vlastitog rezultata koji se želi postići. Dakle, zakon time gubi svoj karakter kao objektivno mjerilo.

IV. Bračno i porodično pravo kao primjer

1. Bračno pravo kao “rasno pravo”

Utjecaj nacionalsocijalizma na građansko pravo može se vjerovatno najlakše zamisliti u području bračnog i porodičnog prava. Jer se, u konačnici, radi o vezi i životnoj zajednici ljudi, pa i zajednicama osoba raznih nacionalnih skupina. I iz te životne zajednice proizlaze potomci koji kombiniraju genetsko naslijeđe oba roditelja. Stoga je bračno pravo ono područje građanskog prava u koje je nacionalsocijalizam najdublje zadirao svojom rasnom ideologijom.

2. Promjene u primjeni prava unatoč neizmijenjenim zakonima kao početak

a) *Praktična pozadina prikazanih slučajeva*

Do prvih takvih izmjena prava došlo je prije nego što je zakonodavac donio bilo kakve propise koji se odnose na bračno pravo. Nacionalsocijalistički motivirane intervencije u bračno pravo počele su, naime, već 1933. godine, tj. neposredno nakon preuzimanja vlasti. Zbog toga se kod ovih intervencija nije radilo o “izričitim naredbama sa

samog vrha”, već o vlastitoj inicijativi pravnik koji su kao matičari ili suci rješavali odgovarajuće predmete, odnosno koji su kao stručni autori pisali o odgovarajućim temama. Inače, činjenica da je tako izmijenjena pravna stvarnost, bez da su novi vlastodršci izmijenili pisano pravo utvrđeno zakonima, signifikantna je za situaciju u građanskom pravu tokom Trećeg Reicha. Naime, za razliku od drugih područja prava (krivično pravo, javno pravo), nacionalsocijalisti građansko pravo gotovo uopće nisu mijenjali.

Da je do ovakvih promjena došlo upravo u bračnom pravu kao jednom dijelu građanskog prava, može se objasniti činjenicom da je s preuzimanjem vlasti od strane Hitlera postalo jasno da će ubuduće tzv. “rasni aspekti”⁴¹ igrati značajnu ulogu jer je u središtu nacionalsocijalističke slike svijeta bio Arijevac kao “čisti Nijemac” koji bi jedini trebao živjeti u Njemačkoj. To je u pravnoj praksi za posljedicu imalo pojavu dvije skupine slučajeva:

- S jedne strane su, unatoč političkim prilikama, postojali parovi od kojih je jedan partner bio židovske vjeroispovijesti, a koji su željeli sklopiti brak. U takvim su slučajevima postojali matičari koji su pokušali takvim parovima uskratiti mogućnost sklapanja braka.
- S druge strane, postojali su bračni partneri koji su smatrani “Arijevcima” te su se zbog političkih okolnosti željeli rastati od svojih bračnih drugova židovske vjeroispovijesti, bez razvoda.

Zbog toga su se u praksi sve češće otvarala pitanja iz područja bračnog prava. U prvom od ova dva goreprikazana slučaja postavljalo se pitanje može li se odbiti sklapanje takvih brakova. A u drugom primjeru se radilo o pitanju je li, prema tada važećim propisima, moguće putem tužbe za poništavanje braka prema članku 1333. i d. njemačkog Građanskog zakonika (BGB) poništiti brak zbog toga što je jedan bračni drug židovske vjeroispovijesti.

b) *Zakonska regulativa*

(aa) *Zakonska regulativa vezano za uskratu sklapanja braka zbog “pripadnosti različitim rasama”*: Građanski zakonik (BGB) vezano za to pitanje nije sadržavao nikakve odredbe. Razlozi za uskratu sklapanja braka bile su prepreke za brak koje su bile taksativno navedene u BGB-u. No, pripadnost različitim vjeroispovijestima ili pripadnost određenoj vjeroispovijesti nisu bili među njima.

(bb) *Zakonska regulativa vezano za poništavanje braka zbog “pripadnosti različitim rasama”*: za drugu grupu u

⁴⁰ Izravni zahvati nacionalsocijalista u njemački BGB su na početku nacionalsocijalističke diktature bili rijetki. Pokrenut je projekt “Narodnog zakonika”, koji je trebao zamijeniti BGB, ali je isti 1944. godine obustavljen zbog rata. Vezano za sve to vidi i Arno Buschmann op. cit. (nap. 29), s. 237 i slj. te str. 239 i slj.

⁴¹ Sa stajališta prirodnih znanosti, ali i povijesno gledano, ideja o “čistim Arijevcima” kao nadmoćnoj rasi koja je sama trebala živjeti u Njemačkoj, nije bila održiva. S jedne strane je u prirodnoj znanosti potpuno nesporno da raznolikost genoma nije nedostatak, već dapače prednost. S druge se strane Njemačka nalazi u sredini Evrope te je stoga oduvijek bila tranzitno područje i područje u kojem su se naseljavali različiti narodi. Zbog toga se teško moglo polaziti od pretpostavke da je u prvoj trećini dvadesetog stoljeća tamo živjelo “etnički čisto” stanovništvo.

obzir je dolazila samo mogućnost zatražiti poništavanje braka sukladno članku 1333. BGB-a. No, ta je odredba dopuštala samo poništavanje braka ako je supružnik, koji traži poništavanje braka, *“prilikom sklapanja braka bio u zabludi s obzirom na takva osobna svojstva svoga bračnog druga koja bi ga, da je bio upućen u značenje tih osobina i uz razumno poštivanje suštine braka, spriječila u sklapanju braka.”* Ali to je, sukladno članku 1339. BGB-a, bilo moguće samo ako je odnosni supružnik zahtjev za poništavanje braka podnio u roku od šest mjeseci nakon što je saznao za razlog zbog kojeg traži poništavanje. Dakle, za zahtjev za poništavanje braka morala su biti ispunjena dva preduslova:

- materijalnopравни razlog za zahtjev za poništavanje (zabluda o osobnom svojstvu) u smislu članka 1333. BGB-a i
- pridržavanje gorenavedenog roka iz članka 1339. BGB-a.

Međutim, pripadnost židovskoj vjeroispovijesti, odnosno kako su to formulirali nacionalsocijalisti “pripadnost određenoj rasi” nije bila takva osobina. Pored toga, odnosnim bračnim drugovima je u svim predmetima, koji su završili pred sudom, u trenutku zaključivanja braka bilo poznato da je budući bračni drug pripadnik židovske vjeroispovijesti. Stoga nije moglo biti govora o zabludi o njihovoj vjerskoj pripadnosti. Dakle, budući da se nije radilo o zabludi, pitanje o pridržavanju roka za podnošenje zahtjeva za poništavanje braka se uopće nije postavljalo. Tako bi barem glasilo rješenje kod primjene uobičajenih načela tumačenja sukladno načelima pravne države.

c) Nastojanja u komentarima zakona

(aa) *Pozadina pokušaja obilaženja zakona kroz “novi način tumačenja zakona”*: zbog toga je u obje goreopisane grupe slučajeva pripadnost različitim vjeroispovijestima (što su nacionalsocijalisti redefinirali kao “pripadnost različitim rasama”) s pravnog stajališta zapravo bila nebitna. U tom trenutku, naime, nije postojao propis kojim bi matičar mogao opravdati svoje odbijanje da sklopi brak između njemačkog državljanina kršćanske vjeroispovijesti i njemačkog državljanina židovske vjeroispovijesti. Isto tako nije postojao propis koji bi omogućavao poništavanje braka zbog toga što je jedan od bračnih drugova bio židovske vjeroispovijesti.

No, istovremeno je bilo jasno da novi oficijelni politički stav ne odobrava takve brakove. Isto tako se raspravljao o tomu da *“... se stvori zakonska prepreka za brakove i da se nastavno na to kažnjava bilo koja vrsta spolnog miješanja Židova i onih njemačkog porijekla”*⁴².

Stoga su neki počeli razmišljati o tomu kako se taj cilj, koji su željeli postići, može ostvariti i bez izmjene zakona pomoću novog načina tumačenja zakona.

(bb) *“Novi način tumačenja zakona” vezano za zahtjev za poništavanje braka zbog “pripadnosti različitim rasama”*: ovdje će se prvo obraditi pitanje poništavanja braka, dakle, druga goreprikazana skupina slučajeva. Čini se da su ovi slučajevi bili češći od onih iz prve skupine, pa prema tomu postoji i više presuda i literatura o njima. Zbog goreopisane zakonske regulative, u komentarima se počelo razmišljati o tomu kako se u okviru postojećih propisa može obrazložiti da neko ko je bio u braku s pripadnikom židovske vjeroispovijesti ipak može poništiti svoj brak sukladno članku 1333. BGB-a. U tu svrhu se počelo neizmijenjene propise Građanskog zakonika (BGB) tumačiti u smislu nove državne ideologije (ili: toliko “iskrivljavati” dok se ne postigne željeni rezultat.)

Pritom se, s jedne strane, polazilo od okolnosti na koju se morala odnositi zabluda supružnika koji je tražio poništavanje braka. Odgovarajuća “argumentacija” je polazila od toga da je do 1933. godine većina Nijemaca (prema novom pogledu na svijet: zabludom) polazila od pretpostavke da se pripadnici židovske vjeroispovijesti i takozvani “Arijevc” razlikuju samo po svojoj vjeroispovijesti. Dakle, morao se pronaći “trik” kako se pravno nebitna okolnost može proglasiti pravnom bitnom okolnošću. I kako istovremeno mjerodavni trenutak pomaknuti prema naprijed. I, kao kod autora romana koji je svoju pripovijetku napisao u zapravo nerazrješivoj situaciji, to je uspjelo samo pomoću *Deus ex machina*, dakle “uz pomoć odozgo”. Međutim, u ovom slučaju je ta “pomoć odozgo” bila ljudske prirode. Argumentiralo se, naime, tako da je nova vlada svim Nijemcima pojasnila da je takva razlika u vjeroispovijesti pravno bitna za čin sklapanja braka. Sljedeći citat to pokazuje:

*“Tek se pomoću nove vlade i njezinog Zakona o ponovnoj uspostavi profesije državnih službenika te ukidanje dozvole za rad židovskih odvjetnika i liječnika zdravstvenog osiguranja kod svakog Nijemca pojavila svijest o nužnosti čistoće vlastite rase.”*⁴³

I, onda je zapravo pozitivan osjećaj, to jest briga roditelja za svoju djecu, zloupotrijebljena kako bi se željeni rezultat obrazložio i u sljedećem koraku podvođenja činjeničnog stanja pod pravnu normu.⁴⁴ Naime, u nastavku članka piše:

“Da je arijevske bračni drug shvatio značenje židovstva, znao bi da se na djecu, koju je začeo sa židovskim bračnim drugom u Trećem Reichu, primjenjuje pravo

⁴³ Wöhrmann Die Auflösung der Ehe zwischen Juden und Nichtariern (Poništavanje braka između Židova i nearijevaca), Juristische Wochenschrift 1933, str. 204 citirano prema Hansu Wrobelu, Die Anfechtung der Rassenmischehe – Diskriminierung und Entrechtlichung der Juden in den Jahren 1933 bis 1935 (Poništavanje rasno miješanog braka – diskriminacija i obespravljenje Židova u razdoblju od 1933. do 1935. godine), *Kritische Justiz* 1983, str. 355 i slj.

⁴⁴ Wöhrmann, op. cit. (nap. 43) citirano prema Wrobelu, op. cit., tamo str. 355 i slj.

⁴² Vidi s tim u vezi Müller, op. cit. (nap. 10), str. 98 i d.

koje se odnosi na strance te da ne uživaju u punom državljanstvu, nikada ne bi sklopio taj brak. Tako da njemački bračni partner, koji je toga tek sada postao svjestan, mora imati mogućnost ispraviti tu zabludu zbog sebe i svoje djece, ali i zbog njemačkog naroda i njegovog rasnog poboljšanja.”

Dakle, mjerodavna više ne bi trebala biti zabluda o osobinama bračnog partnera, već zabluda o “značenju židovstva”⁴⁵. To, doduše, nije imalo nikakve veze s tekstom gorecitiranog članka 1333. BGB-a⁴⁶, ali tako je bio postignut željeni cilj.

d) *Jedan dio sudske prakse (ali ne čitava!) slijedio je to mišljenje*

I dijelovi sudske prakse su se brzo priključili tom mišljenju. (No, na ovom mjestu izričito treba istaknuti da je u početnoj fazi nacionalsocijalizma određeni broj sudova iz veoma različitih razloga odbio mogućnost poništavanja brakova sklopljenih s pripadnicima židovske vjeroispovijesti.⁴⁷)

(aa) *Priznanje razloga “zabluda o značenju židovstva” za poništavanje braka.* Ovdje kao prvo treba navesti presudu Zemaljskog suda u Kölnu⁴⁸ koja se smatra primjerom za to “kako je želja za provedbom nacionalsocijalističke nauke o rasama, suca navela da zaboravi svaku vezanost za zakon”⁴⁹. Politički motiviran postupak suda postaje najjasniji kada se pročita originalni tekst presude, barem njeni dijelovi:

“Novi se Reich u velikoj mjeri temelji na povezanosti naroda kao nositelja zajedničke krvi. Ko je strane krvi ne može biti sunarodnjak (Volksgenosse) (...) Samo po sebi je razumljivo da, uz razumno poštivanje suštine braka, (...) arijevska supružnik ne bi bio zaključio brak s pripadnikom druge, njegovom narodu strane – pa čak neprijateljske – rase da je bio svjestan stvarne situacije.”⁵⁰

Zemaljski sud (*Landgericht*) u Kölnu je, dakle, prateći gorenavedeni prijedlog iz literature, “zabludu o značenju židovstva” priznao kao razlog za poništavanje braka u smislu članka 1133. BGB-a, iako se to ne bi moglo obrazložiti kod primjene prava u skladu s pravilima struke!

(bb) *Olakšavanje tereta dokazivanja za tužitelja.* U svojem nastojanju da se mogućnost poništavanja odnosnog braka postigne i u praktičnom rezultatu, sud je išao čak i dalje. Jer, u konačnici, nije bilo samo potrebno da se istakne zabluda o razlogu za poništavanje braka. Ta bi se zabluda

kao činjenica na kojoj se zasniva poništavanje braka trebala i dokazati u slučaju da je suprotna strana to osporavala (što se u mnogim postupcima i dogodilo). Pored toga, nije smio proteći ni razmjerno kratki rok za podnošenje zahtjeva za poništavanje braka od šest mjeseci. Oba preduslova tužitelji u danim okolnostima, uz primjenu prijašnjih metoda tumačenja u skladu s načelima pravne države, ne bi mogli dokazati. No, Zemaljski sud u Kölnu stvari nije mjerio uobičajenim mjerilima, već je i ovdje olakšao stvari za “arijevsku” stranku u postupku. S tim u vezi je Zemaljski sud u Kölnu rekao sljedeće:

“...Bez daljnega treba pretpostaviti (potcrtao autor) (...) da se (...) stvarno radilo o zabludi tužitelja u smislu članka 1333. BGB-a. Tužitelju je, doduše, pri sklapanju braka bila poznata činjenica kao takva da je tužena Židovka. Ali, to je za njega bilo nešto čisto vanjsko. Nedostajala mu je spoznaja o suštini. Od tužitelja se ne može zahtijevati da to dokaže jer je, nažalost, nesporno da je značenje rase, krvi i naroda do nedavno (...) sa svom svojom važnosti (...) bilo jasno samo veoma malom krugu ljudi. Stoga se naravno mora pretpostaviti da tužitelju prilikom sklapanja braka nije bilo poznato što činjenica židovstva znači u biti. On je to, kao i pretežna većina naroda, shvaćao kao različitu vjeroispovijest i ništa više.”⁵¹

Time je sud teret dokazivanja okrenuo tako da je bio na teret tuženika, dakle, židovske stranke u postupku, a time je ujedno bila prebrođena prva prepreka na putu do željenog cilja. Iako s retoričkim džeparoškim smicalicama.

(cc) *Pitanje roka za poništavanje.* No, time još nije bilo riješeno pitanje roka za zahtjev za poništavanje iz članka 1339. BGB-a. Prema ovoj odredbi se zahtjev za poništavanje braka mogao podnijeti samo šest mjeseci nakon saznanja o razlogu za poništavanje. Najkasnije kod ovoga je pitanja većina ovakvih tužbi radi poništavanja braka trebala doživjeti neuspjeh. Jer, u konačnici su ti brakovi, o kojima se radilo, sklapani prije mnogo godina. Ali, sud je pronašao obrazloženje i za to da rok za poništavanje braka unatoč dugogodišnjem trajanju još nije istekao:

“Sada se postavlja pitanje je li ispoštovan rok iz članka 1339. BGB-a. I na to pitanje treba odgovoriti potvrdno. Kao što je već prethodno izneseno, spoznaja o rasnom pitanju postala je opće narodno dobro tek nakon što su nacionalsocijalisti preuzeli vlast i proveli sustavno školovanje.”⁵²

S tim izlaganjima je Zemaljski sud u Kölnu početak roka za poništavanje miješanih brakova pomaknuo daleko prema naprijed. A rezultat toga je bio posebno da je kao najraniji trenutak za početak roka za poništavanje braka u obzir dolazilo preuzimanje vlasti od strane

⁴⁵ Wrobel, op. cit. (nap. 43), tamo str. 355

⁴⁶ Müller, op. cit. (nap. 10) str. 101, naziva tu argumentaciju “vjetrovitom pravnom konstrukcijom”.

⁴⁷ U vezi s pojedinostima vidi prikaz kod Wrobela, op. cit. (nap. 43), tamo str. 361 i d.

⁴⁸ Zemaljski sud u Kölnu DJ 1933, str. 819, citirano prema Wrobelu, op. cit., tamo str. 358 i slj.

⁴⁹ Vidi Müller, op. cit., str. 101, koji je pored toga rekao da je ova presuda “prepuna antisemitizma”.

⁵⁰ Zemaljski sud u Kölnu DJ 1933, str. 819, citirano prema Wrobelu, op. cit., tamo str. 358 i slj.

⁵¹ Zemaljski sud u Kölnu DJ 1933, str. 819, citirano prema Wrobelu, op. cit., tamo str. 358 i slj.

⁵² Zemaljski sud u Kölnu DJ 1933, str. 819, citirano prema Wrobelu, op. cit., tamo str. 358 i slj.

nacionalsocijalista. Drugi su⁵³ početak roka za poništavanje braka pomaknuli još dalje unaprijed, na način da su se nadovezivali na donošenje ili čak stupanje na snagu Zakona o ponovnoj uspostavi profesije državnih službenika, koji je kao prvi zakon odredio negativne pravne posljedice pripadnosti židovskoj vjeroispovijesti.

U ovom slučaju, u kojem je odlučivao Zemaljski sud u Kölnu, tužena židovska supruga, odnosno njezin zakonski zastupnik očito su računali s takvim pravnim shvaćanjem suda, pa su vjerovatno zbog toga iznijeli da je suprug već prije tog trenutka bio nacionalsocijalist. No, kao takav je prije od opće javnosti trebao spoznati koje će značenje nacionalsocijalisti pridavati činjenici da je njegova supruga židovske vjeroispovijesti. I preko toga je sud prešao s više nego dvojbenim obrazloženjem (koje je opet bilo jako naklonjeno tužitelju):

*“Ako se protiv toga argumentira da je tužitelj sam (...) najmanje od izbora u martu 1933. godine bio nacionalsocijalist, dakle, da je trebao imati potrebno znanje te da je zbog toga ranije trebao podići tužbu, onda to nije tačno. I velike mase članova pokreta (misli se na: nacionalsocijalistički pokret) su tek nakon preuzimanja vlasti u potpunosti upućeni u značenje rase, krvi i naroda. To što su čisto instinktivno imali odbojnost prema stranim rasama ne nadomješta etičku i racionalnu spoznaju. Potrebno je sigurno znanje o zabludi (...). A s obzirom na samo prosječno opće obrazovanje tužitelja, bez daljnjega se može pretpostaviti da je i on tek tokom ljeta 1933. godine u potpunosti postao svjestan činjeničnog stanja.”*⁵⁴

Isto kao i kod tereta dokazivanja, i ovdje općenite formulacije opet zamjenjuju ocjenu stvarnih okolnosti u pojedinačnom slučaju. I to opet s izjavama, po kojima se jasno vidi, da sudu nije bila bitna primjena pisanog zakonskog prava, već onoga što smatra stavom vladajućih. Pored toga, gorenavedena izlaganja sadrže i određene nelogičnosti. A posebno se ne čini logičnim tvrditi da je tužitelj “čisto instinktivno osjećao odbojnost” prema svojoj židovskoj supruzi. Jer kada se to promatra životno, onda se u tom slučaju vjerovatno ne bi ni oženio njome.

To nije bila jedina sudska odluka na tu temu. Kao što je već gore rečeno, bilo je i sudova koji su negirali mogućnost poništavanja brakova zbog židovske vjeroispovijesti drugog bračnog partnera. Drugi su, pak, argumentirali u istom smjeru kao i gorenavedeni Zemaljski sud. (I, kao što će se u nastavku još vidjeti, Zemaljski sud u Königsbergu je čak nadmašio Zemaljski sud u Kölnu uz obrazloženje kojim se uopće više nije pokušavalo pronaći rješenje sličnog porodičnopravnog slučaja u BGB-u. Umjesto toga je Sud u središte vlastitog “obrazloženja” stavio rasističke ciljeve nacionalsocijalističke države neprava/nepravde.)

e) Reakcija politike

No, prije nego što se detaljnije pozabavimo ovom tačkom, prethodno se još treba osvrnuti na reakcije politike na odluke poput one Zemaljskog suda u Kölnu. Zapravo bi trebalo pretpostaviti da su presude, poput prethodno citirane, odgovarale volji nacionalsocijalističkog vodstva. Međutim, upravo suprotno je bio slučaj.

Roland Freisler se, naime, oglasio u časopisu “Deutsche Justiz” (Njemačko pravosuđe) od 23. novembra 1933. godine s prilogom u kojem je jasno utvrdio “da nije zadaća sudaca mijenjati važeće propise države.” Nadalje je napisao “da u NS-državi niko osim Führera (dakle, ne: parlament) određuje pravo”. U sličnom smjeru je išla i okružnica ministra unutarnjih poslova Reicha Fricka od 17. januara 1934. godine.⁵⁵ Okružnica je bila namijenjena matičnim uredima te im je nalagala da moraju sklapati brakove između kršćana i Židova, ukoliko su bile ispunjene odgovarajuće zakonske pretpostavke. Pa čak i onda – doslovno – ako se “možda čini da ti zakoni nisu u potpunosti u skladu s nacionalsocijalističkim shvaćanjima.”

Freisler je, dakle, suce pozvao na red. Ali, ne zbog toga što nije odobravao načelnu tendenciju tih presuda. (Kao što je pokazalo kasnije zakonodavstvo nacionalsocijalista, oni nisu imali namjeru dopuštati miješane brakove.)⁵⁶ No, bojao se da bi sudstvo, koje se toliko udaljuje od zakonodavstva, moglo dovesti u pitanje prioritetni položaj politike.⁵⁷ Hans Wrobel je u tom kontekstu napisao sljedeće:

*“No, takvi suci (misli se na one suce koji pridržavanje zakona nisu shvaćali tako ozbiljno) su mogli dovesti opasnost u kuću. Iz perspektive državnog vrha ovdje se moralo ukazati potencijal za smetnje; suci koji se na vlastitu ruku igraju nacionalnog uzdizanja, (...) na nekontrolirani način preoblikuju pravni poredak, morali su biti nepoželjni za vodstvo...”*⁵⁸

I Ingo Müller, koji je pod naslovom “Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unsere Justiz” (Zastrašujući pravници – prošlost našeg pravosuđa s kojom se nismo suočili) napisao standardno djelo o pravosuđu u Trećem Reichu i ophođenju s time u Saveznoj Republici Njemačkoj, slično gleda na to. Napisao je:⁵⁹

“Nagli porast broja presuda kojima se očito nije poštovao zakon, postao je zastrašujući čak i za vodeće nacionalsocijalističke pravnike. U novembru 1934. godine je kasniji predsjednik Narodnog suda, Roland Freisler, osjetio potrebu da javno pojasni ‘da nije zadaća suca mijenjati važeće zakone države’ jer kada bi svaki sudac važeće propise primjenjivao prema vlastitom nahođenju te kada bi odlučivao o pitanjima koja može

⁵⁵ Vidi s tim u vezi Müller, op. cit. (nap. 10), str. 99.

⁵⁶ Vidi s tim u vezi i niže navedenu tač. III 3).

⁵⁷ Vidi Wrobel, op. cit., tamo str. 364 i slj., slično i Müller, op. cit., str. 102.

⁵⁸ Wrobel, op. cit., tamo str. 364.

⁵⁹ Müller, op. cit. (nap. 10), str. 102.

⁵³ U vezi s pojedinostima vidi Wrobel, op. cit., tamo str. 362 i d.

⁵⁴ Zemaljski sud u Kölnu DJ 1933, str. 819, citirano prema Wrobelu, op. cit., tamo str. 358 i slj.

riješiti samo Führer koji je iznad njega, onda bi na mjesto jedinstvenog vodstva stupio kaos, anarhija.”

Suci su, dakle, postojeće zakone trebali tumačiti u duhu nacionalsocijalizma, ali pritom nisu smjeli ići tako daleko da preduhitre politiku.

f) Vrhovni sud Reicha pokušava udovoljiti politici

Vrhovni sud Reicha (*Reichsgericht*) te je riječi vjerovatno tačno proučio kada se u okviru revizije protiv presude Visokog zemaljskog suda u Karlsruheu od 2. ožujka 1934.⁶⁰ bavio pitanjem poništavanja tzv. rasno miješanih brakova. Sud je stoga pronašao rješenje s kojim je s jedne strane (sasvim u duhu vladajućeg pogleda na svijet) iskazao svoju odbojnost prema takvim brakovima, ali, istovremeno je (na temelju zakonske regulative u trenutku odluke) slijedio želju politike da ne preduhitri odluke zakonodavca. Kako bi postigao potonji cilj, Vrhovni sud Reicha je postavio visoke prepreke za mogućnost poništavanja takvih brakova. Vrhovni sud Reicha je načelno zabludu o pripadnosti židovskoj vjeroispovijesti (zabluda o značaju) smatrao pravno relevantnom zabludom. Tako je pokazao da se uklopio u “sustav vrijednosti” nacionalsocijalista. Ali, postavio je visoke zahtjeve što se tiče dokazivanja te zablude koji se u praksi gotovo nisu mogli ispuniti. Time je u konačnici priznao primat *Führera* kao zakonodavca.

g) Zemaljski sud u Königsbergu

Da se još jednom kratko vratimo na prvi slučaj, to jest uskratu sklapanja braka zbog toga što je jedan bračni partner pripadnik židovske vjeroispovijesti. Upravo citirane opomene Freislera i Fricka da se po tom pitanju treba čekati odluka zakonodavca, nisu sprječavale niže stupanjske sudove, pa ni upravna tijela, da i nadalje, bez izričite zakonske osnove, uskraćuju mogućnost sklapanja braka sa židovskim bračnim partnerima. Tako je primjerice jedan matičar iz Königsberga⁶¹ u ljeto 1935. godine, pozivajući se na već spomenutu Uredbu ministra unutarnjih poslova Reicha i pruskog ministra unutarnjih poslova od 26. jula 1935. godine (dakle, pozivajući se na upravni propis, a ne na zakon), odbio vjenčati kršćanskog sa židovskim bračnim partnerom. Kršćansko-židovski par se protiv te odluke obratio općinskom sudu koji je matičaru dao nalog da ih vjenča jer u BGB-u ne postoji nijedna izričito formulirana prepreka za takav brak. U svom se obrazloženju osvrnuo i na gorenavedenu Uredbu od 26. jula 1935. godine, s tim da je Sud tu uredbu smatrao nebitnom i neprimjerenom da mijenja postojeće zakone. Naime, Sud je utvrdio:

“Nova pravna načela ne stječu opći pravno obvezujućii karakter svojim postavljenjem, nego time da ih se digna na razinu zakona.”

Što se ne može drukčije shvatiti nego: “dok još postoje određeni zakoni, sudovi, ali i državna tijela ih moraju primjenjivati.”

Protiv te odluke je predstojnik matičnog ureda uložio žalbu kod Zemaljskog suda u Königsbergu koji nije bio sklon prihvatiti mišljenje općinskog suda. Naprotiv! U svom obrazloženju se Zemaljski sud u Königsbergu prvo pozabavio gorecitiranim stavom općinskog suda o važenju zakona do njihova ukidanja. S tim u vezi je smatrao da se pritom radi o “načelu koje je u doba liberalizma podignuto na razinu doktrine” a koje je “u nespojivoj suprotnosti s nacionalsocijalističkim shvaćanjem prava”. Time je Zemaljski sud jasno pokazao da se ne smatra obveznim primjenjivati pisane zakone koji potječu iz doba prije nacionalsocijalizma. Umjesto toga se vodio načelom da je “očuvanje rase čistom (...) prvi preduslov za pobjedu novog viđenja države”. Potom su slijedile rečenice koje su to postupanje, koje je u suprotnosti s načelima pravne države, neskriveno dovele do kulminacije:

“Pravni poredak države jednog naroda koji čini jednu “rasu” (u originalu: “völkischer Staat”) ne može odobriti sklapanje braka koje je u suprotnosti s tom idejom. Sklapanje takvog braka zbog nepostojanja zakonske odredbe uopće nije obuhvaćeno odredbama BGB-a. Stoga se ni ne treba raspravljati o tomu je li odredbe BGB-a predviđaju takvu prepreku za sklapanje braka...”

Dakle, Zemaljski sud u Königsbergu je došao do zaključka da se BGB uopće ne može primjenjivati na osobe židovske vjeroispovijesti. Čime im je u konačnici uzeto svojstvo ljudskog bića. Time ova odluka Zemaljskog suda anticipira puno toga, što će kasnije i u drugim područjima postati nacionalsocijalistička praksa.

3. Daljnji razvoj prava

O pitanju tretmana brakova s pripadnicima židovske vjeroispovijesti je uskoro nakon toga odlučilo zakonodavstvo. Naime, pod gornjom tačkom II 2 već spomenuti Nirnberški zakoni iz septembra 1935. godine zabranjivali su nove tzv. rasno miješane brakove, a 6. jula 1938. godine je, pored toga, Zakonom o braku (*Ehegesetz*) ukinut članak 1333. i d. BGB-a te je tako definitivno legalizirano poništavanje takvih brakova.⁶²

4. Preliminarni zaključak

Prethodna izlaganja zbog nedovoljnog prostora jako pojednostavljuju činjenično stanje. No, u konačnici treba zaključiti da je sudska praksa slijedila ovo mišljenje te da je u svjetlu novih političkih prilika dopustila poništavanje brakova sa židovskim bračnim partnerima. Ali, radi spašavanja časti njemačkih sudova, treba reći da je to često bio slučaj tek na sudovima višeg stupnja. Nižestupanjski sudovi su, kao što to pokazuje primjer iz Königsberga, BGB tumačili i nadalje onako kako su to naučili te su negirali mogućnost poništavanja takvih brakova.

⁶⁰ RGZ (Odluke Vrhovnog suda Reicha u građanskim predmetima), svezak 145, 1, vidi i Wrobel, op. cit., str. 366 i d. i Müller, op. cit. str. 1029.

⁶¹ Ovaj prikaz opet slijedi mišljenje Wrobela, op. cit., tamo str. 373 i slj.

⁶² Müller, op. cit., str. 103.

Za inozemne čitatelje je možda iznenađujuće koliko opsežno su se presude obrazlagale, pa čak i u njemačkoj državi nepravda/nepravde. To možda ima veze s time da su se, pa makar s obzirom na formu, pokušali ponašati kao pravna država kako se ne bi prelakom otkrili kao država nepravda/nepravde. No, s druge strane to pokazuje koliko su važna opsežna obrazloženja presuda. U pravnoj državi ta obrazloženja služe tomu da se pravo objasni strankama u postupku i građanima. Osim toga, obrazloženje presuda služi kao mjerilo za ispitivanje presude od strane žalbenog suda. A u državama nepravda takva obrazloženja mogu pomoći da se otkrije nepravda kao takva. No, preduslov za to je da te države (prije nego što postanu države nepravda) kultiviraju tradiciju opsežnih obrazloženja presuda. Samo se kroz zahtjev za opsežnim obrazloženjem presude može otežati život onima koji nepravdo žele prikazati kao pravo.

IV. Diskriminacija pripadnika židovske vjeroispovijesti u propisima izvršnog prava

1. Pravna polazišna situacija

Jedno od područja građanskog prava koje je izrazito "tehničko" su, osim stvarnog prava, propisi izvršnog prava. Zbog toga se na prvi pogled čini teško zamislivim da se nacionalsocijalistički pogled na svijet odrazio i na to područje. Ali rasističko ludilo nije se zaustavilo ni pred ovim pravnim područjem. I opet je zasluga *Hansa Wrobela*, koji je prije gotovo trideset godina u jednom članku⁶³ prikazao valjda najmarkantniji slučaj tog utjecaja te je tako omogućio da je i ta "mračna strana" njemačkog (izvršnog) prava još i danas vidljiva bez prevelikog napora.

Polazište je odredba iz člana 811. tač. 1. njemačkog Zakona o parničnom postupku (skraćeno ZPO), u njegovoj tadašnjoj verziji. Ta je odredba regulirala, kao i mnogi drugi zakoni o izvršenju, da vjerovnik putem prisilne naplate ne smije neograničeno zadirati u imovinu dužnika, jer dužniku mora ostati toliko da unatoč svojim dugovima može voditi život koji je donekle dostojan čovjeka. Zbog toga je ovaj propis u svrhu očuvanja primjerenog egzistencijalnog minimuma odredio niz zabrana za pljenidbu. Član 811. tač. 1. ZPO-a je, između ostaloga, predviđao da se ne mogu plijeniti "neizostavno nužni kućanski predmeti". U to su nedvojbeno spadali rublje, štednjaci za kuhanje i peći za grijanje kao i ostali predmeti koji su bili "neizostavno nužni" za očuvanje "primjerenog kućanstva".

No, je li u to doba i radio-uređaj spadao u te predmete? To je pitanje na koje se može odgovoriti samo kada se u obzir

uzmu prilike u dotično vrijeme, posebno tadašnji tehnički napredak i životni standard. Radio-uređaji su danas nešto što se podrazumijeva samo po sebi. Zbog toga se tadašnja situacija vjerovatno najbolje može usporediti sa širenjem računala u proteklom godinama. Na pitanje da li bi osobno računalo koje se nalazi u stanu bilo izuzeto od pljenidbe, također bi se dobili različiti odgovori, ovisno o tomu je li se radi o 1970., 1980. ili o sadašnjosti. I pametni telefon, koji se danas vjerovatno još ne ubraja u egzistencijalni minimum i primjeren životni stil, u najskorije bi se vrijeme već mogao smatrati potrebnim za očuvanje socijalno primjerenog egzistencijalnog minimuma i prema tomu kao nešto što se ne može plijeniti. Zbog toga se kod odgovora na pitanje što je primjereno kućanstvo uvijek mora uzeti u obzir vrijeme, a time i tehnički napredak, kao i financijske i socijalne prilike. A koju ulogu bi kod odgovora na ovo pitanje iz izvršnog prava trebalo igrati pitanje je li neko kršćanin, židov, musliman, Nijemac ili pripadnik neke druge nacionalnosti? Čovjek bi pomislio da to zapravo ne bi trebalo igrati nikakvu ulogu. No, nacionalsocijalističko tumačenje prava je bilo drukčije.

2. Radio-uređaji u trećem Reichu: tehnički razvoj i značenje za propagandu

a) Radio-uređaji postaju jeftinija, a ujedno i sredstva za propagandu

No, po redu: nacionalsocijalistička diktatura je u Njemačkoj počela 1933. godine, dakle, u doba kada posjedovanje radio-uređaja još nije bilo uobičajeno. Prema tomu se radio-uređaj tada naravno mogao zaplijeniti budući da se, mjereno prema prilikama u to vrijeme, radilo o luksuznom predmetu.⁶⁴ No, s napretkom tehnike, ali i preuzimanjem vlasti od strane nacionalsocijalista, to se promijenilo. Nacionalsocijalisti su, naime, dali razviti razmjerno povoljan radio-uređaj tzv. narodni prijammnik (njem. *Volksempfänger*). Ali ne toliko iz socijalnih razloga, koliko zbog toga što se širokom distribucijom ovoga uređaja osiguralo da se nacionalsocijalistička propaganda mogla širiti u čitavoj zemlji. Osim toga, tako se fascinacija novim medijem (prijenos govorenog jezika i muzike) mogla koristiti u cilju vlastite ideologije. A masovnom je proizvodnjom narodni prijammnik postao i jeftiniji. Zbog toga se nanovo postavilo pitanje može li se takav uređaj zaplijeniti od izvršnog dužnika. I, nakon nekog vremena, sudovi će na to pitanje dati drukčiji odgovor nego nekoliko godina prije.

Tada se takav radio-prijammnik smatrao predmetom koji se ne može plijeniti. No, ne samo zbog toga što je nabava takvog uređaja postala jeftinija i jer su takvi uređaji tada bili široko rasprostranjeni, već i iz ideoloških razloga. Narodni prijammnik je, naime, trebao biti važan instrument utjecaja na narod. Pomoću njega su se "sunarodnjaci" (*Volksgenossen*) trebali povezati s narodnom zajednicom.

⁶³ Hans Wrobel Die Pfändbarkeit des Volksempfängers – oder: wie der vermeintlich unpolitische und neutrale § 811 Ziffer 1 ZPO nach 1933 im Sinne der NS-Ideologie ausgelegt wurde (Pljenivost narodnog prijammnika (Volksempfänger) – ili: kako je navodno nepolitički i neutralni članak 811. tač. 1. ZPO nakon 1933. godine tumačen u duhu nacionalsocijalističke ideologije), *Kritische Justiz* 1985, str. 57 i d.

⁶⁴ Hans Wrobel, op. cit. (nap. 63), str. 58.

Prije svega im se narodnim prijammnikom željelo omogućiti da čuju objave nacionalsocijalista, a posebno govore Adolfa Hitlera. Stoga bi pljenidba radio-uređaja dovela do toga da se dužniku ukine medijski kontakt s Führerom i strankom.

b) *Sudska praksa proglašava radio-uređaj predmetom koji se ne može plijeniti*

Iz tog su razloga prvi sudovi⁶⁵ počeli takve radio-uređaje smatrati predmetima koji se ne mogu plijeniti, i to uz napomenu da je u javnom interesu da dužnici preko radio-uređaja i dalje “u potpunosti mogu sudjelovati u nastanku i rastu nacionalsocijalističke njemačke države”.

c) *Drukčije presude i mišljenja u literaturi*

Za spašavanje časti njemačkog građanskog pravosuđa treba reći da je to mišljenje na početku nailazilo na otpor. Zemaljski sud u Stuttgartu⁶⁶ je primjerice ukinuo odgovarajuću odluku općinskog suda (*Amtsgericht*) u Stuttgartu. Općinski sud je argumentirao da je što je moguće veće širenje radija (sa službenim sadržajima tadašnje jedine i državne radio-postaje) u skladu s voljom vlade Reicha. Zemaljski sud u Stuttgartu je nasuprot tomu polazio samo od gospodarskih razmišljanja. Pritom je došao do zaključka da je radio-uređaj unatoč smanjenim troškovima nabave još uvijek luksuz. To je i u literaturi naišlo na odobravanje. Tako je primjerice *Baumbach*, poznati komentator ZPO-a (u kojem se u Njemačkoj nalaze i odredbe o izvršnom postupku) napisao: “*Smatram da je odluka Zemaljskog suda u Stuttgartu jedina moguća odluka. Kamo bismo došli kada bi se politička mjerila prenosila u privatno pravo?*”⁶⁷

Zemaljski sud u Berlinu⁶⁸ također je došao do zaključka da je i u početnim godinama nacionalsocijalizma narodni prijammnik bio pljenjiv. No, za to se je poslužio vještim obrazloženjem kojim su se mogli poslužiti samo suci u velegradu: naime, argumentirao je tako da u velegradu Berlinu i onda kada čovjek ne posjeduje vlastiti radio-uređaj, postoji dovoljno mogućnosti saznati za značajne radio emisije. S tim se obrazloženjem sud nije morao jasno očitovati da li nacionalsocijalističke propagandne planove vezane za narodni prijammnik smatra važnijim od gospodarskih razmatranja koja su zapravo primarno trebala biti osnova za tumačenje članka 811. tač. 1 ZPO.

d) *Zakonodavac proglašava da se narodni prijammnik “u pravilu” ne može plijeniti*

Zakonom o izmjenama odredba o prisilnoj naplati iz 1934. godine (dakle, jednu godinu nakon što su

nacionalsocijalisti preuzeli vlast) sam je zakonodavac povodom izmjene člana 81. tač. 1. ZPO odgovorio na pitanje o pljenjivosti narodnog prijammnika. Naime, u obrazloženju Zakona je izričito utvrđeno da su radio-prijammnici od sada “u pravilu” (o tom će pojmu kasnije još biti govora) izuzeti od pljenidbe.⁶⁹

e) *Dužnici židovske vjeroispovijesti kao iznimka*

Na temelju onoga što je dosad izneseno, već je postalo jasno da u nacionalsocijalizmu građansko pravo nije bilo izuzeto od ideoloških utjecaja koji nisu bili iz područja prava. No, potpun domet tih utjecaja postaje očit kada se pitanje da li se narodni prijammnik može zaplijeniti od dužnika na temelju pravomoćnog naslova, postavi u slučaju u kojem se kod dužnika u tadašnjem trećem Reichu radi o Nijemcu koji je pripadnik židovske vjeroispovijesti. Taj se slučaj stvarno dogodio. Kada je Općinski sud u Schönebergu 1934. godine⁷⁰ o tomu trebao odlučiti (nota bene: nakon upravo opisane izmjene zakona), došao je do rezultata da se narodni prijammnik kod pripadnika židovske vjeroispovijesti može zaplijeniti jer da isti nije pripadnik “njemačke narodne zajednice”, pa da se stoga razmišljanja koja su kod tzv. “Arijevca” dovela do pretpostavke nepljenjivosti ne mogu primijeniti na istoga.

Ta odluka nije potvrđena na drugom stupnju.⁷¹ I druge su presude utvrđivale da se radio-prijammnici ne mogu plijeniti ni onda kada su pripadali “nearijevskim” dužnicima. Nažalost, sudska se praksa kasnije potpuno promijenila, tako da su se narodni prijammnici, koji se nisu mogli plijeniti od tzv. “njemačkih sunarodnjaka” (*Volksgenossen*), od pripadnika židovske vjere itekako mogli plijeniti.

Hans Wrobel utvrđuje da se građanskopravno pitanje da li židovski dužnici kod pljenidbe svog radio-uređaja uživaju zaštitu od pljenidbe postavljalo samo do 1939. godine. Naime, 20. septembra 1939. godine je pripadnicima židovske vjeroispovijesti u Njemačkoj potpuno zabranjeno posjedovanje radio-uređaja. Uslijed toga su pripadnici židovske vjeroispovijesti radio-uređaje mogli i morali predati bez ikakvog obeštećenja i onda kada nisu imali nikakve dugove. Time je to prvobitno građanskopravno pitanje postalo javnopravno pitanje.

⁶⁵ Npr. Zemaljski sud u Frankfurtu, vidi Hans Wrobel, op. cit. (nap. 63), str. 58 i slj.

⁶⁶ Hans Wrobel, op. cit. (nap. 63), str. 59.

⁶⁷ Baumbach, *Juristische Rundschau* 1934, str. 264, citirano prema Hansu Wrobelu, op. cit. (nap. 63), str. 59.

⁶⁸ Rješenje od 21. veljače 1934. godine, *Juristische Woche* 1934, str. 1439, citirano prema Hansu Wrobelu, op. cit. (nap. 63), str. 60.

⁶⁹ Hans Wrobel, op. cit. (nap. 63), str. 64.

⁷⁰ Prethodno donesena odluka Općinskog suda u Schönebergu spomenuta je u odluci istoga suda, posljednja je objavljena u *Juristische Woche* 1938, str. 1917, ovdje citirano prema Hansu Wrobelu, op. cit. (nap. 63), str. 64.

⁷¹ Zemaljski sud u Berlinu od 3. decembra 1934. godine, *Juristische Woche* 1935, str. 813, citirano prema Hansu Wrobelu, op. cit. (nap. 63), str. 65.

V. Daljnji primjeri diskriminacije u građanskom pravu⁷²

1. Općenito

Diskriminacija pripadnika židovske vjeroispovijesti u građanskom pravu nije bila ograničena samo na bračno i izvršno pravo. Raspon ide od trgovačkog, preko nasljednog i ugovornog prava, pa sve do arbitražnog prava i prava o imenu.

2. Diskriminacija u području trgovačkog prava

Jedan primjer iz područja trgovačkog prava odnosi se na naziv tvrtke. Zemaljski sud u Breslauu⁷³ je nekoliko mjeseci nakon što su nacionalsocijalisti došli na vlast morao odlučiti o tomu da li preduzeće u kojem je jedan član društva koji je, doduše, bio kršten, ali je bio sin pripadnika židovske vjeroispovijesti, smije nositi naziv "Christliches Spezienschuhhaus" (Kršćanska tvrtka za specijalne cipele). Sud je to negirao u svojoj odluci od 21. aprila 1933. godine. A to je obrazloženo time da bi drugi sudionici u poslovnom prometu kod takvog naziva tvrtke polazili od pretpostavke da se ne radi samo o kršćanskom, veći o "arijevskom" preduzeću,⁷⁴ a da to ovdje nije slučaj. Također je i hanzeatski Visoki zemaljski sud (*Hanseatisches Oberlandesgericht*) za predmet jedne svoje odluke imao jednu tvrtku.⁷⁵ Radilo se o "arijevskom preduzeću", dakle, vlasnici su bile osobe koje su prema rasnoj ideologiji nacionalsocijalista smatrane "Arijevcima". Oni su to preduzeće prodali pripadniku židovske vjeroispovijesti. Hanzeatski Visoki zemaljski sud smatrao je da je ta prodaja ništavna prema čl. 18. BGB-a jer da takav prijenos ekonomskog vlasništva s Arijevaca na nearijevce predstavlja povredu dobrih običaja. Wrobel⁷⁶ je to komentirao tako da je sud postupao prema jednadžbi: "Dobri običaji = shvaćanje naroda = nacionalsocijalistički

pogled na svijet". I komentatorska literatura je također imala eksplicitno antižidovski stav. U standardnom komentaru Palandt npr. piše da se na temelju trgovačkih običaja više ne mora voditi računa o židovskim praznicima (za razliku od prije) budući da je "za trgovačke običaje mjerodavno samo shvaćanje njemačkih trgovaca".⁷⁷

3. Diskriminacija u ugovornom, nasljednom i arbitražnom pravu

Iz novembra iste godine potječe i odluka donesena u ugovornopravnom sporu između jednog berlinskog kazališta i redatelja koji je također bio pripadnik židovske vjeroispovijesti. Kazalište je 1933. godine vjeroispovijest redatelja uzelo kao povod za izvanredan otkaz ugovora koji je imalo s njim. Zemaljski sud u Berlinu, a kasnije i Visoki zemaljski sud u Berlinu, smatrali su da je otkaz pravovaljan "s obzirom na razvoj političkih prilika"⁷⁸. U sličnom smjeru je išlo i mišljenje komentara⁷⁹, prema kojem je otpuštanje radne snage židovske vjeroispovijesti bilo opravdano kao "poslovno uslovljen otkaz". I kod odobravanja ugovora o naukovanju sud je morao voditi računa o vjeroispovijesti (ili kako su to nacionalsocijalisti nazivali "pripadnosti rasi"). S tim u vezi je Palandt⁸⁰ utvrdio da sudac koji odlučuje o pitanjima skrbništva kod odobravanja ugovora s maloljetnicima "ne smije ispitati samo imovinskopravnu stranu ugovora, već i je li zaštićena tjelesna, duševna i moralna dobrobit šticenika." Ali, prema tadašnjem pravnom shvaćanju, ta je dobrobit uvijek bila ugrožena ako se naučnik smatrao "Arijevcem", a edukator "Židovom". Stoga je u odnosnom komentaru koji se pozivao na presudu Zemaljskog suda u Zwickauu iz 1938. godine, pisalo:

"Odobrenje ugovora o naukovanju između arijskog šticenika i židovskog edukatora ne može se više provoditi u praksi, a trebalo se odbijati već i prije."

U nasljednom pravu je 1937. godine donesen Zakon o nasljednopravnim ograničenjima zbog ponašanja koje je u suprotnosti sa zajednicom⁸¹ (*Gesetz über die erbrechtlichen Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigem Verhaltens*) koji je, između ostaloga, odredio da osobe koje su prema Zakonu o opozivu prijama u državljanstvo i oduzimanja

⁷² Ovdje se navode samo sudska praksa i izmjene zakona koji su služili posebno diskriminaciji pripadnika židovske vjeroispovijesti. Pregled ostalih izmjena zakona u području građanskog prava za vrijeme nacionalsocijalizma daje Buschmann, op. cit. (nap. 29), str. 32. Zanimljivo je, između ostaloga, da je 1941. godine na temelju Zakona o sudjelovanju tužitelja u građanskim pravnim predmetima tužitelj mogao intervenirati (i u okončane) građanskopravne postupke kako bi istaknuo "stajalište narodne zajednice". Slični propisi koji su se kasnije mogli pronaći u nekim socijalističkim pravnim sustavima imaju, dakle, prednika u njemačkom nacionalsocijalizmu.

⁷³ Danas Wrocław u Poljskoj, op. prev.

⁷⁴ Zemaljski sud u Breslauu (današnji Wrocław u Poljskoj), *Das Recht*, 1934., 517, citirano prema Hansu Wrobelu, *Die Anfechtung der Rassenmischehe – Diskriminierung und Entrechtlichung der Juden in den Jahren 1933 bis 1935*, *Kritische Justiz* 1983, str. 349 i d., tamo str. 354, bilješka (fusnota) 34.

⁷⁵ Objavljeno u *Juristische Woche* 1936, str. 944, citirano prema Hansu Wrobelu Otto Palandt zum Gedächtnis 1. 5. 1877 – 3. 12. 1951, *Kritische Justiz* 1982 str. 1 i d., str. 12.

⁷⁶ Citirano prema Hansu Wrobelu Otto Palandt zum Gedächtnis 1. 5. 1877 – 3. 12. 1951, *Kritische Justiz* 1982 str. 12.

⁷⁷ Citirano prema Hansu Wrobelu Otto Palandt zum Gedächtnis 1. 5. 1877 – 3. 12. 1951, *Kritische Justiz* 1982 str. 1 i d., tamo str. 13.

⁷⁸ Zemaljski sud u Berlinu, citirano prema Hansu Wrobelu, *Die Anfechtung der Rassenmischehe – Diskriminierung und Entrechtlichung der Juden in den Jahren 1933 bis 1935*, *Kritische Justiz* 1983, str. 349 i d., tamo str. 354, bilješka (fusnota) 34.

⁷⁹ Palandt-Friesecke, prednapomena 3 f ispred članka 620. njemačkog BGB-a, citirano prema Hansu Wrobelu Otto Palandt zum Gedächtnis 1. 5. 1877 – 3. 12. 1951, *Kritische Justiz* 1982, str. 1 i d., tamo str. 13.

⁸⁰ Palandt BGB, 2. naklada 1939, rubna bilješka br. 7 uz članak 1822 njemačkog BGB-a.

⁸¹ Pronaći ćete na <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=dra&datum=19370004&seite=00001161&zoom=2>.

njemačkog državljanstva⁸² (*Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsbürgerschaft*) izgubile njemačko državljanstvo, ne mogu ništa naslijediti od njemačkog državljanina. Osim toga, utvrđeno je da se njemačkim državljanima može oduzeti obvezni dio ako su – bez potrebne dozvole – sklopili brak s Židovom, odnosno Židovkom ili židovskim mješancem. Još iz 1933. godine potječe odluka Visokog zemaljskog suda u Berlinu u kojoj je sud došao do zaključka da je otpuštanje “nearijevskog” izvršitelja oporuke “zbog rasnih osobina...” zakonito “ako to odgovara vjerovatnoj volji ostavitelja ili ako je opoziv u interesu osoba koji sudjeluju u nasljedstvu”⁸³. Dvije godine kasnije su prava pripadnika židovske vjeroispovijesti znatno ograničena Zakonom o stanarskom odnosu sa Židovima⁸⁴ (*Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden*). Tim je zakonom, između ostaloga, omogućen prijevremeni otkaz židovskim najmoprimcima te je ograničena mogućnost davanja stanova u podnajam Židovima i za židovske najmoprimce, koji su bili prisiljeni napustiti stan koji su imali u najmu, a ograničeni su i rokovi za pražnjenje stana.⁸⁵

Ni arbitražno pravo nije uspjelo izbjeći utjecaju nove rasističke državne doktrine. Arbitri su se sukladno članku 1032. njemačkog ZPO-a mogli odbiti i u slučaj ako su bili potomci “Nearijevaca, posebno židovskih roditelja ili ako su im djeda ili baka bili Židovi”⁸⁶. No, postojale su iznimke u kojima je pravo nacionalsocijalističke njemačke države trpjelo židovske arbitre. Naime, s u tim u vezi na istom mjestu piše: “*Budući da je ovaj propis u tijesnoj vezi s isključivanjem nearijevaca iz njemačkog pravosuđa, isti vrijedi samo za vlastite državljane*”. Drugim riječima: stranci židovske vjeroispovijesti ne bi se mogli odbiti kao arbitri.

4. Diskriminacija u propisima o imenu

I propisi o imenu nisu bili bez diskriminacije. Ovdje je čak bilo posebno puno takvih odredaba te su na temelju njih pripadnici židovske vjeroispovijesti morali i imati židovska imena. Ako nisu imali židovsko ime, onda su uz svoje dosadašnje ime morali dodati ime Israel (kada se radilo o muškarcu) ili Sara (kada se radilo o ženi).⁸⁷

Obratno su “ne-njemačka” imena bila zabranjena za njemačku djecu,⁸⁸ odnosno za takvo je ime bio potreban poseban razlog, na primjer porodična tradicija ili rodbinski odnosi.⁸⁹ Nasuprot tomu su matičari morali odbiti upis tipično židovskog imena za državljane njemačkog Reicha (npr. ime Josua (Jošua)), isto kao i nordijskih imena koja nisu uobičajena u Njemačkoj (npr. ime Ragnar).⁹⁰

VI. Zaključak

Nacionalsocijalističkoj državi nepravda/nepravde je 1945. godine zaslužno došao kraj. Kako je to formulirao nedavno preminuli bivši predsjednik SR Njemačke *Von Weizsäcker*, vojni poraz Njemačke je zapravo bio oslobođenje za zemlju i njezine stanovnike. Zbog toga bi se moglo pretpostaviti da je u Njemačkoj poduzeto sve kako bi se odmah nakon kraja nacionalsocijalizma krenulo u suočavanje s nepravdom prošlosti. To za područje prava znači da su se zakoni doneseni tokom nacionalsocijalizma trebali staviti van snage, da su se trebale ukinuti nepravde presude, obešteti žrtve i kazniti počinitelji koji su pravo zloupotrijebili u političke i rasističke svrhe. Takva su nastojanja postojala i – što je još važnije – postoje još i danas. Ali, s time se počelo u pravilu jako kasno, prekasno.⁹¹ Neposredno nakon Drugog svjetskog rata je pravno suočavanje s nacionalsocijalističkom prošlošću prije svega bila stvar Saveznika. Na sreću, jer njemačka država, barem u to doba, vjerovatno ne bi sama krenula u suočavanje s tom temom.

Isto tako se ne može prešutjeti da su mnogi od onih koji su imali važne funkcije u pravosuđu tokom nacionalsocijalističke diktature ili u pravnoj znanosti svoje karijere, bez prekida, nastavili u Saveznoj Republici Njemačkoj.

No, danas je odbojni stav prema suočavanju s prošlošću uglavnom prošlost. Sada organizacije i institucije same istražuju vlastitu povezanost s nacionalsocijalizmom. Evo samo nekoliko primjera: jedan projekt njemačkog Ministarstva pravosuđa se nedavno bavio istraživanjem kako su nacionalsocijalistički pravници po završetku trećeg Reicha još utjecali na zakonodavstvo i pravosuđe Savezne Republike Njemačke.⁹² Drugi istraživački projekt

⁸² Službeni list RGBI I 1933, str. 480.

⁸³ Visoki zemaljski sud u Berlinu, citirano prema Hansu Wrobelu, *Die Anfechtung der Rassenmischehe – Diskriminierung und Entrechtlichung der Juden in den Jahren 1933 bis 1935* (Poništavanje raso miješanog braka – diskriminacija i obespravljenje Židova u razdoblju od 1933. do 1935. godine), *Kritische Justiz* 1983, str. 349 i d., tamo str. 354, tamo bilješka (fusnota) 34.

⁸⁴ Pronaći ćete na http://www.ns-quellen.at/gesetz_anzeigen_detail.php?gesetz_id=17010&action=B_Read.

⁸⁵ Vidi o svemu Buschmann, op. cit. (nap. 29), str. 239.

⁸⁶ Adolf Baumbach *Zivilprozessordnung* 14. naklada München 1939, rubna bilješka br. 2 C uz članak 1032. njemačkog Zakona o parničnom postupku (ZPO).

⁸⁷ Palandt *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Komentar

uz BGB), 2. naklada Berlin 1939, rubna bilješka 2 uz članak 12. njemačkog BGB-a.

⁸⁸ Palandt, op. cit.

⁸⁹ Tako Palandt, op. cit., rubna bilješka br. 3 uz članak 1616.

⁹⁰ Palandt, op. cit.

⁹¹ Pregled pojedinih faza kod suočavanja s pravom u doba nacionalsocijalizma daje Christian Staas, *Deutsche Juristen und die NS-Diktatur: Was damals Recht war* (Njemački pravници i NS diktatura: što je tada bilo pravo), u *Zeit-online Geschichte* 1/2009 na adresi <http://www.zeit.de/zeit-geschichte/2009/01/Justiz/seite-2>.

⁹² Poblježe informacije o tomu u Manfred Görtemaker /Sabine Leutheusser-Schnarrenberger/ Christoph Safferling, *Die Rosenberg – Das Bundesministerium der Justiz und sein Umgang mit der NS-Vergangenheit* (Rosenburg –Savezno

se bavi nastavkom djelovanja nacionalsocijalističkih ideja u poslijeratnom razdoblju na socijalno sudstvo savezne zemlje Sjeverne Rajne i Vestfalije.⁹³ Za čitatelje iz regije bi vjerovatno moglo biti posebno zanimljivo to da i Südosteuropa-Gesellschaft (Društvo za Jugoistočnu Evropu), udruga koja se bavi kulturom, politikom i historijom Jugoistočne Evrope, u okviru istraživačkog projekta istražuje upletenost vlastitih članova kao i organizacijskih prednika društva prije 1945. godine.

Suočavanje s podbačajem pravosuđa i pravne znanosti tokom nacionalsocijalizma u Njemačkoj je bilo manjkavo. To je žalosno i zbog toga što, bez kritičkog suočavanja, ni oni koji su tada plivali protiv struje te su i dalje pokušavali osigurati primjenu prava sukladno načelima pravne države, nisu dobili zaslužen priznanje.

Ali, treba odati priznanje zbog toga što se u Njemačkoj ljudi i danas bave tom temom, s tim da se istraživanja u tom smjeru danas više ne smatraju "prljanjem vlastitog gnijezda", već se na njih gleda kao na sastavni dio nužne kritičke samorefleksije i intelektualne čestitosti. S obzirom na njemačko pravo u nacionalsocijalizmu i suočavanje s njim, postoji malo toga što ima ogledni karakter. No, današnja spremnost pravnog stručnog svijeta da raspravi o neuspjehu vlastite profesije može poslužiti kao poticaj za pravnike drugih zemalja da se također objektivno suoče s "tamnim stranama i vremenima" vlastitog prava.

Kao pouka za budućnost se na temelju njemačkih iskustava može vidjeti da je u pravu forma (ili formalno obrazloženje) manje bitna od sadržaja. A kako bi se ta razlika mogla ocijeniti, potrebni su čestiti pojedinci koji su izučili svoj pravni zanat. I koji ga i u lošim vremenima primjenjuju *lege artis*. I to u svim pravnim područjima. Na temelju ovdje prikazanih primjera vidi se da nijedno područje prava nije izuzeto od mogućnosti da bude stavljeno u službu određene ideologije. To isto tako znači da nijedan pravnik ne može biti siguran da radi u području prava u kojem se na njega neće vršiti pritisak da političke interese stavi iznad prava. Suprotstaviti se tom iskušenju je stvarni poziv svakog pravika.

ministarstvo pravosuđa i njegovo ophođenje s nacionalsocijalističkom prošlosti), Berlin 2012, na internetu na adresi http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/DE/Die_Rosenburg_2_Symposium.pdf?__blob=publicationFile. "Rosenburg" je bio naziv zgrade u kojoj se od 1950. do 1973. godine nalazilo Savezno ministarstvo pravosuđa u Bonnu. Instrukтивно o nastavljenim aktivnostima u području suočavanja s nacionalsocijalizmom i njegovim posljedicama u području prava i Oliver Vossius, *Vergangenheitsbewältigung im 3. Jahrtausend* (Suočavanje s prošlosti u 3. tisućljeću) u "Notar" 2013., str. 427 i slj.

⁹³ Vidi Martin Kühl, istraživački projekt "Die Sozialgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen und die nationalsozialistische Vergangenheit" (Socijalno sudstvo u Sjevernoj Rajni i Vestfaliji i nacionalsocijalistička prošlost), *Deutsche Richterzeitung* 2012., str. 191 i slj.

Dr. Stefan Pürner

Die dunkle Seite des deutschen Rechts: Das (Un)Recht im Nationalsozialismus am Beispiel der Diskriminierung von Angehörigen des jüdischen Glaubens im Zivilrecht

(Zusammenfassung)

Der Beitrag geht davon aus, dass eine Beschäftigung mit dem deutschen Recht auch die Zeit des Nationalsozialismus umfassen sollte. Dies auch, weil Kenntnisse über die damaligen "Mechanismen" und Techniken, Unrecht als Recht darzustellen, helfen können, vergleichbare Entwicklungen in anderen Rechten und in anderen historischen Zusammenhängen frühzeitig zu erkennen. Der Beitrag beschränkt sich auf die Behandlung von Angehörigen des jüdischen Glaubens im Zivilrecht um aufzuzeigen, dass nationalsozialistisches Unrecht nicht nur im Strafrecht stattfand.

Einleitend werden die wichtigsten Vorschriften des nationalsozialistischen Rechts vom Ermächtigungsgesetz bis zu den Nürnberger Gesetzen vorgestellt. Außerdem werden weitere Beispiele für das "Sonderrecht" für Angehörige jüdischen Glaubens auch unterhalb der staatlichen Ebene gegeben. Anschließend wird dargelegt, dass mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten auch eine neue Definition des Rechtsstaats einherging, die das liberale Verständnis, das noch zur Weimarer Zeit gegolten hatte, als "Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde" verunglimpfte. Ein Wesensmerkmal des neuen (Un)rechts war die Zurückdrängung des Gesetzes, die Aufhebung der Trennung von Recht auf der einen, und Politik sowie Sittlichkeit auf der anderen Seite. Weiter war es durch die Einbeziehung u.a. auch des Parteiprogramms der NSDAP in die Auslegung gekennzeichnet.

Den Hauptteil des Beitrags bilden konkrete Beispiele für die Diskriminierung von Angehörigen des jüdischen Glaubens. Diese wurden insbesondere unter Nutzung einer Reihe von Aufsätzen, die in den 1980-er Jahren in der Zeitschrift "Kritische Justiz" erschienen sind, und von Ausgaben der Kommentare von Palandt und Baumbach aus den 1930-er Jahren ermittelt. Schwerpunkte bilden dabei die Verweigerung von Eheschließungen sowie die Anfechtung von Ehen wegen des jüdischen Glaubens eines Ehegatten noch vor einschlägigen Gesetzesänderungen einerseits und die Frage der Pfändbarkeit eines Volksempfängers bei einem Angehörigen jüdischen Glaubens andererseits. Daran schließen sich weitere Beispiele für Diskriminierung im Zivilrecht an. Dabei wird aufgezeigt, dass es auch im Handelsrecht, im Vertrags-, Erb- und Schiedsverfahrens- und Namensrecht zu diskriminierenden Entscheidungen und Kommentarmeinungen kam.

Im Fazit wird darauf verwiesen, dass die juristische Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit in Deutschland nur zögerlich in Angriff genommen wurde, sich aber nun verschiedene Organisationen und Institutionen dieser Aufgabe stellen. Genannt werden das "Rosenburg-Projekt" des BMJV, die Erforschung der Fortwirkung nationalsozialistischer Gedankenguts in der Nachkriegszeit in der Sozialgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen und – für Leser aus dem Verbreitungsgebiet der NPR von besonderem Interesse – die Maßnahmen der Südosteuropa-Gesellschaft, mit denen sie die Verstrickung ihrer eigenen Mitglieder sowie der

organisatorischen Vorläufer der Gesellschaft vor 1945 in einem Forschungsprojekt untersucht. Festgehalten wird, dass die kritische Auseinandersetzung mit der nationalsozialistischen juristischen Vergangenheit in Deutschland heute nicht mehr als "Netzbeschmutzung", sondern als Bestandteil einer notwendigen kritischen Selbstreflektion und intellektueller Redlichkeit angesehen wird. Abschließend wird als Lehre für die Zukunft aufgrund der deutschen Erfahrungen festgehalten, dass im Recht weniger die Form (oder formale Begründungen) als der Inhalt zählt. Es wird darauf verwiesen, dass aus den vorgestellten Beispielen ersichtlich ist, dass kein Rechtsgebiet davor gefeit ist, in den Dienst einer bestimmten Ideologie gestellt zu werden. Dies bedeutet auch, dass kein Jurist sicher sein kann, in einem Rechtsbereich zu arbeiten, in dem nicht politischer Druck auf ihn ausgeübt wird. Deshalb sei es die wahre Berufung der Juristen solchen Versuchungen zu widerstehen.

Dr. Stefan Pürner

**The dark side of German law:
(In) Justice during National Socialism
– The example of discrimination of members
of The Jewish religion in Civil Law**

(Summary)

The paper assumes that dealing with German law should also encompass the period of National Socialism, because the knowledge of the former mechanisms and techniques to represent injustice as justice can help in recognizing similar developments in other legal systems and other historical contexts at an early stage. The paper deals with the treatment of members of the Jewish religion in civil law, to show that national socialist injustice was not restricted to criminal law only. In the introductory part the most important legal acts of the national socialist law, beginning with the so called Empowerment Act (Ermächtigungsgesetz) to the Nuremberg Acts, are presented. Afterwards, further examples of the "special law" for members of Jewish religion below the state level are given. The author explains that the takeover of the national socialists resulted in a new definition of "Rechtsstaat" (German concept of constitutional state, which has a different content than the "Rule of Law"), which denigrated the liberal understanding that prevailed in the period of Weimar as the "prototype of a society without honor and dignity". A feature of the new (in)justice was the repression of statutes, the abolition of separation of law on one side, and politics and morality on the other. Further it was characterized by the inclusion of the party platform, among other things, into the interpretation of law.

The main part of the paper presents concrete examples of discrimination of members of the Jewish religion. These have been detected especially from a series of papers which have been published in the 1980's in the journal "Kritische Justiz" (Critical Justice), and from the editions of the Palandt and Baumbach commentaries from the 1930's. The main focus lies on the refusal of marriages and challenges of marriage because of the Jewish religion of one of the spouses, even before the relevant changes of law, as well as the question of attachability of the "peoples radio receiver" (Volksempfänger) of a member of the Jewish religion. Other examples of discrimination in civil law are given subsequently. Those examples show that also in commercial law, contract and succession law, arbitration law

and law on names, there had been discriminatory decisions and commentaries.

In the conclusion the author points out that the discussion about the national socialist past in Germany was hesitant, but that now different organizations and institutions deal with this task. He mentions the "Rosenburg-project" of the Ministry of Justice and for Consumer Protection, the examination of the repercussions of the national socialist ideas in the post-war period in the social justice of the federal state of North-Rhine Westphalia, and, the measures of the South-East-Europe-Society that are used to investigate the involvement of its own members and the organizational forerunner of the Society before 1945 within a research project, which is of particular interest to the readers of the NPR. The author concludes that the critical dealing with the national socialist legal past in Germany is not considered to be "nest contamination" anymore today, but a part of a necessary critical self-reflection and intellectual honesty. The author closes the paper with the lesson for the future based on the German experience, according to which it is more the substance than the form (or formal arguments) that matter in law. He points out that the given examples show that no legal field is immune to being used by a certain ideology. This also means that no lawyer can be certain to work in a legal field that is safe from political pressure. For this reason the real vocation of lawyers is to overcome such temptations.

Pojam i uloga Treuhanda u pravu i praksi Njemačke, Austrije i Švicarske i njegov mogući uticaj na razvoj prava u Bosni i Hercegovini i regionu

Doc. dr. Darja Softić Kadenić, LL.M. (Graz)

UDK: 347.462

I Uvod

Institut *Treuhanda* je jedna od najintrigantnijih pravnih figura u pravnim sistemima germanskog pravnog kruga.¹ Iako se radi o vrlo starom i tradicionalnom institutu, moderni razvoj i potrebe *Treuhandu* nameću nove uloge, te potencijal i praktični značaj ovog instituta kontinuirano rastu. Mogućnosti da se prilagodi novonastalim potrebama

¹ Misli se na pravo Njemačke, Austrije i Švicarske. U pogledu prava *Treuhanda* između Njemačke, Austrije i Švicarske postoji više sličnosti nego razlika. Neke od osnovnih razlika, koje su prisutne i danas pregledno ističe Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, str. 216–236. U ovom radu ćemo se primarno koncentrirati na pravo Njemačke, jer je njemačka *Treuhand*-doktrina najrazvijenija, uz pojedine napomene koje se odnose na Austriju i Švicarsku na mjestima gdje postoje razlike u regulaciji.

i prilikama i da prihvati nove oblike i uloge, pogoduje činjenica da *Treuhand* konceptualno predstavlja vrlo fleksibilan pravni odnos, pogodan da se u njega pravno odjenu vrlo različite konstelacije koje se javljaju u praksi. Uz to, pravo *Treuhand*a nikad nije kodificirano, nego je razvijano *praeter legem* od strane sudske i pravne prakse kao tvorevina tzv. kautelarne jurisprudencije i u mnogome se temelji na običajnom pravu.² Pravo *Treuhand*a je gotovo nemoguće razumjeti izvan historijskopravnog konteksta i previranja između romanističke odnosno pandektističke i germanističke škole.³ Kako je pravo *Treuhand*a stvarano kazuistički – od slučaja do slučaja, cjelokupnoj oblasti nedostaje sistematičnost koja je inače karakteristična za kontinentalne pravne sisteme, a naročito one germanskog pravnog kruga. Inicijative koje su ciljale na kodifikaciju ove oblasti nisu bile uspješne⁴, a u današnje vrijeme pitanje zakonske regulacije *Treuhand*a više nije aktuelno.⁵

Dok u drugim državama evropskokontinentalnog pravnog kruga angloamerički institut trusta privlači veliku pažnju, te se na međunarodnom nivou izrađuju dokumenti koji trebaju približiti ovaj institut kontinentalnim pravnim sistemima⁶, a i nacionalni zakonodavci razmatraju i

odlučuju se za različite vidove integracije ovog koncepta u njihove pravne sisteme.⁷ Njemačka je na ove uticaje dosad ostala rezistentna, što upućuje na zaključak da je njemački *Treuhand* u kombinaciji s drugim institutima njemačkog prava adekvatan supstitut, dovoljan da zadovolji one potrebe za koje se u državama *common law*a može upotrijebiti institut trusta. U tom smislu se nameće pitanje da li se bolje orijentirati prema rješenjima njemačkog prava nego razmatrati institute koji potiču iz bitno drugačijeg pravnog okruženja kao što je to *common law*. Tim prije ukoliko se ima u vidu da su se prilikom reforme privatnog prava općenito, a naročito stvarnog i obligacionog prava, zemlje regiona primarno orijentirale prema Njemačkoj i Austriji.

Međutim, u okviru ovih reformi, *Treuhand* u pravilu nije predstavljao predmet interesovanja ni zakonodavca ni pravne doktrine i prakse, pa se o ovom institutu na našim prostorima vrlo malo zna. Izuzetak predstavljaju recipirani oblici tzv. *Treuhand*a u svrhu osiguranja (*Sicherungstreuhand*a), koji je u regionu poznat pod nazivom fiducijarni prenos vlasništva, odnosno fiducija. Ovaj institut je preuzet u sve zemlje regiona osim u Bosnu i Hercegovinu i Srbiju.⁸ Pri tome su i u bosansko-hercegovački pravni poredak preuzeti pojedini odnosi koji se u njemačkom pravu karakteriziraju kao *Treuhand*, ali ne u svrhu osiguranja, nego u svrhu upravljanja (*Verwaltungstreuhand*), a stiče se dojam da domaći zakonodavac toga nije bio ni svjestan. Svakako puko imenovanje određenog instituta kao *Treuhand* ili kao *trust* ne znači ništa, ukoliko u određenom pravnom poretku nisu jasna dejstva odnosno pravne posljedice koje takav jedan institut izaziva. Ovaj rad, pored predavljanja instituta *Treuhand*a i njegovih osnovnih karakteristika i funkcija u pravnim porecima Njemačke, Austrije i Švicarske stoga nastoji razmotriti i da li eventualno postoji potreba za recepcijom prava *Treuhand*a u pravo BiH odnosno zemalja regiona i

² Umjesto mnogih: W. Kastner, 'Die Treuhand im österreichischen Recht', u: Wunsch (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Hämmeler* (Graz, 1972) str. 164.

³ Vrlo pregledno u pogledu ovog razvoja: S. Hofer, 'Treuhandtheorien in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts – zur Verwendung von historischen Rechtsinstituten in der Zivilrechtsdogmatik', u: R. Helmholz/R. Zimmermann, *Itinera fiduciae: Trust and Treuhand in historical perspective* (Duncker & Humblot, Berlin, 1998), str. 389. i dalje.

⁴ Pitanju zakonskog reguliranja *Treuhand*a bio je posvećen 36. njemački pravnički dan (*Juristentag*). Za prikaz osnovnih argumenata u korist i protiv zakonskog reguliranja uz vlastite stavove autora koji se izražava protiv kodifikacije vidi: W. Siebert, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis* (Marburg, 1933) str. 411-426.

⁵ Jedino se u Švicarskoj nakon ratifikacije Haške konvencije ponovo postavlja pitanje izrade švicarskog koncepta trusta. To, međutim, više ne bi bio klasični švicarski *Treuhand*. Vidi umjesto mnogih: Wolf/Jordi, 'Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliensachenrecht', u: Wolf (Hrsg.), *Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens*, (Bern, 2008) str. 43.

⁶ Proces približavanja trusta evropskokontinentalnim pravnim sistemima počeo je usvajanjem Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trustove i njihovom priznavanju 1985. godine, (tekst konvencije dostupan online na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59, april 2015. god.), u novije vrijeme tu je nekoliko projekata u vezi s pitanjem kompatibilnosti i mogućnosti integracije trust-koncepta u pravne sisteme evropskokontinentalnog prava, pretežno na nivou EU poput: Hayton et al. (ed.), *Principles of European Trust Law*, (Kluwer Law International, 1999); Kortmann et al., (ed.), *Towards an EU Directive on Protected Funds* (Kluwer Law Publishers, 2009); Treba spomenuti i knjigu X Draft Common Frame of Reference koja je posvećena trustovima: Von Bar/Clive, *Principles, Definitions*

and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, (Sellier 2009).

⁷ Tako je 2007. godine u Francuskoj uveden institut *fiducie* koji se smatra francuskim pandanom angloameričkom trustu. Detaljno vidi: P. Marini, 'La fiducie enfin!' Dossier Fiducie, JCP (Septembre 2007) str. 5 i dalje; J. Szemjonneck, 'Die Fiducie im französischen Code Civil', 3 ZeuP (2010), str. 581. Na taj korak se odlučilo i nekoliko zemalja jugoistočne Evrope poput Rumunije, Poljske i Češke. Za Rumuniju vidi: F. Giurgea, 'Changes to the Romanian Civil Code: Fiducia – The Romanian Concept of trust' (2011), dostupno online: <http://ssrn.com/abstract=2037041> (april 2015. god.); za Poljsku vidi: A. Wudarski, *Der Pfandbrief und sein Treuhänder, eine rechtsvergleichende Untersuchung zum polnischen und deutschen Recht* (Frankfurt am Main 2006), str. 463 i dalje; Novi građanski zakonik Češke (*občanský zákoník*), Službeni glasnik br. 89/2012, koji je stupio na snagu 1. 1. 2014. god. sadrži poglavlje o trustu – čl. 1400–1474.

⁸ Detaljno: M. Powlakić, 'Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi', *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), v. 24, br. 1, (2003).

ako takva potreba postoji, na koji način bi recepcija mogla uslijediti.

II Pojam i vrste *Treuhanda*

Na razvoj njemačke doktrine o *Treuhandu* je s jedne strane uticala rimskopravna *fiducia*⁹, s obzirom na to da je otkrivanje Gajevih Institucija 1820. godine i s njima i (ponovno) otkrivanje fiducije¹⁰ koincidiralo s razvojem njemačke *Treuhand*-doktrine u 19. stoljeću,¹¹ ali također od uticaja su bili i instituti kanonskog prava, te germanskog srednjovjekovnog tj. langobardskog prava.¹² Uticaji pravne historije se naročito dobro manifestuju upravo na njemačkoj *Treuhand*-doktrini.¹³ Zbog tih različitih uticaja, koji su proizveli različite dogmatske konstrukcije, institut *Treuhanda* u njemačkoj doktrini nije jedinstven. To njemačku *Treuhand*-doktrinu čini vrlo kompliciranom i nepreglednom i ima za posljedicu postojanje jednog varijabilnog pojma *Treuhanda* koji neki autori opisuju kao *Treuhand* u stvarnom ili u užem smislu (*Treuhand im eigentlichen, im engeren Sinne*) i *Treuhand* u širem smislu (*Treuhand im weiteren Sinne*).¹⁴ Unatoč brojnim pokušajima sistematizacije i unifikacije pojma *Treuhanda*¹⁵, ova razuđenost u pogledu mogućih konstrukcija i dalje obilježava njemačku *Treuhand*-doktrinu.

Treba istaći i to da je u praksi primjetna tendencija širenja upotrebe oznake *Treuhand* odnosno *Treuhänder* i na pravne odnose i lica koja pri tome ne pokazuju pravne karakteristike *Treuhanda*.¹⁶ Ne možemo se složiti s

konstatacijom prema kojoj se svaki odnos koji se zasniva na povjerenju u drugu stranu može označiti kao *Treuhand*, a druga strana kao *Treuhänder*¹⁷, pa ni kada te pojmove upotrebljavamo u širem smislu. To bi, ustvari, svaku pravnu transakciju učinilo *Treuhandom*, jer je za sve njih karakteristično da se drugoj strani poklanja određeni stepen povjerenja (*fides*), barem u smislu da će uredno izvršiti preuzete obaveze, odnosno da neće djelovati protivno interesima druge strane, što proizlazi iz općeg načela savjesnosti i poštenja u prometu. Takva ekstenzivna upotreba ovih pojmova samo zbunjuje i otežava pokušaj preciznog određenja sadržaja ovih pojmova.¹⁸ Za odnose koje karakterišemo kao *treuhänderisch* (povjereničke), potreban je veći stepen povjerenja (*fides*), koji ne predstavlja samo popratnu odnosno sporednu obavezu druge strane, nego ustvari čini njenu glavnu obavezu.¹⁹ *Treuhänder* zastupa interese *Treugebera* na način kako bi ih zastupao i sam *Treugeber*, da djeluje samostalno.²⁰

S tim u vezi se centralni element *Treuhanda* sastoji u tome da je određena osoba (*Treuhänder*) u vršenju svojih prava, odnosno prava kojim može samostalno raspolagati, ograničena obavezom očuvanja tuđih interesa (*Wahrung fremder Interessen*). *Treuhänderom* se naziva ona osoba koja je na osnovu ugovora ili zakona obavezna da (pretežno)²¹ realizira interese drugog lica²², a ne svoje vlastite. *Treuhand*-odnos karakterizira razilaženje u pravilu objedinjenih pozicija osobe titulara interesa i osobe koja te interese zastupa i realizira, pa neki autori u *Treuhänderu* vide *alter ego Treugebera* i u *Treuhandu* odnos supstitucije.²³

Već se iz dosad rečenog nazire, da se mišljenja u njemačkoj doktrini razilaze u pogledu objašnjenja karaktera

⁹ Generalno se razvoj instituta fiducijarnog prenosa vlasništva u mnogim zemljama kontinentalnog pravnog kruga bazira na rimskoj fiduciji.

¹⁰ U rimskom pravu je *fiducia* u doba republike iščezla iz upotrebe negdje između 2. i 3. stoljeća n. e. Ona je zamijenjena novim institutima – *pignusom* i hipotekom, te ugovorima *depositum* i *commodatum*, koji su smatrani pogodnijim pravnim sredstvima. Kompilatori su fiduciji, po Justinijanovom nalogu, u *Digestama* izbrisali svaki trag. Vidi umjesto mnogih: M. Horvat, *Rimsko pravo*, 10. izdanje (Školska knjiga, Zagreb, 1980) str. 262-263.

¹¹ Vidi H. Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts* C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, str. 13.

¹² U tom smislu također postoji sličnost i s historijskim uzorima trusta. Vidi: Scherner, *Formen der Treuhand im alten deutschen Recht*, u: Helmholz/Zimmermann, *Itinera fiduciae*, str. 238. i dalje.

¹³ Detaljno vidi: H. Coing, 'Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts', 37 Jahrg. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2/3 (1973), str. 202-209.

¹⁴ Vidi H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 46-47.

¹⁵ Od novijih treba navesti: V. Thurnher, *Grundfragen des Treuhandwesens* (Wien 1994); S. Grundmann, *Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand* (München 1997); M. Löhnig, *Treuhand - Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte: Ein Beitrag zu Geschichte und Dogmatik des deutschen Treuhandrechts*, (Tübingen, 2006).

¹⁶ Od tih karakteristika je najvažnije da osoba *Treuhändera* ima

odgovarajuću moć upravljanja i raspolaganja nad imovinom *Treuhanda* (*Treugut*) koja je takve prirode da u sebi krije i odgovarajuće opasnosti od zloupotreba, što opet opravdava visoki stepen povjerenja koji je karakterističan za odnos *Treuhanda*.

¹⁷ Vidi: Nickel – Schweizer, *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarschen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz* (Basel und Stuttgart, 1977) prema: S. Vladetić, *Fiducija u rimskom pravu i savremeni fiducijarni poslovi*, Doktorska disertacija, (Beograd, 2010) str. 161.

¹⁸ U ovom kontekstu kritički i V. Thurner, *op. cit.*, fn 15, str., 19.

¹⁹ Vidi i: O. Reichard, *Die neue fiducie des französischen Code Civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts* (Nomos, Baden Baden, 2013) str. 21.

²⁰ M. Löhnig, *op. cit.*, fn 15, str. 116.

²¹ *Treuhand* može postojati i u korist *Treuhändera*, pa čak i isključivo u njegovu korist. O pojedinim vrstama *Treuhanda* će biti riječi u nastavku.

²² M. Löhnig, *op. cit.*, fn 15, str. 116.

²³ Ukoliko se obligacioni odnosi kategoriziraju u zavisnosti od načina na koji su uvezani interesi ugovornih strana na odnose koordinacije, koalicije, subordinacije, onda se *Treuhand*-odnos može nazvati odnosom supstitucije jer jedna strana preuzima interesnu poziciju druge strane kao svoju. Löhnig, *op. cit.*, fn 15, str. 116.

i obima prava *Treuhändera*, koja on ne vrši u vlastitom nego u tuđem interesu. Ta prava mogu sezati od varijante u kojoj *Treuhänder* od *Treugebera* stiče neograničeno puno pravo (*Vollrecht*) u smislu translativne sukcesije, do one u kojoj stiče samo prava raspolaganja u vlastito ime (*Ermächtigung*)²⁴. *Coing* identificira dva konstitutivna elementa *Treuhanda* koji nastaje pravnim poslom – jedan lični odnosno obligacioni i jedan stvarnopravni. Obligacioni se sastoji u vezivanju *Treuhändera* za tzv. *Treuhandabrede* – *pactum fiduciae* (fiducijarni sporazum) koji ga obavezuje da imovinu *Treuhanda*, tzv. *Treugut* drži i njome upravlja u skladu s tim sporazumom. Stvarnopravni element se sastoji u tome da se *Treugut* prenosi na *Treuhändera*,²⁵ usljed čega njemu na tačno određenoj imovini pripadaju određena prava, makar to bila samo prava upravljanja i raspolaganja.

Zbog različitog shvatanja pravnog položaja *Treuhändera* se u doktrini razlikuju dva osnovna oblika *Treuhanda* tzv. fiducijarni *Treuhand* (*fiduziarische Treuhand*, *romanische Treuhand*, ili samo *Fiduzia*), koji je plod njemačke pandektističke nauke i *Regelsbergerove* doktrine o fiducijarnim pravnim poslovima²⁶ i njemačkopravni *Treuhand* (*deutschrechtliche* ili *germanische Treuhand*), koncept koji je razvijen primarno od strane *Alfreda Schultzea* i bazira se na starom germanskom pravu.²⁷ Neki autori smatraju kako su ova dva autora, svojim radovima i postavljanjem koncepata fiducijarnog odnosno germanskog *Treuhanda* u velikoj mjeri poentirali i kanalizirali, ali podjednako i blokirali diskusiju i razvoj *Treuhanda*. Time su ujedno onemogućili da se, u cilju rješavanja nekih spornih pitanja i dilema, posegne za teorijskim razmatranjima nastalim prije ovih njihovih rezultata.²⁸

Osim između fiducijarnog i germanskog *Treuhanda*, doktrina razlikuje i između tzv. *Ermächtigungstreuhanda* (ovlašćujući *Treuhand*) i *Vollmachtstreuhanda* (puno-moćnički *Treuhand*). Svaki od ovih oblika *Treuhanda* pokazuje bitno različite karakteristike i strukturalno se zasniva na bitno različitim konstrukcijama (*infra*).

Nesporno je, međutim, da *Treuhand* predstavlja ugovorni odnos, u pravilu trajnog karaktera, između *Treugebera* i *Treuhändera*. Zahvaljujući fleksibilnom pristupu sudske prakse kao pravni osnov za obligacionopravni *pactum fiduciae* (*Treuhandabrede*) (vidi

infra) uzima se ugovor o mandatu, dok se na ugovor o *Treuhandu* primjenjuju pravila § 675. BGB (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)²⁹, a veliku ulogu igra i sama volja involviranih stranaka.

U okviru pravnih odnosa koji se karakteriziraju kao *Treuhand* tradicionalno se razlikuju samo dvije strane – osoba *Treugebera* koja povjerava prava osobi *Treuhändera* koja ta prava preuzima. *Treuhand* može biti zasnovan kako u korist *Treugebera*, tako i u korist *Treuhändera*, ali i u korist trećih lica odnosno određene svrhe, koji nisu ni *Treugeber* ni *Treuhänder*. Bilo bi ispravno ta lica nazivati beneficijarima (*Begünstigte*), jer se stiče dojam kako njemački *Treuhand* ne može postojati u korist trećih lica, kao trilatelaran odnos, što nije tačno. Prije da je nepostojanje posebno diferenciranog pojma beneficijara *Treuhanda* uzrokovano činjenicom što se u praksi *Treuhand* najčešće zasniva bilo u korist osnivača tj. *Treugebera*, bilo u korist *Treuhändera* kao beneficijara. Ovo izostavljanje beneficijara kao sudionika *Treuhand*-odnosa također već jasno ukazuje na to, da se cjelokupna doktrina bazira na odnosu između *Treugebera* i *Treuhändera* kao ugovornom odnosu.

Jednu od temeljnih odrednica njemačke *Treuhand*-doktrine čini nastojanje da se ovaj institut razgraniči od simuliranih pravnih poslova, te od instituta zastupanja, naročito indirektnog zastupanja i komisiona.³⁰ Kriteriji razgraničenja koji su utvrđeni još uvijek su predmet diskusije. Također, u pogledu pravne prirode prava *Treugebera* (beneficijara) u odnosu na imovinu na koju se odnosi *Treuhand* u njemačkoj doktrini ne postoji saglasnost. U tom smislu, problem preciznog određenja pojma i pravne prirode *Treuhanda*, te njenog mjesta u cjelokupnom pravnom sistemu je i za njemačke pravnike predstavljalo izazov, poput onog koji je za pravnike *common lawa* predstavljao i danas predstavlja trust. Pri tome *Treuhand* nije rezultat recepcije niti transplantacije, nego autonomnog razvoja u okviru jednog klasičnog kontinentalnopravnog sistema, pa se opet, kako će biti pokazano u ovom radu, jako teško uklapa u postojeće kategorije njemačkog prava.

²⁴ W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 22.

²⁵ H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 85.

²⁶ Najveći doprinos izgradnji teorije o fiducijarnim pravnim poslovima dao je Regelsberger u njegovom djelu "Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession", *Archiv für die civilistische Praxis*, 63. Bd., H. 2 (1890), str. 157-207. Za prikaz razvoja doktrine fiducijarnog *Treuhanda* detaljno vidi: Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 28-47.

²⁷ A. Schultze, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung* (Breslau, 1895).

²⁸ Tako M. Löhnig, *op. cit.*, fn 15, str. 63.

²⁹ U Austriji se ugovor između *Treugebera* i *Treuhändera* karakterizira kao ugovor o nalogu (*Auftrag*) u skladu s čl. 1002 i dalje ABGB. I u Švicarskoj se odredbe o ugovoru o nalogu – čl. 394. i dalje OR analogno primjenjuju na *Treuhand*. Vidi: W. Wiegand, "Trau, schau wem", u: Horn (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* (München 1982) str. 585.

³⁰ Vidi detaljno: W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 108. i dalje. Neki autori pri tome smatraju kako *Treuhand* i indirektno zastupanje uopće ne treba razgraničavati, jer *Treuhand* i posredno zastupanje počivaju na istim osnovama – vidi Thurnher, *op. cit.*, fn 15, str. 155. i dalje.

II.1. Fiducijarni odnosno romanski *Treuhand*³¹

Kod ove vrste *Treuhanda Treuhänder* stiče puno pravo (*Vollrecht*) na predmetu *Treuhanda* – tzv. *Treugutu*, dok je u vršenju tog prava ograničen na obligacionopravnom nivou, u smislu da svoja prava ima vršiti u skladu s utvrđenim načinom i ciljevima (*Zweckbindung*).³² Prema trećima *Treuhänder* nastupa kao punopravni titular, ali odgovora *Treugeberu* za neovlaštena raspolaganja. Kod ove vrste *Treuhanda* izražen je fiducijarni element koji se tipično opisuje izrekom prema kojoj *Treuhänder* može više (u vanjskom odnosu) nego što smije (u unutarnjem odnosu), jer u pogledu *Treuguta* stiče pravnu poziciju koja prevazilazi svrhu zbog koje je osnovan *Treuhand (überschießende Rechtsmacht)*³³.

U praksi ovaj oblik *Treuhanda* igra najvažniju ulogu i uglavnom se pod pojmom *Treuhand* misli upravo na ovaj romanski oblik.³⁴ Ostali oblici *Treuhanda* igraju daleko manju ulogu u praksi, a neki imaju i samo pravno-dogmatski značaj. Određenje pojma *Treuhanda* koje se čini najprihvaćenijim od strane doktrine i sudske prakse je ono prema kojem je *Treuhand* pravni odnos u okviru kojeg se jedna osoba (*Treuhänder*) obavezuje da će određena prava koja toj osobi pripadaju i kojima može raspolagati, držati i vršiti u tuđem, a ne u vlastitom interesu.³⁵ *Treuhänder* je fizičko ili pravno lice koje je steklo imovinska prava kao vlastita prava od druge osobe (*Treugeber*) i koji ta prava drži i vrši u svoje ime, ali ne (ili bar ne isključivo) i u svom interesu.³⁶ Upravo će se i drugi dio rada, nakon predstavljanja osnovnih vrsta *Treuhanda*, fokusirati na ovaj tip romanskog punopravnog *Treuhanda*.

II.2. Germanski odnosno njemačkopravni *Treuhand*

Ova konstrukcija *Treuhanda* je nastala nešto kasnije u odnosu na romansku zahvaljujući teoriji *Alfreda Schulzea* i utemeljena je na srednjovjekovnom germanskom pravu.³⁷ Za razliku od romanskog *Treuhanda* kojeg karakterizira

prekomjerna moć *Treuhändera* u odnosu na svrhu *Treuhanda* (vidi *supra*), kod germanskog *Treuhanda* je ova moć od samog početka ograničena u skladu sa svrhom *Treuhanda*, na način da *Treuhänder* stiče samo onoliko moći koliko mu je za postizanje svrhe *Treuhanda* potrebno, a ne punopravni položaj koji je karakterističan za romanski *Treuhand*. To je barem ideja koja stoji iza ove konstrukcije. Realizacija te ideje nije tako jednostavna kako na prvi pogled izgleda, niti je odmah očigledno da se na taj način postiže odgovarajući balans između svrhe *Treuhanda* i pravnog položaja *Treuhändera*.

Kod ovog oblika *Treuhanda* se prava prenose na *Treuhändera* pod rezolutivnim uvjetom, na način da, za razliku od romanskog *Treuhanda*, nastupanjem uslova, koji može obuhvatiti neovlaštena raspolaganja *Treuhändera*, njegovu smrt i sl., *eo ipso* dolazi do povratnog prenosa na *Treugebera* odnosno njegove nasljednike.³⁸ Tako osnovna razlika u odnosu na romanski *Treuhand* leži u tome što ograničenje ovlaštenja *Treuhändera* svrhom *Treuhanda* djeluje apsolutno tj. ima stvarnopravna, a ne samo obligacionopravna dejstva.³⁹ Ova konstrukcija nije naišla na odobravanje od strane pravne teorije ni prakse,⁴⁰ premda je načelno moguće zasnivanje *Treuhanda* germanskog tipa.⁴¹ Germanski *Treuhand* i zbog netrpeljivosti određenih pravnih poslova s uslovom, svakako ima ograničenije polje upotrebe. Zbog svoje zanemarive uloge u pravnoj praksi, germanska konstrukcija *Treuhanda* neće biti detaljnije obrađivana.

II.3. Ovlašćujući *Treuhand* (*Ermächtigungstreuhand*)

Kod ove konstrukcije *Treuhänder* stiče samo ovlaštenje da raspolaže *Treugutom*, a ne dolazi do prenosa punog prava. *Treuhänder* ne stiče nikakav stvarnopravni položaj, nego stiče položaj upravitelja, dok vlasništvo ostaje kod *Treugebera*, ili eventualno trećeg lica kao beneficijara. Ova konstrukcija se bazira na ideji koja stoji iza germanskog *Treuhanda* u smislu prenosa onoliko pravne moći na *Treugebera* koliko odgovara svrsi *Treuhanda* i koliko je neophodno za njeno ostvarenje,⁴² ali je uklopljena u pozitivnopravne okvire. U velikom broju slučajeva se smatra da je sasvim dovoljno da se *Treuhänder* stavi u poziciju da može samostalno tj. u vlastito ime upravljati i raspolagati *Treugutom* bez prenosa punog prava. Iza teorije o ovlaštenju (*Ermächtigung*) stoji ideja o prenosu formalne legitimacije umjesto prenosa samog prava – u većini

³¹ U daljem tekstu će biti upotrebljavan izraz romanski *Treuhand* naročito s obzirom na suprotstavljanje u odnosu na tzv. germanski *Treuhand*, ali i s obzirom na to da se kod izraza fiducijarni *Treuhand* zapravo radi o tautologiji.

³² M. Umlauf, 'Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht', u: Apathy, *Die Treuhandschaft* (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1995) str. 21.

³³ Vidi umjesto mnogih: Martinek, u: Staudinger BGB, Neuberarbeitung, Buch IX, 2006, Vorbemerkungen zu §§ 662 ff, Rn 40.

³⁴ Vidi npr. Ulmer/Schäfer, *Münchener Kommentar zum BGB* 6. Auflage, 2013, § 705, Rn 84; Takoder: Singer u: Staudinger BGB, Neubearbeitung, Buch XII, 2012, § 117, Rn 20. Za Austriju vidi: Strasser u: Rummel (Hrsg.), *Kommentar zum ABGB*, 2000, komentar uz § 1002, Rn 42a-c.

³⁵ H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 85.

³⁶ W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 10.

³⁷ Vidi W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 44. i dalje.

³⁸ V. Thurnher, *op. cit.*, fn 15, str. 25.

³⁹ Vidi: W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 44.

⁴⁰ Vidi umjesto mnogih: Strasser, u: Rummel, *Kommentar zum ABGB*, 3. Auflage, 1. Band, Wien 2000, § 1002, Rz 42.

⁴¹ Vidi M. Henssler, 'Treuhändgeschäft, Dogmatik und Wirklichkeit', *Archiv für die civilistische Praxis*, 196. Bd., H.1/2, (1999), str. 45.

⁴² Vidi W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 232.

slučajeva je dovoljan i sam posjed.⁴³ Materijalnopravnu podlogu pri tome čini odredba člana 185. st. 1. BGB, prema kojoj je raspolaganje neovlaštenog lica pravno valjano ukoliko je uslijedilo uz pristanak ovlaštenog lica.⁴⁴ U tom smislu se smatra da kod ove vrste *Treuhand* titular prava ne prenosi pravo u cijelosti, ali prenosi dio ovlaštenja koja obuhvata njegovo pravo. Također može prenijeti i samo vršenje prava na *Treuhändera*.

Ovaj oblik *Treuhand* ima svoju primjenu u praksi, iako je to polje primjene daleko uže⁴⁵ u odnosu na romanski *Treuhand*. *Ermächtigungstreuhänd* igra određenu praktičnu ulogu naročito u oblasti prava vrijednosnih papira i dionica, premda nije ograničen samo na te oblasti.⁴⁶

II.4. Punomoćnički *Treuhand* (*Vollmachtstreuhänd*)

Dok se prethodno navedene tri temeljne konstrukcije *Treuhand* u literaturi uglavnom ističu kao postojeće u okviru germanskog pravnog područja, neki autori ističu još jednu konstrukciju *Treuhand* u vidu tzv. punomoćničkog *Treuhand*.

Treuhänder kod ovog oblika *Treuhand* djeluje na osnovu punomoći koja je u pravilu neopoziva. Većina u njemačkoj doktrini kod ovog oblika ne vidi odnos *Treuhand*. S tim se treba složiti. Nema sumnje da se i ovdje radi o fiducijarnom odnosu, ali treba razlikovati fiducijarni odnos od odnosa *Treuhand*. Punomoćnički *Treuhand* neće biti dalje uobziren u okviru ovog rada.

Jednostavnije bi možda bilo u pogledu pravnog položaja *Treuhändera* razlikovati između samo dvije kategorije *Treuhand* – one kod koje dolazi do prenosa prava u cijelosti (*Vollrechtsübertragung*), što je slučaj kod romanskog *Treuhand*, i kod inačice germanskog *Treuhand* kod kojeg je pravo preneseno pod raskidnim uvjetom s jedne strane, i one kod koje ne dolazi do prenosa prava na *Treuhändera*, što obuhvata oblik germanskog *Treuhand* koji se temelji samo na ovlaštenju (*Ermächtigung*), koji bi onda obuhvatio i ovlašćujući *Treuhand* s druge strane. *Treuhand* koji se bazira na neopozivoj punomoći (*Vollmachtstreuhänd*) uopće ne bi trebalo smatrati *Treuhandom*, ni u njemačkoj doktrini, nego u najbolju ruku kao odnos sličan *Treuhandu*, (*Treuhändähnlich*)⁴⁷, iako se postavlja pitanje šta se dobija takvom kvalifikacijom.

II.5. Dalja kategorizacija *Treuhand*

Pored navedenih konstrukcija *Treuhand* koje su nastale zbog različitog shvatanja pravnog položaja *Treuhändera* u odnosu na *Treugut*, u doktrini postoji još

široki spektar kategorija *Treuhand* prema različitim kriterijima razlikovanja.

II.5.1. *Treuhand* u korist trećeg i u vlastitu korist (*Fremdnützige und Eigennützige Treuhänd*)

Ovo razlikovanje je nastalo prema kriteriju pretežnog interesa u čijem je zasnovan odnos *Treuhand* i to iz perspektive *Treuhändera*. Ukoliko je *Treuhand* zasnovan (pretežno) u korist *Treugebera* ili trećih lica, govorimo o *Treuhandu* u korist trećeg, dok o *Treuhandu* u vlastitu korist govorimo kada *Treuhand* postoji pretežno u interesu *Treuhändera*. Najprominentniji primjer je *Treuhand* u svrhu osiguranja s *Treuhänderom* kao povjeriocem. Činjenica da *Treuhänder* dobija naknadu za obavljanje svoje funkcije nije dovoljna da bi se određeni *Treuhand* odnos karakterizirao kao *Treuhand* u korist *Treuhändera*. Kada je *Treuhand* zasnovan u korist mnoštva trećih lica razlikujemo da li oni međusobno imaju iste interese, ili *Treuhänder* mora djelovati u interesu dviju ili više suprotstavljenih strana – poput povjerioca i dužnika. U prvom slučaju se govori o jednostranom *Treuhandu* u korist trećeg (*einseitige uneigennützige Treuhänd*), a u drugom o dvostranom ili višestranom *Treuhandu* u korist trećeg (*doppelseitige ili mehrseitige uneigennützige Treuhänd*).⁴⁸

II.5.2. *Treuhand* u svrhu upravljanja (*Verwaltungstreuhänd*) i *Treuhand* u svrhu osiguranja (*Sicherungstreuhänd*)

Ovakvo razlikovanje prema cilju u kojem je *Treuhand* pretežno uspostavljen, odnosno prema funkciji koju *Treuhand* vrši, suprotstavlja s jedne strane *Treuhand* koji se zasniva kako bi *Treuhänder* upravljao (i raspolagao) tuđom imovinom – *Treugutom* i *Treuhand* koji služi kao sredstvo osiguranja potraživanja koje *Treuhänder* ima prema *Treugeberu* i podsjeća na razlikovanje u rimskom pravu između fiducije *cum amico* i fiducije *cum creditore contracta*.⁴⁹ Najčešće će prvi oblik biti ujedno i pretežno u tuđem interesu, a drugi u interesu *Treuhändera*, tj. kao vrsta *Treuhand* u vlastitu korist, mada to ne mora nužno biti slučaj. S funkcionalnog aspekta je *Treuhand* u svrhu osiguranja u regionu privukao značajnu pažnju u okviru reformi prava osiguranja kredita kao jedne od prioritetnih reformi u okviru transformacije pravnog sistema. O pitanju potrebe uvođenja tzv. fiducijarnog prenosa vlasništva i karakteristikama i inačicama ovog instituta u regionu je već dosta pisano, pa i u ovom časopisu, zbog čega ćemo se u ovom radu fokusirati na *Treuhand* u svrhu upravljanja.

⁴³ W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 234.

⁴⁴ Vidi umjesto mnogih: Dörner, Komentar uz § 185, u: Schulze u.a., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. Auflage, 2012, Rn 1–15.

⁴⁵ Neke razloge zbog čega je ovaj oblik *Treuhand* neprivilčan za pravnu praksu navodi Umlauf, u: M. Umlauf, *loc. cit.*, fn 32, str. 24–25.

⁴⁶ Vidi: Strasser, *op. cit.*, fn 34, Rz 42.

⁴⁷ Tako Henssler, *op. cit.*, fn 41, str. 42.

⁴⁸ Detaljnije umjesto mnogih: Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Auflage, 2012, komentar uz § 358, Rn 12.

⁴⁹ Nedavno uvedeni institut *fiducie* u francuskom pravu također postoji u osnovna dva oblika – kao fiducije u svrhe upravljanja *fiducie g estion* i u svrhu osiguranja *fiducie s uret *.

II.5.3. Otvoreni i prikriveni *Treuhand* (*offene und verdeckte Treuhand*)

Kada *Treuhänder* prema vanjskom svijetu nastupa otvoreno, govorimo o otvorenom *Treuhandu*, a kada ta okolnost prema vanjskom svijetu nije poznata, govorimo o prikrivenom *Treuhandu*. Često se romanski *Treuhand* izjednačava s prikrivenim zbog punopravne pozicije *Treuhändera* prema vanjskom svijetu, dok se ovlašćujući identificira s otvorenim *Treuhandom*. To nije pouzdan kriterij razlikovanja. Moguće je da je kod romanskog *Treuhanda* prema vani poznato da *Treuhänder* djeluje u tom svojstvu⁵⁰. Osim toga, mogućnost da *Treuhand*-odnos bude poznat uskom krugu trećih lica, dok je skriven široj javnosti, relativizira relevantnost ove podjele. Činjenica da *Treuhand* nije obznanjen prema vanjskom svijetu ne znači da je takav *Treuhand* ujedno i povezan s određenim zabranjenim odnosno nemoralnim namjerama. Postoje legitimni ciljevi koji se žele postići na ovaj način.⁵¹

II.5.4. Pravi i nepravi *Treuhand* (*echte und unechte Treuhand*)

Na ovu dihotomiju se često nailazi u literaturi, pri čemu se koristi u različitom značenju. Također se ovo razlikovanje uglavnom poistovjećuje s *Treuhandom* u užem i *Treuhandom* u širem smislu. Jako često se kao pravi *Treuhand*, odnosno *Treuhand* u užem smislu označava romanski *Treuhand* naspram *Ermächtigungstreuhands* i *Vollmachtstreuhanda* koji su oblici nepravog *Treuhanda* odnosno *Treuhanda* u širem smislu,⁵² što ustvari samo one oblike *Treuhanda* kod kojih dolazi do prenosa prava u smislu singularne translative sukcesije čini pravim *Treuhandom*. Pri tome je ovo razlikovanje nastalo u vezi s pitanjem izlučnog prava *Treugebera* u odnosu na *Treugut* u slučaju stečaja *Treuhändera*. Kriterij razlikovanja predstavlja tzv. princip neposrednosti – *Unmittelbarkeitsprinzip* (vidi *infra*). Pravim *Treuhandom* odnosno *Treuhandom* u užem smislu se tako naziva samo onaj *Treuhand* kod kojeg *Treugeber* ima izlučno pravo, a to je slučaj samo ako je *Treugut* neposredno prenesen od *Treugebera* na *Treuhändera*. Ukoliko prenos nije uslijedio neposredno, u pravilu njemačka sudska praksa ne priznaje mogućnost izlučenja⁵³, pa govorimo o nepravom *Treuhandu* odnosno *Treuhandu* u širem smislu.⁵⁴

⁵⁰ H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 91.

⁵¹ Vidi Umlauf, *op. cit.*, fn 32, str. 25.

⁵² Vidi npr. Reichert/Weller, u: Münchener Kommentar zum GmbH G, 1. Auflage, (C. H. Beck, München, 2010) komentar uz § 15., Rn 199–203.

⁵³ U međuvremenu postoji niz priznatih izuzetaka od ovog pravila koji će biti predstavljeni kasnije u tekstu.

⁵⁴ Sudska praksa je određenjem pojma *Treuhanda* u užem smislu i insistiranjem na principu neposrednosti nastojala spriječiti nekontrolirano širenje pojma *Treuhanda* i odnosa koji uključuju *Treuhand*. Detaljno o ovom razvoju: W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 204–211.

III. Pravni položaj *Treugebera* i *Treuhändera*

Jedno od najkritičnijih pitanja njemačke *Treuhand*-doktrine je pitanje pravnog položaja involviranih stranaka, a naročito *Treugebera* koji u njemačkom pravu u pravilu zauzima položaj beneficijara. U odnosu na ovo pitanje se ne razlikuju samo romanska i germanska konstrukcija *Treuhanda*, nego se i kod romanskog *Treuhanda*, koji je ustvari praktično najrelevantniji oblik *Treuhanda*, u pogledu položaja *Treugebera* postavljaju brojna pitanja. U pogledu ovog pitanja se i značajno razlikuju stavovi doktrine u Njemačkoj, Austriji i Švicarskoj, što je dovelo do bitno različitog razvoja *Treuhand*-doktrine u ovim zemljama po navedenom pitanju, unatoč istoj polaznoj osnovi i sličnim stavovima po drugim pitanjima u vezi s *Treuhandom*.⁵⁵

Pravni položaj *Treugebera* kod fiducijarnog odnosno romanskog *Treuhanda* uglavnom određuje činjenica da između njega i *Treuhändera* zaključeni *pactum fiduciae* (*Treuhandabrede*) ima isključivo obligacionopravna dejstva, te on ni prema nesavjesnim sticaocima *Treuguta* ne može isticati nikakve zahtjeve, nego se mora obratiti *Treuhänderu* za naknadu štete. Generalno se težište cjelokupnog odnosa *Treuhanda* stavlja na stvarnopravni položaj *Treuhändera*, a ne toliko na njegove obaveze.⁵⁶ Većina autora ovo rješenje smatra nezadovoljavajućim, s obzirom na nizak stepen zaštite *Treugebera*.⁵⁷ U tom smislu su u praksi nastala rješenja koja u određenim situacijama štite *Treugebera* i djeluju i prema trećim, iako je, naročito u Njemačkoj, teško formulirati opće pravilo, a da ono ne odaje dojam arbitrarnosti.

U pravilu se, uz ispunjenje određenih uslova, *Treugut* posmatra kao posebna imovina (*Sondervermögen*)⁵⁸ i *Treugeberu* se priznaje izlučno pravo nad *Treugutom* u slučaju stečaja *Treuhändera*, i pravo na prigovor ukoliko bi povjerilac *Treuhändera* odredio sastavni dio *Treuguta* kao predmet izvršenja. Ipak, i ovdje postoje značajne razlike. Dok austrijska sudska praksa, a što je uveliko i stav doktrine,⁵⁹ prihvata mogućnost izlučenja općenito, bez obzira na način na koji je *Treuhänder* stekao *Treugut* i bez

⁵⁵ Prikaz osnovnih crta uređenja *Treuhanda* u Austriji i Švicarskoj, iz čega proizlaze i osnovne razlike u odnosu na njemačko pravo daje H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 216 i dalje.

⁵⁶ Vidi: H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 40.

⁵⁷ W. Kastner, *op. cit.*, fn 2, str. 179.

⁵⁸ U Švicarskoj strogo vrijedi princip jedinstva imovine, pa se ne pravi razlika između imovine koja predstavlja *Treugut* i ostale imovine *Treuhändera*. *Treugut* zbog toga načelno ne predstavlja posebnu imovinu. Vidi Eichner, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand* (Basel, 2007), str. 91–92. Izuzeci postoje u slučajevima profesionalnih *Treuhändera*, gdje se priznaje odvojenost imovinskih masa. M. Eichner, *op. cit.*, str. 93–97.

⁵⁹ W. Kastner, *op. cit.*, fn 2, str. 182. Thurnher, *op. cit.*, fn 15, str. 57; J. Wühl, 'Der Trust im österreichischen Internationalen Privatrecht', 01, ZfRV, (2013), str. 23.

obzira na to da li je povjeriocima *Treuhand* bio poznat ili nije, prihvatajući time i princip subrogacije⁶⁰ ukoliko je zadovoljen zahtjev određenosti⁶¹, njemačka⁶² i švicarska sudska praksa su od iste polazne osnove razvile drugačija rješenja, koja se međusobno bitno razlikuju prvenstveno u zavisnosti od načina na koji je *Treugeber* stekao *Treugut*.

Najrestriktivniji stav u pogledu zaštite *Treugebera* zauzima švicarska praksa koju u velikoj mjeri slijedi i teorija. To proizlazi iz strogog shvatanja prenosa prava vlasništva na *Treuhändera* i njegove čisto obligacionopravne vezanosti za *Treuhandabrede*. *Treugeberu* se na *Treugutu* jako dugo vremena nisu priznavala nikakva ovlaštenja stvarnopravnog ili kvazistvarnopravnog karaktera, pa time ni pravo izlučenja *Treuguta* u stečaju *Treuhändera*, time strogo odbacujući razlikovanje ekonomskog i formalnopravnog vlasništva koje se još uvijek nalazi u nekim sudskim odlukama njemačkih sudova.⁶³ Položaj *Treugebera* je za razliku od strogog općeg režima u posljednjih nekoliko decenija popravljen punktualnom regulacijom posebnih slučajeva u posebnim propisima poput Zakona o bankama⁶⁴ ili Zakona o kolektivnom investiranju⁶⁵.⁶⁶ Tek se pedesetih godina 20. vijeka ovaj stav sudske prakse ublažio, te se pod određenim okolnostima priznaje pravo izlučenja *Treuguta* u stečaju *Treuhändera*, što će još biti predstavljeno u kontrastu prema rješenju u Njemačkoj.

Iako je prvobitno njemačka sudska praksa priznavala opće izlučno pravo, njemački *Reichsgericht* je⁶⁷, iz straha da će se mogućnost izlučenja nekontrolirano širiti i na druge slučajeve, poput posrednog zastupanja⁶⁸, razvio

princip neposrednosti (*Unmittelbarkeitsprinzip*), prema kojem *Treugut* predstavlja samo ono što je *Treuhänder* stekao neposredno od *Treugebera*. Sve što je *Treuhänder* stekao od trećih lica u zamjenu za *Treugut*, više se ne smatra *Treugutom* i ne postoji mogućnost izlučenja, odnosno prigovora protiv izvršenja. Direktno povezano s ovim principom je i pitanje subrogacije. Logično je, da prihvatanje načela neposrednosti ima za posljedicu neprihvatanje subrogacije, zbog čega u njemačkom pravu u odnosu na *Treuhand* vrijedi zabrana subrogacije (*Surrogationsverbot*).

Situacija koja je nastala u Švicarskoj je upravo suprotna, te se pravo izlučenja odnosi samo na one stvari⁶⁹ i prava koja su stečena od trećih lica, a ne direktno od *Treugebera*,⁷⁰ pa u poređenju s Njemačkom možemo govoriti o principu posrednosti⁷¹. Izlučno pravo postoji samo na surogatima prvobitnog *Treuguta*, što opet ima za posljedicu da je princip subrogacije prihvaćen u švicarskom pravu.

Bilo da je stepen zaštite *Treugebera* širi kao što je to slučaj u Austriji, proširujući pravo izlučenja i prigovora i na surogate *Treuguta*, ili je uži kao u Njemačkoj ili Švicarskoj, ova dejstva je načelno samo ugovornopravnog odnosa *Treuhanda* u okviru ova tri pravna poretka vrlo teško objasniti. U tom smislu postoji cijeli niz manje ili više plauzibilnih pokušaja objašnjenja.⁷² Od onih koji razlikuju između formalnopravnog vlasništva *Treuhändera* i materijalno-ekonomskog vlasništva *Treugebera* što ima za posljedicu da prenos vlasništva na *Treuhändera* nije imao za cilj uvećanje njegove imovine, pa ono ne treba biti dostupno njegovim ličnim povjeriocima⁷³, preko teorije o apsolutiziranju obligacionih prava⁷⁴ odnosno

⁶⁰ Prihodi od *Treuguta* kao i drugi surogati koje je *Treuhänder* stekao umjesto *Treuguta* ili sredstvima *Treuguta* pravnim poslovima u vezi s *Treugutom*, i sami postaju *Treugut*. Vidi npr. odluku Vrhovnog suda Austrije od 17. 6. 1953. godine, prema W. Kastner, *op. cit.*, fn 2, str. 182.

⁶¹ J. Wühl, *op. cit.*, fn 59, str. 23.

⁶² Istini za volju, rješenje koje je do danas prihvaćeno u Njemačkoj je dugo godina vrijedilo i u Austriji, ali je nakon nekog vremena odbačeno.

⁶³ U pogledu razvoja stavova sudske prakse u Švicarskoj vidi: W. Wiegand, *op. cit.*, fn 29, str. 567. i dalje.

⁶⁴ Bankengesetz über die Banken und Sparkassen od 8. novembra 1934. godine, SR 952.02.

⁶⁵ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, SR 951.31.

⁶⁶ Detaljnije o pravima *Treugebera* u kod depo-poslova banaka, fiducijarnih bankovnih računa i u oblasti investicionih fondova vidi: Eichner, *op. cit.*, fn 58, str. 109–114.

⁶⁷ Kasnije je Savezni sud (Bundesgerichtshof) preuzeo stavove *Reichsgerichta*.

⁶⁸ Sud nije bio spreman priznati izlučno pravo zastupanog nad imovinom stečenom od strane posrednog zastupnika, jer njemačko pravo kod ovog oblika zastupanja zahtijeva akt prenosa od zastupnika na zastupanog, kako bi ovaj stekao pravo vlasništva. Priznavanje izlučnog prava zastupanog bi značilo zaobilaznje potrebe prenosa, što se nastojalo izbjeći insistiranim uvođenjem principa neposrednosti, isključujući

time sticanje *Treuguta* od strane trećeg. Vidi detaljnije: H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 46.

⁶⁹ Ovo pravilo se ne odnosi na nekretnine. *Treugeberu* se ne priznaje izlučno pravo u odnosu na nekretnine u stečaju *Treuhändera*. Kritički: W. Wiegand, *op. cit.*, fn 29, str. 590.

⁷⁰ Vidi umjesto mnogih: M. Eichner, *op. cit.*, fn 58, str. 129–131.

⁷¹ Ovo pravilo se u švicarskoj doktrini ne naziva principom posrednosti, nego je u cilju naglašavanja suprotnih stavova u odnosu na njemački princip neposrednosti ovdje tako nazvano.

⁷² U pogledu situacije u Njemačkoj Wiegand kaže kako je njemačka sudska praksa, iako joj to nije imanentno, u slučaju prava *Treugebera* u odnosu na *Treugut* dala prednost rješenju koje se primarno zasniva na zahtjevima pravičnosti, iako ga je teško uklopiti u pozitivnopravna rješenja, dok je njemačka doktrina, sasvim tipično, upregla cjelokupni dogmatski i koncepcijski instrumentarij kako bi to rješenje obrazložila i uklopila u postojeći sistem. W. Wiegand, *op. cit.*, fn 29, str. 591., Löhnig u ovom kontekstu pozivanje pojedinih autora na opće pravne principe, osjećaj pravičnosti ili ekonomsku opravdanost vrlo kritički naziva patetičnim. M. Löhnig, *op. cit.*, fn 15, str. 72.

⁷³ Vidi: H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 44.

⁷⁴ C.-W. Canaris, 'Verdinglichung obligatorischer Rechte', *Festschrift für Werner Flume*, Band I (Köln, 1978) str. 410 i dalje.

prava *Treugebera* kao tzv. kvazistvarnih prava, pa do prostog pozivanja na stalnu sudsku praksu bez posebnog obrazloženja. U konačnici se odista čini da se zaštita *Treugebera* od povjerilaca *Treuhändera* na germanskom pravnom području ne može besprijekorno dogmatski utemeljiti, nego je proizvod sudske prakse koja je u ovim slučajevima tražila rješenje koje uzima u obzir involvirane interese i koje je prvenstveno pravedno, a koje se vremenom razvilo u običajno pravo.⁷⁵

Ograničenja u zavisnosti od pitanja da li je *Treuhänder Treugut* stekao neposredno od *Treugebera* ili od trećeg lica su i u Njemačkoj i u Švicarskoj teoriji predmet kritike. Iako je u starijoj literaturi princip neposrednosti pozdravljan kao posljedica načela publiciteta stvarnih prava⁷⁶, u novije vrijeme se u literaturi princip neposrednosti vehementno odbacuje kao neadekvatan kriterij za razgraničenje mogućnosti izlučenja i predlažu drugi načini razgraničenja ove mogućnosti kod *Treuhanda* u odnosu na nepostojanje te mogućnosti kod posrednog zastupanja. Njemački sud je u međuvremenu u cijelom nizu slučajeva priznao izuzetke od principa neposrednosti⁷⁷, a i u nekim zakonom predviđenim *Treuhand*-odnosima se također ne primjenjuje,⁷⁸ iako princip nikada nije izričito odbačen od strane njemačkog Saveznog suda i načelno još uvijek vrijedi.⁷⁹

Bitno je naglasiti i da sticanje *Treuguta* neposredno od *Treugebera* nije preduslov za postojanje odnosa *Treuhanda* kao takvog, nego samo za mogućnost zaštite od strane povjerilaca *Treuhändera*. Odnosi kod kojih je ispoštovan princip neposrednosti daju izlučno pravo *Treugeberu*, dok drugi to pravo ne daju. Odatle potiče i razlikovanje između pravog i nepravog *Treuhanda* odnosno *Treuhanda* u užem i u širem smislu u njemačkoj teoriji (vidi *supra*).

Činjenica da se uvodi sve više izuzetaka od načela neposrednosti u Njemačkoj, dok se u Švicarskoj, upravo suprotno mogućnost izlučenja ne odnosi na *Treugut* stečen direktno od *Treugebera*, nameće pitanje adekvatnosti

kriterija neposrednog odnosno posrednog sticanja *Treuguta* od strane *Treuhändera*. Ova dva suprotna rješenja koja možemo ocijeniti kao paradoks, upućuju na zaključak prema kojem nije opravdano zaštitu *Treugebera* u stečaju *Treuhändera* ograničavati u zavisnosti od toga da li je stekao *Treugut* neposredno od *Treugebera* ili posredno od trećeg lica. Neki autori kao kriterij predlažu evidentnost odnosno otvorenost odnosa *Treuhanda*.⁸⁰ Pravo izlučenja *Treugebera* bi tako postojalo samo u slučajevima otvorenog *Treuhanda*, a ne i skrivenog *Treuhanda*,⁸¹ pozivajući se na rješenja prihvaćena kod komisija.⁸² Protiv toga govore argumenti odnosno isticanja zahtjeva prema povjeriocima *Treuhändera*.

Smatramo da izlučenje treba dozvoliti uvijek kada je *Treugut* kao takav jasno odvojen od ostale imovine *Treuhändera*. U tom smislu je nužna karakterizacija *Treuguta* kao posebne imovine. Na taj način je moguće opravdati i mogućnost izlučenja bez bespotrebnih proturječnosti.⁸³ S tim u vezi je rješenje koje postoji u Austriji najprihvatljivije. Pri tome je nesporno da se ne može dozvoliti mogućnost izlučenja u svakom slučaju postojanja određenog sporazuma fiducijarnog karaktera, jer bi takvo privatno ugovaranje privilegija dovelo u pitanje efikasnost stečajnog i izvršnog postupka i ugrozilo položaj povjerilaca.⁸⁴

IV. Funkcije *Treuhanda*

S funkcionalnog aspekta najvažnije je razlikovanje *Treuhanda* u svrhu upravljanja imovinom u najširem smislu (*Verwaltungstreuhand*) i *Treuhanda* u svrhu osiguranja potraživanja (*Sicherungstreuhand*). Pokrivajući ova dva vrlo široka polja upotrebe, *Treuhand* ujedno biva gotovo univerzalno upotrebljiv institut.

U svim pravnim sistemima postoji potreba za pravnim mehanizmima koji omogućavaju razdvajanje upravljanja i raspolaganja imovinom od uživanja ekonomske koristi u vidu prihoda i prinosa od te imovine. Ti se ciljevi postižu cijelom lepezom različitih pravnih instrumenata koji se zasnivaju na različitim tehnikama i konstrukcijama, koje u pravilu pokazuju određene, više ili manje izražene karakteristike *Treuhanda*.

Treuhand u svrhu osiguranja (*Sicherungstreuhand*) dovodi se u neposrednu vezu s besposjedovnim sredstvima osiguranja potraživanja i to u pravilu, mada ne nužno, na pokretnim stvarima. Ova funkcija *Treuhanda* je u

⁷⁵ Vidi H. Koetz, *Die Rezeption des Trust im Deutschen Recht* (Hamburg 1963), str. 128, H. Coing, *op. cit.*, fn 11, str. 44.

⁷⁶ W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 194. i dalje.

⁷⁷ Tako se prema stalnoj sudskoj praksi princip neposrednosti ne odnosi na bankovne povjereničke račune, a naročito povjereničke račune karakteristične za određene profesije poput notara i advokata, s obrazloženjem da su ovakvi računi očigledno namijenjeni upravljanju tuđim novcem. Vidi O. Reichard, *op. cit.*, fn 19, str. 172. Također princip neposrednosti ne vrijedi kod prometa nekretnina. *Treugeber* bi svoje pravo morao zabilježiti u zemljišnoj knjizi da bi mogao isticati bilo kakve zahtjeve prema povjeriocima *Treuhändera* koji je vlasnik nekretnine, bez obzira na to da li je ona prenesena na *Treuhändera* posredno ili neposredno. Vidi O. Reichard, *op. cit.*, fn 19, str. 273-274.

⁷⁸ Tako u slučaju postupka oslobađanja ostatka duga (*Restschuld-befreiungsverfahren*), te kod *Treuhanda* u svrhu refinansiranja.

⁷⁹ Reichard govori o prećutnom napuštanju principa neposrednosti od strane Saveznog suda. Vidi: O. Reichard, *op. cit.*, fn 19, str. 179.

⁸⁰ Pozivajući se na analogiju prema kojoj obligaciona prava koja su adekvatno publicirana djeluju i prema trećim licima. Vidi detaljnije: Thurnher, *op. cit.*, fn 15, str. 61. i dalje.

⁸¹ Što bi automatski isključilo mogućnost izlučenja kod posrednog zastupanja.

⁸² Vidi: C.-W. Canaris, *op. cit.*, fn 74, str. 413.

⁸³ Za ovo rješenje u Švicarskoj zalaže se Eichner, *op. cit.*, fn 58, str. 133.

⁸⁴ Tako i Eichner, *op. cit.*, fn 58, str. 133.

Njemačkoj izraženija nego u Austriji i Švicarskoj. Upravo je ova funkcija *Treuhand*, odnosno oblici *Treuhand* u svrhu osiguranja i u zemljama u regionu, izazvala određenu pažnju, te je došlo do manje ili više uspješne recepcije pojedinih rješenja. Zbog ograničenosti obima rada osiguravajuća funkcija *Treuhand* neće biti dalje razmatrana.

IV.1. Praktična primjena *Treuhand* u svrhu upravljanja

U pravilu, što je ekonomski razvijenije određeno društvo, to su razrađeniji i diverzificiraniji mehanizmi upravljanja tuđom imovinom. Ekonomska potreba za upravljanjem od strane treće osobe nastaje tek u slučaju imovine znatnije vrijednosti i biva sve izraženija što je ta imovina kompliciranije strukture⁸⁵, naravno zanemarujući na ovom mjestu cjelokupnu problematiku vezanu za imovinsku komponentu starateljstva nad maloljetnicima i osobama kojima je ograničena odnosno oduzeta poslovna sposobnost.

Razlozi iz kojih se pribjegava upotrebi pravnih mehanizama koji omogućavaju upravljanje imovinom od strane jedne osobe, a u korist trećeg, mogu biti vrlo različiti. Od objektivne spriječenosti vlasnika imovine da se sam stara o ostvarenju svojih interesa, do subjektivnih razloga nesposobnosti, neiskustva i nedovoljnog poznavanja tržišnih prilika, ili objektivne nemogućnosti pristupa određenom tržištu, posebno imajući u vidu investicijske poslove. Osobe boljeg imovinskog stanja će htjeti za života na optimalan način održati i po mogućnosti uvećati vrijednost svoje imovine, a poslije svoje smrti imovinski obezbijediti članove svoje porodice, nerijetko želeći očuvati imovinu kao cjelinu i onemogućiti, makar privremeno, sticaoce te imovine da njome slobodno raspoložu. Nekad će vlasnik imovine željeti tu imovinu još za života ili pak za slučaj smrti posvetiti u određene svrhe – privatne ili javne, opet postižući efekat njenog dugoročnog vezivanja odnosno sprečavanja njene podjele.

Često iza upotrebe ovakvih mehanizama stoji nastojanje da se olakša, odnosno pojednostavi i racionalizira upravljanje imovinom u korist mnoštva titulara, ali i da se obezbijedi nepristrasno upravljanje tom imovinom u slučaju suprotnih interesa nekolicine titulara.⁸⁶ Svakako se navedeni motivi i okolnosti u praksi često i preklapaju.

Treuhand u svrhu upravljanja igra ulogu kao sredstvo upravljanja u komercijalnom kontekstu kao i izvan njega, kao instrument za upravljanje porodičnom imovinom i njeno dugoročno vezivanje tokom više generacija – tzv.

planiranje imovine (*estate planning, Vermögensplanung*), s težištem na planiranju imovine aktima dobroćinog raspolaganja. Planiranje imovine za slučaj smrti uglavnom počinje već za života vlasnika te imovine i pretpostavlja kombiniranje različitih instrumenata *inter vivos* i *mortis causa*. Kako se ne radi samo o nasljednopravnim kategorijama, planiranje imovine treba posmatrati kao interdisciplinarnu kategoriju.

Drugu veliku skupinu upotrebe *Treuhand* u svrhu upravljanja treba posmatrati u komercijalnom kontekstu kao instrumenta poslovanja u smislu mehanizma za organiziranje određene poslovne djelatnosti kao alternativu korporacijskom rješenju koje također omogućava efekte segregacije imovine odnosno ograničavanja odgovornosti, ili pak ostvarivanja određenih poslovnih ciljeva, očuvanja i uvećanja imovine. U ovom kontekstu posebno mjesto zauzimaju različiti oblici individualnog i kolektivnog investiranja – prvenstveno načinima ustrojstva i funkcioniranja različitih fondova, skrbnički bankarski poslovi i povjerenički računi.

Osim u navedenim kontekstima *Treuhand* se kao sredstvo upravljanja upotrebljava i u cilju pojednostavljenja odnosa mnoštva titulara i posredovanja odnosno balansiranja između više vlasnika imovine ili generalno involviranih subjekata, čiji interesi nekad mogu biti suprotstavljeni. U tom smislu *Treuhand* nudi pogodno rješenje za organiziranje klubova, društava, asocijacija i komora koji nemaju status pravnih lica i ne mogu biti samostalni titulari imovine. Na *Treuhand*-modelu mogu se zasnivati i *timesharing* aranžmani. Kolektivno ostvarivanje autorskih prava u smislu uređenja odnosa između autora, kolektivne organizacije i korisnika prava se također vrlo jednostavno mogu urediti uz pomoć *Treuhand*-konstrukcije.

Ne treba zanemariti ni upotrebu *Treuhand* kao sredstva upravljanja, ali u okviru operacija osiguranja potraživanja u smislu sredstva koje omogućava centralizaciju različitih sredstava osiguranja potraživanja i njihovog upravljanja i eventualne realizacije (*poolovi*) u rukama jednog titulara u korist mnoštva povjerilaca. Ovdje se na izvjestan način preklapaju prethodno navedene funkcije trusta – funkcija upravljanja i funkcija osiguranja. Ovaj aspekt upotrebe *Treuhand* na ovom mjestu neće biti razmatran.

Ako zamislimo *Treuhand* kao svojevrstni odnos supstitucije, tj. *Treuhändera* kao *alter ego Treugebera*, jasno je da bi *Treuhänder* trebao biti snabdjeven jednim dovoljno jakim pravnim položajem da bi tu svoju ulogu uspješno ispunio. U tom smislu se kao najsvrsishodniji nameće romanski *Treuhand* gdje dolazi do punog prenosa prava na *Treuhändera* uz njegovo samo obligacionopravno ograničenje svrhom tog prenosa. Ovako jak položaj *Treuhändera*, iako je svrsishodan, za *Treugebera* krije veliki stepen rizika. Zbog toga je za uspješan *Treuhand*-odnos ključan balans između dovoljno jakog pravnog položaja *Treuhändera* s jedne i dovoljno jake zaštite *Treugebera* s druge strane. Pukim obligacionopravnim mehanizmima je

⁸⁵ Odvajanje vlasništva od upravljanja određenom imovinom prvenstveno je nastalo s pojavom dioničkih društava, ali je uporedo s ekonomskim razvojem i razvojem finansijskog tržišta, te koncentracijom imovine došlo do "eksplozije" pravnih figura koje se u osnovi baziraju na odvajanju vlasništva nad određenom imovinom od upravljanja tom imovinom.

⁸⁶ W. Siebert, *op. cit.*, fn 4, str. 29.

ovaj cilj teško postići. Potrebno je dodatno ojačati položaj *Treugebera* na *Treugutu*, a ne sputavajući time istovremeno prostor za djelovanje *Treuhändera*. U njemačkom pravu s obzirom na razuđen pojam *Treuhanda* s jedne i na djelovanje principa neposrednosti s druge strane, nije nađeno optimalno rješenje. U ovom kontekstu najefikasnije rješenje, koje je pri tome teško provodivo u kontinentalnim pravnim sistemima, imaju zemlje *common law* pravnog kruga u pogledu uređenja instituta trusta. U najkraćem i pojednostavljeno rečeno se ovaj balans u *common lawu* i iz toga proizlazeća velika praktična upotrebljivost trusta i njegova privlačnost sve većem broju pravnih sistema izvan *common law* pravnog kruga, postiže ne toliko priznavanjem stvarnopravnog položaja kako *trusteeju* kao vlasniku trust funda *at law*, tako i beneficijaru, kao vlasniku *in equity*, nego odatle proizlazećom segregacijom imovine.⁸⁷ *Trust fund* naime čini posebnu imovinsku masu, odvojenu od ostale imovine *trusteeja*, na koji način ona biva zaštićena od njegovih povjerilaca u njegovom ličnom kapacitetu, zahtjeva nasljednika i bračnog partnera. Osim toga, *trustee* u vršenju svoje funkcije podliježe sudskom nadzoru i dužan je pridržavati se cijelog seta vrlo kompleksnih i detaljno razrađenih pravila poznatih pod nazivom *fiduciary law*.⁸⁸

Neki su kontinentalni pravni sistemi nastojali kroz posebnu zakonodavnu intervenciju imitirati ova segregacijska dejstva *common law* trusta. Takva je situacija npr. u Francuskoj.⁸⁹ Bez izričite zakonske regulacije je vrlo teško konstruirati ove efekte trusta pukim pravilima tumačenja.

V. *Treuhand*-odnosi u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini su kako *Treuhand* strukture, tako i *trust* strukture načelno nepoznate. Ipak je i u našem pravu moguće identificirati nekoliko odnosa koji pokazuju karakteristike *Treuhanda* odnosno *trusta*, a da je ta činjenica ostala u velikoj mjeri neprepoznata i nije

rezultirala ni razvojem domaće doktrine niti posebnog bosanskohercegovačkog ekvivalenta *Treuhandu* odnosno *trustu*.

Uvođenjem notarijata u pravni sistem Bosne i Hercegovine, a što se desilo pod velikim uticajem njemačkog prava, uvedena je kategorija tzv. notarskih povjereničkih računa za drugoga. Povjerenički računi kao šira kategorija su po pravnoj prirodi bliski skrbničkim računima⁹⁰, pri čemu banka kod koje se vodi povjerenički račun igra daleko pasivniju ulogu u odnosu na banku skrbnika u okviru skrbničkih poslova. Povjerenički račun je poseban tip računa otvorenog kod banke u cilju uplate sredstava koja vlasniku računa povjeravaju treća lica. Ne radi se o vlastitom računu imaoća računa, nego o računu za drugoga. Povjerenički odnos pri tome ne nastaje između banke i vlasnika računa, nego između vlasnika računa (povjerenika) i trećeg lica (povjerioca) koje vrši uplate na račun, dok banka kod koje se račun vodi samo stvara tehničke pretpostavke za odvijanje transakcije.

U njemačkom pravu se povjerenički račun (*Treuhandkonto*) smatra posebnom varijantom *Treuhanda* u svrhu upravljanja.⁹¹ I kod povjereničkog računa je u njemačkom pravu moguća konstrukcija koja se bazira na romanskom odnosno fiducijarnom *Treuhandu*, kao i ona koja se bazira na ovlaštenju (*Ermächtigung*), premda je u praksi daleko češća konstrukcija bazirana na punopravnom prenosu.⁹² Povjerenički računi u uporednom pravu postoje generalno kao tip bankovnog računa pored vlastitih računa i drugih vrsta bankovnih računa, dok je kod nas regulacija povjereničkih računa izostala i ovaj tip računa se izričito spominje samo u kontekstu notarskog povjereničkog računa (*infra*), što je samo jedna podvrsta povjereničkog računa.

Pri tome, pored potrebe za uspostavljanjem povjereničkih računa u korist pojedinih slobodnih profesija poput notarske, postoji potreba za povjereničkim računima općenito. U praksi ova potreba postoji npr. u slučaju najma odnosno zakupa, gdje najmodavac/zakupodavac primi određenu svotu kao kauciju od strane najmoprimca/zakupac koji, ukoliko je ispoštovan ugovor, ima pravo na povrat kaucije po okončanju ugovornog odnosa. Iako ne bi trebalo biti sporno da najmoprimac/zakupac može isticati prigovor ukoliko bi povjerioci najmodavca/zakupodavca zahtijevali izvršenje nad iznosom kaucije, svrsishodnije bi bilo u ovom slučaju da jedna od ugovornih strana ovaj iznos drži odvojeno na posebnom povjereničkom računu za drugoga.⁹³

⁸⁷ Hansmann/Mattei, 'The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis', 73, N.Y.U.L. Rev., (1998); K. Reid, 'National Report for Schottland', u: Kortmann et al., *Towards an EU Directive on Protected Funds* (Kluwer, 2009); Ch. Ho, 'Trusts: the essentials', u: Smith (ed.), *The Worlds of the Trust* (Cambridge, 2013).

⁸⁸ T. Frankel, 'Fiduciary Law', 71 Calif. L. Rev., (1983), str. 795 i dalje, McCamus, 'The Evolving Role of Fiduciary Obligation', in: Meredith Lectures (1998–1999), dostupno na internetu: [https://apps.osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/44C2CA2A5B742EB3852571BE00533814/\\$FILE/The%20Evolving%20Role%20of%20Fiduciary%20Obligation.pdf](https://apps.osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/44C2CA2A5B742EB3852571BE00533814/$FILE/The%20Evolving%20Role%20of%20Fiduciary%20Obligation.pdf) (april 2015. godine), str. 171. i dalje.

⁸⁹ Iz člana 2011. Code civilea proizlazi da dolazi do punog prenosa imovine na *fiduciaire*, koji postaje titular dvaju odvojenih imovinskih masa. Imovina obuhvaćena *fiducie* odnosom se smatra posebnom imovinom – *patrimoine d'affectation*. Neki autori su pravo *fiduciaire* smatrali nekim posebnim iz vlasništva izvedenim stvarnim pravom, s obzirom na ograničenost njegovih ovlaštenja u obimu i u trajanju. Vidi detaljniji prikaz kritičkih stavova: O. Reichard, *op. cit.*, fn 19, str. 144–152.

⁹⁰ Detaljno o skrbničkim poslovima vidi: H. Markovinović/N. Tepes, 'Skrbnništvo nad vrijednosnim papirima', 44, *Zbornik susreta pravnika u gospodarstvu*, (Opatija, 2011).

⁹¹ Servatius u: Langenbucher et al. (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar*, 1. Auflage, (C. H. Beck, Muenchen, 2013), str. 2139.

⁹² Servatius, *op. cit.*, fn 91, str. 2140.

⁹³ Vidi i: P. Miladin, 'Bankarski računi pravnih i fizičkih osoba', 44, *Pravo u gospodarstvu* (2005), str. 151.

Škaskljivo pitanje koje zahtijeva vrlo oprezan pristup je svakako pitanje zloupotrebe mehanizma povjereničkih računa, što govori u korist ograničavanja ove vrste računa na određene profesije. Široka upotreba povjereničkih računa bi, s obzirom na privilegirani položaj u stečaju i izvršnom postupku, mogla predstavljati sredstvo za izigravanje povjerilaca. S tim u vezi je neophodno uspostaviti odgovarajuće mehanizme kontrole.

U uporednom pravu, npr. u Njemačkoj, Austriji i Švicarskoj, povjerenički račun može biti otvoreni i prikriiveni, u zavisnosti od toga da li je banka znala odnosno morala znati da su sredstva na računu vlasnika povjereničkog računa položena za trećega ili je ova činjenica banci nepoznata. Tada bi se prema vani radilo o klasičnom tj. vlastitom bankovnom računu na ime njegovog vlasnika, a samo bi se u internom odnosu položeni novac imao smatrati kao predmet *Treuhand*. U njemačkom pravu se i u ovom slučaju položeni novac smatra *Treugutom* u smislu posebne imovine⁹⁴ i daje *Treugeberu* izlučno pravo u slučaju *Treuhänderovog* stečaja, te prigovor protiv izvršenja. Čak je djelovanje principa neposrednosti u njemačkoj praksi oslabljeno u odnosu na *Treuhandkonto*, pa se *Treugutom* u smislu privilegiranog zaštićenog položaja smatraju i uplate trećih lica, pod uslovom da se radi o otvorenom računu koji je namijenjen isključivo polaganju povjerenog novca.⁹⁵

Povjerenički račun ne bi trebao izgubiti ovaj karakter ni u slučaju da pored sredstava koja su na njemu položena za račun trećega, na njega budu uplaćena i sredstva vlasnika računa i na taj način dođe do miješanja. Bitno je da se sredstva mogu razgraničiti. U nedostatku posebne regulative, ovo pitanje je u našem pravu sporno. Ukoliko račun nije označen kao povjerenički, teško je argumentirati u korist posebne zaštite, izvan klasičnih obligacionopravnih mehanizama, lica za koje se drže sredstva na tom računu. S druge strane, u slučaju miješanja sredstava na otvorenom povjereničkom računu, miješanje ne bi trebalo dovesti do gubitka zaštite povjerioca.

Problematičnim se čini i položaj banke u slučaju prikriivenog povjereničkog računa. Naime, banka bi mogla zahtijevati kompenzaciju s potraživanjem koje ona ima prema povjereniku po nekom drugom osnovu. Ukoliko banka zna da se radi o povjereničkom računu, ovakvo postupanje bi se argumentirano moglo isključiti. Međutim, ukoliko je banci povjerenički odnos između povjerenika i povjerenika ostao nepoznat, ovakav zahtjev banke morao bi se smatrati opravdanim, što ugrožava pravni položaj povjerenika.⁹⁶ Pitanje je i da li banka može kompenzirati potraživanje koje ima prema povjereniku s njegovim potraživanjem prema banci po osnovu povjereničkog računa. U ovom slučaju bi se zahtjev banke morao smatrati

opravdanim, jer bi u suprotnom položaj banke u ovom slučaju bio značajno nepovoljniji.⁹⁷

Samo podvrstu povjereničkog računa predstavlja tzv. račun za drugoga (*Anderkonto*) koji se uspostavlja za pripadnike pojedinih slobodnih profesija poput advokata, notara, poreskih savjetnika i sl., kod kojih postoji potreba za čuvanjem tuđeg novca. U pravilu se za svaku profesiju donose posebni opći uslovi poslovanja kojima se uređuje ovaj tip računa.⁹⁸ *Anderkonto* je uvijek otvorenog tipa i bazira se na punopravnom prenosu tj. romanskom *Treuhandu*. Izvan pripadnika određenih profesija koje stoje pod posebnim nadzorom, *Anderkonto* se ne može otvoriti, ali može *Treuhandkonto*.

U BiH je upravo ovaj tip povjereničkih računa uvođenjem notarske profesije postao aktuelan u praksi i predmet je posebne, premda vrlo skromne regulacije u našem pravu. Jedino propisi o notarima predviđaju da notar može preuzeti na čuvanje gotov novac, mjenice, čekove, obveznice i druge vrijednosne papire koje je on dužan čuvati odvojeno od svog novca i vrijednosnih papira. Novac je obavezan čuvati na posebnom računu kod neke finansijske organizacije, a zakoni izričito propisuju da taj novac ne može služiti za namirenje ličnih povjerilaca notara u slučaju da se protiv njega pokrene izvršni postupak.⁹⁹ Izostala je odredba prema kojoj novac i vrijednosni papiri koji se nalaze na povjereničkom računu ne ulaze u stečajnu masu, što je posljedica činjenice da u našem pravu nije moguć stečaj notara jer on nema status pravnog lica. Postupanje suprotno odredbama o odvojenom čuvanju novca i vrijednosnih papira za sobom povlači odgovornost notara za povredu službene dužnosti¹⁰⁰, što podrazumijeva odgovornost za štetu i disciplinsku odgovornost¹⁰¹. Notar može otvoriti jedan ili više povjereničkih računa za druge osobe o čemu on vodi posebnu evidenciju o svakom pojedinačnom pologu.¹⁰² Kod novčanih pologa na notarskom povjereničkom računu se najčešće radi u iznosu kupoprodajne cijene namijenjene realizaciji ugovora o kupoprodaji nekretnine zaključenog kod notara, pri čemu se može raditi i o uplati iznosa kredita i sl. Notar se u ovim situacijama, kao što je to generalno slučaj u okviru postupka notarske obrade, javlja kao povjerenik obiju stranaka i garantira sigurnost transakcije

⁹⁴ Schimansky et al., *Bankrechtshandbuch*, (Verlag C. H. Beck, München, 2007), str. 754.

⁹⁵ Servatius, *op. cit.*, fn 91, str. 2140.

⁹⁶ Tako i: P. Miladin, *op. cit.*, fn 93, str. 152.

⁹⁷ Tako P. Miladin, *op. cit.*, fn 93, str. 152. s uputama na stavove u uporednom pravu, fn. 46.

⁹⁸ Vidi: Servatius, *op. cit.*, fn 91, str. 2143.

⁹⁹ Čl. 113. ZNot FBiH, čl. 109. ZNot RS, čl. 87. ZNot BDBiH.

¹⁰⁰ Čl. 120. tač. 11. ZNot FBiH, čl. 116. tač. 11. ZNot RS, čl. 94. tač. 11 ZNot BDBiH.

¹⁰¹ O odgovornosti notara u našem pravu detaljno: M. Pvlakić, 'Odgovornost notara za prouzrokovanu štetu u obavljanju notarske službe', u: Šarčević (ur.), *Notarijat i pravna država*, (CJP, Sarajevo 2013), str. 87-122.

¹⁰² M. Pvlakić u: Pvlakić et al., *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, (Sarajevo, 2009) komentar uz čl. 114. str. 271.

za sve sudionike, jer stoji u fiducijarnom odnosu kako prema strani koja uplaćuje novac na povjerenički račun, tako i sa stranom kojoj po završetku transakcije treba pripasti položeni iznos.¹⁰³ Novcem s povjereničkog računa može raspolagati isključivo notar i to u skladu s nalogima klijenta koji je uplatio novac na povjerenički račun¹⁰⁴, u pravilu bez ikakve diskrecione moći.

Bitna razlika kod povjereničkog računa u odnosu na skrbništvo leži u tome da se radi o vlasničkom računu, a ne računu za drugoga, kao što je to slučaj kod skrbništva. Notar je kao povjerenik vlasnik računa i sredstava na tom računu, ali ona čine posebnu imovinu, jer su izričito zaštićena od mjera izvršenja protiv notara. Notarska je funkcija svakako specifična služba u okviru koje se obavljaju javna ovlaštenja, zbog čega je predviđen i odgovarajući nadzor nad radom notara. Notar koji svojim poslovnim odnosima i načinom vođenja poslova ugrožava interese stranaka bit će razriješen odlukom nadležnog organa.¹⁰⁵ U tom smislu je rizik zloupotrebe položaja *Treuhändera* od strane notara sveden na minimum, i postignut odgovarajući balans u pogledu pravnog položaja uključenih strana.

S obzirom na jedan tako krupan zahvat, kojeg zakonodavac po svoj prilici nije bio ni svjestan, ovaj odnos je zaslužio detaljniju regulaciju. Iako je i u njemačkom pravu institut *Treuhanda* razvijan *praeter legem*, nesporno je šta se podrazumijeva pod ovim pojmom i koje pravne posljedice on izaziva. U našem pravu je povjerenički odnos po uzoru na njemački *Verwaltungstreuhand* s punopravnim prenosom vlasništva, ograničen samo na ovaj slučaj notarskog povjereničkog računa, ali je time na određeni način probijen led za *Treuhand*-konstrukcije i u drugim kontekstima.

Drugi vid *Treuhand*-odnosa u našem pravu koji je također preuzet iz njemačkog prava potiče iz oblasti kolektivnog ostvarivanja prava autora i titulara srodnih prava. Kolektivno ostvarivanje autorskih i srodnih prava u BiH regulirano je Zakonom iz 2010. godine¹⁰⁶, koji stoji pod uticajem rješenja prihvaćenih u Njemačkoj, gdje je, za razliku od većine ostalih pravnih sistema u Evropi, oblast kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava na cjelovit način uređena u samostalnom zakonskom aktu.¹⁰⁷

U njemačkom pravu se odnos između organizacije za kolektivno ostvarivanje (*Verwertungsgesellschaft*) i autora u literaturi karakterizira kao *Treuhand*-odnos¹⁰⁸, i to kao dvostrani *Treuhand*, s obzirom na to da organizacija djeluje kako u interesu autora i nosilaca srodnih prava, tako i u interesu korisnika djela, te se oni javljaju u ravnopravnim ulogama. Iako naš zakon ne referira na bilo kakvu fiducijarnu vezu između autora, odnosno titulara nekog srodnog prava i kolektivne organizacije koja u njegovo ime ostvaruje zaštitu tih prava, niti je njihov odnos u literaturi karakteriziran kao *Treuhand*, ipak u ovom kontekstu možemo govoriti o jednom zakonom predviđenom *Treuhand*-odnosu, premda opet, slično kao i kod notarskih povjereničkih računa, uskog sadržaja i u odnosu na vrlo ograničeni broj subjekata.

Pravni položaj kolektivne organizacije karakterizira veliki stepen moći. Mora se imati u vidu da autori kolektivnoj organizaciji nerijetko povjeravaju vrlo značajan segment svoje imovine, zbog čega mora biti osigurano adekvatno upravljanje tom imovinom kao i pravedna distribucija ostvarenih naknada. Kolektivne organizacije nisu samo ovlaštene, nego su obavezne da ostvaruju prava autora odnosno izvođača. Ove organizacije bi mogle s jedne strane oštetiti titulare autorskih i srodnih prava nevođenjem adekvatne brige o ostvarivanju njihovih prava, a s druge strane mogle bi oštetiti i korisnike djela određivanjem nesrazmjerno velikih naknada.¹⁰⁹ Položaj moći je još izraženiji s obzirom na faktički monopolski položaj koji ova organizacija zauzima. Zbog toga se npr. u Njemačkoj velika pažnja posvećuje pitanju nadzora i kontrole nad radom kolektivnih organizacija, a odgovarajuće mehanizme kontrole regulira i ZKOP.¹¹⁰

Autori, odnosno titulari srodnih prava u pravilu svoja prava na obavezujući način tokom nekoliko godina prenose na kolektivnu organizaciju. Organizacija potom zaključuje ugovore s korisnicima djela, a ubranim prinosima upravlja i distribuira ih u skladu s kriterijima određenim ugovorom. Pravni osnov je ugovor između kolektivne organizacije i autora, odnosno nosioca drugog prava koji obavezno sadrži odredbe o prenosu prava na kolektivnu organizaciju, uz nalog da stečena prava vrši u svoje ime, a za račun autora. Osim toga ugovorom se određuje vrsta prava koje kolektivna organizacija ostvaruje za autora, kao i vrijeme na koje se ugovor zaključuje.¹¹¹ Da se radi o punopravnom prenosu prava s autora na kolektivnu organizaciju, što je jedan od konstitutivnih elemenata romanskog *Treuhanda*, potkrepljuje odredba prema kojoj autor prenesena prava više ne može samostalno ostvarivati.¹¹² Iako ovaj koncept

¹⁰³ Vidi i: M. Povlakić, *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, fn 102, komentar uz čl. 114., str. 272.

¹⁰⁴ Čl. 35. i 36. Pravilnika o radu notara FBIH.

¹⁰⁵ Čl. 32. Zakona o notarima FBIH, "Službene novine FBIH" br. 45/02 (u daljem tekstu: ZNot FBIH), čl. 26. Zakona o notarima RS, "Službeni glasnik RS" broj 86/04 (u daljem tekstu: ZNot RS), čl. 11. Zakona o notarima BDBiH, "Službeni glasnik BD" 1/00 (u daljem tekstu: ZNot BDBiH).

¹⁰⁶ Zakon o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava, "Službeni glasnik BiH" 63/2010 (u daljem tekstu: ZKOP).

¹⁰⁷ I. R. Mešević, 'Reforma sistema kolektivnog ostvarivanja autorskih i srodnih prava u Bosni i Hercegovini – Quo vadis?'; LI, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, (Sarajevo, 2008), str. 339.

¹⁰⁸ Umjesto mnogih: M. Eichner, *op. cit.*, fn 58, str. 115.

¹⁰⁹ K. Riesenhuber, *Die Verwertungsgesellschaft i.S.v. § 1 UrhWahrnG, ZUM 2008*, str. 625.

¹¹⁰ Čl. 12. ZKOP.

¹¹¹ Čl. 9. st. 2. ZKOP.

¹¹² Čl. 9. st. 4. ZKOP.

u našem pravu načelno nedostaje, ovaj bi ugovor po svojoj pravnoj prirodi trebalo okarakterizirati kao *Treuhand* i regulirati i odgovarajuće posljedice, odnosno pravna dejstva. U našem pravu ne postoje odredbe koje predviđaju da prenesena autorska i druga prava čine posebnu imovinu, odvojenu od ostale imovine kolektivne organizacije. Ovo je krupan propust jer se postavlja pitanje zaštite autora od stečaja kolektivne organizacije i od zahtjeva njenih povjerilaca. Međutim, iz drugih odredbi Zakona moguće je zaključiti da su autori odnosno nosioci drugih prava u ovim situacijama zaštićeni. To proizlazi iz odredbi prema kojima je kolektivna organizacija osnovana kao neprofitna organizacija u formi udruženja kojem je jedina djelatnost obavljanje poslova kolektivnog ostvarivanja prava.¹¹³ Na taj način se, slično kao kod mehanizma upotrebe SPV-a, postiže efekat minimiziranja rizika od stečaja. Sva sredstva koja kolektivna organizacija ostvari, ona je dužna raspodijeliti među svojim članovima, tj. autorima i nosiocima drugih prava, osim sredstava potrebnih za pokrivanje troškova svog rada.¹¹⁴ Posebnu garanciju za uspješno poslovanje kolektivne organizacije predstavlja i postojanje zakonskog monopola na način da za kolektivno ostvarivanje autorskih prava koja se odnose na istu vrstu prava na istoj vrsti djela, može postojati samo jedna kolektivna organizacija.¹¹⁵ Uz to, nad radom kolektivne organizacije postoji strogi nadzor Instituta za intelektualno vlasništvo BiH. U tom smislu ne bi trebalo biti sporno da se imovina kolektivne organizacije ekonomski pripisuje njenim članovima s kojim je potpisala ugovore o kolektivnom ostvarivanju prava i da ta imovina zbog toga predstavlja posebnu imovinu.

V.1. Uklapanje *Treuhand* u bosanskohercegovačko pravo

Notarski povjerenički računi za drugoga i mehanizam kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava predstavljaju dva odnosa i konteksta koji na prvi pogled nemaju ništa zajedničko. To je upravo karakteristično za *Treuhand* – on pruža odgovarajući pravni okvir za lepezu instituta koji po svom sadržaju nemaju ništa zajedničko osim što ih objedinjuje jedinstven pravni mehanizam uređenja unutarnjih i vanjskih odnosa involviranih subjekata.

U oba slučaja identificiranih *Treuhand*-odnosa u našem pravu se radi o punktualnim intervencijama s vrlo uskim poljem primjene, ograničenim na određene subjekte, odnosno na određene transakcije. Postavlja se pitanje da li je efekte *Treuhand*, naročito one segregirajuće, moguće postići izvan navedenih slučajeva i bez posebne zakonske podloge, tumačenjem postojećih pozitivnopravnih pravila, a ako to nije slučaj, da li postoji potreba za uvođenjem nekog domaćeg *Treuhand* koncepta.

Prenos vlasništva ograničen tako da ga njegov sticalac ima vršiti na način utvrđen ugovorom i ne u vlastitu korist, nego u korist određene osobe ili svrhe, nije zabranjen ni u našem pravu. Ono što je, međutim, vrlo teško, odnosno nemoguće konstruirati pomoću pravila tumačenja su one karakteristike trusta, odnosno dejstva koja on izaziva, koja se svode na efikasnost zaštite beneficijara, a koja takav ograničeni prenos čine naročito atraktivnim.

Neki su autori u regionu razmatrali mogućnost uklapanja njemačkog *Treuhand* kao podvrste ugovora o komisionu.¹¹⁶ Ugovor o komisionu predstavlja pravni posao u okviru kojeg se jedna strana obavezuje da će izvršiti neki pravni posao u svoje ime, a za račun druge strane, a druga strana za to plaća odgovarajuću naknadu.¹¹⁷ Sličnost u odnosu na trust leži u tome što komisionar nastupa u svoje ime, a za račun komitenta. Treća lica ne moraju znati da komisionar postupa za drugoga. Osim toga se i komisionar smatra fiducijarnim pravnim poslom, jer je komisionar prilikom svog postupanja obavezan voditi računa o interesima komitenta. Dužan je čuvati stvari, obavještavati komitenta o poduzetim radnjama i polagati račune.¹¹⁸

Najznačajniji efekt komisiona koji ga čini eventualnim ekvivalentom odnosno supstitutom *Treuhand* se, međutim, ogleda u dejstvima ovog pravnog posla u izvršnom i stečajnom postupku. Na pravima i stvarima koje je komisionar stekao za račun komitenta komisionarevi povjerioci ne mogu poduzimati mjere izvršenja.¹¹⁹ Osim toga, komitent u stečaju komisionara ima izlučno pravo stvari koje je predao komisionaru radi prodaje, odnosno koje je komisionar stekao za račun komitenta.¹²⁰ Međutim, razlika u odnosu na romanski *Treuhand* odražava se u tome da, barem kada je riječ o prodajnom komisionu, komitent zadržava vlasništvo nad objektom sve do momenta sticanja od strane kupca. Ne dolazi do prenosa vlasništva s komitenta na komisionara. Na taj način je jednostavno objasniti i komitentov položaj izlučnog povjerioca u komisionarevom stečaju. Kako stvar nije prešla u imovinu komisionara, ona nije ni dio njegove stečajne mase.¹²¹ Više se romanskom *Treuhandu* približavamo kod kupovnog komisiona. Naime, u tom slučaju, iako se smatra da komisionar postaje vlasnik stečenih stvari sve do momenta predaje komitentu, one opet ne postaju dio njegove imovine ni stečajne mase, i komitentu se priznaje izlučno

¹¹³ Čl. 6. st. 1. ZKOP.

¹¹⁴ Čl. 7. st. 2. ZKOP.

¹¹⁵ Čl. 6. st. 3. ZKOP.

¹¹⁶ P. Radošević, 'Ugovor o povjerenstvu (treuhand)', 3, *Pravo u gospodarstvu* (2011), str. 686.

¹¹⁷ Čl. 771. ZOO.

¹¹⁸ Vidi: M. Trifković et al., *Poslovno pravo, ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurencije*, (Sarajevo, 2013), str. 205 i dalje.

¹¹⁹ Čl. 788. ZOO. Izuzetak postoji samo u slučaju da se radi o potraživanjima nastalim u vezi sa sticanjem tih stvari i prava na kojim se izvršenje traži.

¹²⁰ Čl. 789. ZOO.

¹²¹ S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, II knjiga, (Savremena administracija, Beograd, 1995), komentar uz čl. 789., str. 1315.

pravo.¹²² U našem se pravu, dakle, ne smatra da vlasništvo ne prelazi odmah na komitenta, nego da ga prvo stiče komisionar, nastupajući u svoje ime¹²³, ali se nastoje štititi interesi komitenta u stečaju komisionara, jer on djeluje za račun komitenta. Osim ove razlike komisijon se u praksi ne zasniva u korist trećeg lica na način da komitent daje nalog komisionaru da zaključi određeni pravni posao u svoje ime, ali ne za račun komitenta, nego za račun trećeg. Ova konstrukcija je moguća samo upotrebom instituta ugovora u korist trećeg.¹²⁴

Iako su odredbe ZOO-a krojene primarno za slučajeve kupovine odnosno prodaje robe za račun komitenta¹²⁵, što je i dominirajući vid komisijonog pravnog posla u praksi, u našem je pravu predmet komisijona određen široko¹²⁶ i može se raditi načelno o bilo kojem drugom pravnom poslu,¹²⁷ u čemu neki autori vide mogućnost da se u okviru komisijona uklopi i *Treuhand*.¹²⁸ Poređenje *Treuhanda* s drugim oblicima djelovanja u svoje ime za tuđi račun i to prvenstveno s indirektnim zastupanjem, ali i s komisijonom, često je i u njemačkom pravu.¹²⁹ Indikativna za to je i vrlo zanimljiva teza prema kojoj je komisijon *Treuhand* na pravnom odnosu.¹³⁰ Ovo shvatanje dovodi do zamjene teza, pa se *Treuhand* ne posmatra kao varijacija ugovora o komisijonu, nego upravo obratno. *Treuhand* je širi pojam od ugovora o komisijonu. Osim toga, iz ove teze proizlazi i da prihvatanjem komisijona kao svojevrsnog doktrinarnog okvira nismo riješili nedostatak koncepta *Treuhanda*. U Njemačkoj postoje brojne rasprave upravo u pogledu razgraničenja *Treuhanda* od indirektnog zastupanja (*mittelbare Stellvertretung*)¹³¹, dok neki autori

tvrde da uopće nema razlike između ovih instituta.¹³² U domaćoj se doktrini ugovor o komisijonu smatra posebnim imenovanim ugovorom na koji se, međutim, analogno primjenjuju odredbe o ugovoru o nalogu¹³³, iako se u literaturi nalaze i stavovi prema kojima se radi o podvrsti indirektnog zastupanja, s obzirom na djelovanje u vlastito ime, a za tuđi račun.¹³⁴

Nedostatak punopravnog prenosa s komitenta na komisijonara, a što je dominantan način sticanja *Treuguta* prilikom osnivanja romanskog *Treuhanda*, komisijon ne čini pogodnim ekvivalentom. Ovaj ugovor bi, u nedostatku instituta ovlaštenja (*Ermächtigung*) u našem pravu, možda mogao zamijeniti njemačku figuru ovlašćujućeg *Treuhanda*. Da se ugovorom o komisijonu ne može nadomjestiti nedostatak koncepta *Treuhanda* ili *trusta*, dokazuje i činjenica da, kako u Njemačkoj, tako i u Francuskoj, pored svojevrsnog domaćeg *trust*-koncepta postoji i ugovor o komisijonu¹³⁵ i te dvije pravne figure nisu supstituti. *Common law* države također poznaju institut ekvivalentan indirektnom zastupanju u vidu tzv. *undisclosed agency*¹³⁶, dok je sporno da li postoji zasebni koncept komisijona (*commission agency*).¹³⁷

Međutim, sličnost komisijona i *Treuhanda* odnosno *trusta* ne treba ni podcijeniti. Odredbe prema kojima se komitent priznaje izlučno pravo ovom obligacionopravnom poslu daju stvarnopravna dejstva na isti način kao što je to slučaj kod romanskog *Treuhanda*. Ugovor o komisijonu zato ne treba posmatrati kao supstitut *Treuhand* odnosno *trust*-koncepta, nego kao još jedan argument u korist mogućnosti integracije takvog koncepta u domaće pravo i to u propisu koji regulira obligacione odnose. Postavlja se, međutim, važno pitanje načina odnosno uzora te integracije u pravo Bosne i Hercegovine.

VI. Umjesto zaključka

Skromni broj postojećih pokušaja doktrinarnog razmatranja nekog domaćeg *Treuhand* odnosno *trust*-koncepta u BiH i u regionu se u pravilu oslanja na njemačku

samo kratkoročno stiče stvari i prava za račun zastupanog kao prelazni sticalac, dok *Treuhänder Treugut* u pravilu stiče dugoročno i upravlja cijelom imovinom odnosno skupinom stvari i prava za *Treugebera*. *Treuhänder* upravo zato ne poduzima samo jedan posao nego sve potrebne poslove u svoje ime, a za račun *Treugebera*, te vrši i niz faktičkih radnji vezanih za upravljanje *Treugutom*. Vidi: Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, (München, 2004), str. 845.

¹³² Thurnher, *op. cit.*, fn 15, str. 16.

¹³³ Čl. 772. ZOO.

¹³⁴ S. Perović, *op. cit.*, fn 121, komentar uz čl. 771. str. 1301.

¹³⁵ *Contrat de commission* je uređen u francuskom *Code de Commerce*, čl. 94. i dalje.

¹³⁶ Detaljnije vidi: D. Busch, *Indirect representation in European Contract Law*, (Kluwer Law International, 2005), str. 127 i dalje.

¹³⁷ Vidi: D. Busch, *op. cit.*, fn 136, str. 168. i dalje.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Ovo rješenje je pravilo i u njemačkom pravu, ali postoji i nekoliko izuzetaka gdje vlasništvo stiče direktno komitent. To je prije svega slučaj kada se radi o komisijonu otvorenog tipa. Vidi detaljnije: C.-W. Canaris, *Handelsrecht*, 24. Auflage, (C.H. Beck, München, 2006), str. 453 i dalje.

¹²⁴ Čl. 149–152. ZOO.

¹²⁵ Tako npr. čl. 774. ZOO nosi naslov "prodaja robe prezaduzenom licu", a čl. 775. "Kada sam komisionar kupuje robu komitenta ili mu prodaje svoje robu".

¹²⁶ Za razliku od toga je npr. u njemačkim pravu predmet ugovora o komisijonu rezerviran samo za kupovinu i prodaju robe i vrijednosnih papira za račun komitenta. § 383 st. 1. njemačkog Trgovačkog zakonika (*Handelsgesetzbuch*, HGB).

¹²⁷ S. Perović, *op. cit.*, fn 121, komentar uz čl. 771. str. 1301.

¹²⁸ P. Radošević, *op. cit.*, fn 116, str. 686.

¹²⁹ U njemačkoj doktrini komisijon se posmatra kao vid indirektnog zastupanja. Vidi umjesto mnogih: R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Auflage, (Mohr Siebeck, Tübingen, 2006), str. 498.

¹³⁰ K. Schmidt, 'Die Kommission: Treuhand am Rechtsverhältnis', u: Beutlien et al. (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, (Carl Hexmanns Verlag, 2009), str. 467. i dalje.

¹³¹ Razlika se vidi u tome da se neposredno zastupanje u pravilu odnosi na pojedinačni posao i da neposredni zastupnik

Treuhand-doktrinu i terminologiju.¹³⁸ Iako je takva orijentacija s jedne strane logična, s obzirom na veliki uticaj pravnih poredaka germanskog pravnog kruga, naročito austrijskog i njemačkog prava, na cjelokupno privatno pravo zemalja u regionu, smatramo da u pogledu razmatranja mogućnosti uvođenja nekog domaćeg *Treuhand/trust*-koncepta, uzor treba tražiti negdje drugo. Naime, njemački *Treuhand* nije kodificiran, niti je ta kodifikacija planirana u budućnosti. Doktrina, koja je razvijana *praeter legem* vrlo je razučena s obzirom na postojanje nekoliko različitih *Treuhand*-koncepta i time je vrlo nepregledna i kompleksna. Načelo neposrednosti od kojeg i dalje zavise tzv. kvazistvarnopravna dejstva *Treuhand* u izvršnom i stečajnom postupku stvara velike probleme u praksi.

Iako Njemačka ne planira reformu niti pored *Treuhand* razmatra uvođenje drugog *trust*-koncepta, država koja ovom zadatku pristupa iz početka, može pronaći pogodniji uzor integracije od recepcije njemačkih rješenja. U tom smislu se moguće orijentirati prema rješenjima usvojenim u Francuskoj i prema različitim međunarodnim modelima, poput Principa Evropskog prava trusta, Nacrta Direktive o zaštićenim fondovima, koji na ovom mjestu nisu mogli biti detaljnije razmatrani.

Smatramo da bi za domaći koncept trebalo razraditi i domaću terminologiju, što je opet zadatak kojem treba pristupiti s pažnjom. Jedno moguće rješenje bi, s obzirom na novinu koju bi reguliranje domaćeg *Treuhand* ili *trust*-koncepta značilo, bilo pribjegavanje i potpuno novoj i neutralnoj terminologiji. Postavlja se pri tome pitanje da li potpuno nova terminologija, iz koje se teško može zaključiti o prirodi pravnog odnosa koji se iza nje krije, može stvarati otpor prema upotrebi ovog instituta u praksi.

Drugo rješenje bi bilo pokušati konstruirati terminologiju koja kod domaćih pravnika već evocira određena značenja i pravne posljedice. To bi mogla biti terminologija koja se izvodi iz pojma fiducija, što je učinio i francuski zakonodavac s institutom *fiducie*. Fiducijarni pravni posao je već donekle poznat termin, ali se u domaćoj doktrini gotovo isključivo upotrebljava u kontekstu sredstava osiguranja potraživanja – kao fiducijarni prenos vlasništva. Upravo u okviru sredstava osiguranja potraživanja, međutim, većina doktrine smatra da u Bosni i Hercegovini ne postoji potreba za upotrebom trusta u te svrhe¹³⁹.

Domaći koncept trusta bi trebao biti institut šire primjene od one koju u domaćoj literaturi evocira pojam fiducija. Zato ni ovaj termin ne smatramo pogodnim.

Predlažemo zato da se neki eventualni i budući domaći *Treuhand* ili *trust*-koncept naziva povjereništvom, da se *Treugeber* naziva povjeriteljem, *Treuhänder* povjerenikom, a da cijeli odnos postoji u korist beneficijara odnosno, ukoliko se želi proširiti, i u korist određene dozvoljene svrhe. Imovina obuhvaćena povjereništvom mogla bi se nazvati povjereničkim fondom.

Povjereništvo bi se moglo odrediti kao pravni odnos koji pretpostavlja prenos vlasništva nad povjereničkim fondom s povjeritelja na povjerenika, a u korist beneficijara odnosno određene dozvoljene svrhe. Povjereništvo može nastati ugovorom između povjeritelja i povjerenika, kao i jednostranom izjavom volje povjeritelja, u kojem slučaju je neophodno da povjerenik prihvati obavljanje funkcije povjerenika.

Bilo bi uputno ovaj odnos razraditi kao prevashodno trilateralni i fokusirati se na odnos povjerenik – beneficijar, smanjujući time rizik od naknadnog prekomjernog uticaja povjeritelja na povjerenika, iako se i povjritelj i povjerenik trebaju moći naći i u ulozi beneficijara. Ako se dozvoli osnivanje povjereništva u korist određene svrhe, mora se predvidjeti imenovanje osobe izvršioca koja je ovlaštena zahtijevati izvršenje obaveza povjerenika. Unatoč načelno mogućoj kumulaciji uloga, smatramo da treba isključiti mogućnost da povjritelj bude ujedno i povjerenik, kao i da povjerenik bude jedini beneficijar u smislu povjereništva u vlastitu korist.

Po uzoru na rješenja francuskog prava, ali i na Nacrt Direktive o zaštićenim fondovima, smatramo da je potrebno ograničiti krug osoba koje se mogu javiti u ulozi povjerenika na finansijske institucije, osiguravajuća društva, investicijske fondove, notare i advokate.¹⁴⁰ Na taj način se s jedne strane automatski smanjuju rizici koje ove konstrukcije eventualno izazivaju, a reducira se i potreba za razradom naročito aktivne uloge suda ili drugog državnog organa u pogledu nadzora i druge vrste asistencije u okviru odvijanja povjereništva, jer su svi ovi subjekti već obuhvaćeni određenim sistemom nadzora kroz odgovarajuća strukovna udruženja – komore odnosno državne agencije, što je i svojevrsni garant savjesnog i profesionalnog postupanja. Ovo, međutim, ne znači da bez obzira na to ne treba uspostaviti sistem asistencije, nadzora i kontrole. To je neophodno zbog dugotrajnosti ovog odnosa i eventualne potrebe za odgovarajućim prilagodbama uslova povjereništva usljed promijenjenih okolnosti, potrebe za smjenom povjerenika odnosno imenovanja novog usljed objektivnih okolnosti poput smrti i sl. Povjerenik, ali i beneficijar mora biti u mogućnosti obratiti se sudu ili pak drugom nadležnom organu za pomoć prilikom upravljanja

¹³⁸ Tako npr. P. Radošević, *op. cit.*, fn 116, str. 674. i dalje, P. Miladin, 'Odnosi ulagatelja, društva za upravljanje otvorenim investicijskim fondovima i depozitne banke' *Zbornik susreta pravnika* (Opatija, 2009), str. 355. i dalje.

¹³⁹ M. Povlakić, 'Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi', fn 8; N. Hadžimanović, 'Kritički prilog o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u Jugoistočnoj Evropi', 2 *NPR*, (2012), str. 43., D. Medić, 'Da li je Bosni i Hercegovini potrebna fiducija?', 12, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, (Mostar 2014), str. 51. i 52.

¹⁴⁰ Vidi: Čl. 2015. Code Civil; Aneks uz Nacrt Direktive o zaštićenim fondovima u: Kortmann et al., *op. cit.*, fn 6, str. 40.

povjereničkim fondom. Time se postiže odgovarajući stepen depersonalizacije i omogućuje shvatanje povjerenika kao vršioca određene funkcije.

Neophodno je izričito predvidjeti da fiducijarni fond čini posebnu imovinsku masu, odvojenu od ostale imovine povjerenika, koju pored inicijalno prenesene imovine čine i plodovi od te imovine kao i surogati stečeni u okviru upravljanja imovinom (realna subrogacija). Po uzoru na već postojeće odredbe u kontekstu ugovora o komisionu (vidi *supra*) moguće je regulirati dejstva povjereništva u slučaju mjera izvršenja protiv povjerenika, kao i u slučaju njegova stečaja, što, međutim, svakako proizlazi iz određenja fiducijarnog fonda kao posebne imovine.

Ukoliko povjerenički fond obuhvata i nekretnine, prenos na povjerenika svakako pretpostavlja notarsku obradu isprave kao *formu ad solemnitatem*. Postavlja se pitanje da li ovu formu treba proširiti i na sve ostale slučajeve. Mišljenja smo da to nije potrebno, odnosno da prestrogi formalni zahtjevi ovaj institut čine neatraktivnim, naročito u komercijalnom kontekstu, ako razmišljamo o investicijskom poslovanju, te da je dovoljna pismena forma. Isprava kojom se osniva povjereništvo – bio to ugovor ili jednostrana izjava volje povjeritelja, mora sadržavati određene konstitutivne elemente. U njoj moraju biti na nedvojben način precizirani beneficijari odnosno svrha u koju se osniva povjereništvo. Ukoliko se njihovo određenje prepušta diskrecionoj ocjeni povjerenika, potrebno je precizirati kriterije na osnovu kojih on ima donijeti ovu odluku. Također je neophodno odrediti imovinu koja čini fiducijarni fond i osobu povjerenika, te eventualno i način naknadnog imenovanja povjerenika.

Osnovna dejstva povjereništva, uključujući i temeljne obaveze i odgovornost povjerenika, uputno je urediti kogentnim normama – poput obaveze poštivanja isprave o osnivanju povjereništva, postupanja s određenim (visokim) stepenom pažnje u prometu, i u najboljem interesu beneficijara, obaveze izbjegavanja sukoba interesa, čuvanja imovine koja čini povjerenički fond, razdvajanja sastavnih dijelova fonda od svoje vlastite imovine, obaveze polaganja računa, nemogućnosti isključenja povjerenikove odgovornosti u slučaju grube nepažnje i sl.

Pored toga je, s obzirom na to da se radi o potpuno novom institutu, potrebno razraditi i cijeli set dispozitivnih pravila koja u praksi trebaju predstavljati adekvatne smjernice povjeriteljima prilikom osnivanja, ali i općenito svim primjenjivačima prava, a od kojih se može odstupiti u ispravi o osnivanju povjereništva. Ne smatramo neophodnim trajanje povjereništva unaprijed ograničiti na određeni broj godina, pri čemu povjeritelj prilikom osnivanja može ograničiti trajanje ovog odnosa.

Vrlo je važno pažljivo pristupiti formuliranju odredbi u vezi s djelovanjem prema trećim licima. U ovom kontekstu se treba orijentirati prema odredbama Nacrta Direktive o zaštićenim fondovima. Dobrim cijeno rješenje prema kojem povjerenik prema trećima mora istupati u tom

svojevlasti.¹⁴¹ Ukoliko povjerenik ovu činjenicu ne obznaniti svojim suugovaračima, on će za poslove poduzete u vezi s povjereničkim fondom, prema njima odgovarati i svojom vlastitom imovinom.

Ukoliko povjerenik prekorači svoja ovlaštenja, poslovi preduzeti prema trećim licima trebali bi biti valjani, osim u slučaju da je treće lice znalo za prestup povjerenika. Beneficijarima povjerenik odgovara svojom cjelokupnom imovinom. On je dužan nadoknaditi štetu nastalu usljed kršenja njegovih obaveza, kao i unijeti u povjerenički fond svu korist koja je posredno ili neposredno proizašla iz nedozvoljenog sukoba interesa.¹⁴²

Smatramo da bi se ovako koncipiran institut povjereništva mogao bez većih poteškoća uklopiti u domaći pravni sistem i tako ponuditi zajednički okvir za druge pravne odnose koji ispunjavaju karakteristike povjereništva i već postoje u našem pravu. Na taj način bi sama karakterizacija nekog pravnog odnosa kao povjereništva već izazvala sve posljedice koje ovaj odnos proizvodi, što bi doprinijelo pravnoj sigurnosti i pogodovalo razvoju domaće doktrine povjereništva. Time bi se moglo doći do jednostavnijih i dosljednijih rješenja, od čega profitira prvenstveno praksa, ali i koherentnost i dogmatska uobličena sistema sigurno su ciljevi kojima vrijedi težiti.

Doz. Dr. Darja Softić Kadenić, LL.M. (Graz)

Begriff und Rolle der Treuhand in Rechtssystem und Rechtspraxis in Deutschland, Österreich und in der Schweiz und ihr möglicher Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Bosnien und Herzegowina und in der Region

(Zusammenfassung)

Die sog. Sicherungstreuhand, insbesondere die Sicherungsübereignung, hat viel Aufmerksamkeit in der Region hervorgerufen und ist in allen Ländern der Region, außer in Bosnien und Herzegowina (BuH) und Serbien, nach deutschen Vorbild rezipiert worden. Dies hat jedoch weder zu der Entwicklung einer eigenen, allgemeinen Lehre über die Treuhand geführt, noch haben die Gesetzgeber und die Wissenschaft in der Region Interesse an der Treuhand außerhalb des Kreditsicherungsrechts gezeigt. Dabei eröffnen die moderne Entwicklung und die Bedürfnisse des Rechtslebens gerade für die andere Verwendungsform der Treuhand, nämlich die Verwaltungstreuhand, zusätzliche Rollen. Damit wächst die praktische Bedeutung der Verwaltungstreuhand stetig.

Die Arbeit gibt in ihrem ersten Teil einen historischen Rückblick über die Entstehung und Entwicklung der Treuhand und deren verschiedenen Erscheinungsformen. Dabei wird vor allem die Verwaltungstreuhand und ihre verschiedenen Einsatzmöglichkeiten als Instrument der

¹⁴¹ Čl. 10. Nacrta Direktive o zaštićenim fondovima, Kortmann et al., *op. cit.*, fn 6, str. 32–33.

¹⁴² Vidi čl. 8. st. 6., Nacrta Direktive o zaštićenim fondovima, Kortmann et al., *op. cit.*, fn 6, str. 29.

Fremdvermögensverwaltung im kommerziellen und nicht kommerziellen Zusammenhang behandelt. Anschließend werden zwei solcher praktischen Verwendungsfälle der Treuhand besonders hervorgehoben, da diese in das bosnisch-herzegowinische Rechtssystem übernommen wurden, ohne jedoch als solche erkannt worden zu sein. Es handelt sich zum einen um die Notaranderkonten, die zusammen mit dem Notariat überhaupt erst in 2007 mit Hilfe deutscher rechtsberatender Organisationen, nach dem Modell des deutschen Nur-Notariats in BiH eingeführt wurden. Den zweiten Fall bildet der kollektive Rechtsschutz von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften, welche ebenfalls als Treuhänder für die Urheber auftreten. In beiden Fällen wurde von der einheimischen Wissenschaft der Treuhandcharakter dieser Rechtsverhältnisse nicht erkannt.

Obwohl also ein Bedürfnis nach einem allgemeinen Treuhandbegriff in BiH zu bestehen scheint, wird in der Arbeit argumentiert, dass das nicht kodifizierte deutsche Treuhandrecht, mit seinem uneinheitlichen Treuhandbegriff und der Anwendung des fast willkürlich erscheinenden Unmittelbarkeitsprinzips seitens der Rechtsprechung nicht das beste Rezeptionsmodell darstellt. Obwohl das Privatrecht in BiH und in der Region hauptsächlich anhand des deutschen und österreichischen Modells als Vorbild reformiert wurde, hält es die Autorin für besser, sich hinsichtlich eines möglichen zukünftigen einheimischen Treuhandkonzepts (povjereništvo) an dem Institut der französischen fiducie und an den bestehenden supranationalen Modellen, insbesondere dem Modell des geschützten Fonds (protected fund) aus dem Entwurf einer Richtlinie über geschützte Fonds (Draft Directive on Protected Funds), die seitens einer internationalen Trustrechtsexpertengruppe im Rahmen des Business and Law Research Centre der Universität in Nijmegen ausgearbeitet wurde, zu orientieren.

Doc. Dr. Darja Softić Kadenić, LL.M. (Graz)

Definition and concept of the Treuhand in the legal systems and practice of Germany, Austria and Switzerland and its possible influence on the development of private law in Bosnia and Herzegovina and in the region

(Summary)

The so called Sicherungstreuhand (security-Treuhand) and especially the transfer of ownership for security purposes has drawn a lot of attention in the region, and has been received along the German role model in all countries of the region, except in Bosnia and Herzegovina (BiH) and Serbia. However, this has neither resulted in an own concept or general Treuhandtheorie, nor have the legislator and the scholars in the region shown any interest in the Treuhand beyond the law of security interests. And yet, the requirements of the legal practice are offering new possibilities especially regarding the other form of Treuhand – the Verwaltungstreuhand (management-Treuhand). Thus the relevance of the Verwaltungstreuhand is constantly growing.

In the first part of the paper the author gives a historic retrospective regarding the emergence and the development of the Treuhand and its different forms. Special focus lies on

the Verwaltungstreuhand and its range of applications as an instrument of administration of property through third persons in commercial and non-commercial contexts. Two such forms of application of the Treuhand are examined in more detail, since they have been adopted in BiH law, although without being recognized as Treuhand. The first form are the so called Notaranderkonten (notary trust accounts), which have been introduced in BiH in 2007 for the first time with the notary service and with the help of German legal consulting organizations, along the German concept of Nur-Notariat. The second is the collective legal protection of copyright through collecting societies, which act as Treuhänder (trustees) on behalf of the authors. In both cases the Treuhand-character of those legal relations has not been recognized by the domestic doctrine.

Although there seems to be a need for a general Treuhand concept in BiH, the author argues that the non-codified German Treuhand-law, with its heterogeneous Treuhand concept and the almost random application of the so called Unmittelbarkeitsprinzip (principle of directness) by the courts, is not the best model for legal reception. Despite the fact that the private law reform in BH and the rest of the region has been oriented towards German and Austrian law, the author argues that it would be better to develop a future domestic Treuhand concept (povjereništvo) along the French fiducie or some of the existing supranational models, as the protected fund concept of the Draft Directive on Protected Funds, which has been developed by an international group of trust experts within the Business and Law Research Centre of the University of Nijmegen.

Pravne posledice nalaza skrivenog blaga u srpskom pravu

Aleksandra Pavićević, diplomirani pravnik*

UDK: 347.23(497.11)

1. Uvod

Normiranje načina sticanja svojine u svim zakonodavstvima predstavlja važno pitanje koje odražava procenu zakonodavca o opravdanosti sticanja u datom slučaju, kao i pravnu svest o važnosti sveobuhvatnog regulisanja svih stvarnopravnih posledica faktičkih radnji pravnih subjekata. Nalaz skrivenog blaga predstavlja jedan vid originarnog sticanja svojine, kada stvar, dotad skrivena, biva faktičkom radnjom pronađena, te iznova uvedena u sferu interesovanja pravnog poretka, kada nastaje potreba za određivanjem njenog novog vlasnika. Sticanje svojine na ovakvom predmetu je utoliko ekonomski privlačnije, što je reč o dragocenostima, vrednim pokretnostima, te

* Autorica je asistent na užoj građanskopravnoj naučnoj oblasti na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu.

zakonodavac ima zadatak da normom dovede u ravnotežu suprotstavljene interese lica u pravnom odnosu nastalom ovakvim nalazom: interes nalazača blaga, vlasnika stvari u kojoj je blago nađeno i države. Navedena lica alternativno stiču određeni ekonomski ekvivalent (naturalni ili novčani), kao svojevrsnu nagradu za otkriće stvari. Budući da su stvarnopravne posledice nalaza od posebnog značaja za veći broj subjekata, oko njih postoji kolizija različitih interesa: privatnih i javnih. Svaki zakonodavac nastoji da "pomiri" te interese na optimalan način uređujući pitanje: 1) sticanja svojine; 2) i/ili isplate nagrade i troškova nalazaču.

Predmet naše analize u radu, a potom i komparacije, biće regulativa pravnih posledica nalaza skrivenog blaga počevši od nekadašnjih domaćih propisa, pozitivnog prava Srbije, do rešenja Nacrta zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (U daljem tekstu Nacrt).¹ Naš *prvi cilj* je da utvrdimo razvoj regulative pravnih posledica nalaza skrivenog blaga kroz vreme, dakle u srpskom nekadašnjem, pozitivnom i predloženom budućem pravu. Ovo pitanje je, čini se, najspornije u pozitivnom pravu Srbije, budući da niti jednim važećim propisom nije regulisano. Određivanje stvarnopravnih posledica znači određivanje titulara prava svojine na nađenom blagu, a obligacionopravnih – određivanje prava na nalazačku nagradu i naknadu troškova nalaza. U cilju popunjavanja ove pravne praznine, naš *drugi cilj* je ocena stavova domaće pravne teorije o ovom pitanju, kako bismo pronašli najadekvatnije rešenje, u skladu sa načelima zaštite pravne sigurnosti i pravnog prometa, do donošenja budućeg zakona. S obzirom na to da je nalaz skrivenog blaga normiran kao način sticanja svojine u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije, koji predstavlja predlog srpskog budućeg prava, naš *treći cilj* je da u radu ocenimo njegova rešenja, istaknemo prednosti, kao i eventualne nedostatke.

2. Pravne posledice nalaza skrivenog blaga u predratnim propisima Kraljevine Jugoslavije

U sva tri građanska zakonika nekadašnje Kraljevine Jugoslavije nalaz skrivenog blaga bio je predviđen kao način sticanja svojine, sa različitim rešenjima u pogledu sticaoca prava svojine. Nalaz sakrivenih dragocenosti, koje se u Srpskom građanskom zakoniku (SGZ) nazivaju *sokrovištem*, ima za osnovnu pravnu posledicu zakonsku dužnost prijave nalaza.² Pravna posledica nalaza sokrovišta

je sticanje nađenog u svojini, pri čemu se sticalac razlikuje u dve situacije. U prvoj hipotezi, nalazač i vlasnik mesta nalaza su različita lica, te nalazom stiču susvojini: i to ne samo nalazač blaga i vlasnik zemljišta u kome je blago nađeno, već i država ("praviteljstvena kasa"), sa udelima od po 1/3. U drugoj hipotezi, nalazaču, koji je ujedno i vlasnik nepokretnosti, sledeju obe trećine, dok država svakako stiče trećinu. U dva slučaja nalaz neće dovesti do sticanja svojine. Nalazačima blaga se ne smatraju: a) radnici unajmljeni u svrhu traženja istog (plaćeni po ugovoru), osim ako je reč o slučajnom nalazu; b) nesavesni nalazač – utajivač, čija trećina pripada potkazivaču, odnosno "opštenarodnoj kasi" ako njega nema.

U regulativi pravnih posledica nalaza skrivenog blaga u *Opštem austrijskom građanskom zakoniku* možemo uočiti dve faze. Po prvobitnom rešenju OAGZ, svojina na nađenom blagu delila se na tri dela: po 1/3 bi pripala nalazaču, vlasniku zemljišta, i državi,³ dakle rešenje koje je preuzeto u SGZ. Odlukom Kralja iz 1846.⁴ država je izgubila pravo na 1/3, te je blago otad deljeno između nalazača i vlasnika stvari u kojoj je nađeno (po 1/2). Utajivač podleže krivičnom gonjenju i gubi pravo na nalazačku nagradu, a njegov deo pripada "potkazivaču", odnosno državi,⁵ ovoga puta supsidijarno.

Za razliku od rešenja SGZ i OAGZ (pre izmena), po kojima deo pronađenog blaga uvek pripada državi, odredbama OIZ je predviđena isključivo mogućnost sticanja privatne svojine na takvoj stvari, u dve situacije: 1) u slučaju nalaza blaga na nalazačevom dobru ono postaje "sasvim njegovo"; 2) a u slučaju nalaza na tuđem "poštenim i nezlomislenim načinom" 1/2 blaga pripada nalazaču, a druga polovina vlasniku zemlje u kojoj je pronađeno.⁶ Sticanje svojine nalazača po OIZ izostaje u tri slučaja, kada isključivu svojini na blagu stiče vlasnik zemlje: a) ako je blago "kriomice" nađeno u tuđoj zemlji; b) nađeno uprkos zabrani vlasnika zemlje; c) ako je nađeno, pa utajeno.

Komparacijom rešenja o pravnim posledicama nalaza skrivenog blaga sadržanih u predratnim propisima možemo zaključiti sledeće: 1) nalaz skrivenog blaga je u sva tri propisa predstavljao način sticanja svojine; 2) u dva propisa – samo privatne (OIZ i OAGZ nakon izmena), a samo u jednom (SGZ) bio je način istovremenog nastanka privatne i državne svojine; 3) kada je reč o modalitetu novonastale svojine, opšte pravilo u sva tri propisa je susvojina – za slučaj da su nalazač i vlasnik dobra u kom je blago nađeno različita lica, kao i za slučaj nalaza na sopstvenom dobru (kada se

¹ Tekst Nacrta videti u knjizi: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije (Auf dem Wege zu einem neun Sachenrecht Serbiens)*, (Beograd, 2007) str. 45.

² Videti: čl. 250 Srpskog građanskog zakonika, u daljem tekstu SGZ. Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju iz 1844. god. sa kasnijim izmenama (internet adresa: <http://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>).

³ Videti: čl. 399 Opšteg austrijskog građanskog zakonika, Justizgesetzsammlung, 1811. U daljem tekstu OAGZ.

⁴ *Opći austrijski građanski zakonik*, F. J. Spevec, (Zagreb, 1899) str. 131; I. Babić, "Nalaz skrivenog blaga", *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, broj LXVI/ 2010, str. 46.

⁵ Videti: čl. 400 OAGZ.

⁶ Čl. 79 Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. godine (internet adresa: <http://www.pravokutnik.net/a/imovinski.pdf>). U daljem tekstu OIZ.

blago deli sa državom); 4) obaveza nalazača u sva tri propisa je prijava nalaza nadležnom organu, jer savestnost nalazača je pretpostavka sticanja svojine. Ocenjujući ova tri modela, možemo zaključiti da je rešenje nekadašnjeg crnogorskog zakonika koncipirano na ideji i danas prihvaćenoj u više evropskih građanskih zakonika. Opravdanost zasnivanja isključivo privatne svojine nalazom je stav izražen i u starijoj domaćoj teoriji, uz obrazloženje da je neopravdano da jedan udeo u blagu bude namenjen državi kao suvlasniku.⁷ Takvo opredeljenje, u kome država nije suvlasnik, možemo objasniti kao posledicu generalno slabog upliva države u građansko pravo tog doba, što je zajednička odlika svih evropskih država 19. veka.

3. Pozitivno pravo Republike Srbije

Ono što pitanje posledica nalaza skrivenog blaga čini aktuelnim u srpskoj pravnoj teoriji i pored činjenice da se retko dešava, jeste njegova *neregulisanost* pozitivnim propisima. Čl. 20 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa predviđeni su načini sticanja svojine, a čl. 21 načini sticanja svojine po osnovu zakona.⁸ Način nabiranja ne upućuje na *numerus clausus*, usled ostavljanja mogućnosti sticanja svojine “i u drugim slučajevima predviđenim zakonom”.⁹

Postoji ipak jedna kategorija stvari koje predstavljaju skriveno blago, a da uz to imaju i svojstvo *kulturnog blaga*. Njihov nalaz predstavlja predmet regulisanja posebnog propisa – Zakona o kulturnim dobrima,¹⁰ pa u pogledu ove vrste skrivenog blaga ne postoji pravna praznina. Pojam kulturnog dobra *uži je od pojma skrivenog blaga*: samo ono pronađeno skriveno blago kojem je od strane nadležne institucije utvrđeno svojstvo kulturnog dobra. Otud u domaćem pravu ostaje neregulisan niz slučajeva nalaza blaga na koje ne možemo primeniti pomenuti zakon, usled njegovog posebnog karaktera u odnosu na režim skrivenog blaga, koji bi trebalo da bude uređen stvarnopravnim zakonom, kao opšti. Otud opravdano možemo postaviti pitanje kako ovu pravnu prazninu popuniti. U teoriji su predlagana različita rešenja, koja bismo mogli podeliti na nekoliko grupa:

- A) Prvu grupu predstavljaju predlozi primene *zakonske (pojedinačne) analogije* sa nekim srodnim regulisanim institutom. Pritom su u teoriji predlagana, kao moguća, tri takva instituta: 1) kulturna dobra; 2) izgubljene stvari; 3) derelin-kvirane stvari.
- B) Druga grupa predloga je *primena predratnih pravnih pravila*, a na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije.¹¹ U delu teorije se smatra da bi sudska praksa upravo njih trebalo da primenjuje u cilju popunjavanja ove pravne praznine,¹² ali u literaturi se konstatuje nespemnost sudija na njihovu primenu.

1. U teoriji je izložen stav¹³ po kome bi na skriveno blago analogno trebalo primeniti propise o nalazu *kulturnog dobra* iz čl. 28 Zakona o kulturnim dobrima (ZKD). U ovom zakonu je kulturno dobro definisano kao: “... stvari i tvorevine materijalne i duhovne kulture od opšteg interesa koje uživaju posebnu zaštitu utvrđenu ovim zakonom”.¹⁴ Na ovakvim stvarima, kao i na “dobra koja uživaju posebnu zaštitu”,¹⁵ bilo da se nalaze u zemlji ili vodi ili su iz nje izvađena, svojinu ima država. Nalazač ima samo pravo na nalazačku nagradu, i to uz uslov da u otkrivanju stvari nisu korišćena sredstva budžeta. Visinu nagrade utvrđuje ustanova zaštite kojoj se predmet daje na čuvanje.¹⁶ Pošto delatnost arheoloških iskopavanja i istraživanja obavljaju “ustanove zaštite”, ovakav nalaz mora se odmah, a najkasnije u roku od 24 časa, prijaviti nadležnoj ustanovi zaštite kulturnih dobara i ministarstvu unutrašnjih poslova.¹⁷ Ukoliko nadležna ustanova (muzej, arhiv, kinoteka i biblioteka) utvrdi svojstvo “pokretnog kulturnog dobra” takvoj stvari, nesporno se primenjuju odredbe ZKD.

Odredbe domaćeg ZKD smatramo adekvatnim pravnim režimom za pronađena kulturna dobra (kao jednu vrstu pronađenog skrivenog blaga). Zadatak svake države je da se stara o starim iskopanim predmetima koji imaju veliku istorijsku, kulturnu, naučnu vrednost, zarad obezbeđenja najadekvatnijeg načina zaštite, održavanja i korišćenja dobara od opšteg društvenog interesa.¹⁸ Ako

⁷ A. Đorđević, “Nalazak izgubljenih stvari i blaga”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1-2/ 2006, str. 268.

⁸ Načini sticanja svojine po osnovu zakona, predviđeni članom 21 ZOSPO su: stvaranjem nove stvari, spajanjem, mešanjem, građenjem na tuđem zemljištu, odvajanjem plodova, održanjem, sticanjem svojine od nevlasnika, okupacijom i u drugim slučajevima predviđenim zakonom.

⁹ Z. Rašović, *Komentar Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima*, (Podgorica, 2007) str. 250–251; D. Stojanović, *Komentar Zakona o osnovnim svojinskopravnim odnosima*, (Beograd, 1980) str. 72.

¹⁰ Zakon o kulturnim dobrima “Sl. glasnik RS” br. 71/94, 52/2011, 99/2011. U daljem tekstu ZKD.

¹¹ Čl. 4 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, “Sl. list FNRJ” br. 86/46, 105/46, 96/47.

¹² R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, (Niš, 2011) str. 151.

¹³ I. Babić, *loc. cit.*, str. 50.

¹⁴ Čl. 2 ZKD.

¹⁵ Čl. 4 ZKD definisana su dobra koja uživaju prethodnu zaštitu kao: “... stvari i tvorevine za koje se pretpostavlja da imaju svojstva od posebnog značaja za kulturu, umetnost i istoriju.”

¹⁶ Videti: čl. 73 Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, “Sl. glasnik RS” br. 88/2011.

¹⁷ Čl. 28 ZKD.

¹⁸ P. Tuor, B. Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (Zürich, 1979) str. 624.

je nalaz blaga od istorijskog, umetničkog ili kulturnog značaja, isti se mora prijaviti nadležnim službama u skladu sa zakonima o zaštiti spomenika kulture.¹⁹

Postavlja se pitanje: da li je ovakav pravni režim adekvatan i za skriveno blago koje nema svojstvo kulturnog dobra, tj. da li je primena analogije opravdana s obzirom na pravne sličnosti između ove dve kategorije stvari ili je pravne razlike onemogućavaju? Kulturno blago može, ali i ne mora biti dragocenost, dok je to nužan element pojma skrivenog blaga; skriveno blago koje nema svojstvo kulturnog dobra, nije od posebnog naučnog značaja, već samo stara stvar velike ekonomske vrednosti. Uprkos razlikama između ovih dveju stvari, postoje i sličnosti, u situaciji da je u oba slučaja reč o dragocenostima: i kulturno blago je po pravilu bilo dugo skriveno, a vlasnik je često nepoznat. Ovi elementi pomenute institute čine donekle pravno sličnim, što bi moglo da opravda primenu analogije sa kulturnim blagom, zarad popunjavanja pravne praznine.

2. *Primena analogije sa izgubljenim stvarima* je u teoriji predložena od strane pojedinih autora,²⁰ a to znači primenu Uputstva o postupanju sa izgubljenim stvarima iz 1949.²¹ i na skriveno blago. S obzirom na prethodno navedene razlike između ove dve kategorije stvari, smatramo ovu analogiju ne sasvim adekvatnom. Ove dve vrste nalaza nisu u dovoljnoj meri pravno slične – što je preduslov primene analogije.

Suštinska razlika je u tome što izgubljena stvar ne mora biti dragocenost i što njen izgubitelj postoji i može se javiti na oglas o njenom nalazu. On je državinu usled slučaja nevoljno izgubio, a moguć je njen povraćaj, dok je kod skrivenog blaga suprotno.²² Ono je voljom držaoca (skrivača) ili višom silom skriveno, a njegov vlasnik više nije u životu ili se to barem osnovano pretpostavlja (zbog dugog proteka vremena, često i više vekova), niti je moguće otkriti njegove naslednike. Budući da vlasnik izgubljene stvari može potraživati stvar, zakonom se nalaže prevashodno zaštita njegovih interesa, tj. stečenog prava svojine (predviđanjem obaveze povraćaja nađene stvari do isteka određenog roka). Vlasnik skrivenog blaga, ni njegovi naslednici se ne mogu utvrditi zbog proteka dugog vremena, pa primena procedure oglašavanja nalaza, predviđena Uputstvom o postupanju sa nađenim stvarima²³, nema smisla, jer se ova lica ne mogu javiti.

3. Treći predlog primene analogije tiče se *primene pravnog režima propisanog za derelinkvirane stvari*²⁴ koje se mogu prisvojiti okupacijom. Analogija sa ovom vrstom stvari čini nam se najmanje adekvatnom zbog važnih razlika između ovih instituta. Iako se na prvi pogled stiče utisak da je skriveno blago slično napuštenoj stvari, ono ne postaje s vremenom ničija stvar (predmet bez vlasnika)²⁵, već predmet čijeg vlasnika više ne možemo pronaći. Pozivajući se na argumentaciju da blago “više nije ničije”, baš kao i napuštena stvar, stariji pravni pisci su predlagali da blago pripadne onome ko ga prvi zauzme, dakle nalazaču, budući da više nema sopstvenika.²⁶ Ipak, ne možemo prevideti činjenicu da kod skrivanja blaga ne postoji *namera odricanja od državine i svojine*, da bismo skriveno blago smatrali napuštenim. Kod pravne radnje derelinkcije vlasnik više ne želi svojinu, što manifestuje voljnim napuštanjem državine; a istovremeno, to je upravo element koji ne odlikuje skriveno blago. Otuda nam se čini neosnovanom primena analogije sa napuštenim stvarima, jer nema pravne sličnosti među njima.

U prilog stavu da analogija sa derelinkviranom stvari nije adekvatna, u teoriji je ranije isticana problematika velike vrednosti skrivenog blaga kao nekompatibilna sticanju privatne svojine prisvajanjem. I danas se u literaturi mogu pronaći stavovi²⁷ da se okupacija smatra društveno prihvatljivom samo kod prisvajanja stvari manje vrednosti (npr. pročitanih novina ostavljenih na klupi, predmeta odloženih u kontejner...), iako se u ZOSPO ta razlika ne pravi. Skriveno blago, po definiciji, predstavlja dragocenost, po pravilu velike vrednosti, te kao takvo, ne bi moglo biti, po ovom mišljenju, prisvojeno nalazom. Ovu argumentaciju stava koji inače podržavamo, smatramo neadekvatnom, jer ovo ograničenje zakonom nije predviđeno, a pogotovo nije u duhu Ustavom zajamčene ravnopravnosti svih svojinskih oblika. Otud favorizovanje državne svojine samo na osnovu kriterijuma vrednosti predmeta prisvajanja, smatramo neodrživim.

S obzirom na brojne navedene razlike između derelinkvirane stvari i skrivenog blaga, smatramo primenu ove analogije najmanje adekvatnom u odnosu na tri pomenute: ključna razlika između ove dve stvari je u njihovom kvalitetu i vrednosti. Derelinkvirane stvari su najčešće bezvredne, a skriveno blago čine isključivo dragocenosti, koje uz to mogu imati i svojstvo kulturnog blaga, što ih čini dodatno vrednim (u naučnom smislu). Analogiju sa derelinkviranim stvarima pogotovo nije moguće primeniti

¹⁹ H. Koziol, R. Welser, *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, (Wien, 1988) str. 61.

²⁰ D. Popov, “Sticanje prava svojine okupacijom stvari”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1–2/2008, str. 361; O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, (Beograd, 1996) str. 120.

²¹ Uputstvo vlade FNRJ o postupanju sa nađenim stvarima, “Službeni list FNRJ”, br. 93/1949.

²² I. Babić, *Građansko pravo*, knj. 2, *Stvarno pravo*, (Beograd, 2012) str. 125. Navedeno prema: N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, (Kragujevac, 2012) str. 89.

²³ Uputstvo vlade FNRJ o postupanju sa nađenim stvarima, “Službeni list FNRJ”, br. 93/1949.

²⁴ Čl. 32 ZOSPO. “Na pokretnu stvar koju je njen vlasnik napustio, pravo svojine stiče lice koje je uzelo tu stvar u državinu sa namerom da je prisvoji (okupacija), ako zakonom nije drugačije određeno. Na nepokretnosti se ne može steći pravo svojine okupacijom.”

²⁵ Cf. M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, (Zagreb, 2004) str. 272.

²⁶ Videti: A. Đorđević, *loc. cit.*, str. 268.

²⁷ D. Popov, *loc. cit.*, str. 359.

zbog zakonom predviđene *obaveze prijave nađenog blaga nadležnom organu, radi utvrđivanja eventualnog svojstva kulturnog dobra*. Okupacija podrazumeva trenutno prisvajanje nađene stvari zasnivanjem državnine na njoj sa namerom sticanja svojine. Ako je u pitanju kulturno dobro, okupacija ne može dati trenutne rezultate; sticanje svojine nije moguće, jer je reč o stvarima na kojima je sticanje svojine zakonom imperativno isključeno. Primena ove analogije bi isključila obavezu prijave nalaza, što je pogrešno, jer ta činjenica je bitna u svim regulativama, što sugeriše drugačiju vrstu analogije.

Upoređujući adekvatnost u teoriji predloženih analogija, prva – sa kulturnim dobrom nam se čini najopravdanijom, s obzirom na slične pravne karakteristike ovog instituta i skrivenog blaga, što bi značilo primenu ZKD kao opšteg režima i za skriveno blago. *Ratio legis* ovakvog rešenja bila bi jedinstvena regulativa – sticanje državne svojine u oba slučaja, uz isplatu nagrade nalazaču. Sticanje državne svojine na antikvitetima starim par vekova čini se racionalnijim od sticanja privatne svojine, dok interes nalazača biva zadovoljen davanjem adekvatne nalazačke nagrade. Rešenje ZKD dovodi do istog rezultata kao Uputstvo, sa tom razlikom što izostavlja oglašavanje nalaza, što je kod skrivenog blaga i opravdano – jer se na oglas niko neće javiti.

Alternativa prethodnom rešenju je primena analogije sa izgubljenim stvarima, koje pokazuju veće razlike u pojmu u odnosu na skriveno blago, ali ipak postojanje sličnosti među njima – čini mogućom primenu i ove analogije. Pravna posledica nalaza izgubljenih stvari, predviđena Uputstvom je: sticanje državne svojine, uz nalazačku nagradu nalazaču, kao stimulaciju prijave nalaza. Razlika u odnosu na prethodno rešenje bila bi i u fiksno određenoj visini nalazačke nagrade (15% od vrednosti nađenog), dok je visina nagrade za nađeno kulturno blago šire određena ZKD kao “primerena nagrada” čiju visinu procenjuje ustanova kulture prema okolnostima slučaja. Jedino pravno neopravdanom smatramo analogiju sa derelinkviranim stvarima, zbog najvećih razlika u pojmovnim obeležjima ova dva instituta, na koje smo prethodno u radu ukazali.

B. Drugu grupu rešenja u teoriji predstavlja pozivanje na primenu predratnih pravnih pravila, koje smatramo ne samo adekvatnijim od pomenutih analogija, već i primarnim, s obzirom na hijerarhijski redosled rešenja za popunjavanje pravnih praznina u domaćem pravu. U nedostatku zakonskih propisa primenjuju se: 1) predratna pravna pravila (pod određenim uslovima); 2) običaj; 3) pojedinačna analogija; 4) opšta analogija (na osnovu opštih principa koji čine temelj našeg pravnog sistema, poput: pravičnosti, pravne sigurnosti itd). S obzirom na to da je nalaz skrivenog blaga (sokrovišta) regulisan *predratnim pravnim pravilima*, smatramo da njih sudovi treba da primenjuju, na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije. Uslov primene predratnih pravila je njihova usklađenost sa načelima Ustava

i državnog poretka Republike Srbije. S obzirom na Ustavom proklamovano načelo jednakosti svih svojinskih oblika²⁸ (privatne, zadružne i javne svojine) i njihovu jednaku pravnu zaštitu, smatramo rešenje predratnih pravnih pravila usklađenim sa ovim imperativom našeg pravnog poretka, stoga i primenljivim.

Na osnovu prava suda na izbor najboljeg rešenja od tri moguća,²⁹ kao najusklađenijeg sa potrebama pravnog poretka,³⁰ smatramo rešenje SGZ. U ovom zakonskom tekstu su država i nalazač određeni kao sticaoci svojine (suvlasnici), čime je ravnopravno omogućeno sticanje privatne i javne svojine na nađenom blagu. Druga dva pomenuta rešenja (OIZ i OAGZ nakon izmena) smatramo manje adekvatnim od rešenja SGZ, jer nisu u skladu sa Ustavnim načelom ravnopravnosti svih svojinskih oblika. Ova dva rešenja, o sticanju isključivo privatne svojine nalazom, usklađena su sa rimskim izvorom, kao i delom pozitivne evropske regulative. Ipak, čini se da je njima favorizovana privatna svojina na štetu javne, u situaciji gde nijedna strana (ni nalazač ni država), u sticanje svojine nije uložila nikakav ekonomski ekvivalent, a sa posledicom – neosnovanog obogaćenja sticaoca. Pritom i u rešenju SGZ se kao sticalac svojine osim nalazača, određuje i vlasnik stvari u kojoj je blago bilo sakriveno, što je, po našem mišljenju, neopravdano. Opravdanje sticanja svojine i od strane vlasnika stvari gde je blago pronađeno pojedini pravni pisci nalaze u činjenici da je on imao “najači izgled da stvar otkrije” i što je stvari “bio najbliži”.³¹ Međutim, ova argumentacija nam se ne čini valjanom, jer prostorna veza sa stvarju, za čije otkriće vlasnik mesta nalaza nije zaslužan, nije dovoljno ubedljiva za opravdanje njegovog sticanja susvojinskog udela. Ovakvo rešenje nam se pre čini “nasleđem” iz rimskog prava, koje su evropski zakonodavci nekritički preuzimali u svoje zakonske tekstove.

Na osnovu svega navedenog, najlošijim rešenjem od svih ponuđenih čini se nepostojanje opšteg pravila u ovakvim situacijama, te *ad hoc* i *nedosledno* opredeljivanje sudija za primenu nekog od ponuđenih pravnih režima, sa drastično različitim pravnim ishodima, što povređuje ne samo pojedinačni, već i opšti interes. U pravnoj teoriji se konstantno ponavlja da sudska praksa nije sklona primeni predratnih pravnih pravila³², kao ni primeni

²⁸ Čl. 86 Ustava Republike Srbije, “Sl. glasnik” br. 98/2006.

²⁹ SGZ, OAGZ ili OIZ.

³⁰ M. Konstantinović, “Stara pravna pravila i jedinstvo prava”, *Anali Pravnog fakulteta*, Beograd, br. 4, 1957. Navedeno prema: D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, (Beograd, 2000) str. 64–65.

³¹ H. Westermann, *Sachenrecht*, (Münster, 1960) str. 298.

³² Pojedine presude dokazuju da je sudska praksa ipak sklona primeni predratnih pravnih pravila kao primarnih (čl. 250. i 251 SGZ), što se vidi iz odluke Vrhovnog suda Srbije kojom je u rešenju Rev. 3471/2003 od 12. 3. 2004. usvojen zahtev vlasnika nepokretnosti u kojoj je drugo lice (nalazač) pronašlo zlatnu pojasnu garnituru. Međutim, nedoslednost

bilo koje od pomenutih analogija, sa posledicom – ne samo onemogućavanja sticanja svojine, nego često ni adekvatne nalazačke nagrade. Međutim, primećujemo da ovaj zaključak o stavu domaće sudske prakse autori često preuzimaju jedni od drugih, a da pritom ne navode sudske odluke u prilog takvoj tvrdnji. U svakom slučaju, pravni epilog, u kome je *apriori* favorizovana državna svojina, a bez garancije nalazačke nagrade destimulativno utiče na nalazače da prijavljuju nađeno blago koje je neretko velike vrednosti i od društvenog značaja.³³ Činjenica je da ovakva neizvesnost dovodi do pravne nesigurnosti, što je pravno posmatrano – najlošiji ishod.

4. Nalaz skrivenog blaga u Nacrtu zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije

U Nacrtu, kao predlogu budućeg stvarnog prava Republike Srbije, u odeljku 18, u čl. 184 do 188, regulisan je nalaz skrivenog blaga, kao osoben način sticanja svojine. Pozitivno možemo oceniti koncept Nacrta kojim je ovaj institut konačno normiran, čime bi se popunila pravna praznina u domaćem pravu i eliminisala pravna nesigurnost.

1. *Sticanje svojine.* U ovoj regulativi skriveno blago je određeno kao *svojina države*, što znači prihvatanje suštinski drugačijeg rešenja u odnosu na pravne posledice nalaza predviđene našim nekadašnjim propisima (SGZ, OAGZ, OIZ), što ga čini najbližim ZKD i Uputstvu. Osnovna obaveza nalazača je neodložno prijavljivanje nalaza “nadležnom državnom organu”.

2. *Nalazačka nagrada.* Sticanje privatne svojine nalazača, kao i vlasnika mesta nalaza je isključeno kao posledica nalaza, a zamenjeno je znatno užim pravom pomenutih lica – obligacionopravne prirode, potraživanjem isplate *nalazačke nagrade*,³⁴ u iznosu od po 25% vrednosti blaga. U hipotezi istog lica u ulozi nalazača i vlasnika visina nagrade je 33% vrednosti blaga, a u slučaju blaga velike vrednosti – sud smanjuje iznos nagrade, uz garantovani minimum od 8% od vrednosti blaga. Uprkos pojedinim kritikama upućenim ovakvoj mogućnosti korigovanja visine nagrade od strane suda, kao pravno nesigurne, smatramo adekvatnim prepuštanje sudovima prilagođavanja njene visine, prema okolnostima svakog pojedinačnog slučaja. Ako skriveno blago ujedno predstavlja i kulturno dobro nalazač ima pravo na uvećanje pomenute nagrade iz razloga pravičnosti.

u primeni pravnih režima, vidljiva iz obrazloženja presude, ogleđa se u istovremenoj primeni ZKD, kojim se predviđa isplata nagrade i SGZ, kojim je predviđeno sticanje susvojine navedenih lica. Primena SGZ bila bi adekvatna da nađeni predmet nema svojstvo kulturnog blaga; ali, s obzirom na potvrđeno svojstvo kulturnog blaga, primenu ZKD (*lex specialis*) smatramo jedino adekvatnom.

³³ R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, (Niš, 2011) str. 151; Z. Rašović, *Stvarno pravo*, (Podgorica, 2010) str. 183.

³⁴ Videti: čl. 187 stav 1–5 Nacrta.

U teoriji se navodi da je nalazačka nagrada ovakvim rešenjem pretvorena u protivvrednost nađenog blaga,³⁵ pa je kritikovana kao previsoka. Sa ovakvim stavom se ne možemo složiti, naročito ako primenimo ciljno tumačenje propisa o nagradi. Uz opredeljenje tvorca Nacrta da dodeli nađeno blago u svojinu državi, možemo postaviti pitanje: čime je nalazač motivisan da takav nalaz prijavi, a ne utaji ili proda na ilegalnom, tzv. “crnom” tržištu? Treba, dakle, pronaći sredstvo kojim će biti zadovoljen interes obe strane involvirane u pravni odnos nastao nalazom skrivenog blaga. Interes države je da dođe do državine, a time i svojine na nađenim stvarima veće vrednosti, a pogotovo u hipotezi u kojoj one imaju i svojstvo kulturnog dobra, a interes većine nalazača je da dobije adekvatan ekonomski ekvivalent. Tada, po našem mišljenju, opšti interes zahteva preveniranje nezakonitog, ujedno najnepovoljnijeg ishoda – ilegalne prodaje, zbog čega smatramo da je državi u interesu da plati *relativno visoku nalazačku nagradu*. Ekonomski posmatrano, država svakako profitira, jer biva obogaćena za najmanje 50% vrednosti nađene stvari. Teorijski, čak ni isplatom protivvrednosti blaga država ne bi bila na gubitku, jer bi praktično otkupila vrednost koja je od opšteg interesa, često ne samo ekonomskog, već i naučnog, kulturnog, istorijskog.

Ukoliko smo ocenili opravdanom ideju plaćanja protivvrednosti nađenog kulturnog dobra, primenom logičkog tumačenja *a maiori ad minus*, utoliko nam se čini opravdanim dozvoliti i manje od vrednosti pune naknade, a opet više od Nacrtom predviđenih. Ovo bi važilo za sve ostale slučajeve nalaza skrivenog blaga (kada ono nema svojstvo kulturnog dobra), kada država, po rešenju Nacrta, plaća nesrazmerno malu nagradu nalazaču, s obzirom na to da je besplatno dobila vrednost u koju nije ništa prethodno uložila. Nalazač ima pravo, ali ne i obavezu da primi nagradu, koje se može i odreći, s tim da odricanje mora biti izričito, što se podrazumeva, iako zakonom nije izričito regulisano. Francuski pravni pisci, kao posebno važno, ističu da se odricanje od ovog prava ne sme pretpostavljati.³⁶

3. *Nalazač.* Svojstvo nalazača se priznaje i slučajnom otkrivaocu blaga, kao i licu koje je tragalo za njim, što smatramo opravdanim rešenjem, s obzirom na mogući ishod nalaza – otkrivanje potencijalnog kulturnog dobra, čiji je nalaz i zbrinjavanje od javnog interesa. *Sunalazačima*, kao licima koja među sobom dele nagradu na jednake delove, smatraju se lica koja su: a) zajedno pronašla blago i uzela u posed; b) lica od kojih jedno prvo opazi blago, a drugo zasnuje fizičku državinu.

Nalazačem se ne smatra: 1) lice koje je na osnovu radnog, ugovornog ili drugog pravnog odnosa učestvovalo u traženju blaga,³⁷ što je i u uporednom pravu

³⁵ I. Babić, *loc. cit.*, str. 56.

³⁶ X. Henry, *et. al.*, *Code Civil*, (Paris, Dalloz, 2010) str. 931.

³⁷ Videti: čl. 185 stav 3 Nacrta.

opšteprihvaćeno rešenje. *Ratio legis* je da su ova lica već plaćena, najčešće po ugovoru o delu, te su dobila novčani ekvivalent za uloženi rad u pronalazanju blaga, dok se nalazačem tada smatra organizator radova, osim ako je nalaz bio slučajan;³⁸ 2) svojstvo nalazača nema ni nesavesni sunalazač, jer je savesnost koncipirana kao uslov *sine qua non* instituta nalaza blaga; 3) svojstvo nalazača stiče, a potom gubi lice koje prečuti nalaz, što za sankciju ima gubitak prava na nalazačku nagradu.

4. *Nepokretne stvari* su izričito označene kao jedine podobne za skrivanje blaga u kontekstu ove vrste nalaza, čime je ovaj režim isključen za pokretne stvari kao mesto nalaza skrivenog blaga. Time je isključeno pravo na nagradu nalazača, a nađena stvar se smatra svojinom vlasnika pokretne stvari. Ovakvo rešenje je verovatno posledica procene tvorca Nacrta da se pokretnosti po pravilu imaju uz sebe, te bi nagrada nepotrebno stimulisala druge da "zadiru" u naše stvari. Ipak, smatramo ovakvo rešenje neadekvatnim, jer su moguće i sledeće situacije u praksi: pokretna stvar može biti dobrovoljno data drugom licu na popravku (npr. automobil), restauraciju (umetnička slika), tapaciranje (stara stilska fotelja), pa da tako dođe do nalaza dragocenosti u njima. Pošto nije nađeno u nepokretnosti, blago ne bi imalo jedno neophodno svojstvo skrivenog blaga, te bi neopravdano izostala i nalazačka nagrada. Bez nagrade, ne bi bilo ni prijave nalaza, pa vlasnik ne bi ni saznao za nađene dragocenosti (koje bi verovatno bile utajene), što ovo rešenje Nacrta čini lošim.

5. *Troškovi* nalaza stvari, njenog zbrinjavanja, čuvanja pa i prijave nalaza koje je imao nalazač Nacrtom nisu regulisani, što smatramo propustom ove regulative, jer nalazačka nagrada je jedno obligaciono pravo koje nalazač stiče, a potraživanje nadoknade troškova drugo. S obzirom na to da Nacrt predviđa da svojinu nalazom stiče država, smatramo da je pravni položaj nalazača trebalo preciznije regulisati, jer je u pogledu troškova oko blaga nalazač osiromašio, što mu treba nadoknaditi.

5. Zaključak

Pozitivnim pravom Srbije nalaz skrivenog blaga nije regulisan, te postojeću pravnu prazninu ocenjujemo kao bitan nedostatak koji doprinosi pravnoj nesigurnosti. Nepostojanje opšteg pravila u ovakvim situacijama uslovljava nedosledno opredeljivanje sudija za primenu nekog od ponuđenih pravnih režima, sa različitim pravnim ishodima, čime se povređuje pojedinačni interes zainteresovanih lica, ali i opšti interes.

Do donošenja novog građanskog zakonika Srbije, ipak, ostaje pitanje: koji propis ili pravno pravilo primeniti? Primenjujući redosled koji proizilazi iz naših propisa, primenu analogije sa bilo kojim od tri ponuđena instituta (izgubljene stvari, kulturnim dobrom i derelinkviranom stvari) smatramo neadekvatnom. Primarna su predratna pravna pravila, na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti pravnih propisa, te njih treba i primeniti u cilju popunjavanja ove pravne praznine. Konkretno, rešenje SGZ, o nastanku susvojine države i nalazača, smatramo optimalnim i usklađenim sa Ustavnim načelom ravnopravnosti svih svojinskih oblika i opštijim – načelom pravičnosti. Ovakvim pravnim epilogom, oba pravno zainteresovana lica stiču svojinu ravnopravno (iako neosnovano obogaćena, jer u stečeno nisu ništa uložili). Ovo rešenje je bolje od onog u kome je samo jedna strana "nagrađena" svojinom, i favorizovana, na štetu druge.

Nacrtom, koji oličava predlog budućeg srpskog prava, nalaz skrivenog blaga je normiran kao osobena vrsta nalaza, što će doprineti pravnoj sigurnosti ubuduće i što smatramo važnim pomakom. Predloženu regulativu pravnih posledica nalaza možemo oceniti kao delimično zadovoljavajuću: rešenje Nacrta pripada modelu, koji možemo nazvati *čistim modelom sticanja državne svojine*. Gotovo sva novija zakonska rešenja podrazumevaju veći upliv države u sferu građanskog prava, često dajući primat državi kao sticaocu svojine – u cilju zaštite javnog interesa. Smatramo da je sticanje javne ili privatne svojine nalazom skrivenog blaga posledica procene zakonodavca o prevazi potrebe za zaštitom privatnog ili opšteg interesa u datom slučaju. Argument u prilog sticanju državne svojine nalazom je činjenica da će država po pravilu bolje zaštititi dragocenosti, adekvatnije ih čuvati i održavati.

Ipak, propustom Nacrta smatramo to što nije omogućeno sticanje privatne svojine na nađenom blagu čak ni supsidijarno, jer nije predviđeno pravo abandona državi, kao mogućnost eventualnog nastanka privatne svojine. Odricanje države od prava svojine, kada ona oceni da opšti interes ne zahteva njeno prisvajanje nalaza po sili zakona, znači mogućnost: 1) da se *država zaštiti od zakonske obaveze isplate nalazačke nagrade i troškova* povodom nalaza, što je opravdano, jer ona nije dobrovoljno stekla svojinu, već je na sticanje – zakonom obavezana; 2) *mogućnost nastanka privatne svojine supsidijarno*, što smatramo pravičnim, u situaciji Ustavom proklamovane ravnopravnosti svih svojinskih oblika, kao i dodatno stimulativnim u funkciji prijave nalaza. Ovakvim rešenjem bi suprotni interesi lica u ovom pravnom odnosu bili srazmerno zaštićeni. Bitnim propustom Nacrta smatramo i *neregulisanost naknade troškova* nalaza stvari, njenog zbrinjavanja, čuvanja i prijave nalaza koje je imao nalazač, odnosno treće lice. Nalazačka nagrada koja je Nacrtom predviđena je jedno obligaciono pravo koje nalazač po ovom osnovu stiče, a potraživanje nadoknade troškova drugo, te ga je tako trebalo i regulisati.

³⁸ Radnici koji su otkrili zlatan novac radeći na raščišćavanju zakrčene nepokretnosti stiču svojstvo nalazača, osim ako vlasnik kuće može dokazati da je on lično naredio i rukovodio istraživanjem u cilju otkrivanja blaga, kada svojstvo nalazača stiče on. Paris, 9. nov. 1948: JCP 1949. II. 4976, note Carbonnier.

Konačno, smatramo da bi ovakvo sveobuhvatno regulisanje instituta nalaza skrivenog blaga kakvo je predloženo Nacrtom, a koje svakako ocenjujemo kao znatni napredak, uz manje izmene kvalitativnog sadržaja, na koje smo u radu ukazali, predstavljalo najadekvatniji model za srpsko pravo *de lege ferenda*, u cilju zaštite pravne sigurnosti.

Aleksandra Pavićević

Die Rechtsfolgen eines Schatzfundes im serbischen Recht

(Zusammenfassung)

Die Autorin analysiert die Rechtsfolgen eines Schatzfundes als originärer Eigentumserwerb im serbischen Recht rechtshistorisch. Sie ist der Auffassung, dass die Tatsache, dass dieses Institut im positiven Recht Serbiens nicht geregelt ist, einen wesentlichen Mangel darstellt, der in der Praxis zu Rechtsunsicherheit führen kann. Weiter hält sie die in der Theorie vorgeschlagene analoge Anwendung der Vorschriften über Fundsachen, derelinquierte Sachen und Kulturgütern für nicht sachgerecht. Sie setzt sich deshalb für die Anwendung der vor dem Krieg geltenden Rechtsregeln des serbischen Bürgerlichen Gesetzbuches aufgrund des Art. 4 des Gesetzes über die Unwirksamkeit von Rechtsvorschriften ein. (Dieses, zu sozialistischen Zeiten erlassene Gesetz erklärte zum einen frühere Rechtsvorschriften für unwirksam; zum anderen ließ es aber in bestimmten Fällen bis zum Erlass neuer gesetzlicher Vorschriften zu einem bestimmten Thema die Anwendung früherer Vorschriften als sogenannte Rechtsregeln zu.) Die dortigen Regeln sehen den Erwerb von Miteigentum des Staates und desjenigen, der den Schatz gefunden hat, vor. Diese Lösung hat nach Auffassung der Autorin den Vorteil, dass sie im Einklang mit dem Prinzip der Gleichheit aller Eigentumsformen steht, der Gerechtigkeit entspricht und die widerstrebenden privaten und gesellschaftlichen Interessen in verhältnismäßiger Weise schützt. Demgegenüber sieht der Entwurf für das künftige Sachenrecht Serbiens das Modell des ausschließlichen Staatseigentums am Schatz vor. Dies impliziert einen höheren Grad an Einmischung des Staates in die Sphäre des bürgerlichen Rechts. Zwar kann die Einräumung des Primats des Staates beim Eigentumserwerb mit dem Schutz des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden, sowie damit, dass der Staat in der Regel Wertgegenstände adäquater bewahrt und erhält. Auch kann das private Interesse des Finders durch Auszahlung eines angemessenen Finderlohns gewahrt werden, was den in dem genannten Entwurf gewählten rechtlichen Ansatz annehmbarer macht. Dennoch ist die Autorin der Auffassung, dass der Entwurf unter verschiedenen Mängeln leidet. Diese seien: 1) im Falle eines Verzichtes des Staates auf das Eigentum ist kein subsidiärer Erwerb von Privateigentum durch den Finder vorgesehen ist, wie dies in den Rechten der Nachbarstaaten der Fall ist; sowie 2) der Umstand, dass kein Kostenersatz für den diejenigen, deren Schatz gefunden hat, (kumulativ neben der Auszahlung des Finderlohnes) vorgesehen wird.

Aleksandra Pavićević

The legal consequences of a treasure trove in Serbian law

(Summary)

The author analyses the legal consequences of a treasure trove as an original way of ownership acquisition in the Serbian law by methods of legal history. She believes that the fact that this institute is not regulated under the positive law of Serbia constitutes a substantial defect that may in practice lead to legal uncertainty. Furthermore she considers that the one in theory proposed analogous application of the provisions on lost property, derelict things and cultural assets is inappropriate. It is therefore that she advocates the application of the rules of Serbian Civil Code that was in force before the war, pursuant to Article 4 of the Law on Ineffectiveness of Legislation. (This Law, that was adopted during socialist times, declared on one hand earlier legislation to be ineffective; but on the other hand it allowed those earlier laws to be applied as so-called legal rules in certain cases pending the adoption of new legislation on particular subject.) The rules contained therein provide for the acquisition of joint ownership of the state and the person who has found the treasure. This solution, according to the author's consideration, has the advantage that it is consistent with the principle of equality of all forms of ownership, it further corresponds to justice, and it protects the conflicting private and social interests in a proportionate manner. In contrast to the aforementioned the Draft of the future Property Law of Serbia foresees the model of exclusive state ownership on the treasure. This implies a higher degree of state intervention in the sphere of civil law. Although the granting of the primacy of the state in ownership acquisition can be justified by the protection of public interest, as well as by the fact that valuables are generally maintained more adequately by the state. Also the private interest of the finder can be protected by paying a appropriate reward, which makes the legal approach provided for in the mentioned Draft more acceptable. Nevertheless, the author believes that the draft suffers from several deficiencies. These would be: 1) that in the event of a waiver of the state to the ownership no subsidiary acquisition of private ownership by the finder is foreseen, as is the case in the laws of neighbouring states; and 2) the fact that no reimbursement of costs for those whose treasure has been found is provided for (cumulatively in addition to the payment of Finder's reward).

Aktuelnosti iz prava regiona

Kauciona hipoteka – što je to? (uz primjer iz sudske prakse)

Dr. Jakob Nakić* / Bruno Ružička**

1. Uvod

Prije nego što se osvrnemo na konkretan postupak suda, smatramo potrebnim navesti i nekoliko crtica iz povijesti zemljišnih knjiga, jer će one umnogome doprinijeti lakšem snalaženju i razumijevanju postupka, samih upisa i prava koja se stječu upisima, a poglavito unutar instituta založnoga prava. Raspadom velikih posjeda, daleko u prošlosti, jačao je svekoliki promet nekretninama. Prometnost nekretninama postajala je sve kompliciranija, a množili su se i sporovi oko međa. Dolazilo je i do poricanja sklopljenih pravnih poslova i neispunjavanja preuzetih obveza. Takvi odnosi tražili su sigurnost i jamstvo u prometu nekretninama. Sigurnost se nastojala postići raznim sredstvima. Nastojalo se točno opisati posjed i međe, sastavljale su se pisane isprave, pozivani su svjedoci, uzimale su se prisega i uzimali jamci. Već u rimsko doba bili su poznati sastavljači raznih isprava i podnesaka tzv. *tabelliones*, koji se mogu smatrati pretečom današnjih javnih bilježnika. Pisano očitovanje bilo je vezano za određene forme i riječi, izdavano je uz prisustvo svjedoka, a uručenje "cartule" izvršio je notar. Kod ovoga sudskog čina bila je bitna sama predaja isprava, jer je ona zapravo zasnivala prijenos vlasništva. Prijenos uz tradiciju i investituru bio je u uporabi od V do X stoljeća. Sklapanje pravnih poslova pred javnošću tijekom vremena doživjelo je svoju preobrazbu, pa tako vidimo da već tijekom XIII stoljeća u pojedinim gradovima postoje stalno određene osobe, pouzdanci, pred kojima su se morali sklapati pravni poslovi, a da bi imali potpunu pravnu snagu. Vremenom se broj pouzdanika prisutnih kod sklapanja pravnih poslova smanjivao, pa je bila dostatna i prisutnost dvojice, a kasnije i samo jednoga pouzdanika. Prijenos se obavljao pred biskupima, opatima, pa tako i pred zagrebačkim kaptolom. Konačno je uveden običaj sklapanja pogodbi pred sudom. Ovako sklopljene pogodbe uživale su određene prednosti. Stečnik, koji je pogodbu sklopio pred sudom, pa onda nekretnine držao u posjedu godinu i jedan dan, uživao je punu zaštitu jer se pogodba više nije mogla razvrgnuti.

U nekim gradovima mogla se tražiti ovrha na založenim nekretninama za dospjelu tražbinu i bez prethodnog utuženja, ako je založna pogodba bila sklopljena pred sudom. Korisnost upisivanja prijenosa i tereta u posebne gradske i sudske knjige pokazala se svrhovitom, pa tako već u Praškom statutarnom pravu (iz XIV stoljeća) u čl. 109. nalazimo odredbu da svaki posjednik isprave providene gradskim ili sudskim pečatom mora ispravu, kojom se osigurava daća na kuću ili dvorno mjesto, u roku od godine dana od donošenja ove odredbe dati upisati u gradski registar, jer u protivnom isprava gubi pravnu snagu. Gradske knjige, ipak, nisu imale istu svrhu kao zemljišne knjige, jer se u njih nisu upisivale promjene vlasništva i tereti. Prve zemljišne knjige susrećemo već u XIII stoljeću u češkim zemljama, gdje je uveden princip da se stvarna prava, a poglavito vlasništvo na nekretninama može stjecati samo upisom u posebne samo u tu svrhu određene knjige. Ove knjige smatramo prvom pravom gruntovnicom, a poznate su pod nazivom "zemaljske daske" (*zemske desky*), *tabulae terrae*, radi važnosti nazvane i "dragocjenost zemlje" (*klenot zeme*). Naziv ove institucije "zemske desky" potječe otuda što su se posjedi prvobitno upisivali na daskama iz omorikovine, a kasnije na pergamentu. Najstarije poznate isprave potječu iz 1287., 1303. i 1309. god. Zemaljske daske su bile javne. Svako je imao pravo tražiti uvid i razjašnjenja njihovog sadržaja. Svi pravni poslovi vezani za nekretnine morali su se upisati u knjige, jer im se u protivnom nije priznavala valjanost. Nitko se nije mogao ispričati nepoznavanjem provedenih upisa. Upisano se smatralo nepobitnom istinom. Upis se mogao pobijati tužbom u roku od tri (3) godine i 18 tjedana. Dakle, postoje već načela javnosti i pouzdanja. Upisi se obavljaju uz izričito navođenje zemljišta na koje se odnose (načelo specijaliteta), naznačenjem pravnoga posla, vremenskim redosljedom i to na osnovu usmenog očitovanja stranaka učinjenog pred skupljenim saborom, kasnije pred članovima zemaljske daske, uz prethodnu prosudbu prava dispozicije i naslova za stjecanje, ako su se mogli dopustiti prema postojećem gruntovnom stanju (načelo legaliteta). Kako je razvidno, prva gruntovnica bila je utemeljena na načelima, koja vrijede i za današnju, modernu gruntovnicu. I danas Zakon o zemljišnim knjigama¹ propisuje za brisovnu tužbu rok od tri (3) godine, a isti se spominje i u članku 123. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima.² Ako

* Autor je znanstveni suradnik iz Rijeke.

** Autor je gruntovničar iz Zagreba.

¹ *Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13 – dalje ZZK.

² *Službeni list SFRJ*, br. 6/80, 36/90 i *Narodne novine*, br. 53/91, 91/96.

slijedimo genezu toga roka, možemo vidjeti da je uvijek preuzet iz jednoga ranijega propisa, njegovu pravu bitnost i izvorište naći ćemo tek u “*Majestas Carolina*” (točnije: *Codex carolinus*), Kodeks za češku, koji je 7. 4. 1348. izdao car Karlo IV za čijega je vladanja Češka kulturno uznapredovala i proširila svoje granice. U ovom kodeksu sabrane su u 127 rubrika (članaka) odredbe o podjeli nekretnina koje su spadale u kraljevo vlasništvo. Prema kodeksu, onaj koji je smatrao, da ima jače pravo na neke nekretnine, morao je svoj zahtjev najaviti kod vrhovnoga suda u neproduživom roku od 3 godine i 18 tjedana iza objavljena prijenosa (u zemljišnim knjigama) i zahtijevati kod zemaljskoga bilježnika da njegov zahtjev zabilježi uz odnosni spis prijenosa. Navedeni rok je bio općeniti češki rok za zastaru. Trajanje toga roka tumači se na način što pobijatelj mora imati priliku da šest puta pokrene postupak, a najviši sud se sastajao svake godine dva puta, dakle u tri godine šest puta. Za ostatak od 18 tjedana uzimalo se, da se za svaku važniju stvar imalo stranke tri puta pozvati, svaki puta uz rok od 6 tjedana. Zanimljivo je da se ovaj rok održao do danas. Prema članku 38. stavak 2. i 3. ZZK trogodišnji zaostaci kamata, koje vjerovniku pripadaju na temelju ugovora ili zakona imaju isti prvenstveni red kao i glavica. Trogodišnji zaostali zahtjevi godišnjih renta, doprinosa za održavanje i drugih periodičnih plaćanja imaju isti prvenstveni red kao i samo upisano pravo iz kojega ti zahtjevi proizlaze.³

Po starijem pravu razvilo se založno pravo u dva smjera. Njemačko pravo poznavalo je zalog na način, da se založeni predmet (pokretnine i nekretnine) predao u posjed vjerovniku. Rimsko pravo poznavalo je naprotiv založnu pogodbu i bez predaje založenoga objekta, poznavalo je, pače, i generalnu hipoteku, koja je teretila cijelu pokretnu i nepokretnu imovinu sadašnju i buduću itd. Iz oba sustava razvilo se založno pravo u smjeru da se založene pokretnine predaju u posjed, a nekretnine ne. Tragove njemačkoga založnoga prava nalazimo i danas u našim zemljišnim knjigama, posebno na područjima na kojima su se do 1853. god. primjenjivali ugarski propisi (primjerice: Varaždin, Čakovec itd. i jedan dio zagrebačkoga područja, koji je u prošlosti bio u nadležnosti varaždinskoga suda). Tako u starim upisima piše: uknjižuje se pravo vlasništva za korist: Antić Antuna, posjednik zaloga i Pavić Pavla, vlasnika zaloga, ili drukčije; Antić Antun, zalogodržac i Pavić Pavao, zalogodavac. Carskim patentom od 29. studenoga 1852. takve pogodbe “ne imaju pravne valjanosti, ako budu sklopljene poslije krijeposti občega građanskoga zakonika”. Ovršni zakon⁴ radi bolje i djelotvornije zaštite vjerovnika uvodi u naš pravni sustav novi institut osiguranja prijenosom vlasništva i prijenosom prava, koji je sastavni dio pravnih sustava nekih zapadnih

zemalja, pa nas i time svrstava u kontinentalnoeuropski pravni krug.

Možda je zanimljivo napomenuti o postanku hipoteka u Pruskoj i “*Allgemeine Edikt vom 20. September 1704.*”⁵ (Opći edikt) o kojem C. F. Koča⁶ u “*Allgemeine Hypotheken-Ordnung*”, Berlin, Guttentag, 1856., navodi kako je povod za donošenje ovog edikta bila nestašica novca koji je trebao za pokriće ogromnih troškova rata, pa je rečeno da hipoteka ne vrijedi ako nije upisana u javnu knjigu, a za spis hipoteke bila je propisana pristojba od 2%⁷ od vrijednosti tražbine. Pristojba se trebala plaćati kako za prijenos nekretnina, tako i za uknjižbu zaloga. Međutim, primjena ove odredbe odgođena je do 1750. god. i to uz obrazloženje da će odbijati strana ulaganja i promet nekretninama.

2. Što je kauciona hipoteka?⁸

Kaucija je jamstvo u gotovom novcu, vrijednosnim papirima ili prepuštanjem prava uknjižbe na imovinu da će se neka prihvaćena obveza ispuniti; služi i kao nadoknada za eventualnu štetu; jamčevina, polog. U svakodnevnom životu susrećemo se s kaucijom kada, primjerice, želimo u dućanu kupiti pivo, a nemamo bocu, već damo neki novčani iznos, koji trgovac zatraži, kao jamstvo da ćemo bocu kasnije vratiti. Ukoliko ne dođe do povrata boce, trgovac će zadržati položeni iznos.

U novije vrijeme, kaucija dolazi sve više u uporabu, posebno kod uvjetnih puštanja okrivljenih osoba iz pritvora, s tim da se kao jamstvo daju nekretnine tj. iznos jamčevine osigurava se hipotekom na nekretninama.⁹

Vidimo da se hipotekom na nekretninama mogu osigurati i buduće (možebitne tražbine), koje mogu nastati korištenjem kredita, naknade štete, jamstva, preuzetog posloводства. U svim ovim slučajevima iznos kaucije mora biti brojčano točno određen najvišim iznosom do kojeg se jamči.

⁵ Vidi na <http://books.google.hr/books?id=dyRGAAAACAAJ&pg=PA691&lpg=PA691&dq=20.+IX+1704.+lagerbucher&source=bl&ots=JnNbSfLbn&sig=SPzSfzraPbeiwPwVaJRh3pk3Wdk&hl=hr&sa=X&ei=JmwXVICTDoTIyAOZvoGIAg&ved=0CBoQ6AEwAA#v=onepage&q=20.%20IX%201704.%20lagerbucher&f=false>

⁶ Ravnatelj Kneževinskog suda kneževine Neisse (*Fürstenthumgericht zu Neisse*) Neisse, bivši njemački grad u Gornjoj Šleskoj, od 1945. Nysa, Poljska.

⁷ Ovo je zanimljivo jer se zadržalo u istom obliku do današnjih dana u odnosu na hipoteke.

⁸ Vidjeti antologijski rad Vladimir Grossmann, “Kreditna in kavcijska hipoteka”, *Slovenski pravnik*, Ljubljana, br. 5–6/36, str. 97–112., br. 7–8/36, str. 181–195., br. 9–10/36, str. 209–225., br. 11–12/36, str. 271–289., br. 1–2/37, str. 23–36. Za pravo Republike Slovenije vidi Matjaž Tratnik, “Različne vrste hipotek v slovenskem pravu”, *Pravni letopis*, Ljubljana, 2008., str. 11–23.

⁹ Vidi Zakon o kaznenom postupku članak 102. (*Narodne novine*, br. 76/09, 143/12) i članak 103. (*Narodne novine*, br. 145/13).

³ Zato se ta prava mogu brisati tek po isteku 3 (tri) godine od dana smrti nositelja tih prava.

⁴ *Narodne novine*, br. 57/96.

Založno pravo na nekretnini kojim se osigurava buduća tražbina koja bi mogla nastati iz odobrenog kredita naziva se kreditna hipoteka,¹⁰ dok se buduća tražbina koja bi mogla nastati iz preuzetog posloводства, s naslova jamstva ili naknade štete naziva kauciona hipoteka.¹¹

Sadržajno ista pravila o određenosti buduće tražbine koja se osigurava založnim pravom na nekretnini sadrži i Ovršni zakon u odredbama o dobrovoljnom sudskom ili javnobilježničkom založnom pravu.¹² Premda određuje da buduća tražbina mora biti "odrediva", buduća tražbina će biti odrediva ako je naznačen okvirni iznos buduće tražbine koja se osigurava s obzirom na određeni pravni odnos ili više pravnih odnosa između stranaka, te ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine između stranaka, te ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine nastale do tog okvirnog odnosa i vrijeme njezine dospelosti.¹³ Iz navedene formulacije proistječe da se i u odredbama OZ-a zahtijeva da mora biti određen najviši (okvirni) iznos tražbine, pravni temelj iz kojeg ona može proizaći, ali s nadopunom da stranke u sporazumu moraju izričito ugovoriti tko je ovlašten odrediti visinu i dospjeće tražbine.

Prema tome:

- hipotekarna osiguranja budućih potraživanja (kredit, kauciona hipoteka i dr.), koja će tek biti novčano izražena, osiguravaju se naznakom (brojčano) najvišeg iznosa jamčenja. U ovaj iznos uračunata je kamata kao i možebitni troškovi. Uknjižba pripadaka (kamate, troškovi utjerivanja i sl.) preko najvišeg iznosa nije dopuštena (članak 36. stavak 4. ZZK i članak 301. stavak 2. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹⁴);
- kod kaucionih i kreditnih hipoteka naznačeni iznos hipoteke predstavlja maksimum iznosa osiguranja, a stvarni iznos za koji jamči hipoteka ovisi o realizaciji;¹⁵
- kaucionom hipotekom može biti opterećeno i više nekretnina, pa takvu hipoteku nazivamo zajednička ili simultana hipoteka. Ovom hipotekom može se opteretiti više nekretnina kod istog suda ili više nekretnina kod više sudova, s tim da se jedan od uložaka mora označiti kao glavni, a svi ostali su sporedni;

- kauciona hipoteka postoji onda kada se hipoteka zasniva i upisuje u zemljišne knjige za potraživanje koje može, ali i ne mora nastati, a kreditna hipoteka se upisuje u zemljišne knjige za osiguranje cijelog potraživanja koje je banka odobrila vlasniku nekretnina u vidu kredita, iako svi iznosi odobrenog kredita još nisu iskorišteni;
- razlika između obične i ove (kreditne i kaucione) hipoteke je u tome što se kod obične hipoteke osigurava samo jedno potraživanje, a kod kreditne hipoteke je osiguran cijeli skup, cijeli niz budućih još ne postojećih tražbina. Takva hipoteka trenutkom upisa ne stvara samo prvenstveni red za navedenu tražbinu, već i samo založno pravo do najvišeg iznosa, koji je upisan.

Nije dopušteno da se kreditna ili kauciona hipoteka pretvaraju u drugu hipoteku, odnosno da se one upotrebljavaju za osiguranje drugih tražbina, koje ne izviru iz istog pravnog naslova. Svako založno pravo mora imati svoju valjanu uzročnost, odnosno pravni naslov.

3. Iz ugovora i tužbe

Ugovor, iz kojega je nastao prijepor, stranke su zaključile kao ugovor o izvođenju građevinskih radova.

Člankom 5. stranke su ugovorile:

*"U svrhu osiguranja potraživanja izvođača, koje čini ukupna vrijednost isporučenih radova, naručitelj se obvezuje dati osiguranje izvođaču zasnivanjem založnog prava na nekretnini čija vrijednost odgovara visini ugovorenih radova."*¹⁶

Založno pravo zasnovati će se posebnim sporazumom, neposredno nakon, zaključenja ovog ugovora."

Kako je bio postavljen tužbeni zahtjev vidi u točki 4.1.

4. Prvostupni pravorijek

Presudom Općinskog suda u Rijeci¹⁷ tužitelj je odbijen s tužbenim zahtjevom.

4.1. Izreka

"1. Odbija se tužbeni zahtjev koji glasi:

'Tuženik D. d.o.o. iz R, OIB: , je dužan trpjeti upis založnog prava – hipoteke u iznosu od 1.096.034,30 kn na nekretnini k.č.br.--- upisane u z.k.ul. k.o. , u korist tužitelja AG d.o.o. iz K, OIB: .

Nalaže se Općinskom sudu u Rijeci zemljišnoknjižni odjel upis založnog prava – hipoteke na nekretnini k.č.br. upisane u z.k.ul. k.o. u vlasništvu tuženika D. d.o.o. iz R., OIB: za iznos od 1.096.034,92 kn za korist tužitelja AG d.o.o. iz K, OIB:'

2. Nalaže se tužitelju da isplati tuženiku parnični

¹⁰ Milan Potkonjak, "Hipotekarni kredit i drugi instrumenti naplate kredita", *Banka*, br. 4/92, Zagreb, str. 66–68., Nikola Gavella, *Založno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1992., str. 51.

¹¹ Gavella, *op. cit.*, str. 62. i 63.

¹² Članak 261–272. Ovršnog zakona, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14 – dalje: OZ.

¹³ Članak 263.a stavak 22. OZ.

¹⁴ *Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12 dalje: ZVDSP

¹⁵ Vidi članak 1021. Zakona o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11 – dalje: ZOO.

¹⁶ Člankom 1. ugovorena je sveukupna vrijednost radova u iznosu od 1.096.034,30 KN.

¹⁷ P-138/12, od 27. rujna 2007. – neobjavljena.

trošak u iznosu od 52.550,00 kn, sve u roku od 15 dana i pod prijetnjom ovrhe.”

4.2. Iz obrazloženja

“Po stavu sud, ovaj pravni odnos stranaka, treba promatrati kroz primjenu odredbe čl. 311./1 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravim (ZV), kojom odredbom je propisano, da se prisilno sudsko založno pravo osniva na temelju odluke suda donesene u postupku prisilnog osiguranja tražbine, te da zakonske odredbe koje uređuju sudski postupak osiguranja novčane tražbine, određuju pretpostavke pod kojim sud može odlučiti da se osnuje prisilno založno pravo, a stavkom 2. cit. članka propisano je, da se na temelju odluke iz st. 1. cit. članka osniva prisilno sudsko založno pravo na način, koji određuju zakonske odredbe o ovrsi i prisilnom osiguranju, a pretpostavke za određivanje osiguranja prisilnim zasnivanjem založnog prava na nekretnini propisane su odredbom čl. 258. Ovršnog zakona, kojom odredbom je propisano, da se založno pravo osniva temeljem ovršne isprave. Odredbom čl. 21. st. 1. Ovršnog zakona propisano je, da je ovršna isprava između ostalog i ovršna sudska odluka, a odredbom čl. 23. st. 2. Ovršnog zakona, propisano je, da sudska odluka kojom je naloženo ispunjenje tražbine na neko trpljenje ili propuštanje ovršna je, ako je postala pravomoćna. Stoga, kroz primjenu naprijed citiranih zakonskih odredbi, da bi tužitelj mogao zahtijevati osiguranje svoje novčane tražbine zasnivanjem založnog prava na nekretnini tuženika, mora raspolagati ovršnom ispravom, te iz istih odredbi proizlazi, da tužitelj nije ovlašten u parničnom postupku tužbenim zahtjevom, zahtijevati određivanje uknjižbe prisilnog zasnivanja založnog prava na nekretnini tuženika radi osiguranja neke svoje novčane tražbine, osim isključivo u ovršnom postupku.

Odredbom čl. 307. st. 6. ZV-a, propisano je, da bi Ugovor u¹⁸ davanju u zalog nekretnine (Ugovor o hipoteci) mogao biti valjan, mora biti sačinjen u pisanom obliku, pa kroz primjenu cit. zakonske odredbe, sud utvrđuje, da bi tužitelj za uknjižbu hipoteke, morao prethodno ishodovati valjan pravni osnov, dok iz predmetnog Ugovora o izvođenju građevinskih radova ne proizlazi, da bi istim Ugovorom, stranke regulirale ovaj pravni odnos, stranke se čl. 5. cit. Ugovora regulirale, da će založno pravo zasnivati posebnim sporazumom, nakon zaključenja Ugovora o izvođenju građevinskih radova.”

4.3. Komentar odluke

U tužbi i ugovoru navedeno je: *“U svrhu osiguranja potraživanja izvođača, koje čini ukupna vrijednost isporučениh radova, naručitelj se obvezuje dati osiguranje izvođaču zasnivanjem založnog prava na nekretnini čija vrijednost odgovara visini ugovorenih radova.”¹⁹*

Založno pravo zasnovati će se posebnim sporazumom, neposredno nakon, zaključenja ovog ugovora.”

Nesumnjivo, ovdje se radi o preliminarnom ugovoru kojim je uređeno da će se založno pravo na nekretninama tuženika osnovati posebnim sporazumom, neposredno nakon zaključenja tog ugovora. Očito da do pisanog sporazuma nije došlo, pa je tužitelj ustao tužbom kako bi ishodio presudu, koja bi onda zamijenila “posebni sporazum”. Ali u tužbenom zahtjevu ne ističe se traženje na sklapanje sporazuma, jer tuženik to izbjegava, te nalog da se u određenom roku nalaže tuženiku sklapanje tog sporazuma, koji će u protivnom zamijeniti presuda.

Tužitelj je propustio postaviti takav tužbeni zahtjev, već je zatražio da sud utvrdi da je tuženik dužan trpjeti upis založnog prava, s tim da se takav upis naloži zemljišnoknjižnom odjelu.

Razmatrajući tužbene navode sud pogrešno utvrđuje da se ovdje radi o tražbini, naime iz ugovora o izvođenju građevinskih radova jasno proizlazi da se izvođač, ovdje tužitelj, želi osigurati da će izvršeni radovi biti i plaćeni. To osiguranje želi ostvariti upisom hipoteke na nekretninama naručitelja radova, ovdje tuženika. Dakle, radi se o budućoj tražbini (ako nastane i u kojem iznosu), a koja se osigurava kaucijom hipotekom. Prema tome, ovdje nema ovrhe, jer ne postoji ni tražbina, pa se u ovom predmetu ne može ni pozivati na odredbe Ovršnog zakona.

Ispravno je utvrđenje suda da za upis hipoteke mora postojati pisana validna isprava, koje u ovom slučaju nema. Isto tako ispravan je i zaključak da se upis (prisilni) hipoteke ima provesti u ovršnom postupku.

Ali, u ovom slučaju ne postoji tražbina, ni validna isprava, a niti se radi o hipoteci kojom se osigurava postojeća tražbina.

Ovdje se radi o kaucionoj hipoteci, dakle o hipoteci kojom se osiguravaju buduće tražbine, do koje/ih može, a i ne mora doći, pa samim tim nema mjesta primjeni odredbi Ovršnog zakona.

Tužbu je valjalo odbiti, ali iz sasvim drugih razloga s obzirom na postavljene tužbene zahtjev. Neprijeporno je da su stranke ugovorile da će posebnim sporazumom zasnovati kaucionu hipoteku. Međutim, tuženik je odbijao pozive tužitelja na zaključenje takovog sporazuma, poradi toga tužitelj je od suda trebao tražiti pravorijek, koji bi mogao glasiti:

“Nalaže se tuženiku XX da u roku od 15 dana zaključi s tužiteljem YY sporazum o zasnivanju kaucione hipoteke na nekretnini označenoj kao k.č. 111/1 upisane u z. k. ul. 12345 k. o. Stribor, do najvišeg iznosa od 1.096.034,30 kn, jer će u protivnom takav sporazum zamijeniti ova presuda.”

¹⁸ Radi se o očitoj pogrešci u pisanju pa bi umjesto slova “u” trebalo stajati slovo “o”.

¹⁹ Člankom 1. ugovorena je sveukupna vrijednost radova u iznosu od 1.096.034,30 kn.

5. Drugostupanjski pravorijek

5.1. Izreka

Županijski sud u Rijeci²⁰ svojom presudom, odlučio je:

“Odbijaju se žalbe tužitelja kao neosnovane i potvrđuje presuda Općinskog suda u Rijeci poslovni broj P-138/12 od 27. rujna 2012. godine.”

5.2.1. Iz obrazloženja

Drugostupanjski sud ovako obrazlaže svoju odluku:

“Naime, ugovor o hipoteci (hipotekarni ugovor) je ugovor kojim se obvezuje dužnik ili netko treći (zalagodavac) vjerovniku da će radi osiguranja određene vjerovnikove tražbine hipotekom na svojoj nekretnini dopustiti vjerovniku da svoje založno pravo (hipoteku) upiše u zemljišnu knjigu kao teret te nekretnine, a druga se ugovorna strana (vjerovnik) obvezuje da će čim prestane njezina tražbina osigurana tom hipotekom učiniti što je s njegove strane potrebno da bi se izbrisala hipoteka iz zemljišne knjige. S obzirom na citiranu zakonsku odredbu bitni sastojak svakog ugovora o hipoteci jest obvezivanje dužnika da dopusti upis stjecateljevog založnog prava u zemljišnu knjigu, pisani oblik traži se za valjanost takvog ugovora, a isti će se ispunjavati upisom i to knjizbom založnog prava u zemljišnu knjigu.

U konkretnom slučaju s obzirom na prilježnu dokumentaciju proizlazi da je između stranaka zaključen Ugovor o izvođenju građevinskih radova dana 10. studenog 2009. godine da se je u čl. 1. tužitelj obvezao za tuženika izvesti radove – zemljane radove, za rekonstrukciju nerazvrstane ceste i dijela državne ceste D 304 na nekretninama iz čl. 1. ugovora za cijenu od 1.096.034,92 kn bez PDV-a. Člankom 5. istog ugovora dogovoreno je da će u svrhu osiguranja potraživanja izvođača koje čini ukupna vrijednost isporučenih radova naručitelj dati osiguranje izvođaču zasnivanjem založnog prava na nekretnini čija vrijednost odgovara visini ugovorenih radova te je određeno da će se založno pravo zasnovati posebnim sporazumom, neposredno nakon zaključenja ovog ugovora. Prema Aneksu broj 3. od 31. svibnja 2011. godine proizlazi da je čl. 1. ugovoreno da iz razloga što je izvođač radova do 31. ožujka 2011. godine izvršio ukupno radova u vrijednosti 1.201.881,42 kn, što prelazi vrijednost kompenzacije za stan i garažu, izvođač će nastaviti sa radovima kada mu investitor po čl. 5. Ugovora da založno pravo na ugovorene nekretnine.”

5.2.2. Komentar odluke

Mada se kauciona hipoteka vrlo rijetko pojavljuje kao predmet sudskog spora pred sudovima, to ne znači da joj sudovi ne trebaju posvetiti dužnu pažnju. Naime, nepoznavanje prava ne opravdava²¹ pa ni sudove (konkretnije suce).

Tako je odredbom članka 36. ZZK propisano:

“(1) Hipoteka se može upisati samo glede točno određene svote u novcu. Svota može biti određena i u skladu s pravilima o valutnoj ili indeksnoj klauzuli.

(2) Uz tražbinu za koju je ugovoreno da se plaćaju kamate upisuje se i kamatna stopa. Ako su ugovorene zakonske kamate, umjesto kamatne stope, upisat će se: zakonska kamata.

(3) Uz tražbinu za koju je ugovoreno plaćanje anuitetima, umjesto kamatne stope, upisat će se: anuitetna otpлата.

(4) Ako se hipotekom osiguravaju tražbine koje bi mogle nastati iz odobrenoga kredita, preuzetoga posloводства, s naslova jamstva ili naknade štete ili druge tražbine koje bi tek imale nastati nakon nekoga vremena ili nakon ispunjenja nekoga uvjeta, u ispravi na temelju koje se dopušta upis dovoljno je odrediti najviši iznos glavnice koji mogu imati kredit ili odgovornost.”

Dakle, upravo stavak 4. regulira kaucionu hipoteku.

Naime, drugostupanjski sud u svojoj odluci obrazlaže stav o hipotekarnom ugovoru kao da se radi o sadašnjoj (već postojećoj), a ne budućoj (ako) tražbini.

Dakle, oba suda ispuštaju iz vida da se radi o hipoteci kojom se osigurava buduća moguća tražbina do nekog najvišeg iznosa.

Nije usamljen slučaj da se hipoteka na nekretninama smatra jednoznačnom i time se zanemaruje jedno od bitnih načela zemljišnoknjižnog prava, a to je načelo specijaliteta – određenosti.

Etimološko značenje riječi hipoteka (ὑποθήκη – *hypotheca*) je grčkog porijekla i predstavlja kovanicu riječi ὑπο “hypo” – ispod, pod, i θήκη “theke” – kutija, torba, depozit, prikupljanje depozita. Ta riječ dolazi od glagola “tithemi” – staviti, postaviti podložiti i riječi “theke”, a njihov zajednički smisao bi bio “staviti stvar pod nečiju vlast”.

6. “Vrste” hipoteka

Neki obveznopravni odnos može rezultirati založnim pravom na nekretninama ili pokretninama, svejedno. Ovdje se možemo osvrnuti na neke obvezne odnose uređene Zakonom o obveznim odnosima,²² koji su predmetom hipoteka.²³ Sadržaji ovih odnosa određuju i “vrstu” hipotekarnog upisa u zemljišne knjige.

6.1. Ugovor o zajmu

Ugovorom o zajmu obvezuje se zajmodavac predati zajmoprimcu određeni iznos novca ili određenu količinu drugih zamjenljivih stvari, a zajmoprimac se obvezuje vratiti mu poslije stanovitog vremena isti iznos novca,

²² “Narodne novine”, br. 35/05, 41/08, 125/11 – dalje: ZOO.

²³ O predmetu hipoteke vidi kod Nenad Tešić, O predmetu založnog prava, Pravni život, br. 10/03, Udruženje pravika Srbije, Beograd, 2003.

²⁰ Gž-2118/13, od 2. travnja 2014. – neobjavljeno.

²¹ *Ignorantia iuris nocet*.

odnosno istu količinu stvari iste vrste i kakvoće. Na primljenim stvarima zajmoprimac stječe pravo vlasništva.²⁴

Zajmoprimac se može obvezati da uz glavnica duguje i kamate. U trgovačkim ugovorima zajmoprimac duguje kamate iako nisu ugovorene.²⁵

Ova stipulacija jasno određuje definiciju zajma, a to je da zajmodavac odmah daje zajmoprimcu određeni iznos novca sa ili bez kamata, te odmah nastaje dužničko-vjerovnički odnos, jer zajmoprimac odmah postaje vlasnikom primljenog iznosa.

To dalje znači da je zajmoprimac odmah u obvezi vratiti dobiveni iznos u ugovorenom roku, pa će se hipoteka uknjižiti uz naznaku dobivenog iznosa i ugovorenih (ako) kamata i to u bročanom iznosu. Ovakvu hipoteku neki nazivaju i “obična hipoteka”.

Ne postoji apstraktna hipoteka, tj. hipoteka u kojoj iznos tražbine nije bročano naznačen već je navedeno da se uz glavnica imaju platiti i kamate koje će i ako biti promjenljive, a sve prema odluci banke. Nažalost takve apstraktno upise stalno susrećemo, što znači da načelo specijaliteta više ne postoji i, konačno, ne poštuje se niti zakonska odredba čl. 36. st. 1. ZZK i svjesno se radi protuzakonito.

6.2. Ugovor o kreditu

Ugovorom o kreditu banka se obvezuje korisniku kredita staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a korisnik se obvezuje banci plaćati ugovorene kamate i iskorišteni iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno.²⁶ Ugovor o kreditu mora biti sklopljen u pisanom obliku. Ugovorom o kreditu utvrđuju se iznos te uvjeti davanja, korištenja i vraćanja kredita.²⁷

Ovakva zakonska stipulacija određuje da se kreditor obvezuje osigurati određeni novčani iznos (držati ga u pričuvi) korisniku kredita. Za ovu pričuvu korisnik kredita plaća određenu naknadu, a sredstva kredita troši prema svom nahodjenju (namjenski ili nenamjenski) s tim da odnos dužnik-vjerovnik nastaje tek kada se iznos troši i u količini u kojoj je potrošen. Dakle, korisniku kredita stavljen je određeni iznos novca na raspolaganje i to u najvišem iznosu koji može potrošiti. Prema tome, iz kreditnog odnosa može nastati jedna ili više tražbina, sa ili bez ugovornih kamata. Upis hipoteke kod kredita upisuje se riječima: “*uknjižuje se pravo zaloga za kredit do najvišeg iznosa od ...*” U tom najvišem iznosu sadržana je i kamata i možebitni troškovi ili jednostavno s pripadajućim pravima – kratica spp – tako i nalazimo u nekim upisima u zemljišnim knjigama.

I kod ove hipoteke, koju nazivamo kreditna hipoteka, sudovi pored iznosa hipoteke upisuju i iznose kamata i kojekakve u sadašnjosti nepostojeće iznose, koji prema odluci banke mogu nastati kroz ugovoreno vrijeme trajanja hipoteke.

Sudovi i ovdje idu *contra legem*, točnije, protivno odredbi članka 36. stavak 4. ZZK i načelu specijaliteta (određenosti), što onda rezultira i nepovjerenjem u upisano i dokidanjem načela legaliteta, kao i načela potpunosti.

U svakodnevnom životu susrećemo se s kreditom. Malo tko nema kreditne kartice. Vlasnik kreditne kartice može kupovati robu, a izdavatelj kreditne kartice obvezuje se platiti kupljenu robu, s tim da je vlasnik kartice limitiran najvišim iznosom koji je odredio izdavatelj kartice. Vlasnik kartice dužan je izdavatelju kartice – kreditoru na kraju ugovornog razdoblja vratiti plaćeni iznos. Dakle, dužničko-vjerovnički odnos nastaje tek kada smo nešto kupili i kreditor je to platio, međutim tog odnosa nema ukoliko u mjesec dana ništa nismo kupili, no i dalje nam je kredit do najvišeg iznosa otvoren. Izdavatelj kredita mora uvijek imati određeni iznos novčanih sredstava koji su u pričuvi za plaćanje naših računa. S obzirom na to da ta sredstva ne može plasirati drugima, mi za to “čuvanje” moramo platiti naknadu u obliku godišnje članarine.

6.3. Akreditivi

Prihvatom zahtjeva nalagodavca za otvaranjem akreditiva, banka preuzima obvezu prema nalagodavcu da će otvoriti akreditiv korisniku uz uvjete sadržane u prihvaćenom nalogu za otvaranje akreditiva. Otvoreni akreditiv je neopoziva i konačna obveza banke korisniku akreditiva da će mu isplatiti određeni novčani iznos ako ovaj u roku podnese zahtjev za isplatom u skladu s uvjetima sadržanim u akreditivu.²⁸

Hipoteka kojom se osiguravaju akreditivi upisuje se na isti način kao i kreditna hipoteka.

6.4. Jamstvo, poručanstvo

Jamstvo se može dati za svaku pravovaljanu obvezu, bez obzira na njezin sadržaj. Jamčiti se može i za uvjetnu obvezu, a i za određenu buduću obvezu. Jamstvo za buduću obvezu može se opozvati prije nego što obveza nastane, ako nije predviđen rok u kojem ona treba nastati. Jamstvo se može dati i za obvezu nekoga drugog jamca (jamčev jamac).

Jamstvo, garancija, poručanstvo, kaucija, kako vidimo može se dati za svaku pravovaljanu obvezu, kao i za uvjetnu obvezu ili, pak buduću obvezu.

Kauciju dajemo u nekom određenom iznosu u kojem iznosu je sadržana i glavnica i pripadajuća prava (spp) – kamate, troškovi utjerivanja i sl., pa se i ova hipoteka ima uknjižiti bročanim navođenjem najvišeg iznosa.

²⁴ Članak 499. ZOO.

²⁵ Članak 500. ZOO.

²⁶ Članak 1021. ZOO.

²⁷ Članak 1022. ZOO.

²⁸ Članak 1028. ZOO.

6.5. Sažimanje

Za sve ove "vrste" hipoteka potrebne su validne isprave. Sve su to ugovori o hipoteci, ali njihova bit nije istovjetna. Njihov karakter mora biti vidljiv iz zemljišnoknjižnog upisa tako da ne bude sumnje kakav odnos se hipotekom osigurava, a isto tako ne smije biti sumnje koji iznos se osigurava. Ne smiju biti narušena načela zemljišnoknjižnog prava; određenosti (specijaliteta), legaliteta, pouzdanja, potpunosti.

Praktični bi značaj kreditna,²⁹ kauciona³⁰ i maksimalna³¹ hipoteka trebala imati kod osiguranja kredita iz određenog kontokorent³² odnosa koji postoji između dužnika i založnog povjerioca, ali se može desiti da ona ne ispuni tu ulogu. U njemačkom pravu ovakva hipoteka nema nikakvu praktičnu vrijednost i njenu funkciju je preuzeo zemljišni dug.^{33,34}

²⁹ Kreditna hipoteka se upisuje u zemljišne knjige za osiguranje cijelog potraživanja koje je banka odobrila vlasniku nekretnina u vidu kredita, iako svi iznosi odobrenog kredita još nisu iskorišteni.

Razlika između obične i kreditne hipoteke je u tome što se kod obične hipoteke osigurava samo jedno potraživanje, a kod kreditne hipoteke je osiguran cijeli skup, cijeli niz budućih potraživanja.

³⁰ Kauciona hipoteka postoji onda kada se hipoteka zasniva i upisuje u zemljišne knjige za potraživanje koje može, ali i ne mora nastati.

³¹ Stvarnopravni zakonik Republike Slovenije (*Uradni list*, št. 87/02, 91/13) ovako definira maksimalnu hipoteku:

*"Maksimalna hipoteka
146. člen*

- (1) *Hipoteka se lahko ustanovi tudi tako, da se določi najvišji znesek, do katerega za zavarovane terjatve jamči nepremičnina (maksimalna hipoteka).*
- (2) *Z maksimalno hipoteko se lahko zavaruje posamezna terjatev ali terjatve, ki izvirajo iz določenega pravnega razmerja, katerih višina v trenutku ustanovitve hipoteke ni določena.*
- (3) *Z maksimalno hipoteko so do najvišjega zneska zavarovane tudi vse obresti in stroški zavarovanih terjatev.*
- (4) *V primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, je prenos hipoteke izključen."*

³² Osoba koja prekoračuje dogovoreni iznos kredita.

³³ Vidi §§. 1191 do 1198, kao i §§. 1113. do 1190. *Das Bürgerliche Gesetzbuch* dostupan na <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Slično uređenje ima i Zakon o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene novine FBiH*, broj 66/13), koji ovako definira zemljišni dug:

*"Član 186.
Pojam*

- (1) *Zemljišni dug je ograničeno stvarno pravo kojim se opterećuje nekretnina na način, da se onome u čiju korist je nekretnina opterećena isplati određeni novčani iznos iz vrijednosti nekretnine, a svagdašnji vlasnik nekretnine je to dužan trpjeti.*
- (2) *Zemljišni dug se može osnovati u korist vlasnika opterećene nekretnine (vlasnički zemljišni dug) ili u korist treće osobe (ne vlasnički zemljišni dug)."*

Kada je u pitanju zemljišni dug, nema prepreke da se već pri njegovom zasnivanju da izjava o pristajanju na izvršenje za iznos zemljišnog duga – kolika će biti visina potraživanja, da li će ono uopće nastati nije relevantno, jer je ovo neakcesorno sredstvo osiguranja.

U ovome bi se, međutim, mogao više gledati dogmatski nego praktični problem. U Republici Hrvatskoj je maksimalna hipoteka *de lege lata* nepoznata, a *de lege ferenda* se samo posredno spominje.³⁵ Pa ipak, u praksi se bez problema ugovara i upisuje hipoteka, radi osiguranja kredita, koji treba da se isplati u ratama. Upisana suma odgovara planiranom ukupnom korištenju kredita, ali puna visina kredita se ne mora odjednom isplatiti (nego primjerice, prema fazama gradnje). Tako gledano, kreditna hipoteka je uvijek maksimalna hipoteka, kod koje visina potraživanja nije unaprijed određena i gdje je odgovornost ograničena na stvarno dugovano potraživanje, odnosno na stvarno isplaćeni kredit. Vjerovnik koji pokreće postupak ovrhe može tražiti samo stvarno dugovani iznos, zajedno s kamatama i on u pravilu nije identičan s iznosom upisane hipoteke, međutim, u svakom slučaju je ograničen upisanim iznosom.

Založno pravo na nekretnini osigurava tražbinu koja je novčana ili čija je vrijednost izražena u novcu, a u zemljišnim knjigama hipoteka se može upisati samo glede točno određene svote u novcu, s time da svota može biti određena i u skladu s pravilima o valutnoj ili indeksnoj klauzuli.^{36,37} Jednako tako tražbina mora biti dovoljno određena, a takvom se smatra kada su joj određeni vjerovnik i dužnik, pravni temelj, visina ili barem najviši iznos do kojega se osigurava zalogom.^{38,39} Hipotekom se može osigurati postojeća ili buduća tražbina, odnosno ona koja bi tek nastala nakon nekog vremena ili nakon ispunjenja nekog uvjeta.⁴⁰ Založno pravo na nekretnini kojim se osigurava buduća tražbina koja bi mogla nastati iz odobrenog kredita naziva se kreditna hipoteka, dok se buduća tražbina koja bi mogla nastati iz preuzetog posloводства, s naslova raznih jamstva ili naknade štete naziva kauciona hipoteka.

³⁴ Poblizje vidi Dietrich Reinicke - Klaus Tiedtke, *Kreditsicherung, Kreditsicherung, Neuwied*, Kriftel, Berlin, 1994., str. 292., Hans Jürgen Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherheiten*, 8. neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2000, str. 699.

³⁵ Vidi odredbu članka 36. ZZK.

³⁶ Članak 301. stavak 1. ZVDSP.

³⁷ Članak 36. stavak 1. ZZK.

³⁸ Članak 391. stavak 1. ZVDSP.

³⁹ Založno pravo koje osigurava neko potraživanje kao glavno ujedno osigurava i sporedna potraživanja kamata, troškova čuvanja zaloga i troškova oko ostvarenja naplate potraživanja. Ta sporedna potraživanja, da bi bila osigurana istim založnim pravom koje osigurava glavno potraživanje, ne moraju biti točno određena u istom smislu kao i glavno – dovoljno je i da su barem određiva. Vidi Gavella, *op. cit.*, str. 51. i dalje.

⁴⁰ Članak 301. stavak 2. ZVDSP.

Buduća tražbina koja se osigurava do unaprijed određenog iznosa, osigurava uz pojedinačnu tražbinu i sve eventualne buduće tražbine (primjerice naknada štete zbog povrede ugovornog odnosa) koje iz navedenog pravnog odnosa mogu proizaći za sve vrijeme dok on postoji. Individualizacija tražbine zahtijeva da u trenutku osnivanja hipoteke mora postojati i biti dovoljno određen pravni temelj iz kojeg bi nakon nekog vremena ili nakon ispunjenja određenog uvjeta mogla nastati tražbina koju osigurava založno pravo. Zbog zaštite založnih vjerovnika koji stječu založno pravo na kasnijem mjestu u prvenstvenom redu, unaprijed mora biti određen i najviši iznos do kojeg će biti osigurana buduća tražbina. Nekretnina odgovara ograničeno do tog iznosa čak i kada je nastala tražbina veća od najvišeg iznosa za koji je upisano založno pravo.

Sadržajno ista pravila o određenosti buduće tražbine koja se osigurava založnim pravom na nekretnini sadrži i Ovršni zakon u odredbama o dobrovoljnom sudskom ili javnobilježničkom založnom pravu.⁴¹ Premda određuje da buduća tražbina mora biti "odrediva", buduća tražbina će biti odrediva ako je naznačen okvirni iznos buduće tražbine koja se osigurava s obzirom na određeni pravni odnos ili više pravnih odnosa između stranaka, te ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine između stranaka, te ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine nastale do tog okvirnog odnosa i vrijeme njezine dospelosti.⁴² Iz navedene formulacije proistječe da se i u odredbama OZ-a zahtijeva da mora biti određen najviši (okvirni) iznos tražbine, pravni temelj iz kojeg ona može proizaći, ali s nadopunom da stranke u sporazumu moraju izričito ugovoriti tko je ovlašten odrediti visinu i dospeljeće tražbine.

Kauciona hipoteka postoji onda kada se hipoteka zasniva i upisuje u zemljišne knjige za potraživanje koje može, ali i ne mora nastati, a kreditna hipoteka se upisuje u zemljišne knjige za osiguranja cijelog potraživanja koje je banka odobrila vlasniku nekretnina u vidu kredita, iako svi iznosi odobrenog kredita još nisu iskorišteni.

7. Zaključno

Hipotekom se mogu osigurati potraživanja iz zajma, kredita ili jamstva (garancije, kaucije, poručanstva).

Dakle, uvjetno, možemo zaključiti kako postoje tri vrste hipoteka:

- hipoteka kojom se osigurava podijeljeni zajam, dakle isplaćen je određeni novčani iznos. U hipotekarnom upisu mora biti brojčano točno naveden iznos zajma (pozajmice). Ukoliko su ugovorene i kamate, onda one isto tako moraju biti točno brojčano navedene (primjerice; 8%, 10%, 12,5% itd.). Kod moguće

prisilne namire mogu nastati i neki dodatni troškovi kao što su troškovi parnice, ovrhe, procjene, dražbe i sl. Ti troškovi se osiguravaju u istom upisu, ali kao kauciona hipoteka, dakle navođenjem najvišeg iznosa, koji ti troškovi mogu doseći. Najviši iznos može biti izražen i postotkom u odnosu na glavnicu. S obzirom na navedeno, a u skladu s načelom specijaliteta, upis u zemljišnoj knjizi izgleda ovako:

"Na temelju ugovora o zajmu od.....uknjižuje se pravo zaloga na nekretnine u A za zajam u iznosu od 10.000,00 kuna sa 8% kamata godišnje i 10% eventualnih troškova za korist:

XX."

Ukoliko bi osoba dužnika bila različita od vlasnika nekretnina (založni dužnik i osobni dužnik su različite osobe), upis bi morao izgledati ovako:

"Na temelju ugovora o zajmu od.....uknjižuje se pravo zaloga na nekretnine u A za zajam podijeljen YY u iznosu od 10.000,00 kuna sa 8% kamata godišnje i 10% eventualnih troškova za korist:

XX."

- hipoteka kojom se osigurava odobreni kredit.

Ovdje imamo hipoteku, kojom se osigurava iznos odobrenog kredita, ali (uvjetno rečeno) ovdje još ne postoji dužničko-vjerovnički odnos, jer će tražbina nastati tek realizacijom kredita ili dijela u kojem je kredit realiziran. Dakle, ovdje osiguravamo najviši iznos do kojeg se zalogom osigurava buduća tražbina. Ovaj iznos obuhvaća kamate i moguće troškove, pa se ovi troškovi odmah navode u najvišem iznosu. Primjerice; kredit je odobren do iznosa od 10.000,00 kuna, a u hipoteci će se navesti iznos od primjerice 13.000,00 kuna. Upis u zemljišnoj knjizi izgleda ovako:

"Na temelju ugovora o zajmu od.....uknjižuje se pravo zaloga na nekretnine u A za zajam u iznosu od 10.000,00 kuna sa 8% kamata godišnje i 10% eventualnih troškova za korist:

XX."

- hipoteka koja služi kao jamstvo – garancija – kaucija, pa otuda i naziv kauciona hipoteka. Nije pogrešno tu hipoteku nazivati i jamstvenom hipotekom. Između kreditne i kaucione hipoteke nema razlike, osim svrhe osiguranja, pa će upis izgledati ovako:

"Na temelju pravomoćnog rješenja (suda) od..... br.....uknjižuje se pravo zaloga na nekretnine u A za kauciju u iznosu od 10.000,00 kuna u korist: Republike Hrvatske."

8. Kako se radi?

Evo nekoliko "kolosalnih" upisa za prosudbu:

1. *"Temeljem Sporazuma radi osiguranja novčane tražbine zasnivanjem založnog prava reg. br. 929/10 od*

⁴¹ Članak 199. do 308. Ovršnog zakona (*Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14 – na snazi od 1. 9. 2014.

⁴² Članak 302. OZ.

21.12.2010. i Dodatka 1. Sporazumu radi osiguranja novčane tražbine zasnivanjem založnog prava reg. br. 929/10 od 14.03.2012. uknjižuje se založno pravo u iznosu od 14.761.904,76 EUR, s ugovorenom kamatnom stopom u visini referentna kamata 3 mjesečni EURIBOR uvećan za kamatnu maržu 5,00 postotnih poena godišnje, te prema ostalim uvjetima iz Sporazuma i Dodatka br. 1. Sporazumu, za korist:”

2. “Temeljem Sporazuma o zasnivanju založnog prava na nekretninama i pravu na neposrednu ovrhu od 21. ožujka 2011., uknjižuje se založno pravo u iznosu od 100.000,00 EUR u kunsjoj protuvrijednosti po prodajnom tečaju Privredne banke Zagreb d.d. na dan dospijeca, s redovnom kamatom po stopi u visini tromjesečnog EURIBOR-a uvećanog za 4,25 p.p., minimalno 7,75% godišnje, promjenjiva u skladu s aktima Vjerovnika, s kamatom po dospijecu u visini zakonske zatezne kamate određene za odnose iz trgovačkih ugovora, a koja je promjenjiva u skladu s propisima i trenutno iznosi 17% godišnje, odnosno u visini redovne kamate ukoliko ista bude viša od zakonske zatezne kamate, naknadama, te drugim uvjetima utvrđenih Ugovorom i Sporazumom za korist:”

Evo (samo) ta dva primjera. Zemljišnoknjižni ulošci su prepuni takvih hipotekarnih upisa. Zanima nas kako bi se ponašali kupci kada bi nekretnine na kojima su upisane ove hipoteke bile izvrgnute dražbi.

Da li postoji netko tko bi mogao reći koliki je iznos osiguran hipotekom pod 1. Ako dražbujemo nekretninu moramo znati koliki dug opterećuje tu nekretninu. Ovdje to nije moguće utvrditi.

Da li je ovaj upis izvršen *lege artis*? Nije!

Povrijeđena su skoro sva načela zemljišnoknjižnog prava, a i sam zakon.

U drugom primjeru nalazimo još veću anomaliju. U upisu je navedeno:

“100.000,00 EUR u kunsjoj protuvrijednosti po prodajnom tečaju Privredne banke Zagreb d.d. na dan dospijeca”.

Znamo da je dopušteno iznos hipoteke odrediti u skladu s valutnom klauzulom (članak 36. stavak 1. ZZK), ali nismo

znali da se iznos hipoteke može odrediti u stranoj valuti s tim da glavnica IZNOSI KUNSKU PROTUVRIJENOST PO PRODAJNOM TEČAJU ... NA DAN DOSPIJEĆA.

Ovo je nonsens!

Opis kamate u drugom primjeru ostavlja bez misli. Kolika je kamata? Kolika je ukupna tražbina primjerice na današnji dan. To niti u banci ne znaju izračunati. Pa kako onda da te nekretnine dražbujemo? Ovakvim nebuloznim upisima opterećena je naša stvarnost. Strani investitori kada vide ovakve upise i ovakvu pravnu sigurnost, samo se okrenu i nestanu.

Uz sve to, ako i presudni sud ne zna razliku između kreditne i kaucione hipoteke i kroz pojedinačne odluke tako tumači zakone,⁴³ a pritom zaboravljajući da se naš pravni sustav sve više približava precedentnom pravu i da su te odluke presedani na koje se može indicirati u sukladnim predmetima, onda zakoni gube svoju funkciju.

*Curia causa mali, vitii schola, fabrica falsi!*⁴⁴

Dr. Jakob Nakić
Bruno Ružička

Aktuelles aus dem Recht der Region: Die Kautionshypothek: Was ist das? (Mit Beispielen aus der Rechtsprechung)

(Zusammenfassung)

In der Arbeit beschäftigten sich die Autoren rechtstheoretisch, aber auch aufgrund einer Analyse von Rechtsprechung, mit der Kautionshypothek. Einleitend wird die Kautionshypothek definiert. Dabei wird zuerst auf den Begriff der Kaution und einige praktische Anwendungsfälle eingegangen. Außerdem wird festgestellt, dass die Rechtsprechung sich nicht zum Wesen der Kautionshypothek äußert, so dass es in konkreten Rechtsfällen zu einer Vermischung von Instituten der Kautionshypothek mit Instituten des Zwangsvollstreckungsrechts kommt. Die Autoren zeigen aufgrund eines konkreten Falles unzutreffende Auffassungen der befassten Gerichte auf.

⁴³ *Cursus curiae est lex curiae.* (Praksa /način rada/ suda jest zakon za taj sud).

⁴⁴ Sud je izvor zla, škola mane i tvornica laži.

Aktuelnosti iz evropskog prava

Prof. dr. Zlatan Meškić

Redovna rubrika "Aktuelnosti iz evropskog prava" u ovom jubilarnom izdanju NPR bit će usmjerena ka najvažnijim razvojem unutar prava EU, prvenstveno novim razvojem u pristupanju Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i pregovorima između EU i SAD u pogledu Transatlantskog trgovinskog i investicionog partnerstva (TTIP). Pri tome neće biti zapostavljeni pojedinačni akti i presude iz oblasti evropskog prava inicirani ili usvojeni u periodu od objavljivanja protekle rubrike u decembru 2014. godine.

Pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava

Pristup Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda predstavlja jedan od najvažnijih razvoja unutar prava EU u posljednjih nekoliko godina. U decembru 2014. godine, s novim mišljenjem Suda EU, pristup je pretrpio je novi udarac (Sud EU, mišljenje 2/13, 2014). Prvo, da se prisjetimo da je historija diskusije i pregovora oko pristupanja EU veoma duga. Svoja prva mišljenja o pristupu EU EKLJP, Sud EU je dao već u 1991. (Sud EU, Mišljenje 1/91, *EEA*, 1991, I-6079) i 1996. (Sud EU, Mišljenje 2/94, *ECHR*, 1996, I-1759). Sada je čl. 6. st. 2. Ugovora o EU, prema kojem EU pristupa EKLJP, konkretizovan u Protokolu br. 8. Lisabonskog ugovora (Sl. list EU 2010, C 83/273). Na odgovarajući način je prilagođen čl. 17. Dodatnog Protokola br. 14 EKLJP i stupio je na snagu 2010. godine, nakon dugo čekane ratifikacije od strane Rusije. Sada čl. 59. st. 2. EKLJP propisuje da EU može pristupiti ovoj konvenciji. Međutim, oko uslova pristupanja EU EKLJP dogovor još nije na vidiku. Uslovi trebaju biti utvrđeni u sporazumu o pristupanju oko kojeg pregovori još traju. EU se pri tome oslanja na pregovore vođene oko Protokola br. 8. Lisabonskog ugovora, želeći da se osigura posebni status supranacionalnog karaktera EU, da se ne zadire u podjelu nadležnosti unutar EU, da se spriječi prebacivanje obaveza i odgovornosti iz EKLJP s država članica na EU (tzv. 'spillover'-efekt), te da se zadrži isključivo pravo Suda EU da tumači pravo EU prema čl. 19. UEU i čl. 263. Ugovora o funkcionisanju EU. Za Vijeće Evrope važno je da EU ne uživa privilegije u poređenju s drugim državama članicama EKLJP, da se pojedinci svih država potpisnica tretiraju jednako te da se izmjene EKLJP svedu na minimum. Sud EU je u svom Mišljenju 2/13 od 18. 12. 2014. godine naveo cijeli niz zamjerki na aktuelni nacrt

sporazuma o pristupanju. Između ostalog Sud EU smatra neprihvatljivim da bi bilo dopušteno najvišim sudovima država članica ESLJP-u uputiti zahtjeve za savjetodavna mišljenja o načelnim pitanjima tumačenja ili primjene prava i sloboda iz EKLJP, dok, s druge strane, pravo Unije zahtijeva da ti sudovi u tu svrhu Sudu EU podnesu zahtjev za prethodnu odluku na temelju čl. 267. UFEU. Nadalje, Sud EU smatra da nije isključena mogućnost da se sporovi između država članica ili između država članica i Unije u pogledu primjene EKLJP, a unutar materijalnog područja primjene prava Unije, iznesu pred ESLJP, što bi bilo suprotno čl. 344. UFEU. Također je, iznenađujuće, kritikovao uvedene mehanizme za osiguranje posebnog statusa EU, a to je mehanizam suprotivnika zahtjeva i postupka prethodnog uključivanja Suda, jer smatra da nije dovoljno preciziran način njihovog funkcionisanja. Stoga je prema veoma strogom mišljenju Suda EU nacrt sporazuma suprotan čl. 6. st. 2. Ugovora o EU, u kojem se kaže da pristupanje EU EKLJP ne utiče na nadležnosti EU kako su utvrđene Ugovorima. Tako je dat novi težak nalog Komisiji da buduće pregovore vodi poštujući navedene stavove. Cjelokupno mišljenje Suda EU na hrvatskom jeziku dostupno je na službenoj stranici Suda EU:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=43606>

Transatlantsko trgovinsko i investiciono partnerstvo (TTIP)

O pregovorima između EU i SAD u pogledu mnogo diskutovanog Sporazuma o transatlantskom trgovinskom i investicionom partnerstvu (TTIP), do sada nismo pisali u ovoj rubrici, kako se radi o dugotrajnom postupku koji će zasigurno trajati još određeno vrijeme. Sam sporazum treba da ima 24 poglavlja podijeljena u tri dijela: pristup tržištu, saradnja u pitanjima regulacije i propisi. Ipak, dogovor stranaka EU Parlamenta u Odboru za međunarodnu trgovinu Evropskog parlamenta o mnogo kritikovanom i spornom mehanizmu o rješavanju budućih investicionih sporova između investitora i države (ISDS), dovoljan je povod da se ovdje ukaže na dvije stvari. Kao prvo, o ISDS sistemu kojem je odbor Evropskog parlamenta dao podršku u svrhu nastavka pregovora koje vodi Komisija možete detaljnije pročitati u konceptnom izvještaju Komisije na engleskom jeziku:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

Ustanovljeno je da strani investitori unutar ISDS sistema neće imati više prava od domaćih, te da će se sporovi odlučivati od strane neovisnih sudija, s tim što bi u budućnosti trebao biti uspostavljen međunarodni sud za rješavanje investicionih sporova. Ipak, govorimo o nacrtu koji tek treba biti usvojen pred plenumom Parlamenta. Kao drugo, Komisija na svojoj web-stranici nastoji pregovore sa SAD-om o TTIP učiniti transparentnim, u mjeri u kojoj to smatra mogućim, pa se osnovne informacije o većem broju pregovaranih poglavlja mogu naći ovdje:

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230&serie=866&langId=en>

Informacija o zakonodavnim postupcima i usvojenim zakonodavnim aktima EU

U martu 2015. godine usvojena je nova Direktiva (EU) 2015/413 o razmjeni prekograničnih informacija o saobraćajnim prekršajima unutar EU. Svrha Direktive je da se poveća sigurnost u saobraćaju u EU i omogući efikasno prekogranično gonjenje počinitelja prekršaja u koje su ubrojani prekoračenje brzine, (ne)stavljanje sigurnosnog pojasa, vožnja pod uticajem alkohola ili droga, nekorištenje zaštitne kacige i sl. Cjelokupan tekst Direktive na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L0413&from=DE>

U Vijeću EU, nakon nekoliko godina pregovaranja, usvojen je 15. juna 2015. godine opći pristup Prijedlogu **Opće uredbe o zaštiti podataka** (Uredbe o zaštiti pojedinaca u pogledu prerađivanja ličnih podataka i slobode kretanja takvih podataka; KOM 2012, 12 konačno). Svrha Uredbe je da se na teritoriji EU na jedinstven način odgovori izazovima koje postavljaju nove tehnologije i sve veće online korištenje privatnih podataka. Tekst Prijedloga može se pronaći ovdje:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?qid=1434927491175&uri=CELEX:52012PC0011>

Vijeće EU donijelo je opći pristup Prijedlogu **Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom**, koja ima za cilj uspostavljanje "Societas Unius Personae" (SUP) kao novi oblik društva EU. Društvo je zamišljeno na način da se može osnovati sa simboličnim minimalnim kapitalom od jednog eura i da postoji mogućnost prekograničnog osnivanja putem interneta. Online osnivanje preduzeća bez fizičke prisutnosti izazvalo je pojačanu kritiku o kojoj je sada postignut kompromis sa snažnijim mogućnostima provjere eventualne zloupotrebe u državi osnivanja. Tekst Prijedloga Direktive na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?qid=1434928893735&uri=CELEX:52014PC0212>

U pogledu nove pravne regulacije putovanja na nivou EU uobličene u Prijedlog **Direktive o paket aranžmanima i potpomognutim putnim aranžmanima** (KOM 2013, 512 konačno), 28. maja 2015. godine ostvaren je kompromis unutar Vijeća EU. U svakom slučaju nova direktiva treba obuhvatati usluge "klikom do paket aranžmana" ("click-through arrangements") kao i pojedine dodatne usluge kupljene kod drugog ponuđača, ako se ostvari određena veza između samih ponuđača. Tekst Prijedloga Direktive na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0512&qid=1434930047248&from=EN>

Pravo advokata na slobodu mišljenja o postupanju sudije

Rubriku *Aktuelnosti iz evropskog prava* ovoga puta završavamo sa zanimljivim predmetom odlučenim pred Evropskim sudom za ljudska prava o advokatu iz Francuske koji je javno kritikovao istražnog sudiju. U časopisu *Le monde*, advokat je kritikovao sudiju za "povjerljiv odnos s državnim tužilaštvom, kakav je u potpunosti u suprotnosti s načelima nepristrasnosti i fer postupka". Kažnjen je novčanom kaznom zbog uvrede, a protiv ove kazne podnio je aplikaciju Evropskom sudu za ljudska prava (predmet br. 29369/10), koja je odlukom od 1. jula 2013. godine odbijena. U obrazloženju se navodi da advokat svojim izborom riječi uzimajući u obzir i ostale okolnosti slučaja, nije u dovoljnoj mjeri ispoštovao obavezu da doprinese dobrom funkcionisanju pravosuđa. U odluci Velikog vijeća Evropskog suda za ljudska prava od 23. aprila 2015. usvojena je žalba protiv navedene odluke, uz obrazloženje da advokati uživaju centralni status u pravosuđu kao posrednika između javnosti i sudstva. Kao takav on ima pravo da otvori debatu u javnosti o ispravnom funkcionisanju pravosuđa. Cjelokupan tekst odluke Velikog vijeća na engleskom jeziku može se pročitati ovdje:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-154265#{"itemid":\["001-154265"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-154265#{"itemid":["001-154265"]})

Prof. Dr. Zlatan Meškić

Aktuelles aus Europarecht

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe der Rubrik "Aktuelles aus Europarecht" wird über Fortschritte bezüglich der Frage des Beitritts der EU zur EMRK sowie der Verhandlungen zwischen der EU und den USA zum TIPP-Abkommen, die beide in Südosteuropa bislang nicht eingehend verfolgt werden, berichtet. Bezüglich des ersten Punktes wird darauf hingewiesen, dass der EuGH in seinem Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 eine ganze Reihe Kritikpunkte aufzählt, in denen der Entwurf eines Übereinkommens über den Beitritt der EU zur EMRK in die autonome Stellung der EU und in deren innere

Kompetenzverteilung eingreift. Sogar die eigens für den Beitritt der EU zur EMRK entwickelten Mechanismen des Vorabfassungsverfahrens und der Mitbeschwerdegegner, wurden unzureichend präzise formuliert und damit negativ bewertet. Die Kommission erhält damit einen schwierigen Auftrag für weitere Verhandlungen. Über die Verhandlungen zum TIPP-Übereinkommen wird mitgeteilt, dass sich diese nun auch auf Unterstützung durch das EU-Parlament treffen. Dieses nämlich ist am 28. Mai 2015 ein überraschender Kompromiss zum bislang sehr umstrittenen Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus (ISDS) gelungen. Berichtet wird auch über die wichtigsten angenommenen Gesetzgebungsakte der EU in den letzten Monaten. Hier wird zum einen die

Richtlinie (EU) 2015/413 vom 11. März 2015 zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Austauschs von Informationen über die Straßenverkehrssicherheit gefährdende Verkehrsdelikte kurz vorgestellt. Außerdem werden die Vorhaben der Datenschutz-Grundverordnung, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter und des überarbeiteten Europäischen Reiserechts vor dem Hintergrund der neuen Entwicklungen im Europäischen Gesetzgebungsverfahren in ihren wichtigsten Merkmalen präsentiert. Zum Schluss wird auf die neue EGMR-Entscheidung 29369/10 vom 1. Juli 2013 hingewiesen, in der einem Rechtsanwalt das Recht auf freie und kritische Meinungsäußerung in einer Zeitschrift über das Vorgehen eines Untersuchungsrichters anerkannt wurde.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Iz zakonodavstva

Zakonski propisana minimalna plaća kao novina u njemačkom pravu

Lenka Pavletič*

I. Pozadina

U Njemačkoj je nedavno, nakon dugotrajne rasprave, uvedena zakonski propisana minimalna plaća. Poneki inozemni promatrač se možda pita zašto se tako dugo raspravljalo o tomu prije nego što je donesena odluka da se poduzme taj korak.

Propisana minimalna plaća je dugo vremena bila isključena kao mogućnost zbog dotadašnjeg shvaćanja privatne i tarifne autonomije. Prema tim načelima, ugovorne strane trebaju imati pravo da samostalno odlučuju o sadržaju svojih pravnih odnosa (a time i o naknadni za rad kao sadržaju kolektivnih ugovora). Posebno se trebalo voditi računa o misli vodilji iz sudske prakse Saveznog ustavnog suda (Bundesverfassungsgericht), prema kojoj je tarifna autonomija područje, "u kojem stranke kolektivnih ugovora svoja pitanja načelno mogu uređivati u vlastitoj odgovornosti i bez utjecaja države".¹ Ograničavanje tog načela od strane države je legitimirano samo kao *ultima ratio*, dakle,

* Studentski suradnik na Institutu za međunarodno privatno pravo i komparativno pravo Sveučilišta u Bonnu (Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn) (prof. dr. Matthias Lehmann).

¹ Savezni ustavni sud (Bundesverfassungsgericht) 4. 7. 1995., predmet 1 BvF 2/86 i 1, 2, 3, 4/87 te 1 BvR 1421/86, Odluke Saveznog ustavnog suda (BVerfGE) 92, 365, 394.

kada u radnom odnosu između ugovornih strana dođe do snažne prevage jedne od ugovornih strana tako da pregovori "na istoj razini" više nisu mogući (tzv. strukturna podređenost²).³ U Njemačkoj je u prošlosti zaštita od takvog neravnopravnog odnosa kod plaća, u mnogim slučajevima, bila osigurana tako da je poslodavac bio vezan za kolektivne dogovore koji su u pregovorima postigli sindikati i udruge poslodavaca, pa stoga individualni pregovori o uvjetima radnog odnosa nisu bili potrebni. Međutim, budući da se smanjio obvezujući karakter kolektivnih ugovora i proširio sektor niskih plaća,⁴ zaštita na temelju kolektivnih ugovora više nije bila djelotvorna u svim područjima. Stoga se državna intervencija u tarifnu autonomiju smatrala opravdanom, pa je sukladno tomu tijekom "velike koalicije" CDU/CSU i SPD-a donesen Zakon o minimalnim plaćama.

II. Što je to minimalna plaća i od kada ona vrijedi?

U Njemačkoj od 1. siječnja 2015. godine vrijedi zakonski propisana minimalna plaća od 8,50 eura po jednom satu rada, koja je uvedena Zakonom o jačanju tarifne

² Savezni ustavni sud 23. 11. 2006., predmet 1 BvR 1909/06; Savezni ustavni sud 15. 7. 1998., predmet 1 BvR 1554/89, 963/94, Savezni ustavni sud 4. 7. 1995., predmet 1 BvF 2/86, 1/87, 2/87, 3/87, 4/87, predmet 1 BvR 1421/86, Savezni ustavni sud 28. 1. 1992, predmet 1 BvR 1025/82, predmet 1 BvL 16/83, 10/91, Savezni ustavni sud 26. 6. 1991, predmet 1 BvR 779/85.

³ Lakies, u: Mindestlohngesetz, Basiskommentar zum MiLoG (Zakon o minimalnoj plaći, osnovni komentar uz MiLoG), 2. izdanje, Frankfurt na Majni 2015., str. 60 rubna napomena 20.

⁴ U usporedbi s drugim državama EU, Njemačka (izuzev Litve) ima najveći sektor niskih plaća, vidi IAB-Kurzbericht (Skrraćeno izvješće IAB) 15/2013, str. 3.

autonomije (Tarifautonomiestärkungsgesetz)⁵, § 1. st. 2. Zakona o minimalnoj plaći (Mindestlohngesetz)⁶ (skraćeno: MiLoG). Tu minimalnu plaću moraju plaćati svi poslodavci, neovisno o veličini obrta ili trgovačkog društva ili trajanju i opsegu radnog odnosa. No, postoje specifičnosti za pojedine privredne grane za koje su uvedena prijelazna rješenja.

U tom se kontekstu postavlja pravno pitanje, koje osobe imaju pravo na tu naknadu. Budući da se minimalna plaća sukladno §§ 1. st. 1., 22. st. 1. reč. 1. primjenjuje na "radnike",⁷ ona se ne može primijeniti na osobe koje nisu zaposlene u svojstvu radnika (*argumentum e contrario*). Sukladno tomu, pravo na minimalnu plaću nemaju naučnici i osobe koje rade volonterski, osobe koje nisu u radnom odnosu, maloljetne osobe bez završene škole te tijekom prvih šest mjeseci zaposlenja ni osobe koje su bile dugotrajno nezaposlene. Međutim, praktikanti u smislu Zakona o strukovnom obrazovanju (Berufsbildungsgesetzes) se načelno smatraju radnicima i radnicama, te stoga imaju pravo na minimalnu plaću.⁸

III. Pitanja u vezi s minimalnom plaćom

S obzirom na novi propis i njegovo uvođenje, postavlja se više pitanja. Jedno od njih je, može li u pravnom sustavu, koji se temelji na načelima slobode sklapanja ugovora i tržišnog gospodarstva, uopće biti zadaća zakonodavca da utvrđuje minimalnu plaću. U obrazloženju zakona piše: "Opća zakonski propisana minimalna plaća je potrebna radi zaštite radnica i radnika."⁹ Razlog za tu tvrdnju je sljedeći: Zakonom o minimalnoj plaći se zadire u privatnu autonomiju građana koju propisuje Ustav. Budući da se radi o zadiranju na razini Ustava, isto je sukladno sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda opravdano samo onda ako je svrha toga zaštita temeljnih prava trećih osoba ili drugih pitanja koja imaju rang Ustava te ako se time poštuje načelo razmjernosti.^{10,11}

Kako bi se zadovoljili ti zahtjevi, pomoću Zakona se nastoje utvrditi naknade za rad koje su u skladu sa

zahtjevima vezanim za pravičnost,¹² koji su utemeljeni u Ustavu. Na taj se način želi osigurati, da osobe koje rade puno radno vrijeme, od toga mogu i živjeti. Dakle, ne radi se samo o tomu da radnik treba dobiti pravičnu naknadu za svoj rad, već zapravo o tomu da pomoću zarađenog može osigurati svoju egzistenciju.

Ako se to poštuje, socijalni sustav, koji bi inače tim ljudima morao plaćati financijsku potporu, ne samo da se rasterećuje, već se i osnažuje jer je minimalna plaća oporeziva¹³, a to znači da će radnici plaćati doprinose, te da će zbog toga doći do dotoka novca u socijalne sustave. No, treba voditi računa o tomu da minimalna plaća daje i dvostruki signal: naime, ona nije samo uputa da se nedovoljna naknada treba povećati, već i da veća plaća nije potrebna. Dakle, može dovesti i do toga da se poslodavci animiraju da plaće spuste na razinu minimalne plaće. Nadalje, kritičari minimalne plaće se boje da će minimalna plaća s jedne strane dovesti do smanjenja potražnje za radom i prema tomu do povećane nezaposlenosti zbog racionalizacije u poduzećima.¹⁴ S druge strane, upozoravaju na povećanje cijena proizvoda zbog povećanih troškova proizvodnje. Osim toga, prema njihovom mišljenju, moguća posljedica novoga zakona je i da će se poslovi koji nisu vezani za određeno mjesto prebaciti u inozemstvo¹⁵ i da će kao posljedica toga u Njemačkoj nestati radna mjesta. Protiv tog mišljenja, da će zbog minimalne plaće nestati radna mjesta, govore statistike koje nisu pokazale takve promjene. Takva posljedica nije nastupila ni kod minimalnih plaća za određene gospodarske grane prema AEntG-u,^{16,17} a i prve statistike o minimalnim plaćama ne pokazuju takav trend.¹⁸

¹² Ti se zahtjevi izvode iz čl. 2. st. 1. i čl. 20. st.1. Ustava.

¹³ G. Bosch, BT-Ausschluss-Drucks., Ausschuss Arbeit und Soziales (Odbor za rad i socijalna pitanja), 18(11)148,67; ISP Eduard-Pestel-Institut für Systemforschung (Institut za istraživanje sustava)/Hannover, Mindestlohn ist sozial und bringt Kaufkraft (Minimalna plaća je socijalna mjera i donosi kupovnu moć), 2013.

¹⁴ Branke/Müller, Gesetzlicher Mindestlohn – Kein verteilungspolitisches Allheilmittel (Zakonski propisana minimalna plaća – nije lijek za sve boljke politike raspodjele), DIW-Wochenbericht br. 39. 2013.

¹⁵ V. Rieble, "Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne" (Funkcionalnost općih i sektorskih minimalnih plaća), iz: *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung, 7. Ludwigsburger Rechtsgespräch*, Ludwigsburg, 19. November 2010 (*Minimalna plaća kao politički i pravni izazov, 7. Ludwigsburški pravni razgovori*, Ludwigsburg, 19. novembra 2010.), (München 2010.), str. 37.

¹⁶ Zakon o obveznim radnim odnosima za radnike i radnice koji su izaslan na rad u druge zemlje kao i za one koji su redovito zaposleni u tuzemstvu.

¹⁷ Vidi www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Meldungen/evaluation-mindestloehne.html?cms_searchArchive=0&cms_sortString=-score_&cms_searchIssued=0&cms_templateQueryString=evaluation.

¹⁸ Vidi aktualne ocjene DIW-a (F. Fichtner), Rheinischer

⁵ Zakon o jačanju tarifne autonomije je tzv. zakon s člancima, a ističe se time što istovremeno mijenja više različitih zakona, te što je na najvišim razinama raščlambе podijeljen na članke, a jedan se članak sastoji od više paragrafa.

⁶ Sljedeće odredbe su bez daljnjih navoda odredbe iz Zakona o minimalnoj plaći.

⁷ § 22. st. 1. reč. 1. propisuje: "Ovaj se zakon primjenjuje na radnice i radnike."

⁸ Iznimke i položaj praktikanata se na njemačkom jeziku opsežno razlažu na sljedećoj internetskoj adresi: <http://www.mindest-lohn.org/ausnahmen.html>.

⁹ BT-Drs. 18/1558, str. 27.

¹⁰ Razmjerne su one intervencije u temeljna prava kojima se, s jedne strane, želi postići legitiman cilj, ali koje su, s druge strane, zato i prikladne, potrebne i primjerene.

¹¹ Vidi Savezni ustavni sud 3. 4. 2001, predmet 1 BvL 32/97; Savezni ustavni sud 24. 4. 1996, predmet 1 BvR 712/86.

No, protiv minimalne plaće govori i to što su male plaće u određenim zanimanjima signalizirale da postoji prekomjerna ponuda. Tako su radnici zbog malih plaća odustajali od toga da se kvalificiraju za takva zanimanja. No, zbog minimalne plaće bi moglo doći do poremećaja signala te bi se radnici možda mogli tako navesti da odaberu pogrešno zanimanje.¹⁹

Osim toga, postoji bojazan da će se uslijed novih propisa na tržištu osjetiti negativni učinci, na način da će npr. nestati radna mjesta s malim plaćama te da će i neke usluge (npr. frizerske) poskupiti za potrošače.

No, prema ocjeni Savezne vlade minimalna plaća treba pridonijeti pravičnosti u tržišnom natjecanju budući da se time sprječavaju damping plaća i cijene koje narušavaju tržišno natjecanje.²⁰ Dakle, zakonski propisana minimalna plaća treba služiti slobodnom tržišnom natjecanju. I razmišljanja o sprječavanju siromaštva u starosti tu igraju bitnu ulogu.²¹

IV. Minimalna plaća kao pitanje prava Europske unije

Također postoje glasovi koji sumnjaju u to da je minimalna plaća u skladu s *acquisom*. Zabrana diskriminacije²² propisuje da se kod radnih uvjeta osobe na temelju svoga spola, starosti, vjeroispovijesti itd. ne smiju staviti u nepovoljniji položaj. Stoga je dvojbeno to što § 22. st. 2.²³ iz prava na minimalnu plaću isključuje osobe mlađe od 18 godina. No, cilj toga je da se mlade osobe zaštite od odluka vezanih za profesiju zbog kojih bi kasnije možda mogle zažaliti. Naime, to se obrazlaže time da se mladi zbog veće minimalne plaće za nekvalificirani rad ne smiju navesti na to da ne započnu slabije plaćeno naučavanje koje bi ih, srednjoročno gledano, ipak bolje kvalificiralo i stavilo u bolji položaj.

Kako bi se opravdala ta razlika između pojedinih starosnih skupina, propis bi trebao biti prikladan za ostvarenje legitimnog cilja (vidi gore). Iskustva iz drugih

Post online, 1. 4. 2015., "100 Tage Mindestlohn" (100 dana minimalne plaće) te BA (Weise), Tagesspiegel, 8. 3. 2015., "Der Mindestlohn war richtig" (Minimalna plaća je bila ispravna odluka).

¹⁹ V. Rieble, "Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne" (Funktionalnost općih i sektorskih minimalnih plaća), iz: *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung*, 7. Ludwigsburger Rechtsgespräch, Ludwigsburg, 19. November 2010 (*Minimalna plaća kao politički i pravni izazov*, 7. Ludwigsburški pravni razgovori, Ludwigsburg, 19. novembra 2010.), (München 2010.), str. 25.

²⁰ www.der-mindestlohn-gilt.de/ml/DE/Alle-Fakten/Hintergrund/hintergrund-zur-tarifautonomie.html.

²¹ Waltermann, Aktuelle Fragen des Mindestlohngesetzes (Aktualna pitanja Zakona o minimalnoj plaći), AuR 2015., 166 i d.

²² Zabrana je utvrđena u čl. 157. UFEU i Direktivi br. 2000/78/EZ.

²³ § 22. st. 2. propisuje: "Osobe u smislu § 2. stavka 1. i 2. Zakona o zaštiti rada mladih bez završenog stručnog obrazovanja ne smatraju se radnicama i radnicima u smislu ovoga zakona."

europskih država, međutim, pokazuju da to nije slučaj. Tako da minimalna plaća ne stvara negativne efekte na spremnost mladih da završe strukovno obrazovanje. Razlozi za početak ili završetak stručnog obrazovanja su razni, i razlog za to sigurno nije minimalna plaća. Isto tako se ne može prognozirati ni da će zbog ovog zakona doći do smanjenja nezaposlenosti kod mladih. Dapače, ovaj zakon nudi poticaj da se dio osoblja zamijeni mladima, što dovodi do tržišnog natjecanja po pitanju troškova plaće te je stoga u suprotnosti s gore navedenim ciljem.²⁴

V. Daljnje informacije o zakonski propisanoj minimalnoj plaći

Minimalna plaća je detaljno objašnjena na internetskoj stranici: <https://www.mindest-lohn.org>. Posebno je objašnjeno na koga se primjenjuje i u kojoj visini. Savezno ministarstvo za rad i socijalna pitanja izradilo je internetsku stranicu <http://www.der-mindestlohn-gilt.de/ml/DE/Startseite/start.html> na kojoj su objavljene sve činjenice o novom propisu i odgovori na najčešća pitanja. Usto, pored ovih izvora na njemačkom jeziku, postoji i dulji uvod u MiLoG na engleskom jeziku koji možete pronaći na adresi: http://www.reedsmith.com/files/uploads/alert-attachments/2014/Spielberger-Schilling_LAJ_03-14_Fall.pdf.

Novi instrument u njemačkom pravu o najmu prostora: uvođenje "kočnice za cijene najma"

Christian Beyer**

I. Pozadina zakona

Njemački zakonodavac je s nedavno uvedenom "kočnicom za cijenu najma" u njemačko pravo uveo potpuno novi socijalni instrument. Radi boljeg shvaćanja ovoga instrumenta potreban je pogled u trenutnu situaciju na tržištu stanova u Njemačkoj, ali pomoći će i pogled u povijest razvoja njemačkog prava o najmu. Današnje njemačko pravo o najmu, koje je uređeno u Građanskom zakoniku, polazi od pretpostavke da zemljišta i prostori posjeduju veliku socijalnu vrijednost jer su jedan od temeljnih preduvjeta za život i obavljanje profesionalne djelatnosti. Taj posebni značaj najamnine postaje još jasniji

²⁴ O toj problematici: Schubert, u: Düwell/Schubert (izdavač), Mindestlohngesetz, Handkommentar (Zakon o minimalnoj plaći, priručni komentar), Baden-Baden 2015., str. 47 do 49, rubna napomena 54 do 56.

** Cand. Jur. Köln, prijašnji studentski suradnik na Institutu za europsko pravo i komparativno pravo Sveučilišta u Kölnu (Institut für osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung der Universität zu Köln) (prof. dr. dr. h. c. Angelika Nußberger).

kada se uzme u obzir da Njemačka s 50% ima najnižu stopu vlasnika u EU.

Već kod izrade Građanskog zakonika (BGB) krajem 19. stoljeća socijalno pravo o najmu bilo je glavni predmet sukoba između onih koji su bili za usmjerenost nove kodifikacije prema njemačkom pravu i onih koji su zagovarali da to treba biti prema rimskom pravu. U središtu tog sukoba bilo je uvođenje današnjeg § 566. BGB-a koji sadrži načelo "kupovina ne prekida najam". U tom sukobu su se "germanisti" uspjeli nametnuti s odredbom koja je na snazi do danas. Stav germanista je kulminirao u izjavi jednog od njihovih predstavnika (Heinrich Brunner) da će BGB biti mrtvo slovo na papiru ako se zakonodavac ne "pomaže jednom kapi socijalno političkog ulja". Tijekom godina se pravo najma kroz brojne promjene doista pretvorilo u "socijalno" (najmoprimcima naklonjeno) pravo najma. I socijalna razmišljanja prvobitnog zakonodavca o prethodno navedenoj odredbi su u većoj mjeri realizirana, kroz dalekosežno ograničenje mogućnosti da se najam ograniči ili otkáže te ograničenje povećanja cijene najma u okviru već postojećih ugovora o najmu prostora.

Tijekom proteklih godina su razne promjene dovele do toga da je tržište stanova za najam u Njemačkoj postalo dinamičnije. Pored trenda reurbanizacije i time povezanog porasta potražnje za stambenim prostorima u centru gradova, posljedice globalne krize i time povezane krize povjerenja u eurozonu povećale su zanimanje za nekretnine kao oblik ulaganja koje zadržava vrijednost u vremenima nižih kamatnih stopa na ulaganja. K tomu dolazi stalno smanjenje javnih ulaganja u stanogradnju i povlačenje države iz gospodarenja stambenim zgradama. To povlačenje države još nije u potpunosti kompenzirano privatnim ulaganjima u izgradnju i stvaranjem stambenog prostora.

Pojačana potražnja za stambenim prostorom u urbanim područjima i ponuda stanova koja ne prati tu potražnju dovode do toga da ponuđači kod ponovnog iznajmljivanja mogu ostvariti znatni porast cijena najma po četvornom metru. To se odnosi posebno na prometno dobro povezane četvrti u velikim i sveučilišnim gradovima koje se smatraju atraktivnima. A to dovodi do potiskivanja građana slabijeg imovinskog stanja iz tih poželjnih stambenih dijelova. Usto, velika potražnja dovodi do toga da se troškovi za posrednike kod tih položaja u pravilu uglavnom prebacuju na najmoprimce, te su tako dodatni troškovni faktor za one koji traže stan, a koji preko tih posrednika skupo moraju platiti pristup tržištu nekretnina.

II. Novi zakon

1. Tekst nove odredbe

Zakonom o suzbijanju porasta cijena najma na napetim tržištima stanova i jačanju načela naručitelja kod posredovanja stanova (Zakon o izmjenama i dopunama prava najma – Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs

auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG)) koji je 1. lipnja 2015. godine stupio na snagu, izmjenom Zakona o uvođenju Građanskog zakonika (EGBGB) te određivanjem načela naručitelja u Zakonu o uređenju posredovanja kod stanova (BGBI. I 2015, str. 610) ovi se problemi žele riješiti uvođenjem tzv. kočnice za cijene najma u Građanskom zakoniku (BGB).

Ključ kočnice za cijene najma je novododani čl. § 556.d BGB-a koji glasi:

§ 556.d) Dopuštena visina cijene najma pri početku najma; ovlaštenje za donošenje uredbi: (1) Ako se

zaključi ugovor o najmu za stambeni prostor koji se nalazi u području s napetim tržištem nekretnina koje je pravnom uredbom sukladno stavku 2. određeno kao takvo, najamnina na početku odnosa najma smije biti najviše 10 posto iznad mjesno uobičajene slične cijene najma (§ 558. stavak 2.).

(2) Zemaljske se vlade ovlašćuju da uredbom mogu utvrditi područja s napetim tržištima nekretnina za razdoblje od najviše pet godina. O područjima s napetim tržištima nekretnina se radi kada je dostatna opskrba stanovništva sa stanovima za najam u nekoj općini ili dijelu općine po primjerenim uvjetima posebno ugrožena. To posebice može biti slučaj ako

1. cijene najma rastu osjetno jače nego u prosjeku SR Njemačke;
2. je prosječno opterećenje kućanstva cijenom najma znatno iznad prosjeka u SR Njemačkoj;
3. broj građana za stanove raste, a da se pritom kroz novogradnje ne stvara novi, potreban stambeni prostor ili
4. je malo praznih prostora, a potražnja velika. Pravna uredba iz reč. 1. mora stupiti na snagu najkasnije 31. decembra 2020. godine. Uredba se mora obrazložiti. Iz obrazloženja mora proizaći iz kojih se razloga u pojedinačnom slučaju radi o području s napetim tržištem nekretnina. Nadalje, iz obrazloženja mora proizlaziti koje će mjere zemaljska vlada poduzeti u području i razdoblju utvrđenom uredbom iz reč. 1. kako bi riješila tu situaciju.

2. Činjenični preduvjeti iz čl. § 556.d) BGB-a

Kako bi se ova odredba mogla razumjeti, korisno je da se ponovno prisjetimo federativne strukture Njemačke. § 556.d omogućuje saveznom zakonodavcu da ograniči visinu cijene najma kod novoiznajmljenih stanova u određenim područjima, tj. u onim područjima s napetim tržištem nekretnina (vidi § 556.d) st. 1.). No, konkretna odluka o tomu za koja područja to treba važiti je u nadležnosti zemaljskih vlada. U okviru ovlaštenja za donošenje uredbi iz § 556. st. 2. zemaljske vlade sada mogu odrediti da se kod općina ili dijelova općina radi o područjima s napetim tržištem nekretnina te tako kod

ponovnog iznajmljivanja odrediti ograničenje visine cijene najma na 10% iznad mjesno uobičajene cijene najma za slične objekte. (Sporazum o cijeni najma izvan tako određenih područja i dalje podliježe slobodi ugovaranja te se cijena može slobodno utvrditi između ugovornih strana). Mjesno uobičajena cijena najma za slične objekte koja se koristi kao mjerilo za dopuštenu visinu najma uređena je u § 558. st. 2. BGB-a te se treba formirati iz prosječno ugovorenih i izmijenjenih cijena najma u posljednje četiri godine za sličan stambeni prostor u toj ili sličnoj općini. Valjanost uredbi prema novoj odredbi ograničena je na pet godina, s tim da se uredbe mogu donijeti samo do 31. 12. 2020. godine te iste podliježu daljnjim zahtjevima. Zemaljske vlade uredbe sukladno § 556.d st. 2. reč. 5 i d. BGB-a opsežno moraju obrazložiti za svako područje koje je utvrđeno kao područje s napetim tržištem nekretnina te izložiti poduzete i planirane mjere za rješavanje te napete situacije. O napetom se stambenom tržištu sukladno st. 2. reč. 2. radi kada je osiguranje stambenog prostora za stanovništvo po primjerenim uvjetima posebno ugroženo. Primjeri mogućih pokazatelja takve ugroze navedeni su u st. 2. reč. 3. (porast mjesnih cijena najma iznad prosjeka u SR Njemačkoj, opterećenje zbog najma koje je veće od prosjeka u SR Njemačkoj, gradnja novih stanova koja ne odgovara potražnji, velika potražnja povezana s malim brojem praznih stanova). Međutim, to prema volji zakonodavca nije ni taksativni popis niti ti pokazatelji nužno moraju postojati kako bi se ispoštovala heterogenost tržišta stanova za najam i različita raspoloživost pouzdanih podataka o odnosnim pokazateljima te kako se svrha zakona ne bi ugrozila pretočnim, prespecifičnim unaprijed zadanim kriterijima.

3. Pravne posljedice nepridržavanja kočnice za cijene najma / iznimke od kočnice za cijene najma

Ako se ne poštuju zadane granice za visinu cijene najma, sporazum je prema § 556.g st. 1. BGB-a nevaljan za iznos koji prelazi tu granicu. No, najmoprimac povrat prekomjerno plaćene cijene najma sukladno st. 2. od najmodavca može zatražiti samo nakon pisanog, obrazloženog prigovora, a i tad samo za cijenu najma nakon tog prigovora. Pored ovog ograničenja za sankcije zbog povrede ove cjenovne granice, §§ 556.e, 556.f BGB-a uvodi još neke opće iznimke koje se odnose na primjer na novogradnje, koje su po prvi puta useljene nakon 1. 10. 2014. godine, ali i za stanove koji su opsežno modernizirani.

4. Rasprava o kočnici za cijene najma

Uvođenju kočnice za cijene najma prethodile su žustre rasprave. Protivnici ove nove odredbe smatraju da je ista zbog zadiranja u slobodu vlasništva sukladno čl. 14. Ustava neustavna. Osim toga, da iz praktičnih razloga nije prikladna za to da građanima slabijeg imovinskog stanja osigura pristup stambenom prostoru. Budući da suzbija ulaganja u postojeće i izgradnju novih stambenih prostora,

ova mjera, po njihovom mišljenju, čak može dovesti do suprotnog učinka od onoga što je zakonodavac htio postići. Zagovornici kočnice za cijene najma, nasuprot, smatraju da postojeća regulacija nije dovoljna. Oni prigovaraju posebno zbog iznimaka za novogradnje i modernizirane stambene prostore. Pravni praktičari, pak, kritiziraju da nova odredba, između ostaloga, zbog velikog broja neodređenih pravnih pojmova koji u sebi kriju mogućnosti za sukobe, sadrži mnoge rizike.

Kao nedostatak se ističu veliki broj neodređenih pravnih pojmova koji u sebi kriju mogućnosti za sukobe, nedostatak jedinstvene regulacije za apstraktno sudsko preispitivanje uredbi (s Berlinom, Hamburgom i Sjevernom Rajnom i Vestfalijom upravo dva najveća grada i savezna zemlja s najvećim brojem stanovništva ne predviđaju relevantan postupak za kontrolu normi sukladno § 47. st. 1. toč. 2. Zakona općem upravnom postupku (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO)) kao i, od uvođenja mjesno uobičajene cijene najma za slične objekte, znatne regionalne razlike kod utvrđivanja iste te izrazito velike razlike u kvaliteti podataka u pojedinim okruzima i gradovima.

5. Dodatne informacije

Daljnje informacije o kočnici za cijene najma nalaze se na internetskoj stranici Saveznog ministarstva pravosuđa i zaštite potrošača (BMJV) na njemačkom jeziku http://www.bmjbv.de/DE/Themen/BauenundWohnen/Mietpreisbremse/_node.htm, a izvještaji medija na tu temu npr. na: <http://www.welt.de/finanzen/immobilien/article138840347/Das-muessen-Sie-ueber-die-Mietpreisbremse-wissen.html> i <https://www.tagesschau.de/inland/mietpreisbremse-faq-101.html>. Analizu očekivanih posljedica kočnice za cijene najma Instituta za gospodarstvo (Institut für Wirtschaft) iz Kölna naći ćete pod: <http://www.iwkoeln.de/studien/iw-policy-papers/beitrag/philipp-deschermeier-heide-haas-marcel-hude-michael-voigtlaender-die-folgen-der-mietpreisbremse-201950>. Daljnje informacije na engleskom jeziku nalaze se na internetskoj stranici Deutsche Wellea:

<http://www.dw.de/german-parliament-passes-law-to-cap-sharp-rent-rises/a-18298581>

<http://www.dw.de/skepticism-as-berlin-takes-on-rising-rents/a-18492109>

Iz sudske prakse

Savezni ustavni sud ukorio uvjete u zatvorima

Christian Beyer

I. Polazišno pitanje i predmet u kojem je donesena odluka

Tretman zatvorenika često izaziva pitanja vezana za moguće povrede ljudskih i temeljnih prava. Njemački Savezni ustavni sud (Bundesverfassungsgericht – odluka od 18. 3. 2015. godine, predmet 2 BvR 1111/13, na njemačkom jeziku na internetu na adresi: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/03/rk20150318_2bvr111113.html) nedavno je morao odlučiti u predmetu koji se odnosio na to pitanje i došao je do zaključka da je u tom slučaju došlo do povrede temeljnih prava dotičnog zatvorenika. U konkretnom se slučaju radilo o zatvoreniku u ustanovi za osobe s psihičkim smetnjama. Isti je zbog odgođenog termina kod stomatologa bio frustriran, te je zbog toga galamio u svojoj ćeliji. Nakon toga su mu službenici zatvorske ustanove stavili lisice te su ga odveli u posebno osiguranu prostoriju, u kojoj nije bilo opasnih predmeta i koja je stalno bila pod videonadzorom. Tamo su mu oduzeli svu odjeću te je tek idućeg dana dobio hlače od materijala koji brzo puca i pokrivač. Potom je još jedan dan kasnije vraćen u svoju ćeliju.

Savezni ustavni sud je morao odlučiti o pitanju da li ovakav tretman predstavlja povredu ljudskog dostojanstva ovoga zatvorenika. Savezni ustavni sud je došao do rezultata da se i onda kada postoji opasnost od suicida, nijedan zatvorenik ne smije u potpunosti lišiti odjeće i tako zatvoriti u neku ćeliju. To vrijedi posebno onda ako je ćelija usto i pod videonadzorom.

Time je Savezni ustavni sud ukinuo odluke sudova prethodnih stupnjeva koje su glasile drukčije. Osim toga, Savezni ustavni sud je kritizirao da su se sudovi kod utvrđivanja činjeničnog stanja oslanjali na izjave zatvorske ustanove, iako je zatvorenik iste osporavao.

II. Zahtjevi vezani za nužno vlastito utvrđivanje činjeničnog stanja od strane suda

Savezni ustavni sud je u svojoj odluci jasno kritizirao redovne sudove. Naime, Zemaljski sud nije saslušao niti zatvorenika, niti službenike zatvora, niti liječnicu koja je radila vještačenje zatvorenika nakon njegovog boravka u posebno osiguranju ćeliji. Osim toga, Zemaljski sud nije priložio niti spise o žalbi zbog povrede službenih dužnosti upućene nadređenom tijelu protiv djelatnika zatvora niti o istragama od strane tužiteljstva protiv službenika zatvora, koje su u međuvremenu pokrenute. Naime, iz te bi se dokumentacije vidjele suprotnosti u iskazima od strane

zatvora. S tim u vezi je Savezni ustavni sud utvrdio da specijalizirani sudovi načela pravne države o pridržavanju važećeg prava i efektivnoj zaštiti temeljnih prava poštuju samo ako dovoljno rasvijetle činjenično stanje o kojem trebaju odlučiti. Ako to ne učine, onda su time počinili povredu jamstva pravne zaštite koja je u njemačkom pravu sadržana u čl. 19. st. IV. Ustava. S tim u vezi Savezni ustavni sud izlaže:

“Materijalno pogođena temeljna prava i temeljno pravo iz čl. 19. st. 4. Ustava su povrijeđeni ako sudovi bez dovoljnog rasvijetljavanja činjeničnog stanja mjere koje su poduzete u zatvoru, a kojima se zadire u temeljna prava potvrde kao zakonite (vidi Savezni ustavni sud, odluke 2. vijeća Drugog senata od 24. oktobra 2006. godine – 2 BvR 30/06 -, juris, rubna napomena 24 od 24. januara 2008. godine – 2 BvR 1661/06 -, juris, rubna napomena 38).”

III. Konkretni navodi o samougrožavanju potrebni su u pojedinačnom slučaju

Nadalje je Savezni ustavni sud prigovorio da je Zemaljski sud mjeru obrazložio samo općenitim izjavama o opasnosti od samoozljeđivanja. S tim u vezi je Savezni ustavni sud ustanovio da opće izjave, bez nužne sadržajne konkretizacije opasnosti od samoozljeđivanja, nisu dovoljne kako bi se potvrdila zakonitost naredbe da se zatvorenik skine do gola.

Savezni ustavni sud kritizira Zemaljski sud što nije prepoznao *“da se kod kumulativnog naređivanja pojedinih sigurnosnih mjera nužnost svake pojedinačne mjere mora detaljno obrazložiti (vidi s tim u vezi Visoki zemaljski sud (Oberlandesgericht) u Frankfurtu na Majni, odluka od 26. februara 2002. godine – 3 Ws 132/02 -, NStZ-RR 2002, S. 155 <156 f.>; vidi i Schwind/Grote, u: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, StVollzG (Zakon o izvršavanju kazne), 6. izdanje 2013. godine, § 88. rubna napomena 5; slično Feest/Köhne, u: Feest/Lesting, StVollzG (Zakon o izvršavanju kazne), 6. izdanje 2012. godine, § 88. rubna napomena 10).”*

IV. Daljnja utvrđenja Saveznog ustavnog suda

Zemaljski sud je zastupao mišljenje da je zatvor težinu zadiranja pokušavao umanjiti time što je zatvorska prostorija bila grijana (što je zatvorenik osporavao), te da se vodilo računa o osjećaju srama zatvorenika tako što nije svaki djelatnik zatvora imao pristup snimkama iz ćelije. S tim u vezi je Savezni ustavni sud smatrao da je dovoljno grijanje *“samo po sebi razumljivo te da nije baš prikladno da se time kao posebnim izlaženjem ususret od strane zatvora”* opravda to zadiranje u prava zatvorenika. Da je uostalom takvo grijanje *“minimalan preduvjet za to da se kod smještaja koje predstavlja zadiranje ne ugroze i druga temeljna prava zatvorenika – kao npr. njegovo pravo na tjelesnu nepovrijeđenost iz čl. 2. st. 2. reč. 1. Ustava”*.

Ograničeni krug osoba s pristupom snimkama, koji je pretpostavio Zemaljski sud, temelji se očito na želji suda, jer Savezni ustavni sud iz izjava predstavnika zatvora nije pronašao nikakve naznake vezane za broj osoba koje su imale pristup snimkama – što je uostalom označio irelevantnim jer *“tužitelj se već zbog samog saznanja i svijesti o permanentnom promatranju putem videokamera uz istovremeno potpunu razgoličenost [morao] osjećati poniženim i povrijeđen u svojoj intimi [...]”*.

Nadalje je Savezni ustavni sud vezano za kombinaciju potpune razgoličenosti zatvorenika i videonadzora ustanovio da jamstvo ljudskog dostojanstva iz čl. 1. st. 1. Ustava *“javnoj vlasti [...] brani svaki tretman [...], kojem nedostaje poštivanje vrijednosti koju svaki čovjek ima, neovisno o svom društvenom položaju, svojim zaslugama ili krivnji, već isključivo na temelju toga što je osoba (vidi Odluku Saveznog ustavnog sud 1, 97 <104>; 87, 209 <228>; 107, 275 <284>; 109, 279 <313>.”* A u odnosu na zatvorsku kaznu to znači da zatvorenik u zatvoru mora imati temeljne preduvjete za ljudski život. Potpuno razgoličavanje bez da mu se istovremeno na raspolaganje stavi posebna odjeća, uz smještaj u ćeliji koja je permanentno pod videonadzorom predstavlja povredu intime dotične osobe koja je zaštićena čl. 2. st. 1. u povezanosti s čl. 1. st. 1. Ustava. Bez nedvojbenog utvrđivanja opasnosti od samoozljeđivanja je zatvorenik bio *“[...] izložen neljudskom i ponižavajućem tretmanu koji predstavlja povredu članka 3. Europske konvencije o ljudskim pravima (vidi pojedinih Europski sud za ljudska prava, Hellig protiv Njemačke, presuda od 7. srpnja 2011. – 20999/05 -, § 56. f.)”* Potpuno razgoličavanje zatvorenika bez zamjenske odjeće, što Europski odbor za sprječavanje mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg tretmana označava kao neprihvatljivo i ponižavajuće, kod utvrđivanja razmjernosti zatvorskih uvjeta se „treba uzeti u obzir kao indicij međunarodnih standarda o ljudskim pravima (vidi odluke Saveznog ustavnog suda 116, 69 <90>; Odluke Vijeća Saveznog ustavnog suda 12, 422 <424>; 20, 93 <101>).”

Savezni ustavni sud je nadalje ustanovio da se odredbe njemačkog Zakona o izvršenju kazne o posebnim sigurnosnim mjerama moraju primjenjivati veoma pažljivo. Iste su sadržane u § 88. Zakona o izvršenju kazne (skraćeno: StVollzG, na internetu na njemačkom jeziku pod: <http://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/> a na engleskom pod: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stvollzg/index.html).

Ta odredba glasi:

§ 88. (Posebne sigurnosne mjere) (1) Protiv zatvorenika se mogu naložiti posebne sigurnosne mjere ako na temelju njegova ponašanja ili njegovog duševnog stanja u povećanoj mjeri postoji opasnost od bijega ili opasnost od nasilja prema osobama ili stvarima ili opasnost od samoubojstva ili samoozljeđivanja.

(2) Dopuštene posebne sigurnosne mjere su:

1. oduzimanje ili nedavanje predmeta,
2. promatranje po noći,
3. odvajanje od drugih zatvorenika,
4. uskraćivanje ili ograničavanje boravka na otvorenom,
5. smještaj u posebno osiguranoj prostoriji bez opasnih predmeta i
6. vezanje

(3) Mjere iz st. 2. toč. 1., 3. i 5. su dopuštene i onda ako se drukčije ne može spriječiti ili ukloniti opasnost od oslobađanja ili bitna smetnja u radu ustanove.

(4) U slučaju izvođenja, vođenja na sud ili sl. te u slučaju transporta vezanje je dopušteno i onda ako iz drugih razloga, osim onih iz st. 1., u većoj mjeri postoji opasnost od bijega.

(5) Posebne sigurnosne mjere se smiju provoditi samo u onoj mjeri u kojoj to zahtijeva njihova svrha.

S tim u vezi je Savezni ustavni sud ustanovio da je oduzimanje pojedinih odjevnih predmeta sukladno § 88 st. 1., st. 3. u povezanosti sa st. 2. toč. 1. StVollzG-a zbog opasnosti od suicida zatvorenika samo onda razmjerno, ako se zatvoreniku odmah na raspolaganje stavi posebna odjeća koja lako puca te se stoga ne može zloupotrijebiti za pokušaj samoubojstva *“kako bi mu se osigurala minimalna mjera intime te kako ga se ne bi degradiralo u puki objekt izvršenja kazne (vidi samo Arloth, StVollzG (Zakon o izvršenju kazne), 3. izdanje 2011. godina, § 88. rubna napomena. 4; Feest/Köhne, u: Feest/Lesting, StVollzG (Zakon o izvršenju kazne), 6. izdanje 2012. godina, § 88. rubna napomena 11).”*

Savezni vrhovni sud (BGH) odlučuje o odnosu slobode medija i zaštite privatnosti (“Prijenosno računalo ministra zemaljske vlade”)

Christian Beyer

I. Polazišno pitanje

Koliko daleko smiju ići mediji kada izvještavaju o privatnom životu političara? Kada prevladava interes javnosti za informiranjem, a kada pravo političara na privatnost. Nedavno donesena presuda njemačkog Vrhovnog suda (skraćeno: BGH) (presuda od 30. 9. 2014. godine, posl. br.: VI ZR 490/12) bavila se tim pitanjem. BGH je morao odlučiti prevaže li u konkretnom slučaju pravo na privatnost, koje je u Njemačkoj kao “opće pravo osobnosti” uređeno u čl. 2. st. 1. u povezanosti s čl. 1. st. 1. Ustava, ili sloboda medija i javni interes za informiranjem. Pritom je BGH došao do drukčijeg rezultata od sudova prethodnih stupnjeva koji su pravu na privatnost djelomično davali prednost.

II. Predmet o kojem je trebalo odlučiti

Što se dogodilo? Godine 2009. je bivšem ministru jedne savezne zemlje, u ne baš potpuno razjašnjenim okolnostima, nestalo prijenosno računalo na kojem su se nalazili e-mailovi iz kojih je proizlazilo da je ministar sredinom 90-ih godina imao izvanbračni odnos s jednom suradnicom, u kojem je 1997. godine rođeno njihovo zajedničko dijete. Ministar za to dijete nije plaćao alimentaciju. Budući da majka nikada nije otkrila njegov identitet kao oca, alimentacija je na temelju odgovarajućih propisa njemačkog prava plaćana iz državnog proračuna, bez da je država protiv ministra kao oca mogla ostvariti pravo na regres.

Nedugo nakon nestanka prijenosnog računala jedne su dnevne novine došle u posjed zbirke e-mailova tog ministra, koji su očito potjecali s tog prijenosnog računala. Nedugo nakon toga su urednici tih dnevnih novina ministra u jednom intervjuu konfrontirali s e-mailovima i sumnjom na prijevaru socijalnog osiguranja koja je iz toga proizlazila. Iako je ministar nakon toga ishodio privremenu mjeru kojom je tim dnevnim novinama zabranjeno izvještavanje o tom predmetu i citiranje e-mailova ili njihovo korištenje u neupravnom govoru, jedan je internetski portal, koji je ekonomski povezan s tim dnevnim novinama, objavio članak o čitavom slučaju pod naslovom "Ministar unutarnjih poslova pod pritiskom/prijevara socijalnog osiguranja?". Tokom narednih dana objavljeno je nekoliko članaka o ovoj priči u tim dnevnim novinama, na internetskom portalu i još jednim dnevnim novinama, koje su također ekonomski povezane s potonjima. Pritom su inkriminirajući e-mailovi izravno citirani ili su objavljeni u neupravnom govoru, a iz njih je, između ostaloga, proizlazilo da je ministar znao za nezakonito odobren predujam za uzdržavanje te da je nakon isteka socijalnih davanja više puta bio izričito zamoljen da plaća alimentaciju za svoje dijete. Ministar unutarnjih poslova je nakon toga dao ostavku na mjesto ministra, priznao očinstvo te je izjavio da je nadoknadio plaćanja za alimentaciju.

III. Odluka BGH-a

U pravnom sporu između ministra i medijskog poduzeća koji je nakon toga uslijedio, ministar je uspješno zatražio da se donese presuda protiv novina da ne smiju izvještavati o tom predmetu i objavljivati njegove e-mailove.

Medijsko poduzeće je protiv toga uspješno uložilo reviziju kod BGH-a. Naime, BGH je došao do rezultata da je u konkretnom slučaju interes javnosti na informacije jači od interesa ministra na privatnost.

U svom obrazloženju BGH je prvo istaknuo veliki značaj prava na privatnost i načelno ustanovio da iz

prava na informacijsko samoodređenje proizlazi i pravo "da sadržaj privatnih e-mailova ne dospije u javnost". Prema tomu bi objavljivanje e-mailova, koji bi se odnosili isključivo na seksualni odnos ministra, predstavljali povredu apsolutno zaštićene intimne sfere. No, u konkretnom slučaju dnevnim novinama nije bilo bitno da detaljno izvještavaju o tom intimnom odnosu, već su htjele objaviti da ministar nije ispunjavao svoju obvezu plaćanja alimentacije na teret državnog proračuna. A to pogrešno ponašanje ministra je od javnog interesa koji je jači od prava na zaštitu privatnosti. Vezano za to pogrešno ponašanje sud je naveo

"da se tužitelj dugi niz godina izvlačio od svoje ekonomske odgovornosti za svoju kćer E. te da je tu odgovornost prebacio na porezne obveznike. On je u vlastitom privatnom, ekonomskom i političkom interesu prihvatio da njegova bivša ljubavnica za njihovu zajedničku kćerku dobiva naknade, iako uvjeti za isplatu te naknade nisu bili ispunjeni."

Zbog toga je u ovom konkretnom slučaju utvrđeno da je ograničenje privatnosti ministra opravdano budući da prevaže pravo tuženog medijskog poduzeća na slobodu mišljenja i medija utemeljeno u čl. 5. st. 1. Ustava te čl. 10. st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima.

Treba uzeti u obzir da se u konkretnom slučaju nije moglo polaziti od toga da je medijsko poduzeće i samo sudjelovalo u nezakonitom pribavljanju informacija. Naime, u tom bi slučaju izvještavanje, već zbog sredstava korištenih za pribavljanje informacija, moglo biti nedopušteno. No, budući da medijsko poduzeće nije sudjelovalo u nezakonitom pribavljanju informacija, izvještavanje nije nedopušteno već zbog samih sredstava korištenih za pribavljanje informacija čak i ako to "treće osobe može ohrabriti na prodiranje u sferu povjerljivosti (vidi odluku Vijeća od 19. decembra 1978. – VI ZR 137/77, BGHZ 73, 120, 127)."

IV. Daljnje informacije

Obavijest za medije BGH-a uz ovaj predmet pronaći ćete pod:

http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0137/14,

a cjelovitu presudu pod:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VI%20ZR%20490/12>.

Kratki prikaz ovoga predmeta na engleskom jeziku nalazi se pod:

<http://merlin.obs.coe.int/article.php?id=15057>.

Aktuelles aus dem deutschen Recht**Aus der Gesetzgebung****Der gesetzliche Mindestlohn als Neuheit im deutschen Recht**

(Lenka Pavletič)

Neuartiges Instrument im deutschen Wohnraummietrecht: Einführung der "Mietpreisbremse"

(Christian Beyer)

Aktuelles aus dem deutschen Recht aus der Gesetzgebung und Rechtsprechung

(Christian Beyer und Lenka Pavletič)

Bundesverfassungsgericht rügt Haftbedingungen BGH entscheidet zum Verhältnis von Pressefreiheit und Schutz der Privatsphäre ("Laptop des Landesministers")

(Zusammenfassung)

Die Rubrik berichtet regelmäßig über das deutsche Rechtsleben. In dieser Ausgabe werden aus dem Bereich der Gesetzgebung das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – Mindestlohngesetz (MiLoG) (BGBl. I S. 1348) sowie das "Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG)" (BGBl. I 2015, S. 610) vorgestellt. Aus der Rechtsprechung werden der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18.3.2015 (Az: 2 BvR 1111/13) zu den Voraussetzungen des § 88 StVollzG und das Urteil des BGH vom 30.9.2014 (Az: VI ZR 490/12) zur Abwägung zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Informationsinteresse der Öffentlichkeit anhand von E-Mails aus dem verloren gegangenen Laptop eines Ministers dargestellt. Wie in dieser Rubrik üblich werden interessierten Lesern auch Hinweise auf über das Internet leicht erreichbare zusätzliche Quellen zu den behandelten Themen in deutscher und, soweit vorhanden, in englischer Sprache gegeben. Außerdem werden einschlägige Normen und wichtige Passagen aus besprochenen Gerichtsentscheidungen in Übersetzung wiedergegeben.

Propisi i materijali

Mehanizmi ujednačavanja sudske prakse u nemačkom pravu

Holger Hembach* / dr Stefan Pürner**

A. Uvod**I. Opšte napomene o ujednačavanju sudske prakse**

Ujednačavanje sudske prakse je poželjno naročito iz razloga pravne sigurnosti. Pri tome pravna sigurnost nije neka apstraktna vrednost, već preduslov za zaštitu i vršenje prava pojedinaca. Međutim, ujednačavanje sudske prakse stalno se kreće između veoma različitih polova. S jedne strane je poželjno da sudovi ujednačeno tumače zakone. S druge strane, sudije uživaju ustavom zagarantovanu nezavisnost. Uz sve to, s vremena na vreme je poželjno i da se menja sudska praksa u odnosu na neka pravna pitanja. Takav slučaj je, primera radi, kada se naknadno ustanovi da je dotadašnja sudska praksa bila pogrešna. Ili, pak, kada izmenjene društvene okolnosti zahtevaju i novu evaluaciju pravnih pitanja.

II. Aktuelna pitanja ujednačavanja sudske prakse u regionu na primeru Srbije

U Srbiji su trenutno evidentna nastojanja da se stvore novi instrumenti sa ciljem obezbeđivanja ujednačene primene prava. Ovo je, između ostalog, povezano sa sudsom praksom Evropskog suda za ljudska prava. Prema stalnoj sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava kompletna Evropska konvencija o ljudskim pravima temelji se na ideji pravne sigurnosti¹. Predvidivost odluka je važan element prava na pravično suđenje u skladu sa članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Cilj je da građani mogu da imaju poverenja u to da će u slučajevima sa jednakim činjeničnim i pravnim stanjem biti donete i jednake odluke. S druge strane, ne znači svako odstupanje

* Pravni savetnik Misije OEBS-a u Srbiji. Tekst odražava lične stavove autora.

** Rukovodilac odeljenja pri Nemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ). Tekst odražava lične stavove autora.

¹ Predmet Brumaresku protiv Rumunije, br. 28342/95, presuda Velikog veća od 28. 10. 1999.

od ovog načela automatski i kršenje Evropske konvencije o ljudskim pravima². Evropski sud za ljudska prava je potvrdio da su divergentne odluke uobičajene u državama u kojima postoje regionalne strukture sudova, kao i različite žalbene instance³. Ovo važi čak i za odstupanja unutar jednog te istog suda⁴. Samim tim, Evropska konvencija o ljudskim pravima ne sadrži garanciju nekog inherentnog prava na uniformnu primenu prava. Da bi se razgraničilo kada odstupajuće odluke ili neuniformna primena prava od strane sudova jedne države ugovornice Evropske konvencije o ljudskim pravima predstavljaju kršenje Konvencije, Evropski sud za ljudska prava primenjuje tri kriterijuma⁵:

- Da li postoje duboke i dugotrajne razlike između sudskih odluka vezanih za neko određeno pravno pitanje?
- Da li postoji efikasan mehanizam kojim bi se postiglo ujednačavanje sudske prakse?
- Da li je ovaj mehanizam primenjivan i sa kakvim efektima?

Evropski sud za ljudska prava je do sada već imao više prilika da na osnovu ovih kriterijuma preispita sudsku praksu u Srbiji: u predmetu Vinčić i drugi protiv Srbije⁶ Sud je utvrdio povredu Evropske konvencije o ljudskim pravima. U ovom slučaju podnosioci predstavke su bili članovi jednog sindikata avioinženjera. Posle jednog štrajka (tadašnja) državna aviokompanija zaključila je sporazum. Aviokompanija se obavezala da isplati određenu naknadu članovima sindikata; sindikat je zauzvrat prekinuo štrajk i obavezao se da će se uzdržati od daljih pravnih koraka. Aviokompanija, međutim, nije izvršila plaćanje. Podnosioci predstavke su podneli parničnu tužbu. Prvostepeni sud je u nekim slučajevima tužbu usvojio; u drugima ju je odbacio. Međutim, svi podnosioci predstavki su bili neuspešni u drugoj instanci. S druge strane, drugostepeni sud je nedugo pre toga u više sličnih slučajeva usvojio zahteve u korist podnosilaca. Prvostepeni sud, koji je postupao u većem broju ovakvih slučajeva, zatražio je od Vrhovnog suda da usvoji pravno tumačenje o tome na koji način da se odgovori na odlučujuće pravno pitanje. Vrhovni sud je ovaj zahtev odbacio, pošto u predmetima te vrste već postoje pravosnažne odluke; zadatak je suda nadležne instance da obezbedi ujednačenu sudsku praksu. Evropski sud za ljudska prava utvrdio je postojanje povrede prava na

pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Navodi se da Srbija nije stvorila institucionalne mogućnosti da se otklone nedostaci u pogledu pravne sigurnosti.

U predmetu Rakić i drugi protiv Srbije⁷ podnosioci predstavki su policijski službenici koji su bili raspoređeni na Kosovu. Vlada Srbije je donela odluku o tome da udvostruči plate policijskih službenika koji su službovali na Kosovu. Ministarstvo unutrašnjih poslova povećalo je primanja navedenih policijskih službenika, ali ih nije udvostručilo. Podnosioci predstavki podneli su parnične tužbe prvostepenom sudu. Drugostepeni sud je odbacio brojne tužbe; međutim, neke druge tužbe u vezi istog činjeničnog stanja je usvojio. Vrhovni sud je u poslednjem stepenu odbacio najveći broj tužbi. Na internom sastanku Građanskog odeljenja Vrhovnog suda ispostavilo se da je Sud, doduše, odbacio najveći broj takvih predmeta, ali da je u barem dva predmeta odlučio u korist tužilaca.

Godine 2014. Evropski sud za ljudska prava je obavestio Vladu Srbije o predmetu Stanković protiv Srbije⁸. Ovaj sud je pružio priliku Vladi Srbije da iznese svoje mišljenje u vezi prigovora i postavio je pitanje da li je nedostatak ujednačenosti u primeni prava u Srbiji sistemski problem i koje mere se eventualno preduzimaju da bi se tome stalo na put.

U srpskom pravu već postoje mehanizmi koji bi trebalo da osiguraju uniformnu primenu prava. Ovi mehanizmi imaju polazište u različitim tačkama. Da bi se obezbedila ujednačenost sudske prakse u okviru jednog suda na većim sudovima su uvedena odeljenja sudske prakse. Pravni osnov za ovo jesu "sudski poslovници", jedna vrsta internih uputstava za rad sudova. Istina, ovi poslovници predviđaju jedino da se obrazuju odeljenja sudske prakse koja bi unapređivala rad sudova, ali u praksi rad ovih odeljenja je mnogo dalekosežniji. Uobičajeno je da sudije šalju nacрте svojih presuda ovim odeljenjima. Tamo se ti nacрте ispituju; ukoliko se tim ispitivanjem utvrdi da presuda nije u skladu sa ostalom sudskom praksom suda, sudijama koji donose presude daje se prilika da koriguju svoje pravne stavove.

Pošto nedostaje jasna zakonska regulativa, način korišćenja ovih instrumenata u pojedinačnim slučajevima zavisi od lokalnih okolnosti i tumačenja učesnika. S jedne strane, brojne sudije izveštavaju da se poštuje njihova sloboda odlučivanja, čak i kada je stav odeljenja sudske prakse da presuda nije u skladu sa sudskom praksom tog suda. Međutim, bilo je i (retkih) slučajeva u kojima su predsednici sudova zahtevali pokretanje disciplinskih postupaka protiv sudija koji nisu hteli da se povinuju merilima odeljenja sudske prakse. Mada to u krajnjem ishodu nije rezultiralo pokretanjem disciplinskih postupaka, ovi slučajevi pokazuju u kojoj meri odeljenja sudske prakse mogu da budu kamen spoticanja kada je u

² Predmet Santos Pinto protiv Portugala, br. 39005/04, presuda od 20. 5. 2008.

³ Predmet Tudor Tudor protiv Rumunije, br. 21911/03, presuda od 24. 3. 2009; predmet Paduraru protiv Rumunije, br. 63252/00, presuda od 1. 12. 2005.

⁴ Predmet Nejdet Šahin i Perihan Šahin protiv Turske, br. 13279/05, presuda od 20. 10. 2011, pasus 50

⁵ Predmet Nejdet Šahin i Perihan Šahin protiv Turske, br. 13279/05, presuda od 20. 10. 2011, pasus 53

⁶ Predmet br. 44698/06, presuda od 1. 12. 2009.

⁷ Predmet br. 47460/07, presuda od 5. 1. 2011.

⁸ Predmet br. 37194/08, saopštenje od 30. 9. 2014.

pitanju sudijska nezavisnost. Nedoumice mogu da nastanu i u pogledu prava na prirodno sudiju.

Na regionalnom nivou apelacioni sudovi imaju zadatak da obezbede ujednačenu primenu prava. U tu svrhu oni usvajaju pravne stavove, objavljuju presude i informišu Vrhovni sud o spornim pravnim pitanjima.

Da bi se obezbedila jednoobrazna primena prava na različitim višim sudovima, apelacioni sudovi redovno održavaju zajedničke sednice na kojima se diskutuje o spornim pravnim pitanjima (član 24. Zakona o uređenju sudova). Osim toga, oni obavestavaju Vrhovni kasacioni sud o spornim pravnim pitanjima. Međutim, kod organizovanja ovakvih sednica često se nailazi na finansijske poteškoće, kao i na nemogućnost da se utvrdi termin kada će svi učesnici moći da budu na raspolaganju. Vrhovni kasacioni sud je predložio da se u sudske poslovne unese obaveza apelacionih sudova da organizuju ove sednice.

U krajnjoj liniji ujednačavanje sudske prakse zadatak je Vrhovnog kasacionog suda. Član 31. predviđa da Vrhovni kasacioni sud obezbeđuje jedinstvenu sudsku primenu prava. Doduše, u okviru nove organizacije mreže sudova nadležnosti Vrhovnog kasacionog suda su smanjene. Ovaj sud je nadležan još jedino za vanredne pravne lekove koji su predviđeni procesnim zakonima. Pored odlučivanja o vanrednim pravnim lekovima, Vrhovni kasacioni sud utiče na ujednačavanje sudske prakse zauzimanjem pravnih shvatanja, kao i njihovim objavljivanjem. Pravna shvatanja se zauzimaju kada postoje duboke i dugotrajne razlike u sudskoj praksi.

Međutim, predmeti o kojima je odlučivao Evropski sud za ljudska prava pokazuju da u praksi ovi instrumenti ne funkcionišu uvek. Srbija zbog toga traga za novim načinima kako bi obezbedila harmonizaciju precedentnog prava i ujednačenu primenu prava.

“Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period 2013-2018” predviđa u tu svrhu osnivanje jedne “sertifikacione komisije”. Ova komisija bi trebalo da odabira naročito dobro obrazložene presude i da ih proglašava obavezujućim. Nakon što se ova ideja suočila sa kritikama upućenim sa više strana, izgleda da se od nje odustalo. Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa ne pominje komisiju, a Nacrt Akcionog plana za Poglavlje 23 procesa pristupanja EU govori jedino o tome da je potrebno da se iznađu nove metode sa ciljem harmonizacije precedentnog prava. Tu nastaje dvostruki problem: s jedne strane zakonodavac mora da stvori okvirne uslove za uniformnu primenu zakona. Mehanizam bi trebalo da bude efikasan, ali istovremeno i takav da se njima očuva sudijska nezavisnost.

S druge strane, pravnim praktičarima mora da se omogućiti da se brzo i pouzdano informišu o aktuelnim tendencijama u okviru sudske prakse, kao i o odlukama drugih sudova. U ovom kontekstu razmatra se mogućnost osnivanja banaka podataka.

III. Mehanizmi unifikacije prava u Nemačkoj

Za Srbiju, ali i za druge zemlje u regionu, uvid u nemačko pravo bi mogao da u okviru aktuelnih reformskih nastojanja bude veoma koristan i da dodatne podsticaje.

1. Eksterna i interna divergencija

Prilikom upoznavanja sa propisima iz nemačkog prava koji se odnose na ovu problematiku od velike je koristi da se prvo razjasni da slučajeve neujednačene sudske prakse možemo da podelimo u dve grupe. Kao prvo, može da se dogodi da različiti sudovi istih ili različitih instanci daju različite odgovore na određeno pravno pitanje. U tom slučaju govorimo u eksternoj divergenciji (*Außendivergenz*). S druge strane, može, međutim, da se desi da različita veća jednog te istog suda zastupaju različite stavove o određenom pravnom pitanju. U tom slučaju govorimo o internoj divergenciji (*Innendivergenz*)⁹.

2. Odbijanje obavezujućeg dejstva sudske prakse viših sudova

Divergencije, odnosno razlike u pravnim stavovima, mogle bi da se izbegnu ukoliko bi sudovi uvek bili vezani za pravna shvatanja sudova viših instanci. U Nemačkoj se, međutim, odbija ovakvo obavezujuće dejstvo. Zbog toga sudovi nižih instanci nemaju obavezu da slede odluke sudova viših instanci ili, pak, Saveznog vrhovnog suda Nemačke (*Bundesgerichtshof – BGH*). Doduše, sudovi nižih instanci će iz praktičnih razloga (upor. u vezi s tim odeljak III 4 u nastavku teksta) najčešće slediti pravna shvatanja naročito Saveznog vrhovnog suda. Međutim, obavezujuće dejstvo kao takvo odbacuje se u Nemačkoj iz razloga što bi to predstavljalo kršenje sudijske nezavisnosti. Osim toga, time se usporava razvijanje prava. Razvijanje prava podrazumeva, između ostalog, i da postoji mogućnost da se menja sudska praksa u vezi sa određenim pitanjima. Time se, na primer, omogućava da se naknadno koriguje pogrešna sudska praksa najviših sudova. Na taj način se, uz ostalo, izbegava da se određenja tumačenja “zacementiraju” i nakon što su se promenila društvena shvatanja koja moraju da se uzimaju u obzir prilikom tumačenja. Primere za ovo možemo da nađemo recimo u vezi sa pravnim položajem vanbračne dece ili u vezi sa pravnom ocenom vanbračnih životnih zajednica. Stavovi društva u vezi sa ovim pitanjima značajno su se promenili poslednjih decenija. Pošto je pravo uvek ogledalo svoga društva, ono mora da bude u stanju da prati ovakve promene i u oblasti u kojoj pravo ne stvara zakonodavac, već su sudovi ti koji pronalaze zakonska rešenja i donose odluke u konkretnim slučajevima.

⁹ Upor. u vezi sa ovim pojmom Otto Rudolf Kiessel/Herbert Meyer, *Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar (Zakon o uređenju sudova – Komentar)*, 7. prerađeno izdanje, München 2014, rubni broj uz § 121 Zakona o uređenju sudova (GVG).

3. Mehanizmi sa ciljem ujednačavanja sudske prakse ipak postoje

Posledica napred navedenih razmatranja jeste to što će, u skladu sa stavovima koji se zastupaju u Nemačkoj, protivrečni odgovori različitih sudova na jedno te isto pravno pitanje biti nešto sa čim mora da se računa. I pored toga, nastoji se da se ta protivrečnost izbegne, kao i da se ona predupredi na takav način da se time ne zadire u sudijsku nezavisnost i da se menjanjem postojeće sudske prakse omogući razvoj prava. Ovo se postiže na taj način što se sudovima nižih instanci daje mogućnost da zastupaju neki pravni stav koji odstupa od stavova sudova viših instanci (ili sopstvenog suda), ali se određuje da odluka o tome šta je to "ispravan" pravni stav zavisi od shvatanja sudova viših instanci (ili nekog zajedničkog veća).

a) Preventivno prethodno odlučivanje po službenoj dužnosti s jedne i naknadna kontrola na zahtev stranaka s druge strane

aa) *Preventivno prethodno odlučivanje ex officio.* U vezi sa ovim postoje u suštini dva puta za koje može da se opredeli zakonodavac. Kao prvo, on može da sudovima nametne obavezu da u predmetima, u kojima nameravaju da u vezi sa nekim pravnim pitanjem odstupe od postojeće sudske prakse, zatraže prethodno razjašnjenje ispravnog tumačenja tog pravnog pitanja. Ovo može da se uradi tako što će zakonodavac da obaveže sudove da to pitanje dostave onom sudu više instance od čije sudske prakse namerava da se odstupi. Druga mogućnost je da zakonodavac predvidi da ono sudsko veće koje odlučuje u predmetu, a koje namerava da odstupi od zakonskog tumačenja nekog drugog veća istog suda, sazove zajedničko veće koje se formira za ovakve slučajeve, a radi razjašnjenja spornog pravnog pitanja. I jedno i drugo su slučajevi u kojima zakonodavac obavezuje odgovarajuće sudove da u okviru jedne faze postupka koja se pokreće po službenoj dužnosti izbegnu divergentnost sudskih odluka.

bb) *Omogućavanje ex post kontrole na zahtev.* Sledeća mogućnost bi bila da se ne predviđaju nikakvi preventivni mehanizmi sa ciljem izbegavanja divergentnosti, ali da se umesto toga omogući naknadno razjašnjenje tih pitanja na inicijativu jedne od stranaka u postupku. Pravnotehnički ovo se sprovodi putem pravnog leka revizije, prilikom koje sud više instance preispituje isključivo pitanja pogrešne primene materijalnog prava. Od posebnog značaja u ovom kontekstu je to što nemačko pravo (kao i mnogi drugi pravni sistemi) ograničava mogućnost revizije. Revizija ne može da se izjavljuje protiv svih sudskih odluka za koje postoji mogućnost da su pogrešne. Revizija je, naprotiv, vezana za ispunjenje preduslova da šteta koju predmetna stranka pretrpi zbog navodne pogrešne primene materijalnog prava (kao pravna pretpostavka za izjavljivanje pravnog leka revizije) ima određenu visinu koja se izražava određenim minimalnim novčanim iznosom. Zbog toga se za reviziju propisuje određeni cenzus za izjavljivanje

revizije ispod kojeg se ne može izjavljivati revizija. Ukoliko se šteta koja nastane zbog pogrešne primene materijalnog prava nalazi ispod ovog cenzusa, revizija se u načelu smatra nedozvoljenom. Zakonodavac ima pravo da napravi izuzetak od ovog načela za one slučajeve u kojima presuda odstupa od sudske prakse nekog višeg suda. Drugim rečima: zakonodavac odustaje od cenzusa za izjavljivanje revizije koji je bio određen sa ciljem rasterećenja sudova.

Zakonodavac koji se opredeli za to da postupi na ovaj način mora u nastavku da razmotri i neka druga pitanja. Naročito mora da razmotri da li u svim slučajevima u kojima nije dostignut propisani cenzus za izjavljivanje revizije presuda može da se, ukoliko se za to opredeli predmetna stranka, pobija argumentom navodnog odstupanja od sudske prakse najviših sudova. Ukoliko bi se zakonodavac odlučio da postupi na taj način, onda bi opšta pretpostavka vezana za ispunjenost cenzusa ispod kojeg ne može da se izjavljuje revizija verovatno brzo izgubila na značaju. Sudovi bi, naime, u tom slučaju bili preplavljeni revizijama u kojima nije dostignut cenzus, već se kao razlog za izjavljivanje revizije navodi divergentnost. Zbog toga zakonodavac ima mogućnost da uvede jedan mehanizam koji ne zavisi od predmetne stranke, već kod kojeg izuzetno sud može da dopusti reviziju uprkos tome što nije dostignut cenzus za izjavljivanje revizije. Ovaj mehanizam jeste vanredna revizija (*Zulassungsrevision*). Tu je sam sud koji donosi presudu taj koji mora da dopusti takvu reviziju.

U nemačkom pravu postoje primeri u kojima se zakonodavac opredelio za preventivne mehanizme (kod kojih je sud dužan da pokrene jednu vrstu prethodnog postupka), kao i primeri gde se odlučio za drugu varijantu, odnosno vanrednu reviziju zbog opasnosti od nejedinstvene primene prava i neujednačene sudske prakse.

b) Obaveza dostavljanja koja važi za više zemaljske sudove (Oberlandesgericht) u krivičnim predmetima (§ 121 stav 2 Zakona o uređenju sudova – GVG) s jedne i vanredna revizija u parničnim premetima s druge strane

Način postupanja u okviru postupka prethodnog odlučivanja (*Vorabentscheidungsverfahren*) nemačko pravo opisuje u § 121 Zakona o uređenju sudova (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*), a koji se nalazi u nastavku teksta u prevodu na srpski. Ovim propisom se viši zemaljski sudovi (samo oni, ne i niži sudovi), koji nameravaju da odstupe od odluke nekog drugog višeg zemaljskog suda, obavezuju da pravno pitanje o kojem je reč dostave Saveznom vrhovom sudu na odlučivanje (§ 121 stav 2 Zakona o uređenju sudova). Ova regulativa, međutim, važi samo za krivične predmete (upor. § 121 stav 1 u vezi sa § 121 stav 2 br. 1-3 Zakona o uređenju sudova). Obaveza dostavljanja smatra se dopuštenim ograničenjem sudijske nezavisnosti.¹⁰

¹⁰ Kiessel/Meyer, rubni broj 137 uz § 1 Zakona o uređenju sudova (GVG).

Za razliku od navedenog, u parničnim predmetima važi nešto drugo: tamo se zakonodavac opredelio za rešenje u vidu uvođenja vanredne revizije o kojoj je bilo reči u prethodnom delu teksta, a koju ćemo detaljno objasniti u prevodu §§ 543 ff Zakona o parničnom postupku, a na citiranom mestu naročito § 543 stav 2 br. 2, 2. alternativa Zakona o parničnom postupku.

c) Razlozi za ovakvo različito postupanje

Kako da se objasne ovakvi različiti načini postupanja u krivičnom i u građanskom pravu? Različito postupanje u ove dve oblasti prava svoj razlog ima u različitim prirodamama obe ove grane prava, barem kada je u pitanju nemačko pravo. U krivičnom postupku, budući da on sledi kontinentalnoevropsku tradiciju, važi inkvizitorsko načelo. Krivični postupak u Nemačkoj je zbog toga prvenstveno stvar države. Pored toga, država u okviru krivičnog postupka (ponavljamo: u skladu sa nemačkim shvatanjem prava) ima izraženu obavezu staranja o pravima učesnika u postupku. Time se isključuje mogućnost da se pronalaženje zakonskog rešenja u konkretnom slučaju, a time i tok i ishod postupka, prepuste "slobodnom odmeravanju snaga". Ovakav koncept nalaže opredeljivanje za one državne mehanizme kod kojih je sud dužan da samoinicijativno preduzima radnje¹¹. Za razliku od toga, u parničnom postupku vlada adverzatorno načelo. Zbog toga taj postupak zahteva da se predmetnoj stranci nametne obaveza preduzimanja radnji (*Handlungsobliegenheiten*).

Jedinstveni postupak, međutim, postojaće onda kada različita veća unutar Saveznog vrhovnog suda zastupaju različite stavove u vezi sa jednim te istim pravnim pitanjem. U tom slučaju se, naime, nezavisno od toga da li se radi o pitanju vezanom za krivični ili parnični predmet, formiraju zajednička veća u skladu sa § 121 Zakona o uređenju sudova koji je dat u nastavku teksta u prevodu.

4. Izvanpravni mehanizmi sa ciljem izbegavanja neujednačene sudske prakse

Prikaz mehanizama čiji je cilj da se postigne ujednačavanje sudske prakse bio bi nepotpun ukoliko bismo se ograničili samo na razmatranje pravnih propisa koji se odnose na ovu problematiku. Činjenica je, naime, da postoje brojne druge okolnosti i brojni drugi mehanizmi koji potpomažu ujednačavanje sudske prakse. U vezi s tim ovde ćemo pomenuti sledeće:

a) Dodatne informacije koje su od koristi kod tumačenja novih zakona

Opasnost od divergentnih sudskih odluka naročito je izražena u slučaju izmena zakona i kod potpuno novih zakona. Ukoliko se, naime, pravni praktičari nađu u situaciji

da moraju da primenjuju takve propise bez dodatnih informacija o pozadini tih zakonskih novina, opasnost od toga da sudska praksa krene u potragu za rešenjima jednim krivudavim putem "pokušaja i pogrešaka" je naročito velika. Zbog toga dodatne informacije vezane za zakonske novine ublažavaju opasnost od divergencija. Tako je npr. u Nemačkoj uobičajeno da oni službenici ministarstva koji su pratili izradu zakona objavljuju i komentare tih zakona. Ovo se često radi i u vidu privatne honorarne delatnosti. Plasman i distribuciju ovih komentara vrše privatni izdavači. Ova vrsta informacija, dakle, podrazumeva da postoje ekonomski okvirni uslovi za ovakvu vrstu literature. U Nemačkoj, kao velikoj zemlji sa velikim brojem pravnika koji predstavljaju potencijalne kupce ovakve literature, ti okvirni uslovi postoje. Međutim, u zemljama u procesu transformacije to često neće biti slučaj. U tim zemljama bi bilo poželjno da sama ministarstva koja su radila na pripremi zakona izrađuju i ovakve dodatne materijale.

b) Izbegavanje ishitrenih izmena zakona koje oduvaraju od pravnog sistema, kao i transparentnost zakonodavnog postupka kao način za izbegavanje divergencija

Pošto sa svakom izmenom zakona raste opasnost od divergencija, izmene zakona ne bi trebalo da se vrše ishitreno. Izmene zakona kojima su odmah po donošenju potrebne korekcije imaće za posledicu protivrečne sudske odluke i, time, pravnu nesigurnost. Naročito velike opasnosti po pravnu sigurnost prouzrokovalaće izmene zakona koje podrazumevaju i promene u pravnom sistemu, dakle, one izmene koje predstavljaju prekid sa dotadašnjom dugogodišnjom pravnom tradicijom. (Kao primer za to može da posluži uvođenje adverzatornih principa u krivični proces u zemljama koje su na osnovu svoje kontinentalnoevropske pravne tradicije decenijama sledile inkvizitorski princip.) Kada bi evropski fudbaleri morali preko noći da počnu da igraju prema pravilima američkog fudbala, haos na terenu i haos u odlukama arbitara bi bili unapred zagarantovani. Kod promena pravnog sistema takva opasnost postoji i za sudije.

I transparentnošću u okviru zakonodavnog postupka, kao i transparentnošću samog zakonodavnog postupka, izbegava se neujednačenost sudske prakse. To se posebno odnosi na materijale iz zakonodavnog postupka (obrazloženja zakona i slično) koji bi trebalo da se učine dostupnima – najbolje putem interneta. Ovi materijali bi trebalo da budu što je moguće sadržajnije i jasniji. Time se omogućuje sudijama da saznaju više o pozadini određenih zakonskih formulacija, a predupređuje se i pogrešno razumevanje novih pravnih normi.

c) Neophodnost boljeg poznavanja postojeće sudske prakse

Prilikom upućivanja na propise iz nemačkog prava, čiji je prevod dat u nastavku, reč je bila o predmetima u kojima postoji barem pretpostavka da se radi o odstupanju od

¹¹ Onima koji se zalažu za to da se i krivični postupak organizuje u skladu sa adverzatornim načelom neće biti lako da obrazlože ovakav preventivni mehanizam sa ciljem ujednačavanja sudske prakse u okviru krivičnog postupka.

postojeće sudske prakse. Zbog toga se tu radi o slučajevima u kojima ne samo da postoji sudska praksa vezana za određeno pravno pitanje, već je ta sudske praksa poznata i dostupna. Međutim, za pravnu sigurnost su od još većeg značaja slučajevi neprepoznate divergencije, odnosno slučajevi u kojima, na primer, sudska praksa drugih sudova uopšte nije poznata. Ovde je opasnost od divergencije (a time i od pravne nesigurnosti) naročito eklatantna. Već postojeća sudska praksa koja nije dostupna ima još jedan, krajnje nepoželjan, sporedni efekat: sudovi koji se bave nekim pravnim pitanjem u vezi sa kojim već postoje sudske odluke prinuđeni su na taj način da „izmišljaju toplu vodu“. Samim tim, nepoznavanje sudske prakse nepovoljno se odražava na efikasnost pravosuđa.

Zbog toga je i iz tog razloga poželjno što je moguće šire publikovanje sudskih odluka. U Nemačkoj takve odluke objavljuju kako sami sudovi na svojim internet stranicama, tako i brojni stručni pravni časopisi, od kojih su mnogi specijalizovani za određene oblasti prava. Ovo, primera radi, omogućava da se lako pronađu presude koje su doneli sudovi iz drugih delova zemlje.

No, objavljivanje presuda u časopisima ima još jednu prednost. Tu se, naime, presude redakcijski pripremaju za objavljivanje, što znači da se one redukuju samo na one delove koji su od značaja za razumevanje načina na koji je sud tumačio zakon. Osim toga, u ovakvim časopisima nude se i uvodni kritički komentari, često i sa ukazivanjima na srodne odluke i različite stavove u vezi sa tim pravnim pitanjem u stručnoj literaturi. Ovo čitaocu daje mogućnost brzog snalaženja i razvrstavanja sudskih odluka.

U zemljama, u kojima ne postoji tako šarolika ponuda časopisa kao u Nemačkoj, možda bi moglo da se predloži da sami sudovi, ali i ostale organizacije i udruženja pravnika, kao npr. advokatske komore i pravni fakulteti, objavljuju presude, i to naročito na internetu. Ove presude bi, uz to, trebalo da sadrže po mogućstvu i dodatne informacije, slične onima koje se uz presudu objavljuju u stručnim časopisima. Pri tome bi u svakom slučaju trebalo da se izbegava puko gomilanje tekstova presuda koje ne bi bilo praćeno nikakvim dodatnim servisom za korisnike. Tako bi npr. pre objavljivanja presuda ili relevantnih izvoda iz tih presuda trebalo da se u uvodu daju barem najvažnije ključne reči i ostale informacije vezane za navedene presude. Naročito bi trebalo da se objasni da li se radi o odluci kojom je rešeno neko do tada nerazjašnjeno pravno pitanje ili se odluka nadovezuje na dotadašnju sudska praksu ili, pak, predstavlja novinu u odnosu na dotadašnju

sudsku praksu. Puko gomilanje tekstova presuda bez dopunskih komentara i bez redakcijske pripreme nije od velike pomoći za one čiji je zadatak primena prava. Jednako značajan je i njihov doprinos izbegavanju neujednačenosti sudske prakse.

d) Praktična razmišljanja koja sprečavaju sudove da odstupe od postojeće sudske prakse

Pored navedenog, ujednačenosti sudske prakse svakako doprinosi način na koji sudovi praktično razmišljaju. Odluka nekog nižeg suda koja odstupa od sudske prakse nekog suda više instance neće imati mnogo izgleda na uspeh ukoliko se protiv nje izjavi vanredni pravni lek revizije. Osim toga, u takvim slučajevima ne samo da će postupak da traje duže za stranke, već se za prvostepene sudove pogoršava situacija u smislu većeg procenta ukinutih odluka. Ovakva razmišljanja rezultiraće time da će se sud nadovezati na sudska praksa viših sudova i u slučajevima kada se zapravo kritički odnosi prema njihovim stavovima. Sudija koji usvoji zahtev neke stranke znajući pri tome da će viša instanca taj zahtev kasnije opet odbaciti čini toj stranci medvedu uslugu, pošto će joj na taj način samo nametnuti dodatne troškove i duže trajanje postupka.

Uostalom, sud koji prilikom donošenja odluke odstupa od pravnog shvatanja nekog višeg suda može unapred da bude siguran da će protiv takvih odluka da se uloži pravni lek. U Nemačkoj jedan od razloga za ovo predstavljaju strogi propisi vezani za odgovornost advokata. Prema tim propisima advokat je dužan da u slučaju sudske odluke koja odstupa od sudske prakse viših sudova savetuje svog klijenta da uloži pravni lek. Zbog toga u takvim slučajevima advokat mora da savetuje ulaganje pravnog leka, jer bi, ukoliko to ne učini, morao da računa s tim da će ga njegov klijent tužiti zahtevajući naknadu štete zbog pogrešnog savetovanja i da će takav zahtev biti usvojen.

5. Metode ujednačavanja sudske prakse koje su neprihvatljive u nemačkom pravu

Ujednačenost sudske prakse ima mnogo prednosti. Međutim, u Nemačkoj se smatra da ujednačenost sudske prakse nije nešto što bi trebalo da se postigne po svaku cenu. Zbog toga se u Nemačkoj izbegava da se disciplinski kažnjavaju ili na neki drugi način u nepovoljan položaj stavljaju sudije zbog svojih pojedinačnih odluka koje odstupaju od postojeće sudske prakse. Ovo bi, naime, predstavljalo zadiranje u sudijsku nezavisnost.

Izvodi iz Osnovnog zakona (Ustava)

Član 20.

(1) Savezna Republika Nemačka je demokratska i socijalna savezna država.

(2) Sva državna vlast potiče od naroda. Narod vrši vlast preko izbora i glasanja, kao i preko posebnih organa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.

(3) Zakonodavna vlast je vezana ustavnim poretkom, izvršna i sudska vlast su vezane zakonom i pravom.

IX. Sudstvo

Član 92.

Sudska vlast je poverena sudijama; vrše je Savezni ustavni sud; savezni sudovi predviđeni ovim Osnovnim zakonom i zemaljski sudovi.

Član 95.

(1) Za oblasti redovnog sudovanja, upravnog, finansijskog, radnopravnog i socijalnopravnog sudovanja savezna država ustanovljava kao najviše sudove Savezni sud, Savezni upravni sud, Savezni finansijski sud, Savezni radnopravni sud i Savezni sud za socijalnopravna pitanja.

(2) O imenovanju sudija ovih sudova odlučuje resorni savezni ministar zajedno sa odborom za izbor sudija, a odbor se sastoji od resornih ministara zemalja i jednakog broja članova koje bira Bundestag.

(3) U cilju očuvanja jedinstva sudske prakse obrazuje se zajedničko veće sudova iz stava 1. Ova materija se bliže uređuje saveznim zakonom.

...

Član 97.

(1) Sudije su nezavisne i podređene jedino zakonu.

...

Član 100.

(1) Ukoliko određeni sud smatra da je zakon na osnovu kojeg treba da se donese odluka protivustavan, postupak će prekinuti dok se ne pribavi odluka Saveznog ustavnog suda, a kada se radi o povredi ustava zemlje, dok se ne pribavi odluka suda nadležnog za odlučivanje o zemaljskim ustavnim sporovima. Ovo se odnosi i na slučajeve povrede ovog Osnovnog zakona zemaljskim pravom ili neusklađenosti zakona zemlje sa nekim saveznim zakonom.

(2) Ukoliko je u pravnom postupku sporno to da li je neko pravilo međunarodnog prava sastavni deo saveznog prava i da li kao takvo proizvodi neposredna prava i obaveze za pojedinca (član 25.), sud mora pribaviti o tom pitanju odluku Saveznog ustavnog suda.

(3) Ukoliko ustavni sud zemlje prilikom tumačenja Osnovnog zakona želi da odstupa od neke odluke Saveznog ustavnog suda ili neke odluke ustavnog suda druge zemlje, mora da pribavi odluku o tom pitanju od Saveznog ustavnog suda.

Izvodi iz Zakona o uređenju sudova (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*)

U verziji objavljenoj 9. 5.1975. godine (Savezni službeni list [BGBl.] I str. 1077)

Poslednja izmena izvršena na osnovu Zakona od 21. 1. 2015. godine (Savezni službeni list [BGBl.] I str.10) sa dejstvom od 27. 1. 2015. godine

Napomena: Nemački Zakon o uređenju sudova (GVG) reguliše uređenje jednog dela redovnih sudova (ordentliche Gerichtsbarkeit), i to parničnih sudova (streitige Zivilgerichtsbarkeit) i krivičnih sudova (Strafgerichtsbarkeit). Prema § 13 Zakona o uređenju sudova Zakon o uređenju sudova primenjuje se i na vanparnični postupak (freiwillige Gerichtsbarkeit).

Izbegavanje neujednačenosti u stavovima različitih viših zemaljskih sudova u krivičnim postupcima

§ 121. st. 2.

(1) Viši zemaljski sudovi (*Oberlandesgerichte*) su u krivičnim predmetima nadležni, osim toga, za raspravljanje i odlučivanje o pravnim lekovima:

1. revizije protiv
 - a) pravosnažnih presuda krivičnog sudije prvostepenog suda koje ne mogu da se pobijaju žalbom drugostepenom sudu;
 - b) presuda malih i velikih krivičnih veća koje su donete po žalbi;
 - c) prvostepenih presuda zemaljskih sudova, ukoliko se revizija zasniva isključivo na povredi pravne norme koja je sadržana u zakonima donetim na nivou saveznih zemalja;
2. žalbe protiv odluka krivičnog sudije prvostepenog suda, ukoliko nema osnova za nadležnost krivičnih veća ili Saveznog vrhovnog suda;
3. žalbe protiv odluka veća za izvršenje krivičnih sankcija u skladu sa § 30. st. 5, §§ 116, 138. st. 3. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, i veća za maloletnike u skladu sa § 92. st. 2. Zakona o sudovima za maloletnike.

(2) Ukoliko neki viši zemaljski sud prilikom odlučivanja namerava da odstupa

1. od odluke koja je doneta posle 1. aprila 1950. godine u skladu sa stavom 1. br. 1. lit. a ili lit. b,
2. od odluke koja je doneta posle 1. januara 1977. godine u skladu sa stavom 1. br. 3. ili
3. od odluke o meri smeštaja u ustanovu zatvorenog tipa ili psihijatrijsku ustanovu ili o dopuštenosti njenog daljeg izvršenja koja je doneta posle 1. januara 2010. godine u skladu sa stavom 1. br. 2, a koju je doneo neki drugi viši zemaljski sud ili koju je doneo Savezni vrhovni sud, on je dužan da predmet dostavi Saveznom vrhovnom sudu na odlučivanje.

(3) Savezna zemlja u kojoj je ustanovljeno više viših zemaljskih sudova može, putem uredbe zemaljske vlade, da odluke iz stava

1. br. 3 uputi višem zemaljskom sudu nadležnom za okruge više viših zemaljskih sudova ili Bavarskom najvišem zemaljskom sudu, ukoliko je takvo upućivanje u funkciji efikasnije obrade predmeta ili bržeg okončanja postupka. Zemaljske vlade mogu da ovo ovlašćenje uredbom prenesu na uprave pravosuđa zemalja.

Dopunske napomene:

§ 132

(1) Pri Saveznom vrhovnom sudu obrazuju se Veliko veće za parnične postupke i Veliko veće za krivične postupke. Velika veća čine zajedno Ujedinjena velika veća.

(2) Ukoliko neko veće želi da u nekom pravnom pitanju odstupi od odluke drugog veća, onda odlučuju Veliko veće za parnične postupke ako jedno veće za parnične postupke želi da odstupi od drugog veća za parnične postupke ili od Velikog veća za parnične postupke, Veliko veće za krivične postupke ako jedno veće za krivične postupke želi da odstupi od drugog veća za krivične postupke ili od Velikog veća za krivične postupke, Ujedinjena velika veća ako jedno veće za parnične postupke želi da odstupi od jednog veća za krivične postupke ili od Velikog veća za krivične postupke ili od Velikog veća za parnične postupke ili jedno veće želi da odstupi od Ujedinjenih velikih veća.

(3) Dostavljanje Velikom veću ili Ujedinjenom velikom veću na odlučivanje je dopušteno samo ukoliko se veće od čije odluke treba da se odstupi, a na upit veća koje donosi presudu, izjasni da ostaje pri svom pravnom shvatanju. Ukoliko veće od čije odluke treba da se odstupi usled izmena u godišnjem rasporedu poslova više ne može da se bavi tim pravim pitanjem, na njegovo mesto dolazi veće koji bi prema godišnjem rasporedu poslova bilo nadležno za predmet u kojem je doneta odstupajuća odluka. O upitu i odgovoru na upit navedeno veće odlučuje rešenjem u sastavu koji je potreban za donošenje presude; § 97. stav 2. rečenica 1. Zakona o poreskom savetovanju (Steuerberatungsgesetzes) i § 74. stav 2. rečenica 1. Zakona o državnim revizorima (Wirtschaftsprüferordnung) ostaju nepromenjeni.

(4) Veće koje donosi odluku može da neko pitanje od načelnog značaja dostavi Velikom veću na odlučivanje, ukoliko smatra da je to neophodno u cilju razvijanja prava ili u cilju obezbeđivanja ujednačene sudske prakse.

(5) Veliko veće za parnične postupke sastoji se od predsednika i po jednog člana veća za parnične postupke, Veliko veće za krivične postupke sastoji se od predsednika i po dva člana veća za krivične postupke. Ukoliko neko drugo veće dostavlja na odlučivanje, ili se odstupa od odluke tog veća, onda je u Velikom veću zastupljen i jedan član tog veća. Ujedinjena velika veća sastoje se od predsednika i članova Velikih veća.

(6) Članove i zamjenike postavlja predsedništvo na period od jedne poslovne godine. Ovo važi i za člana drugog veća u skladu sa stavom 5. rečenica 2. Predsedavanje Velikim većima i Ujedinjenim velikim većima vrši predsednik, a u slučaju njegove sprečenosti član veća koji je najstariji po službi. U slučaju izjednačenog broja glasova odlučuje glas predsedavajućeg.

Izvodi iz Zakona o upravnim sudovima

§ 11

[Veliko veće pri Saveznom upravnom sudu]

(1) Pri Saveznom upravnom sudu obrazuje se jedno Veliko veće.

(2) Veliko veće odlučuje u slučajevima kada neko veće u nekom pravnom pitanju želi da odstupi od odluke drugog veća ili Velikog veća.

(3) Dostavljanje Velikom veću na odlučivanje je dopušteno samo ukoliko se veće od čije odluke treba da se odstupi, a na upit veća koje donosi odluku, izjasni da ostaje pri svom pravnom shvatanju. Ukoliko veće od čije odluke treba da se odstupi, usled izmena u godišnjem rasporedu poslova više ne može da se bavi tim pravim pitanjem, na njegovo mesto dolazi veće koji bi prema godišnjem rasporedu poslova bilo nadležno za predmet u kojem je doneta odstupajuća odluka. O upitu i odgovoru na upit navedeno veće odlučuje rešenjem u sastavu koji je potreban za donošenje presude.

(4) Veće koje donosi odluku može da neko pitanje od načelnog značaja dostavi Velikom veću na odlučivanje, ukoliko smatra da je to neophodno u cilju razvijanja prava ili u cilju obezbeđivanja ujednačene sudske prakse.

(5) Veliko veće sastoji se od predsednika Velikog veća i po jednog sudije iz veća za reviziju, u kojima predsedavanje ne vrši predsednik Velikog veća. Ukoliko neko drugo veće, a ne veće za reviziju, dostavlja Velikom veću na odlučivanje, ili ukoliko namerava da se odstupi od odluke tog drugog veća, onda je u Velikom veću zastupljen i jedan član tog veća. U slučaju sprečenosti predsednika njega zamenjuje jedan sudija iz veća kojem predsednik pripada.

(6) Članove i zamjenike postavlja predsedništvo na period od jedne poslovne godine. Ovo važi i za člana drugog veća u skladu sa stavom 5. rečenica 2. i za njegovog zamjenika. Predsedavanje Velikim većem obavlja predsednik, a u slučaju njegove sprečenosti član veća koji je najstariji po službi. U slučaju izjednačenog broja glasova odlučuje glas predsedavajućeg.

(7) Veliko veće odlučuje isključivo o pravim pitanjima. Ono može da odlučuje i bez usmene rasprave. Njegova odluka je u predmetu koji mu je dostavljen na odlučivanje obavezujuća za veće koje je bilo nadležno za donošenje odluke.

§ 12

[Veliko veće pri višem zemaljskom upravnom sudu]

(1) Propisi iz § 11 shodno važe za viši zemaljski upravni sud, ukoliko taj sud donosi konačnu odluku o nekom pitanju iz oblasti prava te savezne zemlje. Na mesto veća za reviziju dolaze žalbena veća koja se obrazuju u skladu sa ovim Zakonom.

(2) Ukoliko se neki viši zemaljski upravni sud sastoji samo od dva žalbena veća, onda na mesto Velikog veća dolaze Ujedinjena veća.

(3) Zakonom koji se donosi na nivou zemlje može da se odredi i drugačiji sastav Velikog veća.

§ 576

Razlozi za izjavljivanje žalbe

(1) Razlozi za izjavljivanje žalbe mogu da se nalaze isključivo u tome što je neka odluka zasnovana na povredi prava savezne

države ili na povredi nekog propisa čija se oblast važenja proteže izvan područja višeg zemaljskog suda.

(2) Razlozi za izjavljivanje žalbe ne mogu da se nalaze u tome što se prvostepeni sud nepravilno oglasio nadležnim ili nenadležnim.

(3) Shodno važe §§ 546, 547, 556 i 560.

Izvodi iz Zakona o parničnom postupku

Odeljak 2 Revizija

§ 542

Opšti uslovi za dozvoljenost revizije

(1) Revizija je dozvoljena protiv pravosnažnih presuda donetih od strane drugostepenih sudova u skladu sa merilima propisa koji slede.

...

§ 543

Dozvoljenost revizije

(1) Revizija je moguća samo ukoliko je dozvoli

1. drugostepeni sud u presudi ili
2. revizijski sud u odluci po žalbi zbog zabrane izjavljivanja revizije.

(2) Revizija izuzetno mora da se dozvoli ukoliko

1. predmet u kojem se odlučuje ima načelni značaj ili
2. potrebe razvoja prava ili ujednačavanja sudske prakse zahtevaju odluku revizijskog suda.

Revizijski sud vezan je za odluku drugostepenog suda o dozvoljenosti revizije.

§ 544

Žalba zbog zabrane izjavljivanja revizije

(1) Protiv zabrane izjavljivanja revizije koju izrekne drugostepeni sud moguća je žalba (Žalba zbog zabrane izjavljivanja revizije). Žalba se podnosi revizijskom sudu unutar prekluzivnog roka od mesec dana po dostavljanju izrađene presude, a najkasnije do isteka roka od šest meseci po objavljivanju presude. Zajedno sa pisanim otpravkom žalbe dostavlja se i jedan prepis ili overena kopija presude protiv koje je izjavljena revizija.

(2) Žalba mora da se obrazloži unutar roka od dva meseca po dostavljanju izrađene presude, a najkasnije do isteka roka od sedam meseci po objavljivanju presude. Shodno važi § 551. st. 2. reč. 5. i 6. U obrazloženju moraju da se navedu razlozi za dopuštenost (§ 543. st. 2.).

(3) Revizijski sud je dužan da protivnoj strani omogući odgovor na žalbu.

(4) Revizijski sud odlučuje o žalbi rešenjem. Rešenje mora da se ukratko obrazloži; od obrazloženja može da se odustane ukoliko se smatra da ne doprinosi razjašnjenju pretpostavki za dozvoljenost revizije, ili ukoliko je žalba usvojena. Odluka o žalbi mora da se dostavi stranama u postupku.

(5) Podnošenje žalbe sprečava pravosnažnost presude. Shodno se primenjuje § 719. st. 2. i 3. Odbijanjem žalbe od strane revizijskog suda presuda postaje pravosnažna.

(6) Ukoliko se žalba zbog zabrane izjavljivanja revizije usvoji, postupak po žalbi se nastavlja kao postupak po reviziji. U ovom slučaju blagovremeno i propisno podnošenje žalbe zbog zabrane izjavljivanja revizije važi kao izjavljivanje revizije. Rok za obrazloženje revizije počinje da se računa od dostavljanja odluke.

(7) Ukoliko je drugostepeni sud izvršio povredu prava žalioca na iznošenje stava, revizijski sud ima pravo da, odstupajući od stava 6, rešenjem kojim se žalba usvaja ukine pobijanu presudu i da predmet vrati drugostepenom sudu na ponovno raspravljanje i odlučivanje.

§ 545

Razlozi za reviziju

(1) Revizija može da se zasniva samo na tome što odluka počiva na povredi prava.

(2) Revizija ne može da se zasniva na tome što se prvostepeni sud nepravilno oglasio nadležnim ili nenadležnim.

§ 546

Pojam povrede prava

Smatra se da je izvršena povreda prava ukoliko neka pravna norma nije primenjena ili je primenjena nepravilno.

§ 547

Apsolutni razlozi za reviziju

Smatra se da odluka počiva na povredi prava uvek

1. kada sud koji je doneo presudu nije bio sastavljen prema pravilima;
2. kada je u donošenju odluke učestvovao sudija koji po sili zakona nije mogao vršiti sudijsku funkciju, ukoliko se ovo isključenje nije pozivalo na odbijeni zahtev za izuzećem;
3. je u donošenju odluke učestvovao sudija nakon što je izuzet zbog sumnje u njegovu nepristrasnost, a zahtev za izuzeće je prihvaćen kao osnovan;
4. kada jedna od strana u postupku nije uredno zastupana, a da se prethodno nije izričito ili prećutno saglasila sa načinom vođenja postupka;
5. kada je odluka doneta na osnovu usmene rasprave na kojoj je izvršena povreda propisa o javnosti postupka;
6. kada uz odluku, protivno odredbama ovog Zakona, nisu navedeni razlozi.

§ 548

Rok za izjavljivanje revizije

Rok za izjavljivanje revizije iznosi mesec dana; ovaj rok je prekluzivni rok i počinje da se računa od dostavljanja pismeno izrađene presude po žalbi, a najkasnije sa istekom roka od pet meseci posle objavljivanja presude.

§ 549

Izjavljivanje revizije

(1) Revizija se izjavljuje uručivanjem podneska revizijskom sudu....

....

§ 552

Ispitivanje dopuštenosti

(1) Revizijski sud ispituje po službenoj dužnosti da li revizija ispunjava opšte uslove dopuštenosti i da li je izjavljena propisno

i blagovremeno. Ukoliko jedan od ovih zahteva nije ispunjen, revizija se odbacuje kao nedopuštena.

(2) Ova odluka može da se donese u vidu rešenja.

§ 552a

Rešenje o odbacivanju revizije

Revizijski sud će jednoglasnim rešenjem odbaciti reviziju koju je dopustio drugostepeni sud ukoliko zaključi da ne postoje pretpostavke za dopuštenost revizije i da revizija nema izgleda za uspeh. Shodno važi § 522. st. 2. reč. 2. i 3.

.....

§ 562

Ukidanje pobijane presude

(1) Ukoliko se oceni da je revizija osnovana, pobijana presuda će se ukinuti.

(2) Ukoliko se presuda ukida zbog procesnih nedostataka, onda će se istovremeno ukinuti i postupak u delu na koji se odnose procesni nedostaci.

§ 563

Vraćanje predmeta na ponovno odlučivanje;
preinačenje presude

(1) U slučaju ukidanja presude predmet se vraća drugostepenom sudu na ponovno raspravljanje i odlučivanje. Predmet može da se vrati nekom drugom veću drugostepenog suda na ponovno odlučivanje.

(2) Drugostepeni sud je dužan da u svojoj odluci u razlozima navede i pravnu ocenu na kojoj se zasniva odluka o ukidanju presude.

(3) Revizijski sud će, s druge strane, preinačiti presudu, ukoliko se presuda ukida samo iz razloga povrede prava prilikom primene zakona na utvrđeno činjenično stanje, a utvrđeno činjenično stanje je inače dovoljno za donošenje konačne odluke.

(4) Ukoliko u slučaju iz stava 3. za preinačenje presude u obzir dolazi primena zakona na kojima prema § 545. ne može da se zasniva revizija, onda predmet može da se vrati drugostepenom sudu na ponovno raspravljanje i odlučivanje.

...

§ 566

Direktna revizija

(1) Protiv pravosnažnih presuda prvostepenog suda protiv kojih je dopuštena žalba može da se na zahtev sprovede, uz preskakanje drugostepenog suda, direktna revizija ukoliko

1. se protivna strana saglasi sa tim da se preskoči drugostepeni sud i
2. revizijski sud dopusti direktnu reviziju.

Zahtev za dozvoljavanje direktne revizije, kao i izjava o saglasnosti, smatraće se odustajanjem od redovnog pravnog leka žalbe.

(2) Zahtev za dozvoljavanje direktne revizije (Zahtev za dozvoljavanje) podnosi se uručenjem pisanog podneska revizijskom sudu. Shodno važe §§ 548. do 550. U zahtevu mora da se pokaže da postoje pretpostavke za dozvoljenost direktne revizije (stav 4.). Uz zahtev za dozvoljavanje prilaže se pismena izjava o saglasnosti protivne strane; nju može da dostavi parnični punomoćnik u prvostepenom postupku ili se izjava

o saglasnosti, ukoliko za prvostepeni postupak nije postojala obaveza zastupanja, predaje u zapisnik na pisarnici suda.

(3) Zahtev za dozvoljavanje direktne revizije sprečava pravosnažnost presude. Shodno se primenjuje § 719. st. 2. i 3. Pisarnica revizijskog suda je dužna da odmah po uručenju zahteva od pisarnice prvostepenog suda zahteva predmetna akta.

(4) Direktna revizija mora da se dozvoli samo ukoliko

1. predmet u kojem se odlučuje ima načelni značaj ili
2. potrebe razvoja prava ili ujednačavanja sudske prakse zahtevaju odluku revizijskog suda.

Direktna revizija ne može da se zasniva na nekom procesnom nedostatku.

(5) Revizijski sud odlučuje o zahtevu za dozvoljavanje direktne revizije rešenjem. Rešenje se dostavlja stranama u postupku.

(6) Ukoliko se odbije zahtev za dozvoljavanje direktne revizije, presuda postaje pravosnažna.

(7) Ukoliko se dozvoli revizija, postupak se nastavlja kao postupak po reviziji. U ovom slučaju propisani i blagovremeni zahtev za dozvoljavanje direktne revizije važi kao izjavljivanje revizije. Rok za obrazloženje revizije počinje da se računa od dostave odluke.

(8) Dalji tok postupka određuje se u skladu sa odredbama koje važe za reviziju. Primenjuje se § 563. sa merilom da se postupak vraća prvostepenom sudu. Ukoliko se kasnije izjavi žalba protiv presude prvostepenog suda koja se donese posle revizije, drugostepeni sud je dužan da u svojoj odluci u razlozima navede i pravnu ocenu na kojoj se zasniva odluka revizijskog suda o ukidanju presude.

§ 574

Žalba protiv rešenja; pridruženje protivne strane žalbi protiv rešenja

(1) Protiv rešenja je žalba uvek dopuštena ako

1. je to izričito određeno u zakonu ili
2. je drugostepeni sud ili viši zemaljski sud kao prvostepeni sud u svom rešenju predvideo mogućnost žalbe protiv rešenja.

Shodno važi § 542. st. 2.

(2) U slučajevima iz stava 1. br. 1. žalba protiv rešenja je dopuštena samo ukoliko

1. predmet u kojem se odlučuje ima načelni značaj ili
2. potrebe razvoja prava ili ujednačavanja sudske prakse zahtevaju odluku suda koji odlučuje o žalbi protiv rešenja.

(3) U slučajevima iz stava 1. br. 2. žalba protiv rešenja je dopuštena ukoliko postoje pretpostavke iz stava 2. Sud koji odlučuje o žalbi protiv rešenja vezan je za odluku o dopuštenosti.

(4) Protivna strana ima pravo da se do isteka prekluzivnog roka od jednog meseca od dostavljanja podneska sa obrazloženjem žalbe protiv rešenja pridruži žalbi uručenjem pismenog podneska o pridruženju žalbi sudu koji odlučuje o žalbi protiv rešenja, pa i onda kada se izjasnila da odustaje od pravnog leka žalbe protiv rešenja, kada je istekao rok za žalbu protiv rešenja ili kada u rešenju nije predviđena žalba protiv rešenja. Pridružena žalba mora da se obrazloži u pismenom podnesku o pridruženju. Dejstvo pridruženja žalbi prestaje kada se žalba povuče ili odbaci kao nedopuštena.

Izvodi iz Zakona o krivičnom postupku

Četvrti odeljak

Revizija

§ 333

Protiv presuda krivičnih veća i veća sudija porotnika kao i protiv prvostepenih presuda viših zemaljskih sudova dopuštena je revizija.

§ 334

(stavljen van snage)

§ 335

(1) Presuda protiv koje je dopuštena žalba može, umesto žalbom, da se ospori revizijom.

(2) O reviziji odlučuje sud koji bi bio nadležan za donošenje odluke kada bi se nakon sprovedenog žalbenog postupka izjavila revizija.

(3) Ako protiv iste presude jedna stranka izjavi reviziju, a druga žalbu, onda se sve dok se žalba ne povuče ili odbaci kao nedopuštena, revizija koja je uložena blagovremeno i u propisanom obliku rešava kao žalba. Zahtevi za reviziju i njihovo obrazloženje se podnose u propisanom obliku i roku, a prepis se dostavlja i suprotnoj strani (§§ 344 do 347). Protiv presude o žalbi dopuštena je revizija prema opštim važećim propisima.

§ 336

Oceni od strane revizijskog suda podležu i odluke koje su prethodile presudi, ako se presuda zasniva na njima. Ovo ne važi za odluke za koje je izričito navedeno da protiv njih nije dopuštena žalba ili je dopušten prigovor.

§ 337

(1) Revizija se može zasnovati samo na tome da se presuda zasniva na povredi zakona.

(2) Smatra se da postoji povreda zakona ako neki pravni propis nije primenjen ili nije pravilno primenjen.

§ 338

Smatra se da se presuda zasniva na povredi zakona, ako

1. sud koji je doneo presudu nije bio sastavljen prema pravilima; a ako je prema § 222a bilo propisano da se saopšti sastav suda, onda se revizija može zasnivati na nepravilnom sastavu samo ako:
 - a) su povređeni propisi o saopštavanju,
 - b) ako je blagovremeno i u propisanom obliku izjavljeni prigovor na nepravilni sastav zanemaren ili odbijen,
 - c) glavni pretres nije prekinut prema § 222a st. 2. radi provere sastava ili
 - d) je sud odlučivao u sastavu za koji je utvrdio da je nepravilan prema § 222b st. 2. reč. 2;
2. je u donošenju odluke učestvovao sudija ili porotnik koji po sili zakona nije mogao vršiti sudijsku funkciju;
3. je u donošenju odluke učestvovao sudija ili porotnik nakon što je izuzet zbog sumnje u njegovu nepristrasnost, a zahtev za izuzeće je prihvaćen kao osnovan ili je na nezakonit način bio odbijen;

4. se sud pogrešno oglasio nadležnim;

5. je glavni pretres održan u odsustvu tužilaštva ili lica čije je prisustvo zakonom propisano;

6. je presuda doneta na osnovu usmene rasprave u kojoj su povređeni propisi o javnosti postupka;

7. presuda ne sadrži razloge za donošenje odluke ili isti nisu dostavljeni u akta u roku koji proizlazi iz § 275. st. 1 reč. 2. i 4;

8. je odbrana u tački značajnoj za odbranu odlukom suda odbačena kao nedopuštena ili ograničena.

§ 339

Povreda zakonskih propisa koja je izvršena samo u korist optuženog ne može se iskoristiti od strane tužilaštva u svrhu poništavanja presude na štetu optuženog.

§ 340

(stavljen van snage)

§ 341

(1) Revizija se izjavljuje kod suda čija se presuda osporava, u roku od jedne nedelje po objavljivanju presude, usmeno davanjem na zapisnik u sudskoj pisarnici ili pismeno.

(2) Ako presuda nije objavljena u prisustvu optuženog, za istog rok počinje da teče sa dostavom, osim ako je presuda, u slučajevima iz §§ 234, 387 st. 1, § 411 st. 2 i § 434 st. 1. reč. 1. objavljena u prisustvu branioca koji je imao pismeno punomoćje.

§ 342

(1) Početak roka za izjavljivanje revizije ne zadržava činjenica što je u vezi sa presudom donetom u odsustvu optuženog moguć zahtev za povraćaj u pređašnje stanje.

(2) Ako optuženi podnese zahtev za povraćaj u pređašnje stanje, revizija je dozvoljena ako se izjavi odmah i blagovremeno za slučaj da se takav zahtev odbije. U tom slučaju dalje odlučivanje u vezi sa revizijom se odgađa do rešavanja zahteva za povraćaj u pređašnje stanje.

(3) Podnošenje revizije bez zahteva za povraćaj u pređašnje stanje smatra se odricanjem od prava na povraćaj.

Holger Hembach / Dr. Stefan Pürner

Mechanismen der Vereinheitlichung der Rechtsprechung im deutschen Recht

(Zusammenfassung)

In der Rubrik "Vorschriften und Materialien" werden jeweils Rechtstexte von allgemeinem Interesse für die Region vorgestellt. In dieser Ausgabe der NPR handelt es sich dabei um die gesetzlichen Vorschriften durch die in den verschiedenen Verfahrensgesetzen in Deutschland eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung angestrebt wird. Entstanden sind diese Übersetzungen im Rahmen eines Gemeinschaftsprojekts der OSZE Mission in Serbien und der IRZ, bei dem serbischen Multiplikatoren anlässlich eines vom BMJV und dem deutschen Richterbund unterstützten Arbeitsbesuches in Berlin im April 2015 mit der entsprechenden deutschen Rechtspraxis vertraut gemacht wurden.

In der Einleitung hierzu wird zuerst der aktuelle Stand der Diskussionen über diesbezügliche gesetzgeberische Maßnahmen in Serbien dargestellt. Daran anschließend werden die Grundzüge der Situation in Deutschland erläutert. Dabei wird klargestellt dass es zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im wesentlichen zwei Wege gibt, nämlich denjenigen der präventiven staatlichen Vorabentscheidung und denjenigen der nachträglichen Kontrolle auf Parteiantrag. Außerdem wird auf die Unterschiede zwischen Vorlagepflicht und Revision hingewiesen. Abschließend werden außerrechtliche Mechanismen, die dazu beitragen,

eine uneinheitliche Rechtsprechung zu vermeiden, dargestellt. Besonders wird darauf hingewiesen, dass Divergenzen der Rechtsprechung auch dadurch vermieden werden können, dass vorschnelle und systemwidrige Gesetzesreformen unterbleiben. Abschließend wird klargestellt, dass man in Deutschland keine Vereinheitlichung der Rechtsprechung um jeden Preis erzielen möchte. Insbesondere verbietet es die richterliche Unabhängigkeit, Richter wegen Entscheidungen, die von bestehender Rechtsprechung abweichen, disziplinarisch zu ahnden.

Značajni pravници

Hans Litten (1903. – 1938.) – Advokat koji je raskrinkao Hitlera

Dr. Stefan Pürner

I. Litten i Hitler

Adolf Hitler vjerojatno nikada prije javno nije tako ponižen kao 8. maja 1931. godine! Tog je dana, naime, na Kaznenom sudu Berlin-Moabit (Kriminalgericht Berlin-Moabit) saslušan u svojstvu svjedoka. Nije to bilo prvi put da se Hitler našao pred sudom, u krajnjem slučaju je zbog pokušaja puča 1923. godine već bio optužen i osuđen. Osim toga, već je i u drugim postupcima u svojstvu svjedoka morao odgovarati na pitanja. No, na saslušanju dana 8. maja 1931. godine zapleo se u kontradikcije koje su se jako negativno mogle odraziti na njegov daljnji put ka vlasti. Uzrok za to je bio advokat koji je imao jedva 27 godina. Taj je advokat u kaznenom postupku protiv Hitlerovih pristaša imenovan kao “advokat siromašnih” i zastupnik privatnih tužitelja, dakle, službeni zastupnik žrtava i u tom je svojstvu Hitlera satima saslušavao kao svjedoka. Hrabro djelo koje je advokat kasnije gorko platio. Ali, da idemo po redu:

II. Hitlerov politički uspon 1931. godine

Godine 1931. je politički uspon Hitlera i njegove Nacionalsocijalističke njemačke radničke stranke (Nationalsozialistische Arbeiterpartei Deutschlands – NSDAP) bio u odlučujućoj fazi. Na parlamentarnim izborima 14. septembra 1930. godine je NSDAP uspio upeterostručiti svoj udio glasova, tako da je NSDAP u parlamentu imao 107 (umjesto prethodno dvanaest) zastupnika, te je iza SPD-a bila druga najjača stranka. Bili su uvjereni da će na sljedećim izborima postati najjača politička snaga u Njemačkoj. Međutim, kako bi u tome uspjeli, morali

su pridobiti dodatne glasove iz građanskog staleža. No, građanstvo je imalo kritički stav prema NSDAP-u. Između ostaloga i zbog toga jer se NSDAP u svojoj početnoj fazi pozicionirao kao revolucionarna stranka koja za postizanje svojih političkih ciljeva nije prezala ni od upotrebe sile. Hitler je zbog toga u razdoblju prije sudskog postupka u Moabitu pokušao za sebe i svoju stranku stvoriti imidž da svoje ciljeve žele postići samo mirnim putem.¹ Ali, upravo tu fasadu, koja je stvarana velikim trudom, sada je advokat Litten u okviru ovoga saslušanja Hitlera u svojstvu svjedoka znatno uzdrmao. Naime, kod ovog se postupka radilo o nasilju s političkom pozadinom.

III. Događaji u “Edenpalastu” i pravno pitanje koje je iz toga proizašlo²

Godina 1931. je u Njemačkoj bila nemirna godina. Političke su se razmirice rješavale i nasiljem. Jedno o najčešćih mjesta gdje su se te borbe iznosile bio je Berlin. Tamo je redovito dolazilo do sukoba, posebice između socijaldemokratskih i komunističkih radnika s jedne strane, te *Sturmabteilunga* (skraćeno: SA), vojno organiziranog

¹ Vidi s tim u vezi, između ostaloga, i C. Brüggmann, *Unvergessener Anwalt – Vor 60 Jahren starb der Rechtsanwalt Hans Litten im Konzentrationslager Dachau* [Nezaboravljeni advokat – prije 60 godina umro je advokat Hans Litten u koncentracijskom logoru Dachau], *Anwaltsblatt* 1998, str. 75 i slj. (u nastavku: Brüggmann), str. 77, toč. 1. a “Der Legalitätseid Hitlers” [Hitlerova zakletva na legalitet]. Instrukтивно s tim u vezi i R. Olden, u predgovoru uz knjigu I. Litten, *Eine Mutter kämpft gegen Hitler* [Jedna majka u borbi protiv Hitlera], Bonn 2000 (u nastavku: I. Litten), str. 11 i slj..

² Detaljan prikaz sudskog postupka “Edenpalast” i opsežnu posvetu Hansu Littenu pronaći ćete pod naslovom “*Der Mann, der Hitler blamierte*” [Čovjek koji je blamirao Hitlera] u intervjuu s Littenovom nećakinjom (na njemačkom jeziku) na internetu na adresi <https://www.youtube.com/watch?v=BGfWaj7EG0g>.

ogranka NSDAP-a, s druge strane. (Neki su SA odred nazivali i “Hitlerovom privatnom vojskom.”) Vladao je “pravi mali rat među građanima... koji je još povećavao sveopću zbuñjenost. Svakodnevno je dolazilo do prepada, uličnih borbi, pucnjava, a nerijetko i do ubojstava.”³

U jednom takvom sukobu je 22. novembra 1930. u dvorani “Eden”, gdje su se održavali plesnjaci, teško ozlijeđen veliki broj osoba.⁴ A taj je napad izvršio “Sturmabteilung 33” SA odreda, koji je već i tokom mjeseci prije događaja u dvorani Eden izvršio brojna nasilja protiv političkih neistomišljenika, tako da ih je lijevo orijentirana štampa nazivala “Mörder-Sturm” (odred za ubojstva).⁵ Troje ozlijeđenih, jednog kućnog slugu i dva radnika, koji su u postupku nastupali kao privatni tužitelji, zastupao je Hans Litten.⁶ U postupku se postavilo, između ostaloga, i pitanje jesu li nasilja pripadnika SA odreda bila njihova “privatna stvar” ili je možda iza nasilničkih akcija tih osoba stajao NSDAP kao stranka.⁷

Jedan od branitelja po službenoj dužnosti optuženih pripadnika SA odreda je na to predložio saslušanje “gospodina Adolfa Hitlera”, predsjednika stranke NSDAP. Njegovom se izjavom željelo potvrditi da je članovima stranke NSDAP bilo zabranjeno nošenje oružja te da bi povreda te zabrane dovela do isključivanja iz stranke.⁸ Hans Litten je onda također, kao zastupnik privatnih tužitelja, zatražio da se sasluša “službenik stranke” Adolf Hitler kao dokaz za to da, upravo suprotno, u NSDAP-u nije postojala ozbiljna zabrana nošenja oružja i da stranka čak pozdravlja ili u najmanju ruku prešutno prihvaća nasilničke akcije usmjerene protiv političkih protivnika.⁹ S tim se dokazom trebalo razjasniti mogu li se djela zbog kojih je bila podignuta optužnica pripisati samo pojedinim počiniteljima ili su ta djela – zbog svjesnog zajedničkog djelovanja svih sudionika – i od supočinitelja bila željena “kao vlastita”. Litten je, između ostaloga, htio dokazati da napad nije bio spontan, već da je izveden prema “unaprijed određenom planu i s namjerom”.¹⁰

³ Olden u I. Litten, op. cit., fn 1, str. 8.

⁴ G. Baatz, *Hans Litten*, BRAK-Mitteilungen 2001., str. 12.

⁵ Vidi B. C. Hett, *Crossing Hitler – The Man who put the Nazis on the witness stand* [Unakrsno ispitivanje Hitlera – Čovjek koji je naciste doveo na stolicu za svjedoke], Oxford 2008, str. 82.

⁶ Ch. Mauntel, *Litten und Hitler – der Edenpalast-Prozess vor dem Landgericht Berlin – Wie ein 27 Jahre alter Rechtsanwalt am 8. Mai 1931 die wahren Ziele Adolf Hitlers aufdeckte* [Litten i Hitler – sudski postupak “Edenplast” na Zemaljskom sudu u Berlinu – kako je 27-godišnji odvjetnik 8. maja 1931. godine otkrio stvarne ciljeve Adolfa Hitlera], Anwaltsblatt 2013., str. 832 i d.

⁷ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 834.

⁸ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 834. Većina ostalih izvora u literaturi govore – bez ikakve napomene o prethodno predloženom dokazu od strane branitelja – o tomu da je navodno Litten predložio Hitlerovo saslušanje. Za razliku od Mauntela čini se da ti autori nisu uzeli uvid u sudski spis postupka.

⁹ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 834.

¹⁰ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 833.

Svim je promatračima bilo jasno: ako taj dokaz uspije, onda to ne bi imalo samo posljedice za sam postupak, već bi to prouzročilo i veliku štetu za imidž NSDAP-a kod građanskih birača koji se pomalo popravljao. Dakle, to je svjedočenje moglo negativno utjecati ili čak okončati političku budućnost Adolfa Hitlera i njegove stranke, NSDAP-a!

IV. Ko je bio Hans Litten?

Ko je bio taj Hans Litten, koji se spremao da svojim pravom na ispitivanje svjedoka, koje je imao kao advokat, te uz korištenje svih mogućnosti koje su mu stajale na raspolaganju, a koje su bile u interesu njegovih klijenata (i bez obzira na opasnost kojoj se time osobno izlagao), Hitlera dovede u tu situaciju?

Nije jednostavno steći jasnu sliku o Hansu Littenu. S jedne strane, o njemu postoje zapravo samo izvještaji koji ga prikazuju u gotovo nadljudskom, herojskom svjetlu,¹¹ ili oni drugi (u nacionalsocijalističkoj štampi) koji ga prikazuju u groteskno karikiranom negativnom svjetlu. Njegove nesporno pozitivne strane, prije svega njegov nesebični angažman za druge i pravednost, ne smiju nas zavarati u tomu da sigurno nije bio jednostavna osoba. Već je i njegov odgoj bio obilježen raznim, djelomično jako kontradiktornim utjecajima čak u najužem krugu obitelji. No, zbog toga u tadašnje vrijeme (i ne samo tada!) nije bio pojedinačni slučaj. Sam njegov roditeljski dom je bio jako kontradiktoran: otac je bio voditelj katedre za građansko pravo. Potjecao je iz židovske obitelji, ali se dao krstiti u protestantskoj crkvi jer je to, prema tadašnjim prilikama u Njemačkoj, bilo bolje za njegovu profesionalnu karijeru. Politički je pripadao među konzervativce. Jedan autor¹² s tim u vezi smatra da je Littenov otac bio “protivnik demokracije iz straha”, a time se misli na dobrostojeće građanske krugove koji su se u weimarskoj demokraciji bojali izgubiti svoje dotadašnje privilegije. Za razliku od njega, majka je potjecala iz protestantske svećeničke obitelji te je bila jako obilježena kršćanstvom i idejom o ljubavi prema bližnjemu.¹³ Navodno je ona bila ta koja je podržavala altruističke osobine Littena. On je zbog toga razvio “fanatični osjećaj za pravednost”¹⁴ i “pretjeranu ovisnost da se spriječi nepravda”¹⁵. U vjerskim pitanjima se Litten više ravnao prema svojim precima s očeve strane. Promjenu vjeroispovijesti svoga oca uopće nije mogao

¹¹ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 138, piše čak o ljudima koji su ga nazivali “svecem”.

¹² C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 76.

¹³ U tom slučaju npr. C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 769.

¹⁴ Vidi Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 76.

¹⁵ H. Düx, *Hans Litten (1903-1938), Anwalt gegen den Naziterror* [Hans Litten (1903.-1938.), advokat protiv nacističkog terora], u F. -M. Balz, (izd.), *Nomos, Baden Baden, 1988*; H. Düx, *Justiz und Demokratie – Anspruch und Realität in Westdeutschland nach 1945* [Pravosuđe i demokracija – zahtjev i stvarnost u zapadnoj Njemačkoj nakon 1945. godine], Bonn 2013, str. 897.

shvatiti i zbog toga ga je prezirao.¹⁶ On je sebe doživljavao kao Židova, živio je prema tomu, a i prema vani je vidljivo nastupao kao pripadnik židovske vjeroispovijesti.¹⁷ Prema shemi razmišljanja nacionalsocijalista smatran je kao dijete iz miješanog braka, neovisno o njegovoj vlastitoj vjeroispovijesti, kao “*polužidov*”.

Još dok je išao u školu moglo se vidjeti da Hans Litten nije imao posebno poštovanje prema autoritetima. Kada se u razredu raspravljalo o tomu da li u učionici objesiti sliku predsjednika Reicha Hindenburga,¹⁸ mladi je Litten to komentirao posprdno da je on “*oduvijek bio za to da se Hindenburga objesi*”. U toj je situaciji samo veliki utjecaj njegova konzervativnog oca mogao spriječiti da se Hans mora ispisati iz škole. Kada se radilo o izboru studija, otac je uspio nametnuti svoju volju protiv liberalne majke. Litten je prema njegovoj želji studirao pravo, iako je zapravo mnoge više želio studirati povijest umjetnosti.¹⁹ Budući da pravo nije bilo studij njegovih želja, imao je i određenu distancu prema tom predmetu, koju je djelomično i pokazivao jako otvoreno. I ta je distanca kulminirala u rečenici koju je on skovao “*kada se govedo dosađivalo u raj, izmislilo je jurisprudenciju*”.²⁰

No, taj stav prema pravnim znanostima nije doveo do toga da je postao primjerice loš pravnik ili da je kasnije svoju profesiju obavljalo bez volje i angažmana. Baš naprotiv! Njegovi rezultati na ispitima su bili izvanredni. Zbog toga je mogao birati između raznih lukrativnih poslovnih ponuda, pa je tako, s jedne strane, imao je mogućnost započeti karijeru u ministarstvu pravosuđa,²¹ a s druge strane, mogao je raditi u uglednom odvjetničkom uredu i dobro zarađivati.²² No, on je izabrao jedno od područja rada pravnika u kojem se nije moglo puno zaraditi, ali u kojem je pomoć advokata bila posebno potrebna. Naime, prihvatio je posao u odvjetničkom uredu koji je prije svega zastupao socijalno ugrožene osobe u politički nemirnim vremenima na kraju Weimarske Republike.²³

U tom je poslu Litten pokazao izvanredno pravno znanje. A pritom je bio sve drugo, samo ne vrhunski pravnik pun samopouzdanja i vjere u sebe. Baš naprotiv! Pisac Max Fürst, osobni Littenov prijatelj je rekao²⁴ da su Littena “*... prije svakog ispita, prije svakog sudskog postupka i prije sasvim običnih svakodnevnih stvari mučili osjećaj manje vrijednosti i depresije, iako mu je sve zapravo naprosto*

padalo u krilo i iako se, s obzirom na svoju nadarenost, mogao osjećati nadmoćan u odnosu na druge. Upravo ta nesigurnost, ta spoznaja o onome ‘znam da ništa ne znam’ (...) očito su, s druge strane, doveli do toga da je u svom radu kao branitelj u kaznenim postupcima ostvarivao doista izvanredne rezultate”. Ovu posljednju rečenicu bi svaki pravnik trebao dobro zapamtiti jer pokazuje da nije dobar pravnik onaj koji daje ishitrene i samosvjesne odgovore, nego onaj ko je svjestan svojih vlastitih ograničenih mogućnosti te pravnim problemima pristupa promišljeno. Jer, pravo je u konačnici uvijek nešto što se prvo mora tražiti i pronaći. I zbog toga su u pravilu rješenja koja se “izbace kao iz topa” obično netačna. I: pravo je uvijek veće od onoga ko ga primjenjuje. Slično je, što se tiče odnosa, i kod brda i planinara. Dakle, ko kao pravnik nekom predmetu (ili kao planinar brdu) pristupi sa stavom “ma, nema problema”, uskoro će se naći u problemima (ili, što je još gore: drugima prouzročiti probleme).

Litten je zbog svog akribičnog načina rada postao jako poznat i uspješan. Ali, pritom se nije obogatio. “*Obično nije zaradio ni toliko da bi mogao platiti troškove ureda*” rekao je njegov prijatelj i kolega Rudolf Olden.²⁵

Jedan događaj koji je obilježio njegov daljnji pravni, ali i politički razvoj desio se 1. maja 1929. godine.²⁶ Tada se, unatoč zabrani okupljanja, okupilo 200.000 demonstranta u središtu Berlina. Iako je demonstracija protekla mirno, policija je poduzela masivne mjere protiv demonstranata. Na kraju dana ubijeno je 25 osoba. A Litten, koji je sudjelovao u demonstraciji, također je zlostavljan kao i mnogi drugi. Ali, to ga nije spriječilo da protiv predsjednika policije u Berlinu podnese kaznenu prijavu zbog poticanja na ubojstvo. Međutim, ta je kaznena prijava bila bez posljedica za predsjednika policije. No, taj je događaj pokazao da se Litten nije bojao suprotstaviti se “moćnicima”. Osim toga, taj je događaj za Littena bio početak njegove suradnje s organizacijom “Rote Hilfe” (Crvena pomoć).

“Rote Hilfe” bila je politička humanitarna organizacija. Jedna od njezinih glavnih zadaća bilo je osiguranje odvjetničke pomoći za osobe koje su zbog svog političkog rada bile izložene progonu. Organizacija “Rote Hilfe” bila je tijesno povezana s Njemačkom komunističkom partijom (Kommunistische Partei Deutschlands – KPD) koja je u novembru 1932. godine imala 330.000 članova te je uspjela pridobiti 6 milijuna, odnosno 16,9% glasova birača. (KPD je tada, dakle, bila značajna stranka u Njemačkoj). I ta organizacija “Rote Hilfe” je Littena angažirala za zastupanje žrtava u postupku vezanom za događaje u dvorani “Eden”. Iako u njemačkoj literaturi postoje različite verzije o pozadini prijedloga za izvođenje dokaza kroz saslušanje Adolfa Hitlera,²⁷ nesporno je da je Hitlerovo saslušanje

¹⁶ H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 898.

¹⁷ Vidi s tim u vezi npr. C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 76 i Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 897.

¹⁸ Vidi o sljedećem Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 76.

¹⁹ Tako npr. C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 76 i G. Baatz, *Zum 100. Geburtstag von Hans Litten* [Povodom 100. rođendana Hansa Littena], NJW, str. 1884.

²⁰ H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 897 i slj.

²¹ C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 77.

²² C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 77.

²³ Vidi C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 77.

²⁴ Fürst prema H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 888.

²⁵ U predgovoru knjige I. Litten, op. cit., fn 1, str. 10.

²⁶ Vidi o sljedećem H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 899 i slj.

²⁷ Vidi već gore pod toč. III, fusnota 8.

tek zbog pitanja Hansa Littena postalo neugodno za predsjednika Nationalsocijalističke stranke.

V. Hitler u bezizlaznoj situaciji: mora se distancirati od SA odreda, a treba ih

Prije nego što dođemo do samog saslušanja Hitlera, još nekoliko napomena vezano za situaciju u postupku: jedno od bitnih pitanja u postupku je bilo to da li je NSDAP na bilo koji način bio povezan s nasilnim djelima članova SA odreda. Jer ako bi to bio slučaj, krug odgovornih osoba ne bi bio ograničen samo na one koji su izravno počinili nasilje u dvorani "Eden". I, ako bi se ta povezanost dokazala, imidž NSDAP-a, kao stranke koja se koristi samo ustavnim sredstvima, urušio bi se kao kula od karata.²⁸ Hitlera je to dovelo u bezizlaznu situaciju. Naime, morao se distancirati od SA odreda, ali tako da ih ne naljuti. Hitler nije mogao priznati (što je zapravo bio slučaj) da stranka NSDAP svjesno koristi SA odrede kako bi zastrašila i terorizirala političke protivnike. S druge strane, nije se mogao ni otvoreno distancirati od SA odreda jer mu je trebala njihova pomoć kako bi ostvario svoje ciljeve. Hitler se, dakle, s jedne strane, morao boriti objave nasilja SA odreda i negirati da postoje ciljane nasilničke akcije. S druge strane je to trebao učiniti tako da je to za birače iz građanskog sloja izgledalo kao da se distancira od SA. Za njegove pristaše iz odreda SA su njegovi iskazi o miroljubivosti trebali izgledati kao "uspješna prijevara bogatih donatora novca".²⁹ (Pod time se mislilo na davatelje novca iz građanskog sloja koji su podržavali NSDAP, ali su odbijali nasilničke metode poput onih koje su prakticirali SA odredi.) Po tome se, dakle, također lijepo vidi da su se nacionalsocijalisti obraćali veoma različitim slojevima stanovništva koji zapravo nisu bili međusobno kompatibilni. Advokat i pisac Rudolf Olden je ustanovio da Hitleru nije bilo "lako lagati na tako kompliciran način".³⁰

VI. Hitlerovo svjedočenje

1. Velika očekivanja najrazličitijih vrsta

Zbog toga je i javnost imala velika očekivanja, s tim da su ta očekivanja, kao i čitava Njemačka u to doba, bila jako različita i podijeljena. Desno orijentirane dnevne novine su vezano za Hitlerov "nastup" govorile o tomu da je to "veliki dan" za sud u Moabitu.³¹ A Hitlerovi protivnici su se nadali da će se u tom postupku Hitlerova uvjerenja da se za provedbu svojih političkih ciljeva služi samo miroljubivim sredstvima raskrinkati kao čista laž.³²

Na dan rasprave se pred glavnim ulazom Kaznenog suda okupilo veliko mnoštvo ljudi, među njima i veliki broj Hitlerovih pristaša. Nekoliko vodova policije je angažirano za osiguranje suda.³³ Čovjek se samo može zamisliti s kojim je osjećajima Litten ušao u zgradu suda, posebno kada se uzme u obzir s kojim se dvojabama u samoga sebe ovaj nadareni pravnik morao boriti već kada se radilo o normalnim sudskim postupcima.³⁴

U engleskoj je literaturi posebno istaknuta činjenica da je Hitlera na početku saslušavao sudac. I to zbog toga što je to za pravnike koji dolaze iz angloameričkog područja, gdje i u kaznenom postupku vrijedi stranačko načelo, neobično. Tek nakon toga je Litten mogao iskoristiti svoje pravo kao branitelj da postavi pitanja. Saslušanje od strane suca je za Hitlera proteklo bez većih poteškoća. On je ta pitanja vješto koristio kako bi sebe prikazao kao političara koji čvrsto stoji na tlu legalnosti. Razlog za to je možda i taj što je tadašnje njemačko pravosuđe, koje je bilo dosta konzervativno, obično "zatvaralo jedno oko" kada se radilo o desničarskim radikalima.

Potom je Hans Litten iskoristio svoje pravo kao branitelj da postavlja pitanja. I to je pravo iskoristio opsežno. Ispitivanje je trajalo nekoliko sati, a prekinuto je pauzom za ručak koja je ujedno bila i svojevrsna cezura.

2. Pauza za ručak kao cezura

Naime, prije pauze za ručak je Hitler dosta dobro uspio parirati Littenovim pitanjima koji se, kao i obično, jako dobro pripremio. Litten je Hitlera pitao za publikaciju naziva "Der Nazi-Sozi" (Nacist-socijalist) iz pera Josepha Goebbelsa. Goebbels je od 1926. godine bio voditelj područnog ogranka (Gauleiter) NSDAP-a u Berlinu te je već i tada bio jedan od ključnih ljudi te stranke. U toj je publikaciji pisalo, između ostaloga, da će NSDAP, ako na izborima ne dođe na vlast, pokrenuti revoluciju. Nadalje je pisalo:³⁵ "Onda ćemo rastjerati parlament i osnovati državu na snazi njemačkih šaka i glava". Na drugom mjestu³⁶ je pisalo da se "protivnike mora pretvoriti u prah" te da se mora prijeći "s revolucije riječi na revoluciju djela".

optužnica, a ne da se ocjenjuju programi političkih stranaka. Prema tomu postoje i oni koji smatraju da je Litten zapravo prešao granice kojih se trebao držati kao advokat. I doista je bilo tako da je Litten Hitleru htio postaviti pitanja koja sud nije dopustio. Druga Littenova pitanja su dopuštena tek nakon dužih, kontroverznih rasprava. Vidi s tim u vezi Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 835 i B.C. Hett, op. cit., fn 5, str. 93.

³³ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 835.

³⁴ Vidi s tim u vezi citat Maxa Fürsta pod toč. IV.

³⁵ Citirano prema Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 836.

³⁶ Sljedeći su citati preuzeti iz A. Königseder, *Als prominenter Regimegegner vernichtet: Der Dachau-Häftling Hans Litten* [Kao poznati protivnik režima uništen: zatvorenik iz Dachaua Hans Litten] u W. Benz, A. Königseder (izd.), *Das Konzentrationslager Dachau – Geschichte und Wirkung nationalsozialistischer Repression* [Koncentracijski logor Dachau – povijest i djelovanje nacionalsocijalističke represije], Berlin, 2008., str. 351 i slj. tamo str. 353.

²⁸ Vezano za bezizlaznu situaciju u kojoj se našao Hitler vidi B. C. Hett, op. cit., fn 5, str. 85.

²⁹ B.C. Hett, op. cit., fn 5, str. 85.

³⁰ Vidi B.C. Hett, op. cit., fn 5, str. 85.

³¹ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 835.

³² Svrha svakog kaznenog postupka, pa tako i ovoga, jeste da se donese presuda o konkretnim djelima za koje je podignuta

Takve su formulacije doista govorile u korist tomu da su nacionalsocijalisti stvarno zagovarali nasilje kao sredstvo za dolazak na vlast. Ako bi Hitler to mišljenje trebao potvrditi kao službeni stav stranke, onda bi izgubio podršku iz građanskog sloja kojoj se nadao. A ta se podrška nije sastojala samo od milijuna potencijalnih birača, već i od financijske podrške bogatih poduzetnika. Dakle, Hitler je morao jako paziti što će reći. Jedna pogrešna riječ i moglo je doći do zaustavljanja uspona NSDAP-a! Hitler se tokom prijedodnevno saslušanja uspijeva izvući: njegov je glavni argument bio da je Göbbelsova publikacija njegova privatna stvar te da se kao takva ne može pripisati NSDAP-u kao stranci.

Nakon pauze za ručak, Litten je Hitlera suočio s daljnjim informacijama koje je istražio vezano za Göbbelsovu publikaciju. Naime, stranka je tu publikaciju i nadalje distribuirala, mogla se nabaviti u svim knjižarama NSDAP-a te se upravo štampalo daljnjih 120.000 primjerala. Dakle, nije moglo biti govora o tomu da stranka nije imala veze s tom publikacijom. Stoga se odjednom u vazduhu pojavilo pitanje lažnog iskaza.³⁷ Kod te točke saslušanja je odjednom zavladao uzbuna u sudnici. Raspravljalo se o dopuštenosti pitanja, razmjenjivale su se nervozne riječi, Hitler je navodno počeo mucati, dok je Litten pitanja postavljao *“mirno i odmjereno, no s obzirom na sadržaj (...) jako uporno, a ponekad čak i penetrantno”*³⁸, a kasnije Hitler je navodno čak i histerično vikao.³⁹ Drugi su utvrdili da *“su svi promatrači postupka Hitlerov odgovor (na određeno pitanje) smatrali jadnim”*⁴⁰ te da je Hitler Littenovim pitanjima bio *“potpuno stjeran u kut”*⁴¹.

3. Odjek u štampi

To je navelo lijevo orijentirane dnevne novine da Hitlera vezano za saslušanje nazivaju *“malim Adolfom”*⁴², a nacionalsocijalistička štampa je reagirala agresivno te je Littena nazivala *“malim, debelim polužidovom neobrijane glave”* ili *“anarhističkim advokatom”*, *“smiješnim torbarom”*⁴³ ili *“braniteljem za ubojstva crvenih”*⁴⁴ i zahtijevala je: *“spriječite tog anarhistu već jednom u njegovim nečistim radnjama!”*⁴⁵.

Hitler je, dakle, s tim saslušanjem raskrinkan u javnosti. U tom pogledu je Hans Litten znači izvojevao pobjedu.

³⁷ Kod C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 78 nalaze se protokolirani izvodi iz saslušanja. Opsežan opis saslušanja na engleskom jeziku, također s brojnim citatima pronaći ćete kod Hetta, str. 87 i d., vidi vezano za to saslušanje npr. i H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 891 i slj.

³⁸ Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 835.

³⁹ Vidi npr. Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 836.

⁴⁰ H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 891.

⁴¹ H. Düx, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 891.

⁴² Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 837.

⁴³ Citati prema A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 353.

⁴⁴ C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 78 s daljnjim dokazima.

⁴⁵ C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 78 s daljnjim dokazima.

Ali, za to će platiti strašnu cijenu. Zlokobna kampanja nacionalsocijalističke štampe bila je tek početak.

4. Hitlerova izjava nije utjecala na presudu, ali je imala posljedice za Littena

Littenova pobjeda je prije svega bila političke prirode. Naime, Hitlerovo saslušanje nije imalo gotovo nikakvog utjecaja na ishod postupka i Littenov ostali rad kao branitelja. I ako jest, onda zapravo u korist optuženih. I time na štetu privatnih tužitelja koje je zastupao Litten. Naime, sud nije uzeo u obzir neke od izjava koje su išle na teret optuženih. Pritom se radilo o slučajevima u kojima je Litten svjedoke sam ispitivao prije postupka te je tako – barem po mišljenju suda – izvršio nedopušteni utjecaj na njih⁴⁶ i prekoračio svoje ovlasti kao branitelj.⁴⁷ Hitlerova izjava uopće nije spomenuta u presudi.⁴⁸

Dakle, Litten iz ovog postupka u odnosu na Hitlera nije izašao kao pravni, ali jest kao moralni i politički pobjednik.⁴⁹ Na taj je način stekao neprijatelja koji će mu se osvetiti prvom prilikom. A njegov rad kao advokat će još pojačati Hitlerovu mržnju prema Littenu.

VII. Littenov odvjetnički rad nakon sudskog postupka “Edenpalast”

Litten je i nakon postupka “Edenpalast” sudjelovao u postupcima u kojima su pripadnici odreda SA bili optuženi zbog politički motiviranih nasilja. Jedan od njih je bio od velike važnosti za njegovu daljnju osobnu sudbinu, pa ćemo i taj postupak ovdje kratko opisati. Radi se o postupku Felseneck^{50,51}, u kojem se radilo o prepadu počinjenom od strane 150 pripadnika odreda SA, u kojem su ubijena dva pripadnika odreda SA.⁵² U ovom je postupku Litten doduše kod određene točke iz postupka isključen kao branitelj, ali je postupak ipak završio oslobađajućom presudom optuženika koje je Litten prvobitno zastupao jer se nije mogla dokazati njihova krivnja. Čini se da je u stvarnosti bilo tako da su obje žrtve ubijene od pripadnika SA odreda.⁵³

⁴⁶ Vidi s tim u vezi Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 837.

⁴⁷ Vidi s tim u vezi Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 837.

⁴⁸ Vidi s tim u vezi Ch. Mauntel, op. cit., fn 6, str. 837.

⁴⁹ Pri čemu zapravo nije zadaća kaznenog postupka da odlučuje o moralnim i političkim pitanjima. Ali, stvarno ne bi bilo realno otpor prema nadolazećem barbarstvu nacionalsocijalista ocjenjivati isključivo na temelju takvih razmišljanja.

⁵⁰ Vidi vezano uz ovaj sudski postupak posebno G. Baatz, op. cit., fn 19, str. 1784 i C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 78, ali i A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 3554 i slj.

⁵¹ Osim sudskog postupka Felseneck, trebalo bi spomenuti i sudski postupak “Röntgenstraßen”, vidi s tim u vezi C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 79.

⁵² A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 354.

⁵³ Sudski postupak “Felseneck” je ovdje skraćeno prikazan zbog nedovoljnog mjesta, a posebice se ovdje ne možemo osvrnuti na isključenje Littena iz postupka i proteste Berlinske odvjet-

VIII. Uhićenje

Zbog tih je sudskih postupaka Litten postao nadaleko poznata osoba. I osoba koja je imala gorljive obožavatelje, ali i brutalne neprijatelje. No, potonji su postajali sve moćniji tako da Litten svoju kuću ili kancelariju više nije mogao napustiti bez osobnih zaštitara.

Upozorenja i molbe iz svog okruženja da ode u inozemstvo odbio je riječima: “Ovi milijuni radnika ne mogu otići, stoga i ja moram ostati ovdje.”⁵⁴

Ti “milijuni radnika” su, kao i mnogi drugi, patili pod diktaturom nacista. No, Litten je bio na poseban način ugrožen: naime, njegov angažman kao advokata je Littena, nakon što su nacionalsocijalisti došli na vlast, doveo na popis onih protivnika režima koje je trebalo uhapsiti nakon požara Reichstaga (parlamenta), odnosno prema uredbama koje su donesene nakon požara.⁵⁵ I to se i dogodilo.

Prema riječima promatrača,⁵⁶ samo uhićenje nije bilo dramatično. Izvučen je, doduše, u četiri sata ujutro iz kreveta, ali čak mu je dana prilika da se okupa, dok su se pretraživale njegove prostorije. No, uskoro će se pokazati da vlast i stranka nisu kod svih uhićenja koja su se dogodila te noći bili tako suzdržani. I u tom trenutku još niko od njegovih prijatelja i članova obitelji nije slutio da je Hans Litten među uhapšenima bio u onoj kategoriji uhapšenih čiji je život bio najviše ugrožen. Te su osobe, između onih 4.000 osoba⁵⁷ koje su nacionalsocijalisti taj dan dali uhapsiti, u popisima uz svoje ime imali napomenu “povratak nepoželjan”⁵⁸. To je značilo, između ostaloga, da se te osobe bez osobne suglasnosti Hitlera nisu smjele pustiti na slobodu.⁵⁹ A to nije dalo naslutiti ništa dobro za njegovu budućnost.

IX. Vrijeme patnje u zatvoreništvu

I. Mučenje i zlostavljanje

I doista je vrijeme u zatvoru i logorima za Littena bilo mučeništvo koje se teško može opisati riječima. U pet godina je prošao kroz niz zatvora i koncentracijskih logora. Od zatvora u Berlin Spandau preko koncentracijskih logora (KZ) Brandenburg, Esterwegen, Lichtenburg, Buchenwald, pa sve do Dachaua.⁶⁰ Osim toga je mučen kako bi ga se navelo da dâ izjave koje bi omogućile da se ukine oslobađajuća presuda za ubojstvo pripadnika odreda SA u postupku Felsenack. Htjelo se postići da Litten optuži

svog klijenta da je on počinio to ubojstvo.⁶¹ Posljedice za Littena bile su dramatične. S tim u vezi dajemo jedan citat:

*“Prilikom mučenja u samici kosa mu je iščupana u čupercima, nekoliko zubi razbijeno tako da su ostali samo batrljici, noge teško ozlijeđene i jedno oko tako oštećeno da na njega nikada više nije vidio u potpunosti.”*⁶²

Jedan drugi izvor je naveo da je Litten stalno morao trpjeti “udarce, stalno zlostavljanje, prijetnje da će ga ustrijeliti kao i prividna smaknuća”⁶³. U tom istom izvoru piše da nije prošao nijedan dan “kada Litten nije prebijen tako da je bio sav smeđ i modar”.

Unatoč tim strašnim uvjetima zatvoreništva postojala je određena komunikacija s vanjskim svijetom, pa je Litten svojoj majci mogao pisati pisma u kojima je na prikriven način izvještavao o uvjetima svoga zatvoreništva. Tako je u pismima svojoj majci pisao o nekom navodnom klijentu imena “Bär” (*medvjed*) ili o gospodinu “Haliju” koji je imao poteškoća sa svojim okruženjem te stoga mora “tražiti novi stan” ili je počinio pokušaj samoubojstva. Što stražari, koji su možda cenzurirali pisma, nisu znali: “Bär” (*medvjed*) je bio Littenov nadimak, a gospodin “Hali” je zapravo bio “Ha-Li”, dakle, sam Hans Litten. Prilikom jedne posjete Irmgard Litten svom sinu Hansu u zatvoreništvu, potajno su dogovorili još rafiniraniji kod: pritom stvarna poruka nije proizlazila iz samog teksta pisma, već povezivanjem početnih slova svake četvrte riječi u pismu.⁶⁴ (Što zapravo majka mora osjećati kada je vlastiti sin na ovako kodiran način obavještava da je pokušao počinuti samoubojstvo?). I od suzatvorenika koji su u međuvremenu pušteni na slobodu su došle informacije.⁶⁵

2. Uzaludni pokušaji da se Littenu pomogne

Te su informacije potakle njegovu majku, ali i brojne druge osobe, da se pokušaju založiti za Littena. Njoj je uspjelo pridobiti brojne poznate osobe, pa i pravnike i političare iz Engleske da se založe za njezina sina Hansa.⁶⁶

Littenova majka je očito bila jako energična osoba. Navodno joj je jednom čak pošlo za rukom pridobiti jednu osobu iz neposrednog Hitlerovog okruženja da njemu osobno spomene Littenovu sudbinu. Navodno je to čak bio Roland Freisler, kasniji predsjednik Narodnog suda (Volksgerichtshof), koji je nepopustljivo progonio žrtve režima. Freisler se tada smatrao Hitlerovim “prijestolonasljednikom”⁶⁷, dakle, “broj dva” u stranci.

ničke komore protiv toga, vidi s tim u vezi npr. A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 355.

⁵⁴ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 17.

⁵⁵ Eufemistički se to tada nazivalo “zaštitnim pritvorom”.

⁵⁶ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 17.

⁵⁷ A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 351.

⁵⁸ G. Baatz op. cit., fn 19, str. 1785.

⁵⁹ G. Baatz, op. cit., fn 4, str. 12, G. Baatz, op. cit., fn 19, str. 1785.

⁶⁰ G. Baatz, op. cit., fn 4, str. 12, vidi i C. Brüggman, op. cit., fn 1, str. 79 i slj.

⁶¹ C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 79, A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 356.

⁶² G. Baatz, op. cit., fn 4, str. 12.

⁶³ A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 356.

⁶⁴ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 52 i slj.

⁶⁵ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 132.

⁶⁶ Vidi s tim u vezi npr. C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 80. Najopširnije su ti pokušaji opisani u knjizi Littenove majke (I. Litten, op. cit., fn 1, između ostaloga str. 93 i slj).

⁶⁷ G. Baatz, op. cit., fn 4, str. 12, spominje u svom članku samo “prijestolonasljednika” koji nije pobliže imenovan. Vjerojatno

Hitlerova reakcija, onako kako je prenesena, potvrđuje koliko je duboka bila Hitlerova mržnja prema Littenu. Naime, on je Freisleru odgovorio:⁶⁸ *“Niko neće uspjeti nešto napraviti za Littenu.”* Nakon toga je navodno “poplavio i pocrvenio” i urlao: *“Ko se zalaže za Littenu, završit će u (koncentracijskom) logoru, pa makar to bili Vi!”*

Irmgard Litten je pokušala sve kako bi pomogla svom sinu. Obratila se kompozitoru Furtwängleru, čiju je muziku Hitler jako volio.⁶⁹ On je, doduše, bio zgrožen Littenovim uhapšenjem i zlostavljanjem. Navodno je rekao: *“Pa, gdje je tu ljudskost?”*, no potrebno je bilo određeno nagovaranje prije nego što je obećao založiti se za Hansa Littenu, doduše, ne izravno kod Hitlera, ali kod njegovog pobočnika. No, nije uspio ništa postići.

Posebno razočarenje je za prakticirajuću kršćanku Irmgard Litten morao biti njezin pokušaj da svježe imenovanog biskupa Reicha Müllera potakne da poduzme nešto za Littenu.⁷⁰ On je, naime, rekao veoma izravno: *“Doista vjerujte da bi moje prvo djelo kao biskupa Reicha moglo biti to da pomazem komunistu?”*

No, pokušaj da dobije podršku iz Engleske barem je izazvao reakciju njemačkog ministra vanjskih poslova Ribbentropa. On je, naime, pisao konzervativnom engleskom političaru lordu Allenu of Hurtwoodu, koji je bio jedan od potpisnika peticije za oslobađanje Littenu. U tom je dopisu nepuštanje Littenu iz zatvorenništva obrazložio time da on kao jedan od *“intelektualnih vođa komunizma”* još uvijek predstavlja opasnost.⁷¹

Bezuspješne pokušaje da u svom društvenom okruženju pronađe osobe koje bi se založile za njezinoga sina, Littenova majka opisuje riječima, koje zasigurno svako ko je u drugim političkim promjenama tražio pomoć kod prijašnjih poznanika i prijatelja, veoma dobro poznaje i može shvatiti: *“Poštenu (među našim poznanicima) nisu imali nikakvog utjecaja, a većina njih je i sama bila ugrožena. Od ostalih koji su brzo, prije nego što je bilo prekasno prešli nacionalsocijalistima, nije se mogla očekivati nikakva pomoć.”*⁷²

Budući da su svi ti pokušaji propali, planirana je čak i akcija oslobađanja. No, ti su planovi otkriveni jer su dvojica pripadnika odreda SA, koji su se izdavali kao komunisti i Littenovi simpatizeri, zapravo bili suradnici tajne policije *“Geheime Staatspolizei”* (Gestapo). Nakon toga su uhapšeni i supružnici Fürst, koji su bili Littenovi prijatelji te su htjeli organizirati tu akciju oslobađanja. Gospodin Fürst je na

dulje vrijeme poslan u koncentracijski logor Oranienburg, a supruga u zatvor. No, nakon što su pušteni, bračni par Fürst je uspio napustiti Njemačku.⁷³

3. Trenuci otpora u zatvoru

Tijekom Littenove odiseje kroz koncentracijske logore i zatvore postojala su i kratka razdoblja mira i intelektualne razmjene sa suzatvorenicima. Litten je to vrijeme koristio kako bi razgovarao o umjetnosti i kulturi. U knjizi njegove majke⁷⁴ nalazi se primjer bilješke za *“Podsjetnik o umjetnosti za početnike – zabilježbe uz predavanje održano u koncentracijskom logoru Lichtenburg, u krugu drugova”* u kojim se Litten, između ostaloga, bavi Hölderlinovom pjesmom *“Hälfte des Lebens”* (Polovica života)⁷⁵.

Jednom su primjerice u koncentracijskom logoru Dachau izolirani svi židovski zatvorenici tako da nisu smjeli napustiti svoje nastambe.⁷⁶ Na taj se način htjelo spriječiti da tajnim putovima u vanjski svijet prokrijumčare informacije o svojoj sudbini. Ta se mjera odredila nakon što su u inozemnoj štampi objavljeni izvještaji o tretmanu židovskih zatvorenika u njemačkim koncentracijskim logorima.

Zatvorenici u Littenovom odjelu koristili su to vrijeme dok su bili oslobođeni od prisilnog rada za improvizirane kulturne predstave. Litten je pritom satima citirao djela njemačkog pjesnika Rainera Marije Rilkea. Suzatvorenici su to vrijeme opisali kao jako, jako dirljivo, a Litten se pritom opisuje kao jedan od onih koji je uspio motivirati svoje suzatvorenike da ne izgube nadu unatoč bezizglednom položaju.

No, Litten je i u drugim situacijama pokazao da nije bio spreman dozvoliti da ga se slomi. Jednom je od zatvorenika zatraženo da povodom Hitlerovog rođendana pripreme kulturnu priredbu i da je onda izvedu pred okupljenim čuvarima. Litten je za svoj nastup odabrao pjesmu koja je kao nijedna druga iskazala njegov otpor protiv zatvorenništva te je SS-čuvarima poručila da i njihova moć ima granice. Naime, Litten je recitirao njemačku narodnu pjesmu *“Die Gedanken sind frei”* (Misli su slobodne)⁷⁷ koja između ostaloga kaže:

se mislilo na Freislera.

⁶⁸ Citirano prema H. Düxu, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 892.

⁶⁹ Prikaz događaja vezanih za Furtwänglera je preuzet od I. Litten, op. cit., fn 1, str. 67 i slj.

⁷⁰ Prikaz prema H. Düxu, *Justiz und Demokratie*, fn 15, str. 893.

⁷¹ Irmgard Litten, citirano prema C. Brüggmannu, op. cit., fn 1, str. 80.

⁷² Irmgard Litten, citirano prema C. Brüggmannu, op. cit., fn 1, str. 80.

⁷³ Vidi vezano za sve C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 80.

⁷⁴ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 247.

⁷⁵ Tekst pod: http://de.wikipedia.org/wiki/H%C3%A4lfte_des_Lebens. Engleski prijevod pod: <http://lumpy-pudding.tumblr.com/post/65920318/an-annotated-holderlin-halfte-des-lebens>. B/H/S prijevod: http://www.jovicaletic.com/cms/?page_id=630 (pristupljeno 16. 6. 2015.).

⁷⁶ Vidi s tim u vezi C. Brüggmann, op. cit., fn 1, str. 80.

⁷⁷ Kratka, ali dojmjljiva filmska dokumentacija ovoga događaja naslova *“A Hans Litten Poem to a tyrant and all humanity”* [Pjesma Hansa Littenu tiraninu i cijelom čovječanstvu] pronaći ćete na engleskom jeziku pod <https://www.youtube.com/watch?v=ImiIpoDjBiM>.

*Misli su slobodne,⁷⁸
ko ih može pogoditi,
prolaze pored nas
kao noćne sjene.
Niko ih ne može znati,
nijedan ih lovac ne može ubiti,
i tako to i ostaje:
misli su slobodne*

Te su riječi u nacionalsocijalizmu morale djelovati poput poziva na otpor. A i nastavak je sličan:

*Mislim što želim⁷⁹
i što me usrećuje,
ali sve u tišini
i kako se pristoji.
Moju želju i moje težnje
niko ne može zabraniti,
i tako to i ostaje:
misli su slobodne*

Walter Schultz, jedan od suzatrovarenika, scenu je opisao na sljedeći način:⁸⁰

“Zamislite: svugdje oko nas crne uniforme, tipovi koji izgledaju poput razbijača. A naprijed na malo uzvišenom mjestu stoji jadan, mučen čovjek, pretvoren u bogalja i čita pjesmu koja je u ovom okruženju dobila opozicijsko, ne, revolucionarno, zapaljivo djelovanje. Za sve nas je to bio doživljaj – doživljaj! Za to je bila potrebna osobna hrabrost i ona je u konačnici učinila da je Hans Litten, jer iznutra nije bio slomljen, bio tako omražen kod nacista.”

Ali onda su slijedili redci koji su čuvarima u koncentracijskom logoru morali pokazati da je, unatoč njihovoj premoći, njihova moć nad zatvorenicima bila ograničena.

*I kada me se zatvori⁸¹
u mračnu tamnicu,
sve to su čisto
uzaludna djela;
jer moje misli
ruše sve prepreke i
kidaju zidove:
jer misli su slobodne.*

Doista, hrabro, tako nešto recitirati pred čuvarima logora u kojem su ti čuvari imali moć da odlučuju o životu i smrti zatvorenika!

4. Samoubojstvo kada je ostao bez snage

No, u jednom je trenutku slomljen otpor i u tada 34-godišnjem Hansu Littenu. Ujutro 5. februara 1938. godine pronašli su ga obješena. Iako nije isključeno da se zapravo radilo o ubojstvu koje je počinio jedan od čuvara, po mišljenju mnogih promatrača, mnoga toga govori u korist samoubojstva.⁸² Između ostaloga i to što se Litten već prije pokušao ubiti kako bi izbjegao daljnja mučenja. Jedan od tih pokušaja samoubojstva bio je povezan i sa sudskim postupkom Felseneck. Naime, prilikom jednog mučenja Litten je priznao – vjerojatno neistinito – da zna da je njegov klijent ubio pripadnika odreda SA.⁸³ Po završetku mučenja, Litten je to zažalio te je pismeno opozvao svoje priznanje. Kako bi izbjegao sigurnu osvetu svojih mučitelja, pokušao se ubiti, ali je tom prilikom ipak spašen.⁸⁴

Littenovoj majci je dopušteno da se oprostí od svog mrtvog sina. No, kako bi se zataškala prijašnja mučenja, smjela je vidjeti samo njegovo lice.⁸⁵ U liječničkom izvještaju vezano za pregled posmrtnih ostataka Hansa Littena, koji je teško mučen tijekom zatvoreništva, neistinito je navedeno: “tragovi nasilja počinjenog od strane trećih osoba nisu utvrđeni”.⁸⁶

X. Sjećanje na Hansa Littena u obje njemačke države i na međunarodnoj razini

Nakon II. svjetskog rata došlo je do podjele Njemačke. Jedna od mnogih stvari koje su se različito tretirale u dvije njemačke države bilo je i sjećanje na Hansa Littena. Na Zapadu, u Saveznoj Republici Njemačkoj, angažirani Littenovi prijatelji i suvremenici održavali su sjećanje na njega. No, do ponovnog ujedinjenja, sa službene razine nije dobio nikakvo priznanje. To je tadašnjeg predsjednika Njemačke odjetničke komore, dr. Michaela Strecka, navelo da sa žaljenjem ustanovi da “mnogim (pravnicima) iz starih saveznih zemalja⁸⁷ ime Hans Litten ništa ne znači”.⁸⁸

Sasvim drukčije su stvari bile u Njemačkoj Demokratskoj Republici (DDR-u). Tamo je Litten kao borac protiv fašizma dobio mnoga priznanja, i od osoba i institucija, prema kojima bi Hans Litten sa svojim neovisnim duhom, kojeg autoriteti nisu dojmili, i svojom težnjom za pravdom vjerojatno bio kritički nastrojen da

⁷⁸ Die Gedanken sind frei, wer kann sie erraten, sie fliehen vorbei wie nächtliche Schatten. Kein Mensch kann sie wissen, kein Jäger erschießen, es bleibet dabei: die Gedanken sind frei.

⁷⁹ Ich denke, was ich will, und was mich beglückt, doch alles in der Still(e), und wie es sich schicket. Mein Wunsch und Begehren kann niemand verwehren, es bleibet dabei: die Gedanken sind frei.

⁸⁰ U I. Litten, op. cit., fn 1, str. 138.

⁸¹ Und sperrt man mich ein im finsternen Kerker, das alles sind rein vergebliche Werke; denn meine Gedanken zerreißen die Schranken und Mauern entzwei: die Gedanken sind frei.

⁸² G. Baatz, op. cit., fn 19, str. 1785 nasuprot smatra da je pitanje: ubojstvo ili samoubojstvo otvoreno.

⁸³ To je također iskoristila štampa, koja je u tom trenutku već bila jednumna, te je objavljivala naslove poput: “Hans Litten gesteht Beihilfe zum Mord” [Hans Litten priznao supočiniteljstvo u ubojstvu], vidi C. Brüggman, op. cit., fn 1, str. 79.

⁸⁴ Vidi npr. A. Königseder, op. cit., fn 36, str. 356.

⁸⁵ I. Litten, op. cit., fn 1, str. 233 i slj.

⁸⁶ Citirano prema G. Baatz, op. cit., fn 19, str. 1785.

⁸⁷ Misli se na Saveznu Republiku Njemačku do 1991. godine, dakle “Zapadnu Njemačku”.

⁸⁸ G. Baatz, op. cit., fn 4, str. 11.

je preživio nacionalsocijalizam. Bitan "motor" sjećanja na Hansa Littena je u prvo vrijeme nakon njegove smrti bila njegova majka. Ona je posebno u svojoj knjizi "Eine Mutter kämpft gegen Hitler" (Jedna majka u borbi protiv Hitlera), koja je prevedena na više jezika, podsjećala na život, rad i patnje svoga sina. U podijeljenoj se Njemačkoj sjećanje na Hansa Littena zadržalo prije svega na socijalističkom Istoku. No, nakon ponovnog ujedinjenja Njemačke je sjećanje na Hansa Littena postalo stvar svenjemačkog odvjetništva. Tako od ponovnog ujedinjenja Njemačka odvjetnička komora i Odvjetnička komora Berlina svoje glavno sjedište imaju u Berlinu, u kući Hans-Litten koja je nalazi u Littenstraße. U istoj ulici svoje glavno sjedište ima i Njemačka asocijacija advokata. No, sjećanje na Littena postoji na Zapadu nekad podijeljene zemlje i izvan odvjetništva. Tako sada i u Dortmundu postoji Littenstraße. A 2015. godine je u Berlinu i jedna škola nazvana po njemu.⁸⁹

Osim toga, o Hansu Littenu je tokom proteklih desetljeća napisano puno članaka i knjiga, ali postoje i filmovi o njemu. Jedan od njih snimljen je u DDR-u,⁹⁰ drugi je 2011. godine producirao britanski BBC.⁹¹ A iste je godine i ZDF producirao 45-minutni dokumentarni film o njemu.⁹² I u Londonu je protekle godine izvedena praižvedba kazališne predstave o Littenu "Taken at Midnight", koja se bavi "visokom cijenom za otpor protiv tiranije".⁹³ Sjećanje na Littena je postojalo i postoji u različitim vremenima i na međunarodnoj razini.⁹⁴

XI. Zaključak

Hans Litten je bio mnogo toga: Nijemac židovske vjeroispovijesti, politički aktivist i borac u pokretu otpora, objekt mržnje nacionalsocijalista i objekt za prezentaciju u DDR-u. S ljudske strane gledano, bio je prije svega jedna od mnogih žrtava sustava koji je prezirao i omalovažavao

ljude. I morao je pretrpjeti gotovo nezamislive stvari jer se nije htio pokoriti političkoj struji. Ali, Litten je bio i pravnik i pokazao je svojim primjerom da je posao pravnika nešto posebno i da postavlja posebne zahtjeve.

Ne može se očekivati da će se svi pravnici u situacijama kada su pod pritiskom ponašati kao Hans Litten. Ali treba se nadati da će sjećanje na Hansa Littena pomoći da pravnici ostanu svjesni toga da kao angažirani pravnici nekada trebaju prihvatiti i neku nepriliku kako bi pomogli u ostvarenju prava.

Max Fürst, prijatelj koji je zbog otkrivenih planova za oslobađanje Littena završio u koncentracijskom logoru,⁹⁵ u svojoj biografiji četrdeset godina nakon događaja koji su ovdje opisani, došao je do sljedećeg zaključka: "Koga treba (...) više žaliti, čovjeka koji je umro ili narod koji je protratio takve ljude." I ovo je, kao i opis Littenove majke o tomu zašto se niko iz njezinog socijalnog okruženja nije mogao ili nije želio založiti za njezina sina,⁹⁶ rečenica koja je primjenjiva i u drugim povijesnim kontekstima.

Dr. Stefan Pürner

Bedeutende deutsche Juristen Hans Litten (1903–1938) Der Rechtsanwalt, der Hitler bloßstellte

(Zusammenfassung)

In der Rubrik "Bedeutende deutsche Juristen" wird in dieser Ausgabe der im Verbreitungsgebiet der NPR weithin unbekanntes Rechtsanwalt Hans Litten vorgestellt. Litten war in Berlin am Anfang der 1930-er Jahre als Verteidiger von linksgerichteten Arbeitern und als Nebenkläger in Prozessen, in denen es um Gewalttaten der SA ging, tätig. Im sogenannten Edenpalastprozess gelang es ihm, das Gericht dazu zu bewegen, Adolf Hitler zu der Frage, inwieweit die NSDAP die Gewalttaten der SA billigt oder sogar fördert, in den Zeugenstand zu rufen. Auch wenn sich die Aussage Hitlers nicht unmittelbar auf das Urteil auswirkte, gelang es Litten, Hitler in Erklärungsnotstand zu bringen und in Widersprüche zu verwickeln. Dadurch zog er sich den Zorn Hitlers zu, was dazu führte, dass er nach dem Reichstagsbrand inhaftiert wurde. Nach einem fast fünfjährigen Martyrium beging Litten im Jahre 1938 Selbstmord. Im Rahmen dieser Darstellung, der Literatur zu Litten in deutscher und englischer Sprache zu Grunde liegt (vgl. dazu die Quellenangaben in den Fußnoten) wird auch auf die Würdigung Littens in der DDR und der Bundesrepublik Deutschland eingegangen. Außerdem wird auf den Niederschlag, den Leben und Leiden Littens in der darstellenden Kunst und im Film gefunden hat, eingegangen. Soweit möglich wird auf weiterführende Quellen in deutscher und englischer Sprache im Internet verwiesen, um es interessierten Lesern zu ermöglichen, sich vertieft mit dem Thema zu beschäftigen.

⁸⁹ Vidi <http://www.hans-litten-schule.de/>.

⁹⁰ *Rote Hilfe – Anwälte gegen rechte Justiz* [Crvena pomoć – odvjetnici protiv desnog pravosuđa].

⁹¹ *Hans Litten – The Man who crossed Hitler* [Hans Litten – čovjek koji je unakrsno ispitivao Hitlera].

⁹² *Hitler vor Gericht – Die Geschichte von Hans Litten* [Hitler pred sudom – priča o Hansu Littenu].

⁹³ Vidi s tim u vezi M. Billington, *Taken at Midnight review – gripping tale of Jewish lawyer who crossed Hitler* [Pregled u ponoć – dojmjljiva priča o židovskom advokatu koji je unakrsno ispitivao Hitlera] u *The Guardian online* od 5. 10. 2014. (<http://www.theguardian.com/stage/2014/oct/05/taken-at-midnight-review-hitler>). Vidi s timu vezi i (na njem. jeziku) <http://www.tagesschau.de/ausland/theater-london-101.html>.

⁹⁴ Zbog toga se na internetu mogu naći i opsežne informacije o njemu, pa i na engleskom jeziku. Za zainteresirane se dakle isplati "googlati" za takvim materijalom.

⁹⁵ Citirano prema C. Brüggemann, op. cit., fn 1, str. 81.

⁹⁶ Vidi s tim u vezi gore pod IX cif. 2.

Slavica Krneta (1927–2010)

Prof. dr. Meliha Povlakić

Uvod

Časopis NPR u pojedinim izdanjima ima rubriku posvećenu čuvenim pravnicima, u pravilu njemačkim pravnicima, koji su ostavili dubokog traga u pravnoj nauci i/ili u izgradnji pravnog sistema svoje zemlje. Intencija uredništva je bila da se pravnicima u regionu približe ta velika imena i korifeji pravne misli, o kojima se ovdje ne zna dovoljno, bilo zbog nepoznavanja jezika, bilo zbog toga što su određeni velikani djelovali i prije više vijekova. Postepeno je sazrela ideja da bi, naročito mlađim pravnicima u regionu, trebalo ukazati na velikane pravne nauke i struke i s ovih prostora. Kriterij za odabir ličnosti je osnovi samo jedan – mora se raditi o pravniku koji je svojim djelom ostavio dubokog traga. Redosljed je plod slučajnosti. Možda bi najprimjerenije bilo krenuti hronološki, a pri tome paziti na ravnopravnu zastupljenost pravnika iz svih krajeva regiona. Redakcija ne gaji ambiciju da može ovdje pronaći savršen sistem, niti kada su u pitanju njemački niti pravnici iz regiona, a pri tome insistira na tome da redosljed objavljivanja ne znači bilo kakvo vrijednosno rangiranje. Slučajni odabir redosljeda uz nezamjenjiv uvjet visokog kvaliteta će izazvati mnogo manje surevnjivosti i upoređivanja. Kako je u predgovoru ovog izdanja napisano, pozivaju se autori da dostave svoje priloge i o drugim čuvenim pravnicima regiona.

Ipak, da se objavljivanje priloga o pravnicima regiona započne sa Slavicom Krnetom, dugogodišnjom profesoricom Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, nije puki slučaj. Sigurno u tome ima, s jedne strane, i subjektivnosti pisca ovih redova, koji je imao čast biti đakom prof. dr. Krnete, a s druge strane, tom izboru sigurno ne bi mogla naći nikakvu zamjerku objektivna ocjena stručne pravničke javnosti regiona, u kojem je Slavica Krneta ostavila dubokog traga. Ipak, presudno je bilo to što se njen rad, ali i njena ličnost, potpuno uklapaju u opredjeljenja časopisa NPR, istaknuta i u predgovoru ovog broja: internacionalizacija umjesto zatvaranja u uske granice, svijest o značaju evropskog prava, posvećenost unapređenju pravničkog i naučnog podmlatka, duboka povezanost s njemačkim pravom.

Starijim generacijama civilista u regionu nema potrebe objašnjavati iz kojih razloga prof. dr. Slavica Krneta zaslužuje da se nađe u rubrici "Čuveni pravnici". Ono po čemu jednog naučnika pamtimo, to su njegova djela. Posljednji objavljeni rad prof. Krnete datira iz 2007. godine, a većina njenih radova ipak iz sredine prošlog stoljeća. Uprkos tome nema bojazni da će buka i prašina vremena učiniti da se oni zaborave; mnogi njeni radovi su još uvijek nezaobilazna literatura za sve one

koji se žele baviti u svom naučno-istraživačkom radu građanskim pravom. Njene radove nije pregazilo vrijeme, ona jednostavno nije bila "socijalistički" autor da bi njeni radovi postali neaktuelni. Nije napisala niti jedan rad na temu društvenog vlasništva ili samoupravljanja, stav i opredjeljenje koje u datom vremenu ne treba potcijeniti. Tada se potpuno anahrono ili "contra"-hrono, ali zato sada savremeno, bavila pitanjima zaštite i prava ličnosti, intelektualnim vlasništvom, najintrigantnijim teorijskim pitanjima civilistike (priroda subjektivnih prava, teorija zahtjeva, uloga načela savjesnosti i poštenja, razgraničenja stvarnih od obligacionih prava). S ove distance mogli bismo neke od radova i tema kojima je bila posvećena u vremenu dok su se drugi bavili društvenim vlasništvom i socijalističkim samoupravljanjem smatrati heretičkim, u najmanju ruku "buržoaskim" i time nepodobnim. Primjera radi baviti se teorijom subjektivnog prava u vremenu kada se osnovno pravo (pravo raspolaganja) smatralo negacijom subjektivnog prava, nije nužno bilo u skladu s tadašnjim duhom vremena. Ta dimenzija naučnog opusa prof. Krnete je moguće i najfascinantnija i nju se može osjetiti i pravilno ocijeniti tek s određene vremenske distance. Bila je veliki civilista, kada to nije bilo u duhu vremena.

Osim toga, zajedno s prof. Vojislavom Spaićem, takođe velikanom civilistike i takođe profesorom na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu šezdesetih godina, prije nego na drugim pravnim fakultetima u bivšoj SFRJ, uvodi predmet Autorsko pravo u nastavni plan i program Fakulteta, i predaje materiju intelektualnog vlasništva brojnim generacijama studenata. Zaštita autorskih i intelektualnih prava danas je nezaobilazni element ustavnih i konvencijskih garancija prava ličnosti i prava na imovinu, ali se nije nužno podrazumijevala u vremenu u kojem ni lična sloboda ni privatno vlasništvo i interes nisu bili u centru jednog pravnog poretka. Primjera radi, u Socijalističkoj republici BiH, pravo zakonskog nasljeđivanja autorskih prava bilo je ograničeno na najuži krug lica (bračni drug, djeca, roditelji), tako da su plodovi intelektualnog rada veoma lako mogli postati društvenim vlasništvom.

Prema profesoru *Gavelli*, pravni poredak u Hrvatskoj¹, čemu treba dodati i cijelu bivšu SFRJ, prije ulaska u socijalistički pravni krug pripadao je kontinentalnom pravnom krugu, a napuštanje socijalističkog ekonomskog i pravnog modela znači povratak u taj pravni krug. Osim toga, transformacija znači da privatno pravo i institut privatnog vlasništva postaju centar pravnog sistema. Ipak, bivša SFRJ, a time i BiH, nisu nikada potpuno napustile

¹ Nikola Gavella, 'Novo hrvatsko stvarno pravo u funkciji prilagodbe pravnog poretka Republike Hrvatske europskome', in: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechtes in des Staaten Südosteuropas/Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope* (Bremen, 2003) str. 21.

srednjoevropski kontinentalni krug; u mjeri u kojoj je postojalo privatno vlasništvo postojali su i klasični instituti građanskog prava. Oni su tada bili marginalizirani,² da bi sada postali fokusom i pravnog istraživanja i pravne prakse. Zahtijevalo je nesumnjivo veliku ljudsku čvrstinu, da se neko moćnog duha i raskošnog talenta, svjesno opredijeli za istraživanje tada marginalnih instituta. To bi moglo značiti i vrlo lako ostajanje na margini naučnih i stručnih zbivanja. U slučaju prof. Krnete to nije bilo tako. Svojim neupitnim pravničkim znanjem i općom erudicijom, iako je po prirodi stvari morala biti shvaćana kao nepoželjni "građanski" element, ona je u mnogim događanjima bila u centru. Ovdje treba spomenuti činjenicu da je u vremenu od 1976. do 1978. godine bila dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, od 1971. do 1974. član Pravnog savjeta Skupštine SRBiH, kao i član komisija za izradu važnih zakonodavnih projekata (npr. Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima). To mnogo govori i o ličnosti i snazi prof. Krnete, ali sasvim sigurno baca pozitivno svjetlo i na period u kojem (naknadno) nismo spremni vidjeti ništa pozitivno.

U toku svog profesionalnog rada djelovala je kao vrstan naučnik i objavila niz radova, od kojih su mnogi značili početak bavljenja određenim pitanjem u BiH i regionu, bila predano posvećena dobrobiti zemlje u kojoj je radila i s velikom strašću je kao potpuno nezavisan ekspert učestvovala u reformama i izgradnji pravnog sistema u bivšoj SFRJ i docnije u BiH, a osim toga bila učitelj mnogim generacijama. U ovom skromnom prilogu se žele ukratko osvijetliti svi navedeni aspekti njenog rada.

Profesionalni put

Osim kada je gostovala i istraživala, u pravilu u Njemačkoj, na Max-Planck institutu za inovacije i pravo konkurencije (Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerbsrecht),³ sav svoj životni radni vijek prof. dr. Slavica Krneta bila je vezana za Sarajevo, i pri tome neraskidivo za Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, gdje je djelovala punih 50 godina.

Rođena je 10. 11. 1927. godine u Sarajevu, gdje je završila osnovnu školu i gimnaziju. Na Pravnom fakultetu u Sarajevu diplomirala je 31. januara 1953. godine. Po

završetku studija radila je kao sudski pripravnik na Okružnom sudu u Sarajevu, nakon čega je bila izabrana za sudiju Sreskog suda u Sarajevu i to u građanskom odjeljenju. Sudijsku dužnost obavljala je do 31. decembra 1955. godine, kada započinje univerzitetsku karijeru godine u svojstvu asistenta. Doktorsku disertaciju pod nazivom "Uloga i značaj posjeda u našem pravu" odbranila je 1963. U zvanje docenta birana je 1964. godine, čime je započela svoju nastavničku karijeru. U različitim statusima će ostati vezana za Fakultet sljedećih 50 godina, do 2006. godine, kada ju je zdravstveno stanje spriječilo da dalje učestvuje u postdiplomskom i doktorskom studiju. Prof. dr. Slavica Krneta penzionisana je u septembru 1993. godine

Kao mlad docent bila je stipendista Fondacije Alexander von Humboldt i prvi put je boravila dva semestra 1964/65. akademske godine na Max-Planck institutu za inovacije i pravo konkurencije. Od vremena prvog boravka pa do svoje smrti održavala je redovite naučne i stručne kontakte s ovom naučnom institucijom koja uživa izuzetan ugled u Evropi, ali i izvan njenih granica. Na ovom institutu boravila je u više navrata. Kao inostrani korespondent za intelektualno vlasništvo u Bosni i Hercegovini sve do svoje smrti aktivno je saradivala s ovim institutom. U tom je svojstvu od 1997. godine u više navrata podnosila izvještaje o zakonodavnim i praktičnim problemima s područja intelektualnog vlasništva u BiH. Svi ovi izvještaji su objavljeni u poznatom časopisu *GRUR (Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht)*. Na ovom institutu je doživjela i nesebičnu pomoć i podršku kada je u ratnim danima, već u poznim godinama i bolesna, napustila Sarajevo. Kao gostujući profesor radila je na Institutu u vremenu od januara 1993. do augusta 1996., baveći se intenzivno problemima intelektualnog vlasništva, osobito evropskog, kao i novim tendencijama u razvoju ličnih prava. Veze uspostavljene s tim institutom nadživjele su i prof. Krnetu i tadašnjeg direktora prof. Eugena Ulmera i nastavljaju ih njihovi đaci i sljedbenici.

Kao emeritirani profesor od akademske godine 1996/1997., pa do 2006. ponovo je bila angažirana na Pravnom fakultetu u Sarajevu kao profesor na predmetima Građansko pravo i Autorsko pravo sa pravom industrijskog vlasništva, kao i u postdiplomskoj nastavi na Pravnom fakultetu u Sarajevu, ali i na postdiplomskom studiju "Evropske studije" Univerziteta u Sarajevu.

Kao gost predavač gostovala je na univerzitetima u Pragu, Manheimu, Zagrebu, Rijeci, Minhenu i Centralno-evropskom institutu u Budimpešti.

Od sredine 80-ih godina bila je član Odbora za pravne nauke u Akademiji nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, a od 2002. g. predsjedava tim odborom, kada je i izabrana za dopisnog člana Akademije nauka i umjetnosti BiH. Bila je članica Udruženja za autorsko pravo i industrijsko vlasništvo SR Njemačke, kao i Međunarodnog udruženja nastavnika i istraživača na području intelektualnog vlasništva (ATRIP).

² Meliha Powlakić, 'Privatrechtsentwicklung in Bosnien und Herzegowina Systemtransformation und ihre Folgen auf die Privatrechtsentwicklung in BiH' in: Rudolf Welsler (Hrsg.), *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Band I (Wien, 2008), str. 190.

³ Naziv instituta se mijenjao, a u vremenu kada je prof. Krneta prvi put boravila na njemu nosio je naziv Max-Planck institut za inostrano i međunarodno patentno, autorsko pravo i pravo konkurencije (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber und Wettbewerbsrecht).

Utjecaj na razvoj pravnog sistema bivše SFRJ i BiH

Prof. dr. Slavica Krneta je bila član Potkomisije za vlasničkopravne odnose Savezne skupštine bivše SFRJ. Tokom 1970. i 1971. godine učestvovala je kao stručnjak iz oblasti građanskog prava zajedno sa stručnjacima iz cijele bivše SFRJ u radu ove komisije koji se odvijao u Beogradu, Zagrebu, Sarajevu i Opatiji. Izradila je nacrt odredaba o posjedu kao i obrazloženje, koje je podnijela na sjednici Komisije održanoj 24.–26. marta 1971. godine. Ovaj nacrt koji se zalagao za uvođenje objektivne (germanske) koncepcije posjeda bio je prihvaćen, te su odredbe unesene u Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima koji je donijet 1980. godine. Time su u pravnom poretku bivše SFRJ, pod utjecajem njemačkog prava, usvojena nova, modernija rješenja u materiji posjeda, koja su zadržana i danas u BiH, kao i u svim zemljama regiona.

Iako već uveliko emeritirani profesor, prof. dr. Slavica Krneta je rukovodila grupom koja je pripremala tekst novog Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima Bosne i Hercegovine, a bila je konsultant pri grupi koja je pripremala Nacrt Zakona o industrijskom vlasništvu Bosne i Hercegovine. U radu ove dvije grupe odlučujuće je doprinijela da se navedeni zakoni 2002. godine usvoje na nivou države Bosne i Hercegovine, uprkos drugačijim političkim opcijama koje su se zalagale za donošenje ovih zakona na entitetskom nivou. Upravo je donošenje ovih zakona na državnoj razini bio jedan od uvjeta koji BiH treba ispuniti za približavanje Evropskoj uniji. Tada doneseni Zakon o autorskom pravu značio je i ličnom zaslugom prof. Krnete, proširenje obima zaštite autorskih prava u BiH i “prilagođavanje zahtjevima TRIPS-a (Sporazum o trgovinskim aspektima intelektualnog vlasništva) i pojedinim rješenjima iz *acquis communautaire*.”⁴ U međuvremenu su 2010. doneseni novi zakoni iz oblasti materije intelektualnog vlasništva, usavršeniji i moderniji, usklađeni s novim razvojem prava Evropske unije. Time je Bosna i Hercegovina ispunila jednu od svojih obaveza iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. S obzirom na političke uvjete, to 2010. godine ne bi bilo moguće, da prof. Krneta i njeni tadašnji saradnici, nisu uspjeli djelovati na zakonodavca da se prvi zakoni iz ove oblasti donesu na državnom nivou. Osim toga, svojim je iskustvom, znanjem, povezanošću s relevantnim svjetskim udruženjima u oblasti intelektualnog vlasništva, bitno doprinijela uspostavljanju i razvoju Instituta za intelektualno vlasništvo u BiH.

Bila je član je ekspertne grupe imenovane od strane ministra pravde Federacije BiH za izradu Zakona o stvarnim pravima, a bolest i smrt su je prekinuli u njenom daljem angažmanu u ovoj komisiji.

Naučni opus

U toku dugogodišnje naučne karijere prof. Krnete nastao je u okviru BiH i bivše Jugoslavije, kako po obimu, tako i po kvalitetu, izuzetan opus. Izuzetnost njenog djela ogleda se i u tome što ono nije koncentrirano na jednu naučnu oblast, u čemu sadašnje vrijeme koje zahtijeva sve užu specijalizaciju inače može ograničiti autore. Radovi prof. dr. Krnete obuhvataju četiri velike oblasti građanskog odnosno privatnog prava, a to su: opća pitanja građanskog prava ili teorija građanskog prava, stvarno pravo, lična prava i pravo intelektualnog vlasništva. Pri tome nije moguće naznačiti glavno i sporedno polje njenog istraživanja, jer je u sve četiri oblasti dala značajan doprinos razvoju građanskopravne misli na području bivše Jugoslavije. Ne bi na ovom mjestu bilo ni moguće ni prikladno navesti sva mnogobrojna djela i mjesta u kojima su citirani njeni radovi. Umjesto toga će se ukazati na činjenicu da se u mnogim radovima drugih autora objavljivanim širom bivše Jugoslavije u predgovoru ili tekstu može naći posveta ili konstatacija da je upravo prof. dr. Krneta otvorila određeno pitanje i potakla naučnike da se njime dalje bave ili da je u određenoj oblasti napisala najljepše stranice u bivšoj Jugoslaviji.

To pokazuje i rad *Vladimira V. Vodinića* pod naslovom “Obligacionopravna zaštita ličnosti”⁵ posvećena prof. dr. Slavici Krneta riječima: “Posvećeno prof. dr. Slavici Krneta, čijim je radom prije tri decenije započela naša istorija teorije ličnih prava, čije najljepše stranice nose njen potpis”. *Rok Lampe* je posvetio svoj rad pod naslovom “Pravica do zasebnosti - vidik 8. člana Evropske konvencije o čovekovih pravica in temeljnih svobošćinah”⁶ prof. dr. Slavici Krneta riječima: “Članak posvećujem poštovanoj profesorici Slavici Krneta, koja je svojim neprocjenjivim djelom o ličnim pravima, a posebno o pravu na privatnost, postavila čvrste temelje proučavanja ove iznimno važne tematike, na šta je inspirirala i mene. *Gloria magistra!*”

Bilo bi, međutim, netačno njen naučni opus geografski ograničiti na prostor bivše SFRJ, budući da je značajan broj radova, naročito onih iz oblasti intelektualnog vlasništva, objavila u inostranstvu. Neki od njenih radova su izrazito doktrinarnog karaktera, kao npr. radovi posvećeni subjektivnim pravima, zahtjevu ili stvarnim pravima koji i danas čine klasičnu literaturu iz oblasti privatnog prava, a neki imaju izuzetan praktični značaj i pisani su s ciljem izmjene zakona ili prakse (npr. radovi posvećeni sudskoj zaštiti posjeda, reformi evidencije nekretnina, intertemporalnom dejstvu propisa, novim propisima iz oblasti zaštite intelektualnog vlasništva u BiH).

⁴ Iza Razija Mešević, ‘Novo uređenje oblasti autorskih i srodnih prava i njihovog kolektivnog ostvarivanja u Bosni i Hercegovine’, *NPR* 1/2011, str. 69.

⁵ Vladimir V. Vodinić, ‘Obligacionopravna zaštita ličnosti’, *Pravni život* 9-10/9, str. 567.

⁶ Rok Lampe, ‘Pravica do zasebnosti – vidik 8. člana Evropske konvencije o čovekovih pravica in temeljnih svobošćinah’, *Ljudska prava* 3-4/2003, str. 149.

Među njenim radovima posebno mjesto zauzima monografija "Evropsko pravo intelektualnog vlasništva"⁷, te obimne odrednice Subjektivna prava, Posjed, Lična prava, Stvarno pravo objavljene u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada*⁸ koje po svom obimu imaju karakter monografske obrade određenih tema. Na izradi *Enciklopedije imovinskog prava i prava udruženog rada* krajem 70-ih godina učestvovali su svi eminentni stručnjaci iz bivše SFRJ, a prof. dr. Slavica Krneta je jedan od rijetkih autora koji je napisao više odrednica, što je predstavljalo posebno priznanje. Ove su odrednice još uvijek obavezna literatura na postdiplomskom odnosno doktorskom studiju na Katedri za građansko pravo u Sarajevu, jer se radi o obradi temeljnih instituta građanskog prava. Mnogim mladim pravnicima će suspektno zvučati sam naziv Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada. Naslov je sasvim sigurno bio danak vremenu, a udruženom radu je posvećen relativno mali broj stranica ovog trotomnog djela od nekoliko hiljada stranica. Ako sam naziv Enciklopedije, kako je rečeno, nekima može ostati ideološki suspektan, odrednice koje je napisala prof. Krneta su posvećene najklasičnijim pitanjima civilistike.

Mnogi njeni članci imali su karakter pionirskih radova i njima su otvarana određena pitanja u doktrini bivše SFRJ. Posebno se radovi prof. dr. Slavice Krnete odlikuju dubinom prodiranja u problem i pisani su na bazi temeljnih proučavanja i korištenja mnoštva izvora na tri svjetska jezika (njemački, francuski, engleski). Neki radovi nisu pretočeni u monografiju za šta je bilo osnova npr. u mnogobojnim posebnim radovima koji se bave ličnim pravima obrađeni su svi aspekti ove problematike⁹, da je njihovo povezivanje u jedinstvenu monografiju bilo samo tehničko pitanje. U problematici ličnih prava bila je pionir u bivšoj SFRJ. Ovom se oblašću počela baviti još 1957. godine, što je u to vrijeme bila rijetkost u jugoslovenskoj literaturi. U ovoj je oblasti objavila veliki broj naučnih djela i time je u cjelini obradila sva relevantna pitanja ličnih prava i njihove građanskopravne zaštite. Nesumnjivo je da

je u ovoj naučnoj oblasti i dala drugima poticaj za njeno izučavanje. U dvije monografije autora *Alojzija Finžgara* ("Osobnosne pravice")¹⁰ i *Nikole Gavella* ("Osobna prava")¹¹ posvećene problematici ličnih prava, njena su djela veoma često citirana. *Finžgar* ju je citirao pri obradi svakog pitanja, tako da gotovo da nema stranice u radu u kojoj se ne citira neki od njenih radova.

Među brojnim problemima stvarnog prava kojima se prof. dr. Slavica Krneta tokom dugogodišnjeg rada bavila ipak se posebno se ističe oblast posjeda, ali i etažnog vlasništva. U oblasti posjeda, osim doktorske disertacije, objavila je više radova i njima odlučujuće doprinijela da se na zakonodavnom planu izmijeni koncepcija posjeda i usvoji moderno, germansko shvatanje posjeda i time proširi i pojednostavi posjedovna zaštita. Radovi iz oblasti posjeda višestruko su citirani u bivšoj jugoslovenskoj literaturi. Isti je slučaj i s radovima iz etažnog vlasništva, u kojima je među prvima, a na osnovu uporednopravne analize ovog instituta, ukazivala na neodrživost tadašnje koncepcije etažnog vlasništva i nužnost reforme ovog instituta.

Rad "Povreda načela poštenja i savjesnosti kao razlog prestanka subjektivnih prava" je temeljni i polazišni rad za sve one autore koji su se docnije bavili sličnom problematikom i bio je u velikoj mjeri inspiracija za monografiju "Savjesnost i poštenje" *Dragoljuba Stojanovića*¹², te *Vladimiru V. Vodiniću* za monografiju "Takozvana zloupotreba prava"¹³.

Na polju intelektualnog vlasništva stekla je i međunarodni ugled, o čemu govore gostovanja na stranim pravnim fakultetima u okviru dodiplomske i postdiplomske nastave (pravni fakulteti u Pragu, Manheimu, Zagrebu Rijeci, Centralnoevropski institut u Budimpešti), višekratni boravci na Max-Planck institutu u Minhenu, dodjela stipendije Fondacije Alexander van Humboldt u dva navrata, učesće na više međunarodnih skupova posvećenih autorskom pravu i pravu intelektualnog vlasništva, njen angažman u svojstvu inostranog korespondenta za intelektualno vlasništvo u Bosni i Hercegovini Max-Planck instituta za patentno pravo u Minhenu. Iz oblasti autorskog prava i prava industrijskog vlasništva objavila je niz radova u inostranstvu, među kojima posebno mjesto zauzima Studija u autorskom pravu Republike Hrvatske.¹⁴

Povodom 80 godina života i gotovo 50 godina naučnog rada i djelovanja prof. dr. Slavice Krnete, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu i Akademija nauka i umjetnosti BiH

⁷ S. Krneta, *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva* (Sarajevo, 1996).

⁸ *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (Beograd, 1978).

⁹ Primjera radi to su radovi: 'Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava', *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, V/1957; 'Kritika shvatanja o prirodopravnom porijeklu teorije ličnih prava', *Radovi - XXXVIII, Odjeljenje društvenih nauka, Akademija nauka i umjetnosti BiH* (Sarajevo, 1970); 'O nekim aspektima građanskopravne zaštite ličnosti (Pravo na vlastitu sliku)', *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XV/1967*; 'Civilnopravna zaštita privatnog života u evropskom pravu', *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XVIII/1970*; 'Osnovne karakteristike civilnopravne zaštite ličnosti u angloameričkom pravu', *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XX/1972*; 'Lična prava pravnih lica', *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XXV/1977*; 'Pravna priroda postmortalne zaštite ličnosti', XXVII/1980.

¹⁰ Alojzija Finžgar, *Osobnosne pravice* (Ljubljana, 1985).

¹¹ Nikola Gavella, *Osobna prava* (Zagreb, 2000).

¹² Dragoljub Stojanović, *Savjesnost i poštenje* (Beograd, 1973).

¹³ Vladimir V. Vodinić, *Takozvana zloupotreba prava* (Beograd, 1997).

¹⁴ Objavljeno u *Quellen des Urheberrechtes, Kroatien* (Frankfurt a.M., Lieferung 1996). Uz ovaj tekst obima 80 stranica objavljen je i prijevod Zakona o autorskom pravu Republike Hrvatske, koji je takođe uradila Slavica Krneta.

izdali su zbirku njenih najznačajnijih radova pod naslovom "Odabrane teme privatnog prava". Namjera izdavača bila je da jubilaru na ovaj način čestita značajne jubileje, ali i da njegove radove učini pristupačnijim široj pravničkoj i stručnoj javnosti. Neki od njenih veoma značajnih radova bili su objavljeni u danas teško dostupnim časopisima ili edicijama, i na taj način su bili nepravredno uskraćeni naročito budućim generacijama pravnika, kako onih koji će se posvetiti naučno-istraživačkom radu i kojima će pogled na genezu određenih instituta biti nezamjenjivo štivo, tako i onih koji će primjenjivati i tumačiti pravo, za što je neophodno i saznanje o istorijskom razvitku vlastitog pravnog poretka.

Učitelj – Nestor

U svojoj ličnoj posveti knjige pod naslovom "Osobna prava" Slavici Krneta *Nikola Gavella* piše "... našem Nestoru...", uporedba koja želi reći – iskustvo, mudrost, čestitost i koja objašnjava njen uticaj na generacije pravnika i njen životni *credo*: prenositi znanje, pomoći mladim snagama, svojim pozitivnim primjerom biti na čelu. Netom po završetku ratnih operacija, jedna od prvih posjeta prof. Krneta stigla je iz Novog Sada. Tada mladi docent, a sada profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu (i član Međunarodnog izdavačkog savjeta časopisa NPR!), prof. dr. *Dušan Nikolić*, došao je posjetiti prof. Krnetu. Neposredno pred početak rata, ona je trebala biti mentor njegovom doktorskom radu, što su tragična događanja na Balkanu spriječila. Samo što je rat završen, prof. *Nikolić* je došao posjetiti i obići svog nesuđenog mentora. Većeg izraza poštovanja, ali i ljubavi, te gestu koja bi imala veći simbolični značaj, teško je naći.

Radeći na Pravnom fakultetu u Sarajevu Slavica Krneta je učestvovala u obrazovanju i naučnom usavršavanju naučnog podmlatka. Bila je mentor ili član komisije za odbranu doktorske disertacije gotovo svim sadašnjim profesorima Katedre za građansko pravo (prof. dr. *Nevenko Misita*, sada prof. emeritus, prof. dr. *Edin Muminović*, sada i sudac Ustavnog suda Federacije BiH, prof. dr. *Sanjin Omanović*, prof. dr. *Abedin Bikić*, prof. dr. *Meliha Povlakić*), kao i kandidatima koji su nastavnici na drugim visokoškolskim institucijama (pokojni prof. dr. *Petar Simonetti*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, prof. dr. *Veljko Trivun*, Ekonomski fakultet u Sarajevu itd.). Na predmetu Autorsko pravo i pravo industrijskog vlasništva u zvanje asistenta izabrana je 2002.g. *Iza Razija Mešević-Kordić*, koja je uz podršku prof. Krnete, nastavila svoje magistarske i doktorske studije na Max-Planck institutu za inovacije i pravo konkurencije u Minhenu, da bi *suma cum laude* doktorirala na Ludwig-Maximilian univerzitetu u Minhenu, što je sasvim sigurno određenim dijelom zasluga i njenog prvog mentora.

Svi njeni učenici s ponosom ističu tu činjenicu, a mnogima je ona otvorila vrata na drugim univerzitetima i institucijama širom regiona i šire.

Za kraj

Prof. dr. Slavica Krneta je u toku svoje dugogodišnje univerzitetske karijere ostavila neizbrisiv pečat u široj oblasti građanskog prava na području bivše SFRJ, ali i van njenih granica. Generacijama civilista u bivšoj SFRJ bila su poznata njena djela i prema mišljenju prof. *Miodraga Orlića* s Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, napisala je najljepše stranice iz oblasti stvarnog prava u bivšoj SFRJ. Njen je opus prodirao više u dubinu nego je briljirao obimom. U tom smislu bismo je prema danas uobičajenom izrazu nazvali samozatajnom. Prema vlastitom priznanju, zanimalo ju je problem i njegovo suštinsko rješavanje, a razradu je ostavljala drugima.

Prof. Krneta je imala dug profesionalni vijek i pri tome zadržala mlad i radoznao duh. Nije stala ni kada je penzionisana, ni kada je u zvanju profesora emeritusa mogla raditi smanjenim tempom, ni kada je načeto zdravlje to nalagalo. Njen radoznao duh nije bio pod utjecajem tih promjena. U toj poodmakloj životnoj dobi otvorila je novo pitanje u BiH i regionu – pitanje evropskog prava intelektualnog vlasništva i utjecaja na pravo u BiH. Nakon penzionisanja obučila se za rad na računaru, a svoju pisaću mašinu "Olimpija" zamijenila ovom novom spravom na kojoj je napisala svoje posljednje radove i sa svojim kolegama kontaktirala i putem e-mailova. U jednom svom govoru povodom jubileja svog učitelja *Kreuzera* tadašnji direktor UNIDROIT *Kronke* je citirao jednu njegovu rečenicu izrečenu u njegovim poznim godinama "Kada biste znali, na kakve sam sve novine spreman!" A ova bi rečenica mogla poticati i od prof. Krnete, jer je ona svojstvena najtalentovanijima!

Prof. Dr. Meliha Povlakić

Bedeutende Juristen: Slavica Krneta (1927 - 2010)

(Zusammenfassung)

In diesem Beitrag werden die Arbeit und das juristische Werk von Slavica Krneta (1927-2010), einer Juristin, die den größten Teil ihres Arbeitslebens mit der Juristischen Fakultät der Universität in Sarajewo, an der sie volle fünfzig Jahre ganze Generationen von Studenten ausgebildet hat, verbunden war, vorgestellt. Zu ihren Verdiensten gehört, dass das Urheberrecht bereits in den sechziger Jahren in das Curriculum dieser Fakultät als einer der ersten Fakultäten in der ehemaligen SFRJ aufgenommen wurde. Damit wurde die Grundlage für die Entwicklung und die wissenschaftliche Erforschung dieses Rechtsgebiets gelegt. Im Laufe ihrer langen juristischen Karriere war sie vor allem als Humboldt-Stipendiatin mit dem deutschen Recht verbunden. Dank dieses Stipendiums, aber auch mithilfe anderer Programme konnte sie mehrere Aufenthalte an dem Max-Planck-Institut für Wettbewerb und Innovationsrecht in München verbringen. Die Verbindung mit diesem Institut hielt sie, ebenso wie ihre Nachfolger am Lehrstuhl auch heute noch, nach ihrer Pensionierung aufrecht. Viele Kollegen aus der Region widmeten ihr ihre eigenen wissenschaftlichen Arbeiten.

In einer dieser Widmungen findet sich sogar die Feststellung, dass Krneta "die schönsten Seiten des bürgerlichen Rechts" auf dem Gebiet der früheren SFRJ geschrieben habe. Sie war eine ausgezeichnete Zivlistin, die sich mit den klassischen zivilistischen Kategorien in einer Zeit befasst hat, in der das Gesellschaftseigentum und die Arbeiterselbstverwaltung im Focus wissenschaftlicher Interessen standen. Ihre Arbeiten, die sich mit den subjektiven Rechten, dem Anspruch als Element der subjektiven Rechte sowie den dinglichen und persönlichen Rechten beschäftigten, sind auch heute ein Teil der klassischen Literatur auf dem Gebiet des Privatrechts in der Region. Die Arbeiten von Professor Dr. Krneta umfassen vier große Privatrechtsgebiete, nämlich: Allgemeine Fragen des bürgerlichen Rechts oder die Theorie des bürgerlichen Rechts, das Sachenrecht, die persönlichen Rechte und das Recht des geistigen Eigentums. Einige ihrer Arbeiten haben nicht nur theoretische, sondern außerordentliche praktische

Bedeutung. Sie wurden außerdem mit dem Ziel, eine Änderung von Gesetzen oder der Rechtsprechung zu erreichen, verfasst. (Beispiele hierfür sind die Arbeiten, die dem gerichtlichen Besitzschutz, der Reformen der Grundstücksregistrierung, der intertemporären Wirkung von Vorschriften und den neuen Vorschriften aus dem Gebiet des Schutzes des geistigen Eigentums in Bosnien und Herzegowina gewidmet sind). Sie hat jedoch nicht nur die Rechtswissenschaft bereichert, sondern, sich durch ihren Einfluss auf die Reformen der Rechtsordnung verdient gemacht. Dies sowohl in der ehemaligen SFRJ, wo aufgrund ihres Einsatzes in den achtziger Jahren das objektive deutsche Konzept des Besitzes eingeführt wurde, wie auch im heutigen Bosnien und Herzegowina, wo sie entschieden dazu beigetragen hat, das moderne, mit internationalem und dem europäischem Recht harmonisierte Gesetze im Gebiet des geistigen Eigentums erlassen wurden.

Prikazi knjiga

Prof. dr. Zlatan Meškić

XVI godišnja konferencija "Pravo osiguranja, uprava i transparentnost – osnove prava sigurnosti"

Palić, april 2015. godine

Od 17. do 19. aprila 2015. godine u Paliću održana je međunarodna konferencija pod nazivom "Pravo osiguranja, uprava i transparentnost – osnove pravne sigurnosti". Konferenciju je organizovalo Udruženje za pravo osiguranja Srbije u saradnji s Njemačkim udruženjem osiguravača (Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft, kratko GDV) i Njemačkom fondacijom za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ). Radi se o već tradicionalnom godišnjem savjetovanju, koje je ove godine održano po šesnaesti put na aktuelne teme iz oblasti prava osiguranja.

Dvodnevno savjetovanje podijeljeno je na pet okruglih stolova pod nazivom "Ugovori o neživotnom osiguranju", "Nadzor društava za osiguranje", "Osiguranje od auto-odgovornosti", "Prodaja proizvoda osiguranja i zaštita potrošača" i "Ugovori o osiguranju života". Na ovaj način pokrivene su aktuelnosti kako iz javnog tako iz privatnog prava osiguranja, obavezno osiguranje i zaštita potrošača. U okviru ovih tema izlagala su čak 22 učesnika skupa, što je skup učinilo veoma dinamičnim i raznovrsnim.

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) dugogodišnji je partner Udruženja za pravo

osiguranja u Srbiji, a najvažniji oblik saradnje upravo se ostvaruje putem ove konferencije, koju i GDV već niz godina podržava. Stoga je dr. Stefanu Pürneru pripala čast da kao voditelj projektnih oblasti za Bosnu i Hercegovinu, Crnu Goru, Hrvatsku i Srbiju ispred IRZ kaže jednu od pozdravnih riječi. Prije njega, govorio je samo prof. dr. Jovan Slavnić, koji je osnivač ovog savjetovanja i u međuvremenu počasni predsjednik Udruženja za pravo osiguranja Srbije. Njemačko pravo osiguranja igralo je značajnu ulogu kako u izlaganjima tako i u diskusiji o pravu osiguranja u regionu. Temelje su postavili Eduard Bišof (Bischof), advokat iz Njemačke, koji je u okviru prvog okruglog stola govorio o "Reformi njemačkog Zakona o ugovornom pravu osiguranja i njen(om) uticaj(u) na praksu osiguranja", i Štefan Savacki (Stefan Sawatzki), predstavnik Njemačkog udruženja osiguravača (GDV) iz Berlina, sa svojim izlaganjem u okviru drugog okruglog stola o "Ulozi Evropske agencije za nadzor osiguranja u EU". Izlaganje Stefana Savackog izazvalo je dužu diskusiju o ulozi i kvalitetu prijedloga Evropske agencije za nadzor osiguranja, naročito uz javljanja Pjerpaola Maranoa, iz Katoličkog univerziteta Svetog Srca iz Milana, i to je bila kako najkvalitetnija tako i najduža rasprava prvog dana savjetovanja. Kraj prvog dana konferencije bio je u potpunosti posvećen njemačkom pravu osiguranja, kada je predstavljena knjiga "Njemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona (VVG)", čiji je izdavač Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ). Autori knjige, doc. dr. Slavko Đorđević, Pravni fakultet u Kragujevcu, i doc. dr. Darko Samardžić, advokat

iz Njemačke i docent na Pravnom fakultetu u Zenici, u svom predstavljanju knjige napravili su pregled njemačkog ugovornog prava osiguranja, naglašavajući izmjene Zakona o ugovoru o osiguranju pod uticajem evropskog prava, kako bi istakli buduće razvoje prava u regionu u jednakom pravcu. Knjiga je učesnicima skupa bila dostupna na samom skupu i izazvala je veliko interesovanje.

Na skupu su kao učesnici bili prisutni i prof. dr. Enes Bikić, dekan Pravnog fakulteta u Zenici, kao i prof. dr. Zlatan Meškić, prodekan Pravnog fakulteta u Zenici, te tri doktorandice Pravnog fakulteta u Zenici, poimenično Matea Grgić, Danijela Šaban i Renata Grgić-Tolj. Učešće predstavnika Pravnog fakulteta u Zenici je rezultat saradnje Pravnog fakulteta u Zenici i Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) u oblasti prava osiguranja. Navedeni polaznici doktorskog studija u postupku su prijave teme doktorske disertacije iz oblasti prava osiguranja, te je učešće na ovom savjetovanju doprinos njihovom naučno-istraživačkom radu i podizanju kvalitete prijave doktorske disertacije iz ove oblasti. Doktorandice koje se služe njemačkim jezikom i svoja komparativna istraživanja temelje na njemačkom pravu osiguranja, dobile se značajan uvid u trenutnu naučnu raspravu u oblasti prava osiguranja, ali i kontakte sa srpskim i njemačkim udruženjem za pravo osiguranja, korisne za budući naučno-istraživački i praktični rad.

Konačno, od naučne vrijednosti je Zbornik radova ovog savjetovanja nazvan "Pravo osiguranja, uprava i transparentnost – osnove prava sigurnosti", koji je izdan u aprilu 2015. godine, a koji su učesnici dobili na samom savjetovanju, kao trajni trag i osnov za buduća istraživanja. Vrijedna je činjenica da su svi izlagači dostavili svoje radove koji su odštampani u zborniku podržanom od strane IRZ-a i GDV-a, te da je na preko 450 stranica moguće detaljnije pročitati ono što se u samom izlaganju iz vremenskih razloga nije moglo reći. Ne može se ne spomenuti turistička atraktivnost samog mjesta održavanja savjetovanja, Palića, kao ni blizina Subotice, grada s iznenađujuće lijepim i brojnim historijskim znamenitostima, u koje je izlagače nakon prvog dana savjetovanja ljubazno poveo prof. dr. Jovan Slavnić. Konferencija sa svojim kvalitetom naučno-istraživačkog rada i gostoprimstvom domaćina, svakako poziva na učešće na sedamnaestom savjetovanju, planiranom za narednu godinu.

Prof. dr. Zlatan Meškić

**Bericht über die Konferenz
"Versicherungsrecht – Governance und
Transparenz – Grundlagen der Rechtssicherheit",**

17.-19. April 2015, Palić (Serbien)

(Zusammenfassung)

Von 17.-19. April 2015. fand in Palić (Serbien) die internationale Konferenz "Versicherungsrecht: Governance und Transparenz – Grundlagen der Rechtssicherheit" statt. Die

Konferenz wurde dieses Jahr von der serbischen Vereinigung für Versicherungsrecht, die diese Veranstaltung vor mehr als eineinhalb Jahrzehnten ins Leben gerufen hat, in Zusammenarbeit mit dem Gesamtverband der Versicherungswirtschaft (GDV) und der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) organisiert. Es handelt sich um eine traditionsreiche jährliche Veranstaltung, die in diesem Jahr zum sechzehnten Mal in Palić Vertreter der Wissenschaft und von Versicherungen versammelte. Das deutsche Versicherungsrecht war in den Vorträgen und in der Diskussion stark vertreten. Die Basis legten in den einleitenden Worten Dr. Stefan Pürner (IRZ) sowie in den Vorträgen Eduard Bischof (RA, Deutschland) und Stefan Sawatzki (GDV). Die Vorstellung des Buches "Deutsches Versicherungsvertragsrecht mit Übersetzung des Gesetzes (VVG)" der Autoren Dr. Slavko Đorđević und Dr. Darko Samardžić, das auf großes Interesse der Teilnehmer stieß, rundete diesen Themenbereich ab. An der Konferenz nahmen dank der Unterstützung der IRZ auch Doktoranden der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Zenica (Bosnien und Herzegowina) teil, die im Versicherungsrecht promovieren. Der Konferenzband, der die über zwanzig Beiträge aller Vortragenden umfasst, stellt einen wichtigen Beitrag zur aktuellen Entwicklung des Versicherungsrechts in Südosteuropa, Deutschland und der EU dar, und bietet eine gelungene Basis für weitere Forschung in diesem Gebiet.

Dejan Pilipović*

Prikaz

Zbornika radova s IX savjetovanja iz oblasti građanskog prava pod nazivom "Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini – teorija i praksa"

(Jahorina, 15–18. oktobar 2014. godine, izdavač Udruženje sudija Republike Srpske, 200 strana, tiraž 400, ISBN 978-99938-671-9-7)

1. Prolog

Udruženje sudija Republike Srpske u saradnji s Udruženjem sudija u BiH, Udruženjem sudija/sudaca u FBiH, centrima za edukaciju sudija i tužilaca u RS i FBiH i Pravosudnom komisijom Brčko distrikta, te advokatskim komorama RS i FBiH, organizovalo je, u oktobru 2014. godine, deveto po redu savjetovanje u pogledu aktuelnih pitanja iz oblasti građanskog prava na kojem su uzeli učešće eminentni pravници, sudije, advokati i profesori fakulteta, iz zemlje i regiona. Izloženi referati našli su svoju

* Master prava iz uže građanskopravne naučne oblasti, sudijski pripravnik u Osnovnom sudu u Prijedoru, član Udruženja pravnika RS.

materijalizaciju u Zborniku koji je predmet ovog prikaza, a koji čine ukupno 200 stranica teksta, uz upotrebu, u pojedinim radovima latiničnog, a u pojedinim ćirilicnog pisma, kao i jezika konstitutivnih naroda u BiH.

Iako svi radovi nisu opremljeni apstraktom na stranom jeziku (za one koji jesu, to je uglavnom učinjeno na engleskom jeziku) i uniformnim pravilima citiranja na nivou Zbornika, kao i popisom korišćene literature, to ne umanjuje kvalitet naučno-stručnih radova i dragocjenih pravnih saznanja koja nam nude. Prisutna je tematska raznolikost koja donekle odstupa od tradicionalnog poimanja građanskopravne naučne oblasti, ali čini se da je vezivni element za radove iz drugih srodnih pravnih disciplina upravo primjena građanskog procesnog prava u tim disciplinama i bliska pravno-disciplinarna povezanost (privredno, radno pravo itd.). S druge strane, razmatranje pitanja iz tih disciplina ima svoj praktično-teorijski značaj.

Posmatrajući strukturu svakog pojedinačnog članka, radovi su pisani jasnim stilom, te je pristutan logički redoslijed u izlaganju. Posmatrajući kompletan Zbornik, uočljivo je da nije učinjena određena sistematika po oblastima ili slično. S druge strane, to može ukazivati na to da Zbornik nije podređen klasičnim podjelama unutar pravne nauke. Međutim, može se reći da je odabir tema kvalitetan. U ovom prikazu se neće iznositi vrijednosni stavovi o kvalitetu pojedinačnih radova. Brojnost članaka i raznolikost tema i njihovih autora, onemogućava sveobuhvatan prikaz. U posebnom osvrtu će biti izloženi neki radovi i ono što je u njima najbitnije i glavno, ne umanjujući značaj ostalih dijelova pojedinačnih radova, kao i drugih članaka, čiji prikaz se navodi u sljedećem poglavlju.

2. Sadržina Zbornika

U Zborniku je obrađeno 15 tema, odnosno on je sačinjen iz 15 članaka različitog obima: *“Zaštita državnine”* autorke prof. dr Ranke Račić; *“O konceptu nematerijalne (neimovinske) štete u Bosni i Hercegovini de lege ferenda”* autora prof. dr Duška Medića; *“Odgovornost za štetu usljed terorističkih akata, javnih demonstracija i manifestacija”* autora prof. dr Slobodana Stanišića; *“Diskriminacija u radnom pravu sa posebnim osvrtom na mobing kao specifičnim oblikom diskriminacije”* autorke Nevenke Mitrić, sudije Okružnog suda u Banjoj Luci; *“Naknada plaće za vrijeme privremene spriječenosti za rad zbog bolesti”* advokaticke mr Dženete Hadžić; *“Pravo prvenstva hranitelja za usvojenje djeteta”* prof. dr Stanke Stjepanović; *“Neki aspekti uticaja ocjene ustavnosti zakona pred Ustavnim sudom Republike Srpske na parnični postupak”* autora Zlatka Kulenovića, sudije Ustavnog suda RS; *“Naknada troškova punomoćnika u postupku sa posebnim osvrtom na troškove zastupanja advokata”* autora mr Miroslava Prerada; *“Odgovornosti države za naknadu štete zbog neopravdanog pritvora ili neosnovane osude od strane Haškog tribunala”*

autora Vojislava Dimitrijevića, sudije Vrhovnog suda RS; *“Skupština povjerilaca”* autora Nedeljka Milijevića, sudije Okružnog privrednog suda u Banjoj Luci; *“Nova pravna rješenja u postupku registracije poslovnih subjekata”* autora dr Siniše Bosnića, sudije Okružnog privrednog suda u Banjoj Luci; *“Kapital privrednih društava”* autora mr Rame Ljevakovića, sudije Općinskog suda u Zenici; *“Ekscepcija neustavnosti i nezakonitosti u upravnom sporu u Republici Srpskoj”* autora sudije i prof. dr Milana Blagojevića; *“Primena prava konkurencije na organe javne vlasti”* autorke prof. dr Dijane Marković-Bajalović i *“Elektronski dokument”* autora Miralema Porobića, advokata iz Tuzle.

3. Odabrana pitanja

Pitanja koje će biti posebno prezentovana izabrana su prvenstveno iz radova čija tematika pripada užoj građanskopravnoj naučnoj oblasti. Svjesni smo da nije lak zadatak predstaviti zbornik radova zbog raznolikosti tema, ali prikazom, odnosno osvrtom na pojedina pitanja koja su privukla pažnju autoru prikaza kao čitaocu ne umanjuje se kvalitet i značaj drugih radova koje je autor pažljivo proučio i njihovih pisaca, a koji su nabrojani u prethodnom poglavlju. Želja je da se nešto detaljnije prikažu pojedini momenti iz oblasti građanskog prava, dok su druge teme uopšteno navedene u prethodnom poglavlju.

Kritičku analizu nekih normativnih rješenja o državnini i njenoj zaštiti prema Zakonu o stvarnim pravima u Republici Srpskoj (ZSP) iznijela je prof. dr Ranka Račić u članku pod nazivom *“Zaštita državnine”* (str. 7–18). Pored naučne obrade relevantnih zakonskih odredbi, na kojima neće biti naglasak u ovom prikazu, autorka iznosi i nekoliko primjedbi u vezi sa zakonskim rješenjima. Prva od njih odnosi se na poziciju instituta državnine koja se nalazi na pretposljednem mjestu u sistematici ZSP. Prema autorki, značaj državnine se ogleda u maksimi: *“Possession is nine tenths of the Law”*, tj. *“Državnina je devet desetina prava”*, te je zbog toga državnina jedan od centralnih instituta stvarnog prava. Sljedeću primjedbu autorka nalazi u tome što se tek posredno, putem pravila o zabrani samovlasti, pored samovlasnog smetanja pruža pravna zaštita i za slučaj uznemiravanja i oduzimanja državnine. Ostale jezičke nepreciznosti i terminološke neusklađenosti javljaju se u pogledu odredbi člana 317. stava 2. ZSP, odredbi o rokovima za državinsku zaštitu, kao i spominjanju *“ometanja”* državnine samo u članu 316. ZSP. Zaštita državnine kao faktičke vlasti na stvari, iako se njeno definisanje prema autorki ne iscrpljuje samo u tome, primarno se ostvaruje putem sudske zaštite, a supsidijarno putem samopomoći pod zakonom propisanim uslovima. Od praktičnog značaja je primjedba prof. dr Ranke Račić na pravilo po kome sud u dispozitivu rješenja utvrđuje čin smetanja državnine, jer se taj momenat smatra samo jednom od pravno relevantnih pretpostavki za državinsku zaštitu. Ovakav deklaratorni zahtjev, pored kondemnatornog

(naređivanje uspostavljanja stanja koje je bilo u času smetanja državine i zabrani takvog ili sličnog ponašanja ubuduće) vodi otežavanju provođenja izvršenja, pa autorka iz toga zaključuje da utvrđivanje čina smetanja treba biti dio obrazloženja odluke. U ovom radu se mogu naći i stavovi u pogledu računanja rokova za državinsku zaštitu kod "ponovnog" i "produženog" smetanja, kao i pravnoteorijsku analizu ostalih odredbi koje uređuju institut državine i njene zaštite, a koja može biti od značaja pravicima za lakše razumijevanje ove materije.

Kako je u BiH u toku reforma obligacionog prava za koju se može reći da je spora, ali bez pretenzija za eksplikacijom političko-pravnih razloga za to i znajući da ovakvom poduhvatu treba pristupiti sistematično i pažljivo, autor prof. dr Duško Medić nam u svom referatu (str. 19–27) donosi jedan vid određivanja nematerijalne (neimovinske) štete, konceptijski sasvim drugačiji (riječ je o objektivnoj koncepciji nematerijalne štete čije se definisanje vezuje za povredu prava ličnosti) od postojeće subjektivne koncepcije prema kojoj se nematerijalna šteta definiše kao nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha. Ovakav prilog je značajan i doprinosi diskusiji o koncepciji nematerijalne štete i njenoj naknadi za koju se kaže da predstavlja satisfakciju oštećenom radi pričinjavanja nekog zadovoljstva. Autor naglašava da objektivna koncepcija stavlja pred sudove složene intelektualne zadatke u pogledu određivanja stepena povreda prava ličnosti, umanjuje zavisnost suda od vještaka, te da postoje i brojni pozitivni komparativni primjeri.

Uočljivo je da se mnogi radovi iz ovog Zbornika bave pitanjem odgovornosti za štetu. Tako autor prof. dr Slobodan Stanišić razmatra odgovornost za štetu usljed terorističkih akata, javnih demonstracija i manifestacija (str. 29–44). Autor naglašava da današnje vrijeme u kojem su učestale terorističke aktivnosti iziskuje adekvatnu građanskopravnu zaštitu, ali i jasno razlikovanje u praksi odgovornosti za ove štete od onih šteta koje nastaju kao posljedice oružanih sukoba, ratnih operacija i aktivnosti (tzv. "ratne štete"), ali i od šteta uzrokovanih tzv. običnim civilnim deliktima (obračuni bandi i sl.). Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) iz perioda SFRJ je u članu 180. sadržavao pravila o odgovornosti države za obrađivane vrste šteta, ali je 1996. godine u RS ta odredba brisana Zakonom o izmjenama i dopunama ZOO, za razliku od ZOO FBiH. Takođe, ni pravna lica ne uživaju pravo na naknadu štete usljed akata nasilja ili terorizma. Pisac je dao pregledno definisanje pojmova terorističkog akta, javnih demonstracija i manifestacija, iznoseći kritiku stava sudske prakse o objektivnoj odgovornosti države za štetu samo u slučaju kada su ovi akti ili demonstracije ili manifestacije usmjereni na rušenje ustavnog poretka države, jer prema shvatanju autora postoji obaveza države da obezbijedi ustavnost, zakonitost i ljudska prava i slobode u svim slučajevima. U nedostatku odredbi člana 180. ZOO u RS, prema mišljenju autora, treba se osloniti

na ustavne odredbe o dužnostima RS, odnosno njenih organa da obezbijede ličnu i imovinsku sigurnost građana i drugih subjekata, kao i na opšte odredbe o odgovornosti za štetu sadržane u članovima 16. i 154. ZOO. Autor daje *de lege ferenda* prijedlog za osnivanje fondova za naknadu ovakvih šteta. Takođe, čitaocima nudi i informacije o ovoj problematici prema Deklaraciji UN o osnovnim načelima pravednosti prema žrtvama zločina i zloupotrebe vlasti, Evropskoj konvenciji o obeštećenju žrtava nasilja i Smjernici Vijeća Evrope 2004/80 o naknadi štete žrtvama zločina, ali i o pravnom regulisanju ovog instituta u pravima Hrvatske, Francuske, Italije i Španije, te o pravnoj prirodi (objektivnoj odgovornosti), pretpostavkama i uslovima za oslobađanje od odgovornosti koje/i su na ovom mjestu, donekle, specifične/i.

U pogledu odštetnog prava stoji nam na raspolaganju još jedna tema: "Odgovornosti države za naknadu štete zbog neopravdanog pritvora ili neosnovane osude od strane Haškog tribunala" autora Vojislava Dimitrijevića (str. 105–112). Čini se da je sve jasno kada je u pitanju domaće pravo. Pravni osnov odgovornosti se, kako ističe i autor, nalazi u odredbama Zakona o krivičnom postupku, a ne u ZOO, jer ne postoji protivpravnost radnje niti nepravilan rad organa za primjenu člana 172. ZOO. Međutim, da li lica koja je oslobodio Haški tribunal imaju pravo na naknadu štete zbog neopravdanog pritvora? U vezi s tim pitanjem, autor članka navodi kao primjer odbijanje zahtjeva za naknadu štete pred Višim sudom u Beogradu 2011. godine jednog optuženog, kasnije oslobođenog lica pred Haškim tribunalom. U Hrvatskoj postoji ideja da treba dosuditi naknadu štete u ovakvim slučajevima, a u BiH je u toku jedan postupak o ovom pitanju. Autor se zalaže za mogućnost dosuđivanja ove štete iznoseći nekoliko argumenata: autor smatra da se države članice UN odriču dijela suvereniteta, Haški tribunal postaje supstitut za domaće sudove i zbog neposrednog dejstva njegove odluke su izjednačene s odlukama domaćih sudova, te bi postojao različit tretman lica za koje je postupak započet u Hagu, a dovršen pred sudovima u BiH jer bi ova lica imala pravo na naknadu štete u slučaju da budu oslobođena od optužbe.

Autorka prof. dr Stanka Stjepanović izlaže temu iz porodičnog prava (str. 77–90) istorijski prikazujući izvore za hraniteljstvo i usvojenje, te važeće propise u BiH iz ove oblasti (zakon o socijalnoj zaštiti i relevantne pravilnike). Prepreke u pogledu kojih se u RS daju određeni *de lege ferenda* prijedlozi su, u skladu s prikazom u radu i međunarodnim standardima, sljedeće: gornje dobne granice za usvojenje (čije se skidanje predlaže), nepostojanje prednosti hranitelja za usvojenje, koju prednost treba dati i niska gornja granica za potpuno usvojenje. U radu se mogu pronaći brojni statistički podaci vezani za usvojenje i hraniteljstvo, ali i podaci iz provedenih anketa na našim prostorima.

Autor Zlatko Kulenović u radu posvećenom uticaju ocjene ustavnosti na parnični postupak (str. 91–99) iznosi

dvije mogućnosti: jedna postoji kada se u parničnom postupku pojavi ozbiljna sumnja u pogledu saglasnosti zakona s ustavom, kada sudovi mogu redovni parnični postupak prekinuti i pokrenuti postupak ocjene ustavnosti i u tom postupku imati svojstvo predlagača i drugi slučaj se odnosi na činjenicu utvrđivanja da je primijenjeni zakon nesaglasan s ustavom nakon pravosnažnosti parnične presude, kada se u propisanim rokovima može tražiti ponavljanje parničnog postupka. Autor naglašava da sudovi vrlo rijetko pokreću ustavnosudski postupak i zbog nedovoljne obučenosti, te tabelarno daje prikaz za period 2009–2014. godine odluka Ustavnog suda RS o nesaglasnosti zakona s ustavom, s konkretnim odredbama spornih zakona. Zaključujemo da broj takvih odluka opada s porastom godina.

U uočenim problemima u praksi sudova u pogledu naknade troškova punomoćnika u postupku (str. 101–104), izvještava nas mr Miroslav Prerad. Neki od najvažnijih prijedloga, imajući u vidu suprotnu praksu, ogledaju se u priznavanju troškova pismenih podnesaka kojima je direktno disponirano o zahtjevu i očitovanju na izvedeni dokaz, a zatim se iznosi problem da se advokatima koji nisu obaveznici PDV-a odbija od strane suda priznati, u pogledu troškova, porez na prihod od samostalnog obavljanja djelatnosti (10%), pa se jedan porez priznaje (PDV), a drugi ne. Posljednji prijedlog se ogleda u priznavanju troškova pravnih lijekova odmah žalitelju i revidentu kada s ovim pravnim lijekovima djelimično ili u cijelosti uspije.

4. Zaključni osvrt

Dakle, u Zborniku je prisutna tematska heterogenost. Radovi su uglavnom snabdjeveni apstraktom, odnosno sažetkom. Radovi su pregledno izloženi. Za stil radova se može reći da je uvjerljiv, razumljiv i jasan. Stil je zaista pristupačan, kao i razumijevanje tekstova. Zbornik je skrenuo pažnju stručne javnosti, kao što je to činio i ranijih godina, sa zanimljivim pravnim tekstovima prožetim kako teorijskim tako i praktičnim razmatranjima. Ovaj zbornik ima šta da ponudi pravničkom auditorijumu, bez obzira na to da li je riječ o pravnim praktičarima ili teoretičarima. Radovi su znalački napisani i dotiču se teorijskih, ali i praktičnih problema u sudskoj, advokatskoj i privrednoj praksi. Pojedini radovi nude mnogo praktičnih ilustracija i slučajeva iz sudske prakse, kao i analitičkih podataka. Učinjen je vješt balans između teorijskih i praktičnih pitanja. *Summa summarum*, ovaj zbornik radova vodi ka povoljnom utisku. Estetsko-grafička, stilska i tehnička oprema je uredna i više nego zadovoljavajuća. Isto se može reći za kvalitet članaka. Ovaj zbornik radova doprinosi postojećem korpusu znanja i obogaćuje ga, pa je i naša preporuka ovog i ranijih brojeva Zbornika čitalačkoj publici pravne struke.

Dejan Pilipović

**Buchbesprechung:
Sammelband der IX. Konferenz
"Aktuelle Fragen aus der zivilrechtlichen
Gesetzgebung in Bosnien und Herzegowina –
Theorie und Praxis"**

(Zusammenfassung)

In diesem Beitrag wird der Sammelband der IX. Konferenz "Aktuelle Fragen aus der zivilrechtlichen Gesetzgebung in Bosnien und Herzegowina – Theorie und Praxis," vorgestellt. Bei der Veranstaltung, die von der Richtervereinigung der Republika Srpska ausgerichtet wurde, wurden Themen aus allen drei Rechtsgebieten behandelt. Besonders hervorgehoben wird, dass der Band sowohl Praktiker wie Rechtstheoretiker anspricht.

Dr. Stefan Pürner

**Prikaz knjige
Regina Rauxloh, *Plea Bargaining
in National and International Law:
A Comparative Study***

Abingdon, 2012, ISBN 978-0-415-59786-9,
Paperback, 285 strane

Uvodna napomena

Naslov je neprecizan. Autorka poredi angloamerički *Plea Bargaining* s, između ostalog, sporazumima u nemačkom krivičnom postupku, označavajući, međutim, i jedno i drugo kao *Plea Bargaining*. No, sporazumi prema nemačkom pravu i *Plea Bargaining* nisu jedno te isto. A to se veoma jasno i pokazuje dalje u knjizi. Razlog za ovu nepreciznost krije se možda u tome što naslov kao npr. "Plea Bargaining und Absprachen/Verständigung in National and International Law: A Comparative Study" verovatno ne bi bio izvodljiv na engleskom govornom području.

O knjizi

Plea Bargaining, poreklom iz angloameričkog prostora, preuzima se u sve većem broju zakona o krivičnom postupku u regionu. Posmatrač iz inostranstva, koji vlada jezikom/jezicima regiona, stiče utisak da se ovo dešava najčešće po savetu (ili na insistiranje) pojedinačnih savetnika iz ovih država – a ne, međutim, na temelju prethodne sveobuhvatne naučne analize *Plea Bargaininga* i njegovih posledica. (Autor ovih redova voleo bi kada bi ga neko ubedio u suprotno. Kritičke primedbe i upućivanja na produbljene analize *Plea Bargaininga* iz zakonodavnih postupaka zemalja u regionu možete slobodno poslati na purner@irz.de.)

Ovo je tim više za žaljenje što, barem za one koji vladaju engleskim jezikom, postoji itekako mnogo naučnih radova koji se bave ovom temom. Jedan od njih je rad o kojem je reč, a koji obrađuje ne samo *Plea Bargaining* u angloameričkom prostoru, konkretno: Engleskoj i Velsu, već i sporazume u krivičnom postupku današnje Savezne Republike Nemačke, kao i sporazume pred Međunarodnim krivičnim sudom. Osim toga, autorka istražuje da li su slični načini okončanja postupka bili poznati i u bivšoj Nemačkoj Demokratskoj Republici. Nemačka Demokratska Republika se ovde posmatra kao tipičan primer za zemlju socijalističkog pravnog sistema. (Generalizacija koju, imajući u vidu razlike između socijalističkih sistema, ne smemo da uzimamo zdravo za gotovo. A pogotovo ako u razmatranje uključimo SFRJ u poređenju sa socijalističkim državama Varšavskog pakta). S druge strane, uzimanje u razmatranje NDR kao primera za socijalistički pravni poredak predstavlja naročitu specifičnost koja ne može da se pronađe u drugim radovima s ovom temom.

Autorka prikazuje razlike između *Plea Bargaininga* prema angloameričkom pravu i sporazuma iz nemačkog krivičnog procesnog prava. Tom prilikom ona dolazi do zaključka da su u Saveznoj Republici Nemačkoj sporazumi u krivičnom procesnom pravu sve zastupljeniji, ali oni i dalje podležu sudijskoj kontroli. Što se tiče NDR kao primera za socijalistički pravni sistem, autorka konstatuje da tamo nije bilo mogućnosti da se postupak okonča sporazumom. Razlog za ovo ona nalazi u neformalnom (pa samim tim i nekontrolisanom) karakteru sporazuma koji su bili nespojivi sa socijalističkim idejama.

Na ovu konstataciju autorka se vraća i u zaključku kojim završava svoj rad. I to završava s rezultatima koji će neke čitaoce sigurno iznenaditi. Rauxloh je veoma kritički nastrojena u odnosu na *Plea Bargaining* i druge načine sporazumnog okončanja postupka. Ona bi, izgleda, mnogo više volela kada bi se svi krivični postupci okončavali presudom. Ovo ne predstavlja iznenađenje ako znamo da je autorka svoj završni ispit ("prvi državni ispit") polagala u Nemačkoj. (Začuđujuće je da u informacijama o autorki, koje su sadržane u samoj knjizi, nema nikakve napomene u vezi s ovim). S druge strane, iznenađujući je njen zaključak da bi savremeni zapadni krivičnopravni sistemi mogli dosta toga da nauče od socijalističke prakse. Ona ovaj zaključak obrazlaže time što su krivičnopravne vrednosti u NDR bile tako jasne i snažne da individualni interesi učesnika u postupku nisu mogli da prevladaju u tolikoj meri da bi mogli da menjaju pisano pravo. (*There are, however, lessons that modern criminal justice systems can learn from Socialist legality in practice. Criminal justice values in the GDR were so clear and strong that the individual interest of the courtroom actors could not become powerful to overwrite the written law*; strana 260).

Autorka, međutim, dalje u tekstu relativizuje ovu konstataciju. No, imajući u vidu to kako su u praksi socijalističkih država, i to upravo u krivičnom postupku,

interesi koje zakon nije predviđao diktirali ishod, postoji opasnost da se ovakav zaključak protumači kao naivan ili, u najmanju ruku, kao "akademski". I to ne zato što bi analiza, koja se zasniva na iscrpnom istraživačkom radu, bila netačna (naprotiv!), već zato što je socijalističko pravo ovde prikazano idealnotipično. A, imajući u vidu tužnu realnost socijalističkog krivičnog prava, to ne bi trebalo da bude dopušteno ni kao puka akademska bravura.

Ovo jeste ozbiljna kritika na račun ove knjige. Ali je samo jedna od malobrojnih. U svemu ostalom knjiga sadrži brojne stvari koje bi trebalo da nađu svoje mesto u diskusiji na temu *Plea Bargaininga* u regionu (diskusiji koja je zapravo trebalo da se sprovede pre uvođenja *Plea Bargaininga*). Navedimo ovde u vidu teza samo neke konstatacije i argumente u vezi s tim: diskusija koja je na temu *Plea Bargaininga* vođena u Engleskoj i Velsu obeležena je u velikoj meri sa stanovišta uštede na troškovima u krivičnom postupku (str. 58). Pri tome je očigledno da je autorka (verovatno s pravom) veoma kritički nastrojena u odnosu na sve oblike okončanja krivičnog postupka "dplom". Osim toga, u okviru stranačkog načela (koje važi u američkom krivičnom pravu) ravnoteža snaga između učesnika u postupku, tj. policije i "predstavnik pravosudnih profesija" (dakle, tužioca, ali i advokata okrivljenog), ide na štetu samog okrivljenog, dok se oštećeni i javnost *Plea Bargainingom* u potpunosti isključuju (str. 59). Ova tvrdnja dobija na značaju ako imamo u vidu zemlje u tranziciji (koje nisu tema knjige o kojoj je u ovom prikazu reč). Na kraju krajeva, postoji bojazan da se u nekim od ovih zemalja okrivljeni i dandanas gone "u interesu politike", dok su za to vreme žrtve često u velikoj meri bez zaštite. A postupci, koji su okončani *Plea Bargainingom* (i time sklonjeni od očiju javnosti), bi, ako bi se sproveo redovan sudski postupak, neretko mogli da rasvetle "crnu hroniku" iz najbliže prošlosti dotične zemlje. A upravo ona bi u interesu svih, a naročito u interesu budućnosti te zemlje, morala da se učini transparentnom tako što bi sud utvrdio konkretna činjenična dešavanja. Sve u svemu, knjiga koja zavređuje da se pročita. A pre svega treba da je pročitaju oni koji se zalažu za uvođenje *Plea Bargaininga* u pravima regiona. Oni bi, naime, morali da daju iscrpne odgovore na pitanja koja nam postavlja ova (i ne samo ova) knjiga, ukoliko polažu pravo na to da se njihov rad smatra naučnim.

Dr. Stefan Pürner

**Buchbesprechung:
Regina Rauxloh, "Plea bargaining in National
and International Law: A Comparative Study",
Abingdon 2012**

(Zusammenfassung)

In der Besprechung des Buches "Plea bargaining in National and International Law" von Regina Rauxloh wird eingangs festgestellt, dass der Titel unglücklich gewählt ist, da

dort ausschließlich Plea Bargaining erwähnt wird, während die Arbeit selbst auch das deutsche Recht behandelt. Dessen Verständigung im Strafprozess weist jedoch wesentliche Unterschiede zum Plea Bargaining auf. In dem Werk werden konsensuale Beendigungen von Strafverfahren im angloamerikanischen Recht (insbesondere in England und Wales) in der Bundesrepublik Deutschland und vor dem Internationalem Strafgerichtshof ICC behandelt. Darüber hinaus wird untersucht, inwieweit das Recht der früheren DDR (die insoweit als Beispiel eines sozialistischen Rechtssystems herangezogen wird), solche Formen der Verfahrensbeendigung kannte. Die Autorin hat eine kritische Haltung gegenüber den verschiedenen Formen einer konsensualen Beendigung von Strafprozessen. Bezüglich der Situation in der DDR kommt sie zu dem Schluss, dass es dort keine Formen einer einvernehmlichen Beendigung von Strafprozessen gab, da solche

eine informelle Kommunikation voraussetzen. Diese wurden jedoch im Sozialismus abgelehnt. Deshalb kommt sie (vgl. den in der obigen Besprechung im englischen Original zitierten Satz) diesbezüglich zu dem Schluss, dass man insoweit von der sozialistischen Rechtsauffassung lernen könne. Dies stößt beim Verfasser der Rezension auf Widerspruch. Dieser verweist darauf, dass es in der Rechtswirklichkeit im sozialistischen Strafprozess durchaus "informelle" Kommunikationen und Einflüsse gab. Der kritischen Haltung gegenüber konsensualen Beendigungen von Strafprozessen allgemein pflichtet er jedoch bei und stellt fest, dass solche kritischen Arbeiten zum Plea Bargaining im Verbreitungsgebiet der NPR mehr Beachtung finden sollten. Insbesondere sollten sie in den südosteuropäischen Staaten früher, d.h. bevor dieses systemfremde Rechtsinstitut eingeführt wird, zu Rate gezogen werden.

Pravo na internetu

Aktualizirano *download* područje na internetskoj stranici IRZ-a

Dr. Stefan Pürner

I. Uvod

Što učiniti kada vam trebaju informacije o njemačkom pravu, a ne vladate njemačkim jezikom? Jedno mjesto gdje možete dobiti mnoge informacije o njemačkom pravu na raznim slavenskim jezicima jeste aktualizirano *download* područje na internetskoj stranici IRZ-a, na adresi: <http://irz.de/index.php/downloads>.

II. Sadržaj na bosanskom-crnogorskom-hrvatskom-srpskom jeziku

Tamo nećete pronaći samo prijevode važnih njemačkih zakona, kao što su primjerice Zakon o kaznenom postupku (Strafprozessordnung) ili Zakon o ugovorima u osiguranju (Versicherungsvertragsgesetz) na bosanskom-crnogorskom-hrvatskom-srpskom jeziku, već i objašnjenja uz te zakone. Osim toga, na istim ćete jezicima pronaći i razne publikacije o europskim propisima vezano za zabranu diskriminacije (posebno Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu i Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije). Pored toga se u rubrici "Prevodi njemačkih zakona i drugih materijala" nalaze prijevodi propisa i drugih materijala vezanih uz njemačko pravo. Tko želi znati kako je u Njemačkoj

uređeno pravo na uvid u spise bivše službe državne sigurnosti (Staatssicherheitsdienst) DDR-a (Zakon o dokumentaciji službe državne sigurnosti (Stasi) bivše Njemačke Demokratske Republike s uvodom), to može saznati tamo; isto tako, ako se netko želi informirati o obrazovanju pravnik u Bavarskoj (Pravilnik o edukaciji i ispitima pravnik Republike Bavarske) ili o tomu kako se u Njemačkoj provodi službena ocjena rada sudaca (na primjer, Propisi o vrednovanju rada sudija Savezne Države Sjeverne Rajne-Vestfalije s uvodom). Ali, ne nedostaju ni njemačko arbitražno pravo (10. knjiga njemačkog Zakona o parničnom postupku (Arbitražno pravo) s uvodom), suradnja između tužiteljstva i policije u istražnom postupku (Uputstvo za krivični postupak i postupak kažnjavanja novčanom kaznom s uvodom) ili razni propisi njemačkog i europskog prava o suzbijanju dječje pornografije (Zakon o suzbijanju dječje pornografije i Okvirna odluka Vijeća 2004/68 o sprječavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije s uvodom). Mnogi od prijevoda sadržani u ovoj rubrici čitateljima NPR-a nisu nepoznati, budući da su prvo objavljeni u ovoj publikaciji. Kod drugih se, pak, radi o tekstovima koji su nastali u okviru serije publikacija "IRZ-Edition des deutschen Rechts" (IRZ-ova edicija njemačkog prava). Ali, ovdje se mogu pronaći i prijevodi koji su u okviru projektnog rada IRZ-a prvobitno nastali za određenu ciljnu grupu, te se sada ovdje po prvi put nude širokoj javnosti. Jedan primjer za to je prijevod njemačkog Zakona o sudovima za mladež (Jugendgerichtsgesetz) koji je nastao u okviru projektnog rada IRZ-a u Hrvatskoj. Za čitatelje NPR-a je također zanimljivo da se na ovoj internetskoj stranici mogu preuzeti

i sva do sada objavljena izdanja NPR-a. Osim toga, tamo njemački čitatelji koji NPR ne mogu čitati u originalu, ali ako se zanimaju za njegov sadržaj, za svako izdanje mogu pronaći sadržaj na njemačkom jeziku (predgovor, sadržaj i sažetke priloga) u skraćenom “njemačkom izdanju” NPR-a. Na taj način ove publikacije koje su do sada bile raspoložive na ovom mjestu, stranim čitateljima nude mogućnost da se upoznaju s raznolikošću tema obrađenih u NPR-u.

III. Sadržaji na makedonskom jeziku

Na ovoj se internetskoj stranici mogu pronaći i materijali na drugim jezicima regije, ali i šire. Tako ovdje na makedonskom jeziku možete pronaći sveske iz serije “Prilozi iz rada IRZ-a u Makedoniji” (Придонеси од работата на Германската фондација за меѓународна правна соработка во Македонија), u neskracеном obliku, koji sadrže materijale o njemačkom kaznenom procesnom pravu (Законот за кривичната постапка на Сојузна Република Германија, со воведни образложења) / Закон o kaznenom postupku / StPO, uključujući uvodna objašnjenja), o evropskom pravu (Вовед во Европско право на македонски јазик) / Uvod u evropsko pravo / Einführung in das Europarecht) te upravnom pravu (Излагања од управното право и управното судство на македонски јазик / Predavanja o upravnom pravu i upravnom sudstvu na makedonskom jeziku / Vorträge zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltungsgerichtsbarkeit). Pored toga, tamo se nalaze i materijali o Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima koji su nastali u okviru zajedničkog projekta IRZ-a s Evropskim sudom za ljudska prava (Извештај од истражувањето – Позитивни обврски според членот 10 од Конвенцијата / Istraživački izvještaj o pozitivnim obvezama prema čl. 10. Konvencije / Forschungsbericht über die positiven Verpflichtungen gemäß Art. 10 der Konvention, Водич за членот 5-од Конвенцијата / Vodič uz čl. 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Практичен водич за критериумите за допуштеност / Smjernica o pretpostavkama dopustivosti / Leitfaden zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen).

Pored toga, na makedonskom jeziku postoje i sva dosad objavljena izdanja makedonskog časopisa za evropsko pravo “Evropsko pravo” koji izdaje IRZ.

Čitatelji koji žele preuzeti pojedine članke iz ovoga časopisa, pronaći će te članke i mnoge druge informacije o časopisu i djelatnosti IRZ-a u Makedoniji na adresi: www.evropskopravo.info.

I izdanja EP-a također postoje u skraćenoj njemačkoj verziji.

IV. Sadržaji na ruskom jeziku

Veoma opsežni su i materijali koji se na internetskoj stranici IRZ-a mogu preuzeti na ruskom jeziku, kojim vladaju mnogi čitatelji NPR-a. Tamo ćete posebno naći materijale koji dosad još ne postoje na

bosanskom-crnogorskom-hrvatskom-srpskom jeziku. Pritom raspon ide od područja “Odvjetničko pravo” (tamo ćete naći Закон о внесудебных юридических услугах / Закон о правним uslugama / Rechtsdienstleistungsgesetz i Федеральное уложение об адвокатуре / Savezni zakon o odvetništvu / Bundesrechtsanwaltsordnung) kao i Строительное право / Građevinsko pravo (tu postoje prijevodi Строительный кодекс Германии / Građanskog zakonika / Baugesetzbuch (BauGB) i Постановление об использовании земельных участков для строительных нужд, 2012 г / Закон о опсегу и начину изградње грађевинског земљишта 2012 / Baunutzungsverordnung 2012 kao i Типовой закон о строительстве / Ogledni pravilnik o gradnji / Musterbauordnung). Kod ovih je tekstova posebno težište na notarskom pravu, tako da ćete za ovo područje pronaći ruske prijevode sljedećih tekstova: Закон о порядке совершения удостоверений / Закон о solemnizaciji, Федеральное уложение о нотариате / Savezni zakon o notarima / Bundesnotarordnung, Положение о поземельных книгах / Закон о zemljišnim knjigama / Grundbuchordnung, Директива о служебных и иных обязанностях членов Рейнской нотариальной палаты / Smjernice Rajnske notarske komore / Richtlinien der Rheinischen Notarkammer, Правила нотариального делопроизводства / Pravilnik o radu za notare / Dienstordnung für Notarinnen und Notare, Европейский Кодекс нотариальной этики / Evropske staleške smjernice / Europäische Standesrichtlinien UINL, Принципы профессионального права нотариусов / Načela notarskog staleškog prava / Grundsätze des notariellen Standesrechts.

No, ovdje ne nedostaju ni tekstovi o pravu osiguranja (Закон о договору страхования / Закон о ugovorima o osiguranju / Versicherungsvertragsgesetz), pravu tržišnog natjecanja (Правовые нормы, регулирующие конкуренцию / pravo tržišnog natjecanja / Wettbewerbsrecht (Закон против недобросовестной конкуренции / Закон против neojalне konkurencije / Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Закон против ограничений конкуренции / Закон против ograničenja u tržišnom natjecanju / Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen / Постановление (EC) № 1/2003 Совета Европы от 16 декабря 2002 / Uredba o provedbi pravila o tržišnom natjecanju / Kartellverfahrensordnung, Директива 2005/29/EC Европейского парламента и Совета Европы/ Директива о nepoštenoj poslovnoj praksi, br. 2005/29/EZ / Richtlinien über unlautere Geschäftspraktiken, 2005/29/EZ) i stečajnom pravu (Закон о регулировании порядка производства по делам о несостоятельности / Закон о stečaju / Insolvenzordnung).

V. Ostalo

Download područje na internetskoj stranici IRZ-a se stalno proširuje. Dakle, isplati se posjetiti stranicu, neovisno o tomu koji od gorenavedenih slavenskih

jezika govorate. Tijekom narednih mjeseci je, na primjer, između ostaloga, predviđeno da se dosadašnji materijali na bosanskom-crnogorskom-hrvatskom-srpskom jeziku prošire za važne propise iz njemačkog prava o trgovačkim društvima. Također su dobrodošle i sugestije iz kruga čitatelja NPR koje bi dodatne prijevode tamo trebali objaviti.

Dr. Stefan Pürner

**Recht im Internet:
Der aktualisierte Downloadbereich
der IRZ-Webseite**

(Zusammenfassung)

Der aktualisierte Downloadbereich der IRZ-Webseite bietet viele Übersetzungen deutscher Gesetze, aber auch zahlreiche sonstige Publikationen zum europäischen und deutschen Recht und zu anderen Themen. Mit Blick auf die Leser der NPR werden hier insbesondere die Inhalte in bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbischer, mazedonischer und russischer Sprache vorgestellt. Hier reicht die Spanne vom Straf- und Strafprozessrecht (insbesondere finden sich verschiedene Übersetzungen der StPO, aber auch der RiStBV, jeweils mit ergänzenden Informationen) über das Zivilrecht (hier finden sich u.a. verschiedene Übersetzungen des deutschen VVG, eine Übersetzung des Zehnten Buchs der ZPO, das das Schiedsverfahren regelt; in russischer Sprache findet man darüber hinaus zahlreiche Übersetzungen zum Notariat) bis hin zum Öffentlichen Recht und zu Menschenrechtsfragen. Im letztgenannten Bereich besteht eine erfolgreiche Zusammenarbeit der IRZ mit dem EGMR, in deren Rahmen Publikationen in bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbischer und in mazedonischer Sprache erstellt werden. Auch sämtliche Ausgaben der beiden, von der IRZ in Südosteuropa mitherausgegebenen Zeitschriften NPR und der mazedonischen Europarechtszeitschrift EP finden sich dort. Für deutschsprachige Leser von besonderem Interesse dürfte sein, dass von dort für beide Zeitschriften für jede Ausgabe alle Inhalte in deutscher Sprache (Vorwort, Inhaltsverzeichnis und die Zusammenfassungen der Beiträge) zusammengefasst in einer verkürzten "deutschen Ausgabe" heruntergeladen werden können. Diese, in dieser Form bisher nur an dieser Stelle erhältlichen Materialien bieten also Lesern ohne einschlägige Sprachkenntnisse eine gute Möglichkeit, sich einen Bild von der Vielfalt der bislang in beiden Zeitschriften behandelten Themen zu verschaffen.

Iz djelatnosti IRZ-a

Projekt EU za podršku moldavskim državnim tijelima u kaznenopravnom postupku istrage

Dr. jur. Gerassimos Fourlanos

Fondacija IRZ je na području Jugoistočne Europe aktivna i u Moldaviji. Naime, i tamo pitanja kaznenopravnog postupka istrage igraju značajnu ulogu.

Projekt EU za podršku moldavskim državnim tijelima u kaznenopravnom postupku istrage (IDP-projekt): IRZ je na jesen 2014. izabrana za provedbu projekta u svrhu podrške moldavskim državnim tijelima u kaznenopravnom postupku istrage koji je financiran iz sredstava EU (IDP-projekt). Pored IRZ-a, u projektu koji je krenuo 16. 12. 2014. godine, kao junior partneri sudjeluju i Altair Asesores iz Španjolske te Center for International Legal Cooperation (CILC) iz Nizozemske.

Projekt u trajanju od ukupno 30 mjeseci jedan je od četiri projekta koji su financirani iz sredstava EU, a koji se provode u području pravosuđa. Projekt obuhvaća veliki broj relevantnih područja iz moldavske strategije za reformu pravosuđa, te institucionalnu podršku i razvoj komunikacijskih strategija.

Težišta projekta su institucionalna i tehnička podrška u području pravosuđa, s ciljem razvoja pristupačnog, pravičnog, učinkovitog, neovisnog i transparentnog pravosudnog sustava. Važno je u tom kontekstu da pravosudni sustav treba biti u skladu s europskim standardima te zajamčiti primjenu načela vladavine prava kao i poštivanje ljudskih prava.

Projekt treba doprinijeti održivoj reformi pravosuđa u Republici Moldaviji na način da se ta reforma ubrza, te da se poveća učinkovitost sudova i drugih pravosudnih tijela. Unutar reformi predloženih u strategiji za reformu pravosuđa i pripadajućem akcijskom planu, projekt će se usredotočiti na učinkovitost radnji u kaznenopravnom postupku istrage. Projektni tim će pružati podršku kod institucionalne izgradnje i odvijanja procesa tako da će se, između ostaloga, omogućiti učinkovitije prikupljanje dokaza za otkrivanje i progon kaznenih djela, s jedne strane, ali i poboljšati poštivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda, s druge strane. I na koncu, projekt treba osigurati podršku u poboljšanju područja rada tužitelja, sudaca, policije i odvjetnika tako da svoj rad mogu provoditi uz primjenu modernih i učinkovitih metoda.

Korisnici projekta su sva državna tijela koja sudjeluju u istražnom postupku, s tim da je glavni korisnik moldavsko Državno tužiteljstvo. Cjelokupni projektni tim smješten je u prostorijama Državnog tužiteljstva, tako da je omogućena intenzivna suradnja i razmjena između projektnog tima i Državnog tužiteljstva.

Nakon uspješnog okončanja početne faze izrađen je početni izvještaj za projekt koji je na prvoj sjednici projektnog odbora u prosincu 2014. godine jednoglasno prihvaćen od svih sudionika s pravom glasa. Početni izvještaj je zbog toga mjerodavan za sve savjetodavne usluge tijekom čitavog trajanja projekta i jako je značajan jer je izrađen konkretan plan rada s ciljevima, nadležnostima i izazovima za čitavu fazu provedbe. Projektni će se tim u fazi provedbe posebice baviti sljedećim relevantnim pitanjima:

- Postoji hitna potreba za ubrzanjem procesa reforme s obzirom na pravni okvir za kaznenopravni postupak istrage u Republici Moldaviji. U tu je svrhu već prije početka projekta izrađen nacrt zakona koji, međutim, nije donesen; razlozi zašto zakon nije donesen su nejasni. No, budući da su u okviru projekta utvrđeni neki deficiti u nacrtu zakona, zakašnjelo donošenje zakona se može pokazati pozitivnim jer projekt s preporukama može doprinijeti daljnjoj doradi nacrtu zakona i time njegovom poboljšanju.
- Pored slabosti u pravnom okviru, postoje i deficiti kod radnih procesa koji se uglavnom temelje na sovjetskoj prošlosti. Tako su primjerice tužiteljstvo i policija u teoriji doduše nezavisni, ali u praksi se, ne samo kod administrativnih i organizacijskih pitanja, već i kod obrade i ocjene predmeta, uvijek moraju savjetovati sa svojim nadređenima.
- Projekt je pozdravljen od svih korisnika te je zajamčeno i sudjelovanje moldavske strane. No, jedan izazov mogla bi biti nedovoljna kadrovska opremljenost moldavske strane, budući da rad na projektu za moldavska državna tijela znači znatan dodatni posao.

Mnoge donatorske organizacije sudjeluju u programskim aktivnostima u području kaznenopravnog postupka istrage – od američkog Ministarstva vanjskih poslova preko inicijative ABA Rule of Law, pa sve do Vijeća Europe i drugih organizacija. Usklađivanje svih aktivnosti i suradnja svih uključenih organizacija kako bi se objedinile snage ili kako bi se izbjegao dupli posao, predstavljati će veliki izazov i zahtijevati velike resurse. Kao što je spomenuto već na početku, postoje tri daljnja projekta u području pravosuđa koja su financirana od strane EU. Njih koordinira Delegacija EU u Chişinău, pri čemu se koordinacijski sastanci održavaju najmanje jednom mjesečno.

No, put za provedbenu fazu je sada, usvajanjem početnog izvještaja, otvoren. I sada se kao prvi korak u provedbenoj fazi mora evaluirati postojeća studija o kaznenopravnom postupku istrage.

Dr. jur. Gerassimos Furlanos

Aus der Tätigkeit der IRZ: Twinning-Projekt im Strafprozeß in Moldau

(Zusammenfassung)

Der Beitrag berichtet über ein Twinningprojekt der IRZ in Moldau. Er ist weitgehend inhaltsgleich mit dem Beitrag "Aus der Tätigkeit der IRZ Stiftung" in der "Zeitschrift Wirtschaft und Recht in Osteuropa" (WiRO) 2/2015, der unter http://irz.de/images/downloads/wiro/2015_2_wiro.pdf auch auf der Internetseite der IRZ zum Download angeboten wird. Deutschsprachige Leser werden deshalb wegen weiterer Informationen zum Inhalt des Beitrages auf diese Quelle verwiesen.

Razno

Susret pravnih i srodnih biblioteka Jugoistočne Europe (SEALL, 2015.)*

Edita Bačić**

Uvod

Društvo bibliotekara pravnih i srodnih biblioteka Jugoistočne Europe¹ (SEALL) neformalno djeluje više od deset godina, a službeno je registrirano 2009. u Republici Hrvatskoj sa sjedištem na Pravnom fakultetu u Splitu. Temeljni cilj osnivanja udruge je regionalna međuknjižnična suradnja knjižničara pravnih i srodnih knjižnica, a radi ostvarivanja svojih ciljeva SEALL obavlja sljedeće aktivnosti: unaprjeđivanje svih oblika međuknjižnične suradnje, edukacija i mobilnost knjižničarskih djelatnika, zaštita profesionalnog statusa knjižničara, zagovaranje uloge i doprinosa knjižničara pravnoj struci i znanosti, rad na standardima i razmjeni dobre prakse, izdavačka djelatnost i udruživanje sa srodnim asocijacijama. Poseban partnerski doprinos za poticanje izdavaštva pripada Fondaciji Kemal Bakaršić iz Sarajeva.

* (Srećanje pravnih in srodnih knjižnic jugovzhodne Evrope, 23.–24. september 2015, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani) *Organizatori:* South East European Association of Law and related Libraries (SEALL), Zveza bibliotekarskih društev Slovenije (ZBDS), Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani. *Organizacijski odbor:* Violetta Bottazzo, generalna tajnica SEALL-a, Maja Vavtar, predsjednica Sekcije za specialne knjižnice ZBDS, Edita Bačić, predsjednica SEALL-a.

** Autorica je voditeljica knjižnice Pravnog fakulteta u Splitu.

¹ SEALL South East European Association of Law and related Libraries. Dostupno na: <http://www.biblio-pravo.org/hr/> (5. 10. 2015.)

Od samog osnivanja članovi SEALL-a redovito se sastaju na stručnim savjetovanjima (Neum, Beograd, Sarajevo) i kontinuirano rade na stvaranju identiteta udruge poštujući temeljna profesionalna i etička načela solidarnosti, međusobnog uvažavanja i otvorenog dijaloga. Pored redovitih savjetovanja SEALL je u proteklom razdoblju realizirao i dvije međunarodne radionice uz financijsku i stručnu potporu krovne međunarodne udruge International Federation of Library Association (IFLA)² i suradnju s Hrvatskim knjižničarskim društvom (HKD). Radionice su se odnosile na temu regionalne suradnje i otvorenog pristupa pravnim informacijama (Split, 2011. i 2014.) što je dugoročno dovelo i do ostvarenja ovogodišnjeg, vrlo uspješnog Susreta pravnih i srodnih bibliotekara Jugozapadne Europe u Ljubljani.

Susret pravnih i srodnih biblioteka Jugoistočne Europe

Zahvaljujući velikom angažmanu slovenskih kolega suorganizatora spomenutog susreta, pomoći volontera i donatora (Oxford University Press, Tax-Fin-Lex, Mladinska knjiga, Zveza bibliotekarskih društava Slovenije) ovogodišnji skup omogućio je raspravu o nizu zanimljivih tema, proširio polja zajedničkog interesa, te kao i svaka dobra ideja koja se gradi na prethodnim postignućima otvorio je vrata za daljnju suradnju.

Dvodnevni skup u čijem radu je učestvovalo više od pedeset sudionika uspješno je moderirala Violetta Bottazzo, generalna tajnica SEALL-a, a sve prisutne pozdravili su predsjednica Zveze bibliotekarskih društava Slovenije, dr. sc. Sabina Fras-Popović i prodekan Pravnog fakulteta u Ljubljani, prof. dr. sc. Grega Strban.

Uvodno predavanje održala je Sinikka Sipila (predsjednica IFLA-e u mandatu 2013–2015), Finnish Library Association i kroz niz primjera dobre prakse istakla važnost međunarodne i regionalne suradnje knjižničarskih i srodnih udruženja kao najboljeg načina jačanja globalne mreže javnih zagovaratelja. Uz kraću swot analizu i pregled dosadašnjeg djelovanja SEALL-a kao važnoj pretpostavci za daljnji razvoj i nova partnerstva govorila je Edita Bačić, predsjednica SEALL-a (tajnica IFLA Law Libraries Section u mandatu 2013–2015). Izlaganje o kompetencijama i ulozi pravnih bibliotekara priredila je kolegica Maja Sijerčić (Radio-televizija Federacije Bosne i Hercegovine), a nakon toga uslijedila su dva vrlo aktualna i zanimljiva predavanja na temu standarda, kvalitete i uvjeta rada na fakultetskim knjižnicama kroz pregled zakonodavne prakse, osobna iskustva i usporedbu sa standardima za visokoškolske knjižnice u drugim sredinama. O standardima za visokoškolske biblioteke u Srbiji izlagala je Radmila Dabanović (Pravni fakultet Novi Sad), a Ivana

Teronić Oruč (Pravni fakultet u Sarajevu) govorila je o postojećim standardima u visokom obrazovanju u BiH i važnosti uspostave jedinstvenih standarda za visokoškolske biblioteke u Bosni i Hercegovini. Izlaganje o važnosti Etičkog kodeksa za rad SEALL-a te o mogućem nacrtu za izradu ovog dokumenta pripremili su kolegica Ljiljana Siber (Pravni fakultet u Osijeku) i kolega Dragutin Nemeč (Pravni fakultet u Zagrebu). Upravljanje znanjem, informacijska pismenost i bibliotekarsko-informacijski specijalisti u pravnim i srodnim bibliotekama tema je o kojoj je govorila Beba Rašidović (Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Sarajevo). Prvi dan susreta priveden je kraju s dva vrlo korisna predavanja pravnih revija iz Slovenije i Bosne i Hercegovine. Časopis pod nazivom *Nova pravna revija NPR: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* predstavio je dr. Stefan Pürner. Ova pravna revija koja već petu godinu izlazi u Sarajevu pod pokroviteljstvom IRZ – Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. od interesa je za sve sudionike skupa. Naglasio je to u svom izlaganju i dr. Pürner te pozvao svih na daljnju suradnju. Pravni fakultet u Ljubljani izdavač je časopisa: *Pravnik, revija za pravno teoriju in prakso*, a sudionicima skupa predstavio ga je Boštjan Koritnik, stručni urednik časopisa. Gospodin Koritnik je u svom izlaganju također istakao važnost međusobne suradnje i razmjene iskustava. Program je završio obilaskom Nacionalne in univerzitetne knjižnice, a topao prijem slovenskih kolega i izrazi dobrodošlice koje nam je u ime domaćina uputila kolegica dr. sc. Melita Ambrožič bili su istinski "final touch" prvog dana susreta.

Slovenske pravne knjižnice uglavnom su obilježile drugi dan Susreta (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani – Irena Kordež, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru – Natalija Orešek, Centralna pravosodna knjižnica, Vrhovno sodišče RS – Marjeta Oven, Ustavno sodišče RS – Andreja Potočnik, Knjižnica Inštituta za kriminologiju pri Pravni fakulteti v Ljubljani – Ines Vodopivec) sudjelujući na Okruglom stolu pod nazivom *Kaj delajo slovenske pravne knjižnice*, a moderirala ga je Maja Vavtar, predsjednica Sekcije za specijalne knjižnice. U nastavku programa o sudskoj praksi Vrhovnog suda govorila je Nevenka Rihar, a o odlukama Ustavnog suda dostupnim na mobilnim aplikacijama Miloš Torbič Grlj. Pitanje otvorene znanosti danas sve više zaokuplja pažnju znanstvenika širom svijeta o čemu je govorila i dr. Mojca Kotar s Univerze v Ljubljani u svom izlaganju: *Slovenski nacionalni portal otprte znanosti in repozitoriji*.

Završetak Susreta obilježili su razgovori na temu budućih projekata i razvoja regionalne suradnje na Okruglom stolu pod nazivom *Možnost sodelovanja v skupnih projektih Jugovzhodne Evrope* (moderatorica Sanja Golijanin). U razgovoru su sudjelovali predstavnici različitih vrsta knjižnica i izdavača pravne i druge literature (Edita Bačić, Pravni fakultet Split, Zlata Tavčar, TAX-FIN-LEX, Slovenija, Mojca Dolgan-Petrič, Narodna in univerzitetna

² IFLA Law Libraries Section. Newsletter. Dostupno na: http://www.ifla.org/files/assets/law-libraries/newsletters/ifla_newsletter_june_2015_compressed.pdf (5. 10. 2015.)

knjižnica Ljubljana, Bojana Zarnik, Mladinska knjiga, Slovenija).

Zaključak

Nakon iscrpne diskusije u kojoj je aktivno sudjelovala većina prisutnih, moderatorica Okruglog stola, Sanja Golijanin (Tužilaštvo Bosne i Hercegovine), osvrnula se je na sve izrečene prednosti i nedostatke vezane uz mogućnost zajedničkih projekata i predložila je sljedeće zaključke:

- Rad na zajedničkim projektima zahtijeva određena znanja i vještine koje u ovom trenutku još nisu podjednako dostupne potencijalnim suradnicima, ali visoka razina osobne i profesionalne predanosti članova SEALL-a u ispunjavanju misije i vizije udruženja i dalje će biti najveća prednost i glavni pokretač u traženju novih oblika regionalne suradnje.
- Rastuća potreba za održivom, interaktivnom i otvorenom znanošću na globalnom i evropskom nivou otvara prostor za uspostavu zajedničkog regionalnog repozitorija na način da sve uključene institucije mogu imati slobodan pristup pravnim i srodnim sadržajima s ciljem povezivanja naše znanstvene i stručne javnosti.
- Mogući partneri u srodnom okruženju: South Eastern Europe Law Schools (SEELS)³ je akademska mreža koja trenutno okuplja trinaest pravnih fakulteta iz šire regije, a radi na poticanju izvrsnosti u pravnoj znanosti i obrazovanju kroz regionalnu suradnju i suradnju unutar EU.
- Partnerstvo je moguće ostvariti i u širem društvenom kontekstu: civilne udruge i ostali korisnici javnih i drugih knjižnica trebaju pravne i druge službene informacije kako bi kao građani sudjelovali u društvenom i političkom životu svojih zemalja, ali često to nisu u mogućnosti. Većini korisnika i knjižničara za snalaženje u moru pravnih informacija neophodna je stručna pomoć.

Što SEALL može ponuditi budućim partnerima? *Putem dobro organizirane mreže informacijskih stručnjaka partneri imaju priliku širiti svoju vidljivost i graditi znanstveni i stručni ugled surađujući kroz regionalne projekte u otvorenom i kolegijalnom okruženju.*

Edita Bačić

Treffen der Vereinigung der juristischen und artverwandten Bibliotheken Südosteuropas (SEALL, 2015.)

(Zusammenfassung)

Der Beitrag berichtet über das diesjährige Treffen der Vereinigung der juristischen und artverwandten Bibliotheken Südosteuropas (SEALL), die bereits seit mehr als zehn Jahren

informell tätig und seit dem Jahr 2009 in Kroatien mit Sitz an der Juristischen Fakultät Split offiziell registriert ist. Das Hauptmotiv der Gründung war die Förderung der regionalen Zusammenarbeit der juristischen und artverwandten Bibliotheken sowie die Förderung der Rolle dieser Bibliotheken bei der Entwicklung der Rechtswissenschaft. Die Mitglieder der Vereinigung treffen sich regelmäßig zu Fachveranstaltungen (Neum, Belgrad, Sarajevo) und arbeiten kontinuierlich an der Weiterentwicklung der Identität der Vereinigung. Hierbei pflegen sie die Prinzipien der Solidarität, der gegenseitigen Achtung und des offenen Dialogs. Neben den regelmäßigen Fachtagungen organisiert sie in unregelmäßigen Abständen in Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Partnern auch thematische Workshops und Versammlungen. In Fortsetzung dieser Aktivitäten fand vom 23. und 24. September 2015 an der Juristischen Fakultät in Ljubljana ein zweitägiges Treffen statt, das mit mehr als 50 Teilnehmer sehr gut besucht war. Dank des großen Engagements der slowenischen Gastgeber, der Arbeit von Freiwilligen und des Engagements einer Reihe von Unterstützern konnten bei der Veranstaltung viele interessante Themen von gemeinsamen Interesse besprochen werden. Im Mittelpunkt standen hierbei die Arbeitsbedingungen und – weisen an den verschiedenen, in der Vereinigung zusammengeschlossenen Bibliotheken. Dadurch wurde ein wertvoller Beitrag zur Fortsetzung der bisherigen erfolgreichen Zusammenarbeit geleistet. Bei der Veranstaltung wurden auch die NPR und die von der Juristischen Fakultät Ljubljana herausgegebene Zeitschrift Pravniki, revija za pravno teorijo in prakso (Jurist- Zeitschrift für Rechtstheorie und -praxis) vorgestellt.

Izveštaj o učešću na Vis Moot takmičenju

Fahira Brodlija*

Vis Moot takmičenje predstavlja jedno od najprestižnijih moot takmičenja iz oblasti međunarodnog prava prodaje i arbitraže koje se svake godine održava u Beču i okuplja predstavnike preko 290 univerziteta širom svijeta.

U suštini, takmičenje predstavlja simulaciju arbitražnog postupka u vezi s povredom ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Svake godine, tokom prve sedmice oktobra, studenti dobiju slučaj koji sadrži objašnjenje činjeničnog stanja, materijalne dokaze, te korespondenciju s arbitražnim tribunalom. Tokom narednih šest mjeseci intenzivnog rada, studenti analiziraju konkretan slučaj, identifikuju relevantne pravne probleme i pripremaju se za tri osnovne faze takmičenja i to: izradu pisanih podnesaka i za tužitelja i za tuženog, pripremu usmene odbrane argumentacije, i na koncu samo takmičenje u Beču. Sastavni dio ovih priprema je i odlazak na tzv. pre-moot takmičenje.

³ South East European Law School Network – SEELS. Dostupno na: <https://www.facebook.com/seelawschool?fref=nf> (5. 10. 2015.)

* Autorica je studentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu.

Ove godine su Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu predstavljali: Fahira Brodlija, Halisa Čengiđ, Jasmin Omerdić, Enida Šaćirović i Belma Šerbečić.

U saradnji s Ambasodom SAD-a u Sarajevu, CLDP (Commercial Law Development Programme), CILE (Center for International Law Education) i Asocijacijom Arbitri, realizacija ovogodišnjeg učešća studenata Pravnog fakulteta Sarajevo na ovom takmičenju započela je u oktobru 2014. godine s prvom radionicom, kroz koju smo imali priliku da se upoznamo s osnovama ovog takmičenja, njegovim fazama, budućim obavezama, literaturom, metodom rada, i na kraju sa samim činjenicama slučaja koji je predmet arbitraže. Izlagači su bili predstavnici CLDP-a i Univerziteta Pittsburgh, koji su kroz prezentacije i interaktivne sesije budućim učesnicima približili zadatke u raznim fazama takmičenja.

Nakon prve radionice uslijedila je faza izrade dva pismena podneska (claimant i respondent) koja je uspješno privedena kraju u januaru 2015. godine. Izrada pismenih podnesaka značila je opsežno istraživanje materije komercijalnog prava iz svih dostupnih izvora, uz korisne savjete trenera ekipe. Druga radionica je organizovana u februaru 2015. godine i njen primarni fokus je bio priprema za izlaganje argumenata i usavršavanje za usmeni dio takmičenja. Pored izlaganja predstavnika CLDP-a i Univerziteta Pittsburgh, ova radionica se sastojala i od probnih rundi ekipa univerziteta Sarajevo i Zenica, koje su arbitrirali članovi Asocijacije Arbitri, CLDP-a i ugledni pravници iz Sarajeva. Obje radionice i pripremna faza takmičenja bili su koordinirani uz pomoć naših trenerica Nevene Jevremović, Aide Skenderagić, Maide Omerćehajić i Ilme Kasumagić.

Pripreme su nastavljene intenzivnim vježbama i rundama protiv ekipa iz cijelog svijeta organizovanih online, među kojima su bili Iran, Indija, Argentina, Velika Britanija, SAD i mnogi drugi. Također smo imali priliku da održimo par rundi u najznačajnijim advokatskim kancelarijama u Sarajevu koje su arbitrirali njihovi uposlenici, i to: Karanović/Nikolić, Wolf Theiss, Marić Law Office i CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Prvi službeni pre-moot na kojem je naša ekipa učestvovala bio je održan u Beogradu 21. i 22. 3. 2015. godine. U sklopu pre-moota, bili smo u prilici prisustvovati korisnim seminarima i predavanjima koje su držali eminentni profesori i pravници iz cijelog svijeta, na teme koje su usko vezane za internacionalnu komercijalnu arbitražu. Naši protivnici na pre-mootu bile su ekipe iz Poljske, Velike Britanije, Brazila i Švicarske. Arbitri su bili raznih profila, uključujući bankare, sudije, pravnike i profesionalne arbitre koji su dali korisne komentare i ocjene za naša izlaganja.

U Beč smo krenuli 25. 3. 2015. godine, a takmičenje je službeno počelo 27. 3. 2015. Prva dva dana u Beču smo učestvovali u Pitt Consortiumu u advokatskoj firmi Baker/McKenzie, koji je organizovan od strane profesora Branda i Flechnera s Univerziteta Pittsburgh. Održali smo runde s ekipama Pittsburgha, Kijeva, kao i Kaira. Nakon korisnih pripremnih rundi prisustvovali smo ceremoniji otvorenja takmičenja u bečkoj koncertnoj sali. Tamo su nam se obratili organizatori, uvaženi profesori i pravници, kao i bivši učesnici takmičenja.

Prvu službenu rundu imali smo protiv ekipe Univerziteta Humbolt (Njemačka), a zatim Univerziteta Masaryk (Češka). Preostali protivnici su bili Univerzitet St. John's (New York, SAD) i Univerzitet Montpellier (Francuska). Arbitri su bili raznovrsnih profila, što je učinilo izlaganja većim izazovom, jer su imali različite pristupe i očekivanja od svakog izlagača. Komentari i dojmovi arbitara su bili povoljni i zadovoljni smo, kako našim nastupom, tako i njihovim reakcijama. U toku takmičenja smo također imali priliku prisustvovati seminaru o vještinama izlaganja u arbitraži. Imali smo čast da upoznamo mnoge uvažene profesore i autore knjiga koje smo koristili u pripremi argumenata, među kojima izdvajamo Ingeborg Schwenzer i Stephana Krolla.

Nakon završetka eliminacijske faze takmičenja, prisustvovali smo finalnoj rundi i svečanom proglašenju pobjednika.

Zadovoljni smo svojim nastupom i beskrajno zahvalni svima koji su nam na bilo koji način omogućili ovo nezaboravno iskustvo. Upoznali smo mnogo zanimljivih i divnih ljudi, sklopili nova prijateljstva i vratili se u Sarajevo spremni da svoj entuzijazam i prekrasne utiske prenesemo na sljedeću ekipu koja će nas predstavljati na ovom takmičenju.

Fahira Brodlija

Bericht über die Teilnahme am Vis Moot Court

(Zusammenfassung)

In diesem Beitrag wird über die Teilnahme des Teams der Juristischen Fakultät der Universität in Sarajevo am Vis Moot Court vom 27. März bis 2.4.2014 in Wien berichtet. Diese Teilnahme wurde von der Botschaft der USA, dem CLDP (Commercial Law Development Programme), dem CILE (Center for International Law Education) und der Vereinigung der Schiedsrichter aus Sarajevo unterstützt. Bei dem Wettbewerb traf das Team aus Sarajevo auf Teams der Humboldt Universität (Deutschland), der Masaryk-Universität (Brno, Tschechien), der University St. John's (New York) und der Universität Montpellier (Frankreich).

Moje iskustvo u Bundestagu – Međunarodna parlamentarna stipendija (IPS)

Sabina Ljuca, M.A.*

Međunarodna parlamentarna stipendija (*Internationales Parlaments-Stipendium*, skr. IPS) je program koji svake godine organizira Njemački parlament odn. Bundestag u saradnji s univerzitetima Freie Universität, Humboldt Universität i Technische Universität. Traje pet mjeseci, od 1. marta do 31. jula svake godine. Ne tako davne 1986. godine Parlament je odlučio da dodijeli 20 stipendija američkim studentima, te je već četiri godine poslije odlučeno da se ta prilika pruži i ostalim studentima iz evropskih zemalja i od 2005. godine ovaj program otvoren je i za zainteresirane mlade osobe iz Bosne i Hercegovine. Za taj program čula sam 2009. godine, dok sam kao student na razmjeni preko programa Erasmus Mundus studirala na Pravnom fakultetu Univerziteta u Heidelbergu, te sam sebi obećala da ću se jednog dana prijaviti i to mi je od tada ostala velika želja. I kao što vidite, želje ponekad postaju stvarnost. U toku 2015. godine ukupno 119 stipendista iz 39 različitih zemalja svijeta, dobili su priliku učestvovati u ovom jedinstvenom programu. Jedna od tih 119 sretno odabranih kandidata bila sam i ja, Sabina Ljuca.

Kriteriji

Program je namijenjen svim zainteresiranim visoko-kvalificiranim mladim osobama koje imaju interes, ali i znanje o njemačkoj demokratskoj strukturi. Kriteriji za prijavljivanje su prije svega bh. državljanstvo, završen univerzitetski studij, vrlo dobro poznavanje njemačkog jezika (B2 nivo), poznavanje njemačke politike, društva i historije te da kandidat nije stariji od 30 godina na početku stipendije. Kao što se vidi, kriterij studija označen je samo sa “završen univerzitetski studij”, stoga program nije ograničen na jedan poseban smjer nego je otvoren za sve zainteresirane ukoliko ispunjavaju ostale navedene kriterije. U programu u kojem sam ja učestvovala najviše je bilo osoba koje su završile pravni fakultet, fakultet političkih nauka i filozofski fakultet, smjer germanistika. Sam izbor uspješnih kandidata odvija se u dvije faze. Prva faza predstavlja slanje aplikacije i svih popratnih dokumenata Njemačkoj ambasadi u Sarajevu, koja od svih pristiglih aplikacija poziva one kandidate koji ispunjavaju gorenavedene kriterije i koji su najuspješniji po navedenim kriterijima. Druga faza predstavlja intervju koji provodi nezavisna komisija njemačkog Bundestaga

koja se sastoji od 5–6 članova. Dva člana su najčešće sami zastupnici Parlamenta, dva člana mogu biti profesori s univerziteta te preostali jedan ili dva člana su takođe iz Parlamenta. Za 2015. godinu intervju se održavao u mjesecu oktobru 2014. godine u Skoplju, Makedonija, za sve pozvane kandidate iz Makedonije, Albanije, Kosova i BiH. Iz Bosne i Hercegovine bilo je pozvano ukupno pet kandidata. Intervju je poprilično zahtjevan, razgovor se vodi, naravno, na njemačkom jeziku, prilikom kojeg članovi komisije postavljaju različita pitanja vezano za njemačku politiku, konkretno neke političare, političku situaciju u Njemačkoj, ali i u BiH. Priprema za ovaj intervju je od krucijalne važnosti, stoga je dobra informiranost o aktuelnim političkim dešavanjima obavezna. Intervju je u mom slučaju trajao okvirno 50 minuta. Članovi komisije su prijatni, atmosfera jeste opuštena, ali se znanje traži. Poseban akcenat pridaje se znanju jezika, jer bez toga sama praksa nema smisla. Rezultati koji od kandidata je dobio stipendiju saznaju se istog dana u kasnim poslijepodnevnim satima. U konačnici, iz BiH stipendiju su dobile dvije najuspješnije kandidatkinje.

Program

Petomjesečni program isplaniran je do najsitnijih detalja. Tokom prvog mjeseca akcenat je na upoznavanju njemačkog političkog sistema, prisustvovanjem različitim seminarima, diskusijama, čitanjem literature i sl. Srž programa predstavlja, naravno, rad u uredu određenog zastupnika Parlamenta. Ja sam imala zadovoljstvo raditi u uredu zastupnice Hiltrud Lotze iz političke partije SPD. Od samog početka, sve kolege iz ureda bile su vrlo ljubazne i stalno na usluzi za moja mnogobrojna pitanja. Svi zastupnici u Parlamentu članovi su različitih odbora i radnih grupa. Zastupnica Lotze je bila aktivni član dva odbora, prvi za kulturu i medije te drugi za okolinu, građenje i nuklearnu sigurnost. Pored navedenog bila je član radne grupe za odlaganje visoko-radioaktivnog otpada. Imajući u vidu da sam ja završila I i II ciklus pravnog fakulteta, postojala je bojazan da neću biti sposobna raditi navedene teme zbog nedovoljnog znanja. Već tokom prve sedmice ispostavilo se, međutim, da za moje strahove nije bilo mjesta jer su i sami saradnici imali završene različite studije, stoga to za rad uopće nije bilo od presudne važnosti. Mnogo bitnije je bilo vladanje jezikom, dobro razumijevanje, brzo snalaženje i pronalaženje potrebnih informacija na internetu i intranetu (interni sistem kojem su mogli pristupiti samo uposlenici Parlamenta) i sl. Pored navedenog, neovisno o pripadnosti određenim radnim grupama i odborima, svaki zastupnik prisustvuje različitim konferencijama, seminarima, intervjuima u kojima se razmatraju sve moguće teme, tako da sam i ja sama vrlo često radila i istraživala teme kao što

* Pravni konsultant u Međunarodnoj finansijskoj korporaciji (International Finance Corporation IFC) – Svjetska Banka.

¹ Kao što su Albanija, Francuska, Grčka, Hrvatska, Srbija, Makedonija, Crna Gora, Kosovo, Poljska, Slovenija, Češka, Rumunija, Mađarska...

² Rok za prijavu za program za 2016. godinu je 30. juni 2015. godine, više informacija ovdje http://www.bundestag.de/bundestag/europa_internationales/internat_austausch/neue_laender/info/bosnien/245028

su izbjeglice, raseljena lica, minimalna satnica, i sve druge aktuelne teme o kojima je i sam Parlament prethodno raspravljao. Dalji zadaci u uredu najčešće su izrada i sastavljanje govora za zastupnika, odgovaranje na pisma i upite građana, sastavljanje saopštenja za štampu, praćenje svog zastupnika na sastanke frakcije, odbora, radnih grupa i drugih sastanaka s političarima, novinarima te drugim osobama iz javnog života. Ciljevi ovog programa su prije svega stimuliranje mladih osoba da se angažiraju za demokratiju i civilno društvo, da se učvrste odnosi Njemačke s matičnom zemljom stipendiste, te upoznavanje i razumijevanje drugih kultura, načina razmišljanja i mentaliteta. Osoba koja dobije stipendiju dobiva 500,00 eura mjesečno, plaćen smještaj u dvosobnim stanovima, troškove dolaska u Njemačku i povratka u matičnu zemlju stipendiste, te preuzimanje troškova za seminare, osiguranje, univerzitetske i administrativne troškove i takse.

Predavanja

U sklopu programa, predviđeno je da stipendisti prisustvuju određenim predavanjima koja su organizirana samo za njih, ali i predavanjima na različitim fakultetima. Sami stipendisti odlučuju na koja predavanja će ići, u kojem terminu, prema prethodnom dogovoru sa svojim uredom. Na raspolaganju su dva puta sedmično po dva sata za predavanja u toku radnog vremena. Stipendisti takođe imaju priliku posjećivati i određene kurseve jezika koji se nude na pojedinim fakultetima, te im je to još jedna olakšica za sticanje znanja po vrlo povoljnim uslovima. Na primjer, kurs naprednog engleskog jezika ili italijanskog za stipendiste košta svega 40-ak KM, što je u odnosu na regularne cijene kurseva jezika znatno jeftinije. Stoga bi svima koji se prijave na IPS i dobiju stipendiju, preporučila da je na maksimalan način i iskoriste upravo kroz predavanja i kurseve jezika.

Berlin!

Dobra strana programa je i ta da se on odvija, naravno, u glavnom gradu Njemačke – u Berlinu. Berlin je grad s 3,5 miliona ljudi, grad u kojem se u bilo koje doba dana i noći može pronaći nešto interesantno i nesvakidašnje. Tokom trajanja boravka i rada u Bundestagu, predviđeno je takođe i putovanje u izbornu jedinicu iz koje je biran zastupnik kod kojeg radite. U mom slučaju to je bio prelijepi grad Luneburg u Saveznoj Državi Niedersachsen. Bio je to moj prvi posjet ovom lijepom gradu, te sam u toku te posjete koja je trajala 5 dana otkrila prelijepu krajolike Njemačke, upoznala mnogo osoba iz različitih sfera života, prisustvovala različitim sastancima skupa sa zastupnicom Bundestaga itd. Jedno prelijepo, nezaboravno iskustvo koje me je obogatilo na mnoge načine.

Prijatelji

Iako se prijateljstva sklapaju sve teže i teže kako čovjek postaje stariji, IPS program je u tom slučaju izuzetak. Većina učesnika ima između 25–29 godina, ali je zajedničko svima da smo svi u stranoj državi. Prijateljstva i veze tada

nastaju vrlo lako, jer svako voli osjetiti barem malo nečega “svog”, da li je to kultura, jezik ili nešto treće. Tokom ovog programa upoznala sam predivne mlade, ambiciozne ljude, koji mogu biti i koji jesu inspiracija drugima za angažman i daljnje napredovanje. Bez obzira na to iz koje države smo, koje religije smo, kojeg političkog opredjeljenja, svi smo u konačnici ljudi s istim ili sličnim željama i potrebama. To je ono što ovaj program čini zaista posebnim.

Zaključno

Ukoliko bih mogla, prijavila bih se odmah i sljedeće godine za isti program. Nekoliko stranica kucanog teksta ne mogu ni u kojem slučaju dočarati sve one lijepe trenutke koje sam doživjela u toku pet mjeseci mog boravka u glavnom gradu Njemačke. Svim mladim osobama toplo bih preporučila da okušaju svoju sreću i prijave se za navedeni program koji će im sigurno proširiti vidike i u konačnici promijeniti život.

Sabina Ljuca, M.A.

Meine Erfahrung im Bundestag – Internationales Parlaments-Stipendium

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über das fünfmonatige Programm IPS – Internationales Parlaments-Stipendium im Deutschen Bundestag. Das IPS ist ein Stipendium, das der Bundestag zusammen mit der Freien Universität, der Humboldt Universität und Technischen Universität jährlich an etwa 120 Stipendiaten aus ca. vierzig Ländern vergibt. Die Stipendiaten nehmen an Veranstaltungen und Seminaren teil. Außerdem absolvieren sie ein Praktikum im Büro eines Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Das IPS ist offen für hochqualifizierte, engagierte und politisch interessierte junge Frauen und Männer, die zum Beginn des Programms nicht älter als dreißig Jahre alt sind. Weitere Voraussetzungen sind die Staatsbürgerschaft eines teilnehmenden Landes, ein abgeschlossenes Universitätsstudium und sehr gute deutsche Sprachkenntnisse. Die Stipendiaten werden von einer unabhängigen Auswahlkommission des Deutschen Bundestages unter Beteiligung der Berliner Universitäten aufgrund ihrer fachlichen, sprachlichen und interkulturellen Kompetenzen ausgewählt. Im Rahmen einer ganztägigen Beschäftigung werden die Stipendiaten mit den verschiedenen Aufgaben eines Abgeordnetenbüros vertraut gemacht wie z.B. dem Abfassen von Reden, Artikeln und Briefen, der Vorbereitung von Sitzungen sowie der Erledigung von Sekretariatsaufgaben. Die Stipendiaten begleiten ihre Abgeordneten zu den Sitzungen der Ausschüsse, Fraktionen und anderer Gremien und gewinnen so Einblicke in die internen Funktionsweisen, Zusammenhänge und Verfahrensabläufe des Parlaments. Die Autorin betont, dass man bei so einem Programm täglich enorm viel lernt und Einblicke in das politische Leben in einer der größten Demokratien der Welt bekommt. Sie hebt hervor, dass sie Arbeitsgewohnheiten der Deutschen am meisten beeindruckt hätten. Sie schließt mit der Feststellung, dass sie die sich für dieses gut organisierte und lehrreiche Programm am liebsten noch einmal bewerben würde.

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 prilogi 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 prilogi predviđeni za rubriku "Članci" će biti recenzirani. Prilogi 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 prilogi:

Moguće je predati dva tipa priloga:

1. Dugi članak (10 – 20 stranica, font Times New Roman, font size 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 – 9 stranica, font Times New Roman, font size 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćirilicom pismu, te će takvi biti i objavljivani. 1500 karaktera vrijede kao jedna stranica. Uz članak je potrebno priložiti i sažetak (do 200 riječi) koji uključuje pet do deset ključnih riječi, a koji će od strane redakcije časopisa biti prevedeni na njemački jezik. Autoricama i autorima će prevodi sažetaka 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.

Prilogi se predaju na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini ili na njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na e-mail adresu:

novaprvnarevija@gmail.com

Uz prilog se predaje kratki *curriculum vitae* (1 stranica) koji sadržava podatke o obrazovanju i profesionalnoj karijeri autora/autorice, te spisak eventualnih dosadašnjih publikacija.

Rok za predaju priloga za sljedeći broj časopisa:

15. 3. 2016. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 15. 4. 2016. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 30. 4. 2016. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću e-mail adresu:

novaprvnarevija@gmail.com

ili na broj 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 potrebno je navesti njihov puni naziv.

Ukoliko se želi upotrijebiti skraćenica, navesti je uz prvo pominjanje 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 može se dati skraćenica koja će se 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 redosljedju se navode:

- 1) Inicijali imena autora ili izdavača i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak “et al.”
- 2) puni naziv knjige (kurziv/*in italics*)

- 3) izdanje i/ili volumen, tom, svezak
- 4) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvopomenuto)
- 5) godina izdanja
- 6) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti sljedeći primjer:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, 2008) str. 657.

Naslovi koji nisu na lokalnim jezicima se ne prevode, ali je potrebno u uglastim zgradama 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 zgradama.

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 redosljedju se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak “et al.”
- 2) Puni naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. ‘xxxx’)
- 3) Ime izdavača zbornika (ako ga ima) nakon čega slijedi: engleska verzija: ‘ed.’ ili ‘eds.’, njemačka verzija ‘Hrsg.’
- 4) puni naziv zbornika (kurziv/*in italics*)
- 5) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvopomenuto)
- 6) godina izdanja
- 7) 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, 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, ‘Usklađivanje evropskog odštetnog prava’, in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, 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 Navodenja članaka iz periodike

2.5.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/*in italics*; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćunica)

5) godina izdanja

6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, 'Uslovi i 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 (DBHV) 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:

- Aufätze
- 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 Region

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. Die Zusammenfassung soll auch fünf bis zehn Stichwörter enthalten. 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: novaprvnarevija@gmail.com abgegeben werden.

Zum Beitrag sollte ein kurzer Lebenslauf (1 Seite) beigefügt werden, aus dem die Ausbildung und der berufliche Werdegang des Autors/der Autorin, sowie eine Liste der eventuellen bisherigen Publikationen ersichtlich sind.

Die Abgabefrist für die nächste Ausgabe der Zeitschrift ist der 15. 03. 2016.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 15. 04. 2016. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 30. 04. 2016.

Beiträge deutscher Autoren, die für die Veröffentlichung ausgewählt wurden, werden dann von der Redaktion in die Landessprache übersetzt.

Alle Fragen hinsichtlich der Zeitschrift können an die folgende email Adresse: novaprvnarevija@gmail.com oder die Telefonnummer 033 206350 ext. 234 gerichtet werden.

ZITIERREGELN UND QUELLENANGABEN

Zitieren

“xxxx” C Zitate sollten unter Anführungszeichen angegeben werden

C Zitate, die länger als vier Zeilen sind, sollten als Ganzes/in einem Block angeführt werden (Rahmenregel)

“xxxx.” C Anführungszeichen sollten immer hinter dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden.

[xxxxxx] 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 Oktober 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 02. 03. 2004, objavljena u xxxxx

(d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

2.2 Angaben von Gesetzen und internationalen Abkommen

Wenn es sich um Rechtsakte handelt, die nicht ursprünglich in einer der lokalen Sprachen verabschiedet wurden, ist es bei der Erstangabe notwendig, neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung anzugeben. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes kann auch die Abkürzung, welche weiter im Text verwendet werden soll angegeben werden.

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes sollte auch die Nummer des Amtsblatts einschließlich aller späteren Änderungen angegeben werden.

2.3 Angaben von Monographien

2.3.1 Erste Angabe

Nach folgender Reihenfolge werden angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren oder der Herausgeber und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren/Herausgeber, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (im Kursiv)
- 3) Ausgabe und/Volumen, Band, Heft
- 4) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Hinsichtlich der Interpunktion sollte folgendem Beispiel gefolgt werden:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, 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) Erscheinungsjahr
- 5) Erste Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', u J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', u *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, 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.

