UNIVERZITET U TUZLI
Pravni fakultet

SVEUČILIŠTE JOSIPA JURJA STROSSMAYERA U OSIJEKU
Pravni fakultet

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK (1811-2011)

ZBORNIK RADOVA ZNANSTVENOG SKUPA

Tuzla, 2014.

ZBORNIK RADOVA

ZNANSTVENI SKUP

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK
(1811-2010.)

ZBORNIK RADOVA ZNANSTVENOG SKUPA
AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK (1811-2011)
Tuzla, 16-18. XII 2011.

Izdavač:
PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U TUZLI

Suizdavač:
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA J.J. STROSSMAYERA U OSIJEKU

Za izdavača:
Prof. dr. IZUDIN HASANOVIĆ, vanr. prof.

Glavni i odgovorni urednik:
Dr. sc. EDIN MUTAPČIĆ, vanr. prof.

Redakcijski odbor:
Dr. sc. JOSIP VRBOŠIĆ, red. prof.
Dr. sc. IZUDIN HASANOVIĆ, vanr. prof.
Dr. sc. MIRO GARDAŠ, izv. prof.
Dr. sc. ANITA PETROVIĆ, docent
Dr. sc. SELMA NOVALIJA, docent

DTP i štampa:
PRINTAS d.o.o. Srebrenik

Za štampariju:
ALMIR SELIMOVIĆ

Tiraž: 300 primjeraka

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

347(436)"1811/2010"(082)

ZNANSTVENI skup Austrijski građanski zakonik
(1811.-2010.) ; 2011 ; Tuzla)
Zbornik radova / Znanstveni skup Austrijski
građanski zakonik : (1811.-2010.) : Tuzla, 16.-18.
XII 2011. - Tuzla : Univerzitet, Pravni fakultet ;
Osijek : Pravni fakultet Sveučilišta J.J.
Strossmayer, 2014. - 272 str. : ilustr. ; 25 cm

Lat. i ćir. - Bibliografija uz svaki rad ;
bibliografske i druge bilješke uz tekst.

ISBN 978-9958-609-71-8 (Univerzitet)

COBISS.BH-ID 21720326

Tuzla, 2014. godine

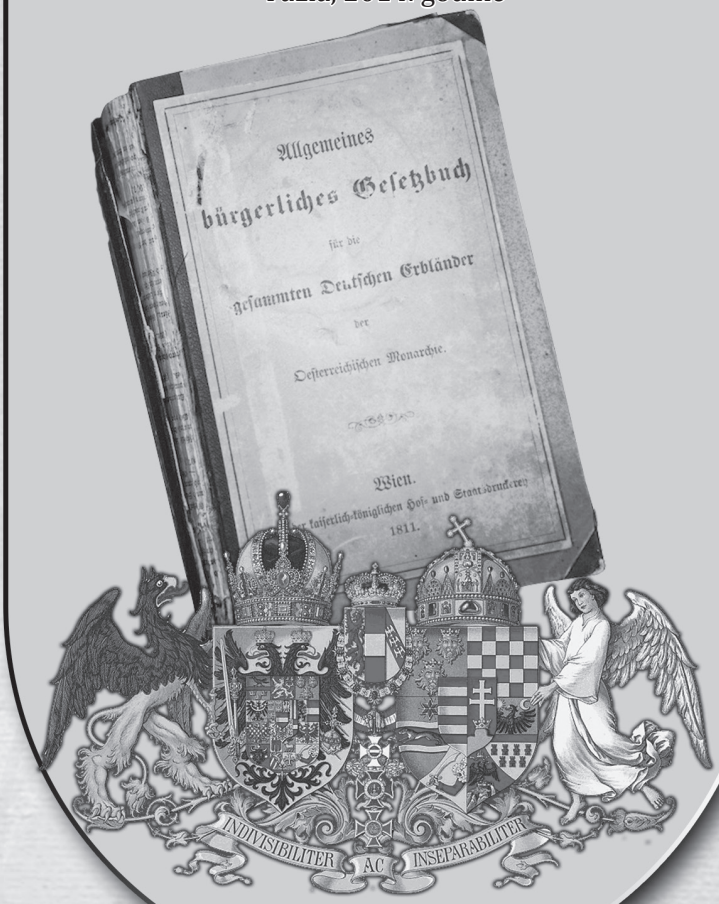
ZNANSTVENI SKUP

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK (1811-2010.)

Tuzla, 16-18. XII 2011.

ZBORNIK RADOVA

Tuzla, 2014. godine



UNIVERZITET U TUZLI
Pravni fakultet

SVEUČILIŠTE JOSIPA JURJA STROSSMAYERA U OSIJEKU
Pravni fakultet

SADRŽAJ

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK I DRUGE KODIFIKACIJE XIX STOLJEĆA

DŽEVAD DRINO
ADNANA ŠABANI
RIMSKOPRAVNI TEMELJI AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA (ABGB) 9

MIRELA ŠARAC
MARLON MACANOVIĆ
TINA MILETIĆ
UTJECAJ RIMSKOG PRAVA NA RJEŠENJA AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA I ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA REPUBLIKE HRVATSKE U NEKIM ASPEKTIMA UGOVORNIH ODNOSA 15

VIŠNJA LACHNER
JELENA ROŠKAR
GRAĐANSKE KODIFIKACIJE U EUROPI S POSEBNIM OSVRTOM NA 19. I 20. STOLJEĆE *33*

GORDANA HRVIĆ
POJAM ŠTETE I NAKNADE ŠTETE PO ODREDBAMA AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA IZ 1811. GODINE 53

SUAD HAMZABEGOVIĆ
DOKAZNI POSTUPAK PREMA OTOMANSKOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU I GRAĐANSKOM PARNIČNOM POSTUPNIKU ZA BOSNU I HERCEGOVINU 73

RECEPCIJE AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG PRAVA

ZSUZSANNA PERES
THE EFFECT OF THE ABGB ON THE HUNGARIAN PRIVATE LAW AND LAW OF SUCCESSIONS 85

SRĐAN ŠARKIĆ
RECEPCIJA AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA U SRBIJI 95

MIRO GARDAŠ
SUDBENE REFORME U SLAVONIJI U DRUGOJ POLOVINI XIX. STOLJEĆA 105

IVAN BALTA
NAGODBENO USTROJSTVO AUSTRO-UGARSKE I RECEPCIJA AUSTRIJSKOG OPĆEG GRAĐANSKOG PRAVA 115

EMILIJA STANKOVIĆ
AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK KAO IZVORNIK SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA..... 129

JOSIP VRBOŠIĆ
OSNOVNE NAPOMENE O PRILIKAMA U KRALJEVINI HRVATSKOJ, SLAVONIJI I DALMACIJI U VRIJEME STUPANJA NA SNAGU OPĆEG AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA..... 137

JOŠKO PAVKOVIĆ
M. M. SPERANSKI I KODIFIKACIJA RUSKOG PRAVA U 19. STOLJEĆU..... 143

EDIN MUTAPČIĆ
AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK I NJEGOVA PRIMJENA U BOSNI I HERCEGOVINI POSLIJE 1918. GODINE..... 153

UTJECAJ AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA NA MODERNO ZAKONODAVSTVO

ANITA DURAKOVIĆ
UREĐENJE RODITELJSKOG STARANJA U ABGB-U, UZ OSVRT NA ODLUKU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETU SPORER PROTIV AUSTRIJE OD 3. 2. 2011. GODINE (APPL. 3537/02) 173

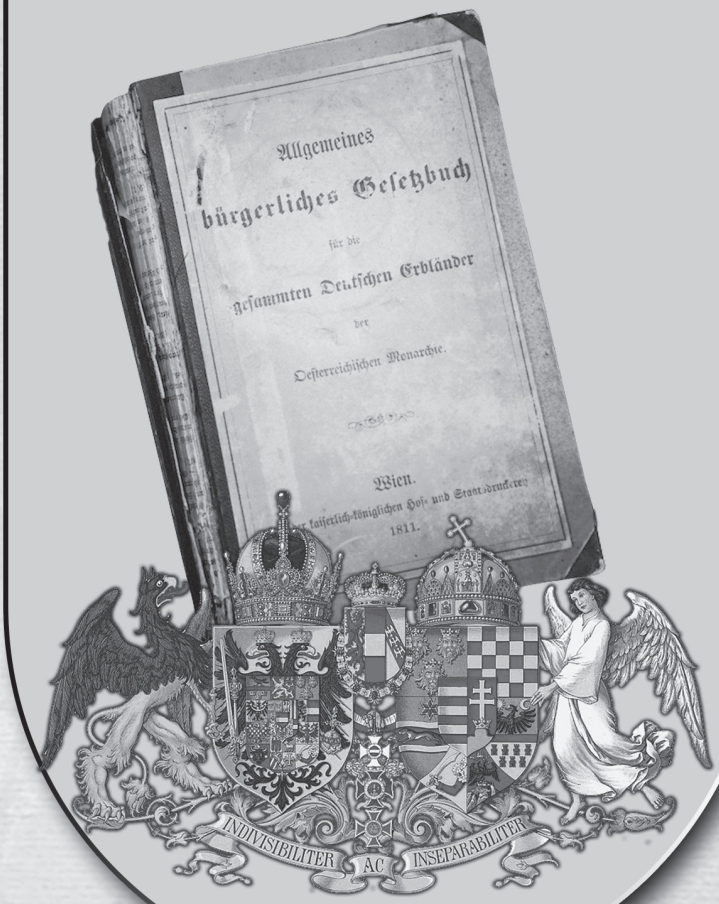
MAJA ČOLAKOVIĆ
UTJECAJ RJEŠENJA AUSTRIJSKOG OPĆEG GRAĐANSKOG ZAKONIKA NA REGULACIJU PRAVNOG STATUSA MALOLJETNIH OSOBA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM GRAĐANSKOM PRAVU 187

IVAN BELAJ
SANJA GONGETA
UGOVOR O DAROVANJU – OGZ KAO TEMELJ NOVOG ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA..... 203

ANITA PETROVIĆ
TENDENCIJA KODIFICIRANJA PRIVATNOG PRAVA NA RAZINI EUROPSKE UNIJE I REFLEKSIJE NA ZAKONODAVSTVA DRŽAVA-ČLANICA..... 219

SELMA NOVALIJA
UTICAJ PRIMJENE METODA AMORTIZACIJE STALNIH MATERIJALNIH SREDSTAVA NA USPJEŠNOST POSLOVANJA..... 237

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK I DRUGE KODIFIKACIJE XIX STOLJEĆA



UNIVERZITET U TUZLI
Pravni fakultet

SVEUČILIŠTE JOSIPA JURJA STROSSMAYERA U OSIJEKU
Pravni fakultet

Doc. dr. Dževad Drino, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici
ass. Adnana Šabani, dipl. iur., Pravni fakultet u Kiseljaku

RIMSKOPRAVNI TEMELJI AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA (ABGB)

Austrijski građanski zakonik imao je tri izvora nadahnuća;[1] prirodno pravo je uzeto kao vodilja ali sa jasnim rimskopravnim temeljima,dok su dva sporedna izvora-filozofija Emanuela Kanta i tzv."pokrajinska prava zemalja habsburške krune",predmet osporavanja i danas u raspravama mnogih pravnih teoretičara i povjesničara.[2] Rimskopravni temelji su vidljivi u bogatstvu fonda pravnih normi,u podjeli i pojmovnom razgraničenju,a pogotovo u upotrebi brojnih instituta,deviza i sentenci recipiranoga rimskog prava koje se na Univerziteta u Beču predaje od 1494. godine, kada je venecijanski humanist Hieronymus Balbus postavljen kao prvi nastavnik rimskoga prava. Kao voditelj redakcione komisije, nakon Karl Antona von Martinija (1726-1800), najuticajnija ličnost pri donošenju Zakonika jeste svakako Franz Anton Edler von Zeiller (Cajler) (1751-1828.),[3] koji je uradio praktični kompromis između rimskog prava kao izraza nepromjenljivih načela razuma i posebnih zahtjeva države, što je vidljivo iz samih odredaba Zakonika. On je pod Kantovim uticajem krenuo od odvojenosti prava i morala, napustio je staru postavku da se sistem nekih općepriznatih moralnih načela može proglasiti zakonom,te se u svom prijedlogu Zakonika ograničio samo na pravo. Ovaj Martinijev učenik, pa i rektor bečkog Univerziteta od 1803 do 1807.godine, načinio je jasan kompromis između rimskog prava kao izraza nepromijenjljivih načela razuma i posebnih zahtjeva države.

U Zakoniku su jasni uplivi prirodnog prava,kojega Ulpijan definiše kao „onim što je sama priroda poučila sva živa bića. Ono nije isključivo svojstveno ljudskom rodu no i svim živim stvorenjima koja su rođena u vazduhu, na zemlji i u moru"[4]. Justinijan ga navodi kao apsolutno i nepromjenjivo pravo za sve narode i sva vremena,što je uticaj stoičkog učenja ali i kršćanske koncepcije.[5]Razvitkom škole prirodnog prava u 17.stoljeću,njen uticaj je vidljiv na mnogim građanskim kodifikacijama krajem 18. I početkom 19.stoljeća. Kao vodeći zastupnik prirodnog prava u Austriji, von Martini, u svom djelu „Znanstveni pojam prirodnog i državnog prava i prava naroda", izdatog u Beču 1779. godine, piše slijedeće:

1 Profesor Karčić navodi dva izvora (rimsko i prirodno pravo), vidi u Karčić,F., *Moderne pravne kodifikacije*, Sarajevo 2006., 44.

2 Zvaničan naslov je „*Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch fur die deutschen Erblander*"-skraćeno ABGB.

3 Konsultovati bogat zbornik radova: Joseph F.Desput-Gernot Kocher(Hrsg.), *Franzz von Zeiller, Symposium der Rechtswiss*,Graz 2003.

4 *Institutiones Iustiniani*, Biblioteka Latina et Graeca, knj.XXVII, prevod, uvod i komentar A. Romac, Zagreb 1994., 33.

5 *Ibidem*; ideja o prirodnom pravu preuzeta je iz grčke filozofije, rimskim pravnicima klasičnog perioda shvatanje da o pravu koje bi važilo za sva živa bića bilo je strano - npr. Hermogenianus, D.1.5.2.

„Rimsko pravo sastoji se najvećim dijelom iz prirodnih zakona. Sve zabune mogu se izbjeći ako se njegovi nedostaci popune prema njima,a njegova nejasna mjesta pojasne po njima. Mnogi rimski zakoni su povrh toga samovoljni ili posve protiv razuma. Već nas i sam nauk prirodnog prava uči razlikovati samovoljne zakone od onih nužnih,a one protivne razumu popravljati.“[6]

U Austriji, sa njezinim nadaleko rasutim teritorijama od kojih je svaki imao svoju upravu i jurisdikciju,proces unifikacije prava započeo je-ne sa Marijom Terezijom, kako se često ističe-nego od njenog prethodnika Karla VI. Njemu pripisujemo ujednačavanje zakonskog nasljednog prava zasnovanog na justinijanovom pravu, donošenjem „Novog reda nasljednog prava izvan oporuke“,koje je između 1727. godine i 1747. godine stupilo na snagu u Gornjoj i Donjoj Austriji. U doba njegove nasljednice Marije Terezije urađen je „Codex Theresianus“, 1753. odnosno 1766. godine, kao vidljiv kompromis između različitih i tradicionalnih prava pojedinih teritorija i amalgama običajnopravnih i rimskopravnih elemenata, koji su kroz 8367 paragrafa raspoređeni po kategorijama rimskog prava.[7]

Austrijski građanski zakonik je u Bosni i Hercegovini prvo primjenjivan na one austrijske državljane koji su živjeli u „turskim zemljama“, od 29. januara 1855. godine, a od okupacije 1878. godine počela je njegova općenita primjena na ovim područjima. Donošenjem tzv. „ratnih novela“ iz 1914., 1915. i 1916. godine on je recepcijom nekih propisa iz njemačkog građanskog zakonika od 1896. godine, doživio korijenite promjene, ali je za Hrvatsku i Bosnu i Hercegovinu ostao i dalje u važnosti nenovelirani tekst zakonika. Original zakonika je nastao naravno na njemačkom jeziku, koji je po patentu od 1. juna 1811. godine, ostao i poslije jedini mjerodavan za njegovu autentičnost, dok su prvi prijevodi rađeni:

-Na srpskom jeziku prvi je prijevod Božidara Petranovića iz 1849. godine, te kasnije dr. Dragoljuba Aranđelovića iz 1906. godine, odnosno 1921. godine.[8]

- Prvi prijevod na hrvatski jezik urađen je 1853. godine u izdanju Dvorske i državne štamparije u Beču, dok su kasniji prijevodi iz 1855, 1899. godine i posljednji iz 1918. godine .[9]

I

U uvodnom patentu od 1. juna 1811. godine kojim je Austrijski građanski zakonik uveden u život u njemačkim pokrajinama austrijske carevine sa 1. januarom 1812. godine, car Franz II (1792-1835.), naglašava:

„Još od našeg stupanja na prijesto mi smo se neprestano starali o tome da se na kraju privede još od naših predaka poduzeti sustav potpunog domaćeg građanskog zakonika, pošto smatramo da građanski zakoni, ako se hoće da se građanima ulije vjera u osigurano uživanje njihovih privatnih prava, treba da budu ne samo u skladu sa općim načelima pravde, već i da su određeni prema

6 Navedeno prema: Zeiller, F., *Das naturliche Privat-Recht*,Wien 1819. g.,73.

7 Šarkić,S., *Opšta istorija države i prava*, Beograd 2008., 253.

8 *Austrijski građanski zakonik*, preveo dr. Dragoljub Aranđelović, Nova štamparija - Davidović, Beograd, 1906. godine.

9 *Austrijski građanski zakoni*, predgovor M. Vuković, Zagreb, 1948.

naročitim prilikama stanovnika, da su objavljeni na jeziku koji im je poznat i da se urešenom zbirkom održavaju u trajnom sjećanju".[10]

U uvodnom dijelu - „O zakonima uopće", paragrafi 1-14., uz definicije su sadržana i načela publiciteta te početak djelovanja zakona-EFFICACIA LEGE, opseg zakona te pojašnjenje pravne i poslovne sposobnosti. Zakonik stavlja analogiju između pravila o interpretaciji te u parafu 7. govori o načelima „prava naravskoga", dok u pogledu trajanja zakona isključuje djelovanje dvaju ranije vladajućih načela: 1.CESSANTE RATIONE CESSANT LEX IPSA , i 2.DESUETUDO LEGIS.

U prvom dijelu - o pravu osoba, u paragrafu 16. , sadržana je odrednica da svaki čovjek ima prirođenih prava koje se poznaju samim razumom, što je i odraz intelektualne klime toga doba u kojoj je moderno pravo značilo isto što i prirodno pravo. Zakonik utvrđuje zabranu samopomoći-PROPRIA AUCTORITATIS, prihvaća teoriju nasciturusa, dok je poseban stav prema pravnim licima-ona nemaju poslovne sposobnosti i zato su predstavljena po upravitelju, punovlasniku i zastupniku.

U drugom dijelu koji je posvećen stvarnom pravu Zakonik poznaje podjelu na tjelesne i netjelesne stvari, stvari i prometu i van prometa, potrošne i nepotrošne ali uvodi i kategoriju procjenljivih i neprocjenjivih stvari. U paragrafu 207. utvrđuje se primjena načela SUPERFICIES SOLO CEDIT, dok se cijena utvrđuje kao obična i redovna te izvanredna i cijena „osobite naklonosti". U zakoniku je primijenjena rimska ili subjektivna koncepcija posjeda, poput Francuskog građanskog zakonika, stiče se originarnim i derivatnim načinom, i tek kada je H. Hahn u XVII stoljeću uvrstio posjed u stvarna prava, pod njegovim uticajem i ABGB, dok Njemački građanski zakonik BGB pod imenom posjed produžava život srednjovjekovnoj instituciji GEWARE i obnavlja Savinjijevu tezu da je posjed istovremeno i činjenica i pravo.[11] Francuski građanski zakonik je u čl.2228 najbliži rimskopravnom shvaćanju posjeda, dok je ABGB pod uticajem rimskog pandektnog prava, ali i shvaćanja koja su istaknuta prvo u kanonskom pravu a kasnije razrađena u feudalnoj praksi. Posjed je zakonit-POSESSIO IUSTA ili nezakonit-POSSESSIO INIUSTA, BONA ili MALE FIDEI, pasivno legitimisana osoba za reivindikaciju je svako ko ima faktičku vlast na spornoj stvari, pa čak i obični detentor, što je vjerni slijed kasnoklasičnog Ulpijanovog stava izraženog u Digestama, knjiga 6. imenovanje prethodnika - NOMINATIO AUCTORIS, LAUDATIO AUCTORIS je određeno paragrafom 375. i zasnovano je na poznatoj konstituciji cara Konstantina iz 331. godine. Zadržavajući rimsko shvatanje posjeda, zakonik je pomoću posjeda prava - omogućio proširenje posjedovne zaštite na cijeli niz lica koja u rimskom pravu nisu smatrana posjednicima, niti ih je pretor štitio putem interdikata. Mada su principi za zaštitu posjeda dati u Zakoniku (paragrafi 339-348.), specijalne odredbe za postupak u parnicama nalaze se u Zakonu o građanskom postupku,i u suštini preuzima rimske tužbe za zaštitu posjeda.

---

10 Franz II je i posljednji car Svetog rimskog carstva (poznat i kao Franjo I) -citat iz uvoda o proglašenju ABGB

11 Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) je utemeljitelj njemačke historijske škole, njen manifest je bio polemički spis pod naslovom „O pozivu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj znanosti", objavljen 1814. godine. Ipak, najznačajnije je njegovo monumentalno djelo „Die Geschichte des romischen Rechts im Mittelalter" (Povijest rimskoga prava u srednjem vijeku).

Vlasništvo je paragrafom 353. određeno u objektivnom smislu na bazi pripadanja - IN BONIS ESSE, te u paragrafu 354. -u subjektivnom pogledu, dok je razdioba na potpuno i nepotpuno vlasništvo očiti relikt feudalnog prava.[12] Zakonik poznaje rimskopravna ograničenja vlasništva u društvenom i privatno, susjedovnom interesu, koja su dograđena Novelom iz 1916. godine, razlikuje originarni i derivatni način sticanja, razrađuje založno pravo u poglavlju 6, a u poglavlju sedam služnosti. Zakonik u paragrafu 1060. precizno utvrdjuje primjenu Justinijanove, tačnije Dioklecijanove ustanove LAESIO ENORMIS, koju je prihvatio i Napoleonov kodeks. Sticanje putem redovne dosjelosti ili uzukapije - paragraf 1460, podudara se s pretpostavkama nabrojenim u poznatom glosatorskom heksametru, stvorenom na temelju klasičnih rimskih izvora - RES HABILIS, TITULUS, FIDES, POSSESSIO, TEMPUS. Načelo kauzalne tradicije kod derivatnog sticanja je prihvaćeno, ali sa korjenima u shvatanjima klasične rimske jurisprudencije, ABGB je preuzeo romanističko učenje kao i postavku o kauzalnoj naravi tradicije, pa Marko Petrak skreće pažnju da je isto prihvatio i najmlađi evropski građanski zakonik - Nizozemski iz 1992. godine i time nastavio nit pravnog shvatanja tradicije iz klasičnog rimskog prava, dok je npr., njemački građanski zakonik je ostao kod načela apstraktne tradicije![13] Zakonik razrađuje rimsko pravno načelo neretroaktivne primjene cjelokupnog privatnog prava, isto kao i Francuski građanski zakonik u članu 2. ortakluk je paragrafom 1175 definiran kao društvo za zajedničko sticanje nastalo ugovorom kojim dvije ili više osoba pristaju na to da ulože svoj trud ili svoje stvari radi zajedničke koristi - iste rimskopravne definicije su i u čl. 705 Njemačkog građanskog zakonika, u članu 530. Švicarskog obligacionog zakonika, članu 1832. Francuskog i članu 2247 . Talijanskog Građanskog Zakonika. Klauzulu REBUS SIC STANTIBUS ne prihvataju Francuski, Austrijski i stari Njemački Građanski Zakonik (BGB), ali današnji reformisani zakonici listom prihvataju - dok novi BGB reformisan 2002. godine prihvata.[14]

II

Zaključujući ovo saopćenje moramo istaći da je ABGB svakako jedan od temeljnih vrijednosti moderne evropske pravne kulture, kako po svojim karakteristikama, tako i po svom golemom uticaju. On je svakako ključna odrednica stvaranja moderne hrvatske ali najvećim dijelom i srpske i bosanskohercegovačke pravne kulture, njegov uticaj je zadržan i nakon ukidanja posredstvom pravnog obrazovanja, doktrine ali i pravne prakse. Njegov uticaj na razumijevanje pravnog razvitka na bosanskohercegovačkom pravnom području je zanemarivan, a znatno više naglašavani uticaji posebno drugih tradicijskih elemenata pravnih sistema nastalih na bazi religijskih odrednica, pa je i svrha ovoga rada, ukazivanjem na rimskopravnu zasnovanost, analizirati procese čiji se tragovi pružaju do naših vremena. Kada to kažemo mislimo na uticaje Tripartita - zbornika ugarskog prava na

12 Gams, A., *Svojina*, Beograd, 1987., 57.

13 *Liber amicorum N.Gavela - građansko pravo u razvoju*, Pravni fakultet, Zagreb, 2008.

14 Menger, C. F., *Deutsche Verfaassungsgeschichte der Neuzeit*, Heidelberg, 1990., 72-101.

pojedina područja srednjovjekovne Bosne,[15]pa je uz primjenu ABGB došlo i do izgradnje niza bosanskohercegovačkih zakona (rudarskog, gruntovničkog, trgovačkog, mjeničnog, itd.), sve do donošenja prvog modernog BIH ustava -Zemaljskog štatuta iz 1910. godine. Ovime Bosna i Hercegovina svjesno ulazi u ono što se naziva legalizmom,što i faktički razdvaja evropske civilizacije od ostalih kultura, pogotovo onih gdje je pravni sistem emaniran iz društvene etike, kao npr. Kina, ili nekih svetih tekstova - primjerice judaizma i islama.

Ostat će svakako zapisano da je Pravni fakultet u Tuzli organizovao naučne skupove u povodu ovih najznačajnijih jubileja moderne pravne misli BIH - Zemaljskog štatuta iz 1910. godine, i Austrijskog građanskog zakonika,na čemu smo im svakako svi zahvalni.[16]

15 O ulozi Tripartita i njegovom uticaju na srednjovjekovno bosansko pravo vidi u: Drino ,Dž., *Elementi rimskog prava u trgovačkom i rudarskom pravu srednjovjekovne Bosne*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 49-55.

16 Zbornik radova sa naučnog skupa "*Ustavno-pravni razvoj Bosne i Hercegovine (1910 - 2010.)*,ur. E. Mutapčić, Tuzla 2011. godine.

Dževad Drino, (U prvom planu u obilasku Grada)

Adnana Šabani

Prof. dr. sc. Mirela Šarac, red. prof. Pravni fakultet Univerziteta u Splitu
Marlon Macanović, mag. iur.
Tina Miletić, mag. iur.

UTJECAJ RIMSKOG PRAVA NA RJEŠENJA AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA I ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA REPUBLIKE HRVATSKE U NEKIM ASPEKTIMA UGOVORNIH ODNOSA

Summary

The influence of Roman law on the solutions of ABGB and ZOO RH in some aspects of the contractual relationships

The autors in the article give a comparative overview of the solutions concerning the problemacy of the objective initial impossibility of contracts. The large variety of situations of legal and physical impossibility in Roman law and its legal consequences have been discussed in the first part of the article. The famous Roman principle inpossibilium nulla obligatio is echoed in modern legal systems of Republic of Austria and Republic of Croatia: „What is downright impossible, cannot be the object of a valid contract". The second part of this article deals with the rules of the ABGB and ZOO RH, especially with §§ 878 – 880, 914, 920, 932, 1323 and 1447 of the ABGB, also the articles 47, 103 and 354 ZOO RH. The initial objective and subjective impossibility as well as the different cases of the initial legal and physical impossibility have been presented and analysed.

Key words: ***the objective initial impossibility, contract, Roman law, ABGB, ZOO RH***

Sažetak

U članku se daje usporednopravni prikaz rješenja koja se odnose na pitanje početne objektivne nemogućnosti ispunjenja ugovora. U prvom dijelu rada analizirani su stavovi rimskih pravnika o različitim slučajevima pravne i fizičke nemogućnosti, te njihove posljedice. Poznato rimsko načelo inpossibilium nulla obligatio vrijedi i u pozitivnom pravu Republike Austrije i Republike Hrvatske: ono što je nemoguće, ne može biti predmetom valjanog ugovora; o odgovarajućim zakonskim rješenjima govori se u drugom dijelu članka. Težište je na analizi paragrafa 878 - 880, 914, 920, 932, 1323. i 1447. ABGB, te članaka 47, 103. i 354. ZOO RH u kojima se razmatraju pitanja objektivne i subjektivne, te pravne i fizičke početne objektivne nemogućnosti činidbe u vrijeme zaključenja pravnog posla.

Ključne riječi: ***početna objektivna nemogućnost, ugovor, rimsko pravo, ABGB, ZOO RH***

I. Uvod

Jedna od osnovnih pretpostavki za valjanost obveze jest da činidba mora biti fizički i pravno moguća, što izražava poznato načelo inpossibilium nulla obligatio: nitko se ne može obvezati na nemoguće, koje je zabilježio Celzo u D.50.17.185. Pri tome treba razmotriti dvojaki aspekt (ne)mogućnosti ispunjenja. Ako je obećana činidba već u momentu zaključenja ugovora bila nemoguća, radi se o prvobitnoj ili početnoj nemogućnosti. Upravo je taj vid nemogućnosti predmetom ovoga rada. U slučaju početne objektivne nemogućnosti uopće ne dolazi do pravno valjanog nastanka ugovora jer nedostaje bitni uvjet – valjan predmet, što ima za posljedicu ništavost pravnog posla. Naknadna nemogućnost spada u područje smetnji ispunjenja ugovora. Kada se govori o mogućnosti ispunjenja obveze, treba odgovoriti na pitanje, mora li ugovor koji ima za predmet nemoguću činidbu biti ništav, odnosno, što je bila posljedica nemogućnosti ispunjenja ugovornog odnosa.

II. Početna objektivna nemogućnost ispunjenja u rimskom pravu

Pravilo iz Celzova teksta u rimskom se pravu[1] odnosi samo na slučajeve u kojima je izvršenje bilo objektivno nemoguće.[2] Ako bi se netko obvezao na nešto što nije u mogućnosti ispuniti, ali je to drugome moguće, obveza nije ništava.[3] Objektivna početna nemogućnost obuhvaća raznovrsne situacije i slučajeve, a u rimskim vrelima kao primjeri najčešće se navode slučajevi u kojima predmet ugovora uopće ne može postojati (stipulacija kentaura), ili predmet ugovora nije više in rerum natura (obveza predaje roba koji je bio već mrtav, prodaja kuće koja je potpuno izgorjela), ili je stvar bila extra commercium (res sacra, religiosa, publica). Svi se ti slučajevi u rimskom pravu odnose ili na stipulaciju,

1 Premda na prvi pogled jednostavno, navedeno načelo izaziva brojne dvojbe i kontroverze. Opširnije o načelu *inpossibilium nulla obligatio* u rimskom pravu vidi: G.3.97-99; D.50.17.185; D.18.1.4-6; D.18.1.22-24; D.18.1.62.1; D.18.1.57; D.21.2.31; D.44.7.1.9; D.45.1.83.5; D.45.1.137.4-5; D.45.1.141.4; I.3.15.5; I.3.19.1; I.3.23.5; C.8.37(38)15; PS 5.7.4; F. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Beiträge zum Obligationsrecht. Erste Abtheilung, Braunschweig, 1853; E. Rabel, Origine de la règle: "Impossibilium nulla obligatio", Mélanges Gérardin, Paris, 1907, 473; D. Medicus, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht, ZSS 86 (1969), 67; Ch. Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln/Wien, 1970; F. Peters, Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf, Festschrift für Max Kaser für 70. Geburtstag, München, 1976, 285; T. Arp, Anfängliche Unmöglichkeit. Zum Verständnis von § 306 BGB, Paderborn /München /Wien/Zürich, 1988; R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town/Weton/Johannesburg, 1990, 686; F. Cuena Boy, Estudios sobre la imposibilidad de la prestacion. La imposibilidad juridica, Valladolid, 1992; M. Šarac, „Inpossibilium nulla obligatio", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 39, br. 3-4 (67-68), Split 2002, 431.

2 Mommsen, nav. dj., 5; B. Windscheid/Th. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Frankfurt, 1906., § 264, 1.

3 D.45.1.137.5 (*Ven*. 1 *stip.*)

ili na konsenzualnu kupoprodaju. Celzova tvrdnja odnosila se u klasičnom pravu na slučajeve u kojima je zbog pogrešne procjene ili neznanja stranaka ugovor od početka bio neostvariv jer je bio proturječan, bez smisla, svrhe ili predmeta.[4]

Bez obzira radi li se o fizičkoj ili pravnoj nemogućnosti izvršenja činidbe, treba odgovoriti na vrlo složeno pitanje, može li vjerovnik, koji je pretrpio štetu zbog ništavosti obveze, koju je u dobroj vjeri držao valjanom, zahtijevati obeštećenje, odnosno naknadu bilo pozitivnog, bilo negativnog interesa, tj. hoće li tužbenim zahtjevom biti obuhvaćena cjelokupna šteta nastala uslijed neizvršenja ugovora, ili će on biti ograničen na troškove koje je oštećena strana imala zbog zaključenja ništavog ugovora i štetu proisteklu iz činjenice što nije zaključila drugi valjani ugovor. Dok je starije rimsko pravo u načelu negativno odgovaralo na ovo pitanje, novije je pravo priteklo u pomoć prevarenom vjerovniku, posebice u području kontrakata bonae fidei, a donekle i u području kontrakata stricti iuris.[5]

Na osnovi relevantnih tekstova moglo bi se zaključiti da se termin "impossibilis" u rimskom pravu upotrebljava ne samo da bi njime bilo označeno ono što je nemoguće u užem smislu, ono što se ne može dogoditi in rerum natura nego i u prenesenom smislu, da bi se označilo ono što je besmisleno, apsurdno, bez sadržaja i predmeta i ono čemu su u praksi postavljene nepremostive prepreke. Celzo je u svom poznatom tekstu D.50.17.185 mislio reći da se ugovori upravljeni na besmisleno, nemoguće, čiji je sadržaj proturječan ili bespredmetan, uopće ne mogu ni zamisliti kao ugovori i otuda ne proizvode nikakvu obvezu.

Rimski pravnici razmatrali su slučajeve početne objektivne nemogućnosti s obzirom na stipulaciju i ugovor o kupoprodaji.

Stipulacija je kontrakt stricti iuris, za čiju je zaštitu, ako se radilo o stipulatio certa, bila predviđena condictio (certae rei). Na osnovi formule[6] je očito da kondemnacija pretpostavlja da tuženik mora predati dugovanu stvar ili njenu procijenjenu vrijednost, u skladu s načelom formularnog postupka o condemnatio pecuniaria. Ali, što se događa u slučaju kada dugovana stvar više nije postojala u vrijeme zaključenja kontrakta, ili ako nije moguće procijeniti

---

4 Zimmermann, nav. dj., 689.

5 P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1911, 444-445; M. Kaser, Das römische Privatrecht I, München 1971, 489-490, 549, n. 42; E. Betti, La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi, Napoli, 1955., 31; Cuena Boy, nav.dj., 10-13; P. Voci, Le obbligazioni romanae. Il contenuto dell'obligatio, I, 1, Milan 1969, 126; G. Grosso, Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche, Turin 1966, 40; F. Pringsheim, The inner relationship between English and Roman Law, The Cambridge Law Journal 5 (1935) = Gesammelte Abhandlungen I, Heidelberg 1961, 87; Medicus, nav.dj, 94; R. Feenstra, "Impossibilitas" and "Clausula rebus sic stantibus". Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius, u Daube Noster. Essays in legal history for David Daube, Edinburgh/London 1974, 79; Wollschläger nav. dj., 7, 13, 15. Polazeći od razvitka rimske kupoprodaje Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II, Berlin 1853, 290. i Dernburg, Pandekten II, Obligationenrecht, Berlin 1903, § 16, n.13. smatraju da u slučaju obveze na nemoguće, ugovor ostaje valjan i da je dužnik obvezan naknaditi cjelokupnu štetu koju vjerovnik trpi zbog neizvršenja kontrakta.

6 *Si paret N^m N^m A^o A^o hominem Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o condemnato, si non paret absolvito.*

njenu vrijednost? Gaj,[7] Paul,[8] Celzo[9], Venulej[10] i Justinijanovi kompilatori[11] drže očitim da je nevažeća stipulacija kojom bi se netko obvezao predati slobodna čovjeka, neprijateljsko zemljište, mrtvog roba za kojeg je vjerovao da je živ, ili neku sakralnu stvar ili nečiji grob, bez obzira što je mislio da mogu biti u pravnom prometu, ili je nevažeća npr. obveza sklopljena u Rimu, prema kojoj je dužnik još istog dana trebao vratiti dug u Kartagi, što u ondašnjim prilikama nije bilo moguće.[12] Paul naglašava da predmet prodaje i stipulacije ne može

7 G.3.97: *Si id quod dari stipulamur sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.* (Ako je ono što smo se obvezali dati takvo da se ne može dati, nevažeća je stipulacija, kao kada je netko obećao slobodnog čovjeka, vjerujući da je rob, ili nekog mrtvog, za koga je vjerovao da je živ, ili neku sakralnu ili religijsku stvar, za koju je mislio da može biti u pravnom prometu.) Iz teksta G.3.97 je očito da je nevažeća stipulacija kojom bi se netko obvezao predati slobodna čovjeka, mrtvog roba za kojeg je vjerovao da je živ, ili neku sakralnu stvar ili nečiji grob, bez obzira što je mislio da mogu biti u pravnom prometu. Kao primjer za *res quae in rerum natura esse non potest* u literaturi se najčešće navodi stipuliranje kentaura, mitskog bića koje nije nikada postojalo, niti može postojati i kojim se najočitije izražava ideja o nemogućnosti ispunjenja činidbe. G.3.97a: *Item si quis rem quae in rerum natura esse non potest, velut hippocentaurum, stipuletur, aeque inutilis est stipulatio*. (Isto tako je nevažeća stipulacija kojom se netko obveže na nešto što po prirodi stvari ne može postojati, kao što je kentaur.)

8 D.45.1.126.3 (*Paul*. 3 *quaest*.) i Justinijanove Institucije 3.19.1.

9 D.45.1.97pr. (*Celsus* 26 *dig*.)

10 Najviše obrađivani tekst koji se odnosi na nemogućnost ispunjenja obveze preuzete stipulacijom je Venulejev tekst D.45.1.137.4-5 (1 *stip*.): *Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit, quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: ut sic non multum referre videatur "Ephesi daturum se", an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat; nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* 5. *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, iure factam obligationem Sabinus scribit.* (Za istražiti je pak, mora li onaj, koji se obvezao platiti stotinu, platiti odmah, ili se ispunjenje obveze odgađa dok pribavi novac. Što se, dakle, dešava ako nema novac kod kuće, a ne nađe zajmodavca? Pitanje se ne odnosi na postojanje pravne zapreke nego prije na platežnu sposobnost. Platežna sposobnost odnosi se na prednost ili nedostatak osobe koja se obvezala, a ne na sadržaj obećanog. Dalje, ako se netko obvezao predati u vlasništvo Stiha, trebali bismo ispitati gdje je Stih: tako da se ne bi mogla praviti velika razlika, obećaje li netko prenijeti vlasništvo u Efesu, ili obećaje, dok je u Rimu, prenijeti vlasništvo, koje je u stvari u Efesu? Dakle, također se ovo odnosi na mogućnost izvršenja dužnika, zato što je kod novca i kod Stiha zajedničko ono da dužnik u vrijeme obećanja ne može ispuniti obvezu. Općenito, teškoće ispunjenja opterećuju promisora, a ne sprečavaju stipulatora utjerivati dug; inače bismo mogli početi govoriti da onaj, tko se obvezao prenijeti vlasništvo tuđeg roba, nije u mogućnosti predati ga ako ga vlasnik odbija predati. 5. Ako mi je netko nešto obećao, što samo taj ne može ispuniti, dok je to nekom drugom moguće, onda je, kako Sabin piše, obveza valjano zasnovana.)

11 I. 3.19.1.

12 I.3.15.5: *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti 'Carthagine dare spondes?' quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis ita Romae stipuletur 'hodie Carthagine dare spondes?' inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio*. (U stipulaciji se može predvidjeti i mjesto ispun-

biti slobodan čovjek, pa ni uz uvjet ako bi taj čovjek postao rob u budućnosti. Takav ugovor ne može se smatrati ugovorom o budućim stvarima, koje će biti dopuštene, već se promatra kao nemoralan i besmislen.[13]

Venulej se poziva na Sabinovo mišljenje koji kaže da kada samo dužnik ne može ispuniti preuzetu obvezu, ali je to drugima moguće, dužnik i dalje ostaje obvezan. Iz Sabinovog navoda izvedeno je prošireno shvaćanje prema kojem u slučaju ako nitko ne može ispuniti obvezu, ispunjenje je apsolutno nemoguće, pa se prema tome smatra da obveza ne postoji. To se mišljenje shvaća i kao dokaz razlike između "objektivne" i "subjektivne" nemogućnosti.[14]

U nekim slučajevima rimski su pravnici vezivali ništavost stipulacije za neznanje stranaka o bitnim elementima kontrakta. Stranke nisu znale da je stipulirana osoba slobodan čovjek, da je rob već bio mrtav, da je kuća izgorjela, ili predmet ne može biti predan jer se radi o res sacra ili res religiosa. Očito je da je u navedenim slučajevima ništavost stipulacije posljedica nemogućnosti izvršenja činidbe.[15]

Ako je dužnik zaključio stipulaciju s namjerom da prevari vjerovnika, od razdoblja kasne Republike vjerovniku je bila dopuštena actio de dolo, o čemu govori tekst Paulovih Sentencija. 5.7.4. u kojem se razmatraju clausula doli i perpetuatio obligationis. Clausula doli veže se s institutom perpetuatio obligationis koji se spominje na početku teksta iz čega bi se moglo zaključiti da je institut perpetuatio obligationis nastao kao posljedica primjene klauzule doli. Iz teksta se može zaključiti da se perpetuatio obligationis primjenjuje u slučaju naknadne nemogućnosti ispunjenja obveze preuzete stipulacijom, dok se clausula doli odnosi ne samo na naknadno uništenje predmeta obveze nego i na uništenje do kojeg je došlo prije sklapanja stipulacije. Dakle, ukoliko je dužnik obećanu stvar uništio prije sklopljene stipulacije, onda je već njegovo obećanje (promissio) dolozno.[16]

---

jenja, npr.: "Obećaješ li platiti u Kartagi?" Premda izgleda da je sklopljena čista stipulacija, ipak vrijeme ispunjenja treba tako dugo odgoditi koliko je dužniku potrebno da bi donio novac za isplatu u Kartagu. I opet, ako bi netko ugovorio u Rimu: "Obvezuješ li se, još danas u Kartagi platiti?", onda je stipulacija nevaljana jer je obećanje nemoguće.) prijevod: A. Romac, Justinijan. Institucije, Latina et Graeca, Zagreb 1994, 349.

13 PS 5.1.1: . . . *homo enim liber nullo pretio aestimatur*. D.50.17.106 (*Paul.* 2 *ed.*): *Libertas inaestimabilis res est.* U tekstu D.18.1.34.2 kaže se izričito da se prodaja i stipulacija slobodnog čovjeka, uz uvjet *cum servus erit* smatra nevaljanom. D.18.1.34.2 (*Paul.* 33 *ad ed.*): *Liberum hominem scientes emere non possumus. Sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: 'Cum servus erit', quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare*. (Ne možemo znajući kupiti slobodnog čovjeka. Ali i kupnja ili stipulacija tipa: "Ako bude rob" je nedopuštena, premda smo rekli da se buduće stvari mogu kupiti, niti se pristoji takav slučaj očekivati.)

14 Mommsen, nav. dj., § 1, 5; Medicus, nav. dj., 84; Grosso, nav. dj., 45; drukčije, Arp, nav. dj., 76.

15 D.44.7.1.9 (*Gai.* 2 *aur.*) Neki autori smatraju da je ništavost stipulacije posljedica činjenice da nije moguće procijeniti vrijednost dugovanog predmeta. Vidi: Medicus, nav. dj., 79; drukčije, Arp, nav. dj., 100.

16 PS 5.7.4: *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perine agi ex stipulatu potest ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur, maxime si in dolum quoque eius concepta fuerit stipulatio*. (Ako uslijed djelovanja (propusta) dužnika propadne stvar koja je bila predmet stipulacije, može se tužba iz osnova stipulacije koristiti jednako tako kao da stvar (i dalje) postoji: stoga će dužnik biti osuđen na plaćanje njene cijene (novčane vrijednosti), pogotovo kad je stipulacija bila zaključena s njegovom zlom namjerom. (prijevod: A. Romac, Paulo. Sentencije, Zagreb 1989, 203.)

Pozivajući se na Labeovo mišljenje Ulpijan navodi slučaj kada se netko na temelju stipulacije ili kupnje obvezao predati roba kojeg je namjerno otrovao. Oba pravnika su mišljenja da treba dopustiti actio doli kako bi vjerovniku bila naknađena šteta koju je pretrpio pouzdavajući se u dobru vjeru suugovaratelja.[17]

Na osnovi navedenoga može se zaključiti da se ništavost stipulacije uvijek pretpostavljala kada nije bilo moguće procijeniti realnu vrijednost dugovane činidbe, odnosno kada dugovana stvar in rerum natura esse non potest.

Glavni problem koji se javlja kod kupoprodaje je nemogućnost ispunjenja obveze prodavatelja. Ipak, pošto se radi o sinalagmatičnom naplatnom ugovoru bilo bi pogrešno pojmovno odvajati prodavateljevu i kupčevu obvezu jer se radi o jedinstvenom pravnom aktu emptio-venditio. Kako je klasični materijal vrlo raznolik, uobičajeno je razlikovati više skupina slučajeva koji idu od očito besmislenih i apsurdnih poslova (prodaja Marsova polja[18]), preko takvih koji sadrže više ili manje špekulativne primjese (predmet prodaje je budući partus ancillae,[19] nasljedstvo,[20] potraživanje[21]) do poslova kod kojih je nemogućnost izvršenja iznenada nastupila bilo za jednu bilo za obje stranke (predmet prodaje propao je prije zaključenja ugovora,[22] prodani čovjek bio je homo liber,[23] a zemljište locus religiosus[24]). Na pitanje, kako su rimski pravnici u navedenim slučajevima rješavali problem valjanosti kupoprodaje, te je li kupac mogao zahtijevati naknadu pretrpljene štete u cijelosti, ili barem djelomično, nije moguće dati uprošten i jedinstven odgovor. Pored tekstova koji nedvojbeno govore o ništavosti ugovora,[25] postoje i tekstovi u kojima ništavost ugovora ovisi o kupčevu znanju za nemogućnost ispunjenja,[26] ili o znanju obiju stranaka.[27]

Ako je predmet prodaje propao prije njenog zaključenja, ugovor je ništav jer ne može biti ispunjen već od samog početka. Zbog toga kupac ne može zahtijevati naknadu štete, niti prodavatelj može zahtijevati cijenu.[28]

17 D.4.3.7.3 (*Ulp.* 11 *ad ed.*): *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem: qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit.* (D.4.3.7.3: Ali, ne samo onda kada nikakva druga tužba nije predviđena, nego i onda kada je samo dvojbeno može li se dopustiti neka druga tužba, morala bi biti dopuštena *actio doli*, smatra Labeo i navodi sljedeći slučaj: netko, tko mi je dugovao roba, bilo iz kupnje, bilo iz stipulacije, dao mu je otrov i takvoga ga predao.)

18 D.18.1.6pr. (*Pomp.* 9 *ad Sab.*)

19 D.18.1.8pr. (*Pomp.* 9 *ad Sab.*); D.19.1.21pr. (*Paul.* 33 *ad ed.*)

20 D.18.4.1 (*Pomp.* 9 *ad Sab.*); D.18.4.7 (*Paul.* 14 *ad Plaut.*); D.18.4.9 (*Paul.* 13 *ad ed.*)

21 D.18.4.4 (*Ulp.* 32 *ad ed.*); D.18.4.5 (*Paul.* 33 *ad ed.*)

22 D.18.1.57 (*Paul.* 5 *ad Plaut.*); D.18.1.58 (*Papin.* 10 *quaest.*); D.18.1.15 (*Paul.* 5 *ad Sab.*)

23 D.18.1.4-6pr.; D.18.1.70 (*Lic. Ruf.* 8 *reg.*)

24 D.18.1.4-6pr.; D.18.1.73 (*Papin.* 3 *resp.*); D.18.1.62.1 (*Mod.* 5 *reg.*); I.3.23.5.

25 D.18.4.1; D.18.1.15pr. (*Paul.* 5 *ad Sab.*)

26 D.18.1.4-6pr.; .18.1.15.1 (*Paul.* 5 *ad Sab.*); D.19.1.21pr.; D.18.1.62.1.

27 D.18.1.70 (*Lic. Ruf.* 8 *reg.*)

28 D.18.1.15pr.-1 (*Paul*. 5 *ad Sab*.): *Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. 1. Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.* (I ako je postignut sporazum glede predmeta, ali ovaj propadne prije prodaje, kupnja je nemoguća. 1. Neznanje ide u prilog kupcu, ukoliko on sam nije bio nemaran. D.18.1.8pr. (*Pomp*. 9 *ad Sab*.): *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*. (Ne može se zamisliti ugovor o prodaji bez predmeta.) D.18.1.44 (*Marc*. 3 *reg.*): *Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio*. (Ako je

Druga skupina slučajeva odnosi se na nemogućnost ispunjenja ugovora do koje je došlo iz pravnih razloga.[29]

Na osnovi relevantih tekstova očito je da rimski pravnici nisu kruto primjenjivali pravilo inpossibilium nulla obligatio s obzirom na ugovor o kupoprodaji, nego su, u skladu s općim karakteristikama rimskog prava, različite slučajeve fleksibilno procjenjivali i rješavali u zavisnosti prema konkretnim okolnostima, prvenstveno imajući u vidu može li zaključeni pravni odnos biti osnova za tradiciju, odnosno uzukapiju; je li to dovoljan razlog da se kupca primora platiti cijenu i može li je prodavatelj zadržati, te može li se zahtijevati naknada pretrpljene štete. Zato se rješenja rimskih pravnika kreću od rješenja o potpunoj ništavosti do valjanosti ugovora. Kupnja nepostojećeg potraživanja smatrana je valjanom. U slučaju kupnje nasljedstva koje pripada još živoj ili nepostojećoj osobi, razlikuju se mišljenja klasičnih pravnika. Dok Pomponije takav ugovor smatra nevaljanim, Javolen i Paul su mišljenja da kupac može tražiti natrag plaćeno i zahtijevati naknadu negativnog interesa. Glede ugovora o kupoprodaji koji bi imao za predmet res sacrae, religiosae vel publicae, Justinijanovo pravo odstupa od stava klasičnih pravnika smatrajući takve ugovore valjanim i obvezujući prodavatelja na naknadu štete.[30]

U romanističkoj je znanosti još uvelike sporno pitanje, je li prodavatelj morao i u drugim slučajevima prodaje, u kojima je predmet bila neka res extra commercium, odgovarati izuzev za svoje dolozno ponašanje.[31]

Klasično rimsko pravo smatralo je da početna objektivna nemogućnost ispunjenja kupoprodajnog ugovora ima za posljedicu ništavost ugovora u slučajevima kada je nemogućnost ispunjenja takva da su besmisleni kako primarni učinci tako i svi dodatni zahtjevi koji bi se odnosili na naknadu štete.[32]

---

netko za jedinstvenu cijenu kupio dva roba, od kojih jedan, već prije zaključenja prodaje, umre, ugovor o prodaji ne postoji ni glede drugoga živog roba.)

29 D.18.4.4 (*Ulp.* 32 *ad ed.*); D.18.4.5 (*Paul*. 33 *ad ed.*); D.18.4.1 (*Pomp*. 9 *ad Sab.*); D.18.1.4 (*Pomp.* 9 *ad Sab.*); D.18.1.5 (*Paul.* 5 *ad Sab.*); D.18.1.70 (*Lic. Ruf.* 8 *reg.*); D.18.1.62.1 (*Mod.* 5 *reg.*); D.18.4.7 (*Paul.* 14 *ad Plaut.*); D.18.1.57pr.-3 (*Paul*. 5 *ad Plaut.*)

30 I.3.23.5: *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.* Posvećena mjesta, mjesta (prostor) namijenjena kultu pokojnika, kao i javne prostore (objekte, stvari) kao što je trg i sudnica, ne može kupiti onaj tko zna njihovo svojstvo, ali ako je (kupac) bio prevaren od strane prodavaoca koji je tvrdio da su to privatne stvari, odnosno stvari iz područja privatnog prava, on ima pravo na tužbu iz osnove kupnje zbog toga što stvar nije mogao dobiti – da bi (tako) ostvario naknadu (iznos koristi) koja bi mu pripala da nije bio prevaren. Isto pravilo važi i za slučaj da netko kupi slobodna čovjeka kao da je (on bio) rob. (prijevod: A. Romac, Justinijan. Institucije, Zagreb 1994, 381.)

31 Medicus, nav.dj., 98, n. 110; isti, Id quod interest, 164; Arangio-Ruiz, nav.dj., 131-133; Mommsen, nav.dj., § 13, 118-122; Heldrich, nav.dj., 19; Grosso, nav.dj., 57-62.

32 J. Partsch, Die Lehre vom Scheingeschäft im römischen Rechte, ZSS 42 (1921), 265; Voci, nav. dj., 368; Arp, nav.dj., 112; M. Sargenti, Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendità, Studi Arangio-Ruiz II, Napoli, 1953., 245; P. Stein, nav.dj., 82; Mommsen, nav.dj., § 17, 165-168; Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Darmstadt 1975, 67; Pernice, Marcus Antistius Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit II 1; Halle 1895, 89, n. 2; E. Levy, prikaz: Partsch, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, ZSS 52 (1932), 521; Ch. Wollschläger, Das eigene Verschulden des Verletzen im römischen Recht, ZSS 93 (1973), 93.

Imajući u vidu rješenja rimskih pravnika može se zaključiti da je stipulacija, kao kontrakt stricti iuris, smatrana uvijek ništavom kada njen predmet nije postojao niti mogao postojati in rerum natura, odnosno kada nije bilo moguće procijeniti tržišnu vrijednost dugovane činidbe. Ako već od časa zaključenja nije bilo moguće ostvariti dužnikovu činidbu, stipulacija je bila besmislena, pa samim tim i nevaljana. Rigorozna primjena načela inpossibilium nulla obligatio donekle je ublažena mogućnošću sankcioniranja dužnikova doloznog ponašanja ugovaranjem klauzule de dolo kojom je vjerovnik dobijao osiguranje od dužnika da će se suzdržavati od prijevarnog ponašanja, a kasnije i posredstvom penalne actio doli. U puno boljem položaju bio je vjerovnik odnosno kupac kod kupoprodajnog ugovora. Najprije ga je pretor zaštitio putem actio in factum, da bi postupno u slučajevima pravne nemogućnosti počeo dopuštati actio empti. Glede pitanja fizičke nemogućnosti izvori ne daju jasan odgovor jer postoje brojna nesuglasja u mišljenjima rimskih pravnika koja idu od proširenja primjene actio empti i na slučajeve fizičke nemogućnosti do njenog negiranja. Kontroverzno je i pitanje opsega i uvjeta podizanja te tužbe. Premda izvori stavljaju težište na znanje stranaka, ipak bi se moglo zaključiti da je prodavatelj već od časa zaključenja ugovora bio odgovoran na temelju actio empti ne samo u slučajevima svog doloznog ponašanja, nego i u slučajevima kada je do propusta došlo zbog njegove nemarnosti, dakle bez obzira je li znao ili bio svjestan svoje pogreške. Ako je kupac bio u dobroj vjeri, mogao je u većini slučajeva dobiti naknadu štete pretrpljene uslijed neizvršenja ugovora. Justinijanovo pravo nije unijelo veće promjene u ovu problematiku. Justinijanovi kompilatori su mišljenja da stipulacija, koja nije besmislena, neće biti smatrana nevažećom zbog početne nemogućnosti ispunjenja, a da će kupoprodajna pogodba biti ništava samo kada se spoje početna nemogućnost ispunjenja i besmislenost i bespredmetnost ugovora.

III. Rješenja Austrijskog građanskog zakonika (ABGB)

Slično kao u rimskom pravu i u suvremenom pravu traži se da predmet ugovora bude moguć, dopušten i određen.

U § 878 ABGB kaže se da se pogodbe mogu sklopiti o svim stvarima koje su u prometu, ali o onome što se ne može ispuniti ili učiniti, što je u cijelosti nemoguće ili nedopušteno, ne može se učiniti valjani sporazum (was geradezu unmöglich ist).[33]

---

33 U. Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte (Springer-Verlag), Wien/New York 1983, 223-225; E. Rabel, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, FS ABGB II, 1911, 821; F. Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz (Springer-Verlag), Wien/New York 1988; Ch. Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen (Böhlau Verlag), Köln/Wien 1970, 99; H. Koziol/R. Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts. Band I. Allgemeiner Teil und Schuldrecht (Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung), Wien 1995, 138-148; H. Klang – F. Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1 (1968), 160.

„Über alles, was im Verkehre steht, können Verträge geschlossen werden. Was nicht geleistet werden kann; was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden."

U literaturi je sporno što se podrazumijeva pod činidbom koja je „geradezu unmöglich". Rabel (čije mišljenje prevladava) drži taj izraz prijevodom pruskog „absolut unmöglich" priznavajući nevaljanim samo one ugovore koji su besmisleni i protivni naravi zakona.[34] Takvo tumačenje u suprotnosti je s komentarom Zeillera[35] koji ističe da premda je u § 878 objektivno formulirano da se o onome što se ne može ispuniti ili učiniti, što je u cijelosti nemoguće ili nedopušteno, ne može učiniti valjani sporazum, zakonodavac nije mislio samo na naravne fizičke zakone nego i na ono što je protivno materijalnim i duhovnim snagama obećavatelja. Razlikuje apsolutnu i relativnu mogućnost ispunjenja činidbe u ovisnosti o vjerovniku ili dužniku, izuzimajući ipak ono što je teško i neuobičajeno. Wollschläger[36] napominje da je već Codex Theresianus zahtijevao da dužnik mora biti u mogućnosti ispuniti ono što je obećao.

Onaj tko bi, obećavajući ispuniti nemoguću činidbu, drugoga prevario, ili iz njegova neznanja izvukao na njegovu štetu za sebe kakvu korist, odgovarat će za to, tj. morat će vratiti što je stekao bez valjane pravne osnove.[37] Ako je moguće i nemoguće istovremeno ugovoreno, onda ostaje ugovor u prvom dijelu valjan, ako iz ugovora inače ne proizilazi da se ni jedna točka od druge ne može razlučiti. Tko je kod utanačenja ugovora znao za nemogućnost ili je to morao znati uz potrebnu pažnju, treba drugoj strani, ako i za nju ne vrijedi isto, naknaditi štetu koju je pretrpjela pouzdavajući se u valjanost ugovora (§. 127. nov.).[38]

„Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat."

Očito je da ABGB u § 878 st. 3 govori o naknadi negativnog ugovornog interesa i o odgovornosti za culpa in contrahendo.[39] Zahtjev na naknadu štete otpada ako su obje stranke bile podjednako krive (Kulpakompensation),[40] odnosno ako je suugovaratelj bio upoznat s nemogućnošću ispunjenja.

34 E. Rabel, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, Festschrift zur FS ABGB II, 826.

35 F. von Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Wien/Triest 1813, § 878 n. 1.

36 Ch. Wollschläger, nav. dj., 99-101.

37 F. Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz (Springer-Verlag), Wien/New York 1988, 404-406.

38 A. Rušnov, Tumač Občemu austrijskomu građanskomu zakoniku (drugo prerađeno i popunjeno izdanje priredio S. Posilović), knjiga druga §§ 531-1502. (Tisak i naklada knjižare L. Hartmana Zagreb), Zagreb, 287-291; H. Koziol/R. Welser, nav. dj., 139.

39 R. von Jhering, Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für Dogmatik 4 (1861), 1-16. ističe da je osoba koja je prilikom zaključenja ugovora znala ili morala znati da je njegovo izvršenje nemoguće, obvezna naknaditi suugovaratelju svaku štetu koju taj pretrpi pouzdavajući se u valjanost ugovora (*culpa in contrahendo*). Opširnije, F. Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht. Allgemeiner Teil (Springer-Verlag) Wien/New York 1986, 7.

40 R. Welser, Vertretung ohne Vollmacht, Wien 1970, 60; isti, Das Verschulden beim Vertragsschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, OJZ 1973, 282.

Wollschläger, kao i Pufendorf,[41] ističe da je Zakonik, propisujući opću obvezu naknade kod skrivljenog nanošenja štete, prevazišao rimsku dolus-odgovornost, a Zeiller naglašava da odgovornost ne prestaje iako se ispunjenje ne može prinudno ostvariti. Navedeni § 878 ABGB primijenit će se i kada se radi o subjektivnoj nemogućnosti ispunjenja: činidbu, koja je objektivno moguća, ne može ispuniti upravo onaj koji ju je obećao. Pri tome se pretpostavlja da primatelj obećanja nije bio upoznat s dužnikovom nesposobnošću, inače bi mu samo obećanje izgledalo besmisleno i apsurdno, te bi se primijenile odredbe spomenutog paragrafa.

O objektivnoj nemogućnosti ispunjenja u ABGB se govori i u § 880. Budući da se u § 878 ističe da predmet valjanog ugovora mogu biti samo stvari koje su u prometu, u § 880 naglašava se da ako je stvar, o kojoj je učinjena pogodba, izuzeta iz prometa prije nego je bila predana, smatra se kao da pogodba nije ni bila sklopljena. Npr. može se dogoditi da se ugovori izvoz određene količine žita iz jedne države u drugu, pa takva transakcija bude zabranjena prije nego li dođe do predaje stvari. U tom je slučaju ispunjenje ugovora nemoguće zbog čega će se smatrati da se ugovor ugasio i sve će se vratiti u prijašnje stanje.[42] Sukladno § 1447 ABGB prodavatelj kupcu mora vratiti kupovninu ako ju je već primio.[43] Ako je zabrana izvoza žita izdana samo u pogledu određenoga mjesta koje je u ugovoru ustanovljeno kao mjesto izvršenja, može od ispunjenja ugovora odustati samo kupac i to samo ako je to upitno mjesto ispunjenja dužne činidbe bio bitni uvjet samog sporazuma. Prodavatelj je dužan poslati robu u drugo mjesto ako je kupac s tim sporazuman.[44]

Posebno treba obratiti pozornost na § 923 koji se odnosi na slučajeve jamstva.[45] Zakonodavac kaže da ako netko pripisuje stvari svojstva koja ona uistinu nema, a bile su izrijekom ugovorene, ili se one po samoj naravi posla podrazumijevaju ugovorenima; tko zataji njene neobične nedostatke ili terete; tko prodaje stvar koja više ne postoji, ili tuđu stvar otuđuje kao svoju;[46] tko lažno govori da je stvar prikladna za određenu upotrebu ili da nema nedostataka ili tereta, taj će odgovarati ako se pojavi nešto protivno tome.[47] Prema tome, odgovarat će onaj koji prodaje stvar koja više ne postoji i samim tim obećaje objektivno nemoguću činidbu.

Što se tiče djelomične nemogućnosti ispunjenja (nur zum Teil geradezu unmöglich), dužnik se oslobađa samo od obveze ispunjenja dijela činidbe koji je nemoguć, odnosno sigurno je da će dio ugovora pogođen nemogućnošću, biti nevaljan. Postavlja se pitanje valjanosti preostalog dijela ugovora koji nije zahvaćen nemogućnošću. Rješenje tog pitanja Zakonik čini ovisnim o pretpostavljenoj volji stranaka.[48] Dio ugovora koji je moguće ispuniti bit će

41 S. Pufendorf, De Iure Naturae et Gentium, Londini Scanorum 1672, III 7 § 2 (nav. prema Ch. Wollschläger, nav. dj., 101, n. 40)

42 A. Rušnov, nav. dj., 294.

43 F. Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 104-105.

44 A. Rušnov, nav. dj., 295.

45 R. Zimmermann, nav. dj., 696, n. 135.

46 P. Rummel (herausgegeben von), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, 1. Band §§ 1 bis 1089 ABGB, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1983, 1089.

47 A. Rušnov, nav. dj., 340.

48 Th. Mayer-Maly, Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, FS

valjan ako bi ga stranke ugovorile; u suprotnom, i taj će dio biti nevaljan, kako je propisano u st. 2 § ABGB. Ako se sukladno § 914 ne može raspoznati, bi li suugovaratelji uopće htjeli ugovor bez dijelova pogođenih nemogućnošću, preostali dio ugovora smatrat će se valjanim. Međutim, ako su stranke izričito ugovorile da se nijedan dio pogodbe ne može razdvojiti od drugoga, cijeli će ugovor biti nevaljan ukoliko se samo jedan dio ne može ispuniti. Postoje iznimke od tog pravila: kod ugovora o kupoprodaji i mijeni, ako je stvar koja je u pogodbi izričito imenovana propala uslijed slučaja u cijelosti ili preko polovice vrijednosti (§§ 1048 i 1064 ABGB); kod jamstva ako se tiče kvalitete stvari (§ 932 ABGB); kod ugovora o najmu stvari (§ 1117 ABGB); kod obveza čije se činidbe odnose na činjenje (facere), ako se ono smatra jedinstvenom činidbom, što je redovito slučaj ako se radi o ugovoru o djelu (locatio conductio operis), a djelo se ne može dovršiti sukladno narudžbi (§ 1151 ABGB).

U § 1447 ABGB naglašava se da je dužnik, koji se obvezao izvršiti određenu činidbu, dužan preuzetu obvezu uredno ispuniti pri čemu treba pokazati potrebnu marljivost i opreznost (diligentia) kako ne bi došao u nemogućnost ne izvršiti ono što je obećao.[49] Ako je nemogućnost ispunjenja nastupila naknadno, dužnik je obvezan odgovarati za prouzročenu štetu (§§ 920, 932).[50] Sukladno § 932 i § 878 st. 3 radi se o naknadi negativnog interesa (troškova, propust prilika za zaključenje posla).[51] Može se postaviti pitanje, kakvog smisla ima takva privremena valjanost ugovora. Valjanost ugovora rezultira ipak samo zahtjevom za naknadu izgubljene koristi. U svakom pojedinom slučaju treba istražiti, prema smislu cjelokupnog ugovora, je li dužnik jamčio za mogućnost ispunjenja (kada će, bez obzira na krivnju, odgovarati vjerovniku za interes na ispunjenje ugovora),[52] ili je dao samo prosto obećanje (kada će odgovarati za prouzročenu štetu).[53]

Dužnik se može osloboditi ugovorne obveze samo onda kada mu je ispunjenje obveze postalo nemoguće uslijed okolnosti koje on nije prouzrokovao, odnosno koje nije skrivio, ili je spriječen ispuniti obvezu uslijed slučaja (§ 1447 ABGB [54]). Na osnovi navedenoga može se zaključiti da početna nemogućnost ispunjenja činidbe ukida obvezu na ispunjenje činidbe pri čemu vjerovnik, koji traži ispunjenje činidbe ili naknadu štete, mora dokazati dužnikovu krivnju, dok naknadno nastupjela nemogućnost ima za posljedicu gašenje obveze samo ako je činidba postala nemoguća uslijed slučaja, pri čemu dužnik mora dokazati da je činidba postala nemoguća bez njegove krivnje. Kod naknadne nemogućnosti ispunjenja činidbe treba odgovoriti na pitanja kada se dužnik smatra krivim za neispunjenje, a kada se može opravdati slučajem; kakav je opseg dužnikove odgovornosti ako je nemogućnost nastupila njegovom krivnjom i ima li dužnik,

---

Flume (1978), 621.

49 Ch. Wollschläger, nav. dj., 101-102.

50 P. Rummel, nav. dj., 1081.

51 H. Koziol/R. Welser, nav. dj., 141, 204, 446.

52 T. Arp, nav. dj., 134.

53 H. Koziol/R. Welser, nav. dj., 141.

54 § 1447 ABGB: *Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Wert derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit, oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des anderen keinen Gewinn zieht.*

kod neskrivljene nemogućnosti ispunjenja, pravo zahtijevati protučinidbu. Rješenja ABGB bitno se razlikuju od rješenja rimskog prava u kojem se, sukladno načelu utiliteta, težište stavlja na pitanje ima li obvezanik koristi iz konkretnog obveznog odnosa. Prema § 1324. ABGB ako je nemogućnost ispunjenja posljedica činjenice da je na strani dužnika postojao dolus ili culpa lata, dužnik je morao naknaditi štetu u cijelosti, kao što to propisuje § 1323. ABGB (damnum emergens i lucrum cessans). Ako se dužniku može pripisati samo culpa levis, bio je dužan naknaditi samo stvarnu štetu (damnum emergens). Što se tiče pitanja, kada dužnik ima pravo na protučinidbu kod neskrivljene nemogućnosti, rješenja se prosuđuju od slučaja do slučaja. Sukladno općem načelu izraženom u § 1447. ABGB dužnik je u svakom slučaju dužan vratiti i naknaditi sve ono što je primio u svrhu ispunjenja obveze, a dužan je to vratiti i naknaditi kao pošteni posjednik, ali tako da se ne okoristi tuđom štetom.[55] Isto tako se ni vjerovnik ne smije okoristiti dužnikovom štetom pa je dužan vratiti dužniku ono što je primio od njega.[56]

Zakonik posebnu pozornost posvećuje pitanju dopuštenosti ugovora. U § 879. kaže se da je ništav ugovor kojim se vrijeđa koja zakonska zabrana, dobri običaji ili javni poredak („Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, sind nichtig"). Apsolutno su ništavi poslovi koji su protivni zakonskim propisima kojima se štiti opći interes, javni poredak i sigurnost. Na tu ništavost može se svatko pozvati. Premda je ništavost trajna, zahtjev za povratom onoga što je stečeno temeljem takvog posla može se tražiti unutar općeg zastarnog roka od 30 godina. Time Zakonik postavlja granice privatnoj autonomiji. Navode se nedopuštene činidbe, a to je sve ono što je zakonom zabranjeno ili protivno moralu društva.[57] Budući da nije moguće precizno ustanoviti granice nemoralnoga, ta se procjena prepušta rasuđivanju suda, odnosno pravnoj praksi, u svakom konkretnom slučaju.[58] Nedopuštene su pogodbe koje u objektivnom smislu vrijeđaju pozitivne zakonske propise ili pravila ćudoređa. Zakonik izričito navodi da su nevaljane pogodbe u slučajevima ako se predvidi naknada za posredovanje u sklapanju braka; ako bolesnik obeća naročitu nagradu vidaru ili drugom liječniku da se prihvati liječenja; odvjetnik ne smije za sebe ugovoriti naročitu nagradu kao udjelu u spornoj svoti (pactum de quota litis)[59]; ako tko nasljedstvo ili zapis kojemu se nada od treće osobe, otuđi još za života te osobe.[60] Sličan propis sadrži i § 1383. ABGB koji određuje da se prije nego je oglašena razredba posljednje volje, ne može učiniti nikakva nagodba o sadržaju te razredbe. Novelirani § 879. sadrži odredbu koja kaže da je ništav ugovor ako tko zloupotrijebi tuđu lakoumnost

55 P. Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, 2. Band §§ 1090 bis 1502 ABGB; Nebengesetze, Wien 1984, 2827.

56 F. Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz, 290, 411.

57 F. Bydlinski, Über das Verständnis der „guten Sitten" im österreichischen Recht, FS Gernhuber (1993), 827; P. Mader, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien 1994, 188; Th. Mayer-Maly, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, u: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 121; isti, Was leisten die guten Sitten?, AcP 194, 109; Zimbler, Einige Bemerkungen zum Begriff der „guten Sitten", JBl 1928, 389.

58 H. Koziol/R. Welser, nav. dj., 142; F. Bydlinski, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, FS Wieacker (1990), 189.

59 H. Keinert, Das zivilrechtliche Verbot der quota litis nach § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, u Buchegger – Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozeßrecht (1982), 132.

60 R. Welser, Die Sittenwidrigkeit des Testaments zugunsten des Ehebruchspartners, JBl 1973, 12.

ili poznatu mu nuždu, slaboumnost, neiskustvo ili uzrujanost, te dade sebi ili trećemu obećati ili pružiti za činidbu protučinidbu čija imovinska vrijednost stoji prema vrijednosti činidbe u očitom nerazmjeru. Taj slučaj razlikuje se od laesio enormis (§ 934) koji se također odnosi na povredu načela ekvivalentnosti, po tome što ne postoji čvrsta vrijednosna granica. Osim toga, propis koji zabranjuje lihvarenje[61] zahtijeva postojanje određenih subjektivnih pretpostavki koje se ne spominju u § 934. U § 1174 ABGB (§ 128. nov.) propisano je da se zajam, dan u svrhu zabranjene igre, ne može tražiti natrag. Posebni zakonski propisi imali su za cilj ukloniti štetna dogovaranja prigodom javnih dražbi. Osim toga, različiti propisi proglašavaju pojedine ugovore nevaljanima. Ako povrijeđenom normom nije zaštićen javni interes, nego se štiti jedan od suugovaratelja, onda se utvrđivanje ništavosti njemu prepušta. Tek kada se ta stranka pozove na ništavost (pod tim se podrazumijeva već i sudsko osporavanje obveze), posao će se smatrati nevaljanim. Iz tog razloga ni zelenaški posao sukladno § 879 nije ništav nego samo pobojan jer se na ništavost („relativnu ništavost") može pozvati samo žrtva zelenaške iznude.[62] Pitanje djelomične ništavosti poslova zaključenih protivno propisima iz § 879 riješeno je drukčije nego kod slučaja djelomične nemogućnosti. Naime, nije odlučujuće bi li stranke zaključile dio ugovora koji nije zahvaćen ništavošću, nego je bitno ono što se želi zaštititi zakonskom zabranom.[63]

IV. Nemogućnost ispunjenja po Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske (ZOO RH)

U čl. 47. ZOO RH[64] kaže se da je ugovor ništav kada je predmet obveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv. Ako bi se netko obvezao izvršiti radnju koju nitko ne može izvršiti, radilo bi se o objektivnoj nemogućnosti činidbe za koju i danas vrijedi načelo impossibilium nulla obligatio.[65] Ako je činidba bila objektivno nemoguća u vrijeme zaključenja pravnog posla, takav će posao biti nevaljan. Prvobitna objektivna nemogućnost ima učinak nepostojećeg ugovora (negotium nullum) i na taj vid nemogućnosti sud pazi po službenoj dužnosti (ex officio). Osim od strane suda, prvobitna objektivna nemogućnost može biti istaknuta i od strane suugovaratelja, kao i od svake druge zainteresirane osobe.[66] Ništav će biti i posao čiji su početak učinka stranke odgodile do nastupanja nemoguće okolnosti. Suprotno rješenje vrijedi ako je nemoguć raskidni uvjet koji se smatra nepostojećim i ne utječe na valjanost posla. Pored objektivne nemogućnosti koja se procjenjuje in

61 F. Gschnitzer, Die Wertberechnung bei Wucher, ZBl 1937, 849; P. Bydlinski, Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, ÖBA 1987, 879.

62 U. Hübner, Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm, FS Hübner (1984), 487.

63 A. Illedits, Teilnichtigkeit im Privatrecht (1991), 37; Th. Mayer-Maly, Über die Teilnichtigkeit, Gschnitzer-GedS (1969), 265; H. Koziol/R. Welser, nav. dj., 145-148.

64 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine 35/2005; 41/2005.

65 M. Vedriš/P. Klarić, Građansko pravo. Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, Narodne novine Zagreb 2002, 135.

66 B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb 1978, 216-217.

rem, postoji subjektivna nemogućnost u vrijeme zaključenja pravnog posla koja nema za posljedicu ništavost posla.[67] U slučaju početne subjektivne nemogućnosti ugovor je nastao i proizvodi pravne učinke, a dužnik koji nije u mogućnosti ili nije sposoban izvršiti obećanu činidbu, odgovarat će za naknadu štete koju vjerovnik pretrpi zbog izostale činidbe. Drukčije je rješenje ako je nemogućnost nastupila nakon zaključenja posla. Naknadna nemogućnost neće imati za posljedicu ništavost posla. Pravni posao proizvodi učinke do pojave nemogućnosti za koju je bitno ustanoviti je li nastupila dužnikovom krivnjom (kada će dužnik odgovarati za štetu), ili iz razloga za koje dužnik ne odgovara, kada se obveza gasi sukladno st. 1. čl. 354. ZOO RH (osim ako su objekt činidbe bile generičke stvari).

Sukladno načelu dispozitivnosti predmetom ugovora može biti svaka stvar ili radnja koja nije zabranjena kogentnim normama, ili nije protivna javnom poretku i moralu. Pravna nemogućnost znači da je faktički moguće izvršiti neku radnju ili prenijeti na drugoga određenu stvar, ali je predmet ugovora nemoguće izvršiti jer je to zabranjeno pravnim propisima.[68] Prema čl. 47. i čl.103. ZOO RH pravni posao je ništav ako je činidba protivna ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prisilnim propisima i moralu društva ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.[69] Uzimaju se u obzir ne samo prisilni propisi ZOO i građanskog prava nego i svih drugih zakona koji ne dopuštaju da određeni ugovori proizvedu pravne učinke zbog nedopuštenosti predmeta, npr. predmet ugovora ne može biti stvar izvan pravnog prometa (dobra u općoj upotrebi) ili stvar koja je u ograničenom prometu ako nisu ispunjeni zakonom predviđeni uvjeti (promet određenih lijekova, opojnih droga, otrova, vatrenog oružja, eksploziva i sl.); ugovori koji su protivni načelu savjesnosti i poštenja ili načelu ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu; ugovori kojima se stvara ili iskorištava monopolski položaj na tržištu; ugovori o nasljedstvu; ugovori kojima bi bilo povrijeđeno načelo ekvivalentnosti prestacija kod sinalagmatičnih ugovora; nemoralni i zelenaški ugovori. Također će i dodavanje nedopuštenog uvjeta, bilo odgodnog bilo raskidnog, imati za posljedicu ništavost posla.

V. Zaključak

Poznato načelo rimskog prava inpossibilium nulla obligatio vrijedi i u pozitivnom pravu, kako Republike Austrije tako i Republike Hrvatske. Ono što je nemoguće, ne može biti predmetom valjanog ugovora. Ugovor je ništav ako je činidba bila objektivno nemoguća u vrijeme zaključenja pravnog posla, odnosno kada je predmet obveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv. Pogodbe se mogu sklopiti o svim stvarima koje su u prometu, ali o onome što se ne može ispuniti ili učiniti, što je u cijelosti nemoguće ili nedopušteno, ne može se učiniti valjani sporazum. Onaj tko bi, obećavajući ispuniti nemoguću činidbu, drugoga prevario, ili iz njegova neznanja izvukao

67 Termin „ništavost“ pravnog posla (ZOO / 91) zamijenjen je terminom „ništetnost“ (ZOO / 2005).

68 Vizner, nav. dj., 218.

69 V. Gorenc, Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Pravna biblioteka / RRiF-plus, Zagreb 1998, 65.

na njegovu štetu za sebe kakvu korist, obvezan je vratiti ono što je stekao bez valjane pravne osnove i naknaditi pozitivan i negativan interes na ispunjenje činidbe suugovaratelju koji se pouzdao u valjanost ugovora. Propisujući opću obvezu naknade kod skrivljenog nanošenja štete, ABGB je prevazišao rimsku dolus-odgovornost. Što se tiče djelomične nemogućnosti ispunjenja, dužnik se oslobađa samo od obveze ispunjenja dijela činidbe koji je nemoguć jer je sigurno da je nevaljan onaj dio ugovora pogođen nemogućnošću. Sudbina dijela ugovora koji nije zahvaćen ništavošću ovisi o pretpostavljenoj volji stranaka. ABGB posebnu pozornost posvećuje pitanju dopuštenosti ugovora; apsolutno je ništav ugovor kojim se vrijeđa neka zakonska zabrana, dobri običaji, opći interes, moral društva, javni poredak i sigurnost.

Izvori i literatura

- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer, Wien 1811.
- Arangio-Ruiz, V., Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano, Napoli 1933.
- La compravendità in diritto Romano I, Napoli 1952.
- Arp, T., Anfängliche Unmöglichkeit. Zum Verständnis von § 306 BGB, (Ferdinand Schöningh) Paderborn /München /Wien / Zürich 1988.
- Bydlinski, F., Über das Verständnis der „guten Sitten“ im österreichischen Recht, FS Gernhuber (1993), 827.
- Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, FS Wieacker (1990), 189.
- Bydlinski, P., Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, ÖBA 1987, 879.
- Crnić, I., Zakon o obveznim odnosima, Organizator, Zagreb 2010.
- Cuena Boy, F., Estudios sobre la imposibilidad de la prestacion. La imposibilidad juridica, Secretariado de publicaciones. Universidad de Valladolid, Valladolid 1992.
- Dernburg, H., Pandekten II, Obligationenrecht, Berlin 1903.
- Dölemeyer, B./Mohnhaupt, H. (herausgegeben von), 200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 2011.
- Faust, A., Der Möglichkeitsgedanke. Systemgeschichtliche Untersuchungen I-II, Heidelberg 1931/2.
- Feenstra, R., “Impossibilitas” and “Clausula rebus sic stantibus”. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius, u Daube Noster. Essays in legal history for David Daube, Edinburgh/London 1974, 79.
- Floßmann, U., Österreichische Privatrechtsgeschichte, Springer-Verlag, Wien/New York 1983.

- Gorenc, V., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Pravna biblioteka / RRiF-plus, Zagreb 1998.
- Gorenc, V., Osnove statusnoga i ugovornoga trgovačkog prava, Zagreb 2005.
- Grosso, G., Obbligazioni. Contenuto e requisiti dela prestazione. Obbligazioni alternative e generiche, Turin 1966.
- Gschnitzer, F., Österreichisches Schuldrecht. Allgemeiner Teil, Springer-Verlag, Wien/New York 1986.
- - Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz, Springer-Verlag, Wien/New York 1988.
- Heldrich, K., Das Verschulden beim Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924.
- Honsell, H., Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969.
- Hübner, U., Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm, FS Hübner (1984), 487.
- Illedits, A., Teilnichtigkeit im Privatrecht, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1991.
- Jakobs, H. H., Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969.
- Jhering, R. von, Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für Dogmatik 4 (1861), 1.
- Kaser, M., Das römische Privatrecht I, München 1971.
- Perpetuari obligationem, SDHI 46 (1980), 127.
- Keinert, H., Das zivilrechtliche Verbot der quota litis nach § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, u Buchegger – Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozeßrecht (1982), 132.
- Klang, H. – GschnitzerF., Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1, 1968.
- Klarić, P., Zakon o obveznim odnosima. II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb 2009.
- Koziol, H./Welser R., Grundriß des bürgerlichen Rechts. Band I. Allgemeiner Teil und Schuldrecht (Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung), Wien 1995.
- Köhler. H., Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörung im Schuldverhältnis, München 1971.
- Levy, E., Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar 1956.
- Mader, P., Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung , Wien 1994.
- Mayer-Maly, Th., Perpetuatio obligationis: D.45.1.91, IURA 7 (1956), 6.
- Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, u: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986), 121.
- Was leisten die guten Sitten?, AcP 194, 109.

- Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, FS Flume (1978), 621.
- Über die Teilnichtigkeit, Gschnitzer-GedS (1969), 265.
- Medicus, D., Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht, ZSS 86 (1969), 67.
- Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, Köln/Graz 1962.
- Mommsen, F., Beiträge zum Obligationenrecht. 1. Abth. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.
- Perović, S./Stojanović, D., Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, Novi Sad 1980.
- Peters, F., Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf, Festschrift für Max Kaser für 70. Geburtstag, München 1976, 285.
- Pringsheim, F., The inner relationship between English and Roman Law, The Cambridge Law Journal 5(1935) = Gesammelte Abhandlungen I, Heidelberg 1961, 87
- Rabel, E., Origine de la règle: "Impossibilium nulla obligatio", Mélanges Gérardin, Paris 1907, 473.
- Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, FS ABGB II, 1911, 821.
- Romac, A., Paulo. Sentencije, Zagreb 1989.
- Rummel, P., (herausgegeben von), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz in zwei Bänden, 1 Band §§ 1 bis 1089 ABGB, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1983; 2. Band §§ 1090 bis 1502 ABGB; Nebengesetze, Wien 1984.
- Rušnov, A., Tumač Občemu austrijskomu građanskomu zakoniku (drugo prerađeno i popunjeno izdanje priredio S. Posilović), knjiga druga §§ 531-1502. (Tisak i naklada knjižare L. Hartmana Zagreb), Zagreb.
- Savigny, F. C. von, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II, Berlin 1853.
- Schulz, F., Classical Roman Law, Oxford 1951.
- Slakoper, Z./Gorenc, V., Obvezno pravo. Opći dio. Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Novi informator, Zagreb 2009.
- Slakoper, Z./Kačer, H./Luttenberger, A., Osnove prava trgovačkih ugovora i vrijednosnih papira, Mikrorad d.o.o., Zagreb 2009.
- Stein, P., Fault in the Formation of Contract in Roman law and Scots law, Edinburgh/London 1958.
- Šarac, M., „Inpossibilium nulla obligatio", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 39, br. 3-4 (67-68), Split 2002, 431.

- Vedriš, M./P. Klarić, P., Građansko pravo. Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, Narodne novine, Zagreb 2002, 135.
- Vidović, M./Marković, A., Pravni praktikum. Zakon o obveznim odnosima & Opći građanski zakonik, Indrija d.o.o., Zagreb 2001.
- Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima 1-2, Zagreb 1978.
- Voci, P., Le obbligazioni Romane. (Corso di pandette). Il contenuto dell'obbligato I, 1, Milano 1969.
- Vrljić, D., Ugovori. Praktični primjeri s komentarom i sudskom praksom I, Vizura, Zagreb, 2006.
- Welser, R., Das Verschulden beim Vertragsschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, OJZ 1973, 282.
- Windscheid, B./Kipp, Th., Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Frankfurt, 1906., § 264, 1.
- Wollschläger, Ch., Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen (Böhlau Verlag), Köln/Wien 1970.
- Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine 35/2005; 41/2008.
- Zeiller, F. von, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Wien/Triest 1813.
- Zimmermann, R., The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & CO, Ltd, Cape Town/Weton/Johannesburg 1990.(Reprinted 1992)

Mirela Šarac

Višnja Lachner, mag. iur.
Jelena Roškar, mag. iur.
Pravni Fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku

GRAĐANSKE KODIFIKACIJE U EUROPI S POSEBNIM OSVRTOM NA 19. I 20. STOLJEĆE

The idea of creating a general law which will include a comprehensive system of private law is the result of the needs of modern (bourgeois) society at the time and economic relations. Such a general law should apply to wider idea and include one or more of the then state of the same spoken language. The very term «civil code» in terms of legally sanctioned systematic collection of private or civil law (codification) is crystallized in terms of terminology during the burgeois law and science. Apart from the leading lawyers and middle class who supported the idea of codification of law, there is no doubt that impact on the creation and development of major codification in Europe gave the School of natural law. However, the most significant impact on the codification of private law in Europe have been given by a philosophical doctrine of the Enlightenment in the 18th century. Codification was first started in the German lands and the first complete series of codification in Europe originated in the electoral principality of Bavaria 1756th under the name Codex Maximilianeus bavaricus Civilis. Also, it is the oldest collection of private law in the German countries. However, the most famous "product" of the codification movement is certainly the French Code Civil. Except of the Civil Code which will be the role model to the most of bourgeois states, it needs to be mentioned the Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) and the German civil code named Bürgerliches Gesetzbuch.

Their efforts to create civil codes have proved to be very successful because they will affect the decision-making and other civil codes in existing or being created later bourgeois states. Thus, the influence of the French Civil Code expanded to the countries that Napoleon had won, and among them should be included Switzerland and Swiss Zivilgesetzbuch which served as the fundamental base of creation of a new Civil Code of Spain 1942s, and the Greek Civil Code from the 1940s. Also, the German civil code influenced on the legislation of other countries, and here is mainly to point out that it had significantly influenced the construction of the Italian Civil Code (Codice civile) from 1942. Awareness of the importance of civil codes for the civil and legal existence and stability will have an effect on some smaller states, wich confirm us the examples from the history of the Yugoslav people: Serbia, which delivers 1844th its "Civil Code of the Principality of Serbia", Montenegro, which brings its "Common Civil Code» 1888th by Baltazar Bogišić, and Croatia which at the Great Parliament in 1861. decides to retain the application of only ABGB, among the "judicijelnim" laws imposed during Bach's absolutism.

Keywords: ***French Code Civil, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), Bürgerliches Gesetzbuch, Swiss Zivilgesetzbuch.***

1. Code Civil

Francuski građanski zakonik, poznat pod izvornim imenom Code civil (La Code Français) uz Austrijski građanski zakonik predstavlja jedan od najutjecajnijih izvora građanskog prava te nacionalnih kodifikacija europskog i izvaneuropskog pravnog područja. Iako je proglašen početkom 19. stoljeća pod utjecajem Napoleona, Code Civil predstavlja izuzetno moderan instrument, koji se unatoč brojnim društvenim promjenama u Francuskoj uspio održati na snazi u razdoblju duljem od dvije stotine godina. Imajući to na umu, u nastavku radu, pokušat ćemo sustavno prikazati sadržaj Code civila, povijesne prilike koje su prethodile njegovom donošenju te utjecaj na donošenje drugih kodifikacija građanskog prava u razdoblju 19. i 20. stoljeća.

1.1. Postupak donošenja Code Civile-a

Promatrimo li prilike u kojima se ukazala potreba za uređenjem i kodifikacijom građanskog prava na području Francuske moramo se prisjetiti Francuske revolucije i njezinih temeljnih ideja izraženih u Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789. te teorijskih učenja Škole prirodnog prava i Gottingenske pravne škole[1] pod okriljem kojih se u ostalim dijelovim Europe počinje kodificirati privatno pravo.[2] Code Civil je zakonik «Trećeg carstva», dakle buržuazije koja je u borbi francuske revolucije protiv feudalnih vladujućih struktura i poslije pada Napoleona, dakle za vrijeme restauracije, došla do političkog utjecaja.

Deklaracija proklamira ideju liberalnog i demokratskog određenja slobode s posebnim naglaskom na individualnost čovjeka koji se pojavljuje kao temeljni subjekt prava. Osim toga posebno je naglašeno individualistički determinirano načelo prava vlasništva te načela jamstva prava i podjele vlasti kao osnovni postulati pravne države. I Code Civil počiva na nekoliko osnovnih ideja nastalih u revoluciji: jednakost svih pojedinaca pred zakonom, nepriznavanje privilegija stečenih rođenjem, sloboda vjeroispovjesti, sekularizacija države, pravo na izbor zaposlenja, jačanje obitelji.[3] Uoči Francuske revolucije Francuska nije imala jedinstveni pravni sustav. Obično se kaže da je na sjeveru zemlje važilo običajano, a na jugu pisano pravo. Granica između ta dva pravna sustava prostirala se pravnom linijom do ušća rijeke Garone na zapadu, do Ženeve na istoku. Kako su brzina i učestalost promjena propisa unosili pravnu prazninu i određeni stupanj nesigurnosti na području privatnog prava već je Ustavotvorna skupština nastojala kodificirati područje građanskog prava. Prvi pokušaj zabilježen je 1790. godine, točnije 05. listopada kada je skupština donijela odluku o potrebi kodifikacije, no nekoliko pokušaja izrade zakonika koji su potom uslijedili (1793, 1974. i 1796.), bili su bezuspješni.[4]

1 Škola prirodnog prava vezana je uz Francusku, ishodišta prosvjetiteljstva i racionalističkog modela, dok je Gottingenska prava škola naglašavala nužnost kodifikacije s osobitim osloncem na povijesnu svijest i iskustvo.

2 Š. Kurtović, *Opća povijest prva i države*- II. knjiga, Novi vijek, Zagreb 1994. str. 200.

3 T. Hoberg., *The Civil Code- an Overview*, http://www.napoleonseries.org/research/government/code/c_code2.html, 09. 11. 2011.

4 Ibid.

Donošenjem Konzulatskog ustava 15. prosinca 1799. izvršna vlast u Francuskoj pripala je trojici konzula. Prvi konzul je Napoleon Bonaparte te je prema ustavu imao pravo predlaganja zakona, uredaba i državnog proračuna, druga dvojica konzula su navedana u ustavu, no njihova je uloga u odnosu na Napolena bila formalna i savjetodavna samo u nekim pitanjima. Takva je organizacija vlasti bila pretpostavka koja je Napoleonu omogućila intervenciju prema izradi i donošenju Code Civile-a. Napoleon je smatrao kako je pravno uređenje građanskog društva najvažnija pretpostavka političkog sustava. Moć se ne treba temeljiti samo na vojsci već i na zadovoljnim građanima. Novi građanski zakonik trebao je pružiti stanovitu sigurnost i ukupnost pravnih načela u uređivanju valsničkih i poslovnih odnosa francuskih građana.[5]

13. srpnja 1800. godine Napolen je imenovao četveročlano povjerenstvo sa zadatkom izrade jedinstvenog građanskog zakonika za Francusku. Komisija su činili: Jean-Étienne-Marie Portalis, povjerenik Pljenidbenog suda, Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu, povjerenik Kasacijskog suda, Jacques Maleville, sudac Kasacijskog suda i Francois-Denis Tronchet, predsjednik Kasacijskog suda.[6] Takav sastav povjerenstva u sebi je objedinjavao kompromis različitih pravnih tradicija i shvaćanja, Tranchet i Bigot su potekli sa sjevera Francuske gdje se primjenjivalo običajno pravo, do su Portalis i Mallevile potekli s juga gdje se primjenjivalo rimsko pravo.

Prvi nacrt zakona komisija je izradila u razdoblju od 4 mjeseca. Prvotno se o nacrtu Coda raspravljalo na sjednici Kasacijskog i Apelacijskog suda, a potom u Državnom savjetu , čijim je sjednicama često predsjedavao i sam Napoleon. Konačnom tekstu zakona 1801. usprotivio se Tribunat, a potom i Zakonondavno tijelo.[7] Napoleon je u siječnu 1802. povukao prijedlog Code Civile-a kako bi izbjegao njegovo odbijanje u cijelosti te je izmjenama u sastavu Tribunata osigurao potrebnu većinu za donošenje Code Civile-a. U razdoblju između ožujka 1803. i ožujka 1804. Zakonik je bio izglasan u 36 posebnih zakona, a svi su oni Zakonom od 21. ožujka 1804. ujedinjeni u jedinstveni akt od 2281 članaka pod nazivom Code Civile (Građanski zakon). Istovremeno, izrijekom je zabranjena uporaba običajnog prava, rimskog prava, starih zakona, ordonansa, statuta gradova i privilegija pokrajna za sva područja koja je sadržavao novi zakonik. Code Civile je označavao novi pravni poredak izrastao na tekovinama francuske revolucije koji je težio k ukidanju feudalnih privilegija plemstva te nastojao osigurati interese građanskog društva.

1.2. Sadržaj Code Civila

Po uzoru na rimsko pravo, točnije na Justinijanovu kodifikaciju, Code Civile je podjeljen na knjige, knjige na naslove, a svaki se naslov odnosi na određeni dio prava kao npr. nasljeđivanje, brak, usvojenje... Izvorno se sastojao

5 P. Van den Berg., *The politics of European Codification*, Groningen 2007., str.206.

6 Ibid.,4.

7 Zakonodavni postupak bio je uređen Ustavom, tako da je za svaki dio postupka bio predviđen zaseban organ. Pravo predlaganja zakona imao je samo prvi konzul potom je prijedlog zakona pravno oubličavao državni savjet, pretresao ga tibunat, a potom je odluku o prijedlogu zakona donosila zakonodavna skupština. Vidi: Š. Kurtović, 188.

od 2281 članaka. 6 članaka čini uvodni dio, a 2275 članaka raspoređeno je u knjige.[8]

- Prva knjiga naslova «O osobama» (čl.1- 515.) uređuje statusnopravni, obiteljski i obiteljskopravni položaj fizičkih osoba.
- Druga knjiga nosi naslov «O vlasništvu i različitim oblicima vlasništva» (čl. 516.-710.) obrađuje stvarnopravne institute.
- Treća knjiga «O različitim načinima stjecanja vlasništva» (čl. 711.-2281.) normira nasljedno pravo, obvezno pravo, uređenje imovinskih odnosa između bračnih drugova, neke vrste ugovora te založno pravo.

Code Civil nije ponikao samo iz duha francuske revolucije, koja je radiklano ukinula sve feudalne institucije starog režima istaknuvši nove vrijednosti, već je u sebi uklopio rezultate dugog povjesnog razvoja spajajući tradicionalne i nove institute.[9] Odredbe koje su uređivale položaj žene, nasljeđivanje i komunalno vlasništvo temeljile su se na običajnom pravu, a rimsko pravo bilo je izvor za uređivanje prava vlasništva, obveza, ugovora i imovinskih odnosa bračnih drugova. Kraljevske ordonanse su normirale statusnopravni položaj fizičkih osoba, pitanja darovanja oporuke, postupak dokazivanja i založno pravo. Zakoni iz doba Velike buržoaske revolucije uređivali su dio Code-a koji se odnosio na punoljetnost, brak te odnose između zakonskih nasljednika. Kanonsko pravo je uređivalo onaj dio bračnog prava koje nije bilo uređeno ni u jednom drugom pravu.[10]

U pogledu stila i jezika Code Civil je postigao izuzetnu jasnoću i pravnu tehniku. Začuđujuće je kako je na samom početku kapitalističkog razvitaka pravna tehnika dosegla tu razinu. Jezik zakona je čist, jasan, siguran i kratko interpretiran. Preglednost i shvatljivost njegovih formulacija, izbjegavanjem upućivanja na druge članke i bez pretjerane uporabe pravno-tehničkih termina omogućavaju laku razumljivost i uporabu.[11] Kada su u pitanju preciznost, jasnoća i oštroumlje Code civil je u svojih 2281 članku dominantniji od Austrijskog ABGB-a, a obzirom na jasnu strukturu i epigramatički jezik prednjači i Njemačkom BGB-u (Allgemeine Burgerliche Gesetzbuch).[12]. No, snažno političko uvjerenje u pozadini Code Civila svakako mu daje intelektualnu konzistenciju koja je bliža Pruskom ALR (*Allgemeines Landrecht*) i utemeljana na staroj ideji države nego li onoj koju propagira Austrijski ABGB.[13]

---

8 Od 2281 izvornih članaka Civil Code-a, oko 1200 je sačuvano u originalnom obliku. Vidi: C. Delplanque, *Origins and impact of the French Civil Code*, http://www.afhj.fr/ressources/french-code-civil.pdf, 13.11. 2011.

9 D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Savremena Administracija, Beograd 1984., str. 31.

10 U razdoblju do Francuske revolucije pravo u Francuskoj je bilo podijeljeno u dva sustava. Sjeverni dio Francuske primjenjivao je francusko običajno pravo (droit coutumier), dok je na južnom dijelu vrijedilo rimsko pisano pravo (droit ecrit).Vidi: T. Hoberg, 1.

11 D. Stojanović, 33.

12 OGZ kao sveopći i jedinstveni građasnki zakonik je sve do 1. svibnja 1861. bio na snazi u cijeloj Habsburškoj Monarhiji, a od toga dana u Ugarskoj je OGZ bio izvan uporabe i pravnog važenja, nakon primjene tijekom samo 8 godina.

13 F.Wieacker, *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*, Claredon Press, Oxford 2003, str. 275.

Kao Pruski ALR i Austrijski ABGB Code Civil uređuje obiteljsko pravo u okviru prava vlasništva i prava stvari, dok po uzoru na ALR posjedovne i obvezne odnose uređuje u trećoj knjizi «O različitim načinima stjecanja vlasništva».[14]

Iako predstavlja jednu od najznačajnih kodifikacija građanskog prava i na snazi je u razdoblju duljem od dvije stotine godine Code Civil sadrži određene nedostatke, ponajviše u regulaciji sljedećih instituta:

Poseban značaj Code Civile je pridavao privatnom vlasništvu, pojam kojeg je izrazito individualistički determiniran.U Čl. 544. utvrđuje aspolutni karakter prava vlasništva oslobođen od ranijeg pojma feudalnog vlasništva i prava i obveza koji bi ga mogli ograničavati. Iako prema Code Civile-u vlasnik u korištenju stvari može biti ograničen zakonima i uredbama, to je iznimna pojava pa možemo zaključiti kako je zakon značajno suziuo krug pravnih situacija koje su omogućavale njegovo ograničenje. Tako je Code civil priznao neka susjedska prava, izvlaštenje ili ekspropiraciju uz naknadu u općem interesu, komasaciju, tj. prisilnu zamjenu vlasništva nad zemljom zbog bolje poljoprivrednog iskorištavanja, a kasnije i neke afirmirane institute ograničenja vlasničkih prava u skladu s načelom zabrane zlouporabe prave kao i mogućnosti naglašenije intervencije države. Buržuazija je kao nositelj novog društveno-ekonomskog poretka pravo vlasništva proglasila privatnim pravom, koje se zbog naglašene apsolutnosti ostvarivalo i protiv općih interesa.

Brak i obitelj su najvažnije uredbe prve knjige. I brak i obitelj su podvrgnuti državi i u njezinoj su službi, jer obitelj ne smije postati suviše moćna zajednica u odnosu na državu. Brak je građanska institucija, vrsta ugovora zasnovana na volji stranaka i to je razlog zbog kojeg brak može biti razveden. Dok brak traje, muž je glava obitelji, njezin prirodni zastupnik, a žena je pod starateljstvom muža. Dužna je na poslušnost, slijediti muža u promjeni boravišta, ne može zaključivati ugovore, pojaviti se pred sudom- bilo je to prihvaćanje odredaba rimskog i kanonskog prava o nesposobnosti žene. Ta neravnopravnost žene uvelike je posljedica mišljenja o ženi kao osobi koju treba zaštititi. Djeca su pod starateljstvom oca. Takav diskriminacijski položaj žene u društvu bit će povod izmjenama Code Civile-a putem posebnih zakona u obiteljskom i nasljednom pravu tokom 19. i 20. st. Postupno će se ograničiti očinska vlast te priznati poslovna sposobnost žene te poboljšati njezin nasljedni položaj o odnosu prema mužu.

Rad je prema Code Civile-u istovjetan pravnom režimu pokretne imovine, a imovinski odnosi koji su predmet regulacije naročito su povezani s nepokretnom imovinom- to je razlog zbog kojeg zakonik naročito malu pozornost posvećuje zaštiti kolektivnih interesa i s razlogom ga se naziva kodeksom bogatih. [15] Vjerojatno je razlog tomu činjenica da zakonik ne poznaje kategoriju pravne osobe. Tokom 20. st. sudska je praksa razvila pravila o socijalnoj zaštiti radnika, koja su bila tolikog značaja da su cijelu oblast regulacije radnih odnosa izdvojila iz građanskog prava u samostalnu pravnu granu.

Bez obzira na navedene nedostatke, Code Civile je i danas na snazi u Francuskoj. Evidentno je sudska praksa sa svoje strane učinila mnogo ne bi li pravila sadržana u zakoniku prilagodila potrebama vremena. Bilo je

14 F. Wieacker, 272.

15 Ibid., 34.

nekoliko pokušaja reforme Code Civile-a[16], uvjetovanih ponajviše uvođenjem višestranačkih pravnih sustava na području Europe u 20. stoljeću, no do danas nije došlo do praktičnih zakonodavnih koraka.

1.3. Utjecaj i značenje Code Civila

Važnost je Code Civile-a ponajviše u činjenici prihvaćanja njegova sadržaja u zakonodavstvima mnogih zemalja, ne samo onih iz europskog pravnog kruga. Recepcija francuskog kodificiranog prava u najvećem je broju slučajeva nametnuta drugim narodima i zemljama. I to, u Europi u vrijeme Napoleonovih osvajanja, a u ostalim dijelovima svijeta, nešto kasnije, u vrijeme stvaranja francuskog kolonijalnog carstva. Imamo li na umu činjenicu da su se zemlje koje su recipirale francuskom kodificirano pravo međusobno uvelike razlikovale, možemo zaključiti kako je način formuliranja pravnih normi s jasno izraženim pravnim mislima francuskog Code Civila omogućio uspješnu prilagodbu različitim pravnim sustavima.[17]

Iako je u Francuskoj bio umjeren i konzervativan, na područje drugih zakonodavstava često je unosio revolucionarne promjene. Građansko pravo Belgije, Luksemburga i Nizozemske i danas je pod naročitim utjecajem Code Civile-a.[18]

Španjolski Codico civile iz 1889., koji je i danas na snazi toliko je pod utjecajem Code Civile-a da se na pojedinim mjestima uređenja građanskog prava zadovoljava samo prijevodom francuskog teksta. Osobito je dominantan utjecaj Code Civile-a na zemlje koje su bile pod Francuskim dominatom u razdoblju 19. st. Tu spada područje Bliskog istoga, Zapadne Afrike, Indokine i Oceanije. Sve su te države počele stjecati neovisnost nakon Drugog svjetskog rata, no u njima je francuska uprava i nakon neovisnosti ostala dominantna. Egipat je donio svoj Građanski zakonik 1949. Iako Zakonik naročito poštuje islamsko pravo , u dobrom dijelu s eoslanja na Code Civile. Isti je slučaj s Alžirom, Marok i Tunisom. Libanon je 1932. donio Code des obligationes et des contracts, što isto ima razrađen sustav materije koja se obrađuje u Code Civile-u. Zemlje Zadne Afrike uređuju sustav građanskog prava prema Code Civile-u- Senegal, Mauritanija, Mali, Niger, Gvineja, Burkina Faso, Obala Bjelokosti i Dahomej.

Utjecaj Code Civile izrazit je i na području Sjeverne i Južne Amerike, naročito u razdoblju nakon 19.st. nakon što ta područja oslobođena španjolskog

16 Prilikom 100 godina od donošenja zakonika (1904.) okupljenja je komisija koja je imala reformirati dijelove zakonika, no to je ostalo u pokušaju. 1945. osnovana je komisija pod vodstvom prof. Morandijera koja je 1954. izradila projekt od 747 članaka koji se odnose na uvodni dio, međunarodno privatno pravo i Knjigu o fizičkim osobama i obitelji, a 1961. Knjigu o nasljeđivanju, oporuci i darovima.

17 S. Šarkić, D. Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Izdavačka kuća Draganić, Beograd 1996, str. 129.

18 Nizozemski zakonik iz 1838.oslanjao se po svojoj strukturi na Code Civile, ali je naglasio razliku između osobnih prava i prava na stvarima, što nije slučaj s Code Civile. Također, nije prihvatio određene francuske institute koji uređuju statusni položaj fizičke osobe. Pod utjecajem Zakonika iz 1838., 1992. u Nizozemskoj je usvojen novi GZ. Vidi: D. Jurić, B. Vukas, *Nastanak Code Civil-a i njegov utjecaj na pravne sustave drugih država*, Zbornik radova «200-ta obljetnica Code Civil-a», Rijeka 2004. str. 144.

kolonijalnog robstva. Sve su te zemlje svoje zakonodavstvo na građaskopravnom području uskladile s francuskim Code Civile-om. Haiti 1825., Bolivija 1830., Dominikanska Republika 1845. i 1884., Čile 1855., Argentina 1896. te Brazil 1916. U Sjevernoj Americi, francuska pravna tradicija je na snazi u sva područja: Saveznoj Državi Lousiani i Quebecku (Kanada). Na tim je područjima francuska pravna tradicija izložena utjecaju anglosaksonskog prava pa se tako stvorio poseban pravni sustav, Civil law i Common Law.[19]

Recepcija Code Civila u svim ovim zemljama nije bila rezultat moći francuske države, već posljedica kulturne snage i same kvalitete zakonika koji je ponikao iz revolucije, koja je ukinula pravnu rascjepkanost svojstvenu feudalnom poretku i po prvi puta stvorila centralističku nacionalnu državu s jedinstvenim građanskim poretkom. Code Civile je htio nadvisiti svoj uzror iz 13. stoljeća- Corpus iuris civilis. Danas možemo reći da je u tome uspio, ne samo sadržajem već i trajanjem (s kojim se može usporediti samo Ustav SAD-a iz 1787. god.). Možda važnost samog Zakonika najbolje ocrtavaju misli njegova idejnog tvorca, Napoleona Bonapartea: «Moja prava slava nije u tome što sam dobio četrdeset bitaka. Waterloo će izbrisati sjećanje na tolike pobjede. Ono što ništa neće izbrisati, što će vječno živjeti, to je moj Code Civile.»[20]

2. Codice civile

Kako je građansko pravo u Italiji u prvoj polovini 19. st. zasnovano na osnovama Napoleonove kodifikacije, u mnogim je pokrajinama vrijedio Code Civile. Prvi građanski zakonim donešen je odmah nakon oslobođenja 25. lipnja 1865. i stupio je na snagu 1. siječnja 1866. Uzor mu je bio Code civile.

Građanski zakonik iz 1865. po sistematici je podijeljen na tri knjige: 1. O osobama, 2. O stvarima, vlasništvu i promjenama vlasništva, 3. O načinima stjecanja vlasništva,. Ono po čemu se ovaj zakonik razlikuje od drugih pravnih kodifikacija, a tako i Code Civila, po uzoru na koji je nastao jest njegov uvodni dio tzv. Dispozicijski preliminari, u kojima su po prvi puta sadržane odredbe međunarodnog privatnog prava. Taj dio nastao pod utjecajem značajnog talijanskog državnika Mancinija i predstavljao je novinu u povijesti kodifikacija.

Kako je nakon Drugog svjetskog rata došlo do potrebe reformiranja građanskog i trgovačkog prava u Italiji, 21. travnja 1942. na snagu je stupio novi Codice Civile. Zakonik je sadržan od 2969 članaka i jedinstveno regulira građanskopravne i trgovačkopravne odnose. Podijeljen je na šest knjiga. Ne samo po sadržaju, već i po tehnici, Codice civile jest moderni zakonik. Jezik mu je jasan i precizan, sadržaj pregledan. [21]

19 D. Stojanović, 35.
20 Ibid., 32.
21 Ibid., 48.

3. Opći građanski zakonik (OGZ)

Kronološki gledano sljedeći građanski zakonik koji zauzima mjesto iza Code Civil-a kao „najslavnijeg proizvoda kodifikacijskog pokreta“[22] jest Opći austrijski građanski zakonik koji je uveden patentom 1. lipnja 1811., a stupio je na snagu 1. siječnja 1812. u svim zemljama koje su tada bile dijelom Austrije, odnosno tzv. austrijske nasljedne zemlje.[23] Dakle, ne i na području Ugarske, Hrvatske, Slavonije i Sedmogradske. Budući da je apsolutistička vlada nastojala na području cijele Monarhije uvesti jedinstveno zakonodavstvo, tako je patentom 20. studenoga 1852. OGZ uveden i u Ugarsku, Hrvatsku i Slavoniju, Srpsku Vojvodinu i Temiški Banat, a stupio je na snagu 1. svibnja 1853. Iako je navedeni zakonik stupio na snagu tek početkom 19. stoljeća, treba napomenuti da se potreba za stvaranjem jedinstvene kodifikacije privatnog prava ili građanskog zakonika pojavila dosta rano, u vrijeme prosvijećenog apsolutizma za vrijeme vladanja carice Marije Terezije i njezinoga sina cara Josipa II.

Prethodni radovi na kodifikaciji počeli su već sredinom 18. stoljeća, odnosno 1753. kada je za vrijeme vladanja Marije Terezije oformljena Komisija u Brnu sa zadatkom da počne sa pripremama izrade jedinstvenog građanskog zakonika.[24] Na čelu spomenute komisije za izradu zakonika nazvanog Codex Theresianus, bio je grof Otto Frankenberg, a kasnije komorski predsjednik barun Blumegen. Ta komisija je održala svoju prvu sjednicu u Beču, 3. svibnja 1753.[25] Komisija je 1766. izložila svoj nacrt građanskog zakonika u tri knjige, po sustavu rimskih Gaius Institutiones (pravo osoba, pravo na stvari, osobna prava na stvari, te parbeni i izvanparbeni postupak). Codex Theresianus je zbog svoje opsežnosti sa čak 7377 članka više bio udžbenik prava, nego zakonski tekst te su mu zbog toga i upućene mnoge kritike koje su naposljetku dovele do toga da navedena osnova nije nikada dobila zakonsku sankciju.

Budući da ni sama carica Marija Terezija nije bila suglasna s ovako opsežnim djelom, 1772. daje instrukcije za izradu novog zakonika privatnog prava koje se mogu sažeti u sljedećih 5 točaka:

- Da se u zakon ne uvrštava knjiga – udžbenik prava[26] i da se strogo odvoji zakon od znanstvene knjige;
- Da u zakonu bude sve izraženo što je moguće kraće i da se izbjegnu praktični primjeri;
- Da se izbjegnu sve nedoumice i nejasnoće;
- Da se zakon ne oslanja na rimsko pravo, već da se svuda pokuša uzeti prirodna pravičnost;

22 D. Stojanović, O. Antić, *Uvod u građansko pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2004., 41.

23 Austrijske nasljedne zemlje na dan stupanja OGZ-a, 1. siječnja 1812., bile su: Donja i Gornja Austrija, Češka, Moravska, Šleska, Bukovina, Galicija, Lodomirija, Štajerska, Donja Koruška; Hrvatsko-slavonska, Ugarska i Sedmogradska Vojna krajina (izuzev karlovačke i banske krajine).

24 „Četiri godine od ustrojenja pravosudnih oblasti, zajedničkog vrhovnog sudišta i jednog zajedničkog ministarstva za pravosuđe, krenulo se s poslom pokušaja kodifikacije privatnog prava“. Vidjeti: A. Rušnov, Tumač Obćemu austrijskom gradjanskom zakoniku, Knjiga prva, Zagreb, 1893., 18.

25 M. Derenčin, *Tumač k obćemu austrijskom gradjanskom zakonu*, knjiga I, Zagreb, 1880., 5.

26 G. Köbler, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Verlag Franz Vahlen, Munchen, 2005., 145.

- Da zakon bude čim više jednostavan, a kod slučajeva što su u bitnome jednaki, radi mogućeg kojeg sličnog slučaja i njihove male razlike, da se ne donose nove zakonske ustanove. [27]

Ovaj nacrt, čiji je autor Johann Peter Horten, doživio je više preinaka te je kao nova osnova iz 1786., poslužio izradi Jozefinskog zakonika. Jozefinski zakonik proglašen je 1. studenoga 1786., a stupio je na snagu 1. siječnja 1787. za sve nasljedne austrijske zemlje kao opći obvezujući zakonik, dok je za područje Galicije stupio na snagu 1. svibnja 1787. za vrijeme vladanja cara Josipa II.[28] No, proglašen je samo prvi dio zakonika koji se odnosi na pravo osoba.[29] Zbog silnog otpora protiv njegovih reformi u Ugarskoj i s njom združenih zemalja, pokušaj Josipa II. da ovaj zakon uvede i u taj dio monarhije je propao te je bio prinuđen da svojim dekretom 28. siječnja 1790. opozove sve nove uredbe što su stupile na snagu i vrati prijašnju političku i sudbenu organizaciju.

1790. godine za vrijeme vladavine cara Leopolda II. sastavljeno je novo povjerenstvo za pravne poslove pod predsjedništvom baruna Karla Antona von Martinia – poznatog profesora prirodnog prava. „Nacrt općeg građanskog zakonika" kojeg je izradio Martini bila je gotova u potpunosti 1796. za vladavine cara Franje II. te je u potpunosti odstupao od Codexa Theresianusa Marije Terezije i rimskog prava, prožet učenjem škole prirodnog prava. Martinijeva Izvorna osnova općeg građanskog zakonika nikad nije postala zakon, već je 1801. tekst ovog zakona povjeren novom Povjerenstvu pod nazivom Dvorsko povjerenstvo za zakonodavne poslove na konačnu obradu. Predsjednik ovog Povjerenstva bio je Franz von Zeiller, Martinov sljedbenik i učenik na kojega je utjecalo ne samo učenje prirodnog prava, nego i učenje racionalističke Kantove filozofije. Nakon trećeg čitanja ili tzv. superrevizije koja je završena 22. siječnja 1810., prijedlog povjerenstva je bio da naslov zakona glasi „Opći građanski zakonik za njemačke nasljedne zemlje Austrijske Monarhije, uklopno Galicije" te je konačno novi zakon uveden carskim patentom 1811., kao „Opći građanski zakonik" (Allgemeine Burgerliche Gesetzbuch).[30]

U njegovim uvodnim člancima, naročito u čl. 7. i 12. se osjeća programski sadržaj prirodnog prava, jer prema navedenim člancima sudac dobiva slobodu da pod određenim pretpostavkama, popuni praznine u zakonu pozivajući se na „principe prirodnog prava" (§ 7).[31] Za razliku od toga, običajno pravo se primjenjivalo samo ako se zakon na njega poziva. OGZ je bitno promijenio austrijsko feudalno društvo u cjelini i pridonijeo svojim osnovama da se ono reformira u korijenu. OGZ je sa svojim idejama o građanskopravnoj jednakosti, emancipaciji privatnopravnih odnosa od državnog nadzora i slobodi gospodarskog prometa bio u suprotnosti sa faktičkom socijalnom strukturom tadašnjeg društva u Austriji jer je većina stanovništva Austrijske Carevine živjela u feudalnom društvenom poretku. Dakle, OGZ je bio ispred svoga vremena te će

27 A. Rušnov, 18. Isti redoslijed ovih instrukcija donosi i Derenčin (str. 8).

28 M. Derenčin, 7-9.

29 Jozefinski zakonik je bio sastavljen od 5 glava (općenito o zakonima, o pravima državljana; o pravima supružnika, pravima između roditelja i djece, te o pravu siromašnih – skrbništvu). Vidjeti: M. von Stubenrauch, Commentar zum osterreichsten allgemeinen burgerlichen Gesetzbuch, Knjiga prva, Wien, 1902., 2.

30 OGZ kao sveopći i jedinstveni građasnki zakonik je sve do 1. svibnja 1861. bio na snazi u cijeloj Habsburškoj Monarhiji, a od toga dana u Ugarskoj je OGZ bio izvan uporabe i pravnog važenja, nakon primjene tijekom samo 8 godina.

31 D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo,* Savremena administracija, Beograd, 1986., 36.

tek sa izmjenom agrarnih odnosa i industrijalizacijom sedamdesetih godina 19. stoljeća biti na istoj razini sa društvenom i ekonomskom stvarnošću austrijskog života.

Opći austrijski građanski zakonik ili skraćeno ABGB, a u Hrvatskoj skraćeno OGZ[32] podijeljen je na uvodni dio i na tri djela (pravo osoba uključujući obiteljsko pravo; stvarno pravo sa nasljednim pravom i jedan dio obveznog prava; zajedničke odredbe prava osoba i stvarnog prava, te preostali dio obveznog prava)[33] pri čemu se osjeća još veliki utjecaj Gajevih i Justinijanovih Institutiones (podjele na personae, res, actiones) u sustavu izlaganja. Sadrži 1502 paragrafa i može se reći da je relativno kratak zakon, a navedena podjela ukazuje na klasni karakter zakona budući da je naglasak na osobama koje imaju određenu imovinu. Zbog navedene kratkoće zakona u njemu je bilo dosta pravnih praznina, pa tako npr. OGZ regulira osobna prava i obveze bračnih drugova u samo 4 paragrafa (par. 89.- 92.), dok se samo jedan paragraf odnosi na uzdržavanje izvanbračne djece. Također, OGZ uopće ne poznaje odredbe o realnim teretima i ugovoru o posredovanju, te sadrži i svega nekoliko odredaba o ugovoru u službi i ugovoru o djelu.[34] Manjkavost OGZ po pitanju navedenih ugovora omogućila je otvorenu ekspoloataciju radničke klase od strane privatnih vlasnika nad sredstvima za proizvodnju.

Iako je i Code Civil bio izrazito konzervativan u normiranju bračnog prava, OGZ je daleko napredniji po tom pitanju, pa tako zakonik poznaje samo crkveni brak pod utjecajem crkvenih tendencija, dok je građanski brak dopušten samo između pripadnika nepriznatih religija. No, u mnogočemu je OGZ u potpunosti prekinuo sa feudalnim društvenim poretkom, jer mu je osnova izrađena pod velikim utjecajem racionalističkog prirodnog prava, pri čemu je takav pristup značio i usvajanje individualističkih liberalnih načela i Kantove filozofije. Dakle, u sam temelj mu je ugrađena ideja o čovjeku kao slobodnom, samostalnom i odgovornom biću.[35]

Austrijska vlada je 1904., na prijedlog pravnika Ungera, sastavila Komisiju za izmjenu OGZ-a sa zadatkom da se popune praznine. Rad ove Komisije je trajao dosta dugo, te su tek između 1914. i 1916. godine donesene tri djelomične novele. Treća novela znatno mijenja sadržaj prvotnog teksta OGZ-a jer je njome oko 180 paragrafa iz svih dijelova mijenjano i dopunjeno. Utjecaj na ovu novelu bio je iz Njemačkog građanskog zakonika, pri čemu nove odredbe obuhvaćaju posebno opće ugovorno pravo, pravo najma i zakupa, te ugovore o službi i djelu.[36]

Pored francuskog Code Civila kojeg je Engels označio kao „ jedini moderni buržoaski zakon koji se zasniva na društvenim tekovinama velike francuske revolucije, koje su pravno u zakonik prenete“, OGZ također predstavlja značajnu kodifikaciju građanskog prava 19. stoljeća, ali sa mnogo

32 OGZ je na snazi u Hrvatskoj poslije Listopadske diplome i Hrvatsko-ugarske nagodbe na temelju nadležnosti Hrvatskog sabora, pa neki autori inzistiraju da se radi o vlastitom hrvatskom građanskom zakoniku, a ne više o austrijskom. *Vidjeti*: B. Gavella, *Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalno-europski pravni krug*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, godina 43., broj 4, Zagreb, 1993., 341.

33 Kratak pregled sadržaja po dijelovima i poglavljima vidjeti: A. Rušnov, 1-15.

34 D. Stojanović, O. Antić, 49.

35 B. Gavella, 337.

36 D. Stojanović, 37.

manjim utjecajem. Razloge tome treba tražiti u činjenici da je OGZ nastao u višenacionalnoj državi koja se pod Metternichom povezala sa snagama prošlosti i što joj je neprestano prijetila opasnost unutarnjeg raspada. Usprkos tome, OGZ je za nas jako važan, budući da je vrijedio u hrvatskim zemljama što su bile u sastavu Austro-Ugarske Monarhije sve do 1946. godine. Jedna od temeljnih značajki OGZ-a je i ta, da je hrvatski pravni poredak preko njega utemeljo svoju vezu s kontinentalnoeuropskim pravnim krugom, njegovom podgrupacijom, što se naziva srednjoeuropskim pravom, a dio je to rimsko-germanske pravne tradicije.[37]

4. Njemački građanski zakonik

Njemački građanski zakonik donešen je 1. srpnja 1896., a stupio je na snagu tek 1. siječnja 1900. Rad na ovom zakoniku trajao je pune 22 godine (od 1874.), a njegovo stupanje na snagu simbolično znači početak novog vijeka, 20. stoljeća, te raskidanje sa tradicijom i distanciranje od starijih kodifikacija 19. stoljeća. Budući da se njemačko govorno područje sastojalo od niza manjih i većih država i slobodnih gradova, od kojih je gotovo svaka od njih imala svoje zemaljske građanske kodifikacije, zahjev za jedinstvenim građanskim zakonikom bilo je praktički nemoguće ostvariti jer je pretpostavka za pravnu jedinstvenost bila i državna jedinstvenost. Sve te kodifikacije odisale su duhom feudalnog društvenog uređenja i prava, a osobito se to odnosi na Opće zemaljsko pravo Pruske (ALR) iz 1794. godine.

Zahtjev za jedinstvenim građanskim zakonikom bio je izraz već stvorenih kapitalističkih proizvodnih odnosa u njemačkim zemljama čiji je mladi nositelj mlada buržoazija koja se morala prvenstveno državno konstituirati da bi mogla stvoriti jedinstveni građanski zakonik.[38] To se i dogodilo 1871., kada je došlo do ujedinjenja Njemačke s kancelarom Bismarckom na čelu. No, prije nego što se osvrnemo na proces donošenja Njemačkog građanskog zakonika 1896., treba napomenuti da je na višestoljetan proces stvaranja njemačkog privatnog prava veliki utjecaj imalo rimsko pravo.

Tako je 1495. kada je proglašen Reichskammergerihtsordnung kao pravni temelj, institucionalno započela recepcija rimskog privatnog prava u njemačkim zemljama i njegova službena primjena.[39] No, neki njemački autori navode da je recepcija u Svetom Rimskom Carstvu Njemačke narodnosti započela još u 13. stoljeću.[40] Prvotno recipirano rimsko pravo bilo je postklasično pravo, a tek kasnije u vremenu od 16. do 18. stoljeća, njemačka je jurisprudencija prihvatila i mnoge elemente Justinijanovog prava, pod nazivom Usus modernus pandectarum. Ti elementi su bili duboko prožeti domaćim (njemačkim) ustanovama te su one dobile ravnopravan položaj s recipiranim rimskim pravom, a u slučaju dvojbe domaćem pravu se priznavala prednost. Ipak, u 19. stoljeću ponovno dolazi do preokreta pod utjecajem Savignya koji je pokuša jedinstvenost njemačkog prava ostvariti na osnovi «čistog» klasičnog

37 B. Gavella, 336.

38 D. Stojanović, O. Antić, 51.

39 L. Margetić, *Rimsko pravo kao europski fenomen i hrvatska pravna povijest,* Pravni fakultet, Rijeka, 1997., 15.

40 W. Waldstein, M. Reiner, *Romische Rechtsgeschichte*, Munchen, 2005., 255.

rimskog prava, bez utjecaja Usus modernus pandectarum. Slijedom toga, u Njemačkoj je u drugoj polovici 19. stoljeća izgrađeno tzv. pandektno pravo, odnosno pravo što je temeljem «čistog» rimskog prava trebalo omogućiti njemačkoj praksi jedinstveni pravni i idejni i teorijski temelj.[41] To je dovelo, naposlijetku, do prihvaćanja Njemačkog građanskog zakonika.

U Njemačkoj se buržoazija morala izboriti za donošenje građanskog zakonika jer nije pobijedila u revoluciji 1848. niti je postala vladajuća klasa te je ona stoga, napravila kompromis sa feudalnim snagama i uspjela prisiliti polufeudalnu birokraciju i junkersku[42] državu da donese takve zakone što bi odgovarali naraslim kapitalističkim odnosima.[43]

Godine 1874. počelo se sa radom na kodifikaciji njemačkog privatnog prava, kada je osnovana komisija od 11 članova sastavljena od sudaca i profesora, a pod predsjedanjem poznatog profesora pandektnog prava Bernarda Windscheida. Nakon rada komisije u trajanju od 13 godina, 1887. završen je rad na Prvom nacrtu građanskog zakonika sa «Motivima». Ovaj nacrt je bio izložen oštroj i opsežnoj kritici, i to zbog doktrinarne vanjske forme zakona, i zato što je bio pretrpan apstraktnim teorijama pandektne škole te zbog učenog pravnog jezika koji je bio nerazumljiv narodu.[44] Također, zbog inzistiranja na pravno točnom i preciznom načinu izražavanja, tekst zakona se «izgubio» i postao nejasan.[45]

Nakon ovih krtika koje su bile upućene Prvom nacrtu, formirana je 1890. druga komisija za izradu građanskog zakonika koja je svoj rad završila 1895. Komisija je u Prvom nacrtu promijenila jezik zakona i smanjila njegov individualizam, uvrstila određene generalne klauzule (npr., zabrana zlouporabe prava i načelo savjesnosti i poštenja, dr.) te neke socijalne institute. Kao što je već prije navedeno, Drugi nacrt je bio gotov 1895. te je s manjim nebitnim izmjenama usvojen 1896., da bi stupio na snagu 1. siječnja 1900.

Njemački građanski zakonik značajan je po tome što je prvi napustio tročlanu sistematiku izlaganja prava po uzoru na Gajeve i Justinijanove Institutiones i uveo sistematiku pandektnog prava. Zakonik se sastoji od 2385 paragrafa podijeljenih na pet dijelova (knjiga), i to:

- Prva knjiga – Opći dio (par. 1 -240);
- Druga knjiga – Obvezno pravo (par. 241 - 853);
- Treća knjiga – Stvarno pravo (par. 854 - 1296);
- Četvrta knjiga – Obiteljsko pravo (par. 1297 – 1921);
- Peta knjiga – Nasljedno pravo (par. 1922 – 2385).[46]
- Uvodnim zakonom za građanski zakonik dodana je i Šesta knjiga koja sadrži 30 paragrafa, a odnosi se na primjenu stranih zakona (tzv. međunarodno privatno pravo).[47]

41 L. Margetić, 15-16.

42 Junkeri su bili pripadnici vojnog Pruskog plemstva.

43 D. Stojanović, 38.

44 *Burgerliches Gesetzbuch*, Verlages C.H. Beck, Munchen, 1993., uvod Professor dr. Helmut Kohler, str. X.

45 Najjača krtitika ovom nacrtu bila je upućena od strane socijalnih krugova na čelu sa bečkim socijalistom Antonom Mengerom koji je u svojoj knjizi «Das burgerliche Rechat und die besitzloser Volksklassen« (1891) ukazao u kojoj mjeri princip slobode ugovaranja može dovesti do potčinjavanja socijalno slabih od strane jačih slojeva.

46 Burgerliches Gesetzbuch, 1 – 5.

47 D. Stojanović, 39.

Osim što je Njemački građanski zakonik uveo sistematiku pandektnog prava, uvodi i još jednu novinu, a to je opći dio kojeg nisu sadržavali građanski zakonici - kodeksi iz 19. stoljeća kao, npr. Code Civil i OGZ. Opći dio se nalazi na samom početku zakonika i sadrži elementarne pravne institute, što će služiti svakom pravniku kako u obveznom, tako u stvarnom, obiteljskom i nasljednom pravu, odnosno u cjelokupnom privatnom pravu. Pravni instituti koji se nalaze u već spomenutom općem dijelu, preuzeti su iz teorije pandektnog prava 19. stoljeća, koja ih je doktrinarno sažela i izdvojila iz parktične materije građanskog prava. U Općem dijelu sadržane su odredbe koje se odnose na fizičke osobe (pravna sposobnost, punoljetnost, maloljetnost i prebivalište), pravne osobe[48] i stvari (objekti pravnih odnosa).

Središnje mjesto u Njemačkom građanskom zakoniku zauzimaju odredbe koje se odnose na pravne poslove i zastaru. Tako je pojam pravnog posla određen na apstraktan način jer je njime obuhvaćen i jednostavan ugovor iz obveznog prava (npr. kupoprodaja), ali i tzv. stvarnopravni ugovori za čiju se valjanost traži postojanje posebne suglasnosti volja između stranaka ukoliko dolazi do prijenosa stvarnog prava na jednoj stvari ili ako se zasniva stvarno pravo na tuđoj stvari. Prema Zakoniku, razvijena je teorija prema kojoj je pravni posao svaka izjava volje što je usmjerena na nastanak, promjenu ili prestanak nekog prava. U opći dio, tvorci zakonika su uvrstili tri osnovna elementa građanskopravne teorije koju čine pravni subjekti, pravni objekti i pravni poslovi, po uzoru na pandektnu sistematiku i Gajevu trovrsnu podjelu «res», «actiones» i «personae».[49] No, oni ipak nisu doslovno primjenili Gajev način izlaganja materije prava, budući da su u opći dio uvrstili i institute što ovdje ne bi pripadali, kao npr. odredbe koje se odnose na udruženja i ustanove, stvarno pravo, obvezno pravo, itd. Dakle, nastala je svojevrsna mješovita kompozicija heterogenih elemenata i nije stvoren primjeran opći dio koji bi trebao sadržavati opća pravila o ponašanju sudionika u pravnom prometu s općim načelima o tumačenju zakonika, o njegovom stupanju na snagu, itd.

U drugoj knjizi se izlažu odredbe obveznog prava, dok treća knjiga sadrži odredbe stvarnog prava, pri čemu treba napomenuti da su stvarna prava apsolutna, dok su obvezna relativna. Stvarnim pravom obuhvaćeni su instituti vlasništva, hipoteke, plodouživanja i zaloga, dok obvezno pravo obrađuje prava koja jedna osoba ima prema jednom subjektu na temelju ugovora, stjecanja bez osnove ili delikta.[50]

Budući da je Njemački građanski zakonik nastao u doba industrijskog kapitalizma, sadrži ustanove koje nisu poznavali građanski zakonici – kodeksi 19. stoljeća nastali u doba liberalnog kapitalizma, jer za to nije postojala potreba. Tako je uvedena objektivna odgovornost za opasne stvari u naknadi štete (pored subjektivne odgovornosti), ustanova osiguranja, ugovor u korist treće osobe, itd. No i pored ovih naprednih ustanova, u Njemačkom građanskom zakoniku se nalaze i instituti iz vremena feudalizma, kao npr. realni tereti, zajedničko vlasništvo kod imovinskih bračnih odnosa i nasljednih zajednica, te fideikomis.

48 Code Civil nije sadržavao odredbe o pravnim osobama, dok su u Njemačkom građanskom zakoniku pravne osobe najvažniji subjekti građanskopravnih odnosa.

49 D. Stojanović, 39.

50 Njemački građanski zakonik je poseban naglasak stavio na vlasništvo na pokretnim stvarima, dok je za razliku od njega, Code Civil usmjerio pozornost na oslobođenje vlasništva na nekretninama od feudalnih odnosa.

To je zbog toga što je Zakonik nastao, u političkom smislu, kao rezultat kompromisa između feudalnih snaga «starog poretka», državne birokracije i «svježih» kapitalističkih snaga – predstavnika građanskog društvenog poretka.

Osim toga, i ugovor o radu kao važno područje društvenih odnosa, reguliran je sa samo dvadeset paragrafa (par.610-630), budući da detaljnije reguliranje odnosa između kapitalističkih snaga i radnika ne ide u korist vladajućih struktura koje bi na taj način bile ograničene u iskorištavanju pojedinih kapitalista. Sličan odnos prema radu postojao je i u drugim građanskim zakonicima iz 19. stoljeća, kao npr. u Code Civilu, OGZ-u, itd. Za razliku od radnog prava, nasljednom pravu je je posvećena posebna knjiga koja tu materiju obrađuje sa 450 paragrafa. Tako je, jer su interesi vladajućih struktura izravno pogođeni zboga toga što se normama nasljednog prava prenosi vlast «kojom je umrli raspolagao tijekom života, i to vlast da se uz pomoć vlasništva prisvajaju proizvodi tuđeg rada» (Marx – Engels).

Iako je Njemački građanski zakonik trebao biti djelo koje predstavlja 20. stoljeće, u njemu se ipak odražavaju političke, socijalne i ekonomske prilike 19. stoljeća i vrijeme Bismarckove vladavine. Ovaj zakonik sadrži sva pravna postignuća pravne znanosti 19. stoljeća, ali nemoguće je za očekivati da će poslužiti kao temelj novih pravnih ideja za rješavanje problema nastalih u 20. stoljeću.[51] Taj je problem zakonodavac pokušao riješiti uvođenjem u tekst mnogih generalnih klauzula i neodređenih pojmova poznatih pod nazivom «kraljevski paragrafi». Među njima možemo naći klauzule, kao što su: «savjesnost i poštenje» (par. 157, 242), «dobri običaji» (par. 138, 817, 826), «zabrana zloupotrebe prava» (par. 226) i dr.[52]

Njemački građanski zakonik predstavlja zakonik iznimne preciznosti, pisan stručnim jezikom isključivo za pravnike, pa je i gotovo nerazumljiv nepravnicima.[53] Svaka riječ i svaka rečenica imaju određeni smisao.[54] Za pravilno shvaćanje i razumijevanje jednog propisa, potrebno je razumijevanje svih drugih. Stoga, za njega se kaže da je to «zakonik privatnog prava na najpreciznijim, najkonzekventnijim pravnim jezikom možda za sva vremena» (Gmur). Nesumnjivo, NGZ predstavlja veliko kodifikatorsko djelo poznato kao sinonim za preciznost i sustavnost. Kao takav, on je snažno utjecao na zakonodavstva drugih zemalja, među kojima treba prvenstveno istaknuti njegov utjecaj na izgradnju Japanskog građanskog zakonika iz 1898. godine, Brazilskog građanskog zakonika iz 1916., Građanskog zakonika Kine iz 1930., Talijanskog građanskog zakonika (Codice civile) iz 1942., te nekih kasnijih, kao npr. Mađarskog, Koreanskog i Vijetnamskog.[55]

51 D. Stojanović, 41.

52 Navedene klauzule imale su zadatak u praksi da uvedu socijalno-pravične postulate ius auquum-a u ius strictum pozitivnog prava kako bi se ono što lakše prilagodilo promjenama socijalnog i gospodarskog života koje su nastale nakon donošenja zakonika.

53 Po jeziku i tehnici to nije «narodni zakonik» koji može svatko razumjeti.

54 D. Stojanović, O. Antić, 55.

55 G. Kobler, 191.

5. Švicarski građanski zakonik

Kodifikatorska ideja privatnog prava u Švicarskoj razvila se u 19. stoljeću na razini kantona i kantonalnog zakonodavstva kada su pojedini kantoni počeli donositi svoje kodifikacije privatnog prava. Obilježje tih kodifikacija jest da se one nisu u potpunosti temeljile na recepciji rimskog prava jer je postojao svojevrstan otpor primjeni tog prava koje je smatrano stranim i zbog toga što su ga pokušali nametnuti kao svoje pravo njemački carevi na području Švicarske. Kodifikacija privatnog prava koje se odvijala na razini kantona bila je pod različitim utjecajima, pa se je tako nakon anektiranja Švicarske u Napoleonovo Carstvo, počeo primjenjivati na ovom području francuski pravni poredak i Code Civil. Code Civil je ili bio na snazi ili znatno utjecao na kodifikaciju privatnog prava u kantonima Ženeva 1804., Waadt 1819., Freiburg im Uchtland 1835.-1859., Tessin 1837. i još nekim drugim.[56] Dalje, u drugim krajevima Švicarske što su se dijelom politički oslanjali na Habsburšku Monarhiju, a religijski na rimsku crkvu, ti su kantoni kodificirali svoje privatno pravo pod snažnim utjecajem austrijskog OGZ-a iz 1811.[57]

Razvojem proizvodnih odnosa i ekonomskim usponom u drugoj polovici 19. stoljeća, dolazi do potrebe stvaranja većeg pravnog jedinstva i do kodificiranja prava na saveznoj razini. 1884. godine izmjenom Ustava, Savez – Konfederacija dobija u nadležnost donošenje jedinstvenog zakonodavstva u području trgovačkog i obveznog prava. Stoga je, 1891. donesen jedinstven Zakon o obligacijama koji se u mnogim svojim odredbama oslanjao na Njemački trgovački zakonik iz 1861.[58]

Zahvaljujući nalogu Švicarskog udruženja pravnika, 1884. g. počeo je profesor Eugen Huber s pripremnim radovima za izradu jedinstvene kodifikacije te je nakon nekoliko godina rada, nastalo njegovo djelo pod naslovom „Sistem i povijest švicarskog privatnog prava“ (Basel, 1886.-1893.) koje je objavljeno u četiri knjige. Nakon ponovne izmjene Ustava 1898., Savez je dobio u nadležnost pravo reguliranja cjelokupnog zakonodavstva iz područja privatnog prava. Profesor Huber je imao i radnu verziju „Projekta građanskog zakonika“[59] koji je ušao u parlamentarnu proceduru i raspravu 1900., te je bio donešen 10. prosinca 1907., a stupio je na snagu tek 1. siječnja 1912.[60]

Švicarski Zivilgestzbuch sastoji se od 977 članaka, a u njemu su sadržana i uvrštena četiri dijela građanskog prava kako ih je oblikovala pandektna škola. Dakle, on se sastoji od četiri dijela: osobno pravo ili pravo osoba (Personenrecht), obiteljsko pravo (Familienrecht), nasljedno pravo (Erbrecht) i stvarno pravo (Sachenrecht). Osim toga, uz Zivilgesetzbuch revidiran je i Zakon o obligacijama iz 1881. te je kao obnovljeni i revidirani zakon stupio na snagu istog dana kada i Građanski zakonik i kao takav čini peti dio građanskog zakonika. Švicarska je kako bi upotpunila građansko zakonodavstvo, uvrstila u njega i odredbe o trgovačkim društvima, pravima tvrtke i vrijednosnim

56 G. Kobler, 188.

57 Ti kantoni su bili sljedeći: Bern 1824.-1831., Luzern 1831.-1839., Solothurn 1841.-1847., Aargau 1847.-1855. Ibid.

58 G. Kobler, 188-189.

59 D. Stojanović, O. Antić, 56.

60 G. Kobler, 188.

papirima te stoga i ne postoji poseban trgovački zakon zbog toga što je on dijelom građanske kodifikacije.

Švicarski građanski zakonik, za razliku od Njemačkog građanskog zakonika, ne sadržava opći dio zbog višestrukih razloga. Temeljni razlog tome je činjenica da su kantolne kodifikacije privatnog prava bile bez općeg dijela, pa je to dakle i neka tradicija same Švicarske. Kao drugi razlog može se navesti taj što Zakon o obligacijama iz 1881. sadržava opća pravila o ugovorima, pa su se slijedom toga iz tih pravila izvodila i opća pravila o pravnim poslovima.[61] Članak 7. Švicarskog građanskog zakonika sadrži pravni postulat – odredbu, prema kojoj se „Opća pravila obligacionog prava o nastanku, izvršenju i prestanku ugovora...primjenjuju i na druge građanskopravne odnose".[62] Nedostatnošću općeg dijela dobila se preglednost i jednostavnost zakona, što je korisnije i za praktičare – stručnjake i za laike.

Ovaj zakonik prvi uvodi kao zakonsku normu posebnu zaštitu osoba i osobnih dobara, kroz naknadu moralne štete onome koji je oštećen takvim činim, dok su ranije kodifikacije kao Code Civil i OGZ štitile samo imovinska prava osoba, ali ne u ovom smislu i same osobe. Također, on znatno poboljšava i položaj žene, bilo u braku ili u odnosu na imovinska prava što proizlaze iz nasljednog odnosa. U bolji položaj stavljena su i izvanbračna djeca u obiteljskim i nasljednim odnosima.

Iako rad na ovoj kodifikaciji nije bio nimalo jednostavan i lak zbog potrebe usuglašavanja mnoštva kantonalnih kodifikacija privatnog prava, profesor Huber stvorio je moderan i pregledan zakonik privatnog prava jednostavnog jezika s ukupnim sadržajem od 1528 paragrafa. On je zbog svojih velikih kvaliteta izazvao veliku pozornost stručnih krugova diljem Europe i drugih zemalja, pa je i zbog toga poslužio kao temeljna baza stvaranja novog Građanskog zakonika Španjolske iz 1942., kao i Grčkog građanskog zakonika iz 1940. No, potpunu recepciju Švicarskog građanskog zakonika izvršila je Turska Republika u vrijeme Kemal Paše Ataturka, koji je nazvan Turski građanski zakonik iz 1926. Međutim, zbog potpuno različite pravne tradicije i stupnja razvijenosti u Turskoj, moderan zakon kakav je bio švicarski nije mogao ostvariti onaj cilj zbog kojeg je taj zakon u potpunosti recipiran.[63]

6. Opšti imovinski zakonik za kneževinu Crnu Goru (OIZ)

Jedno od mnogih djela po kojima je poznat Baltazar Bogišić jest njegovo najznačanije djelo: Opći imovinski zakonik za kneževinu Crnu Goru iz 1888. godine. Radi se o građanskom zakoniku koji ne sadržava obiteljsko i nasljedno pravo i zbog toga je ocijenjen kao imovinski zakonik. Zakonik je formalno proglašen 26. travnja 1988. u glavnom gradu Crne Gore, Cetinju, a na snagu je stupio 1. srpnja iste godine dekretom kneza Nikole 1.

Berlinski kongres 1878. godine priznao je Crnu Goru kao nezavisnu državu. Vrijeme poslije kongresa donosi bitne promjene i ozbiljne zahtjeve

61 D. Stojanović, O. Antić, 57.

62 Ibid, 57.

63 Ibid, 59.

za uklapanje Crne Gore u europske tokove, naročito glede promjene i razvoja suvremene državne strukture i novih društvenih odnosa. Javlja se prodor financijskog kapitala i postepeno se razvijaju kapitalistički odnosi. Kako se javljaju značajni odnosi u poljoprivredi, prometu, obrtništvu i trgovini, mijenja se i društvena struktura, formirani građanski sloj prodire u nove odnose. Za razvoj mlade države bila je potrebna nova suvremena pravna regulativa. Kakao je najvažnije bilo urediti imovinske odnose, knez Nikola angažirao je Baltazara Bogišića, uglednog pravnika, profesora prava u Odesi, na izradi Općeg imovinskog zakonika. [64]

Prilikom sastavljanja teksta Zakonika, Bogišić je, vođen idejom da Zakonik treba pronaći svoju praktičnu primjenu, proučavao običajno pravo. Osim toga, bio je izvrstan poznavatelj pravne teorije pa je običaj gdje od je to smatrao potrebnim dopunio, tj. zamijenio zakonskim propisima. Pokazao je da između običaje i zakonske norme postoji stvaran odnos. U tom smislu u čl. 2. Zakonika ističe kako će upotrijebiti običaj u svim slučajevima u kojima Zakonik nije u dovoljnoj mjeri regulirao društvene odnose i stanje u društvu. Dakle, osnovna koncepcija Zakonika jest da snaga zakona ne izvire iz moći zakonodavca, već d amora izvirati iz snage narodnog života , osjećaja pravde i pravičnosti koji živi u narodu i koji je čvrsto ukorijenjen u društvenoj svijesti.[65]

Crnogorski Opšti imovinski zakonik sadrži ukupno 1031 član; podijeljen je na šest dijelova, a svaki dio na odgovarajući broj razdjela. OIZ obuhvaća odredbe o stvarnim i obveznim pravima, ali bez porodičnog i nasljednog prava. Te je oblasti Bogišić namjerno izostavio smatrajući da su dovoljno i dobro regulirane postojećim crnogorskim narodnim običajima. Pored imovinskog prava u Zakoniku su sadržani svi oni građansko-pravni instituti na temelju kojih nastaju imovinski odnosi. Tako primjerice pravna i poslovna sposobnost, opće odredbe o ugovorima, i drugo.[66]

Temeljne značajke Općeg imovinskog zakonika mogle bi se ovako sažeti:

1. Zakonik je završnica jedne etape povijesnog razvitka Crne Gore. Nakon pobjedničkog ratovanja protiv Turaka 1877.-1878. i teritorijalnog proširenja Crne Gore na Primorje odlukom Berlinskog kongresa, struktura crnogorskog društva znatno se mijenja.
2. Bogišić je u pripremanju ovog Zakonika podrobno proučavao arhive crnogorskih sudova i crnogorskog senata.
3. Zakonik je rađen uz strogo vođenje računa o idejama, običajima i društvenim potrebama sredine kojoj je zakonik namijenjen. Jedna od najvažnijih osobina OIZ-a jest njegova integracija u narodno običajno pravo.
4. Bogišić je u suvremenoj zakonodavnoj praksi prokrčio put modernim teorijskim shvaćanjima koja su ukazivala na potrebu razdvajanja imovinskog od običajnog prava.

64 D. Šečković, *Društveno- ekonomski odnosi i prilike u Crnoj Gori u vrijeme donošenja Opšteg imovinskog zakonika*, Zbornik radova: Naučni skup 120 godina OIZ-a u Crnoj Gori, Podgorica 2009, str. 60.

65 S. Perović, *Kultura zakonitosti i prirodno pravo*, Pravni život, Beograd 1997., str. 98.

66 H. Sirotković., *Akadmik Bogišić — redaktor Crnogorskoga Opšteg imovinskog zakonika*. U povodu 100. Obljetnice njegova donošenja. Arhivski vjesnik, 32.;1989. sv. 33, str. 17.

5. Kao i svaka uspješna kodifikacija, OIZ je privukao za sobom brojnu normativnu djelatnost u Crnoj Gori, koja je postupno pravno regulirala društvene promjene koje krajem 19. st. nastaju u Crnoj Gori. [67]

Zbog svojih originalnih rješenja, a naročito zbog prenošenja ustavnog narodnog običajnog u zakonsko pravo, OIZ je odmah nakon objavljivanja pobudio veliki znanstveni interes u nas i u svijetu. Odmah nakon objavljivanja preveden je na pet jezika; španjolski 1891., francuski 1892., njemački 1893., talijanski 1900. i ruski 1901. Prema sakupljenim bibliografskim podacima do sada je kod nas i u svijetu objavljeno oko 200 recenzija, prikaza i komentara OIZ-a. Takav znanstveni interes nije pobudilo niti jedno drugo pravno djelo iz jugoslavenskog prava.

ZAKLJUČAK

Pojam građanski zakonik u smislu kodifikacije počinje se pojavljivati tek u buržoaskom zakonodavstvu i znanosti. Samu ideju kodifikacije istaknula je Škola prirodnog prava, a ona predstavlja pokušaj stvaranja općeg, univerzalnog i pravičnog prava. U želji za unifikacijom građanskopravnog područja u svim državama «buržuaskog» tipa, osim dakako, u anglosaksonskom pravnom krugu, pokušalo se donijeti građanske zakonike. Kako su težilo pojednostavljivanju i olakšavanu pristupa pravu, pojavom zakonika cijelokupna pravna materija obuhvaćena je jednim zbornikom umjesto brojnih pravnih izvora u kojima je ranije pravo bilo sadržano.

Cilj nam je bio u radu prikazati upravo one koji su utjecali na uređenje građanskopravne materije ne samo na području Europskog kontinenta, već i znatno šire te ukazati na razlike u historijskom kontekstu i sredstvima korištenim za postizanje proklamiranih ciljeva kodifikacija. Prvi zakonik donesen je u Francuskoj neposredno nakon građanske revolucije 1789. Taj je zakonik u sebi spajao ideje francuske revolucije, ali i dugotrajno izgrađivane temelje pravne znanosti. S druge strane, napori da se unificira građansko pravo u Austriji konačno su urodili plodom 1811. publiciranjem Općeg građanskog zakonika (ABGB), koji je u sadržajnom smislu bio sinteza recipiranog rimskog prava i prirodnopravne škole, no značajno konzervativniji od francuskog. U Njemačkoj je građanski zakonik (BGB) donesen 1896., a stupio je na snagu 1900. godine.

Kako su odredbe navedenih kodifikacija i danas na snazi na području brojnih zemalja, doduše prilagođene prilikama vremena i potrebama pravne prakse, možemo zaključiti da iste predstavljaju temelj suvremene građanskopravne znanosti. Utoliko je njihov značaj još veći.

67 Ibid.,18.

Korištena literatura:

1. A.Rušnov, Tumač Obćemu austrijskom gradjanskom zakoniku, Knjiga prva, Zagreb, 1893.
2. B. Gavella, Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalno-europski pravni krug, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, godina 43., broj 4, Zagreb, 1993.
3. D. Jurić, B. Vukas, Nastanak Code Civil-a i njegov utjecaj na pravne sustave drugih država, Zbornik radova «200-ta obljetnica Code Civil-a», Rijeka 2004.
4. D. Stojanović, O. Antić, Uvod u građansko pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2004
5. D. Stojanović, Uvod u građansko pravo, Savremena administracija, Beograd, 1986.,
6. D. Šečković, Društveno- ekonomski odnosi i prilike u Crnoj Gori u vrijeme donošenja Opšteg imovinskog zakonika, Zbornik radova: Naučni skup 120 godina OIZ-a u Crnoj Gori, Podgorica 2009
7. F.Wieacker, A history of private law in Europe with particular reference to Germany, Claredon Press, Oxford 2003.
8. G. Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, Verlag Franz Vahlen, Munchen, 2005.
9. H. Sirotković., Akadmik Bogišić — redaktor Crnogorskoga Opšteg imovinskog zakonika. U povodu 100. Obljetnice njegova donošenja. Arhivski vjesnik, 32.;1989. sv. 33
10. L. Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen i hrvatska pravna povijest, Pravni fakultet, Rijeka, 1997
11. M. Derenčin, Tumač k obćemu austrijskom gradjanskom zakonu, knjiga I, Zagreb, 1880
12. M. von Stubenrauch, Commentar zum osterreichsten allgemeinen burgerlichen Gesetzbuch, Knjiga prva, Wien, 1902
13. P. Van den Berg., The politics of European Codification, Groningen 2007.,
14. S. Perović, Kultura zakonitosti i prirodno pravo, Pravni život, Beograd 1997
15. S.Šarkić, D. Popović, Veliki pravni sistemi i kodifikacije, Izdavačka kuća Draganić, Beograd 1996
16. Š. Kurtović, Opća povijest prva i države- II. knjiga, Novi vijek, Zagreb 1994
17. T. Hoberg., The Civil Code- an Overview, http://www.napoleonseries.org/research/government/code/c_code2.html
18. W. Waldstein, M. Reiner, Romische Rechtsgeschichte, Munchen, 2005.

Višnja Lachner

Jelena Roškar

Gordana Hrvić, dipl. pravnik
Univerzitet u Tuzli

POJAM ŠTETE I NAKNADE ŠTETE PO ODREDBAMA AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA IZ 1811. GODINE

Abstract

THE CONCEPT OF DAMAGES IN 1811 AUSTRIAN CIVIL CODE

The concept of damages and compensation is considered to be one of the continually topical legal issues for two reasons; first, it refers to cases where the law balances between the abstract and the concrete, and second, the practice reports frequent occurrence of cases which raise new questions, which, in turn, lead to new insights and possibilities of amendment of legal provisions.

In their life, in addition to a number of other risks, people are daily exposed to a greater or lesser risk of damage. Any individual is exposed not only to the risk of being inflicted damage by others, but also to risk of inflicting damage upon others. Since the risk of inflicting damage occurs on daily basis the need arose to regulate the concept of damage and its forms in legislation. This institute was interesting in the Roman law and has remained such ever since.

The Austrian Civil Code is one of the first modern Civil Law Codes which recognized the need to regulate this sector and included the provisions which will be discussed below.

The Code had been implemented in the countries of the Austro-Hungarian Monarchy, while it had the legal significance of auxiliary source in Bosnia and Herzegovina during the Austro-Hungarian governance.

Keywords: damages, compensation, body injuries, disfiguration, physical and mental pain

1. Uvod

Pojam štete i naknade štete ubraja se u krug uvijek aktuelnih pravnih tema, kako iz razloga što se radi o situacijama gdje pravo balansira između apstraktne i konkretne materije, tako i iz razloga što se kroz praksu svakodnevno javljaju slučajevi koji otvaraju nova pitanja čijim rješavanjem se dolazi do novih saznanja i mogućnosti proširenja zakonskih odredbi.

Tokom svog života osim niza drugih opasnosti s kojima se susreće, čovjek je svakodnevno izložen i većoj ili manjoj opasnosti od nastanka štete. Čovjek kao pojedinac, ne samo da je izložen opasnosti da mu štetu nanesu drugi, već i sam svakodnevno može prouzrokovati štetu drugima. Budući da se štete svakodnevno događaju, s tim se javila i potreba da se pojam štete i njeni pojedini oblici regulišu pravom. Ovaj institut je bio interesantan još u rimskom pravu te ostao i danas.

Austrijski građanski zakonik[1] kod nas poznatiji kao Opći građanski zakonik (u daljem tekstu: OGZ) kao jedan od prvih modernih kodifikacija građanskog prava prepoznao je potrebu regulisanja ovog segmenta te su se u istom našle odredbe o kojim će u nastavku biti riječi.

Ovaj Zakonik je bio primjenjivan u zemljama Austro-Ugarske monarhije, a u Bosni i Hercegovini je u vrijeme austro-ugarske uprave imao značaj pomoćnog pravnog izvora.

2. Historijski razvoj instituta štete i naknade štete

Dva su pravna izvora nastanka OGZ-a, a to su rimsko i prirodno pravo. OGZ sadržajno predstavlja njihovu kombinaciju. Rimsko pravo je bilo historijsko naslijeđe njemačkih zemalja dok je učenje prirodnog prava bilo rezultat intelektualnog razvoja Evrope iz doba prosvjetiteljstva. Ovaj zakonik je od dana donošenja pa do danas dozvoljavao pravnicima da popunjavaju praznine, bio je jasan, razumljiv i mogao je biti predmet pravnog tumačenja.[2] Govoto pola stoljeća od donošenja zakonik je efikasno regulisao odnose kvazifeudalnog društva. Glavne izmjene zakonika donijete su u periodu 1914-1916 u obliku tri novele, a koje izmjene su se odnosile i na institut štete i naknade štete.

Dakle, instituti prouzrokovanja i naknade štete potiču iz rimskog prava kada se javila svijest i potreba za uređivanjem ovog segmenta. Šteta u imovini kao i fizička povreda tijela najstariji su oblici štete, a kao najstariji oblik naknade štete bila je krvna osveta. Žrtva je kako za povrede svoje imovine, tako i za povredu ličnosti sama sebi obezbjeđivala pravdu na taj način što se svetila na fizičkoj ličnosti delikventa.

U starijim pravnim sistemima pa i u prvobitnom rimskom pravu dužnost plaćanja naknade nije se zasnivala na subjektivnoj odgovornosti tj. krivici štetnika, nego na samoj činjenici prouzrokovanja štete, dakle na tome što je štetnik svojim djelom prouzrokovao štetu. To je bio jednostavniji način nego ispitivati krivicu, tj. svijest i volju učinioca i na njoj bazirati dužnost naknade. Nije se pravila razlika između prouzrokovanja štete i subjektivne odgovornosti za štetu.

Poslije je došlo do razvoja instituta kompenzacije, kao mogućnosti da se žrtva ne sveti na fizičkoj ličnosti štetnika, već da joj štetnik isplati izvjesnu sumu novca. Oštećeno lice pozivalo se na imovinu lica koje je prouzrokovalo štetu, bez obzira na to da li je to lice ujedno i krivo za nastanak konkretne štete.

1 ABGB – JGS 1-6/1811

2 Pravilo od gume, http://www.zakonopolis.com/clanci/pravilo-od-gume/ogz, 10.12.2011.

Tradicionalno rimskopravno civilističko shvatanje štete bilo je isključivo viđenje štete kao materijalne kategorije. Pojam štete izjednačavao se sa gubicima imovinske prirode, kao što su damnum emergens[3] (prosta šteta) i lucrum cessans[4] (izgubljena zarada). U tom smislu se o naknadi štete po rimskom pravu može govoriti samo kao naknadi materijalne štete, jer se oštećenom naknađivao imovinski interes i to uvijek u novčanom ekvivalentu.

Međutim, društveni razvoj Rimljana doveo je do proširivanja kruga njihovih društvenih potreba, pa tako i do proširivanja pravnih interesa. Tako su se i za mnoge protivpravne povrede, a koje su danas obuhvaćene pojmom nematerijalne štete, u rimskom pravu počele predviđati posebne sankcije. To su bile privatne kazne tzv. poena, među kojima je najvažnija bila ona koja se primjenjivala kao naknada za namjernu povredu tuđe ličnosti. Svaki rimski građanin, koji je bio povrijeđen u svojoj ličnosti, uključujući i tjelesni integritet, imao je pravo od štetnika tražiti novčanu odštetu, čija se veličina određivala prema težini svakog pojedinog slučaja i prema pravednosti. Bitna karakteristika privatnih kazni je bila u tome što su bile nezavisne od postojanja materijalne štete, a izvjesna suma novca koju je štetnik davao oštećenom, trebala je koristiti kao zadovoljenje za nanesenu mu povredu, dakle kao neka vrsta satisfakcije. Iz navedenog se vidi da su rimljani poznavali i pojam nematerijalne štete i priznavali pravo na novčanu naknadu u slučaju prouzrokovanje iste.

Na sličan način je tekao i razvitak prava na naknadu štete u srednjevjekovnom pravu s tim da je postojao institut odgovornosti plemena za svoga člana. Pleme je prvobitno imalo zajedničku imovinu, a privatna imovina se razvijala postepeno. Tek u kasnijem razvitku prava, kako rimskog tako i srednjevijekovnog, u vezi sa razvitkom privatne imovine i individualizma uopšte, pitanje subjektivne odgovornosti za štetu postaje sve važnije i konačno prevladava. Tada dolazi do uvažavanja subjektivnog elementa i postavljaju se slijedeća pitanja: da li je učinilac uračunljiv ili nije, da li je štetnu radnju učinio svjesno, na koji način i zašto je učinio štetu. Na taj način krivica postaje jedan od bitnih elemenata naknade štete, te za štetu odgovaraju samo lica koja su uračunljiva, koja su sposobna rasuđivati, dakle lica koja su u mogućnosti svjesna da ispolje svoju volju.

Shvatanje materijalne štete kroz historiju nije se pokazalo kao sporno i u suštini nije se mnogo mijenjalo, samo se proširivao krug prava na naknadu iste te se u savremenim sistemima za razliku od starijih daje pravo na naknadu npr. za izgubljeno izdržavanje što nije bio slučaj ranije.

Što se tiče savremenog svatanja nematerijalne štete, ono se počelo razvijati u devetnaestom vijeku sa izradom velikih kodifikacija građanskog prava. Doprinos razvoju pravne zaštite ličnih dobara ima učenje o pravima ličnosti, koje se u dvadesetom vijeku razvija u jedan jedinstveni i zaokruženi sistem. Paragrafom 16. OGZ-a utvrđeno je da svaki čovjek ima neka urođena prava, koja se samim razumom poznaju i zbog kojih se smatra licem, a paragrafom 1329. uspostavlja se zaštita tjelesnog integriteta i slobode.[5]

U buržoaskom pravu koje je važilo u vrijeme donošenja OGZ-a, koje je bilo zasnovano na kapizalizmu i prožeto društvenim shvatanjima buržoazije po kojima je novac mjerilo svih vrijednosti, usvojen je i institut novčane

3 B. Klaić, Rječnik stranih riječi, Nakladni zavod MH, Zagreb, 1980., 258.

4 B. Klaić, 820.

5 O. Stanković, Naknada štete, Nomos, Beograd, 1980., 76.

naknade nematerijalne štete. Međutim, pravo na naknadu nematerijalne štete nije prihvaćeno u svim zemljama u istoj širini. U austrijskom pravu kao i u još nekim buržoaskim pravnim sistemima, npr. njemačkom i švajcarskom, novčana naknada se daje samo u manjem broju slučajeva nematerijalne štete, i to u onim određenim u zakonu (npr.u slučaju tjelesne povrede ili ubistva čovjeka, povrede zdravlja, polnog integriteta, slobode i časti, povrede autorskog i pronalazačkog prava isl.)[6]

U drugim buržoaskim pravnim sistemima, kao što je to slučaj sa francuskim i engleskim pravnim sistemom, novčanoj naknadi nematerijalne štete daje se, naročito u praksi, vrlo široka primjena i ona se priznaje za povrede skoro svih ličnih prava, pa i nekih političkih prava, zatim za povrede društvenog i poslovnog ugleda, bračnog mira, religioznih osjećanja i slično.

3. Pojam štete i naknade štete prema odredbama OGZ-a

Zbog obimnosti dobara koja mogu biti povrijeđena, teško je odrediti opšti pojam štete, a da se pri tom obuhvate svi njeni oblici.

Društveno, nepravno značenje riječi šteta šire je od pravnog i označava čitav niz vrlo raznovrsnih situacija van onih obuhvaćenih pravnim pojmom štete. U običnom govoru se pod štetom podrazumjeva svaki gubitak bez obzira na njegovu prirodu, svako nepovoljno stanje, svaka neprijatnost ili svako propuštanje prijatnosti, pa i propuštena zabava.

Da bi se šteta kao pravni pojam razlikovala od opšteg pojma štete, neophodno je da se radi o gubitku za koji, prema pozitivnim zakonskim propisima, neko odgovara odnosno da se radi o pravno naknadivoj šteti.

Najjednostavnije rečeno šteta predstavlja gubitak koji određeno lice trpi na svom dobru, s tim da je taj gubitak uvijek povezan sa nekim određenim događajem. Gubitak, kao i dobitak, sastavni je dio života svakog čovjeka, ali dok dobitak predstavlja radost i čini čovjeka sretnim, gubitak s druge strane kod čovjeka stvara neprijatan osjećaj, neraspoloženje i nezadovoljstvo.

Pri određivanju opšte definicije štete, autori najčešće polaze od podjele dobara na materijalna (imovinska) i nematerijalna (neimovinska) te postavljaju definiciju štete tako da obuhvate dva osnovna oblika štete – materijalnu i nematerijalnu.

Iako pojedine evropske kodifijacije građanskog prava ne sadrže odredbe kojima se uređuje opšti pojam štete, što je slučaj sa francuskim Građanskim zakonom, švajcarskim Zakonom o obligacijama, talijanskim Građanskim zakonom, Građanskim zakonom Mađarske i Poljske, a ni nekada važećem Građanskim zakonom Čehoslovačke, u kojima se u odredbama o naknadi štete daju potrebni elementi pomoću kojih pravna nauka određuje opšti pojam štete prema datom zakonodavstvu, OGZ sadrži odredbu kojom se određuje opšti pojam štete.[7]

6 S. Živković, Naknada imovinske i neimovinske štete, Savremena administracija, Beograd, 1972, 17.

7 S. Živković, 75.

Dok materijalna šteta kao šteta imovinske prirode nije stvarala probleme pri definisanju, to je zbog težine u definisanju, nematerijalna šteta u pravnoj teoriji definisana i na pozitivan i na negativan način.

Prema OGZ-u ''Šteta zove se svaki kvar (nazadak) učinjen komegod u imovini, u pravima ili njegovoj osobi. Od štete razlikuje se izmak dobitka, kojemu se tko po običajnom hodu stvari nadati može.''[8]

Iz navedene odredbe proizilazi da se pod štetom ima smatrati šteta u imovini u smislu umanjenja nečije imovine. Zatim se izdvaja pojam izmakle dobiti, odnosno onemogućavanje povećanja nečije imovine koje se po redovnom toku stvari očekivalo, da nije nastupio štetni događaj. Ovaj dio odredbe definiše opšti pojam materijalne štete.

Nadalje, prema navedenoj odredbi štetom se ima smatrati i šteta u nečijim pravima, ali možemo reći da ovaj dio odredbe pored toga što se odnosi na opšti pojam materijalne štete definiše i opšti pojam nematerijalne štete. Povreda ličnosti zapravo je vrlo široko postavljanje definicije nematerijalne štete.

I OGZ je prilično restriktivan kad je u pitanju naknada nematerijalne štete, odredbe o naknadi nematerijalne štete sadžane su u paragrafima 1325. do 1332. OGZ-a.

Povredom imovinskih i ličnih prava fizičkih i pravnih lica koja se izrazila u prouzrokovanju štete štetnika oštećenom, nastaje obligaciono-pravni odnos, tj. s jedne strane pravo oštećenog da zahtijeva naknadu štete, a s druge strane obaveza štetnika da nadoknadi prouzrokovanu štetu.

Budući da obligacioni odnos nastaje iz same činjenice da je šteta prouzrokovana drugom, kažemo da je prouzrokovanje štete samostalan izvor obligacija. Paragrafom 1294. OGZ-a[9] utvrđen je izvor nastanka štete, a paragrafom 1295. OGZ-a[10] pravo na naknadu štete.

Iz navedene odredbe proizilazi da je u OGZ-u uspostavljena razlika između ugovorne i vanugovorne odgovornosti za štetu. Ako se prouzrokovanjem štete mijenja već postojeći ugovorni odnos između dva lica koja se već nalaze u izvjesnom pravnom odnosu, kao npr. u slučaju kada prodavac nije isporučio robu kupcu u predviđenom roku i tim je kupcu prouzrokovana šteta, onda se radi o šteti nastaloj povredom već postojećeg obligacionog odnosa. Odgovornost za takvu štetu naziva se ugovorna odgovornost.[11]

Ukoliko između dva lica ne postoji obligacioni odnos nego se prouzrokovanjem štete on tek stvara, radnja lica kojom je prouzrokovana šteta naziva se građanski delikt, a odgovornost za naknadu prouzrokovane štete naziva se građanskom, vanugovornom ili deliktnom odgovornošću.[12]

---

8 Paragraf 1293. OGZ-a

9 ''Šteta proizlazi ili otuda ako je koja druga osoba učinila štogod ili učiniti propustila protiv zakonu, ili od nenadanog slučaja. Ošteta protizakonita čini se navalice ili nehotice. Ošteta navalice osniva se stranom u zloj namisli, ako je šteta učinjena znajući i hotimice, stranom u nepažnji, ako je prouzročena po krivnom neznanstvu, ili s nedostatka nadležne pomnje, ili nadležne marljivosti. Oba ta načina oštete zovu se krivnja.''

10 ''Svatko je ovlašten tražiti od štetnika naknadu štete, koju mu je krivnjom nanio, bila šteta prouzročena kršenjem ugovorne dužnosti ili bez veze sa ugovorom.''

11 J. Radišić, Obligaciono pravo - Opšti dio, VI prerađeno izdanje, Nomos, Beograd, 2000, 186.

12 J. Radišić, 186.

U slučaju kada nepravilnom vožnjom vozač obori na pješačkom prijelazu pješaka i teško ga tjelesno povrijedi, nastaje građanska odgovornost štetnika na naknadu štete oštećenom.

Prema tome, šteta može biti pričinjena građanskim deliktom ili povredom postojećeg ugovornog odnosa. Zajednička karakteristika i za ugovornu i vanugovornu odgovornost jeste obaveza naknade štete. Lice koje drugome nanese tjelesnu povredu ili mu ošteti neku stvar, dužno je naknaditi mu tu štetu, baš kao što postoji i obaveza naknade štete prodavaca koji na osnovu ugovora o prodaji ne preda stvar kupcu ili mu je preda sa materijalnim nedostatkom.

Nadalje u istoj odredbi je utvrđeno da ovo pravo pripada i u slučaju kada je šteta nanesena na način protivpravan dobrim običajima, a ako se šteta prouzrokuje vršenjem nekog prava, odgovornost štetnika postoji onda kada se to pravo vršilo s ciljem prouzrokovanja štete. U vezi s ovim je i paragraf 1305. OGZ-a[13] kojim je utvrđeno da onaj ko se služi svojim pravom unutar pravnih granica ne odgovara drugima za štetu koju na taj način prouzrokuje. ''Postojanje štete je nužna materijalnopravna pretpostavka za ostvarenje prava na naknadu, uz koju moraju biti ispunjene i druge pretpostavke, a nakon čega nastaje obaveza štetnika da oštećenom naknadi štetu koju mu je prouzrokovao svojom štetnom radnjom.''[14]

Pod naknadom štete podrazumjeva se uklanjanje ili ublažavanje štetnih posljedica koje su nastale zbog neke štetne radnje.[15] Shodno tome cilj obaveze na naknadu štete jeste da štetnik ukloni štetu koju je prouzrokovao. U tom cilju štetnik je dužan oštećenom nešto da ili učini u odgovarajućoj mjeri i na odgovarajući način, a da to odgovara s jedne strane prirodi i veličini učinjene štete, a s druge strane načinu na koji se sama šteta ili bar njezine posljedice mogu ukloniti.

Naknadu štete prema tome treba shvatiti šire od same ove riječi, jer ona je direktno ili indirektno uklanjanje štetnih posljedica štetnikove radnje. Naknada treba da bude ekvivalent pretrpljenog gubitka, oštećeni ne bi trebao da ostane ni siromašniji ni da postane bogatiji nego što bi bio da nije pretrpio štetu. Njegove imovinske prilike treba da budu onakve kakve bi bile da ga je šteta mimoišla. OGZ predviđa mogućnost naknade štete na dva načina: putem naturalne restitucije i davanjem novčane nadoknade koja predstavlja vrijednost ishodeću od procjene.

Pod pojmom naturalne restitucije podrazumjeva se faktičko uspostavljanje ranijeg stanja koje može biti postignuto vraćanjem oštećenom upravo one stvari koja mu je protivpravno oduzeta (individualna restitucija), davanjem oštećenom umjesto oštećene ili uništene stvari drugu stvar iste vrste ili kvaliteta (generička restitucija), te zamjenom oštećenih ili uništenih dijelova neke stvari (popravak).

Novčanom naknadom materijalne štete uklanjaju se nastale štetne posljedice tako da se oštećenom isplati odgovarajuća svota novca kojom se vrijednost njegove imovine vraća u stanje koje je postojalo prije štetne radnje, pri čemu oštećeni ima pravo na naknadu obične štete, na naknadu izmakle

13 ''Tko se služi svojim pravom unutar granica pravnih, ne odgovara za štetu, koja drugome otuda pridolazi.''

14 O. Stanković, 84.

15 A. Bikić, Obligaciono pravo - Opći dio, Izmijenjeno izdanje, Svjetlost, Sarajevo, 2005, 230.

dobiti i na naknadu po afekcionoj cijeni odnosno u slučaju povrede prave ličnosti ima pravo na novčanu naknadu u cilju potpunog zadovoljenja.

Naknada štete u novcu, bilo materijalne ili nematerijalne, u savremenom društvu i savremenim pravnim sistemima, jedan je od osnovnih načina naknade nastale štete, tako da možemo reći da je nadoknadivost štete u novcu i najznačajnija karakteristika štete.

''Novčana naknada kao naknada štete u vidu isplate odgovarajuće svote novca nema cilj direktno vraćanje u prijašnje stanje, već da se odgovarajućom svotom novca oštećenom nadoknadi ono što je usljed štetne radnje izgubio.[16] Sam pojam zaglađenja uvrede asocira da bi naknada štete trebala dovesti oštećenika u položaj koji je imao prije prouzrokovanja štete, a budući da se zbog same naravi štete ne može postići reparacija u smislu uspostavljanja prijašnjeg stanja, naknada koja se određuje u tom slučaju naziva se satisfakcija tj. potpuno zadovoljenje.

Paragrafom 1323. OGZ-a[17] naknada štete je podijeljena na naknadu u pravom smislu riječi kada se tiče naknade obične štete te na potpuno zadovoljenje, i to u slučaju kada se obaveza naknade štete pored naknade obične štete proteže i na izmaklu dobit te na 'zaglađenje' prouzrokovane uvrede.

U ovoj odredbi sadržano je dakle pravo na naknadu kako materijalne tako i nematerijalne štete. Iz ove odredbe proizlazi pravo na naknadu štete nastale na imovini oštećenjem neke stvari, pravo na naknadu štete nastale u imovini u vidu izgubljene zarade i to kako štete nastale zbog djelimičnog ili potpunog gubitka radne sposobnosti zbog tjelesne povrede, tako i štete za izgubljenu zaradu koja se imala po redovnom toku stvari očekivati. Svi navedeni slučajevi jesu slučajevi naknade materijalne štete s tim što se u prvom slučaju radi o naknadi u pravom smislu, a u druga dva slučaja o naknadi u vidu potpunog zadovoljenja. Pravo na naknadu nematerijalne štete prema ovoj odredbi odnosi se samo za slučaj uvrede kada licu pripada pravo na naknadu u obliku potpunog zadovoljenja. Za određivanje iznosa koji će se dati na ime zadovoljenja karakteristično je da visina nije unaprijed određena nego se prepušta sudu da arbitrarno, po svojoj slobodnoj ocjeni, vodeći se okolnostima slučaja, zakonskim odredbama i sudskom praksom, odredi njenu visinu u svakom konkretnom slučaju.

Paragrafom 1234. OGZ-a je utvrđeno da ukoliko je šteta učinjena s namjerom ili grubom nepažnjom oštećeni ima pravo tražiti puno zadovoljenje, dok u svim ostalim slučajevima naknadu u pravom smislu riječi. Prema navedenoj odredbi vrsta naknade utvrđena je dakle prema stepenu krivnje štetnika. Prema istoj ima se utvrditi i koja vrsta naknade se ima dati u slučaju prouzrokovanja štete za koju ovaj Zakon propisuje obavezu na naknadu štete pri čemu ne precizira vrstu naknade nego koristi opći izraz naknada.

16 O. Stanković, 153.

17 ''Kada se radi o naknadi prouzročene štete, mora svekoliko u prijašnje stanje biti povraćeno ili ako to ne može da bude, ima se platiti vrijednost ishodeća od procjene. Ako se obveza naknađenja tiče samo pretrpljene štete, tad jest naknada u pravom smislu; ako li se ta obveza proteže i na izmakli dobitak i na zaglađenje prouzročene uvrede, zove se potpuno zadovoljenje.''

4. Vrste štete i naknade štete prema odredbama OGZ-a

4.1. Vrste štete

Jedan od osnovnih kriterija za određivanje vrste štete jeste kriterij prirode štete koji polazi od prirode oštećenih dobara i dijeli štetu na materijalnu (imovinsku) i nematerijalnu (neimovinsku). Materijalna i nematerijalna šteta čine opšti pravnotehnički pojam štete. Međutim, prema drugim kriterijima kao što je kriterij izvjesnosti štete koji polazi od vjerovatnosti nastupanja štete, dijeli štetu na postojeću (sadašnju štetu), buduću i eventualnu.

Bitno je pomenuti i da kriterij vrijednosti štete polazi od novčane procjenjivosti štete i dijeli štetu na novčanu i nenovčanu, dakle na štetu koja se može izraziti u novcu i onu koja to ne može.

Osim navedenih, možemo govoriti i o podjeli štete na predvidivu i nepredvidivu šteta, direktnu i indirektnu, primarnu i sekundarnu, konkretnu i apstraktnu, te afekcionu štetu. Međutim, s pravom možemo reći da je podjela štete na materijalnu i nematerijalnu najznačajnija podjela.

U OGZ-u je paragrafom 1293. utvrđeno da šteta može biti učinjena u imovini, pravima ili osobi, ali nadalje, u paragrafima 1323. do 1332. preciznije govori o vrstama naknađenja štete.

Materijalna šteta[18] je dakle šteta imovinske prirode i jednostavno se izražava u novčanoj vrijednosti. Materijalna šteta se najčešće nastaje uništavanjem neke stvari, odnosno njenom manjem ili većem oštećenju, u onemogućavanju ili otežavanju upotrebe stvari ili nekog prava, u pričinjenoj smetnji uslijed koje je, da bi se otklonila, vlasnik, odnosno korisnik stvari imao troškove, a koje bez radnje štetnika ne bi pretrpio. Na svaki od navedenih načina nastaje gubitak u imovini oštećenog, pa je lice koje je prouzrokovalo štetu dužno oštećenom naknaditi razliku koja je nastala između stanja imovine oštećenog prije prouzrokovanja štete i stanja poslije oštećenja.

Štetnik je dužan da naknadi onaj interes koji bi oštećeni imao da se nije desio događaj iz koga je nastala povreda njegove stvari, prava ili ličnosti. Zato se često materijalna šteta naziva i imovinskim interesom. ''Imovinski interes je interes koji se može izraziti novcem, a novac je zajednička mjera vrijednosti naših imovinskih interesa.''[19]

Materijalna šteta može nastati i kad radnjom ili propuštanjem određene radnje štetnika dođe do tjelesne povrede oštećenog, uslijed koje je nastala nesposobnost za rad, pa time i gubitak zarade oštećenog, zatim troškovi oko njegovog liječenja, kao i drugi troškovi u vezi s tim. Tu spada i slučaj prenošenja zarazne bolesti, davanje hrane koja je izazvala trovanje i slično, ako su zbog toga nastali troškove oko liječenja.

Ova šteta može nastati i u slučaju kada štetnik štetnom radnjom prouzrokuje smrt nekog lica, za štetnika nastaje obaveza na naknadu troškova sahrane i drugih pogrebnih troškova, zatim troškova liječenja umrlog do smrti, gubitka zarade za život umrlog od dana povrede do smrti, zavisno od slučaja do slučaja.

18 A. Bikić, 203.

19 O. Stanković, 41.

U OGZ-u ovo pravo je regulisano i paragrafom 1325. u smislu da je štetnik koji je nekog oštetio u tijelu obavezan platiti troškove liječenja povrijeđene osobe, izgubljenu zarada za vrijeme liječenja, te izgubljenu zaradu i nakon liječenja ako oštećeni postane nesposoban za rad.

Ukoliko je neko lice izgubilo pravo na izdržavanje smrću tog lica, nastaje materijalna šteta po kom osnovu se može tražiti i naknada za izgubljeno izdržavanje. To pravo najčešće imaju djeca koja se nalaze na redovnom školovanju, ali i nezaposleni bračni drug, kao i članovi uže porodice koji su živjeli u zajedničkom domaćinstvu sa umrlim. Ovo pravo je regulisano u OGZ-u paragrafom 1327.

Prema kriteriju obima štete materijalnu štetu možemo podijeliti na pozitivnu štetu, koja je ustvari prosta štete, zatim na negativnu koja je ustvari izmakla dobit, te afekcionu štetu (štetu na stvari koja za oštećenog ima posebnu vrijednost).

Prosta šteta[20] ili pretrpljeni gubitak jeste umanjenje postojeće imovine oštećenog koja se manifestuje u dva oblika, smanjenjem aktive i povećanjem pasive.

Smanjenje aktive se sastoji u smanjenju prava, u opterećenju prava ili bilo kakvom drugom ograničenju prava (npr. lice koje je lišeno posjeda stvari u nemogućnosti je da tu stvar povremeno upotrijebi ili koristi, te mu se na taj način može prouzrokovati šteta.[21]

Pozitivna šteta ili pozitivni ugovorni interes ukoliko je nastala iz ugovornog odnosa, predstavlja faktičko efektivno smanjenje postojeće oštećenikove imovine. OGZ naknadu za ovu štetu naziva naknadom u pravom smislu.

Izgubljena dobit predstavlja imovinsku štetu koja je nastala iz razloga što oštećeni nije postigao povećanje svoje imovine koje je mogao da očekuje po redovnom toku stvari da nije bilo štetnikove radnje. ''Izgubljenu dobit predstavlja svaka neostvarena imovinska vrijednost, bez obzira da li se pojavljuje u novčanom ili naturalnom obliku i bez obzira na osnov po kom bi bila ostvarena.''[22]

Dakle, da bi postojao osnov za naknadu ove vrste štete potrebno je da dobit nije ostvarena, da postoji određen stepen vjerovatnoće da bi bila ostvarena (redovan tok stvari) i legalnost osnova po kome bi bila ostvarena.

Ako je šteta nastala povredom ugovornog odnosa, negativna šteta odnosno negativni ugovorni interes predstavlja onemogućavanje postizanja neke materijalne dobiti, koju bi on postigao po redovnom toku stvari da nije bio spriječen štetnikovom radnjom ili štetnim događajem. Za negativnu štetu je karekteristično što se radi o opravdanom, objektivno izvjesnom očekivanju materijalne koristi, a ne čisto subjektivnom nadanju oštećenika.

Nematerijalna šteta[23], nazvana još i moralna, idealna, neimovinska te šteta u ličnosti, možemo reći da predstavlja povredu građanskim pravom zaštićenih čovjekovih ličnih dobara. I u OGZ-u je definisana kao šteta koja se odražava na ličnost čovjeka, povređujući njegova lična prava.

20 J. Radišić, 200.
21 Paragraf 1293. OGZ-a
22 J. Radišić, 202.
23 A. Bikić, 239.

Opšte je poznato da u lična prava spada pravo na život, tjelesni integritet, zdravlje, umne i fizičke sposobnosti, čast, ime, polni integritet, slobodu, lični i porodični mir te druga lična dobra.

Povreda ovih ličnih dobara, dobara koja nisu dio pravnog prometa, najčešće se i ne manifestuje vanjskim znacima, dakle nije vidljiva, nego se manifestuje kao unutrašnje subjektivno trpljenje oštećenika.

Pitanje nematerijalne štete je jedno od spornih pitanja u obligacionom pravu i sudskoj praksi. Šta se smatra nematerijalnom štetom nije u svim pravnim porecima regulirano na isti način.

Dok neki pravni poreci reguliraju pojam nematerijalne štete veoma široko, drugi ga shvataju i reguliraju veoma usko.

OGZ je prilično restriktivan kada je u pitanju naknada nematerijalne štete, ali se sudska praksa u Austriji razvijala u pravcu prihvatanja širokog reguliranja pojma nematerijalne štete.

Prilikom utvrđivanja visine naknade nematerijalne štete moraju se uzeti u obzir sve ekonomske okolnosti budućeg života, a posebno kad se radi o utvrđivanju visine naknade nematerijalne štete nanesene ženama. Pri ocjeni visine naknade štete, vještak određuje stepen tjelesne nesposobnosti u postocima.

Međutim šteta se ne ocjenjuje in abstracto na temelju utvrđene invalidnosti, već se uzimaju u obzir sve okolnosti slučaja, a posebno (ne) sposobnost zarađivanja kao posljedica pretrpljene ozljede.

Pri tom je od važnosti niz okolnosti kao što su vrsta i težina povrede, trajanje i vrsta boli, njihov intenzitet, utjecaj na zdravlje, gubitak životne radosti i slično.[24]

U austrijskom pravu ne postoje neke zajedničke službene tablice, mada ih sudovi svaki za sebe stvaraju kroz praksu, iste koriste te ih ponekad i objavljuju.

Naknada za nematerijalnu štetu dosuđuje se u određenom jednom ukupnom novčanom iznosu i to sa naznakom da se isplaćuje jednokratno ili u obliku rente.

Ono što je u buržoaskoj nauci i praksi bilo te dijelom ostalo sporno do danas je šta treba da služi kao mjerilo za određivanje ove naknade, da li je to trajanje bolova, njihov intenzitet, stepen krivice štetnika ili ipak nešto drugo. Ponekad se u obzir uzimalo i imovno stanje štetnika i oštećenog što je dovodilo do rezultata da se jednaki bolovi nejednako naknađuju u novcu.

Obzirom da se za poremećeni ugodni tjelesni i duševni osjećaj ne može dati nešto jednako ranijem osjećanju, niti je moguć povrat u prijašnje stanje, pravni sistemi koji su prihvatali teoriju da povrijeđenom licu tj. oštećenom treba omogućiti da sebi priušti neko zadovoljstvo koje će izgladiti ovaj neprijatan osjećaj i poremećaj, polazili su od pretpostavke da se to najbolje postiže novcem.

Kako novčana naknada nematerijalne štete ustvari i ima za cilj da oštećenom pribavi neko zadovoljstvo za ono što je pretrpio, bez obzira na materijalnu štetu, stoga se ovakva naknada i naziva zadovoljenje ili satisfakcija.

24 I. Crnić et al., Naknada nematerijalne štete po ZOO, Pravni i medicinski aspekti, Organizator, Zagreb, 2003.

U sudskoj praksi austrijskih sudova najčešći način određivanja visine naknade određuje se množeći trajanje boli s vrijednošću dana trpljenja boli, a kako je ta vrijednost dana trpljenja boli različita od suda do suda tako se formirala neujednačena sudska praksa.

Na taj način su, pri procjeni naknade, nastale i pojedine orijentacijske tablice i iste se ne primjenjuju kao metoda obračunanego samo kao orijentir.

''Prema prosječnim vrijednostima Višeg zemaljskog suda u Linzu naknade se kreću:

- za lake boli 95,00 eura po danu,
- za srednje boli 190,00 eura po danu,
- za jake boli 330,00 eura po danu.

Prema nekim prosječenim vrijednostima iznos naknade koji se daje u pojedinim slučajevima je:

- za kvadriplegiju iznos od 110.000eura,
- za potpunu sljepoću iznos od 50.000 eura,
- za gubitak okusa i mirisa iznos od 9.000,00 eura,
- za trajnu unakaženost lica iznos od 5.000,00 eura,
- za potpuni gubitak seksualne moći iznos od 47.000 eura,
- za sterilnost kod žene iznos od 50.000 eura.

Najviša dosuđena naknada do 2003. godine bila je 218.000 eura.''[25]

Međutim, ono što je karakteristično za austrijsko pravo je to da OGZ-om nije priznato pravo bliskim osobama da podnose zahtjev za naknadu nematerijalne štete za nastale duševne boli zbog smrti oštećenog.

Paragrafom 1327. OGZ-a normirani su samo materijalnopravni zahtjevi bliskih srodnika kao posredno oštećenih. U austrijskom pravu se tek u poslednjih petnaestak godina raspravlja o zahtjevima za naknadu nematerijalne štete bliskih srodnika i to kroz sudsku praksu Vrhovnog suda Austrije.

4.2. Osnov za naknadu štete

4.2.1. Naknada štete za povrede na tijelu

Osnov za naknadu štete za povrede na tijelu utvrđen je paragrafom 1325 OGZ-a.[26]

25 I.Crnić, 88.

26 ''Tko koga ošteti u tijelu, plaća troškove za liječenje povrijeđene osobe; naknađuje joj ne samo izmaklu zaslugu, nego i zaslugu, koje će se oštećenik lišiti unaprijed, ako za rad postane nesposoban; i suviše ako oštećenik zahtijeva, valja da mu za pretrpljene bolove plati neku sumu prema dokazanim okolnostima.''

''Pod tjelesnom povredom u smislu građanskog prava podrazumjeva se svako narušavanje tjelesnog ili psihičkog integriteta čovjeka, koje je za posljedicu imalo neku štetu, materijalnu ili nematerijalnu.''[27]

U većini slučajeva ona se svodi na mehaničko djelovanje koje u tijelu izaziva anatomske promjene. Međutim, to nije nužno budući da i nemehanička djelovanja, kao što je npr. strah u nesretnom slučaju, mogu imati za posljedicu štetu u vidu psihičke traume, bolesti srca, nervoze, psihičke smetnje, prijevremenog porođaja, defektnog rođenja i slično.

Navedena odredba sadrži pravo na naknadu i materijalne i nematerijalne štete. Materijalna šteta u smislu navedenog paragrafa podrazumjeva naknadu za troškove liječenja, izgubljenu zaradu za vrijeme liječenja, izgubljenu zaradu u slučaju privremenog ili trajnog gubitka radne sposobnosti, dok sa druge strane naknada nematerijalne štete se na zahtjev oštećenog daje za slučaj pretrpljenih bolova, kako fizičkih tako i duševnih. Visina naknade se utvrđuje prema dokazanim okolnostima.

''U troškove liječenja spadaju svi troškovi koje iziskuje nabavka lijekova čija je upotreba medicinski opravdana i koji se u praksi redovno koriste. Ovdje spadaju i troškovi ljekarskih usluga, troškovi nabavke ortopedskih pomagala i drugih pomoćnih sredstava koja su u konkretnom slučaju potrebna, zatim troškovi posebne ishrane, troškovi tuđe njege i slično.''[28]

Međutim, budući da tjelesna povreda može dovesti i do trajnog gubitka radne sposobnosti povrijeđenog koji može biti potpun ili djelimičan, takvom licu pripada pravo i na izmaklu dobit, odnosno zaradu koju bi on ostvario vlastitim radom da nije nastupila štetna posljedica. Ovakvo priznavanje naknade štete jeste ustvari naknada za buduću štetu oštećenog.

Zarada koje će oštećeni biti lišen unaprijed odnosi se na zaradu koju će oštećeni izgubiti zbog gubitka radne sposobnosti, ali ovdje treba uzeti u obzir i uskraćenu mogućnost daljeg napredovanja, zatim činjenicu da su potrebe oštećenog povećane prouzrokovanjem štete te da treba uložiti dosta teži napor za obavljanje određenih aktivnosti koje je nekada obavljao sa lakoćom, ali i druge slične situacije s kojima su se austrijski sudovi susretali u praksi. Tu se smatra ona imovinska korist koja se postiže radom, kako prihodi iz redovnog radnog odnosa tako i oni iz dopunskog i povremenog rada.

Povrijeđenom licu pripada pravo i na naknadu nematerijalne štete, odnosno naknada za pretrpljene bolove. Ova naknada predstavlja određenu novčanu sumu koja se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju prema dokazanim svojstvima. Dakle, potrebno je utvrditi postojanje boli, te jačinu i trajanje istih što bi ustvari predstavljalo osnov za određivanje visine naknade. Kako bi se utvrdila jačina i trajanje tih boli redovno je potrebno da sud u obzir uzima rezultate sudsko-medicinskog vještačenja.

''Fizička bol je subjektivni osjećaj koji se javlja samo u slučaju kada je povrijeđen tjelesni integritet ličnosti.''[29] Fizička bol se ne javlja kod povrede slobode, časti, ugleda i smrti bliskog lica. Trpi ga dakle samo lice koje je tjelesno povrijeđeno lice, čije je zdravlje oštećeno skrivljenom radnjom ili propuštanjem trećeg lica i istu ne čini samo bol nastao u trenutku nastanka povrede, već

27 J. Radišić, 285.
28 M. Počuča, 87.
29 J. Radišić, 288.

obuhvata i nelagodnosti koje nastanu kasnije u toku liječenja.

Tjelesnom povredom kod oštećenog lica može nastati ne samo fizička već i duševna bol. Pri tome je i duševna bol činjenica na osnovu koje će sud prosuđivati da li je ona takve jačine i trajanja da u konkretnom slučaju postoji osnov za njenu naknadu.

Zakonska definicija duševnog bola ne postoji ni u medicini, ni u pravu, ni u psihologiji. Za određivanje ovog pojma mora se poći od same povrede prava ličnosti, koja kod čovjeka izaziva određeni subjektivni odnos ili stav prema povredi koja mu je nanesena, a koji predstavlja ustvari izvjesnu emociju. Iz toga proizilazi da je duševna bol emocija koja se javlja kod pojedinca čije je lično pravo ugroženo ili povrijeđeno. Duševne boli mogu nastati kao posljedica djelovanja najrazličitijih uzroka, pa obzirom na to i nastaju vrlo često.

Dakle, licu koje trpi štetu zbog tjelesnog oštećenja, uz osnovnu naknadu za materijalne troškove liječenja, rehabilitacije i slično, predviđa se i mogućnost naknada nematerijalne štete za nastalu bol kao neka vrsta akcesorne naknade.

Sudska praksa ovu naknadu dosuđuje u većem ili manjem iznosu uzimajući u obzir kako okolnosti u pogledu trajanja i jačine bolova, tako i druge okolnosti slučaja koje su pratile liječenje, kao što su težina povreda koje je pretrpio oštećenik (lakše ili teže), subjektivna svojstva oštećenika, vrsta povreda i dio tijela na kojem su one nastale i slično. Međutim u obzir treba uzeti i veću osjetljivost na boli, budući da oštećeni može biti više ili manje emocionalno labilan.

OGZ posebnim paragrafom[30] određuje pravo na naknadu za slučaju naruženja. U istom je utvrđeno i pravo na naknadu za slučaj naruženja ukoliko ono nastane kod osoba ženskog spola posebno kada ometa napredovanje te osobe. Ovo je najčešće bio osnov za dosuđenje naknade kada naruženje smanjuje šansu za dobru udaju. Budući da je napredovanje pojam koji se ostvaruje kroz život, kroz vrijeme, možemo reći da se u ovom slučaju radi o nekoj budućoj šteti, za koju je izvjesno da će nastati, ali se u momentu određivanja naknade štete ne može tačno utvrditi njen obim.

''Naruženost predstavlja narušavanje dotadašnjeg vanjskog izgleda ili sklada tijela oštećenika ili narušavanje neke njegove tjelesne funkcije.''[31] Naruženost se najčešće manifestuje u obliku gubitka ili oštećenja nekog dijela tijela, a zbog čega oštećeni trpi bolove. O naruženosti govorimo i u slučaju kada se vanjski izgled oštećenika nije izravno promjenio, ali je kod njega došlo do nekih negativnih promjena koje posredno utiču na njegov vanjski izgled. Jedan od težih oblika naruženosti je vezanost mladog čovjeka za invalidska kolica, ali nije neznatan oblik naruženosti i kada se oštećeni kreće pomoću štaka ili štapa.

''U pravu naruženost ima šire značenje nego u medicini u kojoj se pod naruženošću smatraju samo takve promjene koje na oštećenikovom tijelu izazivaju određenu pažnju kao što su gađenje, sažaljenje i slično.''[32]

---

30 Paragraf 1326. OGZ-a ''Ako je povrijeđena osoba nagrđena po zlom postupanju; ima se, osobito ako je spola ženskog, gledati na ovu okolnost utoliko, ukoliko bi to moglo smetali njezinom boljem napretku.''

31 I. Crnić, Naknada nematerijalne štete po ZOO, Pravni i medicinski aspekti, Organizator, Zagreb, 2003, 32

32 D. Medić, H.Tajić, Nematerijalna šteta u praksi, Privredna štampa, Sarajevo, Banjaluka, 2008, 130.

Pojam estetske naruženosti obuhvata i šepavost kao posljedicu tjelesne povrede, pa prema tome i šepavost predstavlja osnov za dosuđivanje pravične novčane naknade ukoliko je šepavost toliko upadljiva. Ukoliko uslijed tjelesne povrede nastupi smrt oštećenog osnov za naknadu štete utvrđen je u paragrafu 1327. OGZ-a. [33]

Ovim članom se utvrđuje pravo na naknadu štete osobama o čijem se izdržavanju po zakonu imao starati ubijeni. ''To su dakle članovi uže porodice koje bi umrli, da je ostao u životu, izražavao, odnosno imao im obezbjediti smještaj, hranu, školovanje i sredstva za druge osnovne životne potrebe.''[34] Tim osobama pripada prvenstveno pravo na naknadu materijalne štete u smislu naknade za troškove liječenja do smrti, naknada za troškove sahrane, a zatim i pravo da traže određeni novčani iznos na ime izgubljenog izdržavanja odnosno pravo na naknadu svega što su izgubili smrću oštećenog.

Budući da se naknada za izgubljeno izdržavanje daje kao određeni novčani iznos koji je bliskim osobama umrlog potreban za život u budućosti, možemo reći da se i ovdje govori o naknadi na ime buduće štete.

4.2.2. Naknada štete za povredu časti i ugleda

Osnov za naknadu štete za povredu časti i ugleda utvrđeno je paragrafom 1330. OGZ-a[35] Pravo na čast spada u lična prava čovjeka koja uživaju posebnu zaštitu, a povreda časti povlači i krivičnu i građansku odgovornost. ''Ljudska čast podrazumjeva skup moralno - etičkih načela kojima se svaki pojedinac rukovodi u društvenim i ličnim postupcima. Ljudska čast takođe podrazumjeva moralnu ispravnost, glas, ugled, reputaciju i slično.''[36] Povreda prava ličnosti može nastati usljed usmenih ili pismenih izjava nekog lica kojima se izražava nepoštovanje i omalovažavanje drugog, što dovodi do umanjenja njegovog ugleda u društvu. Ovakve izjave se mogu dati preko radija, televizije, štampe, na javnom skupu ili na javnom mjestu i slično. Povreda prava ličnosti za posljedicu može imati nastanak duševnih bolova koji su kvalifikovani kao nematerijalna šteta. Navedenim paragrafom OGZ-a utvrđeno je da pravo na naknadu prouzrokovane štete zbog povrede časti ima svako kome je ta šteta prouzrokovana i to se pravo odnosi kako na naknadu obične štete tako i na izgubljenu dobit, bilo povratom u prijašnje stanje (opozivom izjave i objavljivanjem ispravke) ili u vidu izgubljene zarade za koju se daje novčana

33 ''Ako se od tjelesne povrede dogodi smrt; imaju se namiriti ne samo svi troškovi, nego i ostavljenoj ženi i djeci ubijenoga valja naknadili sve ono, što su po pomenutoj povredi izgubili''

34 A.Vučić-Milovanović, Novčana naknada za pretrpljene duševne bolove srodnika u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe u austrijskom pravu, Evropski Savjetnik 1/2006, Praksa evropskih sudova, Međunarodni tromjesečni časopis za pravnu teoriju i praksu, Novi Sad, 2006, 140.

35 ''Ako je kome uvredom časti prouzrokovana prava šteta ili izgubljeni dobitak, ovlašten je on da traži naknadu. To važi također, kad netko rasprostire činjenice, koje ugrožavaju kredit, privređivanje ili napredovanje drugoga, a za njihovu neistinitost je znao ili je morao znati. U tom slučaju može se od njega također zahtijevati opoziv i objavljivanje. Za saopćenje, koje nije javno iznijeto, a za čiju neistinitost saopćivač ne zna, ne odgovara, ako je on ili primalac saopćenja imao na tome opravdan interes.''

36 J. Radišić, 290.

naknada u smislu potpunog zadovoljenja. Naknada nematerijalne štete se postiže novčanom naknadom koja takođe predstavlja neku vrstu satisfakcije odnosno potpunog zadovoljenja.

Povreda časti i ugleda može nastati i iznošenjem ili prenošenjem neistinitih navoda o drugome, pri čemu onaj ko to čini zna ili bi morao znati da su ti navodi neistiniti. Iznošenje ili prenošenje navoda sastoji se u saopštavanju nečega što predstavlja vlastito ili tuđe saznanje o drugome. Navodi se mogu odnositi na prošlost nekog lica, na njegovo znanje, sposobnosti ili nešto drugo. Može se izvršiti činjenjem, ali i nečinjenjem onda kada jedno lice iznosi takve navode, a drugo lice ne demantuje iste iako zna da ti navodi nisu tačni. Ovakvi slučajevi su najčešći u pravnom prometu privrednih subjekata gdje jedan privredni subjekt želi poljuljati poslovni ugled drugog pravnog subjekta, time umanjiti njegov, a unaprijediti svoj poslovni nivo. Ono što je karakteristično za ovaj vid nematerijalne štete jeste da na ovaj način nastaje i krivično djelo klevete. Povrijeđenom licu pored naknade prave štete i izgubljene dobiti pripada i pravo da zahtijeva opoziv objavljenih neistinitih navoda ili opoziv presude kojom je nanesena šteta te na objavljivanje da se radilo o neistinitim navodima.

Paragrafom 1328. OGZ-a dato je pravo osobama ženskog spola koja je prevarom dovedena u zabludu da će stupiti u brak pa rodi dijete, ima pravo od lica koje je dovelo u zabludu da će je oženiti, tj. od oca djeteta, tražiti troškove porođaja, babinja te ispunjenje svih očinskih dužnosti utvrđenih Zakonom.

Za povredu djevojačke časti isključivo se smatralo da je jedan oblik uvrede koja se može nanijeti ličnom dostojanstvu žene, pa se smatra da su i šteta koju povrijeđeno lice trpi i naknada za to, isključivo nematerijalne prirode.

Povreda djevojačke časti, kao jedan od oblika u kojima se može manifestovati povreda ličnog dostojanstva, često se povezuje sa smanjenim izgledima na dobru udaju djevojke koja je pretrpila ovu vrstu štete. Čak i danas, bez obzira na ekonomsku emancipaciju žene i općeprihvaćen princip jednakosti polova i u pravnoj teoriji i u praksi austrijskih sudova ima mišljenja da, u određenim slučajevima dosuđivanja naknade za povredu ličnog integriteta koji se manifestuje u ovom obliku, treba uzeti u obzir i smanjene izglede za dobru udaju.

4.2.3. Naknada štete za povredu prava na ličnu slobodu

Pravo na slobodu je jedno od osnovnih prava ličnosti svakog čovjeka i zaštićeno je kako međunarodnim dokumentima tako i ustavom svake države.

Licu kojem je protivpravno oduzeta sloboda pripada pravo ne samo da bude ponovo vraćen na slobodu nego i pravo na potpuno zadovoljenje. Dakle, pripada mu pravo na naknadu nematerijalne štete koja mu je prouzrokovana povredom prava ličnosti.

Ovo pravo na naknadu štete utvrđeno je paragrafom 1329. OGZ-a[37]

37 ''Tko drugoga liši slobode nasilnim odvođenjem, privatnim uhvaćenjem ili namjerno protupravnim hapšenjem, dužan je povratiti povrijeđenome prijašnju slobodu i dati potpuno zadovoljenje. Ako mu slobodu ne može više vratiti, mora osobama zaostalim u životu, kao i kod ubojstva, dati naknadu.''

Za odmjeravanje visine novčane naknade kao potpunog zadovoljenja zbog nastale štete koja se u ovom slučaju najčešće manifestuje kao povreda časti i ugleda, ali i duševna bol zbog neopravdanog oduzimanja slobode bilo nasilnim odvođenjem, privatnim uhićenjem ili namjerno protivpravnim hapšenjem, relevantni kriteriji mogu biti: vrijeme trajanja lišenja slobode, uslovi života i humanost, ponašanje prema zatvorenoj osobi, nanošenje verbalnih i realnih uvreda i postojanja torture, odsustvo sa radnog angažovanja, razne vrste neprijatnosti koje se tom prilikom prežive, životna dob lica koje je lišeno slobode, porodično stanje, zanimanje, društvena aktivnost i slično.

Ovim članom je propisan i slučaj da usljed ovakvog lišenja slobode nastupi smrt oštećenog, članovima njegove uže porodice pripada pravo na naknadu kao i u slučaju kada nastupi smrt kao posljedica nanošenja tjelesne povrede. Dakle, članovima uže porodice odnosno, kako ih zakonodavac naziva, osobama zaostalim u životu koje je umrli po zakonu bio dužan izdržavati, pripada pravo kako na naknadu troškova sahrane, tako i troškove izdržavanja i svega što su izgubili smrću umrlog.

4.2.4. Naknada štete nastale u imovini

Pravo na naknadu štete nastale u imovini utvrđeno je paragrafima 1331. OGZ-a[38] i 1332. OGZ-a[39] U navedenim odredbama sadržano je pravo na naknadu obične štete, izmakle dobiti te afekcione vrijednosti kad su za to ispunjene zakonske pretpostavke. O običnoj šteti I izmakloj dobiti je već bilo riječi.

''Afekciona šteta - pretium affectionis predstavlja štetu koja je nastala oštećenjem nekog objekta, koji samo za oštećenika ima posebnu vrijednost, neprocjenjivu objektivnim mjerilima zbog njegove sklonosti prema tom objektu bez obzira što taj objekt za druge osobe nema neku posebnu prometnu vrijednost npr. slika od umrlih roditelja ili neka stvar koju je oštećeni dobio za uspomenu od drage osobe.››[40]

Pravo na naknadu ove štete postoji samo ako je stvar uništena namjerno ili djelom kažnjivim krivičnim zakonom.

Afekciona vrijednost postoji isključivo samo u individualnoj predstavi jednog jedinog subjekta i rezultat je njegove emotivne vezanosti za određenu stvar.[41]

U OGZ-u afekciona vrijednost ili osobita nakonost, kako je zakonodavac naziva, utvrđena je paragrafom 1331. prema kojem oštećeni u imovini, kojem je takva šteta prouzrokovano krivičnim djelom, iz objesti ili s lošom namjerom, može tražiti naknadu za istu. Nasuprot tome, paragraf 1332. OGZ-a utvrđuje

38 ''Ako je tko oštećen u svojoj imovini navlaš ili po tuđoj očitoj nemarnosti; taj ima pravo iskati također izmakli dobitak, i ako je šteta prouzročena po kakvom djelanju zabranjenom u zakonu kaznenom, ili od objesti ili zloradosti, može iskati i vrijednost od osobite nakonosti.''

39 ''Šteta učinjena po manjoj nepomnji ili nemarnosti, naknađuje se po običajnoj vrijednosti, koju je stvar imala u vrijeme, kad je bila oštećena.''

40 V. Alaburić et.al., Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Opća redakcija, Narodne novine, dd.Zagreb, 2006, 223.

41 O. Stanković, 140.

da šteta u imovini učinjena slučajno ili blagom nepažnjom, naknađuje se po vrijednosti koju je ta stvar imala u vrijeme kada je šteta učinjena.

5. Zaključak

Šteta je svakodnevna i često neizbježna pojava, izuzetno interesantna za proučavanje kako zbog učestalosti i raznovrsnosti uzroka njenog nastanka, posljedica te shodno tome šarolikoj sudskoj praksi nastaloj rješavajući po ovom pitanju.

Očigledno je da su osnovni koncepti pojma štete i pojma naknade štete, koji potiču još iz rimskog prava, prihvaćeni u OGZ-u te zadržani do danas.

Iako OGZ samo jednom odredbom određuje opšti pojam štete, u narednim odredbama kroz utvrđivanje osnova za naknadu štete, govori o pojedinim vrstama štete.

Svrha građanskopravne odgovornosti za prouzrokovanu štetu jeste u krajnjoj liniji zaštita ličnih i imovinskih prava fizičkih i pravnih lica i to na jedan posredan način, tj. nametanjem štetniku pravne obaveze da oštećenom licu naknadi štetu koju mu je svojim postupkom nanio. Preko instituta novčane naknade nematerijalne štete uvedena je zaštita ličnih dobara, odnosno ličnog integriteta svakog pojedinca. Osnovna lična dobra zapravo su nematerijalna dobra pod kojima se podrazumjeva fizički integritet, čast, ugled i privatnost života, a koja treba da štiti svako razvijeno demokratsko društvo. U situacijama kada je pojedincu neko od ovih dobara povrijeđeno, preko građansko-pravne zaštite omogućeno mu je da na brži i efikasniji način nadoknadi štetu.

Naravno svaki pravni sistem, pa tako i austrijski teži u pravcu uklanjanja nedostataka u postojećem pravnom uređenju, a svako novo uređenje je veliki izazov za sudsku praksu.

LITERATURA

Knjige

- Alaburić, V., Baretić, M., Crnić, I., Dika, M., Gavela, N., Klarić, P., Miladin, P., Nikšić, S., Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Opća redakcija, Narodne novine d.d., Zagreb, 2006.
- Barbić, J., Crnić, I., Ćurković, M., Grbin, I., Kačer, H., Momčinović, H., Sessa, Đ., Naknada štete, Inženjerski biro, d.d., Zagreb, 2006.
- Bikić, A., Obligaciono pravo - Opći dio, Izmijenjeno izdanje, Svjetlost, Sarajevo, 2005.
- Crnić, I., Neimovinska šteta II izdanje, Pravne teme, Organizator, Zagreb, 2006.
- Crnić, I., Grbin, I., Jeličić, O., Momčinović, H., Anđelović, S., Ćurković, A.L.M., Naknada nematerijalne štete po ZOO, Pravni i medicinski aspekti, Organizator, Zagreb, 2003.

- Dutertre, G., Van der Velde, J., Ključni izvodi iz izbora presuda Evropskog suda za ljudska prava i odluka i izvještaja Evropske komisije za ljudska prava, Savjet Evrope, septembar 1998.
- Horvat, M., Rimsko pravo, ŠK Zagreb, Zagreb, 1974.
- Jakšić, S., Obligaciono pravo – Opšti dio, Veselin Masleša, Sarajevo, 1953.
- Kladić, I., Naročito teški invaliditet bliske osobe i novčana naknada nematerijalne štete i kada se ne kreće u granicama potpunog invaliditeta, Hrvatska Pravna Revija VII (7-8), 2007.
- Klaić, B., Rječnik stranih riječi – tuđice i posuđenice, Nakladni zavod MD, Zagreb, 1980.
- Klarić, P., Odštetno pravo – IV izmijenjeno i prošireno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb 2003.
- Medić, D., Tajić, H., Nematerijalna šteta u praksi, Privredna štampa, Sarajevo, Banjaluka, 2008.
- Milošević, Lj., Obligaciono pravo - šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982.
- Perović, S., Komentar Zakona o obligacionim odnosima I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Počuča, M., Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha, Bilteni sudske prakse Vrhovnog suda BiH i Vrhovnog suda FBiH, Privredna akademija, Novi Sad, 2008.
- Radišić, J., Obligaciono pravo - Opšti dio, VI prerađeno izdanje, Nomos, Beograd, 2000.
- Stanković, O., Naknada štete – novčana naknada neimovinske štete, Savremena administracija, Beograd, 1972.
- Stanković, O., Naknada štete, Nomos, Beograd, 1980.
- Stanković, O., Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada I-III, Tom treći, Novinsko-izdavačka ustanova, Službeni list SFRJ, Beograd 1978.
- Tajić, H., Simović, V.M., Zakon o obligacionim odnosima - knjiga I, Izbor sudskih odluka 1980-2005.g., Sarajevo 2006.
- Triva S., Belajec, V., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine d.d., Zagreb, 1986.
- Živković, S., Naknada imovinske i neimovinske štete, Savremena administracija, Beograd, 1972.
- Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga II izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1983.
- Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Izdavačko-štamparsko-knjižarska radna organizacija, Beograd, 1980.
- Pravna praksa – pravni život br.1, Naknada materijalne štete, Januar 1989.
- Američko Udruženje pravnika, Pravna incijativa za centralnu Evropu i Euroaziju (ABA/CEELI), Zakon o krivičnom postupku FBiH, Sarajevo, 2003.

- Izvodi iz sudske prakse evropskog suda za ljudska prava, COLPI, Sarajevo 2001.
- Međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, Fond otvoreno društvo BiH u Sarajevu, 1996.
- Ljudska prava I, Odabrani međunarodni dokumenti, Sarajevo, 1999.

Članci

- Bubić, G., Aktuelna pitanja naknade materijalne i nematerijalne štete nastale tokom rata u Bosni i Hercegovini, Pravna Riječ III (8), 2006.
- Dobrić, S., Početak tijeka zatezne kamate na naknadu neimovinske štete: Komentar dosadašnje sudske prakse u svjetlu odredaba novog Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o obveznim osiguranjima u prometu, Hrvatska Pravna Revija, 2007.
- Matijević, B., Pravo na pravičnu novčanu naknadu u slučaju osobito teškog invaliditeta neke osobe, Hrvatska Pravna Revija VII (9), 2007.
- Medić, D., Naknada štete za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, Pravni savjetnik, novembar 2002.
- Radulović, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima RH, Zbornik Pravnog fakultetea Sveučilišta u Rijeci, 1991.
- Stanišić, S., O konkurenciji prava na naknadu štete i prava na osiguranu sumu, ZIPS, Biblioteka stručnih izdanja, priručnik 9, maj 2008.
- Stanišić, S., Odgovorna lica za štete prouzrokovane motornim vozilom, ZIPS, Biblioteka stručnih izdanja, priručnik 9, maj 2008.
- Velić, I., Neimovinska šteta i naknada neimovinske štete u teoriji i sudskoj praksi (I dio), Pravni Savjetnik V(1), 2005.
- Volarić, B., Vještačenje u civilnim parnicama, Sudska medicina Dušana Zečevića i suradnici, Zagreb 1980.
- Vučić-Milovanović, A., Novčana naknada za pretrpljene duševne bolove srodnika u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe u austrijskom pravu, Evropski Savjetnik 1/2006, Praksa evropskih sudova, Međunarodni tromjesečni časopis za pravnu teoriju i praksu, Novi Sad, 2006.

Zakoni

- Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78; 39/85; 45/89; 57/89, Službeni list RBiH, br. 2/92; 13/93; 13/94; 29/03;
- Austrijski opći građanski zakonik JGS 1-6/1811

Internet stranice

- Pravilo od gume, 10.12.2011.godine http://www.zakonopolis.com/clanci/pravilo-od-gume/ogz/
- 200 godina OGZ-a, 21.2.2012. http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=949721.2.2012.
- Austrijski opći građanski zakonik JGS 1-6/1811, ... Osnovni tekst, 05.12.2011. http://www.iusinfo.com.hr/LegisRegistry/Content.aspx?SOPI=ZAJGS1811B1A6&Doc=ZAKONI_HR
- ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 05.12.2011. http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm
- Österreichisches Insolvenzrecht: Kommentar, Volume 2; edited by Walter Buchegger, Susanne Fruhstorfer; Springer - Wien, New York, 2009., 05.12.2011. http://books.google.ba/books?id=KHRaoswBs7EC&pg=PR27&dq=Allgemeines+B%C3%BCrgerliches+Gesetzbuch+JGS+1-6/1811&hl=en&sa=X&ei=fQJET6iqAcPP4QT7npmBCA&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=Allgemeines%20B%C3%BCrgerliches%20Gesetzbuch%20JGS%201-6%2F1811&f=false

Gordana Hrvić

Prof. dr Suad Hamzabegović, vanr. prof.
Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

DOKAZNI POSTUPAK PREMA *OTOMANSKOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU I GRAĐANSKOM PARNIČNOM POSTUPNIKU ZA BOSNU I HERCEGOVINU*

Uvod

Predmet ovog rada je komparativna analiza instituta dokaznog postupka s aspekta Otomanskog građanskog zakonika (Medžellei Ahkjami Adlije) iz 1876. godine i Građanskog parničnog postupnika za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. godine,[1] budući da su oba pravna vrela ostvarila veliki utjecaj na naš pravni sistem. O značaju Medželle, kako se još i skraćeno naziva Otomanski građanski zakonk, na oblikovanje parničnog procesnog zakonodavstva, nije potrebno posebno ukazivati ukoliko se ima u vidu činjenica da je ova kodifikacija građanskog šerijatskog prava bila dio važećg pravnog poretka ne samo u vrijeme Otomanske vladavine u Bosni i Hercegovini, već se po personalnom kriteriju nastavila primjenjivati i nakon toga za vrijeme Austrougraske uprave i Kraljevine Jugoslavije.

Medželle predstavljaju svojevrsnu sintezu kodifikatorskih tendencija 19. stoljeća uvjetovanih društvenim reformskim procesima i tradicije i duha šerijatskog prava. Opsežna materija građanskog prava sistematizirana je u šesnaest knjiga posvećenih obligacionom i stvaranom pravu (trinaest knjiga), te građanskom sudskom postupku (tri knjige), ukupno 1851 paragraf.[2] Pored toga ova kodifikacija se sastoji iz uvodnog dijela koji sadrži definicije i osnovna pravna pravila islamske nauke kako bi se bolje razumio i tumačio imovinskopravni i procesnopravni dio kodifikacije.

Za vrijeme Autrougarske uprave postavljeni su temelji moderne organizacije pravosuđa u Bosni i Hercegovini, kao i to da je donesen poseban zakonik o građanskom sudskom postupku. Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu (dalje: Postupnik) primjenjivao se na sve građanske parnice, ako posebni propisi nisu ustanovljavali kakvu iznimku. To dalje znači da se Postupnik primjenjivao u slučaju kada je sporna situacija vezana za imovinskopravne poslove, dok kada je riječ o ženidbenim stvarima muslimanskog stanovništva i dalje je postojala nadležnost šerijatskih sudova i primjenjivale su se Medželle.[3] Postupnik uređuje materiju parničnog, vanparničnog i izvršnog postupka, sistematiziranu u sedam dijelova, koji se dalje dijele na glave i odsjeke, a ovi na paragrafe, ukupno 590 paragrafa. Sadrži norme organizacijske i funkcionalne prirode, odnosno pravila kojim se uspostavlja organizacija sudova, sastav i nadležnost, i pravila

1 *Gragjanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu* (Odobren Previšnjom odlukom od 14. aprila 1883., objavljen zemaljskom vladom za Bosnu i Hercegovinu dana 24. aprila 1883., pod brojem 2795/III) Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo, Tisak zemaljske tiskare, 1884.

2 *Opširnije* (o tome): Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.; Imamović, M., *Historija prava i države Bosne i Hercegovine*, Magistrat, Sarajevo, 2003.

3 *V.*: § 1. Postupnika.

kojim se uređuje parnični te posebne vrste građanskog postupka koji se vode pred okružnim i kotarskim sudovima.

1. Dokazni postupak prema odredbama Medželle

1.1. Svjedok kao dokazno sredstvo

Dokaznom postupku u Otomanskom građanskom zakoniku[4] posvećena je knjiga XV., gdje zakonodavac u poglavlju I, odsjeku I, i to paragrafom 1684. definiše svjedočenje (šehadet).[5]

Broj svjedoka prema ovom zakoniku da bi svjedočenje bilo u cijelosti punovažno zakonodavac propisuje na dva punoljetna muškarca ili na jednu osobu muškog spola i dvije žene. Na ovaj način zakonik određuje da svjedočenje jednog muškarca vrijedi svjedočenju dvije osobe ženskog spola.[6] Međutim, Medželle sadrže i odredbu prema kojoj, za slučaj da u konkretnom situaciji uopšte nema svjedoka muškog roda, dozvoljava da svjedoče samo osobe ženskog spola, ali ovo ograničava samo na sporove koji se tiču imovinskopravnih odnosa.[7] Zakonodavac iz svjedočenja upotpunosti isključuje nijeme i slijepe osobe.[8]

Zakonik propisuje da je valjano samo ono svjedočenje koje je svjedok osobno percipirao svojim čulima, a nije prihvatljivo svjedočenje po čuvenju.[9] Međutim, ako se radi o svjedočenju gdje je neka osoba za konkretni događaj saznala od potpuno pouzdane osobe, ono će ipak biti valjano.[10] Medželle predviđaju da se svjedočenjem neće smatrati privatno znanje određene osobe o nekoj stvari koje nije zasnovano na neposrednoj percepciji događaja, ali Zakonik propisuje da ako se to znanje pojavljuje u funkciji svjedočenja da se može prihvatiti kao pouzdano.[11]

Kad se radi o svjedočenju koje za predmet ima neku nekretninu koju je potrebno identificirati ili označiti, onda će svjedok uz prisustvo suda izaći na

4 *Cf.* Huremović: Otomanski građanski zakonik (*Medželle i Ahkjami Šerije*) iz 1876. godine, *Danijela A. Kajona*, 1906. (Reprint u izdanju Bosanskog kulturnog centra, Sarajevo, 1997.).

5 § 1684. Medžella glasi: "Šehadet = svjedočanstvo, to će reći, očitovanje (izjava) jedne osobe pred sudom i u prisustvu stranaka u svrhu dokaza nečijeg prava protiv nekog drugog s upotrebom riječi "šehadel", to će reći rekav: "šehadet iderum = svjedočanstvo činim." Onaj, koji izjavljuje, (očitovanje čini), zove se šahit = svjedok; onaj u korist koga se svjedoči, zove se *mešud-un-leh* (u korist njega svjedočeno), onaj protiv koga se svjedoči, *mešud-un-aleih* (protiv njega svjedočeno), pravo, koje je svjedočanstvom dokazano, zove se *mešud-un-bih* (ono, što je osvjedočeno)."

6 Medželle o broju svjedoka govore u paragrafu 1685., gdje se ističe: "Broj (količina) svjedoka kod svetskih prava (ropskih), sastoji se iz dva čovjeka, ili iz jednog čovjeka i dvije žene."

7 § 1685. st. 2. propisuje: "Ali u onim slučajevima, gdje nije moguće, da muška čeljad saznadu nešto, primiće se i svjedočanstvo samih žena, ako treba svjedočiti što o imetku.

8 § 1686. Medžella.

9 To je propisano § 1688. gdje se ističe: "Svjedoci trebaju svjedočanstvo učiniti tako, da su svojim čulima vidili ono, o čem (na što) svjedoče; a nije valjano svjedočiti po čuvenju, to će reći, rekav: "čuo sam od svjeta (od ljudi)."

10 ..."ali ako bi neko svjedočio, da je nešto (neko mjesto) vakufsko ili da je neko umro, rekav: "čuo sam od pouzdane osobe", to će reći, kad bi rekao: "ja ovo svjedočim za to, jer sam to čuo od poudane osobe", svjedočanstvo će mu se primiti." (§ 1688. Zakonika).

11 § 1689. Medžella.

lice mjesta i pokazati granice sporne nekretnine.[12] Zakonodavac određuje da se javnim ispravama daje puno povjerenje u pogledu svjedočenja o njihovom sadržaju i ako bi svjedok posvjedočio da su nekretnine koje se navedene u ispravi vlasništvo neke od stranaka, takvo svjedočenje će biti valjano bez daljeg izvođenja dokaza.[13]

Nadalje, zakonodavac izričito propisuje da se dokaz koji treba da posvjedoči o onome što je vidljivo golim okom ne može kretati izvan percipiranog, odnosno da ne može posvjedočiti suprotno onome što je očigledno i što evidentno postoji.[14]

Medželle propisuju da se svjedočenje do određenog stepena srodstva neće priznavati obzirom da blizina srodstva može imati uticaja na istinitost svjedočenja te da bračni drugovi ne mogu svjedočiti jedan protiv drugoga.[15]Zakonodavac naročito naglašava kvalitete koje svjedok mora posjedovati u ljudskom i moralnom smislu da bi se njegovo svjedočenje moglo prihvatiti tj. da se radi o osobi sa dobrim vladanjem, da nije sklona raznim porocima, lažima i sl.[16]

Odsjek četvrti poglavlje prvo posvećeno je odnosu između svjedočenja i tužbenog zahtjeva gdje je zakonodavac dosta široko formuliranim odredbama nastojao propisati neke od najčešćih situacija koje se mogu pojaviti u praksi.[17] Ako se iskazi svjedoka ne podudaraju, neće se uzeti niti jedno od njih, već će se istina tražiti daljim izvođenjem dokaza. Zakonik posebnu pažnju posvećuje istraživanju vjerodostojnosti i ličnim kvalitetama svjedoka, pa u tom smislu propisuje da će se vjerodostojnost svjedoka ispitivati kako javno, tako i tajnim putem.[18] U nekim situacijama kada je vjerodostojnost iskaza svjedoka upitna, sud može zatražiti da svjedok položi zakletvu da bi mu iskaz bio prihvaćen kao istinit.[19]

Zakonik predviđa i mogućnost da svjedok svoj iskaz povuče, a ako to učini bez ikakvog opravdanog razloga, onda će biti kažnjen i naknadit će svu štetu koju je neka od stranaka pretrpila zbog takvog ponašanja svjedoka. Svjedok ovo neće biti u obavezi učiniti ako još ima dovoljno svjedoka koji mogu

---

12 Paragrafom 1691. st. 2. je određeno: "Ako svjedok ne bi mogao navesti granica nekretnine, o kojoj svjedoči, nego bi naveo, da on može na licu mjesta označiti i pokazati granice, onda će se otići na lice mjesta i dopustiti mu, da ih pokaže."

13 "Ako bi tužitelj tužio pozivajući se na granice, koje se u jednoj njegovoj ispravi navedene, na način navedeni u § 1623. pa bi svjedoci svjedočili, rekav: "nekretnina koje su granice navedene u ovoj ispravi, jest njegovo vlasništvo, biće valjano" (paragraf 1692. Zakonika).

14 To se decidno propisuje § 1697.

15 *Vidi* § 1700. Zakonika.

16 Zakonik to jasno formuliše u § 1705. gdje se navodi: "Potrebština je da svjedoci budu pravedni. Pravedna je ona osoba, kod koje ima više vrlina (dobrih djela svojstva, strana) nego poroka, (strasti). – Uslijed toga nije valjano svjedočanstvo onih osoba, koje se nalaze u takovom stanju i tako se vladaju, da to stanje i vladanje kvari (uštrba nanosi) čest i uljudnost kao igrač i šaljivčina, a i one osobe, koje su poznate kao lažive."

17 Ovo podudaranje ili neslaganje između svjedočenja i tužbe propisano je paragrafima od 1706. do 1711. Zakonika.

18 *Tako* Medželle u § 1717. određuju: ako se kao svjedok ispituje učenik, o njegovim kvalitetama će se ispitati profesor koji mu predaje u školi; ako se kao svjedok ispituje vojnik, o njegovim ličnim osobinama posvjedočit će njegov neposredni pretpostavljeni; ako se kao svjedok ispituje trgovac o njemu će svoje mišljenje dati njegove kolege trgovci i sl.

19 Paragraf 1727. Zakonika.

svjedočiti u konkretnom slučaju.[20] Da bi povlačenje svjedočenja bilo relevantno, ono mora biti učinjeno pred sudom, a nije od važnosti povlačenje svjedočenja ako je ono učinjeno vansudski pred nekim drugim organom.[21]

1.2. Stvarna dokazna sredstva

Knjiga XV poglavlje II posvećeno je pismenim dokazima, neoborivim pretpostavkama i indicijama.[22]

U odnosu na iskaz svjedoka kao dokazno sredstvo, kome je zakonodavac posvetio dosta veliku pažnju i iscrpno ga regulisao, ova dokazna sredstva je naprotiv vrlo oskudno regulisao i posvetio im svega nekoliko paragrafa.[23]

Zakonik propisuje da je pismeni dokaz jedno od najvjerodostojnijih dokaznih sredstava obzirom da ako se u toku postupka pojavi određeno pismeno kao dokaz i ako je ono snabdjeveno odgovarajućim potpisom koji je istinit, onda je, uz postojanje ostalih formalnih uslova, izvođenje daljih dokaza nepotrebno i sud na temelju samo tog pismenog dokaza može odmah donijeti presudu.[24]

Medželle posebno naglašavaju da su rješenja nadležnih tijela i na temelju njih izvršeni upisi u javne registre putem kojih se vode evidencije o nekretninama stvarnopravnog karaktera obzirom da su istiniti i vjerodostojni.[25] Pored odluka koje izdaju nadležni organi i evidencije koje se vode pri sudovima se smatraju vjerodostojnim jer su zasnovane na tačnim i istinitim podacima, zbog čega se isprave koje se izdaju od strane suda, a koje trebaju posvjedočiti o tim pravima, imaju isto tako tretirati kao potpuno vjerodostojne.[26]

Zakonodavac predviđa i mogućnost da sud svoju presudu o odlučnim činjenicama može zasnovati i na temelju neoborivih pretpostavki, ali te neoborive pretpostavke moraju za svoj osnov imati neki od realnih dokaza čija je opstojnost utvrđena.[27]

---

20 § 1730. Medžella.

21 Kao što to izričito propisuje paragraf 1731. Zakonika.

22 Ovo poglavlje posvećeno je, kazano jezikom zakonodavca: "pismenim dokazima, tvrdim predmjerama *(presumptio juris)* i dokaznim znacima *(indicien)*."

23 Ova dokazna sredstva su regulisana paragrafima od 1736. do 1741. Medžella.

24 Kao što zakonodavac ističe: "Ne može biti odlučnim samo po sebi pismeno i potpis (razumije se kod rješavanja, odlučivanja); ali ako bude ono prosto od sumnje (lažnosti), prevare i krivotvorenja, može se uzeti za temelj (razlog) osude, pa nije potreban onda drugi koji način dokazivanja" – § 1736. Zakonika.

25 § 1737. Zakonika: "Carski berat (riješenje) i upisi (unosi) u knjigama carske defterhane (knjigovodstvo, evidencijalni ured o nekretninama u Carigradu) odlučni su, jer su istiniti i prosti od svake laži i prevare."

26 "Mogu se odluke izdavati i na temelju *sudbenih sidžila* (knjiga, u koju se sudbene isprave unose), koji se vode tako, da su prosti od prevare i pokvarenja (krivotvorenja), kao što će se razložiti u knjizi o sudu." (Paragraf 1738. Medžella).

27 To je decidno propisano paragrafom 1741. gdje se ističe: "Dokazni znak *(tvrda predmjeva*) je takovi znak, koji dovodi na stupanj tvrdoga znanja ...". U nastavku ovog pargrafa zakonodavac navodi i neke praktične primjere kojima se želi naglasiti da te neoborive pretpostavke za svoj osnov ipak moraju imati neki od realnih dokaza.

1.3. Zakletva kao dokazno sredstvo

Poglavlje treće knjige XV posvećeno je zakletvi (prisegi) kao jednom od dokaznih sredstava. Zakletva je prema Otomanskom građanskom zakoniku koncipirana kao supsidijarno dokazno sredstvo jer će se u toku postupka pred sudom pribjegavati ovom dokaznom sredstvu tek ako ne postoji neko od realnijih dokaznih sredstava i prema Zakoniku ona je rezervisana samo za stranke, ali ne i za punomoćnike neke od stranaka.[28] Sama zakletva je bila strogo vjerskog karaktera i davala se izgovaranjem određenih riječi od strane osobe koja se zaklinje[29] i ona se mogla dati samo pred sudijom ili njegovim zamjenikom.

Predlaganje za izvođenje dokaza zakletvom može biti učinjeno i od strane zastupnika neke od stranaka ili punomoćnika, ali samu zakletvu može položiti samo osobno neka od stranaka u postupku.[30]

Zakletva se daje samo na zahtjev suprotne strane u postupku, ali u četiri situacije sud može i bez zahtjeva stranke zatražiti da neka od stranaka u postupku položi zakletvu i to u slučaju:

1. ako bi neko tužio nasljednike umrloga iz razloga što mu je ostavitelj nešto ostao dužan i on sa svojim zahtjevom uspije prema nasljednicima, sud može zatražiti da tužitelj položi zakletvu da taj dug nije po bilo kom osnovu naplatio od umrlog dok je on još bio živ;
2. ako bi tužitelj uspio sa svojim tužbenim zahtjevom da posjeduje neko svoje pravo na nekretnini tuženog, sud mu može narediti da položi zakletvu kojom će garantirati da tim svojim pravom nije nikad ranije raspolagao po bilo kom osnovu;
3. ako bi kupac prilikom zaključenja ugovora o kupoprodaji zbog mana na stvari želio istu povratiti prodavcu, sud može od njega zatražiti da položi zakletvu kojom će garantovati da prilikom kupnje i preuzimanja stvari, nije znao niti je vidio nedostatke na stvari zbog kojih istu želi vratiti natrag; i

28 Ovaj zaključak jasno proizilazi iz paragrafa 1742. gdje se ističe: "Od temelja (razloga) osude je jedan i položenje ili neprimanje (odustaja) od prisege. To postaje ovako: ako se pokaže, da tužitelj ne može dokazati svoje tužbe, tuženi će se pripustiti prisezi na zahtjev tužitelja (daće se tuženi zaprisegnuti). Ali ne mora (nije potrebno) tuženik prisegu položiti u slučaju, ako tužitelj tuži, rekav: "ti si punomoćnik toga i toga", a on bi to poricao.

29 Zakletva je bila strogo vjerskog karaktera što jasno proizilazi iz §1743., gdje se propisuje: "Kad se hoće da dade zakletva jednoj parbenoj stranci, ona se mora zakleti imenom božijim, rekav na pr.: "vallahi" = Boga mi, ili "billahi" = Boga mi, tako mi Boga."

30 § 1745. to jasno određuje: "Kod pripuštanja prisezi može postojati zastupstvo (t.j. zastupnik nečiji može nekom ponuditi prisegu), ali kod polaganja zakletve nema zastupstva. Uslijed toga punomoćnici na tužbu (parnicu) mogu protivnoj stranci ponuditi zakletvu, ali ako bi prisegu imali da polože njihovi vlastodavci, moraće ovi osobno nju položiti, i neće je moći položiti njihovi punomoćnici."

4. ako se radi o ustanovljenju prava na prvokup, sud može narediti stranci u čijem je interesu ovo pravo uspostavljeno, da položi zakletvu kojom će garantirati da u međuvremenu to svoje pravo nije ni na kakav način povrijedio ili ukinuo.[31]

Zakletva se inače može položiti kako na događaj kojim se tvrdi da se nešto dogodilo ili da se nije dogodilo (prisega na uzrok), tako i na na slučaj kojim se tvrdi da neka stvar trenutno postoji ili ne postoji (prisega na posljedicu).[32]

2. Dokazna sredstva prema pravilima Postupnika

2.1. Isprave

Dokazni postupak i sistem dokaznih sredstava regulisan je u glavi II, paragrafima od 122. do 196. Postupnika.[33]

U uvodnim odredbama ovaj Postupnik određuje sam postupak i način izvođenja dokaza kao i nadležnost suda za postupanje.[34] Postupnik određuje da nije potrebno dokazivati činjenice koje je stranka sama priznala ili koje su opštepoznate.[35] Od dokaznih sredstava Postupnik prvo reguliše isprave gdje propisuje da je stranka koja posjeduje isprave dužna iste na poziv suda predati da bi ih sud mogao pokazati protivnoj strani na očitovanje.[36] Ako je isprava data u prepisu, sud će cijeniti prema okolnostima slučaja da li je potrebno da stranka ispravu na uvid donese u originalu.[37] Ako se isprava nalazi kod protivne strane, sud će joj narediti da ispravu donese, a ako ista tvrdi da se kod nje isprava ne nalazi, sud ima mogućnost odrediti da stranka na te okolnosti položi i zakletvu.[38] Zakon ne definiše neposredno pojam isprave, ali se određuje naspram dokazne snage javnih isprava određujući da javne isprave koje izda organ u okviru svoje nadležnosti predstavljaju potpuni dokaz o onome što se njima posvjedočuje, ali ostavlja zakonsku mogućnost da ako se pojavi bilo kakva sumnja u istinitost isprave, može odrediti da se ispita njena vjerodostojnost.[39]

Kad su u pitanju privatne isprave zakonodavac određuje da ako je potpis ili otisak kažiprsta sudski ovjeren, i ove isprave u pogledu dokazne snage sačinjavaju potpun dokaz o onome što je njihovim sadržajem posvjedočeno.[40]

31 § 1746. Medžella.

32 " Prisega se može odnositi ili na uzrok ili na njegovu posljedicu, to jest prisega, da je neki slučaj se dogodio (nastao) ili da nije, je prisega, koja se odnosi na uzrok (razlog), a prisega, da jedna stvar i sad postoji ili da ne postoji, je prisega, koja se odnosi na posljedicu." (§ 1749. Medžella).

33 *Vidi* Kruszelnicki: Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu, *I. Finzi*, Sarajevo, 1918.

34 *Usporedi* paragrafi od 122. do 128.

35 § 128. i 129. Postupnika.

36 § 132. Postupnika: "Stranka ima isprave na koje se poziva, da njima dokaže svoje navode, sudu predložiti, a ovaj će ih pokazati protivnoj stranci, da dade svoje očitovanje."

37 Postupnik to jasno propisuje paragrafom 133.

38 §§ 136. i 137. Postupnika.

39 Postupnik u paragrafu 139. propisuje: "Isprave , što ih izdade javna oblast u granicama svoje uredovne vlasti ili što ih u granicama doznačenog joj poslovanja izdade osoba javno ovjerena, sačinjavaju potpun dokaz za ono, što se njima uredovno određuje, izjavljuje ili zasvjedočava."

40 "Privatne isprave, ako je potpis ili ručni znak izdatnika sudbeno ovjeren, sačinjavaju potpun dokaz o tome, da je ono, što je u njima upisano, izdavalac izjavio." (§ 141. Postupnika).

2.2. Svjedočenje

Dokazivanju svjedočenjem posvećen je odsjek treći, gdje se § 147. ističe da onaj ko hoće svjedočenjem dokazati određene činjenice ima obavezu navesti i imena svjedoka, kao i okolnosti na koje svjedoke treba ispitivati. Kao svjedoci ne mogu se ispitivati:

1. vjerski službenici o onome što su im stranke povjerile u vršenju njihovih vjerskih obreda;
2. javni činovnici odnosno lica koja se nalaze na vojnoj službi dok ih nadležni organ ne oslobodi te dužnosti; i
3. osobe koje zbog svojih tjelesnih ili duševnih nedostataka nisu u mogućnosti dati iskaz.[41]

Isto tako uskratiti svjedočenje može i ona osoba:

1. koju bi odgovor na pojedino pitanje osramotio ili bi se dotična osoba mogla izložiti opasnosti da bude krivično gonjena i to, kako ona lično, tako i neko od njenih bližih srodnika;
2. kojoj bi odgovor na pojedino pitanje nanio veliku imovinsku štetu, kako njoj osobno, tako i njenim bližim srodnicima; i
3. koja bi svjedočenjem mogla povrijediti dužnost čuvanja vojne ili službene tajne dok je nadležni organ ne oslobodi te dužnosti.[42]

Zakonodavac je predvidio mogućnost i zaklinjanja svjedoka nakon što da svoj iskaz, a davanje zakletve se reguliše po posebnim propisima.[43] Međutim, ne mogu se zaklinjati oni svjedoci protiv kojih se vodi istraga zbog davanja lažnog iskaza ili koji su već bili osuđeni zbog davanja lažnog iskaza, kao ni maloljetnici koji u vrijeme saslušanja nisu još navršili četrnaest godina života.[44] Ako se svjedok uredno odazvao pozivu suda i dao svoj iskaz, on ima pravo da mu se naknade njegovi troškovi koje je imao vezano za pristupanje sudu, ali ako se neopravdano ne odazove pozivu suda, može biti prinudno doveden, može biti kažnjen kaznom zatvora, a može se i novčano kazniti.[45]

2.3.Vještačenje i uviđaj

Izvođenje dokaza vještačenjem regulisano je odsjekom četvrtim i to §§ od 168. do 176. Postupnika. Postupnik određuje da se dokaz vještačenjem ima provesti onda kada se određene okolnosti relevantne za postupak mogu saznati

41 *Usporedi* § 151. Postupnika.

42 To je izričito propisano par. 152. Postupnika.

43 "Svjedok se ima nakon saslušanja zakleti. Svjedok se ima zakleti, da je po najboljem znanju čistu istinu kazao, da nije ništa zašutio i ništa dodao. Zaklinjanje biva po osobitim za to postojećim propisima." (§ 155. Postupnika).

44 § 156. Postupnika.

45 Posljedice ne pristupanja sudu i ne davanja iskaza svjedoka su propisane §§ 161 – 165. Postupnika.

samo uz sudjelovanje vještaka u postupku.[46] Zakonodavac je u pogledu ovog dokaznog sredstva predvidio shodnu primjenu odgovarajućih odredaba koje regulišu iskaz svjedoka kao dokazno sredstvo i to: propisa kojima se reguliše mogućnost uskraćivanja svjedočenja, neodazivanje svjedoka na poziv suda, isključenje dužnosti svjedočenja, zaklinjanje vještaka itd.[47]

Vještak svoj nalaz mora dati po svom najboljem znanju i savjesti, a vještaci koji su stalno postavljeni od strane nadležnog organa, uvijek se trebaju opomenuti na položenu zakletvu.[48] Sud može imenovati jednog ili više vještaka za vještačenje u konkretnoj pravnoj stvari, a svoj nalaz vještak može dati i u pismenoj formi ako to sud od njega zatraži. Za svoj trud i posao oko vještačenja vještak ima pravo na naknadu, a o visini ovih naknada odlučuje sud.[49]

Postupnik reguliše odsjekom petim i to u svega nekoliko odredaba izvođenje dokaza uviđajem. Zakonodavac određuje da se dokaz uviđajem ima izvesti onda ako se određeni predmet ima neposredno pregledati i pri tome mora biti jasno precizirano na koje okolnosti se vrši uviđaj.[50] Postupnik još samo vezano za ovo dokazno sredstvo određuje da ako se predmet koji se nalazi kod protivne strane ima pregledati, shodno će se za izuzimanje predmeta primijeniti odgovarajuće odredbe koje regulišu izuzimanje isprava, a ako se predmet nalazi kod nekog državnog organa, sud će narediti tom organu da omogući nesmetan pregled predmeta.[51]

2.4. Saslušanje stranaka

Postupnik u odsjeku šestom paragrafima od 180. do 190. reguliše saslušanje stranaka kao jedno od dokaznih sredstava. Odmah na početku ovog odsjeka zakonodavac jasno propisuje da se izvođenje dokaza saslušavanjem stranaka u pogledu dokazne snage tretira kao supsidijarno dokazno sredstvo.[52] Zakonodavac propisuje da se svjedoci ne mogu saslušati kao stranke niti zakleti, ako se prema odredbama koje regulišu izvođenje dokaza svjedočenjem, ovo ne dopušta.[53] Sud određuje kojim će se redom saslušavati stranke, ali u svakom slučaju ako u toku postupka bude saslušana jedna od stranaka, druga stranka ima pravo od suda tražiti da i ona da svoj iskaz.[54]

Zakonodavac je predvidio da stranka koju treba saslušati prije davanja iskaza treba položiti zakletvu, a ako je jedna od stranaka već dala iskaz, sud

46 § 168. Postupnika.

47 Shodna primjena odgovarajućih odredaba koje regulišu iskaz svjedoka kao dokazno sredstvo, na vještake i postupak vještačenja propisana je §§ 170 – 172. Postupnika.

48 *Usp.* §§ 172. i 173. Postupnika.

49 Naknade vještacima, davanje nalaza i mišljenja vještaka i sl., propisane su §§ 173 - 175. Postupnika.

50 § 177. Postupnika.

51 To se propisuje par. 178. i 179. Postupnika.

52 § 180. Postupnika to decidno ističe: "*Ako koja činjenica ne bude drugim dokazima dokazana, sud može na predlog ili od ureda dopustiti dokaz preslušavanjem stranaka kao svjedoka.*"

53 *Vidi* § 181. Postupnika.

54 § 185. Postupnika: "Svaka stranka može zahtijevati, da nakon preslušanja protivnika i ona bude preslušana kao svjedok."

će odlučiti da li je potrebno da se i druga stranka zaklinje odnosno da li je uopšte potrebno da se saslušava kao svjedok.[55] Prije saslušavanja stranaka sud ih je dužan upozoriti na krivičnopravne posljedice davanja lažnog iskaza i ako stranka, i pored upozorenja krivo svjedoči, Postupnik izričito propisuje da se njen iskaz ima smatrati kao lažno svjedočenje sa svim posljedicama koje proizvodi u krivičnopravnom smislu.[56]

Postupnik predviđa da se protiv stranke koja se saslušava u svojstvu svjedoka ne mogu primjenjivati prinudne mjere dovođenja, a od kakvog je značaja činjenica što stranka nije pristupila sudu radi davanja iskaza, sud će cijeniti u sklopu ostalih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja u postupku.[57]

2.5. Osiguranje dokaza

Sedmi odsjek Postupnika zakonodavac je rezervisao za osiguranja dokaza ili kako to zakonodavac u svom izrazu formuliše: dokaz za vječnu uspomenu.

Osiguranje dokaza zakonodavac definiše kao mogućnost koju će sud iskoristiti ako postoji bojazan da bi se dokaz svjedocima, vještacima ili uviđajem mogao izgubiti ili da bi ga bilo teže upotrijebiti, u takvom slučaju može u svakom stadiju postupka, pa i prije otpočinjanja parnice odrediti, da se ovakvi dokazi izvedu.[58]

Prijedlog za izvođenje ovih dokaza zainteresirana strana predaje nadležnom sudu, a o prijedlogu sud rješava bez prethodne usmene rasprave, samo saslušavši predlagača, ali u naročito hitnim slučajevima i bez ikakvog saslušanja.[59]

Ako sud prijedlog usvoji, odredićе koje je sve radnje potrebno poduzeti da bi se osiguranje moglo provesti, a ove radnje se izvode po opštim pravilima kojima se regulišu pojedina dokazna sredstva.[60]

Zakonodavac određuje da troškove osiguranja dokaza mora platiti ona strana koja je tražila izvođenje ovog dokaza, a svaka stranka u toku postupka može upotrijebiti ovaj osigurani dokaz.[61]

---

55 *Tako* Postupnik propisuje u § 187.

56 "Ako stranka preslušana kao svjedok krivo iskaže, ima se taj njezin iskaz smatrati kao krivo svjedočanstvo, položeno pred sudom." (§ 189. Postupnika).

57 *Usp*. § 190. Postupnika.

58 *U tom smislu* par. 191. Postupnika.

59 § 192. i 193. Postupnika.

60 *Vidjeti* par. 194. Postupnika.

61 §§ 195. i 196. Postupnika.

Zaključak

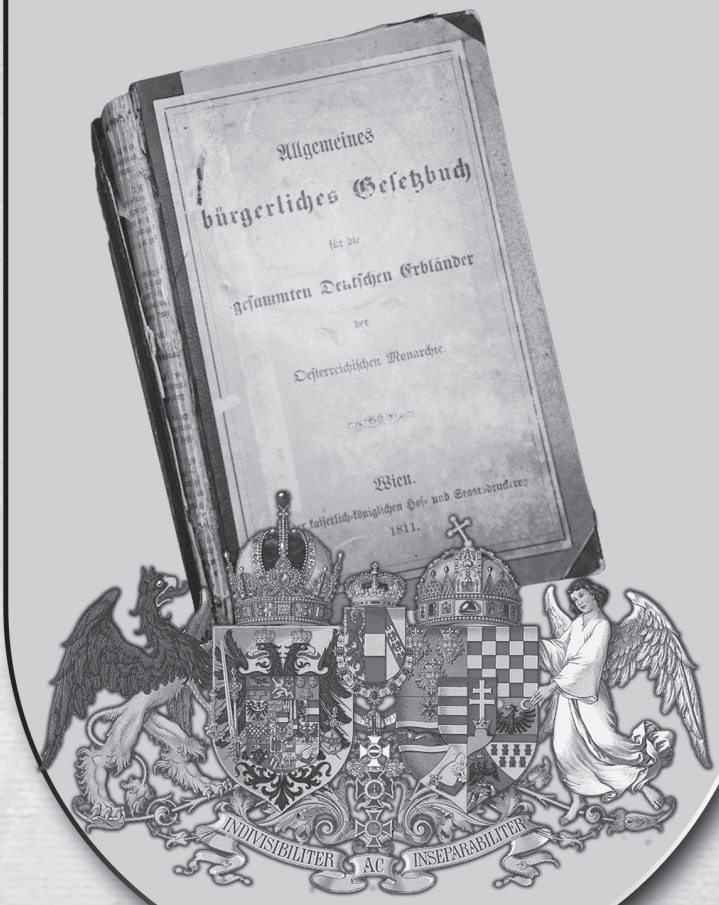
Na kraju razmatranja dokaznih sredstava i sistema dokaza po Otomanskom građanskom zakoniku, kao opća ocjena može se istaći da ovaj Zakonik tretira relativno mali broj dokaznih sredstava. Neka od dokaznih sredstava reguliše dosta iscrpno, pritom navodeći dosta primjera iz svakodnevnog života koji služe kao ilustracija određenih činjenica koje se žele na taj način potvrditi (svjedoci). Međutim, na nekim drugim dokaznim sredstvima Zakonik se samo vrlo kratko zadržao regulišući ih tek kao pojam, ne ulazeći u dublju analizu ovih sredstava (isprave, uviđaj). Specifičnost ovog zakonika jeste zakletva kao iracionalno dokazno sredstvo, koju Zakonik dosta iscrpno reguliše, a na račun nekih realnijih i vjerodostojnijih dokaznih sredstava koja u modernom pravu zauzimaju prvorazredno mjesto u dokaznom pravu.

Za razliku od Medžella, Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. godine je imao dosta razuđen i bogat sistem dokaznih sredstava, budući da je sadržavao gotovo sva dokazna sredstva koja su u primjeni i u modernom pravu. Sama formulacija zakonskih odredbi je dosta jasna, sažeta i precizna što ovom Postupniku daje poseban kvalitet, a isti je poslužioi kao uzor nekim kasnijim zakonima koji su regulisali ovu oblast. Način na koji su formulisane odredbe koje se tiču dokaznog postupka, njihova jasnoća i preciznost, mogu poslužiti kao obrazac efikasnih i učinkovitih rješenja uopće u dokaznom pravu.

Literatura:

- *Gragjanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu* (Odobren Previšnjom odlukom od 14. aprila 1883., objavljen zemaljskom vladom za Bosnu i Hercegovinu dana 24. aprila 1883., pod brojem 2795/III) Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo, Tisak zemaljske tiskare, 1884.
- Huremović: Otomanski građanski zakonik (*Medželle i Ahkjami Šerije*) iz 1876. godine, *Danijela A. Kajona*, 1906. (Reprint u izdanju Bosanskog kulturnog centra, Sarajevo, 1997.)
- Imamović, M., *Historija prava i države Bosne i Hercegovine*, Magistrat, Sarajevo, 2003.
- Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
- Kruszelnicki: Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu, *I. Finzi*, Sarajevo, 1918.

RECEPCIJE AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG PRAVA



UNIVERZITET U TUZLI
Pravni fakultet

SVEUČILIŠTE JOSIPA JURJA STROSSMAYERA U OSIJEKU
Pravni fakultet

Polaganje cvijeća na Tuzlanskoj kapiji

Izudin Hasanović

Dr. Zsuzsanna Peres, PhD.
Faculty of Law, University of Pécs
Department of Legal History

THE EFFECT OF THE ABGB ON THE HUNGARIAN PRIVATE LAW AND LAW OF SUCCESSIONS

Prior to discussing in detail the influence of the Austrian Civil Code (ACC in the followings) on the Hungarian law of successions it has to be stated that even if the ACC in the regard of the era's political circumstances hasn't met with a very favorable reception, its rules fell on a good ground in the Hungarian private law, which has been going through tremendous changes as consequence of the Acts of April of 1848. In fact the ACC provided those new rules for the Hungarian private law, which itself would have produced if the period of the so-called Neoabsolutism wouldn't have followed the unsuccessful war of freedom of 1849 in Hungary.

A more than five hundred years old traditional system[1] of ownership and successions has been abolished in 1848 that had been based on the differentiation according to estates and orders and fortune, meaning the differentiation according to the origin of the ownership of things. This kind of differentiation deeply perplexed in its substantial means the financial and succession's legal conditions, sometimes leading to extremely long judicial processes. In this for long centuries existing system appeared relatively late the legal institution of the fideicommissum at the end of the 17th century applied and developed according to the Spanish and Austrian samples, becoming first popular mainly among the members of the Hungarian magnates' and high rank nobles and spreading in huge number only after the introduction of the ACC.[2] In fact this foreign legal institution happened to be a frequently used one helping in fact the indirect conservation of the entailment type of legal restrictions on the field of the law of successions from the second half of the 19th century.[3]

1 The expression traditional law and traditional legal history has been created by Gábor Béli in his work „Magyar jogtörténet. A tradicionális jog" (Budapest-Pécs, Dialóg-Campus, 2000), since he denies that real feudalism and feudalist system would have existed on the territory of the Hungarian Kingdom during the times before 1848.

2 About the issue see more in detail Zsuzsanna Peres: Österreichisch-ungarische Beziehungen der Aristokratie und ihre rechtlichen Wechselwirkungen. In: Institutions of Legal History with special regard to Legal Culture and History (ed: Béli Gábor – Duchonová Diana – Fundárková Anna – Kajtár István – Peres Zsuzsanna) Bratislava – Pécs, 2011. pp. 345-361; Erdélyi Aladár: Régi magyar családi hitbizományok története és joga (1542-1852), Budapest, 1912.

3 The increasing number of the newly founded fideicommissa led us to this conclusion. According to the documents only 34 fideicommissa were created before 1867 in Hungary, the rest of the 94 that existed on the state's territory had been founded after the Austro-Hungarian Compromise. Östör József – Petrovay Zoltán: Hitbizományi jog. A hitbizományi jog szabályainak szövege és magyarázata. Az egyes hitbizományok keletkezésének és viszonyainak ismertetése, alapítólevelek. I-II. Budapest, 1937. II. vol . p. 1.

1. The system of successions existing prior to the introduction of the ACC

In order to understand the role the ACC played in the modernization of the Hungarian law of successions it is necessary to summarize the former system of successions that has been completely changed after the introduction of the ACC. The Hungarian law of successions before 1848 was regulated by different royal decrees issued during the period of the personal kingship, such as the decree of Coloman, the Golden Bull of 1222 and the decrees of Andrew III from 1291, the decree of Louis the Great in 1351 about the aviticity and last but not least by the collection of the Hungarian customary law collected by Stephan Werbőczy in 1514.[4] The rules of these decrees and of the Tripartitum of Werbőczy were divergent according to social status the testator and his family belonged to. The main and the most complicated rules of succession referred to the nobles and were very closely attached to the special rules regarding the ownership of real assets.

The basis determining the ownership and succession of the so-called noble property was the differentiation of the things according to their origin. As consequence of this differentiation there were other rules referring to the *bona avitica* or *bona haereditaria (*the so-called entailed or hereditary property) and to the acquired property, furthermore there was a differentiation within the latter category according to the manner the property had been acquired. So were different regulations and customary legal solutions to the succession of the royal donations and to the properties acquired outside donation. The ownership without any restrictions which is a basis of every modern private legal system did not exist in Hungary before 1848 and as consequence of these restricted ownership rights neither the free disposal for *mortis causa* existed in every aspect.[5]

The nobles may have had right of free disposal and a relatively complete ownership without restrictions only over their movables and - apart from the right of preemption of the neighbors – over the property acquired outside of royal donation meaning the property they acquired from anyone but the king and on their own expenses.

4 See more Gábor Béli: A halál esetére történő rendelkezés az Árpád korban a törvények és az ország szokásjoga szerint. In: A magyar államiság első ezer éve: A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Jogtörténeti és Római Jogi Tanszéke és Bölcsészettudományi Karának Középkori és Koraújkori Történeti Tanszéke szervezésében azonos címen 2000. december 15-én megrendezett konferencia anyaga. (ed.: Márta Font – István Kajtár) Pécs, PTE ÁJK – PTE BTK, 2000. pp. 101-121.

5 Gábor Béli: Magyar jogtörténet. A tradicionális jog. (Budapest-Pécs, Dialóg-Campus, 2000) pp. 71-73.

a) The rules referring to the bona haereditaria

This type of property formed part of the family's basic fortune on which the father was sharing with his male descendants.[6] The father's right of disposal in case of the *bona haereditaria* was restricted by the rights of his male descendants and even – on the ¼ of the hereditary property - by his female descendants who could claim their right to the *quarta puellaris.* In case of the descendants' non-existence the collateral relatives could lay their claims to the property as *fratres condivisionales.*[7]

If the father had legitimate descendants they were considered to be the heirs of expectance already from their being of *nasciturus*, and in fact they were considered as the father's co-owners in the hereditary property.[8] In case of a family living in undivided ownership, the father - as head of the family - could not dispose freely about the hereditary property being obliged to obtain the consent of his co-owners to every legal act of his regarding it. If the co-owners haven't reached yet their legitimate age (12 years) and did not have the ability to declare the father could replace their consent by the undertaking of a guarantee towards the emptor. By this guarantee the father obliged himself to pay or give compensation for the emptor giving him an equivalent worth real estate or refunding him the original price in case his descendants would successfully sue him in court and would have the contract nullified based on their rights to the hereditary property after reaching their legitimate age.[9]

Neither could the father dispose freely for his death about the hereditary property because the making of a will was excluded and there was terrene only for abintestate succession.[10] Even if there was a will in which the father disposed of the hereditary property, the words of the will could only repeat the rules of the abintestate succession, expressively clarifying the inheritance's conditions for impeding a forthcoming discord between the descendants.

Female descendants could get together only ¼ part of the family's hereditary property according to Art. 4 of Andrew II's Golden Bull of 1222. The so-called *quarta puellaris* generally had to be given to them by time of their marriage *in natura,* but from the end of the 13th century the brothers obtained the right to redeem it in money.[11]

---

6 Antal Murarik: Az ősiség alapintézményeinek eredete. Budapest, Sárkány nyomda, 1938. pp. 21-46.

7 The *fratres condivisionales* usually were those relatives with whom the father himself divided on the hereditary property inherited from his ascendants.

8 Huszty, Stephanus: Jurisprudentia Practica seu commentarius Novus in Jus Hungaricum (Agriae, Typis Francisci Antonii Royer, Episcopalis Typographi Anno 1758) pp. 192-212.

9 Gábor Béli: Undertaking of a guarantee towards contracting party in the traditional Hungarian law. In: Institutions of Legal History with special regard to Legal Culture and History (ed.: Gábor Béli – Duchonová Diana – Fundárková Anna – Zsuzsanna Peres) Pécs – Bratislava, Publikon, 2011. pp. 47-66.

10 Antal Murarik: Az ősiség alapintézményeinek eredete. Budapest, Sárkány nyomda, 1938. pp. 50-55.

11 Gábor Béli: Magyar jogtörténet. A tradicionális jog. Budapest-Pécs, Dialóg-Campus Kiadó, 2000. pp. 142-143; Gábor Béli: Women's Acquisition of Property during the Era of the Arpad Dynasty in Hungary. In: Essays on Legal History 10. (ed.: Gábor Béli – Csabáné Herger – Zsuzsanna Peres) Pécs, Publikon, 2010. pp. 29-47.

b) Succession in royal donation

In the assets of acquired via donation the rules defined in the royal donation's letter were binding if the first donee didn't alter in his will the succession's rule. Otherwise, the text of the royal donation's letter was binding for all the heirs of the donee. Mainly male descendants, the sons or brothers of the donee were entitled to succeed in donations, but sometimes the donation letter may have entitled also female descendants to inherit, especially for the case of the male descendants' non-existence.

Neither can we mention the right of absolute free disposal in case of the donations, because the donee in order to take the opportunity of his free disposal had always to obtain the consent of the King, moreover, if he obtained the royal donation while living in an undivided condition together with his father, or his brothers he had to ask for their consent, too.[12]

It happened so, because the donation also became part of the family's hereditary property if he divided on it with his father and brothers than acquiring the donation later. In case the donee wanted to keep the acquired donation apart from the division for him only, he had to resign from his part of the hereditary property. Otherwise he had to add all his - in the meanwhile - acquired property to the division and have it divided among his *fratres condivisionales*.[13] This rule we may consider to be unjust, because he had to give a part of his acquired property for those members of the family who didn't worth it, but the rule that no one member of the family can have a bigger portion of the family's assets than the other, overruled the unjustness. In order to prevent this kind of situation the father usually gave his son his portion from the hereditary property as soon as he reached the age to get married or to acquire property.

So, this way, the disposal of donation could fell even under two restrictions, under the restriction of the King's maintained ownership rights, and, if the family divided the donation, it fell also under the restriction of offering the donation for redemption to the *fratres condivisionales* because the donation became also part of the family's hereditary property by the division, too.[14]

c) The rules referring to the property acquired outside donation

In case of the property acquired outside donation and movables the owner could dispose freely for *mortis causa,* but in case of alienation among living, he was obliged to offer his property for his neighbors having right to preemption. In case the owner died without leaving a will his legitimate

12 Zsuzsanna Peres: The right of disposal referring to the noble properties int he period after the battle of Mohács (1526) in Hungary. In: Essays on Legal History 10. (ed.: Gábor Béli – Csabáné Herger – Zsuzsanna Peres) Pécs, Publikon, 2010. pp. 167-183.

13 Werbőczy's Tripartitum Part I. Titles 43-45.

14 Imre Zlinszky: A magyar örökösödési jog és az europai jogfejlődés. Budapest, 1877pp. 218-223; Imre Zlinszky: A magyar magánjog mai érvényében különös tekintettel a gyakorlat igényeire, Budapest, 1897, pp. 888-894.

descendants of both genders inherited his assets of this kind in equal portions and also the widow of the testator got a portion of the inheritance. Nobles always wrote last wills and usually divided their property extremely carefully among their descendants. Regarding the making of a will there was no unanimous regulation until 1715, when Act 27 of 1715 about the testamentary successions has been promulgated.[15]

This kind of differentiation made the Hungarian ownership and inheritance rules tremendously complicated and rendered also more difficult the economic situation, because put the fortune in danger of such a frittering away that made the independent farming almost impossible. Nor has this system supported the transfer of the real estate's, because it aggravated the closing of the very often used purchase contracts by weakening the creditors' position thank to the wide claiming rights of the *fratres condivisionales.*

This system became even more complicated by the apparition of the fideicomissum along the 17th century by Act 9 of 1687, after the reoccupation of Buda from the Turks. This institution fall on a good ground only among the Hungarian aristocrats who often sacrificed some of their heirs for their political aims and their family's fame by cumulating their fortune in the hand of one heirs of their ensuring him so the political power needed to influence the state politics. Because the hereditary property excluded the otherwise disposal than according to the intestate succession, only those aristocrats could found fideicommissum who possessed of immense acquired property beside the hereditary one and could obtain the grace of the King in order to have their both donation and otherwise acquired property restricted forever as fideicommissum according to an inheritance order defined on their will.[16]

2. Towards modernization

The error of the system has been already recognized for the end of the 18th century just as by the Hungarian estates as by Joseph II, but neither the letter patents of Joseph II, nor the bill referring to the Hungarian private law prepared by the estates and orders for 1795 (that has never entered into force) brought a solution for the problem.[17]

There was a permanent debate on the general assembly from the very beginning of the reform era about the abolition of the aviticity and royal donation system and the establishment of the complete and free ownership and transfer of property free of any restrictions, but the partial solution was born only in the Acts of April of 1848.[18] Partial means that even if the undoubted result of these Acts of April was the establishment of the basis of a bourgeois

15 Benjámin Nánásy: Testamentom a magyarországi törvények szerint. Pest, Trattner Mátyás, 1798. pp. 37-42.

16 See more Zsuzsanna Peres: A hitbizományi jog kezdetei. PhD dissertation. Manuscript. 2009.

17 Homoki – Nagy Mária: Az 1795. évi magánjogi tervezetek, Szeged, 2004. pp. 75-113.

18 Mária Homoki-Nagy: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in der Ungarischen Rechtspraxis der Richter. In: Institutions of Legal History with special regard to Legal Culture and History (ed.: Gábor Béli – Duchonová Diana – Fundárková Anna – Zsuzsanna Peres) Pécs – Bratislava, Publikon, 2011. pp. 137-151, in this case p. 138.

state, didn't contain any detailed provisions for the private law, they left it to do for a later prepared Civil Code. These Acts satisfied with the declaration of the abolishment of aviticity, royal donation and socage system without regulating the situation following the abolishment.[19] The plans were the preparation of a new Civil Code, but the escalating war of freedom brought an obstacle to the codification.

3. The introduction of the Austrian Civil Code

Unfortunately after the fail of the war of freedom there was no time for private legal regulations anymore, because the Constitution of Olomutz issued on the 4th March 1849 and the Silvester Patent of 1851 attached the former Hungarian Kingdom - according to the ideology of a neoabsolutistic government – as a province to the centralized empire and in order to have the unanimous legal system created the ruler provided the Austrian laws of acts via royal letter patents as binding law for Hungary, too.

So, by this enforcement of the Austrian law he managed to make that private legal modernization to which the Hungarian legal system has already been ready for.[20] Beside the ACC modernizing the Hungarian private law, the new institutions introduced by other patents of the ruler created a complex institutional system to modernization.

Different letter patents prepared the introduction of the ACC, such as the order related to socage issued on 2nd March 1853, because the complete abolition of the socage system and the arrangement of the socage relations by special courts developed according to the Austrian patterns were indispensable for the enforcement of the Austrian Civil Code.

It was also necessary the enforcement of the order related to the abolition of the aviticity issued on the 29th November 1852 that also prepared the ground for the introduction of the Austrian Civil Code. The order on the aviticity abolished the institution of the royal and palatine's donation and in compliance with it also the inheritance of the royal treasury, the differentiation between the acquired and inherited property, and in aspect of the inheritance the differentiation between male and female heirs. It also summed up the relatives' and neighbors' right to the preemption. The patent prohibited the motions related to aviticity for the future, although in case of the ongoing trials permitted their finishing on the basis of the previous regulations. At the same time the relatives' right to redeem the purchased real assets based on their rights to the hereditary property was also prohibited for the better insurance of the creditors.[21] Only the institution of the family fideicommissum was maintained from the previous system, even if the Hungarian general assembly was for its abolishment prior to 1848, because this institution was also part of the Austrian private legal system and there was no sense in its abolishment

19 Acts 9 and 15 of 1848

20 Ferenc Eckhart: Magyar alkotmány- és jogtörténet. Budapest, Osiris, 2000. p.354; Alajos Degré: Magyar alkotmány- és jogtörténet. (ed.: Gábor Béli) Pécs, Publikon, 2010, p. 298.

21 Gábor Béli: Magyar jogtörténet. A tradicionális jog. Budapest-Pécs, Dialóg-Campus, 2000, pp. 308-309.

anymore.[22] The introduction of these rules created the safety of property and its transfer, and exhilarated the economy in addition because raised the willing of taking a credit.

The maybe most useful regulation the ruler issued on 15th December 1855 was the order related to the establishment of the land register that contained as well rules for the management of the register made 1853-1855 as the handling of the legal claims related to it. This hasn't been a new institution for the Hungarian private law either, because the former Act 21 of 1840 ordered the intabulation of the real estate and the preparation of a land register, but while this act obliged the owner to declare all the data related to the property within of the term of 3 years, the order issued in 1855 prepared the land register in a from up to down centralized way, doing a very effective work, creating a register system that still exists today.[23]

The ACC has been pronounced in Hungary by order 29th of November 1852 and entered into force on 1st May 1853. Its provisions related to marital law weren't enforced in Hungary because the canonic law had been kept still in force for marital cases.

a) Regulation of the ACC regarding testamentary succession

The rules of the ACC providing free ownership made the unrestricted disposal both among the living and for *mortis causa* finally possible. The Art. 362 of the ACC declared that the owner can freely dispose of his property, can use it according to his free will, or leave it unused, destroy it, transfer it to anyone else, renounce to it, or even can leave it.[24]

Generally, every such person was capable to inherit, who could obtain ownership of a thing. One could inherit by testament, contract or by the law. The rule that was new for the Hungarian succession's system was that every rule put the testamentary succession primary to the rule of the intestate succession. Everyone was free to dispose of his property by testament, only those were restricted to dispose only of the 50% of their property who were declared by court to be prodigal, because in this case half of their property was restricted to intestate succession.

Also the rules for making a will have been changed by the ACC. Earlier, according to the provisions of Act 27 of 1715 five witnesses were needed to

22 Zsuzsanna Peres: Land Politics in Hungary between the two World Wars. In: Krakowskie Studia z Historii Pánstwa i Prawa. (ed.: Waclaw Uruszczak – Dorotha Malec – Kazimierz Baran – Maciej Mikula), Krakow, Uniwersytet Jagiellonski, 4/2011, pp. 95-109, in this case pp. 102-104; Wilhelm Brauneder: Das ABGB als Kodifikation für West- und Osteuropa. In: Institutions of Legal History with special regard to Legal Culture and History (ed.: Gábor Béli – Duchonová Diana – Fundárková Anna – Zsuzsanna Peres) Pécs – Bratislava, Publikon, 2011. pp.127-135, in this case p. 135.

23 Mihály Herczegh: A telekkönyvi rendtartás Magyarországban és Erdélyben. Budapest, Eggenberger, 1891, pp.25-32.

24 Allgemeines Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch kundgemacht mit dem Patente vom 29. November 1852 in den Königreichen Ungarn, Croatien und Slavonien, der serbischen Woiwodschaft und dem Temeser Banate, samt den auf dieses Gesetzbuch sich beziehenden in dem Anhange enthaltenen nachträglichen Verordnungen. Wien, K.u.K. Hof- und Staatsdruckerei, 1853.

testify a will made in a private document. The ACC reduced their number to 3, and also those wills were declared to be valid that were written and signed by the testator and also the institution of the public will was maintained by the Code. In sense of witnesses the Code contained a well mirror the religious demands of the era by declaring that a non-Christian witness could not testify the will of a Christian testator. Also the heirs of expectance were excluded as witnesses. The code knew also the institution of the inheritance contracts that could be concluded only by spouses. This kind of inheritance contract could be made also at time of the marriage conclusion in a marital contract.[25]

b) Provisions of the Austrian Civil Code on intestate successions

In aspect of the intestate succession, the Code did not make any difference between the male and female heirs, if they were equally related to the testator. In this case they got equal portions of the bequest. By parental succession the bequest also had to be divided equally between the agnate and cognate relatives. The Code provided very detailed and careful provisions for the parental succession. The legitimated and adopted children had the same right to inherit just as the legitimate ones, but with the restraint that in a reverse case the adopting parents do not inherit in the bequest of their adopted children.

If a married couple had three or more children the surviving spouse could have the lifelong usufruct of a child portion from the bequest. If less than three children were born from the marriage, the surviving spouse got the lifelong usufruct of ¼ part of the bequest. If there were no legitimate descendants born, the surviving spouse inherited ¼ part of the bequest and the rest had to be reparted between the testator's closest intestate parental heirs. If there were no such intestate heirs, the surviving spouse inherited the whole bequest. In lack of any kind of heirs the state's treasury was entitled to inherit.[26]

The ACC brought some new legal institution to the Hungarian private law as well. The appearance of the legitimate portion from the bequest was something new for the Hungarian legal system that had no meaning in the former traditional legal system where aviticity excluded testamentary inheritance, so no legitimate male - or in case of the *quarta puellaris* - female descendants could be neglected at the time of the bequest's division. The institution of the legitimate portion got a meaning only when the testamentary succession became prior to the intestate one that happened only after the implementation of the ACC. In fields of testamentary succession the legitimate portion created an obstacle for the testator's will in order to prevent the exclusion of any of the heirs.

According to Art. 765 of the Code the descendant got as legitimate portion of the bequest the half that he would have had inherited by intestate succession. Similarly to this other intestate successors were entitled to claim as legitimate portion the 1/3 of the portion they would have inherited in case of intestate succession. Those heirs were not entitled to legitimate portion,

25 552-603§ of the ACC

26 757-760§ of ACC

who were excluded from the inheritance by the testator referred to any of the causes mentioned in the Code.[27]

The heir could be restricted if he was prodigal, but only so that the testator named the descendants of the prodigal heir as persons entitled to inherit instead. The legitimate portion could be demanded in front of court. Its measure could only be defined from the bequest's inventory.[28] The spouse could not claim for a legitimate portion, he/she could claim only for a honest supply. The court divided the bequest according to the inventory only between the heirs. If there were any questions raised regarding the bequest the court could name a bequest curator.

The Code also contained creditor ensuring rules regarding the repayment of the testator's debts. The curator of the testament, or the heir himself had to summon the creditors' data in order to have the debts repaid. The heir who accepted the inheritance had to repay the debts even on the expenses of his assets. If the heirs got equal portions of the bequest reparted as consequence of a detailed inventory, they had to repay the debts of the testator according the measure of their portion. Contrary solution was made in lack of inventory when the heirs were obliged to repay the debts with joint responsibility.[29]

Another new provision was for the Hungarian private law that succession according to the ACC has never been an *ipso jure* process anymore, because the heir had to declare that he accepts the bequest and later could not amend his previously done declaration. This kind of acceptance declaration never existed before and neither exists nowadays. The burden of proving the capacity and right to inheritance also fell on the heir. In case he once accepted the provisions of the testator's last will, he was excluded to claim for a legitimate portion later.

c) Fideicommissum

The ACC was the first legal norm that contained detailed provisions for the institution of the fideicommissum. Previously all we know about fideicommissum, we know it from the legal practice, because there were no detailed rules for its foundation and handling.

The main aim of this legal institution remained the same, a fortune restricted for a member of the family according to a special inheritance line made inalienable for perpetuity. The Code knew the inheritance of fideicommissum according to the rules of the firstborn (primogeniture), the previously born (majoratus) and the older born (seniorate) but it declared that the primogeniture is primary to majorate and seniorate, and majorate is primary to seniorate on the basis of rationality.[30]

It is very interesting that the aim of the institution is revealed in the Code, the one that used to be defined by the legal experts as the "maintenance

27 The heirs could be excluded if abandoned the Christian faith, was negligent in helping the testator in his needs, was condemned to life or 20 years of imprisonment, or lived a scandalous life.

28 784§ of ACC

29 797-824 § of ACC

30 620§ of ACC

of the family's name and fame". Although this expression did not explicitly appear in the Code, the exclusion of the women from the inheritance for case the founder did not order otherwise and the declaration of the principle that the male descendants (if there were any) were primary to the female descendants leads us to the conclusion that the aim of this institution was still the same.

The Code declared for the first time that an inventory should be prepared of the things belonging to the fideicommissum that should be submitted to the court having jurisdiction according to the lay of the property in order to have the rights of the upcoming heirs protected. Having the consent of the court the possessor of the fideicommissum could alienate or pawn 1/3 part of the fideicommissum property. His created debt had to be repaid in an annual 5% rate. If every fideicommissary possessors and heirs of expectance died out the property was liberated from the fideicommissum with the consent of the court and the fideicommissum's curator. These very rational and realistic provisions regarding the fideicommissum were maintained later too, even after the ACC ceased to have effect in Hungary. The same rules appeared again in the royal order issued on 9th October 1862.[31]

4. Summary

The ACC served the turning into a bourgeois state and by its entering into force a more developed market policy supporting Code got to be used in Hungary. Although it remained in force in Hungary until 1861, because the October Patent of 20th October 1860 provided the Hungarians the possibility of returning to our legal system before 1848,[32] its influence on the development of the Hungarian legal system was of immense importance because it was considered to be the first steps in the breaking down of the traditional Hungarian private law. Certainly, no one liked it because it was a constrained legal act, even if its effectiveness wasn't denied.

The role the Code played in the Hungarian legal system is also shown by the fact that the Lord Chief Justice's Conference held 22nd January – 4th March 1861 that prepared the Provisional Judicial Rules smuggled indirectly the rules of the ACC back into the Hungarian legal system.

31 Zsuzsanna Peres: Land Politics in Hungary between the two World Wars. In: Krakowskie Studia z Historii Pánstwa i Prawa. (ed.: Waclaw Uruszczak – Dorotha Malec – Kazimierz Baran – Maciej Mikula), Krakow, Uniwersytet Jagiellonski, 4/2011, pp. 95-109.

32 Ferenc Eckhart: Magyar alkotmány- és jogtörténet. Budapest, Osiris, 2000. p.355.

Dr sc. Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

RECEPCIJA AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA U SRBIJI

Abstract: *The most important event during the reign of Prince Alexander Karađorđević was undoubtedly the promulgation of the Serbian Civil Code (Srpski Građanski Zakonik), although its preparation by the first legislative comission, without any graduated lawyers, had begun in 1829, during the first reign of Prince Miloš Obrenović. The comission had been engaged in the translation of foreign laws, but none of the translations have survived. The fruitful legislative work began in 1837, when two educated Serbs from Austria, Jovan Hadžić and Vasilije Lazarević, came to Serbia. Hadžić worked on the civil and Lazarević on the penal code.*

Jovan Hadžić studied law in Pest where he also obtained his doctorate in 1826. After his studies he moved to Novi Sad and became a town senator there. Invited by Prince Miloš, Hadžić arrived in Serbia, suggesting the Austrian Civil Code (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) of 1811, as a model for Serbian law. Although interrupted several times, Hadžić completed the project, which was approved by both the Prince (Knez) and the State Council (Državni Sovjet) on 25 March 1844.

The reception of the Austrian Civil Code took place in an abridged form. While the Austrian Code contained 1502 paragraphs, the Serbian was limited by Hadžić to no more than 950. Moreover, Hadžić also relied on Serbian customary law, which regulated some issues in a much more conservative manner than the Austrian original did, e.g. the investigation into illegitimate fatherhood, the limited civil capacity of married women or the preference of male children in the succession of intestacy. The Serbian code further included provisions on the ***zadruga,*** *extended family group or joint family, unknown to the Austrian Civil Code. According to the Serbian Civil Code,* ***zadruga*** *was a kind of open collective union, much more similar to the condominium, since the members of the* ***zadruga*** *could claim the separation of the part from the joint property.*

Keywords: *Austrian Civil Code (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch), Serbian Civil Code (Srpski Građanski Zakonik), Prince Miloš. Prince Alexander, Jovan Hadžić, zadruga, succession on intestacy, civil capacity.*

I

Dobro je poznata činjenica da je *Srpski građanski zakonik* od 1844. godine, zapravo skraćeni prevod *Austrijskog građanskog zakonika* (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) iz 1811. godine. Iako je o tom pravnom aktu pisano mnogo[1] pojedina pitanja vezana za njegovo donošenje i strukturu ostaju i dalje predmet naučnih rasprava.

Donošenje *Srpskog građanskog zakonika* imalo je relativno dugu predistoriju koja je počela još 1829. godine, kada je knez Miloš osnovao *Zakonodatelnu komisiju,* koja je trebalo da se bavi prevođenjem stranih zakona. Ne znamo da li je ova komisija, u kojoj inače nije bilo ni jednog školovanog pravnika, načinila bilo kakav prevod.

Nije sačuvan ni prevod *Francuskog Građanskog zakonika* (*Code civil*), koga je u leto iste godine sačinio grčki učitelj Georgije Zaharijadis.[2] Nova *Zakonopravitelna komisija* obrazovana je marta meseca 1834. godine i za nekoliko godina ona je izradila nacrt građanskog zakonika, a u prepisci knjaževske kancelarije pominju se još i *Zločinstveni zakon* od 23 glave i *Policijski zakon* od preko 400 članova.[3]

Ali, kako knez Miloš nije bio zadovoljan dotadašnjim nacrtima[4] on se 1836. godine obratio austrijskim vlastima molbom da dozvole da u Srbiju, radi pregledanja postojećih zakonskih nacrta i konačnog oblikovanja prvih srpskih pisanih zakona, pređu Vasilije Lazarević i Jovan Hadžić, dvojica obrazovanih Srba iz Habzburške monarhije. Po preporuci austrijskog konzula Antuna Mihanovića[5], a po odluci ugarskog palatina Josifa od 12. novembra 1836, *Ugarska dvorska kancelarija* je dozvolila Hadžiću i Lazareviću prelazak u Srbiju 18. novembra 1836.[6]

Već počekom decembra 1836, prispeo je u Beograd Vasilije Lazarević, gradonačelnik Zemuna,[7] dok je Jovan Hadžić, novosadski senator, stigao 26.

1 Spisak literature, mada ne kompletan, može se naći u С. Шаркић – Д. Поповић, *Велики правни системи и кодификације,* Нови Сад 2012, стр. 154 -155. Videti i Zbornik radova sa naučnog skupa održanog 23. i 24. maja 1994, povodom 150 godina od donošenja *Srpskog građanskog zakonika: Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994),* Српска Академија Наука и Уметности, научни скупови, књига LXXXI, одељење друштвених наука, књига 18, Београд 1996.

2 Prevod je bio loš, jer Zaharijadis kao Grk nije dobro znao srpski, a nije poznavao ni francuski, već je prevodio sa nemačkog. Detaljnije videti А. Јовановић, *Рад на „торжественим законима",* Архив за правне и друштвене науке књ. VIII, бр. 4/1909. и књ. XI, бр. 1/1911.

3 Detaljnije o ovim pitanjima videti poglavlje *Развитак идеје о стварању Српског законика* (Д. Поповић) у Шаркић – Поповић, *Велики правни системи и кодификације,* стр. 138-141

4 Pošto je krajem marta 1834. godine pregledao jedan deo nacrta građanskog zakonika, Miloš je o tome ovako izvestio Lazara Teodorovića i Dimitrija Davidovića: „S početka je i kojekako, ali posle je sve gore i gore i tako da ja ne znam, ili su ti ljudi koji su te zakone pisali bili pijani, ili sasvim ludi." Miloš je najverovatnije pregledao poglavlja o porodičnom i naslednom pravu, jer se najveći deo njegovih zapažanja odnosio na te grane prava. Videti Šarkić – Popović, nav. delo, str. 141.

5 Mihanović je od stupanja na dužnost 1836. godine stao ubeđivati kneza Miloša da su za Srbiju francuski zakoni nepraktični, čak šta više i opasni, te da bi bilo bolje okrenuti se austrijskom zakonodavstvu.

6 М. Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Светић),* Нови Сад 1930, стр. 73.

7 U skoro svim udžbenicima pravne istorije stoji da su u Srbiju došla dva obrazovana pravnika (Hadžić i Lazarević) iz Austrije. Međutim, Lazarević nije bio pravnik već oficir.

aprila 1837. Hadžić je trebalo da kodifikuje građansko, a Lazarević krivično pravo.[8]

II

Jovan Hadžić je rođen 1799. u Somboru i školovao se na nemačkom jeziku. Studirao je u Pešti, najpre filosofiju, a potom pravo. Nakon završetka studija otišao je u Beč, gde se još dve godine usavršavao na tamošnjem univerzitetu. Doktorat pravnih nauka stekao je 1826. godine na Pravnom fakultetu u Pešti, odbranivši tezu, napisanu na latinskom *O uzrocima razvoda braka, prema učenju istočne, pravoslavne crkve Hristove.*[9] Iste godine položio je u Požunu (Bratislavi) advokatski ispit. U trenutku kada je dobio poziv da dođe u Srbiju, Hadžić je već dosta dugo boravio u Novom Sadu, gde se bavio advokaturom (1827-1837), bio direktor Srpske pravoslavne gimnazije (1830-1849), a 1834. bio izabran za senatora Magistrata Slobodnog Kraljevskog grada Novog Sada. Tu dužnost je obavljao do svoje smrti 1869. godine. Bio je jedan od najobrazovanijih Srba svoga vremena. Bavio se i književnošću pod pseudonimom *Miloš Svetić.*[10] Odlično je poznavao nemački, mađarski, grčki i latinski.

Stigavši u Srbiju Hadžić i Lazarević su proučili postojeće nacrte i predložili knezu Milošu da se kao model za *Srpski građanski zakonik* uzme *Austrijski opšti građanski zakonik* (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), a da se odustane od *Francuskog građanskog zakonika* (*Code civil*), što je knez i prihvatio. U junu 1838. zaduženja su podeljena, te je Hadžić preuzeo rad na građanskom zakoniku, a Lazarević na krivičnom.

8 Lazarević nikada nije završio svoj rad. Poznato je da je 3.X 1839. predao nacrt *Krivičnog zakonika* ministarstvu pravde. U nekoliko narednih godina, o nacrtu se raspravljalo, a onda se od njega na neki čudan način odustalo. Lazarevićev nacrt nije poslužio kao osnova za Krivični zakonik Srbije od 29. marta 1860. godine - *Криминални (казнителни) законик за Књажевство Србију*. Izgleda da je poslednji imao nacrt u svom posedu Dragiša Mijušković, profesor *Istorije slovenskih prava* na Pravnom fakultetu u Beogradu. Mijušković je umro 1903, a 1910, nacrt je otkupljen od njegove supruge. Nakon toga gubi mu se trag. O ovim pitanjima videti iscrpnu raspravu У. Станковића, *Неколико напомена о нацрту Кривичног законика Василија Лазаревића (1939),* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLIV/2 (2011), стр. 459-472. Na osnovu arhivske građe autor je uspeo da rekonstruiše „odiseju" nacrta, ali, naravno, ni on nije uspeo da ga pronađe, jer je verovatno trajno izgubljen.

9 Latinski tekst Hadžićeve disertacije sa prevodom na srpski jezik (V. Todorović), objavila je nedavno *Matica srpska* u okviru edicije *Baština*: Jovan Hadžić, *Dissertatio inauguralis juridica De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam orthodoxae ecclesiae Christi orientalis;* Јован Хаџић, *Инаугурална правна дисертација О узроцима развода брака, према учењу источне, православне цркве Христове,* Нови Сад 2010. Pored latinskog teksta, prevoda i napomena prevodiova (str. 23-134), knjiga sadrži i nekoliko studija o Hadžiću: Ч. Попов, *Јован Хаџић, оснивач Матице српске* (стр. 135-143); Г. Ковачек-Станић, *О докторској дисертацији Јована Хаџића* (стр. 145-163); Љ. Кркљуш, *Улога Јована Хаџића у изграђивању уставног поретка Србије* (стр. 165-177); Д. Николић, *О Хаџићевом пројекту Српског грађанског законика* (стр. 179-199); Љ. Суботић, *Јован Хаџић и реформа српског књижевног језика* (стр. 201-219). Na kraju se nalazi napomena prevodioca i dosta površna hronologija Hadžićevog života (D. Tubić). Sve navedene rasprave prevedene su i na engleski jezik.

10 Književna vrednost Hadžićevih dela je dosta osporavana, s obzirom da je on bio protivnik jezičke reforme Vuka Stefanovića Karadžića. Detaljnije videti Љ. Суботић, *Јован Хаџић и реформа српског књижевног језика,* prilog u knjizi o Hadžićevoj disertaciji (videti prethodnu napomenu).

Hadžićev rad se odvijao u jeku burnih političkih događaja, koji su potresali vazalnu Kneževinu Srbiju. Knez Miloš, koga Hadžić nikako nije mario, smatrajući ga despotom, bio je prinuđen da u junu 1839. godine abdicira. Upleten u politička zbivanja u Srbiji, Hadžić je čak smatran nekom vrstom ideologa ustavobraniteljske stranke. Uprkos svemu, nastavljao je rad, ali je u drugoj polovini 1840. godine otišao kući u Novi Sad, sklopivši prethodno sa srpskom vladom ugovor o izradi građanskog zakonika. Sa izvesnom docnjom okončao je rad na zakoniku i sredinom septembra 1842, poslao dovršen nacrt s jednim propratnim pismom knjazu Aleksandru Karađorđeviću, koji je u međuvremenu stupio na presto (14. septembra 1842).

III

Srpski građanski zakonik bio je obnarodovan 25. marta 1844. godine, čime je Srbija recipirala austrijsko građansko pravo i stupila u germanski pravni krug. On je znatno kraći od svog uzora: sadrži 950 paragrafa, nasuprot 1502 paragrafa austrijskog zakonika.[11] Raspored materije istovetan je u oba zakonika: Uvod i tri dela, ili *česti,* kako se izrazio Hadžić.

Zanimljivo je da je u srpskom zakoniku uvod duži nego u austrijskom (35 paragrafa, naspram 14 austrijskih).

Prva čest srpskoga zakonika posvećena je ličnim pravima i kao i u austrijskom, podeljena je na četiri glave, čija sadržina i naslovi odgovaraju izvorniku. Prva glava je posvećena ličnim svojstvima i odnosima, druga bračnom pravu, treća odnosima roditelja i dece, a četvrta starateljstvu.

Druga čest *Srpskog građanskog zakonika* sadrži, kao i kod *Austrijskog,* dva odeljka. Prvi od ova dva odeljka obuhvata 16 glava u oba zakonika, i obrađuje stvarno i nasledno pravo. Drugi odeljak druge česti posvećen je obligacionom pravu, sadrži kao i austrijski 14 glava, i kod Hadžića je, nasuprot izvorniku, ostao bez naslova.

Najzad, treća čest *Srpskog građanskog zakonika* sadrži četiri glave, koje u svemu odgovaraju glavama trećeg dela *Austrijskog zakonika*. Tu su našla mesto opšta opredeljenja za prava lična i stvarna.

Kako je već rečeno, Hadžić je skratio tekst zakonika koji mu je poslužio kao uzor, a neke njegove članove prepravio, kako bi ih prilagodio srpskim prilikama. Odmah nakon objavljivanja srpskog zakonika, Hadžiću je zamereno što su na nekim mestima više paragrafa *Austrijskog zakonika* „u jedan sabijeni", a „pojedini pak na više nji' rescepljeni." U zamerkama stoji i da su „neki paragrafi austrijski skraćeni", „neki pak u slogu i prirodnome smislu svome pokvareni", dok su opet „neki osobito važni preskočeni i sasvim izostavljeni." Zakonik je donet bez rasprave o nacrtu „kao što se sadašnjega vremena po drugim zemljama radi", stoji takođe u zamerkama.[12] Mada je Hadžić odgovorio

11 Prema rečima Ж. Перића, *Задружно право по Грађанском законику Краљевине Србије,* Београд 1924, *Srpski građanski zakonik* je samo skraćeni prevod *Austrijskog zakonika.*

12 П. Шероглић, *Преглед Законика Грађанског за Књажевство Сербију 25. марта 1844. обнародованог*, Бачка вила, Нови Сад 4/1845, стр. 114 -187.

na zamerke,[13] kritici je teško osporiti zasnovanost na činjenicama. Ipak, Hadžić je na pojedinim mestima učinio neophodna prilagođavanja normi i njegovo delo, gledano u celini, ne može poneti negativan predznak. Hadžićev stil pri normiranju odgovara austrijskom. Norme su uglavnom jezgrovito i jasno oblikovane, i u tom pogledu *Srpski građanski zakonik* ne zaostaje mnogo za svojim uzorom, što ćemo pokazati na nekoliko primera. Pojam svojine u *Srpskom građanskom zakoniku* određen je u § 211 i on glasi: „Sve stvari, dobra i prava, koja Srbinu prinadleže, jesu njegova svojina ili sopstvenost, koje će reći, da je svaki Srbin savršeni gospodar od svojih dobara, tako da je on vlastan ova po svojoj volji uživati, s njima po volji raspolagati i svakoga otuda isključiti, naravno po propisu zakona."[14] Hadžić je, posrbivši formulacije, u jedan paragraf spojio §§ 353. i 354. *Austrijskog građanskog zakonika.*

Ali, kod navođenja sopstvenikovih ovlašćenja Hadžić u § 216 u potpunosti preuzima § 362 *Austrijskog građanskog zakonika.* Hažićev tekst glasi: „Ko je gospodar od stvari kakve, taj ima pravo i upotrebiti i uživati je i svaku korist od nje vući; a i po svojoj volji ne upotrebiti, ne uživati, sasvim ili od česti na drugoga preneti. Ko je tome protivan, ili ko to sebi prisvojava, mora dokaza imati, ili u zakonu, ili u izjašnjenoj volji gospodara."

Kod određenja pojma testamenta Hadžić je delimično odstupio od austrijskog uzora. U § 424 *Srpskog građanskog zakonika* stoji ovako: „Testament, zaveštanje ili poslednja volja jeste takva naredba, kojom ko na slučaj smrti raspoloženje čini o svemu imanju ili samo o česti jednoj imanja svoga." Austrijski zakonik u svome § 552 izrekom veli da je zaveštaočev akt opoziv, a to čini i *Francuski građanski zakonik* u članu 895. Hadžićev tekst je na taj način jedan korak iza austrijskog i francuskog i utoliko je bliži izvornoj definiciji koju je dao rimski pravnik Modestin.[15]

Hadžićevo ponešto slobodno baratanje izvornikom osetilo se i kod postavljanja normi o građanskoj odgovornosti. U § 800 *Srpskog građanskog zakonika* stoji: „ Ko drugome štetu kakvu učini, bilo to na imanju tuđem ili pravima ili ličnosti, onaj mora tu naknaditi."

Pomenutoj normi odgovarala bi odredba iz § 1295 *Austrijskog građanskog zakonika,* ali se ove dve odredbe ipak dosta razlikuju. Hadžić je izostavio zasnivanje štete na krivici. Osim toga pominjanje imanja, prava i ličnosti nalazi svoj koren u § 1293 *Austrijskog građanskog zakonika*, koji postavlja određenje pojma štete. Iz ovoga bi proizišlo da je Hadžić u § 800 *Srpskog građanskog zakonika* donekle nespretno spojio tekstove §§ 1295 i 1293 *Austrijskog građanskog zakonika,* izostavljajući pri tom i definiciju štete i zasnivanje odgovornosti na krivici štetnikovoj.

Pored ovoga Hadžić je u uvodnoj partiji zakonika našao mesta za jednu sasvim uopštenu normu o naknadi štete. U § 31 piše: „Ko drugome štetu pričini, dužan je za to naknadu učiniti." I u ovoj normi kao i u § 800 *Srpskog građanskog zakonika* Hadžić je izostavio pominjanje krivice kao osnova odgovornosti.

---

13 П. Шероглић, *Реплика на одговор господина Милоша Светића у Утуку III језикословноме или Преглед II Законика Грађанског за Сербију,* Нови Сад 1847.

14 Paragrafi *Srpskog građanskog zakonika* navođeni su prema sledećem izdanju: Иван Д. Петковић, *Грађански законик за Краљевину Србију,* Београд 1939.

15 D. XXVIII, 1,1. Modestinus libro secundo pandectarum: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

IV

Uprkos oslanjanju na *Austrijski građanski zakonik,* Hadžić je na pojedinim tačkama odstupio od izvornika. Premda se ovo može utvrditi upoređivanjem normi dvaju zakonika, ostaje nejasno gde je Hadžić pronalazio nadahnuće za ovakva odstupanja. Da li ih je nalazio u *Francuskom građanskom zakoniku*[16] ili je možda usvojio rešenja neposredno iz rimskog prava, što nam izgleda verovatnije.[17]

Premda se odstupanja od izvornika javljaju na više mesta u *Srpskom građanskom zakoniku,* najveću pažnju privukle su dve ustanove kod kojih je razilaženje između dvaju zakonika najupadljivije, te je izazvalo i najviše rasprave. Te ustanove su zadružna porodica i zakonski nasledni red.

Zadruga je predstavljala oblik velike, patrijalhalne porodice, koji je u vreme postanka *Srpskog građanskog zakonika* bio najraširenij u srpskom narodu. O tome svedoče reči Dimitrija Matića, autora prvog komentara *Zakonika*: „Kad pogledamo kako živi naš narod po svim srbskim zemljama, gdi ga god ima, milina nas neka obuzima, kad ga vidimo ponaiviše u zadruzi, kad vidimo domove, u koima porodica od dvadeset i više glava u zajednini i tvrdoj svezi živi. Naistariji, najčestitiji i nairazumniji član porodice, domaćin je, starešina, koi tako velikim i mlogoljudnim domom upravlja; drugi ga kućani svi kao otca, kao upravitelja slušaju; to je naš patrijarhalni život u kom je narod srbski po živom uobraženiju svom, po poštenoi duši i osetljivom srcu svom, pozvan krasnom prirodom u kojoj živi, s guslama u ruci svoje pesme stvarao..."[18]

Pravne odnose u zadruzi uredila je glava XV *Zakonika* pod naslovom *O naslednim pravima i odnošajima u zadruzi.* Hadćić je zadrugu jasno odredio u § 507, koji glasi: „Zadruga je onde, gde je smesa zajedničkog života i imanja svezom srodstva ili usvojenjem po prirodi osnovana i utvrđena. Zadruga zove se i kuća zadružna za razliku od inokosne." U narednom, 508 § *Srpski građanski zakonik* propisuje: „Što je god imanja i dobara u zadruzi, nije jednoga no sviju; i što god koji u zadruzi pribavi, nije sebi no svima je pribavio."

Ovakve odredbe odslikavale su društvene prilike, kakve su od davnina postojale u srpskome narodu. Te prilike su se, međutim, u vreme Hadžićevog

---

16 Takvo mišljenje zastupali su B. Blagojević, *Uticaj francuskog Građanskog zakonika na srbijanski Građanski zakonik,* Beograd 1940, i M. Konstantinović, *Obligaciono pravo, Opšti deo I,* Beograd 1952, str. 136 sq.

17 Na neposredni uticaj rimskog prava na Hadžićev rad ukazala je J. Danilović u svom referatu na skupu posvećenom sto pedesetoj godišnjici od donošenja *Srpskog građanskog zakonika* (*Српски грађански законик и римско право,* стр. 49-66). Ovo pitanje još detaljnije je proučio A. Маленица, *Римска правна традиција у српском праву,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2 (2004), свезак I, стр. 117-139, посебно 127-138. Autor smatra da posebno *Čest treća Srpskog građanskog zakonika,* naslovljena *Opredeljenja opšta za prava lična ili stvarna* na sistematskom planu odgovara završnom titulusu Justinijanovih Digesta – *De diversis regulis iuris antiqui.* O neposrednom uticaju rimskog prava na srpsku kodifikaciju pisao je i C. Аличић, *Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законику у светлу систематике Јустинијанових институција,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2 (2004), свезак I, стр. 383-415. Cf. i S. Šarkić, *La codificazione di diritto civile in Serbia: due vie della recezione del diritto romano, I seminario Eurasiatico di diritto romano,* Dušanbe 2011, pp. 245-253.

18 Д. Матић, *Објасњење Грађанског законика за Књажество Србско,* књига II, Београд 1851.

rada menjale. Robno-novčana privreda je sve više uzimala maha i razarala je stare patrijarhalne ustanove.

Verovatno najvažniju promenu u ondašnja patrijarhalna shvatanja uneo je Hadžić u § 510, koji reguliše upravljanje zadružnim imanjem: „O zadružnom dobru bez saglasija sviju punoletnih i oženjenih muških glava jedan ili drugi nije vlastan raspolagati, kao ni prodati ili zadužiti. I sam starešina samo može upravljati čeljad domaću i za kuću poradi radnje i uživanja naredbe činiti, ali utuđiti što ili zadužiti sam svojevoljno ne može; no ako baš on što svrši, pa za godinu dana od vremena kad su drugi doznali, oni ne protivslove ni na sudu ni van suda, ono ostaje stalno i neporečeno, kao da je s početka sviju volja bila."

Ako uporedimo § 510 sa Matićevim idiličnim opisom srpske zadruge, uočićemo važnu razliku. Dok Matić govori o tome kako starešinu zadruge svi ukućani poštuju i slušaju kao oca, Hadžić mu je odredio da samo upravlja kućom, dok je za akte raspolaganja tražio saglasnost svih punoletnih i oženjenih članova zadruge. Hadžić se inspirisao XVI glavom drugog dela *Austrijskog građanskog zakonika,* koja određuje ustanovu zajedničke svojine. Doduše, § 833 *Austrijskog građanskog zakonika* je upravljanje zajedničkom stvari poverio svim učesnicima skupa, dok je srpski zakonopisac odstupio od uzora, jer je akte upravljanja zadržao za starešinu. Kasnije će Živojin Perić, u analizi ovih članova, napisati da starešina samo upravlja, rukuje, administrira i da nije nikako mogao bez dogovora sa zadrugarima otuđiti ili zadužiti zadružni kapital ili glavnicu[19]

Srpski građanski zakonik je putem normi o upravljanju i raspolaganju zadružnim imanjem odstupio od običajnog prava. Do toga je došlo usled Hadžićevog ugledanja na norme o zajedničkoj svojini, kakve je poznavalo austrijsko pravo.

U § 515 *Srpskog građanskog zakonika* predviđeno je da „zadrugar u smesi živeći samo svoj deo zadužiti može." Ovaj paragraf je u suprotnosti sa odredbom već navedenog paragrafa 508, koji propisuje da „što je god imanja i dobara u zadruzi, nije jednoga no sviju."

Pošto je u vreme izrade zakonika uočio proces raspadanja velikih zadružnih porodica u Srbiji, Hadžić je u § 512 dopustio razvrgavanje zadruge. Štaviše, ta norma nije razradila postupak za slučaj prestanka zadruge, mada je za ovo načelo zahtevala ugovor među zadrugarima. Hadžiću u prilog mora se ipak kazati da je u vreme stvaranja zakonika u Srbiji na snazi bio ukaz od 18. juna 1839, koji je dopuštao deobu zadruga, po odobrenju ministarstva unutrašnjih dela.[20] Regulisanje zakonskog nasleđivanja uređeno je § 396, koji glasi: „Deca muška umrloga i njihovi muški potomci dobijaju prvi nasledstvo; oni isključuju sestre, oca i sve pretke njine i njihovo potomstvo ili pobočne srodnike."

Zakonik se u ovoj tački oslonio na narodni običaj. U Srbiji je bila sprovedena anketa o zakonskom nasleđivanju. Ishod tog ispitivanja govorio je u većini u prilog onog rešenja koje je uneseno u zakonik, premda su mišljenja u anketi bila podeljena. Hadžić i Lazarević su inače, bili protiv tog običaja, što pokazuje njihovo pismo knezu Milošu od 25. jula 1837, u kome između ostalo stoji: „Primjetili smo da se ženska deca u prizreniju imanja i nasledija neravnaju

19 Ж. Перић, *Задружно право по Грађанском законику Краљевине Србије,* Београд 1924.

20 Članove *Srpskog građanskog zakonika* koji se odnose na zadrugu, analizirala je M. Kulauzov u neobjavljenoj doktorskoj disertaciji *Породична задруга код Јужних Словена у XIX веку,* odbranjenoj 22. septembra 2010, na Pravnom fakultetu u Novom Sadu (str. 84-90).

sa mužkom."[21] Neposredno pred donošenje *Srpskog građanskog zakonika* došlo je do izmene redakcije pomenutog § 396, kao i narednog 397. Prema mišljenju Slobodana Jovanovića, konačni tekst ovih članova oblikovan je u *Državnom Sovjetu,*[22] te se primedbe ne mogu uputiti neposredno Hadžiću, kao što mu je to kritika žestoko zamerala.[23]

Ako dve glavne tačke odstupanja *Srpskog građanskog zakonika* od njegovog izvornika obuhvatimo jednim pogledom, dobijamo ovakvu sliku: kod zadruge je Hadžić bio ponešto u zaostatku za duhom vremena i kretanjima u nauci, dok je kod zakonskog nasleđa imao napredan stav. Prepravka nacrta dovela je u drugom primeru do prodora konzervativne ideje, dok je u onom prvom problem bio mnogo složeniji i u stranim državama bio je rešen društvenim razvitkom pre nego što se pristupilo kodifikovanju prava. Hadžiću se pri ovakvom razmatranju mora priznati jedna vrsta doslednosti, jer se uvek držao misli prirodnopravne škole. Kako je to rekao Božidar S. Marković, on [Hadžić] je „sav bio u vodama prirodnog prava i racionalističkih ideja."[24]

Korišćena literatura

- U radu je korišćeno sledeće izdanje *Srpskog građanskog zakonika*: Иван Д. Петковић, *Грађански законик за Краљевину Србију,* Београд 1939.
- Аличић, С., *Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законику у светлу систематике Јустинијанових Институција,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXX-VIII, 2 (2004), свезак I, стр. 383-415.
- Благојевић, Б., *Утицај француског Грађанског законика на србијански Грађански законик,* Београд 1940.
- Гузина, Р., *Историјски осврт на карактер и значај Српског грађанског законика од 1844. године,* Историјски гласник 1/1949, стр. 48-56.
- *Зборник радова „Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика 1844-1994",* Српска Академија Наука и Уметности, Научни скупови, књига LXXXI, Одељење друштвених наука, књига 18, Београд 1996.
- Јовановић, А., *Рад на „торжественим законима",* Архив за правне и друштвене науке, књ. VIII бр. 4/1909. и књ. XI бр, 1/1911.
- Јовановић, С., *Јован Хаџић, Политичке и правне расправе I-III,* Сабрана дела 2, Београд 1990.

21 Шаркић – Поповић, *Велики правни системи и кодификације,* стр. 151.

22 С. Јовановић, *Јован Хаџић, Политичке и правне расправе, књига друга,* Сабрана дела 2, Београд 1990, стр. 279-280.

23 Naročito žestok bio je Šeroglić, koji je u svom *Pregledu,* između ostalog napisao da srpski građanski zakoni od „prirodne pravice odstupaju", kao i „da je i sam Muhamed u svom Koranu bolje imao prizrenije na žensku decu..." (str. 180). Nije bio blaži ni D. Matić, koji je napisao: „Uobšte naše zakonodavstvo ženski pol u tome nenaklono gleda, što niedan Zakonik iole izobraženog sveta nečini" (*Objasnjenje,* I, 45).

24 Б. Марковић, *Реформа нашега грађанског законодавства,* Београд 1939, стр. 28.

- Jovan Hadžić, *De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam orthodoxae ecclesiae Christi orientalis,* Јован Хаџић, *О узроцима развода брака, према учењу источне православне цркве Христове,* Нови Сад. Матица српска 2010.
- Кићовић, М., *Јован Хаџић (Милош Светић),* Нови Сад 1930.
- Konstantinović, M., *Obligaciono pravo, I Opšti deo,* Beograd 1952.
- Маленица, А., *Римска правна традиција у српском праву,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2 (2004), свезак I, стр. 117-139.
- Марковић, Б., *Реформа нашег грађанског законодавства,* Београд 1939.
- Матић, Д., *Објаснење грађанског законика за књажевство србско I-III,* Београд 1850-51.
- Николић, Д., *Први покушај израде грађанског законика у Србији 1829-1835. године,* Зборник радова Правног факултета у Нишу, XXI (1981), стр. 18-28.
- Перић, Ж., *Задружно право по Грађанском законику Краљевине Србије,* Београд 1924.
- Поповић, Д., *Два опречна схватања о владавини права у обновљеној Србији,* Зборник Правна држава, Београд 1991.
- Станковић, У., *Неколико напомена о нацрту Кривичног законика Василија Лазаревића (1839),* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLV, 2 (2011), стр. 459-472.
- Хаџић, J., *Спомени из моега Дневника,* Огледало србско II, III, V, VI, VII, VIII, IX и X, Нови Сад 1864.
- Шаркић, С. - Поповић, Д., *Велики правни системи и кодификације,* Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2012.
- Šarkić, S., *La codificazione di diritto civile in Serbia: due vie della recezione del diritto romano,* I Seminario euroasiatico di diritto romano, Dušanbe, 14-15 ottobre 2011, pp. 245 – 253.
- Шероглић, П., *Преглед Законика Грађанског за Књажевство Србију, 25. марта 1844. обнародованог,* Бачка вила, Нови Сад 4/1845.

Zsuzsanna Peres

Srđan Šarkić

Dr. sc. Miro Gardaš, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku

SUDBENE REFORME U SLAVONIJI U DRUGOJ POLOVINI XIX. STOLJEĆA

Sažetak

Polovinom 19. stoljeća u Hrvatsku i Slavoniju uvode se temeljni zakoni koji umnogome doprinose općoj pravnoj sigurnosti žitelja, uvode se redovni sudovi koji preuzimaju sudbenost od plemića, uvode se brojne druge pravničke institucije: odvjetnici i javni bilježnici, a sve to nam je uvelike pomoglo da se uklopimo u jednu srednjeeuropsku carevinu, te da iz njenoga okruženja poprimimo brojna pozitivna pravna dostignuća.

U drugoj polovini XIX. st. u Hrvatskoj je bilo nekoliko reformi sudbenog sustava. Prva je provedena 1850. g. I tada je učinjen odmak od dotadašnjeg feudalnog načina sudovanja u kojem su uprava i sudstvo bili povezani. No vrlo brzo, već 1854. g. Provodi se nova reforma kojom se u određenoj mjeri ublažava prijašnja reforma i uprava i sudstvo se u nekim instancama ponovno spajaju. Do novih reformi dolazi 1874. i 1884. godine a njima se u ponoj mjeri provodi odvajanje uprave od sudstva I organizacija sudbenog sustava u Slavoniji zasnovana na, za ono vrijeme, modernim temeljima.

Koliko je tada zacrtan sudbeni sustav i pravnička praksa bila dobra najbolje nam svjedoči i činjenica da su opstali još čitavo desetljeće po raspadu Austro-Ugarske monarhije, a da su i poslije služili kao uzor kod svake reorganizacije.

Ključne riječi: ***ustrojstvo sudova, sudske reforme, Osijek, Slavonija***

Polovinom XIX. stoljeća u Hrvatskoj i Slavoniji nastupilo je razdoblje velikih promjena. Feudalizam, koji je u ovim krajevima bio prisutan stoljećima ukida se i ulazi se u novo građansko ili buržoasko razdoblje. Velike promjene bile su prisutne u gotovo svim segmentima ljudskoga života, pa tako i u organizaciji i djelovanju sudova.

Do tada, u feudalnom razdoblju uprava i sudstvo su bili usko povezani i obavljali su ih istovjetna tijela. Nastupom promjena ovakva koncepcija organizacije uprave i sudstva doživljava korjenite izmjene, odnosno počinje se provoditi ideja o potrebitosti dva neovisna sustava koja bi obavljali te poslove. Na području Slavonije, a i ostatka Hrvatske taj put razdvajanja sudstva i uprave tekao je kroz nekoliko reformi.

1. Reforma sudstva 1850. g.

Godine 1848. - 1849. u Hrvatskoj se ukida kmetstvo, te se ukazuje potreba da se arhaični feudalni upravni i sudbeni sustav izmijeni i prilagodi novonastalim prilikama. Ovakvo stanje i promjene do kojih je došlo pogodovali

su uvođenju u pravni sustav Kraljevina Hrvatske i Slavonije zakona koji su vrijedili u ostatku Austrijske carevine i koji su činili oštar prekid s prijašnjim feudalnim pravom. Tako se krajem 1852. g. u pravni život uvodi Opći austrijski građanski zakonik, 1853. g. Kazneni zakonik, a ubrzo potom i Zakon o kaznenom postupku, Zakon o građanskom postupku i Odvjetnički red.[1]

Opći austrijski građanski zakonik je u Austriji stupio u pravni život 1811. g., ali je tome prethodio dugačak put predanog rada brojnih povjerenstava i istaknutih pravnika. Prvi radovi na donošenju toga zakonika počeli su još u 18. st., s tim da je zakon na snagu stupio tek u 19. st. (1811. g. u Austriji, 1852. g. u Hrvatskoj i Slavoniji), a prestao je vrijediti u 20. st. Opći austrijski građanski zakonik je tri puta noveliran; 1914., 1915. i 1916. godine, ali su te izmjene vrijedile samo u austrijskom dijelu monarhije, a u Hrvatskoj i Slavoniji se i dalje primjenjivao nepromijenjeni tekst zakona.[2]

No i nakon prestanka važenja ovaj zakonik nije zamro, već je poslužio kao osnov za značajan broj modernih europskih građanskih zakonika.[3] Značaj ovog zakonika za daljnji pravni, ali i gospodarski i uopće društveni razvitak Hrvatske uvidjeli su i više puta isticali brojni autori.[4]

Do sredine 19. st., za vrijeme feudalnog ustroja, sudstvo i uprava na našim prostorima bili su najuže povezani, prvenstveno zbog toga što su obje funkcije obavljala ista tijela, pa je nakon raskidanja s feudalnim sustavom učinjena oštra distinkcija između pravosudnih i upravnih organa. Time je konačno provedena Montesquieova zasada o potrebi razdvajanja legislative, egzekutive i judikature.[5]

Osnov ovih reformi zapravo leži u ukidanju drevnog municipalnog karaktera županija i njihovom transformiranju u izvršna tijela viših državnih vlasti. Novina je i što se u županijski činovnički aparat uvode profesionalni i školovani činovnici, za razliku od dotadašnjih. U sklopu ovih reformi uvode se 1850. g. i privremeni općinski redovi za gradove Osijek i Zagreb, te se tako dokida dotadašnji municipalni status gradova.[6]

Došlo je i do nove upravne podjele teritorija Hrvatske i Slavonije, i to već od 12. VI. 1850. g.[7] Ovom teritorijalnom reorganizacijim teritorij Hrvatske i Slavonije dijeli se na šest županija: varaždinsku, zagrebačku, križevačku,

1 Građanski zakonik je proglašen carskim patentom od 29. studenog 1852. g., a počeo je važiti od 1. svibnja 1853. g., Kazneni zakonik je proglašen carskim patentom od 27. svibnja 1852. g., a počeo je važiti od 1. rujna 1852. g., Zakon o kaznenom postupku je proglašen carskim patentom od 29. srpnja 1853. g. i objavljen u ZVL, komad XXII., od 29. rujna 1853. g., Zakon o građanskom postupku uveden je naredbom Ministarstva pravosuđa od 16. rujna 1852. g., a Odvjetnički red je proglašen carskim patentom od 24. srpnja 1852. g., a objavljen u DZVL, komad LIII., od 7. rujna 1852. g.

2 N. Engelsfeld, Povijest hrvatske države i prava, razdoblje od 18. do 20. stoljeća, Zagreb, 1999. str. 114.

3 O postanaku austrijskog građanskog zakonika detaljnije podatke vidi kod M. Derenčin, Tumač k obćemu austrijskome građanskom zakonu, Zagreb, 1880. g.

4 Vidi kod M. Gross, Počeci moderne Hrvatske, Zagreb, 1985., str. 108., i kod A. Milušić: Historiografski triptih Brlić - Mažuranić - Mesić, Osijek, 1998., str., 59.

5 B. Falk, Montesquieu, u knjizi Klasici političkog mišljenja, Zagreb, 1998., str. 61. i C.L. Montesque, O duhu zakona, Beograd, 1989.

6 I. Borković, Pravni status tzv. slobodnih kraljevskih gradova, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, br. 1-2, Split, 1992., str. 15., no autor u tekstu navodi pogrešnu godinu 1858.

7 RGB 1850. br. 245.

riječku, osječku i požešku. Broj županija je zapravo ostao isti kao i prije, ali su promjene ipak bile znatne. Ukinuta je prijašnja Srijemska županija, a njezin teritorij pridružen je teritoriju osječke županije. Osječka županija je osim novopridruženog teritorija zapravo obuhvaćala teritorij bivše virovitičke županije koja je preimenovana u osječku. Osnovana je i jedna potpuno nova, Riječka županija.

Županije su se prema novoj organizaciji uprave u Hrvatskoj i Slavoniji dijelile na kotareve. Osječka županija imala je četiri kotara: Osijek, Virovitica, Đakovo i Vukovar, a Požeška županija dva kotara: Požega i Pakrac.

Prema prijašnjem ustroju županije, kotarevi i okružja su imali znatne sudbene funkcije, a po novoj reorganizaciji njihove sudbene funkcije se ukidaju i prenose na novoosnovane sudove, tako da kotarevi i županije ostaju samo upravne jedinice. To je učinjeno prvom reformom sudstva na području Hrvatske i Slavonije 1850. godine. U provođenju ove reforme također je sudjelovao i kasniji hrvatski ban Ivan Mažuranić[8], koji u jednom pismu Nikoli Vranjicanu 30. svibnja 1850. g. iz Beča piše: "Jučer mi reče Schmerling da me je imenovó viećnikom (po starom "prisednikom") banskoga Stola, i ujedno privremenim generalnim prokuratorom za svu Hervatsku i Slavoniu. Ja ću, kako mi je naložio Ministar, druge nedelje otić odavde tamo s' organizatorom Ružnowom da počmemo novu organizaciu sudovah. Tako ćemo razpisat i konkurse za službe sudačke i derž. odvetništva."[9]

Stanje u sudstvu u to vrijeme bilo je vrlo loše. U sudovima su radili zaposlenici naslijeđeni iz bivšeg feudalnog sustava koji su se teško privikavali na promjenjene okolnosti i koji su teško prihvaćali novodonesene zakone koji su precizno regulirali njihov rad. Osim toga bilo je malo sudaca, pa su oni bili pretrpani poslom, a i plaće pravosudnih djelatnika su bile prilično niske. Nije zanemariva niti odlika koja je snažno karakterizirala cjelokupni austrijski birokratski aparat - Schlamperei. Bilo da je rad činovnika jednostavno bio okarakteriziran lijenošću, neškolovanošću ili pak aljkavošću ili možda, kako pojedini autori tvrde da su "Poslije 1850. činovnici na svim razinama bili su razapeti između dužnosti prema državi i dužnosti prema sugrađanima", činjenica je da je rad činovnika u to vrijeme bio okarakteriziran kao *ein durch Schlamperei gemilderter Absolutismus* (apsolutizam ublažen aljkavošću).[10] Ovu žalosnu situaciju ocrtavaju nam i pisma Ivana Mažuranića svome bratu Antunu Mažuraniću i Maksimilijanu Rušnovu, posebnom povjereniku za uvođenje sudova u Hrvatsku i Slavoniju.

Prvo pismo naslovljeno je na Mažuranićeva brata Antuna, a pisano je u Zagrebu 19. studenog 1850. g.: "Ova je Komisia pisala ministarstvu da se svim urednikom pravosudnim počamši od 1. t. m. povekša bar ikoliko i odredi platja i da im se dadu pristavi gdie treba. ... Ove će platje davat pravosudje i toga radi izmaći će se sudci naši u tom obziru ispod upliva oblastih političnih.

8 Mažuranić se nalazio u sastavu povjerenstva zaduženog za ustroj novog pravosudnog sustava u Hrvatskoj kojem se na čelu nalazio M. Rušnov, a u čijem sastavu su se još nalazili M. Ožegović i H. Bužan, vidi kod A. Milušić, 56. te kod D. Čepulo: Dioba sudstva i uprave u Hrvatskoj 1874. godine - institucionalni, interesni i poredbeni vidovi, Hrvatska javna uprava, br. 2, Zagreb, 1999., str. 237.

9 I. Mažuranić, Sabrana djela, Svezak IV., Pisma i govori, priredio Milorad Živančević, Zagreb, 1979., str. 103.

10 W. M. Johnston, Austrijski duh, Zagreb, 1993., str. 29.

Za misec danah t. j. 1. siečnja stupit će u život podžupani (bit će imenovani ovih dana) i onda će se sudovi posvema riješit sekaturah političnih koje su ih dosle ubijale. Predlog za banski stol otišó je još onomadne u Beč; ja ću sad bit gotov s predlogom za odvietničtvo. Malo zatim počet ćemo predlog za sudove zemaljske. Ja se nadam da ćemo moći uvesti zemaljske sudove mieseca veljače ili najdalje 1. ožujka. Kotarski sudovi sliedit će zatim odmah. Kompetentah ima okolo 2500, pak ti je tu golema posla, dok ti se taj vrag metne u red."[11]

U drugom pismu pisanom u Zagrebu 30. lipnja 1851. g., naslovljenom na Maksimilijana Rušnova, povjerenika za uvođenje sudova u Hrvatsku i Slavoniju, Mažuranić piše: "Uslied ustmenoga naloga Presvietlosti Vaše u tom sastojećega: da službovanje privr. kotarskoga sudca sisačkoga, Josipa Poldrugača, pregledamo, a osobito o tom da se obaviestimo, je li? i kakove je službene poslove rečeni kotarski sudac imao obavit na zahtievanje g. Mirka Kukovića? podjosmo mi nižepodpisani dne 26. lipnja 1851 u jutro rano u Sisak, i stigavši tamo okolo podne, posietismo odmah pisarnicu rečenoga kotarskoga sudca, Jos. Poldrugača, u nazočnosti njegovoj i pristava njegova Dragutina Pajanovića. Gdie zaiskavši od rečenoga kotarskoga sudca službene zapisnike nadjosmo, da se kod onoga kotarskoga suda poslovi nenalaze baš u najboljem redu već s toga, što u njem neima pravoga uručbenoga zapisnika ni registrature. O čem upitan rečeni sudac, odgovori: jedno da preveliki broj posalah svagdanjih i pomanjkanje pomoćnoga osobja pisarničkoga nedopušta da se stvari vode u redu drugom nego onom u kojem su se vodile i pod sistemom priašnjom; a drugo da on ni formularah štampanih neima, po kojih bi vodio uručbeni zapisnik, a naknada koju daje dèržava za troškove pisarničke da je odveć malena, tako da sudac sám od tih novacah potrebitih formularah dobaviti nemože. U ostalom upute koje mu dadosmo o redovitiem vodjenju uručbenoga zapisnika za unapredak, primio je rečeni sudac rado i obećao je da će se u napredak po njih ravnati."[12]

Tom reorganizacijom na području Hrvatske osnovano je 57 kotarskih sudova, 7 zemaljskih sudova i jedan viši zemaljski sud, koji od 1851. g. nosi naziv Banski stol. Na području Slavonije ovom reformom kotarski sudovi su osnovani u slijedećim mjestima: Daruvar, Pakrac, Požega, Pleternica, Bektež, Virovitica, Voćin, Slatina, Orahovica, Šokački Miholjac,[13] Valpovo, Osijek, Našice, Đakovo, Vukovar, Tovarnik i Kutina.[14]

Od ovih 57 kotarskih sudova jedan manji broj je proglašen za zborne, što je značilo da su se odluke donosile u sudskom vijeću, a u ostalima su odluke donosili suci pojedinci. Na području Slavonije za zborne su proglašeni kotarski sudovi u Pakracu, Virovitici i Vukovaru.

Od ukupno sedam zemaljskih sudova koji su bili osnovani u "krunovini Hèrvatskoj i Slavoniji" na području Slavonije nalazila su se dva: u Požegi i u Osijeku. Sudbeno područje osječkog zemaljskog suda obuhvaćalo je sudbena područja virovitičkog, voćinskog, slatinskog, orahovičkog, šokačko-miholjačkog, valpovačkog, osječkog, našičkog, đakovačkog, vukovarskog i tovarničkog kotarskog suda. Sudbeno područje zemaljskog suda u Požegi obuhvaćalo je

11 I. Mažuranić, 106.
12 I. Mažuranić, 122.
13 Danas Donji Miholjac.
14 Reichs-Gesetz und Regierungsblatt, komad 99, br. 303., godina 1850.

područja djelovanja slijedećih kotarskih sudova: kutinskog, daruvarskog, pakračkog, požeškog, pleterničkog i bektežkog.

Ovom reformom unesene su izmjene i u rad državnog odvjetništva. Za potrebe obavljanja poslova državnog odvjetništva imenovan je pri Banskom stolu u Zagrebu poseban prokurator i njegov namjesnik, a pri svakom zemaljskom sudu imenovan je po jedan državni odvjetnik s potrebnim brojem namjesnika. Također je pri svakom kotarskom zbornom sudu imenovan po jedan namjesnik državnog odvjetnika s osobljem koje mu je pomagalo u radu.[15]

Reformom iz 1850. g. znatne promjene unesene su i u uređenje statusa i nadležnosti slobodnih kraljevskih gradova u Hrvatskoj. Prije 1850. g. slobodni kraljevski gradovi su se ravnali prema starome municipalnom uređenju utemeljenom na kraljevim darovnicama. Osnov tih darovnica bio je zasebna sudbenost slobodnih kraljevskih gradova neovisna od županijske sudbenosti, a koju su vršili gradski magistrati birani od građana. Reformom iz 1850. g. doneseni su privremeni općinski redovi za gradove Zagreb i Osijek, a uređenje ostalih gradova sa magistratom izvršeno je banskom naredbom od 19. VIII. 1851. g. Ovom reorganizacijom iz gradske kompetencije je izuzeto sudstvo, a u nadležnosti gradskih uprava ostali su samo upravni poslovi. Upravni organi u svakom gradu bili su gradski načelnik, gradsko zastupstvo i magistrat.[16]

2. Reforma sudstva 1854. g.

Tako oštar rez sa sudbeno - upravnim ustrojem koji je funkcionirao dugo vremena nije mogao proći bez poteškoća, pa se 1854. g. pristupa novoj reorganizaciji sudstva, temeljem koje se sudstvo ponovno u izvjesnoj mjeri spaja s upravom. Osnov ovoj reformi postavljen je Silvestarskim patentom od 31. prosinca 1851. g. istovremeno s kojim je vladar izdao i Načela za organičke uredbe u krunovinah cesarevine austrianske.[17] U Zemaljsko-vladinim listovima za Kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju iz 1853. godine objavljen je niz uredbi i propisa kojima se prilično detaljno regulira organizacija sudstva i funkcioniranje novoustrojenih organa.

Nova reorganizacija uprave na području Kraljevine Hrvatske i Slavonije učinjena je naredbom Ministarstva unutarnjih poslova, pravosuđa i financija od 19. I. 1853. g., odnosno naredbom od 3. VI. 1854. g. Teritorij carevine bio je organiziran tako da je na području pojedine krunovine vrhovnu upravnu vlast predstavljalo namjesništvo podređeno vladi u Beču. Namjesništvu su na području Kraljevine Hrvatske i Slavonije bile podređene županije, a županijama kotarevi, koji su, ukoliko su osim upravne obavljali i sudbenu funkciju, nazivani mješovitim kotarskim uredima. Kotarevima su bile podređene mjesne općine.[18]

U vršenju upravnih i pravosudnih poslova kotarski uredi su predstavljali najnižu vlast u jednom kotaru. U djelokrugu kotarskih ureda bilo je obavljanje

15 Razpis ministarstva pravosuđa od 16. srpnja 1850. g., paragraf 11., DZVL - komad XCIX., br. 303.

16 Carski patent od 7. rujna 1850. kojim se odobraha i u kriepost stavlja privremeni obćinski red za kraljevski grad Ossek, Osijek, 1850. (ili 1851.).

17 RGB 1852., br. 4., te kod D. Čepulo (1999.) 237.

18 I. Beuc, 265.

svih poslova unutarnje uprave, a ako su djelovali kao mješoviti kotarski uredi i vršenje građanske i kaznene sudbenosti u prvom stupnju.

Teritorij Kraljevine Hrvatske i Slavonije, izuzevši Vojnu krajinu, bio je inkorporiran u posebno namjesništvo sa sjedištem u Zagrebu. Područje namjesništva dijelilo se na pet županija (sjedišta županija bila su u Zagrebu, Osijeku, Varaždinu, Požegi i Rijeci). Područje osječke županije imalo je šest vanjskih kotara: Osječki, Valpovački, Doljnjomiholjački, Đakovački, Vukovarski i Našički, te jedan gradski kotar: grad Osijek. Područje požeške županije dijelilo se na sedam vanjskih kotara: Virovitički, Slatinski, Vučinski, Daruvarski, Pakrački, Požeški i Kutjevački i jedan gradski kotar: grad Požega.[19]

Na području Namjesništva sa sjedištem u Zagrebu nisu svi kotari bili mješoviti kotarski uredi, niti su imali ovlaštenje vršiti i upravne i sudbene funkcije, nego samo neki od njih. Prema tim odredbama ponovno fuzioniranje uprave i sudstva vrši se putem novoustrojenih kotarskih ureda, koji su u jednom upravnom kotaru bili najniža vlast.[20]

Kao sudište prve molbe funkcionirali su zemaljski odnosno županijski sudovi, a sudište druge molbe za područja Kraljevine Hrvatske i Slavonije bio je Banski stol u Zagrebu.

Kotarski uredi su kao novoustrojena najniža vlast u jednom upravnom kotaru, u domenu sudstva, imali pravo rješavati sve parnice iz građanske ili kaznene sudbenosti u prvom stupnju. Izvjesna ograničenja su postojala jedino u pogledu subjekata, i to ukoliko su parnice bile vođene protiv pojedinih pravnih subjekata javnoga karaktera ili protiv posjednika plemićkih dobara. Treba također istaknuti da su pojedini kotarski uredi imali i izvjesna ograničenja u pogledu područja prostiranja njihovih ovlasti. Naime, u mjestima gdje su postojali sudovi prve molbe, kotarski uredi su imali iste stvarne nadležnosti, ali samo izvan toga mjesta, dok su unutar mjesta sudbenost vršili posebni gradskodelegirani kotarski sudovi.[21]

Drugi stupanj u sudbenom postupku predstavljala su tzv. "sudišta prve molbe", a to su bili: Zemaljski sud u Zagrebu koji je obuhvaćao područje zagrebačke županije, te županijski sudovi u ostalim županijskim središtima. Za područje Slavonije, točnije Požeške i Virovitičke županije, bio je nadležan Županijski sud u Osijeku.[22] Zanimljivo je istaknuti da je uz redovite nadležnosti, koje su spadale u djelokrug sudova prve molbe, za dva suda u Hrvatskoj vrijedila i nadležnost u rudarskim poslovima. To su bili Zemaljski sud u Zagrebu i Županijski sud u Osijeku.[23]

U trećem stupnju prizive je na području Kraljevine Hrvatske i Slavonije rješavao Banski stol u Zagrebu.

19 Ibid. 266.
20 Ibid.
21 Ibid. 308.
22 Ibid. 310.
23 Kako je u Državnom arhivu u Osijeku u tijeku obrada velike količine arhivske građe osječkih sudova iz 19. i prve polovine 20. st., nadamo se da će nakon toga više svijetla pasti i na djelatnost osječkih sudova u rudarskim poslovima.

3. Reforma sudstva 1874. g.

Sudbeno uređenje zacrtano reformama iz 1854. g. funkcioniralo je prilično dugo, gotovo dvadeset godina. To vrijeme je zapravo predstavljalo jedan prijelazni period u kojem je ublažen onako oštar rez između uprave i sudstva, koji je učinjen prvom reformom iz 1850. g. Nakon ovog prijelaznog razdoblja ideja odvajanja sudstva od uprave, koja je 1850. g. bila realizirana da bi 1854. g. bila prolongirana, sazrela je i naišla na povoljne okolnosti za primjenu. Dječje bolesti novoga sustava su prebrođene, a prednosti koje je pružalo odvajanje sudbenog aparata od upravnog konačno su shvaćene. Ni sama promjena nakon prijelaznog roka od dvadeset godina u svijesti ljudi nije izgledala tako drastična. Kada ističemo ovaj posljednji argument, moramo imati na umu da je građanska sigurnost i ustaljena kolotečina u austrijskom društvu 19. st. bila najveća svetinja, a promjene i "novotarije" su bile nešto na što se gledalo sa sumnjom i odbojnošću. [24]

Mišljenja sam da je u prilog ovoj mijeni svakako išla i dioba Austrijske carevine na austrijski i ugarski dio monarhije, te do tada prilično snažno sačuvane i izražene teritorijalne osebujnosti diljem Monarhije, koje su se prilično često zrcalile u specifičnostima upravnog aparata na pojedinom području. Da bi se izbjegao utjecaj takvih "specifičnosti" na sudbeni sustav, pristupilo se razdvajanju upravnog i sudbenog sustava, zapravo ustrojavanju novog sudbenog sustava neovisnog od uprave.

Uz sve ove okolnosti, neposredno prije toga, točnije 1873. g., hrvatskim banom postao je Ivan Mažuranić. Mažuranić je prije svoga imenovanja na bansku čast više od dvadeset godina obnašao razne funkcije vezane uz upravu i pravosuđe. Još 1849. g. Mažuranić je zajedno s Metelom Ožegovićem i Hermanom Bužanom bio savjetnik austrijskog ministra pravosuđa Schmerlinga, a sudjelovao jer i u radu posebne komisije za reorganizaciju pravosuđa na čijem se čelu nalazio Maksimilijan Rušnov.[25] Tijekom više desetljeća Mažuranić je obavljao mnoge dužnosti u upravnom sustavu Hrvatske i Austrije, te je postao vrlo stručan i upućen. Poznavao je sustav odlučivanja i djelovanja do u detalje, pa je to mogao usmjeriti na boljitak Hrvatske. To njegovo neprekidno reformatorsko i modernizacijsko djelovanje kulminiralo je zamašnim upravnim, pravosudnim i prosvjetnim reformama za vrijeme obnašanja banske časti 1873. - 1880. godine.

U trenutku otpočinjanja Mažuranićevih reformi nije postojala jasna razdvojenost uprave od sudstva. Sudstvo i uprava bili su djelomično objedinjeni od najviših (Stol sedmorice kojem je predsjedao hrvatski ban) pa do najnižih instanci (mjesni sudovi).

Pravosudne reforme ban Mažuranić je počeo donošenjem Zakona o vlasti sudačkoj od 28. veljače 1874. godine. Već u početnim člancima ovog

24 Sličan primjer austrijskog konzervatizma i postupnog prilaza promjenama nalazimo i nešto ranije krajem 18. st., kada Austrija osvaja Dalmaciju od Mletačke republike. Nakon vojnog osvajanja Dalmacije austrijska vlast ne samo da nije ukinula mletački upravni i sudbeni sustav, već ga je raznim proglasima direktno i potvrđivala. Također, nakon ponovnog austrijskog osvajanja Dalmacije od Francuske ne uvode se nagle promjene, nego se izvjesno vrijeme čak primjenjuju francuski zakoni. Vidi kod V. Maštrović, Razvoj sudstva u Dalmaciji, Zagreb, 1959., str. 11, str. 66 i drugdje u tekstu.

25 A. Milušić, 56.

zakona deklarirano je i propisano da pravosuđe treba biti potpuno neovisno od uprave: "Pravosuđe valja da bude posvema razlučeno od uprave, ter od iste nezavisno".[26] Neovisnosti sudaca također je doprinosila i odredba koja je sucima branila da ne mogu istovremeno s vršenjem sudačke funkcije obnašati nikakve druge plaćene državne ili općinske službe, a ukoliko bi za vrijeme vršenja sudačke funkcije bili izabrani kao zastupnici u sabor moraju se odreći ili sudačke funkcije ili saborskog mandata.[27]

U okviru ove reforme donesen je čitav niz zakona kojima se dovršava reorganizacija pravosuđa i zaokružuje pravosudni sustav neovisan od uprave: Zakon o ustroju sudova prve molbe,[28] Zakon o mjesnim sudovima i postupku pred njima,[29] Zakon o predsjedništvu Stola sedmorice,[30] Zakon o postupku u pravnim poslovima manje vrijednosti pred kotarskim sudovima[31] i Zakon o sudbenosti trgovačko-mjeničnoj i postupku pred trgovačko-mjeničnim sudovima.[32]

Nakon te reforme pokraj kotarskih gradskodelegiranih sudova za rješavanje sporova u prvom stupnju bili su nadležni i sudbeni stolovi. Oni su imali istu nadležnost koju su do tada imali kotarski uredi. Na području Slavonije ovim su reformama sudbeni stolovi osnovani u Osijeku, Požegi, Vukovaru i Bjelovaru.[33] Tim se reformama uvode izvjesne promjene i u djelovanje sudova sa rudarskom nadležnošću. Ranije su za rudarske poslove bili nadležni Zemaljski sud u Zagrebu i Županijski sud u Osijeku, a nakon reformi iz 1874. g. za cjelokupno područje Kraljevine Hrvatske i Slavonije postaje nadležan Sudbeni stol u Zagrebu.

Ovim reformama uvodi se i znatna promjena u rad Stola sedmorice. Naime, predsjednik toga vrhovnog suda prije je bio hrvatski ban, što je samo bio još jedan oblik povezanosti uprave i sudstva. Nakon Mažuranićevih reformi ban više ne predsjedava Stolu sedmorice, što pokazuje da je postojala namjera da se uprava i sudstvo razdvoje i na najvišoj razini.[34]

Reorganizacijom sudstva iz 1874. g. pod nadležnost sudbenih stolova dolazi i rješavanje urbarskih pitanja. Naime, ukidanjem feudalizma javlja se čitav niz pitanja i sporova u vezi s odnosima između bivših feudalaca i kmetova u pogledu zemlje i njenog korištenja. Rješenje tih sporova pokušalo

26 Zakon o vlasti sudačkoj od 28. veljače 1874., Sbornik zakonah i naredabah valjanih za Kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju, godina 1874., komad VIII., broj 15., članak 2.

27 Ibidem, članak 3., o donošenju i značenju ovoga zakona podrobnije vidi kod Čepulo, 240. - 254.

28 Zakon ob ustroju sudovah prve molbe u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, od 21. studenog 1874., Sbornik, XXV., godina 1874., br. 55.

29 Zakon o mjestnih sudovih i postupku pred njimi, od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., br. 87.

30 Zakon o predsjedničtvu kr. stola sedmorice za kraljevine Dalmaciju, Hrvatsku i Slavoniju, od 28. veljače 1874., Sbornik, godina 1874., broj 17.

31 Zakon o postupku u pravnih poslovih manje vriednosti (o postupku bagatelnom ili maličnom) pred kr. kotarskim sudovi, od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., komad XXXII., broj 88.

32 Zakon o sudbenosti trgovačko-mjenbenoj i postupku pred trgovačko-mjenbenim sudovi, od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., komad XXXI., broj 86.

33 Zakon ob ustroju sudovah prve molbe u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, od 21. studenog 1874., Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju, godina 1874., br. 55., paragraf 4.

34 M. Gross, A. Szabo: Prema hrvatskome građanskom društvu, Zagreb, 1992., str. 374., te kod Čepulo (1999.), 255.

se pronaći još 1853. g. posebnim patentom, ali se kao nužno pokazalo uvođenje posebnih urbarijalnih sudova 1857. godine. Tada su osnovani urbarijalni sudovi prve molbe. Na njihove odluke priziv je bio dozvoljen na Viši urbarijalni sud u Zagrebu, a treća instanca bio je Vrhovni urbarski sud u Beču. Tijekom vremena urbarskih sporova je bilo sve manje; prestala je i potreba za posebnim pravosudnim tijelima, pa se težilo ka ingerenciji urbarske sudske nadležnosti pod redovni sudski aparat. Godine 1861. Banski stol u Zagrebu preuzima ovlaštenje Višeg urbarskog suda, a 1862. g. Stol sedmorice u Zagrebu preuzima sporove iz nadležnosti Vrhovnog urbarskog suda u Beču. Kako je urbarskih sporova u prvom stupnju bilo daleko najviše, prvostupnjevni urbarski sudovi su nastavili s radom još neko vrijeme, sve do 1874. g. Tada sporove iz njihove nadležnosti preuzimaju sudbeni stolovi.

U međuvremenu donesenom Hrvatsko-Ugarskom nagodbom kojom su uređeni odnosi između Kraljevine Ugarske i Kraljevine Hrvatske i Slavonije bilo je izrijekom određeno (§. 48) da sudbenost u svim stupnjevima pripada u isključivu nadležnost Kraljevine Hrvatske i Slavonije. Od ove odredbe izuzeta je nadležnost u predmetima sudbenosti pomorskog prava, koja je ostala pridržana u nadležnosti zajedničkih tijela.[35] Odvajanje uprave od sudstva koje je provedeno Mažuranićevim reformama nije poštovano u slučaju mjesnih sudova. Ovi sudovi su mogli izricati presude u sporovima male vrijednosti, a kako je takvih sporova bilo relativno puno naišlo se na snažno protivljenje njihovu ukidanju i dodjeljivanju njihove nadležnosti kotarskim sudovima. No, ovo je samo dokaz kako je državna uprava u Mažuranićevo vrijeme daleko više osluškivala glas naroda nego li ranije. Uvidjelo se da mjesni sudovi relativno efikasno i jeftino rješavaju sporove male vrijednosti, koji bi opet zagušivali i usporavali rad kotarskih sudova, pa su mjesni sudovi nastavili sa svojim djelovanjem.[36]

Razdoblje Mažuranićeva obnašanja funkcije bana obilježeno je neprekidnim reformatorskim i modernizacijskim djelovanjem. Upravo u tom razdoblju u Hrvatsku se uvodi čitav niz modernih tekovina na raznim poljima od sudstva, preko uprave pa do školstva. U relativno kratkom razdoblju donešen je čitav niz zakona koji su regulirali pojedina polja ljudske djelatnosti. Mažuranić kao da je bio svjestan da je njegovo obnašanje funkcije bana prilika da svoj dugogodišnji rad u javnon upravi oplodi temeljitim reformatorskim radom i uvođenjem novih modernijih načela u mnoge segmente javnog života Hrvatske.[37]

4. Reforma sudstva 1884. g.

Sudbena reforma iz 1874. g. bila je samo prijelazni korak, odnosno međustadij u razvoju sudbenog sustava u Hrvatskoj i Slavoniji. Partikularizacija nadležnosti u okviru jednog pravnog stupnja stvarala je prilično teškoća u

35 I. Bojničić, Zakoni o ugarsko-hrvatskoj nagodbi, Zagreb, 1911., str. 27.

36 M. Gross et al., 376.

37 O Mažuranićevu reformatorskom radu vidi naročito kod Gross et al. 369. - 425., te kod D. Čepulo, Središte i periferija: europske i hrvatske odrednice Mažuranićevih reformi ustrojstva vlasti i građanskih prava 1873-1880., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6., Zagreb, 2000., D. Čepulo, Dioba sudstva i uprave u Hrvatskoj 1874. godine - institucionalni, interesni i poredbeni vidovi, Hrvatska javna uprava, br. 2., Zagreb, 1999.

primjeni prava, pa se težilo unifikaciji nadležnosti unutar jedne institucije jednog pravnog stupnja.

Takve tendencije dovode do ukidanja gradskodelegiranih kotarskih sudova i osnivanja kotarskih sudova kao pravnih sljednika sudbenih ovlasti prethodnih. To je učinjeno novim sudbenim reformama 1884. g.[38] Ove reforme zaokružene su novom teritorijalnom reorganizacijom 1886. g., koja je svakako utjecala na prostiranje sudbenih ovlasti i razmještaj sudbenih institucija. Kao posljedica tih promjena na području Slavonije ukinut je Kotarski sud u Valpovu, a sudbena organizacija u Slavoniji bila je sada nešto drukčija.

Postojala su četiri sudbena stola: u Osijeku, Požegi, Vinkovcima i Vukovaru. Sudbeni stol u Osijeku bio je prizivna instanca za kotarske sudova u Osijeku, Đakovu, Donjem Miholjcu, Našicama, Slatini i Virovitici. Sudbeni stol u Požegi bio je nadležan za sudbena područja kotarskih sudova u Požegi, Pakracu, Daruvaru, Novoj Gradiški, Novskoj i Brodu; Sudbeni stol u Vinkovcima za kotarske sudove u Vinkovcima i Bošnjacima, a sudbeni stol u Vukovaru bio je prizivno sudište za presude kotarskih sudova u Vukovaru, Šidu, Iloku i Irigu.

Poradi ekonomičnosti poslovanja, već te iste 1886. g. ukidaju se sudbeni stolovi u Vukovaru, Vinkovcima i Zemunu, a osniva se novi sudbeni stol u Mitrovici, koji većim dijelom obuhvaća sudbena područja ukinutih sudbenih stolova. Sudbena područja kotarskih sudova u Vukovaru, Vinkovcima i Bošnjacima pripajaju se Sudbenom stolu u Osijeku.[39]

U to vrijeme u Hrvatskoj su i dalje djelovali tzv. mjesni sudovi nadležni za donošenje odluka u predmetima u kojima su bili sporni manji novčani iznosi. Kako je u svakodnevnom životu ovakvih predmeta bilo poprilično, mjesni sudovi su imali dosta posla i svakoj namjeri vlade da ove sudove pretvori samo u "pomiriteljne" pružao se otpor.[40] Zato se inzistiralo da ovim sudovima ostane u nadležnosti i vođenje parnica u predmetima manje vrijednosti. Ideja o djelovanju mjesnih sudova u rješavanju predmeta manje vrijednosti bila je vrlo dobra, jer je omogućavala da kotarski sudovi budu ekspeditivniji i da se ne bave predmetima manje vrijednosti. Ovi sudovi su se u pravilu osnivali za svaku općinu, a za predsjednika, zamjenika ili prisežnike mogao je biti izabran svaki pismen muškarac stariji od trideset godina koji je stalno prebivao u općini. Pojedini mjesni sudovi imali su ovlaštenje rješavati predmete kod kojih sporni iznos nije prelazio 30 forinti, neki za sporove do 60 forinti, a neki pak i do 100 forinti.[41]

Na području Slavonije postojao je relativno velik broj mjesnih sudova. Na području Sudbenog stola u Požegi (na području Kotarskog suda u Brodu): u Andrijevcima, Bebrini, Beravcima, Brodu, Garčinu, Kaniži, Klakaru, Oriovcu, Podvinju, Sibinju, Stupniku, Svilaju, Trnjanima, Velikoj Kopanici i Kobašu; (na području Kotarskog suda u Daruvaru): u Antunovcu, Bastaji, Daruvaru - nutarnji, Daruvaru - vanjski, Dežanovcu, Đulavesu, Končanici, Siraču i Uljaniku; (na području Kotarskog suda u Novoj Gradiški): u Cerniku, Davoru, Novoj Gradiški - vanjski, Novoj Gradiški - unutarnji, Novoj Kapeli, Mašiću, Okučanima, Rešetarima, Staroj Gradiški, Starom Petrovom selu i Štivici; (na području

38 I. Beuc, 307.

39 I. Beuc, 308.

40 M. Gross et al. 376.

41 Organizacija i djelovanje mjesnih sudova propisana je posebnim zakonom (Zakon o mjestnih sudovih i postupku pred njimi) od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., br. 87.

Kotarskog suda u Novskoj): u Jasenovcu, Krapju, Lipovljanima, Lonji, Novskoj i Raiću; (na području Kotarskog suda u Pakracu): u Badljevini, Buču, Čagliću, Dragoviću, Gaju, Kukunjevcu, Lipiku i Pakracu; (na području Kotarskog suda u Požegi): u Bektežu, Jakšiću, Kaptolu, Kutjevu, Hrvatskim Mihaljevcima, Pleternici, Požegi, Ruševu, Stražemanu, Velikoj i Vilić selu.

Na području Sudbenog stola u Osijeku; (na području Kotarskog suda u Bošnjacima): u Babinoj gredi, Bošnjacima, Drenovcima, Gradištu, Gunji, Gundincima, Rajevu selu, Račinovcima, Sikirevcima, Soljanima, Šamcu, Štitaru, Županji, Vrbanji; (na području Kotarskog suda u Đakovu): u Bračevcima, Đakovu, Drenju, Gašincima, Gorjanima, Levanjskoj Varoši, Piškorevcima, Punitovcima, Selcima, Semeljcima, Trnavi, Viškovcima, Vrbici, Vrpolju i Vuki; (na području Kotarskog suda u Donjem Miholjcu): u Marijancima, Donjem Miholjcu, Moslavini, Podgajcima, Šljivoševcima i Viljevu; (na području Kotarskog suda u Našicama): u Feričancima, Klokočevcima, Koški, Našicama, Orahovici i Podgoraču; (na području Kotarskog suda u Osijeku): u Aljmašu, Bijelom Brdu, Bizovcu, Čepinu, Dalju, Erdutu, Ernestinovu, Hrastinu, Osijeku (jedan odsjek za Gornji grad, a drugi za Donji grad), Petrijevcima, Retfali, Sarvašu, Tenji, Valpovo - trgovište, Valpovo - vanjsko; (na području Kotarskog suda u Slatini): u Novoj Bukovici, Slatinskom Drenovcu, Gornjem Miholjcu, Sladojevcima, Slatini, Sopju, Voćinu; (na području Kotarskog suda u Vinkovcima): u Andrijaševcima, Cerni, Ivankovu, Komletincima, Mirkovcima, Neudorfu, Nijemcima, Otoku, Privlaci, Retkovcima, Slakovcima, Starim Mikanovcima, Vođincima, Vinkovcima; (na području Kotarskog suda u Virovitici): u Cabuni, Gradini, Lukaču, Pivnici, Suhopolju, Špišić Bukovici i Virovitici; (na području Kotarskog suda u Vukovaru): u Berku, Boboti, Bogdanovcima, Borovu, Bršadinu, Ceriću, Čakovcima, Gabošu, Jarmini, Starim Jankovcima, Korođu, Lovasu, Markušici, Negoslavcima, Nuštru, Opatovcu, Pačetinu, Petrovcima, Sotinu, Svinjarevcima, Tompojevcima, Tordincima, Trpinji, Veri i Vukovaru.[42]

Kada govorimo o ovoj reorganizaciji sudstva treba imati na umu da je 1881. g. počelo razvojačenje Vojne krajine i inkorporiranje njezina teritorija u državno područje Hrvatske, kojom prilikom je sudski ustroj, sukladan ustroju u ostatku Hrvatske uveden i na području bivše Vojne krajine. Ova činjenica je svakako utjecala na teritorijalnu koncepciju i prostiranje sudbenih oblasti u Slavoniji, jer je znatan dio njena teritorija bio u sastavu Vojne krajine, pa je tek ovim sudskim reformama u njega uvedeno sudovanje kao u ostatku Hrvatske.

Nakon ovih izmjena daljih reorganizacija sudbenog aparata u Austro-Ugarskoj monarhiji nije bilo, već je u ovako uspostavljenom obliku takav aparat funkcionirao sve do raspada Monarhije, odnosno i kasnije, u našim krajevima sve do 1929. g. Manjih izmjena je zapravo bilo, ali ne u koncepciji sudbenog aparata, već samo u razmještaju sudova i protezanju sudbenih ovlasti.

Kada se ove promjene i reorganizacije sudstva u Hrvatskoj promatraju na jednom mjestu i u ovako lapidarnom obliku, može se učiniti da su one prilično česte. To ipak nije točno, već one predstavljaju logičan i postupan put od starog feudalnog sudbenog ustroja do novog i za ono vrijeme modernog sudstva koje je omogućavalo efikasno sudovanje i zaštitu javnog interesa.

42 M. Smrekar, Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, Zagreb, 1899. g., knjiga I., str. 630. - 635.

Literatura

- Bojničić, Zakoni o ugarsko-hrvatskoj nagodbi, Zagreb, 1911.,
- Borković, Pravni status tzv. slobodnih kraljevskih gradova, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, br. 1-2, Split, 1992.
- D. Čepulo, Dioba sudstva i uprave u Hrvatskoj 1874. godine - institucionalni, interesni i poredbeni vidovi, Hrvatska javna uprava, br. 2., Zagreb, 1999
- M. Derenčin,Tumač k obćemu austrijskome građanskom zakonu, Zagreb, 1880. G
- N. Engelsfeld, Povijest hrvatske države i prava, razdoblje od 18. do 20. stoljeća, Zagreb,1999.
- B. Falk, Montesquieu, u knjizi Klasici političkog mišljenja, Zagreb, 1998.,
- M. Gross, A. Szabo: Prema hrvatskome građanskom društvu, Zagreb, 1992.,
- M. Gross, Počeci moderne Hrvatske, Zagreb, 1985.,
- W. M. Johnston, Austrijski duh, Zagreb, 1993.
- Maštrović, Razvoj sudstva u Dalmaciji, Zagreb, 1959.,
- Mažuranić, Sabrana djela, Svezak IV., Pisma i govori, priredio Milorad Živančević, Zagreb, 1979., str. 103.
- Zakon o vlasti sudačkoj od 28. veljače 1874., Sbornik zakonah i naredabah valjanih za Kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju, godina 1874., komad VIII., broj 15.,
- M. Smrekar, Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, Zagreb, 1899. g., knjiga I.,
- A. Milušić: Historiografski triptih Brlić - Mažuranić - Mesić, Osijek, 1998., str., 59.
- C.L. Montesque, O duhu zakona, Beograd, 1989.
- Zakon ob ustroju sudovah prve molbe u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, od 21. Studenog 1874., Sbornik, XXV., godina 1874.,
- Zakon o mjestnih sudovih i postupku pred njimi, od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., br. 87.
- Zakon o predsjedničtvu kr. stola sedmorice za kraljevine Dalmaciju, Hrvatsku i Slavoniju, od 28. veljače 1874., Sbornik, godina 1874., broj 17.
- Zakon o postupku u pravnih poslovih manje vriednosti (o postupku bagatelnom ili maličnom)
- pred kr. kotarskim sudovi, od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., komad XXXII., broj 88.
- Zakon o sudbenosti trgovačko-mjenbenoj i postupku pred trgovačko-mjenbenim sudovi, od 3. listopada 1876., Sbornik, godina 1876., komad XXXI., broj 86.
- Zakon ob ustroju sudovah prve molbe u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, od 21. studenog1874., Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju, godina 1874.,

Prof. dr. sc. Ivan Balta, red. prof.
Filozofski fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayer u Osijeku

NAGODBENO USTROJSTVO AUSTRO-UGARSKE I RECEPCIJA AUSTRIJSKOG OPĆEG GRAĐANSKOG PRAVA

Sažetak

Recepcija austrijskog Općeg građanskog zakonika u većoj mjeri ulazila je u hrvatske zemlje, posebno dio Cislajtanije (Dalmaciju i Istru), u manjoj mjeri u dio Translajtanije, tj. u Hrvatsku i Slavoniju (1852.) oktroiranjem apsolutizma, ali stvarno (1860.) uvođenjem ponovnog parlamentarizma. Složene političke i ustrojbene okolnosti otežavale su primjenu austrijskog Općeg građanskog zakonika u hrvatskim zemljama, a još teže bila je primjena istih zakona u složeni bosansko-hercegovački korpus, od okupacije (1878.) i aneksije (1908.), od uvođenja Ustava (1910.). U Bosni i Hercegovini poslije austro-ugarske okupacije Opći građanski zakon je bio supsidijarno djelomično u upotrebi, pored zadržanih starih zakonika iz vremena osmanlijske uprave.

Složene okolnosti dualizma nastalog Nagodbom Austrije i Ugarske (1867.) i Nagodbom Ugarske i Hrvatske (1868.) nisu omogućavali apsolutnu primjenu auastrijskog Općeg građanskog zakona. S obzirom na okolnosti može se govoriti o recepciji navedenog zakona i specifičnom ugarskom i hrvatskom građanskom zakonu, mada u teoriji takvo što nije postojalo, ali u praktičnim okolnostima različitih odnosa u hrvatskim zemljama (Hrvatskoj i Slavoniji, Dalmaciji, Istri i Vojnoj granici) su specifičnosti postojale, u manjoj ili većoj mjeri u primjeni austrijskog Općeg građanskog zakona.

Do konačne propasti 1918., usprkos proklamiranoj ustavnosti, cjelokupna vlast u zemlji ostala i dalje u rukama austro-ugarskih organa, a od obećane autonomije Bosne i Hercegovine nakon aneksije i Ustava te austrijskog Općeg građanskog zakonika, praktički je vrlo malo ostvareno.

Ključne riječi: OGZ, nagodba, Austrougarska monarhija, Bosna i Hercegovina, Hrvatska

Početkom 19. vijeka, na početku uvođenja austrijskog Općeg građanskog zakona, carska Austrija se razvijala kao unitarna feudalna, a ne građanska ili višenacionalna država, bez nacionalnih i patriotskih osjećaja.[1] Istina, austrijski Nijemci su dominirali i brojnošću i gospodarski i jezikom i kulturom u cijeloj imperiji. Koliko su izostajali patriotski naboji i osjećaji govori u prilog anegdota kako je jednom zgodom, kad su caru Franji I. (1792.-1835.) govorili o nekom austrijskom rodoljubu, on je nestrpljivo odvratio: „A je li on rodoljub za mene?“

1 A. J. P. Taylor, *The Habsburg Monarchy, 1809-1918. A History of the Austrian Empire and Austria-Hungary* (copyright by A. J. P. Taylor, 1948.); A. J. P. Taylor, *Habsburška Monarhija 1809.-1918.*, Zagreb, 1990.

Početkom 19. vijeka Austrija je bila carevinska organizacija, a ne zemlja, pa je biti Austrijanac značilo nemati nacionalnih osjećanja, tj. nemati narodnosti, jer je „Austrija“ bila utjelovljena u feudalnoj aristokraciji, na „magnatima“, koji sebe nisu smatrali Nijemcima nego Austrijancima, upravo kao što je prusko plemstvo u sebi gledalo samo Pruse. Čak ni ugarski velikaši, Esterházy, Károly i Andrássy nisu imali nekih naročitih tradicija, a njihova se moć zasnivala na habsburškim darovnicama dobivenim nakon oslobođenja Ugarske od Turaka i gušenja Rákoczijeva ustanka. U Austriji je plemstvo živjelo u zatvorenom krugu: velikaši su znali samo za svoj stalež, a govorili su kozmopolitskim jezikom Dvora, francuskim, talijanskim i njemačkim. Széchenyi, tzv. „najveći Mađar“ vodio je osobni dnevnik na njemačkom, a Mihály Károly, posljednji veliki madžarski aristokrat, govorio je francuski i njemački bolje nego madžarski.

Od trena kad je Marija Terezija stvorila središnju bečku Kancelariju, niknuo je još jedan stalež koji će moći za sebe tvrditi da je u biti „austrijska“ birokracija, koji su uvođenjem novih zakona i propisa pokretali carevinski aparat. Stalež birokracije nije imao neko jedinstveno nacionalno ni klasno podrijetlo, njemački je bio jezik uprave, a kultura i nije imala drugog jezika posebno ono što se stvaralo na njemačkim univerzitetima. Habsburška Monarhija je bila pretežno agrarna s malobrojnim historijskim gradovima (Wien, Buda, Prague). Ostala su mjesta bila trgovačka središta, od koji su neka osnovali sami Habsburgovci, pa su po kulturi odavali dojam njemačkih gradova. Praha, Buda-Pest, Zagreb, Brno, Pozsony (Bratislava), bili su isto toliko njemački kao Linz ili Innsbruck do te mjere da su imali i njemačka imena: Prague, Ofen, Agram, Brünn, Pressburg.[2] Konflikt između monarhijskog centralizma i pokrajina bio je zapravo konflikt između gradskog staleža i zemljišne aristokracije, koji se logično manifestirao kao konflikt između njemačke prevlasti i nacionalne raznolikosti. Iako su predstavljali samo trećinu stanovništva, Nijemci su plaćali dvije trećine neposrednih poreza (Nijemac je u prosjeku plaćao porez dvaput više od Talijana i Čeha, gotovo pet puta više od Poljaka i sedam puta više od Hrvata i Srba). Istovremeno je u Ugarskoj od deset milijuna stanovnika pola milijuna bilo „plemića“, koji su predstavljali „madžarski narod“,[3] a središnji je događaj bila nagodba između aristokracije i sitnog plemstva. Sitno plemstvo je postojalo i u Hrvatskoj, inače kraljevini ovisnoj o ugarskoj kruni, gdje plemstvo nije imalo nacionalno obilježje već se svodilo na obranu klasnih privilegija.

U Carevini su „historijski“ narodi uglavnom faktički bili staleški redovi: Madžari sitno plemstvo, a Nijemci trgovci i obrtnici, od kojih su prvi iz puka izvlačili rentu, a drugi profit. “Revoluciju“ su mogli ostvariti samo seljačke mase, a narodni prvaci zborili su kao da imaju podršku mase, a narod je bio samo u njihovim vizijama, mašti, knjigama, pjesmama... Jedan pionir češkog narodnog pokreta, na sastanku sa kolegama piscima u Pragu rekao je: „Da sad na nas padne strop, bio bi to kraj narodnog pokreta“. Gornji „revolucionarni“ slojevi u Habsburškog Monarhiji tražili su i miješali historijske i nacionalne

2 U Pragu je 1815. godine bilo 50.000 Nijemaca, a samo 15.000 Čeha. I u Budimu i Pešti sve do 1848. bilo je tek malo više od trećine Madžara (do 1820. izlazila su u Budimu dva njemačka dnevnika, ni jedan madžarski, a gradsko je vijeće do 1870. vodilo rasprave na njemačkom jeziku). Nijemac je značilo uglavnom i staleško ime – trgovac, vlasnik dućana, veletrgovac, obrtnik, lihvar..., ali i pisac, učitelj, namještenik, pravnik... Poduzetni seljački sin, bio Čeh, Rumunj, Hrvat ili Srbin, koji bi se doselio u grad, naučio bi njemački zanat i govorio bi njemački.

3 Ugrin ili Madžar bio je, isto kao i Nijemac, staleški pojam: značio je zemljoposjednika oslobođenog zemljišnog poreza, koji je član županijskih skupština i koji sudjeluje na izborima za Sabor.

zahtijeve: Njemački ili austrijski nacionalisti su se pozivali na nasljeđe Svetog Rimskog Carstva Njemačke narodnosti, Madžari su tražili sve „zemlje Krune svetog Stjepana", Česi su tražili sve „zemlje svetog Vaclava", Hrvati su zahtijevali „Trojednu kraljevinu" kojom je nekada vladao hrvatski kralj. Nadalje je u svakoj pokrajini većina zahtijevala da se od historijske stvori nacionalna jedinka te se činilo da dinastiju ugrožavaju dvije velike historijske nacije: Nijemci i Madžari, pa se dinastija oslanjala na male narode, ali je ipak na kraju pristala na kompromis i Nagodbu 1867. u stvaranju Austro-Ugarske. Zemlje Habsburške kuće konačno su dobile ime 1804. i postale „Austrijsko Carstvo", a Austerlitz je 1805. razbio san, zatro i posljednje tragove Svetog Rimskog Carstva, a cara Franju I. sveo na drugorazrednog cara. Događaji 1809. zacrtali su put austrijskoj politici u idućih četrdeset godina, a i cijelog stoljeća koliko je još Carevina proživjela.

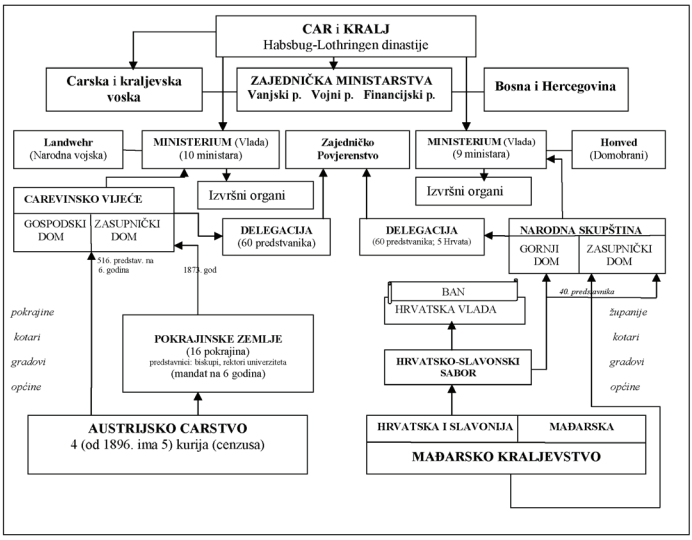
Oličenje Austrije bio je Metternich, koji je 1809. postao ministar vanjskih poslova te je tridesetdevet godina pred Europom predstavljao Austriju, te polazio od pretpostavke da je od primarnog značenja situacija u Zapadnoj Europi, te da glavna opasnost bečkom dvoru prijeti od francuske agresije. Friedrich von Gentz, publicist koji je Metternichu davao ideje, pisao je 1815.: „Kraj turske monarhije mogla bi austrijska monarhija nadživjeti samo kratko vrijeme", a bliski Metternichov suradnik Hartig definirao je austrijsku politiku: „Mjesto vlasti preuzela je birokracija", tj. vladavina birokracije uvođenjem zakona i propisa, kakav je između ostalih bio i austrijski Opći građanski zakonik. Veliki problem Metternichu bio je ugarski separatizam i sazvani ugarski sabor 1825. i 1830. te traženje starih pravica o samostalnosti te mu se položaj 1829. poljuljao kaosom u financijama od kada je zbog opasnosti od Njemačke Carevinske unije koju je 1834. organizirala Pruska, Metternich predložio novi tarifni sustav i novo Carevinsko vijeće ili pseudoparlament te Ministarsku konferenciju ili pseudovladu. Međutim, uskoro se Teorija o pravima čovjeka 1848. probila u Habsburško Carstvo te je osporena dinastička ideja i nastale su oštre podjele koje su kulminirale nezadovoljstvom i revolucijom 1848. godine. Carska vlada se pokušala cjenkati i manevrirati s revolucijom, tako je Metternich aktom 12. III. 1848. pokušao pozvati delegacije pokrajinskih sabora u skupštine staleža i tamo obraniti carske privilegije, no uzalud. Formalno je u Austriji „Središnji odbor staleža" 10-17. IV. 1848. raspravljao u preuređenju Monarhije (federalizam, velikonjemački program, ustupanje dijela teritorija Italiji...), ali je izbila revolucija koja je završila stranom vojnom intervencijom i uvođenjem novih zakonskih propisa, tzv. Bachovim apsolutizmom.

Austrijski vojni porazi primorali su Dvor da vrati parlamentarizam, te je 1865. mađarski politički prvak Ferenc Deák izložio plan nagodbe, po kojem će Ugarska priznati potrebe Carevine na bazi ravnopravnosti. Odmah nakon novih austrijskih vojnih poraza 1866, Madžari su ponudili svoju suradnju te je Andrássy došao u Beč na razgovor s carem i predložio da su Nijemci i Madžari dva „državna naroda", a da „Slaveni nisu podobni da vladaju, njima se mora vladati". Događaji u Bosni i Hercegovini 1878. ubrzali su i diktirali brzi tempo djelovanja međunarodne diplomacije,[4] pa je pod utjecajem vanjskih faktora, kao i nekih unutrašnjih, postignuto dogovoreno rješenje.[5] U očima tadašnjeg mađarskog javnog mnijenja postojala su dva krivca za propast Turske, odnosno

4 Tibor Pál, *Mađarska politička javnost i srpsko pitanje na Balkanu 1860-1878.,* (monografije, knjiga 40., Filozofskog fakulteta u Novom Sadu), Novi Sad, 2001.

5 Čedomir Popov, *Istočno pitanje i nacionalne revolucije balkanskih naroda u XIX. veku do 1878.,* Novi Sad, 1985., str. 212.

za nastalu situaciju na Balkanu, koja je doprinjela permanentnom osjećanju ugroženosti u javnosti - Andrássyi i Rusija. Andrássyi je podnio prijedlog zajedničkom ministarskom savjetu, da se krene oružanom silom protiv Rusije, ali je ostao u manjini, pošto ga je podržao samo Kálmán Tisza. Prije podnošenja svoga prijedloga za rat, Andrássyi se kolebao, pošto je protivno svom osobnom uvjerenju u načelu prihvatio mogućnost okupacije Bosne i Hercegovine od strane Austro-Ugarske, ako se za to stvore uvjeti.[6] Nezavisni list u Ugarskoj *Egyetértés* (Sloga) je naglasio katastrofičnu tadašnju ugarsku politiku.[7] Car se zadovoljio što su mu pregovarači ostavili vlast nad vojskom i vanjskim poslovima. Dualizam je stupio na snagu kada je ugarski parlament 1867. ozakonio Nagodbu između cara i Mađara gdje su samo ostali zajednički vanjski poslovi, financije i vojska, a Mađari su dobili unutrašnje poslove, a carinska unija obnavljala svakih deset godina.



Shema: Ustrojstvo dualističke Austro-Ugarske monarhije 1867-1918. godine [8]

Zbog velikog broja raznih narodnosti donesen je 1868. *Zakon o narodnostima,* a sa Hrvatskom je Deák 1868. sklopio Nagodbu, koja nije bila povoljna, a kojom je Sabor birao delegate u Ugarski (zajednički) sabor, a za Rijeku su Madžari tražili da bude slobodan grad (ne u korpusu Hrvatske!). Bana je postavljalo ugarsko Ministarstvo (ministar-predsjednik), a takva se nagodba zadržala do propasti imperije. Poslije rusko-turskog rat 1877-1878., na Berlinskom kongresu 1878. Austro-Ugarska je zatražili i dobila okupaciju

6 Endre Arató, *Mađarsko javno mnenje i Bosna i Hercegovina (1875-1878),* međunarodni naučni skup povodom 100-godišnjice ustanka u BiH, II., Sarajevo, 1977., str. 43.

7 *Egyetértés,* Budapest, 1878. január 27. "Od Mohách-a nije sustigla naciju veća nesreća, kakav je bio ishod rusko-turskog rata u odnosu na nas. Mađarski parlament je za sve vrijeme trajanja ovog rata igrao najsramniju ulogu. Pokazao se kao kukavička, nemoćna institucija... koja je samo šutjela i to onda kada se nešto moralo činiti... Vlada je do tada vodila politiku suprotnu htijenjima javnosti, puštajući da propadne država, koja je mogla postati bastion protiv pipaka panslavizma."

8 Herber A. - Martos I. - Moss L. - Tisza L., *Történelem*, 5., 1789-töl 1914-ig, Budapest, 2002., str. 278.

Bosne i Hercegovine, a novi zajednički ministar financija Benjamin Kállay upravljao je Bosnom i Hercegovinom više od dvadeset godina. Zapravo preko zakona i propisa ministastarstva koja su bila produžena ruka Dvora stvarno su vladali, pa je 1879-1893. Taaffe mogao govoriti: „Ja sam ministar koga je postavila Kruna i stoga sam ja carski ministar (*Kaiserminister*) te je za mene careva volja presudna", a koji je nastojao pomiriti narode tako da: „Ni jedna narodnost neće dobiti odlučnu nadmoć". Takvom izbalansiranom austro-ugarskom politikom imperija će preživjeti i aneksiju Bosne i Hercegovine i mnoge sudske tzv. veleizdajničke procese, ali će kraj Prvoga svjetskog rata biti njezin vlastiti kraj.

Veliku prekretnicu u sudskom i uopće javnom životu bilo je uvođenje austrijskog *Općeg građanskog zakona* na temelju kojeg je kasnije vršena recepcija hrvatskog i bosansko-hercegovačkog zakonodavstva.

Opći građanski zakon je proglašen i uveden carskim patentom 1811., prvo u austrijskim nasljednim zemljama, a na bazi pedestogodišnjeg prethodnog kodifikacijskog rada na pravnim normama materiji. Uzor prema kojem je rađen austrijski Opći građanski zakon bilo je pandektarno pravo, ali pod utjecajem kanonskoga, feudalnog i njemačkog običajnog prava.[9].

Opći građanski zakon je u Hrvatskoj uveden za vrijeme Bachova apsolutizma carskim patentom 1852., ali se tek poslije pada apsolutizma (1860.) u Hrvatskoj počeo razvijati nezavisno od austrijskog prava, pa su se s vremenom između austrijskog i hrvatskog teksta Općeg građanskog zakona pojavile neke razlike.[10]

Zakoni su i u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini pod utjecajem Općeg građanskog zakona, pratili su, tj. bili posljedica raspadanja postojećih društvenih normi i običaja, posebno kućnih zadruga. U Hrvatskoj se do 1880. raspalo više od polovine kućnih zadruga, što je usitnilo seljački posjed i znatno smanjilo kreditne sposobnosti seljaka. Stoga je posljednji hrvatski *Zakon o zadrugama* 1889. i njegova novela 1902. bila određena kočnica daljnjem raspadanju kućnih zadruga. Hrvatski sabor se uplašio socijalnih posljedica prevelikog usitnjavanja seljačkog posjeda i osiromašenja mnogih odijeljenih (inokosnih) zadružnih obitelji pa je nastojao otežati diobu zadruga ustanovom "najmanje zemljišne izmjere", tj. propisanim minimumom nepokretne imovine koju je pri diobi trebalo osigurati svakoj inokosnoj obitelji. Za diobu zadruga tražila se i suglasnost natpolovične većine zadrugara i odobrenje nadležne upravne vlasti.[11]

9 Zakonik je nazvan općim jer donosio formalno jedinstveno pravo za sve staleže, umjesto ranijih i već preživjelih staleških diferencijacija. Očituju se u njemu feudalni ostaci u legaliziranju ustanove tzv. obiteljskog fideikomisa, na temelju kojega neka imovina mora ostati neotuđivo dobro jedne (plemićke) obitelji. Opći građanski zakon ostavio je značajne privilegije katoličkoj crkvi, naročito na području bračnog prava, jer je priznao crkveni oblik braka, bez potrebe sklapanja građanskog braka, ali su u njemu izražena i mnoga druga patrijarhalna i konzervativna shvaćanja

10 Opći građanski zakonik je podijeljen na tri dijela u skladu s trodiobom iz Gajevih institucija: I. dio (paragrafi 1-308), o osobnom pravu i o porodičnom pravu, II. dio (paragrafi 309-530), o stvarnom nasljednom pravu (paragrafi 531-858) i obveznom pravu (paragrafi 859-1341), te III. dio (paragrafi 1342-1502) o općim propisima i obvezama te o posebnim vrstama obveza.

11 Hodimir Sirotković - Lujo Margetić, *Povijest države i prava naroda SFR Jugoslavije*, Školska knjiga, Zagreb, 1988., str. 165-168.

U vrijeme Bachova apsolutizma u Hrvatskoj je patentom ad 16. IX. 1852. uveden austrijski *Redoviti građanski postupnik,* koji se temeljio na načelu dispozicije stranaka, po kojima se sudski postupak pokreće i održava u toku samo voljom zainteresiranih stranaka i u okviru njihovih zahtjeva. Iz toga načela proizlazilo je i drugo načelo „vezanog dokazivanja", prema kojem je sud bio upućen samo na one dokaze koje su mu same stranke ponudile[12] i taj redoviti građanski postupnik ostao je u Hrvatskoj na snazi do 1929. godine. Patentom od 27. V. 1852. proširena je i na Hrvatsku važenje nešto prerađenog austrijskog *Kaznenog zakona o zločinima, prestupima i prekršajima* od 1803. i to je bio prvi jedinstveni krivični kodeks za Hrvatsku. U Vojnoj krajini, sve do njezinog konačnog pripojenja Hrvatskoj, vrijedilo je posebno austrijsko vojno krivično zakonodavstvo.

Također je u vrijeme apsolutizma u Hrvatskoj stupio na snagu austrijski *Kazneni postupak* 1853., koji je bio izrazito reakcionarni zakonik te je ostavio i dalje na snazi glavne elemente inkvizitornog postupka, kao tajnost istrage i druge odredbe. Hrvatska je tek za vrijeme bana Mažuranića dobila relativno moderan *Zakonik o kaznenom postupku* (17. V. 1875),[13] ukidajući sistem vezanih dokaza i proklamirajući načela materijalne istine i slobodnog sudačkog uvjerenja, a koji je poslužio kao osnova za izradu jugoslavenskog *Zakonika o sudskom krivičnom postupku* 1929. godine. U Bosni i Hercegovini poslije austro-ugarske okupacije 1878. Opći građanski zakon je bio supsidijarno djelomično u upotrebi, pored zadržanih starih zakonika iz vremena osmanlijske uprave. Opći građanski zakon, kao i svaki buržoaski zakonik, legalizirao je individualno (privatno) vlasništvo, slobodu ugovaranja i slobodu oporučivanja kao osnovne temelje građansko-pravnog poretka, dakle ozakonjivao je ekonomski liberalizam, nepovredivost privatnog vlasništva i formalnu "slobodu rada i ugovaranja", koja je reproducirala stvarnu nejednakost ljudi u klasnom društvu.[14]

U ratnim godinama Prvoga svjetskog rata Opći građanski zakon je noveliran tri puta carskim naredbama 1914., 1915. i 1916. godine.[15] Međutim, te djelomične novele važile su samo u austrijskom dijelu Monarhije, dakle u Istri i Dalmaciji, a u Hrvatskoj (i Slavoniji) ostao je i dalje na snazi stari, neiz-

12 Pred višim sudovima postupak je, u pravilu, bio pismen. Stranke su izmjenjivale svoje podneske i više puta (duplica, triplica, quadruplica, itd.), a sud je na kraju, uskladivši spise prema stanju parnice, donosio presudu.

13 U Hrvatskoj se uvela (od bana Khuena Héderváryja) 1875. porota za suđenje u tiskarskim deliktima prema posebnom *Zakonu o kaznenom postupku u poslovima tiskovnim,* koji je odlučivao o krivnji, a sudsko vijeće o kaznenoj sankciji, pa je takva porota pružala određenu garanciju slobode tiska, zapravo da mimo zakona guši oporbeni tisak. Khuen je 1903. obustavio porotno suđenje za tiskarske delikte, ali je ono vraćeno na snagu 1907., na prijedlog vlade Hrvatsko-srpske koalicije, pa je taj zakon ostao na snazi sve do 1929. godine.

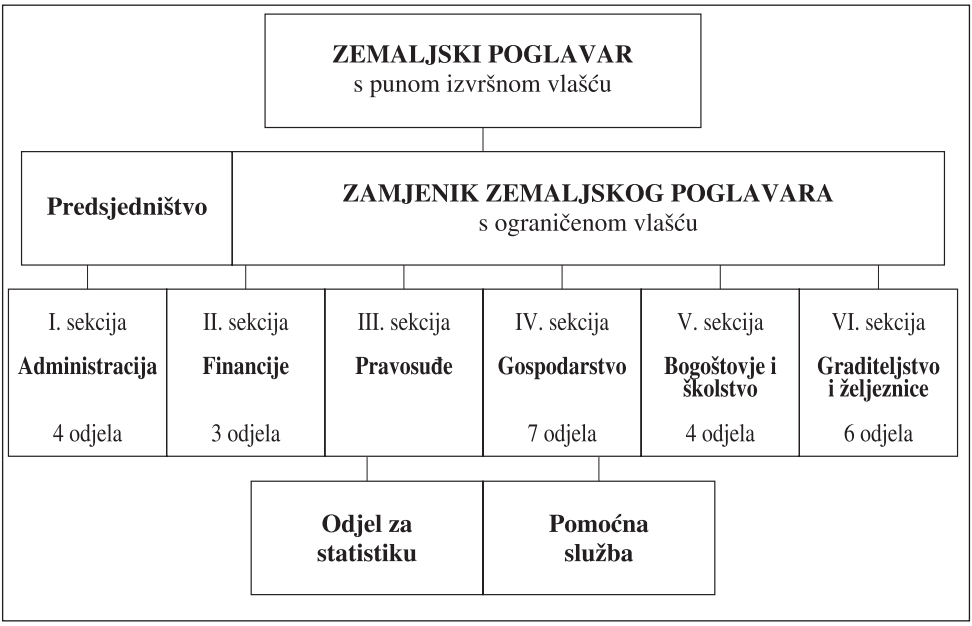
14 Opći građanski zakon je s pravne strane olakšao promet dobara, razvoj proizvodnje i trgovine, obrt oslobodio cehovskih stega, pomogao snažan privredni uspon buržoaske klase, ali je s druge strane, radničku klasu i njezin rad izložio kapitalističkoj eksploataciji, a primjenom njegovih instituta na selu postupno su bile razorene stare kolektivističke proizvodne jedinice - kućne zadruge.

15 Novelama u Općem građanskom zakonu pokušalo se u normama i ustanovama zastarjeli građanski kodeks prilagoditi potrebama i zahtjevima ekonomskoga, društvenog i pravnog razvitka srednjoeuropskog kapitalizma na početku 20. stoljeća. Veliki je broj normi ukinut, odnosno izmijenjen (noveliran) ili usklađen s novim društvenim odnosima i potrebama

Shema: Prikaz Zemaljske vlade Bosne i Hercegovine u austro-ugarskom razdoblju (1878-1918)[1]

a) Prije Potiorekove reforme

b) Nakon Potiorekove reforme 1912. godine



1 Srećko M. Džaja, *Bosna i Hercegovina u austro-ugarskom razdoblju (1878-1918),* ZIRAL, Mostar-Zagreb, 2002., str. 44.

mijenjeni zakonski tekst. Razdoblje austro-ugarske uprave kroz okupaciju i aneksiju znanstveno je ocijenio i obrazložio Ferdo Hauptmann:[16]

Do uspostavljanja Ustava (1910.) u Bosni i Hercegovini, prethodnim reformama od okupacije (1878.) do aneksije (1908.) zemlja je pripremljena i bila u zakonodavno-pravnom smislu vrlo blizu ustrojstva drugih pokrajina Austro-Ugarske imperije. Prije austro-ugarske vladavine Bosne i Hercegovine stanovništvo Bosne i Hercegovine je živjelo prema kanonima i zakonima pravnog i običajnog prava Osmanske imperije.[17] Česte su bile migracije izazvane ustancima i preseljavanjem muslimana iz Srbije u Bosnu i Hercegovinu, ali se ipak nisu bitnije mijenjali omjeri vjerske strukture stanovništva i socijalni odnosi stvoreni procesom čitlučenja do kraja osmanske vladavine (tj. do 1878. godine).[18] Okupacijom i aneksijom u Bosni i Hercegovini naglo je porastao broj doseljenika, koji su 1910. dosegnuli brojku od 114.591 osoba i činili 6,04 % ukupnog civilnog stanovništva u zemlji, a iz područja južnoslavenskih zemalja potjecalo je najviše useljenika.[19] Vjerska i nacionalna struktura agrarnog stanovništva bila je vrlo neujednačena, što je bitno utjecalo na njihove međunarodne nacionalno-političke i vjerske odnose.[20]

Poslije političkih rasprava na relaciji Wien - Budapest zadržanih i poslije usvajanja Ustava, parlamenti Austrije i Ugarske su 22. II. 1880. paralelno usvojili „Zakon o upravljanju Bosnom i Hercegovinom", koji je odredio da nadzor nad privremenom upravom u Bosni i Hercegovini pripada zajedničkoj austro-ugarskoj Vladi te da se pravci i načela te uprave (posebno izgradnja željeznica i drugi javni radovi, donošenje propisa o carinama, indirektnim porezima i novcu) ne mogu utvrđivati bez suglasnosti vlada oba dijela Austro-Ugarske Monarhije, iako je zadržan pravni poredak, portski (osmanski) sustav i postojeće stanje agrarnih odnosa.[21]

16 Ferdo Hauptmann, *Privreda i društvo Bosne i Hercegovine u doba austrougarske vladavine (1878-1918),* Prilozi za istoriju Bosne i Hercegovine, II. dio, knjiga LXXIX, Odjeljenje društvenik nauka, Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1987., str. 101-102.

17 "Godina 1878. stvara za Bosnu i Hercegovinu u privrednom pogledu izuzetnu situaciju. Ona se priključuje privredno daleko razvijenijim, jačim područjima Monarhije i njena budućnost ovisi o tome koliko će brzo nadoknaditi svoje zaostajanje i izjednačiti se s tim zemljama. U protivnom, prijetila bi opasnost da postane samo liferant sirovina, kolonija austro-ugarske privrede. U tom procesu nipošto se ne radi o tome da se Bosna i Hercegovina što brže industrijalizira, jer ni susjedne zemlje to nisu postigle u osobitoj mjeri. Bosna i Hercegovina je izrazito agrarno područje, s jakim težištem na stočarstvu zahvaljujući velikim kompleksima šuma i pašnjaka, a to ostaje za čitavo vrijeme austro-ugarske vladavine." Đorđe Pejanović, *Stanovništvo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 1987.; Đ. Pejanović, *Stanovništvo BiH*, (posebna izdanja CCXXIX), SAN, Beograd, 1953., str. 43.; Galib Šljivo, *Bosna i Hercegovina u XIX stoljeću (studije i izvori)*, Tešanj, 2003.

18 Iljas Hadžibegović i Mustafa Imamović, *Bosna i Hercegovina u vrijeme austrougarske vladavine*, (u sklopu knjige: *Bosna i Hercegovina od najstarijih vremena do kraja Drugog svjetskog rata*), Sarajevo, 1998., str. 223-296.; M. Imamović, *Pravni položaj i unutrasnjo-politički razvitak BiH od 1878. do 1914.*, Sarajevo, 1976.; M. Imamović, *Historija Bošnjaka*, Sarajevo, 1997.

19 Ivan Balta, *Julijanska akcija u Bosni i Hercegovini*, HKD Napredak, Zagreb, 2009., str. 130.

20 H. Kapidžić, *Bosna i Hercegovina za vrijeme austrougarske vladavine,* Sarajevo, l968.

21 Preuzimanjem zatečene upravne strukture, Bosna vilajet je postao Reichsland, sandžaci ili live postali su okruzi, kaze (srezovi) pretvorene su u kotare, a nahije u kotarske ispostave. Valija je postao zemaljski poglavar (Landesschef), mutesarifi (upravnici sandžaka) postali su okružni predstojnici, a kajmakami ili mudiri (upravnici srezova) preimenovani su u kotarske predstojnike. Bosna i Hercegovinia je podijeljena u šest okruga (Tuzla, Sarajevo, Travnik, Mostar, Banja Luka i Bihać) i 54 kotara s 23 kotarske ispostave, iako se njihov broj kasnije povremeno mije-

Carskom naredbom svi su operativni poslovi vlasti povjereni Zemaljskoj vladi (Landesregierung) za Bosnu i Hercegovinu u Sarajevu, a koja se u početku sastojala od tri odjeljenja: za unutrašnju upravu, financije i pravosuđe, kao u ranijem osmanskom sustavu, ali koja je povjerena zajedničkoj (austro-ugarskoj) vladi, odnosno zajedničkom Ministarstvu financija.[22]

Zemaljsku su vladu sačinjavali zemaljski poglavar, civilni adlatus i šefovi odjeljenja (pored tri prvobitna odjeljenja poslije su osnovani građevinski, odnosno privredni odjel te odjeljenje za nastavu i bogoštovlje i tehničko odjeljenje). Titularni šef vlade bio je zemaljski poglavar, ali je njegovim radom stvarno rukovodio civilni adlatus, neposredno podčinjen Bosanskom birou, odnosno zajedničkom ministru financija u Beču.[23]

U privrednom i prometnom smislu, Mađari su počeli rano računati sa željeznicom, tj. željezničkim projektima, dakako privatnim inicijativama.[24] Monarhija u potpunosti zagospodarila bosansko-hercegovačkim tržištem, potisnuvši skoro sve proizvode iz drugih država. Kidanje starih trgovačkih veza i novi uvjeti poslovanja doveli su do propasti pojedinih starih zanata.[25] U željeznice se „noli me tangere", neprikosnovenu instituciju nije diralo, a pogotovu ne u novčanom pogledu, posebno za Bosnu i Hercegovinu,[26] a mađarska prometna politika ostvarivala se po maksimi Széchenyija: „Ki é a vasút az é az ország" (*Čija je željeznica, onoga je i zemlja*.). Mada nisu uspjeli pokušaji Mađara da stave pod svoju upravu željezničku prugu u dolini Bosne austrijsku „k. u. K. Bosnabahn"., pošlo im je za rukom da najveći dio bosanskog izvoza bude upućen preko Rijeke, a ne austrijskog Trsta, a tome su doprinjela izgradnja željezničkih linija Slavonski Bod - Sunja.[27]

Imre Ress je napisao kritičku studiju o Mađarima u zajedničkom Ministarstvu financija,[28] a koji su presudno utjecali na zbivanja u Bosni i Hercegovini kao okupiranoj i anetiranoj austro-ugarskoj pokrajini, a posebno u oblikovanju bosanske nacije, bosanskog jezika i identiteta, dakako i o Mađarima u navedenom razdoblju (1878-1918.) koji su doselili u Bosnu i Hercegovinu, organizirali kulturni život, škole, koje su preuzete osmišljenom vladinom Julijanskom akcijom. Prema mišljenju Imre Ressa Kállayevo stvaranje bosanske nacije nije bio isplanirani cilj: "*A Kállay által célul tűzött bosnyák nemzetteremtés tehát nem valamifajta mesterséges konstrukció volt, hanem gyakorlatilag*

---

njao.

22 Pri zajedničkom Ministarstvu financija u Beču postojao je *Bosanski biro* koji je preko Zemaljske vlade u Sarajevu upravljao poslovima Bosni i Hercegovini.

23 S. M. Džaja, *Bosna i Hercegovina u austro-ugarskom razdoblju (1878.-1918.),* ZIRAL, Mostar-Zagreb, 2002., str. 44.

24 Dr. Baumgarten, *A vasúti jóg vázlata*, (*Obris mađarskog željezničkog prava*), Pest, 1907., old. 5.; Imre Sulyok, *A vasúti dijszabás*, Pest, 1911.

25 A. Malbaša, *Hrvatski i srpski nacionalni problem u Bosni u vrijeme režima Benjamina Kallaya*, Osijek, 1940., str. 10.-14.

26 Dževad Juzbašić, *Izgradnja željeznica u Bosni i Hercegovini u svjetlu uastrougarske politike od okupacije do kraja Kállayeve ere*, ANUBiH, Djela, knjiga XLVIII., Odjeljenje društvenih nauka, knj. 28., Sarajevo, 1974.

27 J. Gorinčić-Brdovački, *Razvitak željeznica u Hrvatskoj do 1918. godine*, Zagreb, 1952., str. 19.

28 Imre Ress, *A közös minisztériumok szerepe a magyar államéletben 1867-1900.,* (*Uloga zajedničkih ministarstava u mađarskom državnom životu 1867-1900.*), Limes, 10, Budapest, 1998/1., ... *Magyarok a közös pénzügyminisztériumban* (*Mađari u zajedničkom Ministarstvu financija*), str. 229-273.

felkarolta az 188-as évek második felétől kibontakozó boszniai muzulmán nemzeti önazonosulási folyamatot. Ehhez kétsgtelenül felülről, igazgatási eszközökkel rendelte hozzá a nemzeti szimbólum rendszer, úgymint a zászló, a címer megalkotását és a boszniai önállóságot erősítő történeti kutatásokat."[29] Otkrivanjem korijena bosanske posebnosti Kállay je želio pokazati neovisnost, naročito muslimana i razvijanje njihovog identiteta.

Uspon Ugarske[30] bio je moguć jer je industrija u Ugarskoj zabilježila snažan porast proizvodnje.[31] Stoga je između Ugarske i Austrije u odnosu na Bosnu došlo do zaoštravanja carinskih zaštita. Od kraja 1909. veliki dio austrijskih interesanata morao je računati na povišenje tarifa, a od 1911. tek je uređena austro-ugarsko-bosanska savezna tarifa, da bi 1912. stavljena izvan snage. Stavljanje izvan snage izravne tarife pogađalo je ne samo austrijski izvoz u Bosnu i Hercegovinu, već i bosansko-hercegovački eksport.[32]

Napokon je car Franjo Josip 17. II. 1910. godine sankcionirao „Zakone o ustavnim uredbama"[33] po Ustavu Bosna i Hercegovina definirana kao "jedno jedinstveno zasebno upravno područje". U zakonodavstvu je određena uloga Bosansko-hercegovačkog sabora članom 21. Ustava: "Na zakonima će surađivati Sabor u koji će stanovništvo Bosne i Hercegovine odašiljati poslanike", ali po odredbi člana 38. za zakone "koje je usvojio Sabor, treba Previšnja potvrda" (sankcija), nakon što dobije pristanak obiju država Monarhije.[34]

U Prvom svjetskom ratu u vrhovima Monarhije, bez obzira na postojeći Ustav, pojavile su se različite državno-pravne kombinacije vezane za Bosnu i Hercegovinu, a u nastojanjima da se sprijeći raspad Austro-Ugarske i riješi južnoslavensko pitanje,[35] često su se nudili različiti planovi podjele Bosne i Hercegovine između Austrije i Ugarske.[36] Tako je ugarski ministar predsjednik vlade Tisza ustrajavao na ideji pripojenja Bosne i Hercegovine Ugarskoj pa je čak u septembru 1918. posjetio Sarajevo gdje je razgovarao sa najistaknutijim

---

29 Prijevod s mađarskog jezika: *„Kállayevo stvaranje naroda nije bio isplanirani cilj, nego ga je usvojio od druge polovice 1880-ih godina, razvijajući samostalnost bosanskih muslimana, uz to, sredstvima je dodan narodni simbol, zastavu, stvaranje grba i povijesnu samostalnost Bosne.*"

30 K. Hrelja, *Industrija Bosne i Hercegovine do kraja prvog svjetskog rata*, Beograd, 1961., str. 175.

31 U razdoblju od 1898. do 1913. industrijska proizvodnja u Ugarskoj porasla je za 120 %, a u isto vrijeme u razdoblju konjukture u Europi 1904-1913. i austrijska industrija je zabilježila ekonomski rast.

32 J. Miskolczy, *Ungarn in der Habsburger-Monarchie*, Wien - München, 1959., str. 191.

33 Sa šest zakona je u Bosni i Hercegovini reguliran ustavni poredak 1910. godine: 1. *Zemaljski ustav* (*statut*); 2. *Izborni red*; 3. *Saborski poslovni red*; 4. *Zakon o društvima za Bosnu i Hercegovinu*; 5. *Zakon o skupljanju za Bosnu i Hercegovinu*; i 6. *Zakon o kotarskim vijećima*.

34 Sustav bosansko-hercegovačkog ustava obuhvaćao je četiri pitanja: *Sabor* sa njegovim izbornim redom*, Zemaljski savjet, Kotarsko vijeće i Opća građanska prava*. Sabor je sastavljen kombinacijom socijalnog, konfesionalnog i virilističkog kurijalnog sustava, veoma složenog karaktera, a po konfesionalnoj pripadnosti bili su građani podijeljeni u tri kurije (*muslimansku*, *katoličku* i *pravoslavnu*), a po socijalnoj pripadnosti u četiri kurije: *gradska* kurija, *seoska* kurija, *veleposjednička* kurija i kurija *inteligencije*.

35 Ugarski su politički vrhovi smatrali da bi Bosnu i Hercegovinu trebalo pripojiti Ugarskoj, dok su austrijski vojni krugovi inzistirali na njenom pripojenju Austriji.

36 Predsjednik ugarske vlade István Tisza smatrao da bi se pripojenjem Bosne i Hercegovine Ugarskoj ponovo u Habsburškoj Monarhiji uspostavila politička ravnoteža poremećena priključenjem Poljske Austriji, Ugarska je vlada 2. X. 1915. godine službeno usvojila plan o priključenju Bosne i Hercegovine Ugarskoj.

bosanskim političarima na tu temu.[37]

Čitavo vrijeme, nakon austro-ugarske Nagodbe, nakon okupacije, nakon aneksije i nakon donošenja Ustava Bosne i Hercegovine, vladajuće klase Austrije i Ugarske priželjkivale su da se pozicija dualističke Austro-Ugarske Monarhije na Balkanu još više učvrsti političkim i vojnim prodorom u Bosnu i Hercegovinu. Među mađarskom vladajućom klasom postojala je i jaka oporba protiv toga pothvata, jer su se brojni Mađari bojali da će okupacija Bosne i Hercegovine ojačati slavenski element na jugu Habsburške Monarhije. Ipak su pobijedile snage koje su planirale okupaciju i aneksiju Bosne i Hercegovine, koje su donijele Ustav i koje su željele da pošto-poto sprijeće osnivanje jake južnoslavenske države na granicama dualističke Habsburške Monarhije.[38] Tako je do konačne propasti 1918., usprkos proklamiranoj ustavnosti, cjelokupna vlast u zemlji ostala i dalje u rukama austro-ugarskih organa. Od obećane autonomije Bosne i Hercegovine nakon aneksije i Ustava te austrijskog Općeg građanskog zakonika, praktički je vrlo malo ostvareno.[39]

Pošto se Austro-Ugarska stabilizirala u Bosni i Hercegovini poslije okupacije, aneksije, uvođenja Ustava i austrijskog Općeg građanskog prava, austrijska socijalna demokracija u pravnom i realnom smislu primila je položaj Bosne i Hercegovine kao političku realnost, koju je teško promijeniti, kao nešto oko čega nema potrebe da se mnogo brine, ni razloga da se uznemirava.[40] Poslije sloma otpora koji su austro-ugarskim trupama pružili uglavnom Bošnjaci, austro-ugarski vojnici u Bosni i Hercegovini imali su biti čuvari reda. Austro-Ugarska privreda u Bosni i Hercegovini uspješno je nadoknađivala troškove koje je izazvala okupacija, a posljednje decenije 19. i prva decenija 20. stoljeća u ekonomskom životu Monarhije predstavljali su značajan napredak,[41] dok je u životu austrijske socijalne demokracije ovo razdoblje obilježeno snažnim organizacijskim razvitkom, prije svega velikim ugledom koji je postigla u radničkoj klasi, naročito upornom borbom za opće pravo glasa. Austrijski socijaldemokrati su smatrali da austro-ugarska vladavina nad anektiranim zemljama, tj. Bosni i Hercegovini, ako ne želi postati omražena tuđinska vlast, ona mora priznati narodu Bosne i Hercegovine pravo samovladanja, čiji je nosilac zemaljski parlament, izabran na temelju općeg i jednakog prava glasa.

Među vodećim ljudima austrijske socijalne demokratije bilo je pojedinaca koji su činili pokušaje šireg sagledavanja položaja i problema Bosne i Hercegovine. Tako je teoretičar austrijske socijalne demokracije Karl Renner smatrao da su pravi uzroci bosanskog pitanja duboko ukorijenjeni u činjenici velikog buđenja naroda u mnogim krajevima svijeta. Ne treba da nas začuđuje, podvlači Renner, ako isto ono čemu su težili i još teže austrijski Nijemci danas žele da ostvare Južni Slaveni. Ne smije se zaboraviti da Južni Slaveni

37 Dž. Juzbašić, O nastanku paralelnog austrijskog i ugarskog zakona o upravljanju Bosnom i Hercegovinom iz 1880. godine, *Radovi,* ANU BiH, XXXII., Sarajevo, 1967.

38 H. Sirotković - L. Margetić, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Školska knjiga, Zagreb, 1988., str. 190-196.; Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja,* I., Zagreb, 1961.

39 H. Sirotković - L. Margetić, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Školska knjiga, Zagreb, 1988.

40 Enver Redžić, *Austrijska socijalna demokratija i pitanje Bosne i Hercegovine,* Prilozi, godina II., br. 2., Institut za istoriju radničkog pokreta, Sarajevo, 1966., str.7-25.

41 Herbert Steiner, *Die Arbeiterbewegung Österreichs 1867-1889*., Europa Verlag, Wien, 1964., str. 140-41.

žive pod šestostrukom upravom, pod šest suvereniteta. Bosanski problem, pa njegovom mišljenju, nije problem ni zapadne ni istočne kulture, već je to problem kmetova, seljaka, problem rasterećenja zemlje, oslobođenja seljaka od vlasti izlišne zemljoposjedničke klase. Rasterećenje zemlje u Bosni, smatrao je Renner, predstavljalo bi za Monarhiju akciju koja bi aneksiji dala moralno opravdanje. Agrarna reforma u Bosni i Hercegovini provela bi se veoma lako ako bi pri tome sudjelovali zajedno pojedinac (kmet), pokrajina (Zemaljska bosansko-hercegovačka vlada) i Monarhija. Ako bi se provela podjela trećine na troje, tj. ako bi je ravnomjerno snosili pojedinac, pokrajina i država, kmet bi u svemu bio obvezan da devetinu svoga proizvoda da za svoje oslobođenje. Zemaljska vlada bi mogla preuzeti drugu trećinu trećine i napokon posljednju trećinu preuzela bi na sebe država. Tako bi se, po mišljenju Rennera, moralno osvojile zemlje koje je Turska konačno ustupila Austro-Ugarskoj.

Renner je nadalje smatrao da bosanski problem, posmatrano sa građanskog stanovišta, znači da bosanskom stanovništvu treba pružiti mogućnost da vodi moderan privredni život, pa je s tim u vezi potrebno u Bosni i Hercegovini stvoriti moderno školstvo.

Međutim, potpuno rješenje bosanskog problema Renner je vidio u ostvarenju socijaldemokratske koncepcije o preuređenju austro-ugarske države. Demokratizirana država trebala bi osigurati autonomiju nacija, tj. da bude organizirana kao savez slobodnih i ravnopravnih naroda. Razvijajući svoju ideju, Renner je tvrdio da je bosansko pitanje istovremeno dio južnoslavenskog pitanja. Kállay je, kaže on, zagovarao bosansku naciju da bi tako ovjekovječio cijepanje južnoslavenske nacije u šest dijelova, a po njegovoj ocjeni, glavni problem južnoslavenskog pitanja predstavljao je konfesionalni momenat.

Analizirajući politički život u Austro-Ugarskoj, Renner je došao do zaključka da je Bosni i Hercegovini najbolji primjer kako nacije u Austro-Ugarskoj ne uspostavljaju samostalno svoje međusobne odnose, već naprotiv vanjska politika i politika dvora predstavljaju faktor koji ometa unutarnju ravnatežu među nacijama i truje njihove odnose. Kako je Bosna i Hercegovina ne moralno već vojnički osvojena, njezin suverenitet odstranjen silom, otvoren je po Renneru cijeli niz problema koji čine suštinu bosanskog pitanja. U Rennerovim analizama ima elemenata koji potvrđuju da je računao sa dugotrajnim, ako ne i trajnim prisustvom Austro-Ugarske u Bosni i Hercegovini.[42]

U godinama koje su slijedile do izbijanja Prvoga svjetskog rata austrijska socijalna demokracija insistirala je na tome da se u Bosni i Hercegovini riješi agrarno pitanje, uvede demokratski ustav, proklamiraju i garantiraju opće pravo glasa i građanske slobode, da se modernim zakonodavstvom radnička klasa zaštiti od eksploatacije, da se narodu pruže magućnosti prosvjetnog i kulturnog razvitka prvenstveno putem široke mreže škola. Kako su međutim sva ova pitanja u Bosni i Hercegovini i poslije aneksije ostala otvorena, austrijska socijalna demokracija je bila u mogućnosti da na njima zasniva i gradi svoju kritiku bosanske politike vladajućih faktora Monarhije. Istovremeno, ona je, zahvaljujući svome ogromnom ugledu u radničkoj klasi i vrlo jakoj poziciji u političkom životu Cislajtanije, od samog osnivanja bosanske socijalne demokracije praktično postala njen učitelj.

---

42 E. Redžić, *Austrijska socijalna demokratija i pitanje Bosne i Hercegovine,* Prilozi, godina II., br. 2., Institut za istoriju radničkog pokreta, Sarajevo, 1966., str. 13-14.

Prof. dr Emilija Stanković, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK KAO IZVORNIK SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Abstract

Austrian Civil Code as source for the Serbian Civil Code

Serbian Civil Code has been adopted 167 years ago, at 1844. It was fourth civil code enacted in Europe, based on a Austrian Civil Code it inducted Serbia into the German legal circle. Some of the rules of the Serbian Civil Code, such as those that are regulating institute of gift, are still used as a part of positive law. Let that be only one of the proofs of this Code's actuality.

Common opinion of our legal theory is that Serbian Civil Code is only the shortened version of it's source. It has 950 paragraphs while, at the some time, Austrian Civil Code has 1502. There are some similarities, they are great, except in the parts that regulates family law and inheritance law, where some of the characteristics of Serbian social relations comes out ate the first plan. Researches that has been conducted until now have never give the deeper analyzes of the differences and digressions from the source Code, and also never emphasized some permanent values of Serbian Civil Code.

All of the mentioned are the reasons why I would try to point out some differences that Serbian Civil Code has when it's compared to it's source, but without any underestimating of the importance of Austrian Civil Code, and the fact that source code is in the great part „transplatated" in the Serbia Civil Code.

Key words:

Austrian Civil Code, Serbian Civil Code, source, transplant, similarities, differences

Danas kada je kod nas pitanje kodifikacije građanskog prava više no ikada aktuelno, kada se neprestano govori o pravnoj državi i „dobrim" zakonima svakako je pravi trenutak da se konstatuje sledeće: Srbija još uvek nema kodifikaciju građanskog prava; u XIX veku bila je četvrta po redu zemlja u Evropi koja je imala kodifikaciju građanskog prava (Srpski građanski zakonik 1844. godina)[1]; pravna pravila ovog zakonika u nedostatku pravnih propisa

1 Тврдњу да је Српски грађански законик четврти по реду грађански законик донет у Европи треба условно прихватити. Наиме, пре Српског грађанског законика неки од Швајцарских кантона су имали кодификације свог обичајног права, као што је кодификацију имала и Молдавија. Ипак, чини се, да се због своје свеобухватности, одлика и значаја с правом може рећи да је Српски грађански законик четврта по реду европска кодификација грађанског права.

primenjuju se i danas, pod uslovima koji su propisani u Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije; uzor, tj izvornik za Srpski građanski zakonik bio je Austrijski građanski zakonik.

Pisac SGZ je Jovan Hadžić, visoko obrazovan čovek, vaspitan u duhu liberalne filozofije i škole prirodnog prava. Voleo je Srbiju, kao i ulogu njenog zakonopisca, koja mu je dodeljena i koju je prihvatio. Sebe je zamišljao kao Solona ili Likurga nove Srbije.[2] Iako je zakonik rađen po ugledu na AGZ i po oceni kritičara ima malo orginalnog, ne može se osporiti vrednost i značaj ovakvog poduhvata. Činjenica koju kritičari najčešće ističu-da je donet osnovni zakon, koji pri tom nije odgovarao društvenom i istorijskom razvoju, kao i tradiciji zemlje, ne umanjuju vrednost zakonika. Prožet romanističkim idejama, koje se uistinu nisu slagale sa dotadašnjim srpskim običajima, ipak je bio pravni akt kojim se Srbija mogla ponositi. Zakonik je bio zasnovan na jednom od najvećih kulturnih dostignuća, na rimskom pravu. Kako je rimsko pravo bilo temelj svih evropskih kodifikacija, to se i Srbija putem ovog Zakonika povezala i postala sastavni deo evropskog kulturnog miljea. Ne manje od ove je značajna i činjenica da je Zakonik rešio pitanje svojine u Srbiji. Takođe je postavio okvire razvoja kapitalističkih robno-novčanih odnosa. Kako je za osnovu imao AGZ, to su privredne i kulturne veze sa Austrijom postale lakše i čvršće, a u pogledu prava Srbija je postala sastavni deo germanskog pravnog kruga. Tako je i veza sa čitavom Zapadnom Evropom postala neminivna.

Ovako donet Srpski građanski zakonik je upravo dobar primer i potvrda osnovne ideje profesora Alana Votsona (Alan Wotson) da se pravo pretežno razvija putem pravnih pozajmica. Po njemu, najčešće su pozajmice iz rimskog prava, kao i engleskog pravnog sistema. Ovaj zakon bi po njegovoj sistematizaciji transplantata pripadao trećoj grupi, to jest situaciji u kojoj narod dobrovoljno prihvati veliki deo sistema drugog naroda ili više naroda.[3] Ovakvo presađivanje je, čini se, mnogo više doprinelo razvitku pojedinih pravnih sistema nego unutrašnji razvoj tog istog sistema u okvirima sopstvenog društva. Stoga sa rezervom treba prihvatiti stav jednog broja naučnika da pravo predstavlja prostu posledicu "nacionalnog duha", odnosno društvenih, ekonomskih, nacionalnih i kulturnih uslova u kojima se razvija.

Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je u značajnoj meri preuzeo (transplantirao) Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine. Teško se može reći da su Austrijanci i Srbi tog doba bili pre svega na istom stepenu ekonomskog razvitka, a potom i kulturnog. A kako tek onda reći da im je "narodni duh" blizak. Uprkos svemu Srpski građanski zakonik je prihvaćen, primenjivan i kroz neke svoje odredbe opstao i u današnjem pozitivnom pravu. Kako? Pravne pozajmice su moguće čak i u ovakvim slučajevima kada se čine iz razvijenijih sistema i "presađuju" u znatno nerazvijenije, ukoliko se dovoljno vodi računa o modifikaciji pozajmljenih pravnih normi. One moraju biti usklađene i prilagođene nivou razvoja i potrebama društva za koje su pozajmljene. Samo u tom slučaju pozajmice daju prave efekte. Jovan Hadžić je radeći na izradi Srpskog građanskog zakonika preuzeo velikim delom norme Austrijskog građanskog

2 Јовановић, Слободан, *Политичке и правне расправе,* Српска књижевна задруга, Београд, 1990, 302

3 Вотсон, Алан, Правни трансплантиприступ упоредном праву, Правни факултет, Београд, 2000, 58

zakonika, ali je bio primoran da odstupi od odredbi koje su regulisale porodično i nasledno pravo. Morao je da se prikloni srpskom običajnom pravu, iako je ono bilo znatno konzervativnije. Društveni odnosi tadašnje Srbije davali su prednost muškarcu u odnosu na ženu, kao i muškoj deci u odnosu na žensku pri nasleđivanju. Tako je Jovan Hadžić, visokoobrazovani pravnik naprednih ideja, ipak shvatio da zakon mora da bude vezan za određenu zajednicu, za privredni, kulturni život i socijalnu strukturu te zajednice, čak i po cenu prezira određenih slojeva. To je zapravo i najveće odstupanje od izvornika, AGZ.

Pravo se najčešće i menja tako što dolazi do presađivanja određenih pravnih pravila ili čak velikih delova jednog pravnog sistema u drugi. Do presađivanja često dolazi, jer je relativno lako izvesti ga. To se naročito događa u periodima izvođenja velikih pravnih reformi, kada pravnici pribegavaju ovom načinu rešavanja postavljenog zadatka. Ne treba zaboraviti da se prilikom pravnih pozajmica pravne norme mogu prilagođavati, a to i jeste najčešće slučaj. Takođe, neke se pozajmljene norme mogu odbaciti ukoliko se uoči da su neefikasne.. Pozajmljivanje je efikasnije ukoliko je autoritet pravnog sistema davaoca veći. Ovakva razmišljanja navode na zaključak da će budući razvoj prava dovesti do unifikacije prava. Ova ideja ima ptvrdu kroz pravo zemalja koje pripadaju Evropskoj uniji.

Iako u potpunosti neprilagođen novim društvenim i istorijskim prilikama, može se reći da se pravila iz Srpskog građanskog zakonika i danas primenjuju u nedostatku pozitivnih propisa. Na pravnim istoričarima je da objasne kako je moguća tako duga primena pravnih pravila Zakonika koji je najčešće kvalifikovan kao „skraćena verzija Austrijskog građanskog zakonika". Činjenica je da je od samog donošenja Srpskog građanskog zakonika, pa sve do danas, kritika bila uglavnom negativna. Mislim da su takve ocene neadekvatne i pre svega jednostrane, jer ne sagledavaju celovitost i komleksnost vremena i uslova u kojima je zakonik donet. Uslovi koji su postojali u drugim zemljama u vreme kodifikacije prava, u Srbiji nisu. Reč je o zemlji koja se tek oslobodila Turaka, sa jakom tradicijom običajnog prava, bez pisanog zakonodavstva, bez školovanih pravnika i nepismenim vladarom koji je naredio donošenje zakonika. U vreme kada se otpočelo sa radom na izradi građanskog zakonika nije postojao ni minimum lične i imovinske sigurnosti stanovništva.[4] Pri tom ne treba zaboraviti činjenicu da se građanski zakonici donose tek „pošto su se ekonomsko-društveni odnosi kapitalističkog društva već razvili i postali dominirajući".[5]

Četvrtim Zakonikom donetim u Evropi Srbija se svrstala u red zemalja koje imaju kodifikaciju. Svaka građanska kodifikacija, pa i srpska, ima u svom sastavu norme koje rešavaju probleme društva u trenutku donošenja, pa kao takve ne odolevaju vremenu. To su u ovom slučaju norme koje su regulisale porodičnu zadrugu i zakonski nasledni red. One su i tada predstavljale odstupanje od izvornika, ali su bile u skladu sa srpskim običajnim pravom. Iako su ta rešenja bila neprimerena novim idejama i kretanjima društva, okarakterisana su kao nazadna i nisu se mogla izbeći. Sasvim je razumljivo

4 Николић, Д., *Рад на грађанском законику у Србији 1829-1835. године*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995, 23

5 Гузина, Р., *„Историјски осврт на карактер и значај Српског грађанског законика из 1844. године"*, Историјски гласник 1, Београд, 1949, 28

da kao takva nisu mogla da prežive i trajno opstanu u Zakoniku, u smislu da se mogu i nadalje primenjivati. U građanskim kodifikacijama postoje norme koje mogu duže opstati, ali uz novo tumačenje, prilagođeno novim odnosima i potrebama. Vrednost jedne kodifikacije se zapravo i ceni po tome kolika je fleksibilnost primene normi, izmenjenom, prilagođenom interpretacijom. Norme Stvarnog i Obligacionog prava, ili bar veći deo njih, mogle bi se i danas uz određeno prilagođavanje primenjivati. Srpski građanski zakonik sadrži: pojedina pravna rešenja koja pre mogu da se brane, no neka važeća; pojedina rešenja koja valjano mogu da popune pravne praznine važećeg prava i pojedina koja korisno mogu da posluže pri primeni važećeg prava.[6]

Mnoge norme Srpskog građanskog zakonika, tj. sadržana pravna pravila u njima mogla bi i danas da posluže kao pravila za regulisanje određenih instituta. Uostalom, činjenica je da Srbija danas nema građansku kodifikaciju, a u XIX veku ju je imala. Uz sve mane, ne sme se zanemariti niti potceniti njen opšti značaj, kao ni rešenja sadržana u njoj. Srpski građanski zakonik je u svoje vreme i za tadašnje prilike poslužio svrsi, a i njegov kasniji uticaj se ne sme zanemariti. Ocenjujući Zakonik neophodno je voditi računa o vremenu u kome je donet. Ne sme se ocenjivati sa kasnije tačke gledanja. Ipak, treba istaći da je uprkos nedostacima koji su postojali dugo primenjivan. To opet ukazuje na kvalitet samog Zakonika, kao i njegovog autora.

Kritika da Zakonik nije originalan i da je „samo skraćena verzija Austrijskog građanskog zakonika", može se posmatrati i sa druge strane. Pitanje je koliko građanskih kodifikacija u Evropi XIX i XX veka je doneto samostalno, a koliko ih je u svetu doneto po ugledu na strane uzore. Sigurno je da je veći broj zemalja sveta svoje građanske kodifikacije doneo recipirajući (presađujući) već postojeće građanske kodifikacije, poštujući i prilagođavajući pri tom svoja nacionalna zakonodavstva.[7] Nakon donošenja Francuskog građanskog zakonika, ideja kodifikacije širila se brzo. Najpre su to bile zemlje Evrope, a potom i čitavog sveta. Zapravo, nijedan građanski zakonik nije imao takav uticaj na razvoj građanskog prava u drugim zemljama, kao što je to imao Code Civil. Građansko pravo Belgije, Holandije i Luksemburga i danas je pod velikim njegovim uticajem. U Španiji, Codigo civile iz 1889. godine, koji je i danas na snazi, posebno u oblasti obligacionog prava, pod veoma jakim je uticajem Code Civile-a. Na Zakonike donete u Rumuniji, 1863. godine, u Italiji 1865. godine,[8] Portugaliji 1867. snažno je uticao Code Civile.

Budući da je u XIX veku Francuska bila kolonijalna sila njen uticaj na Bliskom istoku, Africi, Indokini i Okeaniji je bio znatan. Francuska pravna tradicija u ovim zemljama je znatna i nakon sticanja nezavisnosti ovih zemalja. Egipatski građanski zakonik iz 1949. godine, poštuje islamsko pravo, ali se u dobrom delu oslanja na Code Civil. Alžir, Tunis i Maroko, takođe su zemlje čije su kodifikacije utemeljene na uticaju francuske kodifikacije. U velikom broju zemalja Afrike: Senegal, Mauritanija, Mali, Niger, Gvineja, Obala slonovače,

6 Водинелић, В., *„Сто педесет година касније: шта је још живо у Српском грађанском законику?",* Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, САНУ, Београд, 1996, 396.

7 Станковић, Е., *О Српском грађанском законику,* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009, 100

8 Под фашистичком владавином Италија иступа из овог круга, а 1942. године донет је нов грађански законик који је под већим утицајем немачког права.

pravni sistemi su se razvijali pod velikim uticajem francuskog prava, Code Civil i Code Commerce. Znatno veći uticaj francuska građanska kodifikacija, imala je u Latinskoj Americi, gde su skoro sve zemlje[9] svoje zakonike donele po modelu Code Civile. Čak i u Severnoj Americi postoje države čiji su građanski zakonici doneti po uzoru na Code Civil. To su Luzijana u SAD-u i provincija Kvebek u Kanadi. Louisiana civil Code iz 1870. godine, izvršila je veliki kulturni uticaj ne samo u Americi, već i šire, naročito u Latinskoj Americi. To je bilo moguće pre svega zbog toga, što je Građanski zakonik Luzijane bio donet pod jakim uticajem najviše romanističkog zakonika, ikada usvojenog.[10] Građanski zakonik Argentine rađen je po ugledu na građanski zakonik Luzijane, da bi potom i sam postao uzor drugim građanskim kodifikacijama zemalja Latinske Amerike. Tako je, recimo, više od sto članova Građanskog zakonika Luzijane iz 1870. godine, postalo sastavni deo Građanskog zakonika Puerto Rika (Puerto Rico).[11] Građanski zakonik Luzijane značajno je uticao i na građanske kodifikacije Karibskih ostrva, posebno građanske kodifikacije St. Lucia. Uticaj građanske kodifikacije Luzijane na zemlje Latinske Amerike je evidentan, što nije slučaj sa federalnim jedinicama SAD-a. Uticaj na federalno pravo i pravo drugih zemalja nije bio sistematski, niti dovoljno velik.

Recepcija Code Civil-a bila je produkt kulturne snage, kao i kvaliteta zakonika. Uostalom, kao što je već rečeno, dobrim delom Zakonik je i danas na snazi u Francuskoj. Austrijski građanski zakonik, donet 1811. godine, imao je uticaja i izvan zemalja za koje je bio donet. Taj uticaj bio je značajno manji, pre svega zbog toga što je to kodifikacija obnovljene monarhije, mnogonacionalne države, u stalnoj opasnosti od raspada. Uticaj Austrijskog građanskog zakonika bio je veliki u zemljama koje su ulazile u sastav Habzburške monarhije. Zakonik je od 1852. godine važio u Hrvatskoj. Primenjivan je u Bosni i Hercegovini i Vojnoj Krajini. U severnoj Italiji, Lombardiji i Veneciji, važio je do ujedinjenja 1861. godine. Lihtenštajn je recipirao Austrijski građanski zakonik pre Prvog svetskog rata, a nakon tog rata isto je učinila i Čehoslovačka, koja ga je dugo zadržala u primeni.

Kodifikacija prava izvršena je i u Nemačkoj donošenjem Nemačkog građanskog zakonika 1900. godine. Ova kodifikacija nije svoj uticaj širila putem kolonijalnih osvajanja, poput Francuskog građanskog zakonika. Nemački građanski zakonik je na druge uticao svojom intelektualnom snagom. Interesantno je da je pod uticajem ovog Zakonika izrađen Japanski građanski zakonik iz 1898. godine. Tajland je 1925. godine doneo građanski zakonik po modelu nemačkog. Čak je i u Kini 1930. godine izrađen nacrt građanskog zakonika po ugledu na nemački, samo što on nikada nije stupio na snagu. U Latinskoj Americi gde je bio dominantan uticaj Francuskog građanskog zakonika, dve države su svoje zakonike donele po modelu Nemačkog građanskog zakonika: Brazil 1916. godine i Peru 1936. godine. Nemački građanski zakonik uticao je i na donošenje zakonika u zemljama Evrope: Austriji, Poljskoj, Mađarskoj, Grčkoj. Treba naglasiti da su radovi na pripremanju Nemačkog građanskog zanonika bili inspiracija Valtazaru Bogišiću za stvaranje Opšteg imovinskog zakonika

9 Осим Бразила и Перуа, право је кодификовано по угледу на немачке кодификације.

10 Yiannopoulos, A. N., *Requiem for a Civil Code*: *A Commemorative Essay*, Tulane, Law Reviev, 2003, 406.

11 Ramos, M. R., *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico*,Tulane, Law Reviev, 1948.

za Crnu Goru. No, potpuna recepcija nemačkog građanskog prava izvršena je jedino u Grčkoj, 1940. godine.

Švajcarski građanski zakonik donet je 1912. godine i po nekim mišljenjima ostavio je mnogo više traga nego nemački Zakonik. U XIX veku češće je bilo preuzimanje stranog zakona. U XX veku izraženije je bilo prepravljanje zakonika i više samostalnog rada onih koji su ugledajući se na strane zakonike donosili sopstvene. Tako se uticaj Švajcarskog građanskog zakonika osetio u: Švedskoj, Austriji, Poljskoj, Čehoslovačkoj, Mađarskoj, nekadašnjem Sovjetskom Savezu, Jugoslaviji, Albaniji, Grčkoj, Bugarskoj.

I neke zemlje Istoka, Tajland i pretkomunistička Kina osetile su uticaj Švajcarskog građanskog zakonika. Od ovakvog, reklo bi se posrednog uticaja Švajcarskog građanskog zakonika na kodifikacije građanskog prava u drugim zemljama, izuzetak je Turska. U njoj je 1927. godine, za vreme vladavine Kemala Ataturka, došlo do potpunog preuzimanja Švajcarskog građanskog zakonika. Ono što čudi je činjenica da je ova recepcija bila uspešna, uprkos činjenici da je Zakonik jedne privredno i kulturno razvijene zemlje „presađen" u zemlju koja se tek prilagođavala modernom načinu života.[12]

Presađeno pravo se dobro primilo u novoj sredini i Turska je dobrim delom zahvaljujući tome krenula brže put modernizacije. To joj je pomoglo i da se uključi u život porodice evropskih država.

Posebnu vrednost kodifikacijama nastalim po ugledu na druge, ranije nastale kodifikacije, svakako daje podatak o njihovim sastavljačima.

To su uvek bili vrhunski pravnici i intelektualci koji su umeli da, sledeći principe i ideje velikih građanskih kodifikacija, iz svojih pravnih sistema izvuku ono što je dobro i sačine celishodne pravne celine. Tako je i pisac našeg Srpskog građanskog zakonika, Jovan Hadžić, učinio sve da zakonik bude što kvalitetniji. Visokog obrazovanja, bio je romanista po shvatanju.

Doktorat je stekao na Univerzitetu u Pešti. Latinskim jezikom vladao je još od rane mladosti, tako da je svoju ljubav prema rimskoj istoriji i književnosti mogao zadovoljiti čitajući originalna dela.

To nam daje za pravo da donesemo zaključak da se pored izvornika, Hadžić ugledao i na originalne tekstove rimskog prava iz kojih je preuzimao neka pravila. Shodno svom obrazovanju izvesno je da je pravila na koja se ugledao prilagođavao, u meri u kojoj je to mogao, potrebama srpskog društva.

Pri tom ne treba zanemariti činjenicu da je rok za izradu Zakonika bio kratak, samo dve godine. Opstala je želja autora za originalnošću da u Zakonik unese pravila koja izvornik nije sadržao. Uz sve rečeno nije bez značaja činjenica da su građanske kodifikacije u drugim zemljama najčešće radili timovi pod rukovodstvom jednog istaknutog naučnika ili profesora.

Jovan Hadžić radio je sâm na Zakoniku. Možda najveće dostignuće ovog Zakonika jeste stvaranje pravne terminologije koja je vremenom postala opšta u srpskom pravnom rečniku.

Uostalom, čini se da Hadžićev rad najprimerenije ocenjuje Slobodan Jovanović: „Pravni savetnik ustavobraniteljske stranke..., Hadžić je bio jedan od glavnih redaktora osnovnih zakona o zakonodavnoj, upravnoj, i sudskoj vlasti,

12 Вотсон, Алан, *Правни трансплaнти: приступ упоредном праву,* Правни факултет, Београд, 2000, 172.

zakona o Savetu, kneževoj kancelariji, centralnoj upravi, okružnim sudovima, apelacionom sudu.....On je prvi moderni zakonopisac koga smo imali; i u javnom i u privatnom pravu on je postavio osnove našem zakonodavstvu."[13]

Srpski građanski zakonik je obeležio epohu u kojoj je donet. Srbija kao nerazvijena zemlja u svakom pogledu dobija građansku kodifikaciju. Kako je recipirala Austrijski građanski zakonik, postaje član germanske pravne porodice. Putem kodifikacije postaje član evropske zajednice. Pozajmljivanje i stvaranje kodifikacija vodilo je ka ujednačavanju prava.

Bilo u kojoj meri da Srpski građanski zakonik sliči Austrijskom građanskom zakoniku, njegov pisac Hadžić koristio je i originalne rimske tekstove i pravila u njima sadržana.[14] Na neposredan način ih je uneo u Zakonik. Samo što kod nas nikada nije, kao što je to u Austriji učinjeno, obavljeno ispitivanje kojim bi se tačno utvrdio neposredni uticaj pravila rimskog prava pri sastavljanju zakonika.

Jedno je izvesno, tokom čitavog srednjeg veka srpsko pravo se zasnivalo na tradiciji vizantijsko-rimskog prava i stoga bilo razvijenije od pravnih sistema zemalja zapadne Evrope tog doba. Tradicija uticaja rimskog prava nastavljena je i kasnije. Srpski građanski zakonik nije pravila rimskog prava i uticaj tog prava dobijao samo posredno preko izvornika i donekle Francuskog građanskog zakonika, već i neposredno.

Hadžić je sasvim sigurno koristio originalna pravila sadržana u Justinijanovoj kodifikaciji i ugrađivao ih ponegde u Zakonik. Uostalom, prve velike moderne kodifikacije zasnovane su na ideji prirodnog prava i rimskoj pravnoj tradiciji. Najveći uticaj pravila rimskog prava bio je u oblasti Stvarnog i Obligacionog prava.

Ideja o pravu Evropske unije, koja je sada aktuelna, u neku ruku i nije nova stvar. To je samo obnova kulturnog ujedinjenja, koje je jednom već bilo zahvatilo čitav kontinent, pod nazivom „građanska tradicija". Svakako da je tačka vezivanja rimsko pravo, tj. njegova pravila i njihovo preuzimanje, kroz razvoj, od Justinijanovog prava do modernih kodifikacija. Zasluga za to pripada učenim pravnicima različitih zemalja. Pravila rimskog prava preživela su u prepoznatljivoj formi, bez obzira na sve promene koje su vršene, prilagođena praktičnim potrebama.

Srpski građanski zakonik nastao je u veoma važno vreme za Srbiju. Nakon oslobođenja od Turaka došlo je novo vreme koje je donelo i nove odnose, za koje nije postojala adekvatna pravna regulativa. Želeći da bude upamćen kao veliki vladar, Miloš je naredio donošenje Zakonika. Preko izvornika, posredno u Zakonik su ugrađena i pravila rimskog prava. No, Hadžić ih je unosio i neposredno, nezavisno od izvornika. Da je razvoj robnonovčanih odnosa bio na višem stepenu razvoja, taj uticaj rimskog prava bi bio veći. Ipak, ne treba

---

13 Јовановић, С., нав. дело, *Политичке и правне расправе*, 275

14 О овоме су писали: Даниловић, Ј., *Српски грађански законик и римско право*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), САНУ, Београд, 1996, 49-65; Кнежић-Поповић, Д., *Удео изворног римског права у Српском грађанском законику*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), САНУ, Београд, 1996, 67-77; Karajović, E., *Утицај римског права на српски грађански законик, Србија и европско право,* 4, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2001, 343-350

zaboraviti činjenicu da se srpsko srednjovekovno pravo razvijalo pod uticajem vizantijskog prava, te da je moguće govoriti o kontinuiranom uticaju rimskog prava na srpsko.

Uloga i značaj Srpskog građanskog zakonika za razvoj prava i države Srbije u XIX veku bili su neprocenjivi. I danas se ne sme zanemariti uloga Zakonika u stvaranju i razvoju prava, kao što se moraju odbaciti jednostrane i neargumentovane kritike ove naše kodifikacije.

Literatura

- Jovanović, Slobodan, Političke i pravne rasprave, Srpska književna zadruga, Beograd, 1990
- Votson, Alan, Pravni transplanti:pristup uporednom pravu, Pravni fakultet, Beograd, 2000
- Nikolić, D., Rad na građanskom zakoniku u Srbiji 1829-1835. godine, Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 1995
- Guzina, R., „Istorijski osvrt na karakter i značaj Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine“, Istorijski glasnik 1, Beograd, 1949
- Vodinelić, V., „Sto pedeset godina kasnije: šta je još živo u Srpskom građanskom zakoniku?“, Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika, SANU, Beograd, 1996
- Yiannopoulos, A. N., Requiem for a Civil Code: A Commemorative Essay, Tulane, Law Review, 2003
- Ramos, M. R., Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico,Tulane, Law Review, 1948
- Stanković, E., O Srpskom građanskom zakoniku, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2009, 100

Emilija Stanković

Prof.dr.sc. Josip Vrbošić, red. prof.
Pravni fakultet u Osijeku

OSNOVNE NAPOMENE O PRILIKAMA U KRALJEVINI HRVATSKOJ, SLAVONIJI I DALMACIJI U VRIJEME STUPANJA NA SNAGU OPĆEG AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Uvod

Uvođenje Općeg austrijskog građanskog zakonika u pravni život austrijskog dijela Habsburške monarhije početkom 19 stoljeća izazvalo je velike , bolje rečeno, sveukupne promjene u svim zemljama Monarhije. Malo je koji propis svojom preciznošću, sistematizacijom, sveobuhvatnošću ozakonio već nukleusno postojeće u prvom redu ekonomsko-pravne odnose s jedne strane, a s druge što je za svaki kvalitetan i u dugom vremenu pozitivan propis važno, anticipirao građanske odnose u stvarajućem građanskom društvu, odnosno pravnom poretku u budućnosti.

Ključne riječi: Opći građanski zakonik, građansko društvo, pravo

1. Uvođenje Općeg austrijskog građanskog zakonika u pravni život

Opći austrijski građanski zakonik (Allgemeine Burgerliche Gesetzbuch), kao novi propis uveden je Carskim patentom od 1. VI. 1811. godine, a stupio je na snagu 1.I. 1812. godine i to u austrijskim nasljednim zemljama: Donja i Gornja Austrija, Češka, Moravska, Šleska, Bukovina, Galicija, Vladimirija, Štajerska, okrug Celovac (Klagenfurt), te u Vojnoj Krajini. Nakon Bečkog kongresa i teritorijalnog proširenja Austrije u pojedinim njenim "krunovinama" Opći austrijski građanski zakonik (u daljnjem tekstu OGZ) stupio je na snagu ovim redom:

- 1. I. 1812. u Vojnoj granici, dijelu koji nije bio pod francuskom okupacijom, odnosno u dijelu koji je bio združen s Monarhijom,
- 1. VII. 1814. u Karlovačkoj i Banskoj Krajini,
- 1. X. 1815. u Istri i Rijeci
- 1. I. 1816. u kraljevini Dalmaciji,
- 1. X. 1816. na otocima u Dalmaciji – Koločepu, Korčuli, Visu, Lopudu, Šipanu, Mljetu i Lastovu,
- 1. I. 1820. u karlovačkom okružju, dijelu koji je bio u Kraljevini Iliriji
- 29. XI. 1852. uveden je OGZ u Hrvatsku i Slavoniju, a stupio je na snagu 1. V. 1853.

Treba dodati da je nakon sjedinjenja Rijeke i dijela karlovačkog područja s Hrvatskom i Ugarskom, prestao važiti OGZ iz 1815. odnosno 1820., već je na pravnoj snazi bio OGZ donesen na temelju Carskog patenta od 29. 11. 1852.[1]

2. Državnopravne, ekonomske i političke prilike u hrvatskim zemljama u vrijeme uvođenja OGZ-a.

2.1. Hrvatska i Slavonija

Sredinom 19 stoljeća i u Kraljevini Hrvatskoj, Slavoniji i Dalmaciji utire se put promjena društveno-ekonomskih odnosa, koji su već ranije zahvatili europske prostore. Poglavito se to odnosi na ukidanje feudalnih odnosa, putem saborskih odluka, koje na izvjesni način predstavljaju nukleus buduće modernizacije.

U isto vrijeme i vrhovi Habsburške monarhije na razvalinama feudalizma, dekretima i patentima nastojali su centralizirati državni prostor nakon dugog razdoblja feudalnog partikularizma. Za promjenu društveno-ekonomskih odnosa, za modernizaciju hrvatskog društva stupanje u pravni život Općeg austrijkog građanskog zakonika bilo je od presudnog značaja.

U Hrvatskoj povijesno pravnoj literaturi u zadnje vrijeme problematika OGZ-a nije bila zastupljena kroz velike članke i rasprave. Dr. Dalibor Čepulo kaže: "No, unatoč iznimnom značenju OGZ-a za razumijevanje pravnog razvoja na hrvatskom području, istraživanja vezana uz taj zakon u hrvatskoj su pravnoj literaturi nakon 1945. slabo zastupljena. Razlozi za to su višestruki, od usmjerenosti na izgradnju novih pravnih struktura i kidanje veza s" buržoaskim" pravom praćenom ideološkom " okrenutošću budućnosti" i marginalizacijom interesa za pravnopovijesne teme pa do zanemarivanja privatnopravnih tema i među samim pravnim povjesničarima."[2]

Prema mišljenju prof. Nikole Gavelle OGZ je imao veliki utjecaj na pravni i gospodarski razvitak hrvatske jer: " Uvođenje OGZ u pravni poredak Hrvatske otvorio je put izvanrednom socijalnom napretku. Kao što je poznato, OGZ je izgrađen primjenom racionalističkog prirodnog prava na spoznaje do kojih je do tada došla pravna znanost, a to je značilo usvajanje individualističkih liberalnih načela. U njegovu je temelju ideja o čovjeku kao slobodnom, samostalnom i odgovornom biću."[3]

Ocjena da je OGZ otvorio put izvanrednom socijalnom napretku, nije u literaturi generalno prihvaćena. Neki autori u 19. i iz prve polovine 20. stoljeća ocjenit će uvođenje " budućnosti" u smislu pravnih transplantata, oktroja, kao

1 *Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima*, uredio Mihajlo Vuković sa suradnicima, Školska knjiga, Zagreb, 1955., str. V.

2 Dalibor Čepulo, *Tradicija i modernizacija: «iritantnost» Općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu*, Zbornik radova-Liber amicorum Nikola Gavella-građansko pravo u razvoju, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2007, str. 2.

3 Grupa autora: Nikola Gavella,*Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1994., str. 12.

prerani i društvenim odnosima nedostatno adaptibilan projekt, osobito u vezi kućnih zadruga, u kojima je živjelo seosko, ali nešto i gradskog stanovništva. U tome kontekstu signifikantno je ponašanje i mađarskog vladajućeg sloja, koji je povratom na ustavno stanje napustio OGZ i vratio se Tripartitu. Naravno, da društveni, ekonomski, politički, pa i kulturološki standardi u Hrvatskoj nisu bili jednostavno rečeno europskiji od ugarskih. U ovom kontekstu vidim i malo politike, jer Hrvatski sabor nije krenuo u analizu OGZ sa zajedničkim stajalištem s ugarskim saborom, pokazujući i na taj način svoju državnopravnu osobitost.

U vrijeme apsolutizma, pa i kasnije sve do osamdesetih godina u Hrvatskoj je značajno djelovanje kancelara, kasnije i bana Ivana Mažuranića, koji je proces reformi i modernizacije snažno podržavao, a o OGZ izrekao je slijedeće:"...da on prethodno ne bi dao da se u o.g.z-u mijenja ni jedna "jota".

I zaista taj zakonik donesen putem oktroja, preživio je ustavno uređenje inaugurirano 1861. godine, Hrvatsko-Ugarsku nagodbu 1868, stvaranje zajedničke jugoslavenske države, kao pozitivni zakonik u Hrvatsko-slavonskom pravnom području, ali i kao predložak, odnosno kao "Čedna revizija normi OGZ" u pravnom tekstu nazvanom "Predosnova Građanskog zakonika za kraljevinu Jugoslaviju" i obznanjenom 1934. godine. U vrijeme Drugog svjetskog rata norme OGZ nisu se uopće primjenjivale pod vlašću lijevih ustanika, a pred sudovima NDH primjenjivale su se samo ukoliko nisu bile zamijenjene novim propisima.

Ovdje iznosimo po jedno mišljenje svake strane , vezano za OGZ.

"*No, kao što je "rimsko pravo", a po njemu i "građanski zakonik", učinilo pravo rasulo u našem seljačkom narodu, tako je po načelima " individualnih prava" ugovora i neograničenog vlasništva stvorio u čitavom narodnom životu najveće socijalne nepravde. Nikada se izrasline kapitalizma, mamonizma, egoizma, individualizma nisu jače razvile kao baš pod zaštitom prava neogranićene slobode svakog pojedinca. Nikada duh iskorištavanja čovjeka po čovjeku nije bio tako snažan, krvoločan,nezasitan kao u 19. stoljeću pod zaštitom građanskog zakonika i drugih državnih zakona pod zaštitom "rimskog prava". Nikada obiteljske veze roditelja prema djeci, djece prema roditeljima, muža prema ženi nisu bile tako labave kao u naše vrijeme, kad su "građanski zakonici" počeli upravljati međusobne odnose u obitelji.*"[4]

S druge strane : "*Dosadašnje zakonodavstvo predratne Jugoslavije nije bilo narodno. Ono je najvećim dijelom tvorevina reakcionarne klike vlastodržaca. Bilo je upravljeno protiv interesa širokih slojeva naroda, bilo je sredstvo porobljavanja naroda.*."[5]

Ovakva razmišljanja bila su plod političko-ideoloških stajališta kolektivističke provenijencije, posvema suprotnih individualizmu i liberalizmu, ideologijama koje su bile okosnica stvaranja građanskoga društva, odnosno njegovih, kako se to u ondašnjoj literaturi nazivalo "pravosudnih zakona", naročito OGZ.

OGZ je u Hrvatskoj u snažnoj mjeri utjecao na pravnu struku, na pravnu teoriju, kao i na pravnu kulturu općenito. Baš zbog te svoje unutarnje snage, tradicije, pravne prepoznatljivosti i komunističke vlasti stavilie su ga izvan

4 Nikola Gavella, *Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropski pravni krug*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1993. god. 43-broj 4. str. 352.

5 *Isti,* str. 351.

snage, opet prema ideološkoj matrici, no dopuštale su njegovu primjenu u formi" pravnih pravila", dakle držale su ga za pravni izvor najnižeg ranga, slabijeg od bilo kojih propisa. Unatoč toga na njega se sudska praksa pozivala, kao na "pravno pravilo"bivšeg prava, u početku više, a kasnije kada su socijalistički društveni odnosi regulirali pojedina vlasničko pravna pitanja nešto manje. No, ipak je više ostao prisutan u pravnoj praksi, negoli u povijesnopravnoj literaturi.

Prijelaskom iz socijalizma u tranzicijsko razdoblje na cijelom području bivše zemlje postavilo se pitanje kako regulirati politički projektirani pluralizam, pa tako i u vlasničkopravnim odnosima. Poznati i cjeloviti zakonik opet je postao predmet interesa pravničke struke. Opet prema članku dr. Gavelle na građansko pravo u novim državnim i društvenim oklonostima bila su tri temeljna polazišta:

-Protiv OGZ kao temelja novog hrvatskog građanskopravnog uređenja govorila je činjenica da je taj zakonik donesen još davne 1811. godine, pa je protekom 190 godina mnogo toga se promijenilo i u pravnoj doktrini i upravnim sadržajima, primjerice." Prema suvremenom shvaćanju, vlasništvo, premda i dalje u načelu individualistički koncipirano, na daje više vlasniku neograničenu pravnu vlast glede njegove stvari, nego je socijalno vezano. ..Nekada skoro neograničena sloboda ugovaranja sputana je sada brojnim ograničenjima u vezi s jačanjem socijalne komponenta prava, primjenjuje se clausula rebus sic stantibus i kada nije ugovorena, sudionici u obveznim odnosima podvrgnuti su dužnosti ponašanja u skladu s načelom poštenja i savjesnosti"[6] Nadalje nastale su nove samostalne grane prava kao radno i socijalno, stambeno, međunarodno privatno pravo i slično.

- S druge strane naša pravna praksa održala je određeni kontinuitet hrvatskog građanskog prava. No. ovaj baštinski, tradicijski argument za eventualno ponovno uvođenje OGZ puno je slabiji od argumentacije kontinuiteta, dakle njegove primjene u Austriji. " Može se uočiti da najveći dio normi ABGB, unatoč njihovoj starosti, pokazuje izvanrednu vitalnost i primjenjivost u suvremenosti; gledano u cjelini, one još uvijek vrlo uspješno uređuju građanskopravne odnose u austrijskom građanskom poretku".[7] Dodajmo tomu da norme OGZ nisu opterećene kazuistikom, koja bi ih vezala za prostor ili vrijeme, one su u velikoj mjeri izvedene iz općih načela pravednosti, koja daju dovoljno prostora za sve i za svagdje. Ovom prilikom sjetimo se i naše aktualnosti, našeg zakonodavstva i našeg prekobrojnog i pravno štetnog reguliranja pravnog života podzakonskim aktima i nekonzistentnosti koja temeljem toga vlada u pravnoj praksi. A sve to jer se rješenja pravnih problema često ne nalaze u načelima prava, negoli u kazuistici, koja je počesto partikularno - interesno determinirana i od strane političkih faktora određena.

Na kraju vjerujem da bismo poglavlje pravosuđe i ljudska prava lakše usuglasili u pregovorima s Europskom Unijom, s tekstom starog ili novog OGZ, negoli s rastočenim pravnim propisima koje imamo danas. Općost i zakonik snažan su garant za individualan uspjeh, ali i za socijalnu ravnotežu.

6 *Isti*, str. 369.
7 *Isti*, str. 370.

2.2. Dalmacija

Dalmacija je ušla u sastav Habsburške monarhije prvo u vremenu od 1797. do 1805, te ponovno od 1813-14, odnosno 1815. prema odluci Bečkog kongresa. Dakle, političkim odlukama europskih velesila Dalmacija je postala austrijska "krunovina"i u njoj se počeo primjenjivati građanski propis, zakonik koji je počivao na načelima slobode rada i ugovaranja, legalizacije individualnog vlasništva, slobode oporučivanja, odnosno široke liberalizacije društva, društva s izrazito poljoprivrednom strukturom.

Dalmacija na političko-upravnoj razini imala je tradiciju statutarnog pravnog nasljeđa, s građansko-pravnim nukleusima, bolje rečeno s recepcijom rimskog privatnog prava, ali bez snažnije političke i državne potpore.

Bili su to izolirani otoci u okruženju dominantno kolonatskih odnosa u poljoprivredi. U takvim prilikama uloga središnje države je od prvorazrednog značaja u smislu definiranja pravno-ekonomske strategije s povlasticama, odnosno ulagačkim poticajima u gospodarski nerazvijenija područja. Austrija, naravno nije "dobila" Dalmaciju iz tih pobuda, nego temeljem svojih geostrateških opredjeljenja. Temeljem toga Dalmacija je u ekonomskom smislu bila prepuštena sama sebi i svom okruženju, pri čemu su Hrvatska sa Slavonijom , te Bosna i Hercegovina, bili značajniji ekonomski partneri.

Naime, u vrijeme nacionalnog preporoda u drugoj polovini 19. stoljeća u Dalmaciji 90% stanovništva činilo je seljaštvo, a građanstvo je živjelo u manjim gradovima, s tim što su samo Zadar, Šibenik i Dubrovnik imali više od 5.000 stanovnika, a Split preko 10.000.[8]

Zaključno, društveni odnosi u Dalmaciji u vrijeme uvođenja u pravni život OGZ-a, nisu obećavali njegovu snažniju gospodarsku uklopljenost i preobrazbu vlasničkih odnosa, te socijalnu efikasnost. No, unatoč toga ovaj oktroirani zakonik tečajem vremena se održao, a time zadobivao i širu naklonost pravne struke, kao i građanstva.

Zaključak

Hrvatski krajevi sredinom 19 stoljeća našli su se na prekretnici svoga političkog, gospodarskog, pa shodno tomu i državnopravnog razvoja. Habsburška monarhija i vladajući austrijski krugovi nakon višestoljetnog feudalnog partikularizma uz ostale, prvenstveno političke mjere, pokušavaju i pravnim putem cijelo državno područje staviti na tračnice modernosti. Liberalizam, individualnost, sloboda i nedodirljivost privatnog vlasništva u interesu su nadolazećeg političkog establishmenta.

Opći austrijski građanski zakonik proglašen je patentom od 29.11. 1852. godine u Kraljevini Ugarskoj, Hrvatskoj i Slavoniji, srpskoj Vojvodini i tamiškom Banatu, dakle u drugoj polovici buduće Austro-Ugarske monarhije, dok je u drugim hrvatskim zemljama uveden ranije. Povratkom ustavnog stanja u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji oktroj iz 1852. godine prihvaćen je kao hrvatski

8 *Društveni razvoj u Hrvatskoj (od 16. stoljeća do početka 20. stoljeća)*, uredila Mirjana Gross, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1981. str.233.

zakon pod poznatim imenom Opći građanski zakonik. Njegov značaj za hrvatski pravni razvitak je ogroman. Bez obzira što su postojeći ekonomski odnosi bili nataloženi naslagama bivšeg feudalnog režima, uvođenje modernog građanskog zakonika prokrčilo je put preobrazbe društva u smislu modernizacije, koja ni tada kao i mnogo puta kasnije nije dostatno vodila računa i brige za niže slojeve u društvu.

Popis osnovne literature

- Dalibor Čepulo, Tradicija i modernizacija: "iritantnost" Općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu, Zbornik radova-Liber amicorum Nikolla Gavella, Građansko pravo u razvoju, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2007.
- Nikola Gavella, Građansko pravo i pripadnost pravnih poredaka pravnim krugovima, dio I., Zbornik radova- Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka u kontinentalnoeuropskom pravnom krugu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2005.
- Nikola Gavella, Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropski pravni krug, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, godina 43-broj 4, Zagreb, 1993.
- Društveni razvoj u Hrvatskoj (od 16. stoljeća do početka 20. stoljeća), uredila Mirjana Gross, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1981.
- Opći austrijanski građanski zakonik u Kraljevinama Hrvatskoj i Slavoniji, uredio Franjo josip Spevec, Naklada L. Hartmana (Stjepan Kugli), Zagreb, 1899.
- Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima, uredio Mihajlo Vuković sa suradnicima, Školska knjiga, Zagreb 1955.

Josip Vrbošić

Mr. sc. Joško Pavković, asist.
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

M. M. SPERANSKI I KODIFIKACIJA RUSKOG PRAVA U 19. STOLJEĆU

„Svaki cvrčak treba znati svoje mjesto pored peći."
(ruska poslovica)

Summary

This paper addresses the role of one of the most famous Russian statesmen in tsarist policy in the first half of the nineteenth century as well as his reform projects. It is examined the different aspects of codification of legacy in the 1830-s in Russia; the problem of European legal influence on the development of Russian codification process as well as the great importance of personality and activity by Mikhail Speransky. It is considered that the codification by Speransky was of major significance for the further processes of modernization in Russian Empire.

Key-words: ***M. M. Speransky, codification, "Full Collection of Laws" (Polnoe Sobranie Zakonov), "Collection of Laws of the Russian Empire"(Svod Zakonov Rossijskoj Imperii), reform projects, tsar Nicholas I, trial of the Decembrists.***

UVOD

Temeljni zadatak kodifikacije sastoji se u izgradnji pravnog sustava. Pravni sustav se po svojoj strukturnoj stabilnosti i konzervativnosti razlikuje od sustava zakonodavstva, koji brže reagira na nove potrebe društva. Ostvarivanje odgovarajućeg unutrašnjeg jedinstva i logičke povezanosti pravnog sustava i sustava zakonodavstva ne zahtijeva samo napore zakonodavca, već i pravne znanosti, koja mora pravovremeno, u skladu s novim društvenim odnosima, osuvremenjivati svoje spoznaje. U epohi prosvjetiteljstva važnu teoretsku orijentaciju kod kodifikacija različitih grana prava predstavljajala su opće prihvaćena načela razuma i pravednosti kojima su autori najznačajnijih europskih zakonika (pa tako i Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine) pokušali „iluminirati" svoje arhaično državno pravo.[1] Međutim, „započeti u vrijeme zanosa prirodnopravnim načelima, ti su zakonici dovršeni u eri reakcije, kada je strah pred revolucionarnom prirodom prirodnopravnih načela počeo sve više sužavati prvobitne reformatorske ciljeve."[2] Glasoviti pravni komparativist Rene David uočio je još jednu zanimljivu posljedicu: „Ti su zakonici, unatoč prvobitnoj ideji, prizvali u život pravni pozitivizam

1 Vidjeti: F. Karčić, *Moderne pravne kodifikacija*, Sarajevo, 2006, 26
2 Citat: I. A. Pokrovski, *Osnovnije problemi graždanskogo prava,* Moskva, 2009, 78

pojačan nacionalizmom. Od tada su pravnici počeli smatrati svoje nacionalno pravo jedinim pravom. Bavili su se svojim zakonicima i prestali su uviđati da je pravo, kao norma društvenog ponašanja, po svojoj prirodi nadnacionalno. Umjesto da u zakonicima prepoznaju izraz obnovljenog općeg prava, kao što su zamislili inicijatori kodifikacije, oni su ih smatrali sredstvom za nacionalizaciju prava."[3] U tom svjetlu treba pratiti i pokušaje kodifikacije ruskog prava u prvoj polovini 19. stoljeća. Aleksandar I. je namjeravao taj zadatak povjeriti filozofu i pravniku Jeremiju Benthamu, a pregovorima između ruskog cara i ovog „apostola kodifikacije" posredovao je njegov brat Samuel, koji je kasnije poginuo kao general ruske vojske.[4] Iako su ti pregovori propali, ideje Jeremija Benthama odigrale su značajnu ulogu u poslu oko sistematizacije ruskog zakonodavstva. Prilikom te sistematizacije trebalo se, prema mišljenju „oca ruske historiografije" Nikolaja Karamzina, primjeniti političko-pravno načelo prema kojem Rusiji "nisu potrebni novi zakoni, već inventarizacija ranije donesenih zakona i njihovo razvrstavanje po kategorijama".[5] Kao što je nekoć Justinijan I. pozvao Tribonijana da sredi rimsko pravo tako je 1825. godine posao sređivanja ("inkorporacije") ruskog prava Nikola I. povjerio "najsposobnijem administratoru u ruskoj povijesti" Mihailu Speranskom.[6] Kako bi se što uspješnije obavio taj golemi posao objedinjavanja i uređivanja ruskog zakonodavstva bio je osnovan i II. („kodifikacijski") odjel Osobnog Ureda Njegovog Imperatorskog Veličanstva.[7]

SPERANSKI I SUDBINA NJEGOVIH REFORMI

Mihail Mihailovič Speranski rodio se 1772. godine u selu Čerkutinu (Vladimirska gubernija) u obitelji siromašnog seoskog svećenika, a umro je 11. veljače 1839. godine u Sankt Peterburgu, i to nepuna dva mjeseca od dana kada mu je ruski car Nikolaj I. dodijelio titulu grofa. Godine 1790. završio je duhovni seminar u „najdosadnijem od svih dosadnih ruskih provincijskih gradova" Vladimiru i tada je stekao prezime „Speranski" (od lat. sperare - nadati se). Kao najbolji učenik bio je poslan u Aleksandro-Nevski seminar u Sankt Peterburgu i već je 1792. diplomirao i bio postavljen za nastavnika matematike, fizike i retorike. Budući je pripadao duhovnom staležu, logično je bilo očekivati da će se i njegova daljnja karijera razvijati u okviru tog staleža, ali od 1797. godine Speranski je započeo svjetovnu karijeru kao državni službenik 9. čina (prema sustavu Tablice činova iz 1722. godine). Speranski je posjedovao nevjerojatnu radnu energiju, a bio je i izvrstan govornik. Nakon što je, nakon dvorskog prevrata, 1801. godine stupio na rusko prijestolje car Aleksandar I., Speranski je dobio čin tajnog savjetnika (4. čin prema Tablici) te je neumorno

3 Citat: R. David, G. Grasmann, *Uvod v velike sodobne pravne sisteme*, I. knjiga, Cankarjeva založba, 1998, 137

4 Vidjeti: E. V. Spektorski, *Istorija socijalne filozofije*, CID, Podgorica, 1997, 282

5 Citat: A. Širinjanc, D. Ermašov, *O „meste" i „roli" N. M. Karamzina v istorii russkoj misli*, Vestnik rossijskoj nacii, 6(8)/2009, 207

6 Vidjeti: E. V. Spektorski, *Država i njen život*, SKZ, Beograd, 1933, 159

7 Vidjeti: N. P. Jeroškin, *Istorija gosudarstvennih učreždenij dorevoljucionnoj Rossii*, Moskva, 2008, 166

radio na izradi pravnih dokumenata i proglasa, koji su karakterizirali početak Aleksandrovog upravljanja državom.[8] Službujući u ministarstvu unutranjih poslova Mihail Speranski je nastojao poboljšati funkcioniranje ruskog administrativno-birokratskog aparata. U to je vrijeme napisao i programatske radove, koji ga svrstavaju u red najboljih političkih mislilaca Rusije svog vremena: „Razmišljanja o državnom uređenju carstva", „Zabilješka o organizaciji sudskih i političkih ustanova u Rusiji", „O vladanju". Speranski je 1807. godine postao član slobodnozidarske lože u Sankt Peterburgu, a te je iste godine postao i prvi državni tajnik Rusije. Aleksandar I. je 1808. godine na svoj sastanak s Napoleonom u Erfurt poveo i Speranskog. Tom je prilikom Napoleon, prema sjećanjima suvremenika, Speranskog prozvao „jedinom svijetlom glavom u Rusiji" i u šali ponudio Aleksandru I. bilo koju njemačku kneževinu u zamjenu za Speranskog.[9] Aleksandar I. je nakon Erfurta naložio Speranskom da osmisli reformu ruskog državnog aparata, a sam Speranski je nakon tog susreta oštroumno zamijetio kako su „kod njih bolje ustanove, dok su kod nas bolji ljudi."[10]

Temeljno načelo kojim se vodio Speranski u svojim projektima reformi Ruskog carstva bila je podjela vlasti na zakonodavnu, upravnu i sudsku. Kako bi se oživotvorilo načelo vertikalne i horizontalne podjele vlasti, čitav je državni mehanizam trebao biti decentraliziran, a središnja vlast se nije smjela nepotrebno uplitati u lokalna pitanja, već se baviti isključivo najvažnijim državnim poslovima. Iako su ovi projekti u početku bili odobreni od strane Aleksandra I., samo je njihov manji dio operacionaliziran i to onaj koji se odnosio na uvođenje novih upravnih tijela. U carskom proglasu od 1. siječnja 1810. godine, koji je sastavio Speranski, bilo je naglašeno kako je cilj tih promjena „ostvarivanje vladavine na temelju zakona."[11] Prema novom uređenju vrhovne vlasti svi su zakonski prijedlozi prvo morali biti pretreseni u Državnom savjetu (po uzoru na Napoleonov Conseil d'Etat), a tek poslije toga podnijeti vladaru na odobrenje.[12] Nikolaj Karamzin je u svojoj knjizi „Zabilješka o starinskoj i novoj Rusiji" („manifestu ruskog konzervativizma") žestoko kritizirao taj novi sustav: „Autokrator (samodržac) ne treba tražiti još nečije odobrenje na zakone. Bitan je samo potpis vladara, jer sva vlast pripada vladaru."[13] Daljnja reforma Senata trebala je biti provedena 1812. godine, no pad Speranskog i Napoleonova invazija na Rusiju, u potpunosti su skinuli s dnevnog reda bilo kakve reformske projekte.[14]

Osim općih planova državnog preustroja, Speranski je razrađivao i druge projekte, pa je tako pripremio i dva zakonska prijedloga, koja su izazvala veliko nezadovoljstvo u višim slojevima. To su bili propisi kojima su se trebali uvesti

---

8 Vidjeti: S. A. Čibirjajev, *Velikij russkij reformator. Žiznj, dejateljnostj, političeskije vzgliadi M. M. Speranskogo*, Moskva, 1989, 1 – 24

9 Vidjeti: M. Savina (red.), *Rossijskaja imperija: zanimateljnaja istorija*, Moskva, 2009, 208

10 Citat: P. Miljukov, Š. Senjobos, L. Ezenman, *Istorija Rusije*, Narodna kultura, Beograd, 1939, 384

11 Citat: *Manifest „Obrazovanie gosudarstvenogo soveta",* ***http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/gossovet.htm , 10. 12. 2011.***

12 Vidjeti: L. A. Stešenko, T. M. Šamba, *Istorija gosudarstva i prava Rossii*, knj. 1., Moskva, 2003, 556-557

13 Citat: N. M. Karamzin, *Zapiska o drevnej i novoj Rossii*, http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/karamzin.htm , 10. 12. 2011.

14 Vidjeti: A. M. Martin, *Russia and the legacy of 1812*, u D. Lieven (ed.), *The Cambridge History of Russia*, vol II, 2006, 148

ispiti za sve važne položaje u državnoj službi, a svaki stupanj činovničke karijere trebala je nužno pratiti odgovarajuća razina obrazovanja.[15] Carevo prihvaćanje dijela reformi predloženih od strane Speranskog izazvalo je ogorčenje nekih vrlo utjecajnih (ali i poprilično besposlenih) dvorskih krugova, koji su se osjetili ugroženima zbog najavljenog preobražaja dotadašnjih birokratskih ustanova. Reforme Speranskog predstavljale su izazov čitavom sustavu državne službe u Ruskom carstvu, koja je bila ustrojena na načelima klijentelizma. Činovnička klasa i njezini dvorski pokrovitelji su stoga svoje interese odlučili zaštititi na takav način što su pokušali narušiti ugled Speranskog (tog „skorojevića" i „popića-nametnika") pred samim carem. Tako je državni tajnik novoustrojenog Savjeta bio optužen ne samo za primanje mita, već i za izdaju države, a dana 17. ožujka 1812. godine Aleksandar I. je Speranskom samo kratko i hladno priopćio: "Okolnosti zahtijevaju da se privremeno rastanemo".[16] Speranski je po carevu nalogu prvo bio poslan u Nižnji Novgorod, a potom u Perm. Nakon gotovo tri godine od ovog prisilnog udaljavanja iz središta političkih zbivanja, Speranski je odlukom cara imenovan za gubernatora grada Perma, a potom i za general-gubernatora Sibira. Zbog skandaloznih zloupotreba ovlasti i položaja on je u Sibiru morao smijeniti oko 700 činovnika, a njih 48 poslati i pred sud.[17] Upravni okvir koji je u Sibiru postavio Speranski osigurao je uspješnu integraciju ove goleme regije s ostatkom države u vremenu od sljedećih stotinjak godina.[18] U prijestolnicu se Speranski napokon vratio 22. ožujka 1821. godine, i tada je Aleksandar I. podržao njegovo imenovanje na mjesto člana Državnog savjeta, dodijelio mu imanje u Novgorodskoj guberniji, a uz to je i prihvatio niz njegovih prijedloga o modernizaciji uprave u Sibiru. Međutim, period od degradiranja Speranskog pa sve do misteriozne smrti Aleksandra I. u Taganrogu bio je obilježen odustajanjem od bilo kakve reforme državnog aparata. Car je u drugoj polovini svoje vladavine bio obuzet misticizmom i duhovnom potragom, a tih je godina za svog najbližeg suradnika odabrao okorjelog konzervativca i „paradnog vojnika" grofa Arakčejeva.[19]

Projekti reformi Mihaila Speranskog imali su u svom korijenu aplikaciju niza modernizacijskih modela iz zapadnih monarhija, a njihov konačni cilj je trebao biti preobražaj (perestrojka) postojećeg administrativno-birokratskog aparata i povećanje njegove učinkovitosti. Iako Speranski osobno nije težio prema liberalizaciji režima, objektivno je ostvarenje njegovih planova o podjeli vlasti i reformiranju zakonodavstva moglo postići takav učinak.[20] Vidjeli smo kako je Karamzin širenje zakonodavne baze Carstva smatrao razbijanjem cjelovitosti autokratske vlasti, a njegova je argumentacija bila bliska logici rimskog javnog prava iz doba dominata i Ulpijanovoj maksimi Quod principi placuit, legis habet vigorem („Što se vladaru sviđa, to ima snagu zakona"). Uz to, možemo pretpostaviti kako su kritičari Speranskog svoje stavove crpili iz „političke ideologije Bizantskog carstva", što je i potpuno logično budući je Rusko carstvo polagalo pravo na duhovnu baštinu Bizanta, ali i Rima, budući je Bizant

15 Vidjeti: V. A. Tomsinov, *Svetilo russkoj bjurokratii (M.M. Speranskij),* Moskva, 1997, 115

16 Citat: S. A. Čibirjajev, 35.

17 Vidjeti: N. P. Jeroškin, 207.

18 Vidjeti: M. Raef, *Carska Rusija od Petra I do Nikolaja I*, u D. Obolenski (ur.), *Istorija Rusije*, Clio, Beograd, 2003 , 160

19 Vidjeti: J. H. Billington, *Ikona i sekira-Istorija ruske kulture, jedno tumačenje*, Rad, Beograd, 1988, 381

20 Vidjeti: S. V. Pahman, *Istorija kodifikacii graždanskogo prava*, Moskva, 2004, 440

bio pravni sljednik Rimskog carstva.[21] Reforme Speranskog su otvorile bolno pravno pitanje odnosa vladara prema zakonu, međutim, uskoro je nametnuta dogma prema kojoj je ruski car ne samo iznad zakona, već je on i jedini izvor državnog zakonodavstva. U praksi će ovakva pravna situacija potrajati sve od Prve ruske revolucije 1905. godine i uvođenja sustava „dualističke monarhije". Ipak, potpuni kaos u pravnom sustavu stvarao je ozbiljne zapreke normalnom razvoju apsolutističke države.

KODIFIKACIJA RUSKOG PRAVA

Pobunom dekabrista 14. prosinca 1825. godine počinje epoha vladavine Aleksandrova brata Nikolaja I, koja je po ocjenama suvremenika ostala zabilježena kao „vladavina nepomičnog svijeta".[22] Nikolaj I. posvetio je veliku pažnju istrazi dekabrističkog pokreta, te je na početku i osobno ispitivao najuglednije zavjernike. Iako je kasnije imenovao jednu posebnu komisiju za provođenje istrage, aktivno je sudjelovao u njezinom radu te je tom prilikom dokazao da posjeduje „pravi inkvizitorski talent". Istraga dekabrističke zavjere ukazala je na odnos liberalnog plemstva prema caru, koji je još uvijek doživljavan jednom vrstom posvećena figure. Većina osumnjičenih je u istrazi „posrnula uslijed atmosfere užasa i naročite vrste moralnog podmićivanja", pa je nakon višemjesečne istrage pred specijalni sud upućeno stotinjak članova različitih tajnih udruženja.[23] Istovremeno je novi vladar podrobno upoznat s golemim društvenim nezadovoljstvom koje je bilo posljedica čestih zloupotreba vlasti.[24] U vrijeme dolaska Nikolaja I. na rusko prijestolje Speranski je još uvijek uživao dvojbeni ugled liberala-reformatora. Iako nije sudjelovao u pokretu dekabrista, upravo je on prema njihovim planovima trebao zauzeti jednu od vodećih dužnosti u novoj revolucionarnoj vladi. Bez obzira na tu činjenicu, Speranski je, kao jedan od najsposobnijih zagovornika čvrste državne vlasti, odmah nakon početka vladavine Nikolaja I. dobio važne operativne zadatke. Tako je Speranski sastavio proglas o proglašenju Nikolaja Romanova carem, a Nikolaj I. ga je nakon toga imenovao članom specijalnog suda za suđenje dekabristima. Speranski je osobno razradio proceduralnu osnovu sudskog postupka nad dekabristima, uključujući i nužnost smrtne kazne za „kolovođe zavjere" - kazne koja se u Rusiji u praksi nikada nije primjenjivala nad plemićima.[25] Rezultat rada tog „suda" najbolje je sumirao A. S. Puškin („naše sve"): „Put Sibira stotina ih kroči, petoricu na vješala pope."

Sudjelovanje Speranskog u procesu nad dekabristima mnogi povjesničari ocijenjuju kao prijelomni trenutak u njegovoj političkoj djelatnosti jer je organizirao progon ljudi koji su mu bili bliski po razmišljanjima. Međutim,

21 Vidjeti: E. V. Timošina, *Teorija „Tretjego Rima" v sočinenijah „Filofeeva cikla",* http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1212037 , 15. 12. 2011.

22 Vidjeti: E. Karer d'Ankos, *Ruska nesreća: ogled o političkom ubistvu*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Novi Sad, 1992, 204

23 Vidjeti: A. Jelačić, *Istraga protivu Dekembrista (povodom stogodišnjice njihova Ustanka)*, Nova Evropa, 7/1926, 221

24 Vidjeti: P. Miljukov, Š. Senjobos, L. Ezenman, 419 - 420.

25 Vidjeti: V. A. Tomsinov, 221 - 230.

nakon pomnije raščlambe djelatnosti Speranskog, a naročito u svjetlu njegove potonje blistave karijere pod Nikolajem I., takva se ocjena čini poprilično dvojbenom. U tom smislu, vjerodostojnijom se čini umjetnička slika Speranskog koju je dao veliki književnik L. N. Tolstoj u svom kolosalnom djelu "Rat i mir" (knj. 2., dio 3., pogl. 6.). To je slika „razborita, silno pametna čovjeka koji je voljom i ustrajnošću došao na vlast koju upotrebljava isključivo na dobrobit Rusije". Međutim, u nastavku opisa nailazimo na rečenice koje kod čitatelja izazivaju određenu dvojbu i nelagodu: „Sve je bilo lijepo, ali je nešto zbunjivalo kneza Andreja: bio je to hladni, staklen pogled Speranskoga, koji nije dao da se zaviri u njegovu dušu, i njegova bijela, nježna ruka, koju je knez Andrej i nehotice promatrao, kao što se obično promatraju ruke ljudi koji su na vlasti." Navedeni nam opis pomaže da snažnije doživimo osobnost ovog iznimnog čovjeka za kojeg je besprijekorno ispunjavanje postavljenih zadataka bila najvažnija stvar u životu. Speranski je nesumnjivo bio izuzetno nadarena osoba s ogromnim radnim kapacitetom kakav se rijetko sretao među ruskim činovnicima, a još rjeđe u visokim slojevima društva. S druge strane, pojava Speranskog se vrlo dobro uklapa u plejadu ljudi neznatnog porijekla, ali izuzetnog intelekta i sposobnosti, koji su postajali visoki državni dužnosnici Ruskog carstva, ili govoreći suvremenim jezikom, njegovi „top-menadžeri". Iako se doseg njihovih interesa i djelatnosti uvijek kretao u okvirima postojećeg režima, njihov britki um i širina pogleda često su ih vodili do zaključka o nužnosti reformiranja ruskog državnog ustrojstva, što se u praksi obično sudaralo s nespremnošću viših slojeva da prihvate ideju modernizacije.[26] Tako se čitav niz sjajnih činovnika, koji nisu znali pravovremeno prepoznati hirovitu ćud i promjenjivo raspoloženje vlastodržaca, našao u nemilosti, a njihovi su projekti reformi padali u zaborav. Ipak, za razliku od prijašnjih vremena, u 19. stoljeću pad u carevu nemilost nije završavao optužbom za izdaju države i smrtnom kaznom, već se ograničavao na lakše mjere izolacije i prisilno vraćanje činovnika u okvire njegovih prvobitnih nadležnosti.

Nikolaj I. je Speranskog, zbog njegovih visokih intelektualnih i profesionalnih kvaliteta, u travnju 1826. godine imenovao zamjenikom načelnika II. odjela Osobnog Ureda Njegovog Imperatorskog Veličanstva. Ovaj odjel se trebao baviti rješavanjem zakonodavnih pitanja. Bez obzira na iskazanu lojalnost Speranskog, Nikolaj I. je još uvijek imao veliku zadršku prema njegovim političkim idejama i njegovom karakteru pa je tako novoimenovanog načelnika ovog kodifikacijskog odjela car upozorio: „Pazite da ne ponovi takve nestašluke slične onima iz 1810. godine!"[27] Pri objedinjavanju ruskih zakona Speranski se koristio iskustvima koja su stečena kod ranijih europskih kodifikacija, pa je tako prihvatio i tradicionalnu podjelu prava na javno i privatno, a u skladu s tim načelom, ruske je zakone podijelio na državne i građanske. Sistematizacija zakonodavstva zahvatila je sve dokumente od Saborskog kodeksa (Соборное Уложение) iz 1649. godine pa sve zaključno do odluka cara Aleksandra I. iz prosinca 1825. godine. U travnju 1830. godine izdana je „Potpuna zbirka zakona Ruskog carstva" (Полное собрание законов Российской империи) u 40 tomova, koji su sadržavali točno 30.920 kronološki poredanih dokumenata. Istovremeno je, kao prilog, izdano i šest tomova s tematskim objašnjenjima i

26 Vidjeti: D. Lieven, *The elites*, u D. Lieven (ed.), *The Cambridge History of Russia*, vol II, 2006, 236-237

27 Citat: P. Miljukov, Š. Senjobos, L. Ezenman, 425.

drugim popratnim materijalom.[28] Naziv "Potpuna zbirka zakona Ruskog carstva" ipak treba uzeti sa zadrškom, pošto u nju nisu bili uključeni svi zakonodavni akti izdani poslije 1649. godine. Izvornici nekih zakona nisu pronađeni, a neki zakoni nisu uvršteni u zbirku iz političkih razloga. S druge strane, u tu su zbirku uvrštene i neke sudske odluke i tumačenja pojedinih zakona danih od strane Senata kao najvišeg pravosudnog tijela Ruskog carstva. Sastavljanjem „Potpune zbirke zakona" bio je položen kamen temeljac za izgradnju novog ruskog pravnog sustava, pa je tako već 1832. godine izdana „Zbirka zakona Ruskog carstva" (Свод законов Российской империи) u koju su bili uvršteni svi tada važeći pravni akti. „Zbirka zakona" sadržavala je 15 tomova i sastojala se od osam dijelova: 1. Osnovni državni zakoni; 2. Zakoni o lokalnim i državnim ustanovama i državnoj službi; 3. "Zakoni izvršne vlasti" – odredbe o porezima, dadžbinama, carinama, kao i carinski i šumski zakoni; 4. Svi normativni akti koji određuju prava i obveze staleža; 5. Građansko zakonodavstvo; 6. Kreditne, trgovačke odredbe, odredbe o zaštiti od požara, kao i o državnim naseljima i kolonijama stranaca u Ruskom carstvu; 7. Odredbe o javnom redu, svi zakoni o policiji, o nadzoru društva, odredbe o putovnicama i bjeguncima, o upozorenju i spriječavanju zločina, o držanju u pritvoru, o prognanicima; 8. Kazneno i kazneno-postupovno zakonodavstvo.[29] "Zbirka zakona" je u siječnju 1833. godine razmotrena u Državnom savjetu i potvrđena od strane cara te je odlučeno da stupi na snagu s 1. siječnjem 1835. godine. Popratnim carskim proglasom, koji je „Zbirku zakona" proglasio jedinim važećim formalno-pravnim vrelom, određeno je da se njezina struktura ne smije nipošto mijenjati. Svi novi ruski zakoni, doneseni nakon stupanja na snagu „Zbirke zakona", trebali su jednostavno biti pridodani odgovarajućim dijelovima i tomovima Zbirke. I „Potpuna zbirka zakona" je kasnije dopunjavana carskim zakonodavnim aktima pa je tako 1881. godine izašlo njezino drugo izdanje, koje je potom bilo ažurirano sve do pada Carstva.[30] Speranski se nakon izdavanja „Zbirke zakona" namjeravao prihvatiti sljedeće faze kodifikacije - razvrstavanja propisa prema odgovarajućim pravnim granama i pravnim institutima. Međutim, Nikolaj I. je odobrio samo razvrstavanje propisa o kaznama i popravnim mjerama pa je tako 1845. godine, nekoliko godina nakon smrti Speranskog, donijet kodeks koji je obuhvaćao ovu pravnu materiju.[31] „Enciklopedijski poznavatelj ruske kulture" Pavel Miljukov je dao konačnu ocjenu „Zbirke zakona": „Iako u njoj ima mnogo proturječnosti i mnogo praznina, ona nasuprot tome sadrži mnogo materijala koji zapravo i nema zakonsko obilježje i koji, što je još ozbiljnije, iako iz raznih vremena i s raznim težnjama, nije usklađen prema jednom općem načelu, niti međusobno dovoljno povezan. Ona je samo bilanca ranijeg zakonodavstva; ona ne znači početak novog zakonodavstva."[32]

28 Vidjeti: Ju. P. Titov (red.), *Istorija gosudarstva i prava Rossii*, Moskva, 2006, 183

29 Vidjeti: R. S. Mulukaeva, *Istorija otečestvennogo gosudarstva i prava*, Moskva, 2009, 198

30 Vidjeti: S. G. Puškarev, *Rossija 1801-1917: vlast i obščestvo*, Moskva, 2001, 48

31 Vidjeti: D. A. Pašancev, *Istorija gosudarstva i prava Rossii*, Moskva, 2010, 153

32 Citat: P. Miljukov, Š. Senjobos, L. Ezenman, 436.

ZAKLJUČAK

Danas je već glasovita usporedba koja govori kako Europa „diše na dva plućna krila“. Međutim, dok smo stalno zaokupljeni različitim društvenim i institucionalnim tekovinama Zapadne Europe, Istočna Europa neprimjetno izmiče pred našim znanstvenim interesima. Stoga nije naodmet pokušati naglasiti značaj i ulogu kodifikatorskog rada Mihaila Speranskog. Poznati ruski disident Aleksandar Hercen je sredinom 19. stoljeća u svom spisu „O razvoju revolucionarnih ideja u Rusiji“ izrekao svoje karakteristično mišljenje o sistematizaciji carskog zakonodavstva koju je dao provesti Nikolaj I.: „Tu su nagomilani svi postojeći zakoni, to je smjesa uredbi, naredbi, ukaza, u manjoj ili većoj mjeri proturječnih među sobom, koji mnogo bolje odražavaju vladarev karakter i dnevne interese, negoli duh jedinstvenog zakonodavstva.“[33] Naš suvremenik, talijanski pravni povjesničar Paolo Grossi, zaključuje kako „Zbirku zakona Ruskog carstva“ trebamo promatrati kao konsolidaciju koja nije dosegla racionalnost i sistematičnost, koje su tipične za autentičnu kodifikaciju.[34] Iako je kodifikatorski rad Speranskog pomogao da se „učvrsti staleški karakter društva, pravna neravnopravnost i kmetstvo” te “apsolutističko-birokratski temelji Carstva“, ipak je to bio i prvi odvažni korak na putu prema „konzervativnoj modernizaciji“ društva i daljnjim reformama, naročito sveobuhvatnoj sudskoj reformi 60-tih godina 19. stoljeća, kojom je stvoren, po mišljenju profesora Aleksandra Solovjeva, jedan od najnaprednijih sudskih aparata u čitavoj tadašnjoj Europi.[35] Ovu je reformu proveo Aleksandar II. kojega je u pravu podučavao sam Speranski, a „ruski Tribonijan“ je u duh budućeg „cara-osloboditelja“ zasigurno duboko usadio sljedeći svoj nauk: „Svako pravo, pa i pravo samodržavlja i jest pravo zato što se zasniva na pravdi. Tamo gdje se završava pravda i počinje nepravda, završava se pravo i počinje samovlašće.“[36]

33 Citat: A. Hercen, *Ruski narod i socijalizam*, CID, Podgorica, 1999, 276

34 Vidjeti: P. Grossi, *Pravna Evropa*, Založba, Ljubljana, 2009, 212

35 Vidjeti: A. Solovjev, *Sudska reforma g. 1864 u Rusiji*, Beograd, 1940, 7

36 Citat: S. Živanov, *Rusija na prelomu vekova*, Beograd, 2002, 92

LITERATURA:

- Billington J. H., Ikona i sekira-Istorija ruske kulture, jedno tumačenje, Rad, Beograd, 1988.
- Čibirjajev S. A., Velikij russkij reformator. Žiznj, dejateljnostj, političeskije vzgliadi M. M. Speranskogo, Moskva, 1989.
- David R., Grasmann G., Uvod v velike sodobne pravne sisteme, I. knjiga, Cankarjeva založba, 1998.
- Grossi P., Pravna Evropa, Založba, Ljubljana, 2009.
- Hercen A., Ruski narod i socijalizam, CID, Podgorica, 1999.
- Jelačić A., Istraga protivu Dekembrista (povodom stogodišnjice njihova Ustanka), Nova Evropa, 7/1926.
- Jeroškin N. P., Istorija gosudarstvennih učreždenij dorevoljucionnoj Rossii, Moskva, 2008.
- Karamzin N. M., Zapiska o drevnej i novoj Rossii, http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/karamzin.htm
- Karčić F., Moderne pravne kodifikacija, Sarajevo, 2006.
- Karer d´Ankos E., Ruska nesreća: ogled o političkom ubistvu, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Novi Sad, 1992.
- Lieven D., The elites, u Lieven D. (ed.), The Cambridge History of Russia, vol II, 2006.
- Manifest „Obrazovanie gosudarstvenogo soveta“, http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/gossovet.htm
- Martin A. M., Russia and the legacy of 1812, u Lieven D. (ed.), The Cambridge History of Russia, vol II, 2006.
- Miljukov P., Senjobos Š., Ezenman L., Istorija Rusije, Narodna kultura, Beograd, 1939.
- Mulukaeva R. S., Istorija otečestvennogo gosudarstva i prava, Moskva, 2009.
- Pahman S. V., Istorija kodifikacii graždanskogo prava, Moskva, 2004.
- Pašancev D. A., Istorija gosudarstva i prava Rossii, Moskva, 2010.
- Pokrovski I. A., Osnovnije problemi graždanskogo prava, Moskva, 2009.
- Puškarev S. G., Rossija 1801-1917: vlast i obščestvo, Moskva, 2001.
- Raef M., Carska Rusija od Petra I do Nikolaja I, u Obolenski D. (ur.), Istorija Rusije, Clio, Beograd, 2003.
- Savina M. (red.), Rossijskaja imperija: zanimateljnaja istorija, Moskva, 2009.
- Solovjev A., Sudska reforma g. 1864 u Rusiji, Beograd, 1940.
- Spektorski E. V., Država i njen život, SKZ, Beograd, 1933.

- Spektorski E. V., Istorija socijalne filozofije, CID, Podgorica, 1997.
- Stešenko L. A., Šamba T. M., Istorija gosudarstva i prava Rossii, knj. 1., Moskva, 2003.
- Širinjanc A., Ermašov D., O „meste“ i „roli“ N. M. Karamzina v istorii russkoj misli, Vestnik rossijskoj nacii, 6(8)/2009.
- Timošina E. V., Teorija „Tretjego Rima“ v sočinenijah „Filofeeva cikla“, http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1212037
- Titov Ju. P. (red.), Istorija gosudarstva i prava Rossii, Moskva, 2006.
- Tomsinov V. A., Svetilo russkoj bjurokratii (M. M. Speranskij), Moskva, 1997.
- Živanov S., Rusija na prelomu vekova, Beograd, 2002.

Joško Pavković

Dr sc. Edin Mutapčić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK I NJEGOVA PRIMJENA U BOSNI I HERCEGOVINI POSLIJE 1918. GODINE

Abstract

Bosnia and Herzegovina during its historical development represented area with different cultural and legal impacts. First codifying process in Ottoman Empire, which Bosnia and Herzegovina was an integral part (until 1878.), is Medžella (1869-1876). Even though Medžella was codification of sharia law in this codification were clearly visible reform tendencies. Establishing the Austro-Hungarian administration from 1878. the BiH still remained strongly influenced by "Ottoman laws", but at the same time court authorities in their work more often were looking for "solutions" in the Austrian Civil Code from 1811. The break with the feudal relations in time of monarchist Yugoslavia opened a significant space for application of this codification than in the past, so real estate and obligation right were subjected to normative rules of Austrian Civil Code, while in the area of family and inheritance matter canon law has been applied for the Christian population or shari'a (previously codified Medžellom) for the Muslim population.

Key words: ***Medžella, Austrian Civil Code (OGZ), civil rights***

Uvod

O pravnom naslijeđu u sferi građanskog prava koje je bilo prisutno u Bosni i Hercegovini u trenutku njenog ulaska u sastav monarhističke južnoslavenske države gotovo bi bilo bespredmetno govoriti ukoliko ne izvršimo i jedan kratak uvid u njeno pravno-historijsko naslijeđe iz ranijeg (austrougarskog i osmanskog) perioda. Naime, glavna odlika navedenih procesa jeste pravni kontinuitet. Razlog toga jeste da u Bosni i Hercegovini sve do kraja Drugog svjetskog rata možemo govoriti o značajnom ne samo austrougarskom već i osmanskom pravnom naslijeđu.

Pitanje kontinuiteta i diskontinuiteta u bosanskohercegovačkoj pravnoj historiji je dosta kompleksno. Naime, njena pravna historija, do raspada monarhističke Jugoslavije, može se podijeliti u tri faze:

1.) faza, koja odlikuje početni (srednjovjekovni) period, ali i suvremeni razvoj bosanskohercegovačkog pravnog razvitka (pri čemu se početna i krajnja pravna tradicija podudaraju), a to je faza zasnovana na rimsko-pravnoj tradiciji. Ovu tradiciju pripadnosti krugu evropsko-kontinentalnih pravnih tekovina dakle, susrećemo tokom srednjovjekovnog pravnog razvoja bosanske države, ali ona predstavlja osobenost današnjeg pravnog razvitka bosanskohercegovačke države.

2) faza slijeđenja tradicije šerijatskog prava, zasnovanog na principima islamske religije i organizacije islamske države:

3) faza gdje bosanskohercegovačko pravo predstavlja *mješoviti pravni sisteme državne regulative sa primjenom vjerskog prava.* Naime u ovoj fazi koja traje od uspostavljanja austrougarske uprave 1878. godine pa do uspostave „socijalističke države" 1945. godine. U navedenom periodu imamo kombinaciju brojnih „izvora prava" te upotrebu dvije kodifikacije u području građanskog prava, a to su OGZ-a i Medželle, kao pozitivno-pravnih kodifikacija na njenom teritoriju. Pored toga tu su brojni osmanski, austrijski, običaajni, jugoslavenski i vjerski propisi koji su korišteni na bosanskohercegovačkom teritoriju.

1. Pravno nasljeđe do Austrougarske okupacije 1878. godine

Tokom samostalnog političkog razvoja srednjovjekovne bosanske države pravo na njenom teritoriju slijedio se kurs *evropsko-kontinentalne pravne tradicije*, odnosno rimskog prava. Tu osobenost naročito možemo pratiti razvojem pravnog prometa u XIV i XV stoljeću. Tada dolazi do izraženije trgovačke i dr. saradnje sa dalmatinskim i drugim mediteranskim gradovima. Svakako da pod uticajem tadašnje pravne orijentacije navedenih trgovačkih centara dolazi do *recepcije rimskog prava*, koje na taj način svoje utočište nalazi i na području srednjovjekovne bosanske države. Međutim, kao svoju individualnu osobenost bosanskohercegovački teritorij, a svakako pod utjecajem Crkve bosanske, ima izraženiji laicizirani oblik bračnog prava. Istraživanja pokazuju na izražen uticaj *poznoantičkog rimskog prava* na ovom području, naročito u oblasti trgovačkog i rudarskog prava.[1]

Potpadanjem pod osmansku vlast 1463. godine dolazi do velikog zaokreta u pravnom razvoju sa vrlo izraženim diskontinuitetom. Od početka osmanske vladavine teritorij današnje BiH prema principima islama spadalo je u kategoriju zemalja „*Daru-l-islam*" („kuća islama"), odnosno islamska teritorija, gdje vlada muslimanski vladar i primjenjuje se islamsko pravo.[2] Osnova pravnog poretka na bosanskohercegovačkom teritoriju kao i u ostalim dijelovima Osmanskog carstva, kao islamske države, bilo je šerijatsko (muslimansko) pravo. Ovaj pravni sistem zasniva se na obaveznim izvorima prava: *Kur'an* i *suna* (*hadis*),[3] odnosno različitim metodama tumačenja prava[4] kao što su: *kijas* (analogija), *istihsan* (pravičnost) i *istislah* (opća korist). U procesu tumačenja šerijata formirala su se tijekom stoljeća četiri osnovna pravno-naučna sistema ili pravne škole *(mezheba)*.[5] Kada je u pitanju regulisanje određenih sfera

1 Drino, Dž., *Evropski identitet i rimskopravni temelji prava srednjovjekovne Bosne*, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, godina 4, broj 7., Zenica, 2011.

2 Karčić, F., *Komparativna pravna historija,* Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 119.

3 Imamović, M., *Historija prava i države Bosne i Hercegovine*, Magistrat, Sarajevo, 2003., 131-132.; „Muslimani vjeruju da je *Kur'an* knjiga otkrovenja i da u tom smislu sadrži Božiju riječ ili zapovijest. Suna je tradicija koja se vezuje za Muhameda kao poslanika. U tom smislu suna ili hadis obuhvata sve što je Muhamed izričito zabranio ili prešutno odobrio, te općenito njegova djela i postupke."

4 Postupak tumačenja šerijatskog prava naziva se *idžtihad*.

5 Te se škole zovu po njihovim osnivačima: hanefijska (Ebu Hanifa, 699-767), malikijska (Malik,

života za pripadnike nemuslimanskih vjerskih skupina one su u Osmanskom carstvu uživale vjersko-pravnu autonomiju.[6] To se prvenstveno ogledalo u samostalnom reguliranju porodičnog, bračnog i nasljednog prava vlastitim vjerskim pravom podanika carstva, odnosno u Bosni, primjenom kanonskog prava – za čije sankcioniranje su bili zaduženi pripadnici vjerskih službenika dotičnog vjerozakona.

Obligaciono, stvarno, financijsko, agrarno i sl. pravo su uglavnom ostali izvan dometa šerijata. Vremenom se u Osmanskom carstvu javljao sve veći rascjep između teorijskog sistema šerijatskog prava i normativnih potreba države. Taj je jaz premoštavan zakonodavnom aktivnošću sultana koji su izdavali svoje zakone i zakonike zvane kanuni i kanunname. To pravo se, za razliku od šerijatskog kao vjerskog prava, nazivalo državnim ili kanunskim pravom. Pored kanuna sultani su objavljivali svoje pojedinačne odluke i u posebnim naredbama, zvanim fermani, a kasnije u svečanim poveljama poznatim kao hatišerifi.[7]

Sl. 1. Prikaz pravnih izvora u periodu Osmanske uprave u BiH

Međutim, osnovna odlika najvećeg dijela osmanske uprave u BiH jeste nekodificiranost prava. Tek, neposredno pred kraj njene uprave na ovom teritoriju dolazi do prve „službene" kodifikacije dotadašnjeg osmanlijskog prava – zasnovanog na šerijatskom pravu.[8] Naime, u periodu tzv. „*tanzimatskih reformi*" Osmanskog carstva, a svakako po uzoru na tadašnje evropske tendencije XIX stoljeća kodifikacija građanskog prava smatrala se željenim ciljem. Takav zakonik je trebao i kao propratna pojava u radu građanskih sudova (*mehakim-i nizamiye*), koji su bili nadležni da presuđuju građanske stvari svih

713-795), šafijska (Šafija, 767-819) i hanbelijska (Ibn Hanbal, 780-855). U Osmanskom carstvu bila je u primjeni hanefijska škola, koji se općenito smatra najliberalnijim pravcem u šerijatskom pravu. Imamović, M., *Historija prava i države,* 131.

6 Imamović, M., *Historija prava i države,* 126-127.; *Citirano prema:* Kicikis, D., *Osmanlijsko carstvo*, Plato, Beograd, 1999.,21-22. U Osmanskom carstvu je živio veliki broj etnički, vjerski i jezički raznorodnog nemuslimanskog stanovnišva. To su u prvom redu bili kršćani, pravoslavne vjero-ispovijesti i Jevreji. Oni su, u skladu sa islamskim propisima, kao narodi „knjige", tj. oni koji imaju knjigu „Božijeg otkrovenja" i ispovijedaju religiju otkrovenja, uživali u Osmanskom carstvu, kao muslimanskoj državi, status zaštićene manjine. To su bili takozvani milleti.

7 Imamović, M., *Historija prava i države,* 132.

8 Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., 95-99.

osmanskih podanika, bez obzira na religijsku pripadnost. Tim promjenama, šerijatski sudovi su specijalizirani sudovi nadležni za porodične, nasljedne i vakufske poslova muslimanskog stanovništva. Uostalom, to od Osmanskog carstva indirektno zahtijevaju europske velesile, odnosno traži se donošenje zakonika „*kojim će se osigurati jednak tretman svih podanika*“.[9]

Interesantna je okolnost da je kodifikacija šerijatskog imovinskog prava imala funkciju građanskog zakonika Osmanske države i da je primjenjivana na cjelokupno stanovništvo bez obzira na religiju. To je bilo moguće zato što se radilo o imovinskom pravu koje je odražavalo dugotrajnu praksu stanovništva Mediterana, tako da je ovaj zakonik mogao biti prihvaćen i od strane kršćanskog i jevrejskog stanovništva i nekih neislamskih država koje su nastale nakon raspada Osmanske države.[10] Medžella kao kodifikatorski zahvat obuhvata materiju stvarnog, obligacionog i procesnog prava.[11]

Najpoznatiji pravni akti koji je austrougarska vlast recipirala u oblasti agrarnog prava bila je **Saferska naredba iz 1859.** *godine i koja je formalnopravno bila na snazi sve do raspada Austrougarske 1918. godine. Također, iz oblasti agrara recipiran je i* **Ramazanski zakon (Erâzî kanûnâmesî)** *iz 1858. godine, poznati osmanski zakon o zemljišnom posjedu, te zakon o tapijama (tzv.* **Tapijski zakon**) *iz 1859. godine, dva zakona o vakufima iz 1863. godine (o* **upravi vakufa**), *i 1870. godine (o* **postupanju sa vakufskim dobrima musaqqafat i mustagillat**).[12]

2. Pravno nasljeđe poslije Austrougarske okupacije 1878. godine

Odmah po okončanju procesa uspostavljanja kontrole nad BiH austrougarske vlasti su 29. decembra 1878. godine odlukom zajedničkog ministarstva kao vrhovne upravne vlasti izdale „upustvo“ za suđenje u „građanskim stvarima“ u ovoj „okupiranoj“ pokrajini. Navedenim upustvom naloženo je sudovima da se, u principu, *pridržavaju dotadašnjih zakona, ukoliko su oni bili zaista na snazi u BiH*. Međutim, ukoliko se oni ne bi mogli primjenjivati u novonastalim prilikama ili bi, pak, bili nepotpuni, sudovima se

9 Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije*, 95-96. Medžella sadrži 1851 član podijeljen u uvod i šesnaest knjiga koje su podijeljene u poglavlja, a poglavlja u odsjeke. Uvod govori o definiciji i podjeli pravne nauke i o pravnim pravilima. Zatim slijedi 99 pravnih pravila islamske pravne nauke (Fikh), koja imaju funkciju kao *maksime i regule* u rimskom pravu. To su pravila koja su formulisali muslimanski pravnici s ciljem boljeg razumijevanja „duha“ šerijtskog prava. Trinaest knjiga bavi materijom imovinskog prava prema, a tri knjige građanskim postupkom. Teme tih knjiga su: kupoprodaja, najam jamstvo, prenos duga, zaloga, ostava, darovanje, prisvajanje i uništenje tuđih stvari, ograničenje, prinuda i pravo preče kupnje, udruga, zastupanje, nagodba, tužbe, dokazi i suđenje. U dodatku se daje tumač i indeks pravnih pojmova. Porodično i nasljedno pravo je izostavljeno zato što je ta materija u Osmanskoj državi bila u nadležnosti konfesionalnih sudova.

10 Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije*, 97.

11 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, Preštamapano iz Arhiva za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920. (dalje: Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH*), 7

12 Durmišević, E., *Šerijatsko pravo*, 82.; Vakufska dobra *musaqqafat* čine ona zemljišta na kojima se ili nalaze zgrade ili je predviđeno za građenje, dakle ono koje se ne obrađuje, dok vakufska dobra mustagillat čine ona zemljišta koja se obrađuju ili služe za voćnjake i sl.

nalaže da primjenjuju građansko pravo koje važi u austrougarskoj monarhiji, odnosno *Opći građanski zakonik* iz 1811. godine (dalje: OGZ).[13]

Na taj način, bosanskohercegovački pravni sistem iako je u sebi apsorbirao dvije kodifikacije Medžellu (naslijeđe iz ranijeg osmanskog perioda) i OGZ (kao supsidijarni, pomoćni izvor) u suštini je bio nesistematiziran, nekodificiran i samim tim veoma složen. Tako, kao izvori prava prepoznaju se:

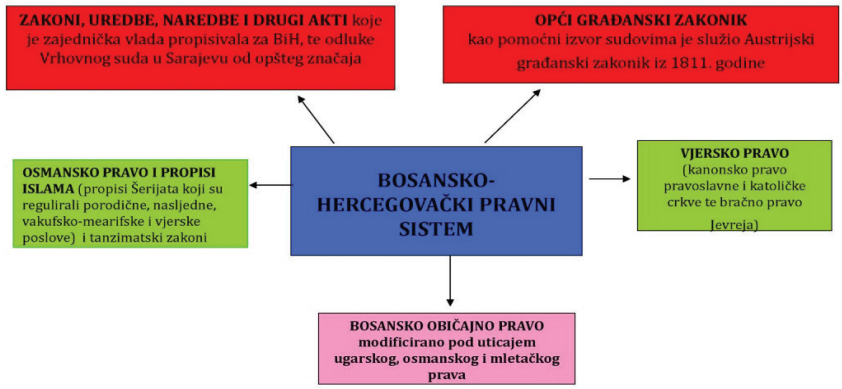
a) Zakoni, uredbe, naredbe i drugi akti koje je zajednička vlada propisivala za BiH, te odluke Vrhovnog suda u Sarajevu od načelnog značaja;

b) Osmansko pravo i propisi islama, a to su prije svega propisi šerijata koji su regulirali porodične, nasljedne, vakufsko-mearifske i vjerske poslove i odnose muslimanskog stanovništva. Pored toga, austrougarska vlast je recipirala značajan broj osmanskih tanzimatskih zakona, posebno u oblasti zemljišne svojine, agrara i općenito imovinskih odnosa, kojima su u BiH postavljeni normativni osnovi građanske pravne države;

c) Kanonsko pravo pravoslavne i katoličke crkve, te bračno pravo Jevreja;

d) „Bosansko" običajno pravo, modificirano pod utjecajem ugarskog, osmanskog i mletačkog prava. Zemaljska vlada je organizirano, putem anketa radila na prikupljanju pravnih običaja u BiH, te

e) kao pomoćni izvor sudovima služio je i OGZ.[14]



sl. 2. „Izvori prava" u Bosni i Hercegovini tokom austrougarske uprave

Pored recepcije šerijatskog prava, austrougarske vlasti su izrazile potrebu za donošenjem novih zakona, ali se naglašavalo da je prije toga neophodno proučiti osmanske zakone, utvrditi stvarno stanje u zemlji, saslušati želje i uvažiti podjednako potrebe stanovnika svih konfesija.[15] Naglašeno

13 *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, godina 1878-1880., svezak II, 9.

14 Sućeska, A., *Istorija države i prava naroda SFRJ*, II izdanje, Svjetlost, Sarajevo, 1979., 195

15 Kao što je već istaknuto, propisi šerijata su regulirali porodične, nasljednopravne, vakufske i vjerske odnose muslimana, koji su u periodu austrougarske uprave sakupljeni i izdati u Beču 1883. godine u poseban zbornik pod naslovom *„Eberecht, Familienrecht und Erbrecht der Mohammedaner nach hanefitischen Ritus" („Bračno, porodično i nasljedno pravo muhamedanaca prema hanefijskom ritusu"*). Kao izvor šerijatskog prava u BiH u vrijeme austrougarske uprave važile su okružnice i naredbe Vrhovnog šerijatskog suda u Sarajevu. Naime, ovaj sud je, kao najviša sudska instanca koja je primjenjivala šerijatsko pravo, donosio presude i tumačio šeri-

je da će se uložiti sve sile da se zemlja uredi i izrade valjani zakoni, ali da za to treba vremena. Iz tog razloga stanovništvu je preporučena strpljivost dok se sve to ne izvede, a dotle neka se vlada po starim zakonima. Na taj način je održan kontinuitet između prethodne (osmanske) i nove (austrougarske) vlasti. Uz važenje dotadašnjeg osmanskog prava, austrougarska vlast počela je donositi mnogobrojne pravne propise.[16] Drugim riječima, austrougarske vlasti zadržavaju zatečeni pravni sistem, ali ga konstantno dorađuju dinamičnom normativnom aktivnošću.

Međutim, vremenom dolazi do potiskivanja Osmanskog građanskog zakonika i uopće osmanskih pravnih tekovina i recepcije OGZ-a u redovnom sudovanju, budući da se većina sudija nove vlasti nije mogla služiti Medžellom, jer je bila napisana na turskom jeziku, odnosno francuskom.[17] Prvi prijevod, i to neslužbeni, *Medželle* na bosanski jezik objavljen je tek 1906. godine.[18] Već smo konstatovali da Medžella u svom sadržaju objedinjuje materiju stvarnog, obligacionog i procesnog prava.[19] Ove propise austrougarska vlast je postepeno mijenjala i prilagođavala svojim potrebama, kao i novim ekonomskim odnosima u BiH. Tako su već 1883. godine doneseni novi Trgovački,[20] i Mjenidbeni zakon za BiH.[21] Od sredine 1882. godine, kada je u suštini dovršena organizacija vlasti, dolazi do sistematske zamjene osmanskog zakonodavstva, tako da se 1914. godine u praksi primjenjivao veoma skroman broj osmanskih tanzimatskih propisa.[22] Vremenom unificirano je materijalno i procesno krivično pravo, zemljišnoknjižno i građansko procesno pravo, ali je cijela oblast materijalnog građanskog prava ostala neizjednačena. S druge strane, uloga pravne prakse kroz djelatnost sudija koji su dolazili iz različitih evropskih zemalja išla je u tom pravcu da se OGZ sve značajnije primjenjuje, ali bez eksplicitnog pozivanja na konkretne odredbe. U tadašnjem pravničkom miljeu postojala je anegdota „*da sreski sud sudi po zdravom razumu, okružni po OGZ-u, a Vrhovni sudi po Medželli*". Ipak, najznačajnija zakonodavna djelatnost austrougarske uprave ogleda se u donošenju tzv. *Gruntovničkog zakonika* (*Zakon o zemljišnim ili baštinskim knjigama*) od 13. septembra 1884. godine kojim se u BiH *de facto* uspostavlja zemljoknjižni sistem koji je i danas u primjeni. *Odredbom član 11.*

jatsko pravo i na taj način vršio ujednačavanje sudske prakse i reformu materijalnog i procesnog šerijatskog prava. Durmišević, E., *Primjena šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u vrijeme austro-ugarske uprave (1878-1918)*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, broj XLVIII, Sarajevo, 2005., 107., (dalje: Durmišević, E., *Primjena šerijatskog prava*).

16 Durmišević, E., *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Pravni fakulte Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 81., (dalje: Durmišević, E., *Šerijatsko pravo*).

17 Durmišević, E., *Primjena šerijatskog prava*, 107.; Zobkow, M., *Primjenjivanje austrijskog Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini, Zagreb, 1921.,* 5.; (Iz Beča u Sarajevo poslali su „*jedan primjerak francuskoga prevoda najvažnijih zakona iz „Düsture" te tako bi dana činovnicima prilika, da upoznaju otomanski građanski zakon, tzv. Medžellu. Ali tim jednim primjerkom nisu se mogli činovnici služiti, jer veći ih dio nije znao ni francuskoga jezika ...*")

18 Prijevod na bosanski sačinio je Asim Škaljić pod naslovom *Medželle i ahkjami šerije* (*Otomanski građanski zakonik*), Bos.-herceg. zakoni IV. svezak, Sarajevu 1906. (Tisak i naklada Daniela A. Kajona).

19 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH*, 7

20 *Zbornik zakona i naredaba za BiH 1883 , 308-439***.**

21 *Zbornik zakona i naredaba za BiH***,** 1883, 450-476.

22 Imamović, M., *Pravni položaj i unutrašnjo-politički razvitak BiH od 1878-1914.*, Svjetlost, Sarajevo, 1975., 39.

ovog Zakona propisano je da će se na sticanje, prenos, ograničenja i ukidanja prava vlasništva ili drugih stvarnih prava na nepokretnosti, što su upisana u gruntovnici, primjenjivati *propisi Općeg građanskog zakonika*, ukoliko drugačije nije regulirano u samom Gruntovničkom zakonu.[23] Poslije Ankesije dolazi do pojačane težnje za raskidanjem sa ranijom osmanskom pravnom praksom. U tom pogledu djeluje Zemaljska vlada za Bosnu i Hercegovinu koja izdaje preporuku sudovima *„da ne primjenjuje propise Medželle ukoliko su protivni modernom shvaćanju"*, što je stvaralo pravni okvir za pojačanu recepciju OGZ-a.[24]

Austrougarski pravni sistem u BiH ostao je nedograđen, pa je kao i cjelukupna austrougarska uprava imao provizorni karakter, i do kraja ostao nejedinstven i potčinjen, a često i u raskoraku sa društvenim odnosima na koje se morao primjenjivati.[25]

3. Ulazak Bosne i Hercegovine u sastav Kraljevine SHS

U turbulentnim vremenima koja su uslijedila na južnoslavenskim prostorima po okončanju Prvog svjetskog rata, Bosna i Hercegovina, kao formirana hiljadugodišnja historijska cjelina, našla se u jednom prijelaznom vremenu formiranja vlastitog državno-pravnog statusa. Naposlijetku, rezultat tih promjena jeste činjenica da u periodu od tri mjeseca Bosna i Hercegovina, zajedno sa ostalim južnoslavenskim pokrajinama koje su bile pod okriljem Austrougarske monarhije, u tri navrata mijenja svoj državno-pravni okvir:

a) To je bila u ratu poražena Austrougarska monarhija, država koja i pored dostizanja visokog stupnja građanskih sloboda zasigurno nije uspjela na južnoslavenskim prostorima riješi nacionalno pitanje i pronađe mehanizme uprave koji bi zadovoljavali južnoslavenske narode, odnosno njihovu približnu viziju državno-pravnog okvira.

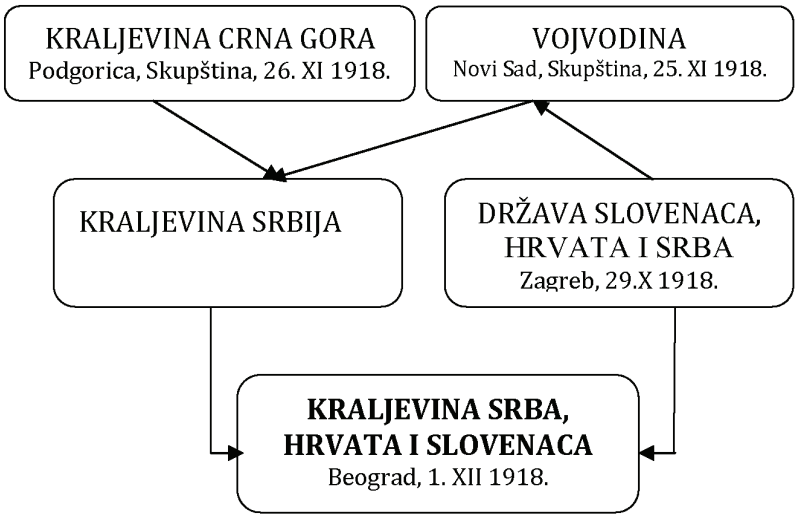
b) Kraj samog rata pružao je mogućnost novog državno-pravnog organizovanja. Naposlijetku, u Zagrebu Narodno vijeće SHS je proglasilo nastanak Države Slovenaca, Hrvata i Srba, 29. oktobra 1918. godine čiji je sastavni dio bila i Bosna i Hercegovinina.

c) Splet okolnosti na unutrašnjo i spoljno-političkom planu uvjetovao je predstavnike Države SHS da 1. decembra 1918. godine uđu u Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca – koja je nastala ujedinjenjem: Kraljevine Srbije (sa Crnom Gorom i Vojvodinom) i Države Slovenaca, Hrvata i Srba (južnoslavenski prostori nekadašnje Austrougarske izuzev Vojvodine).

23 *Zbornik naredaba i zakona za Bosnu i Hercegovinu*, za 1886., br. 19.

24 *Ibidem*

25 Durmišević, E., *Primjena šerijatskog prava*, 107.



sl. 3. Uspostavljanje Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca

Kada je u pitanju pravni razvitak, odnosno pravne prilike u Bosni i Hercegovini u tim vremenima, pa i u cijelom periodu monarhističke Jugoslavije nemožemo se otrgnuti jednom zaključku kojeg je u nauci definirao A. Vajs, a to je da: *„pravo nastalo u ranijoj državi, koja je nestala, evidentno živi duže nego sama država čiji je produkt to pravo"*. Prema njegovom mišljenju *„reagiranje zakonodavca je reagiranje post festum, tako da i u najmodernijim državama može postojati i postoji diskrepancija između brzine društvenog razvitka i tempa u razvoju prava"*.[26]

Takva situacija je i sa monarhističkom Kraljevinom SHS, pa i Kraljevinom Jugoslavijom za čijeg postojanja je moguće govoriti o potpunom kontinuitetu prava u Bosni i Hercegovini sa prethodnim austrougarskim periodom.

4. Međunarodni aspekt zaštite pravnog naslijeđa Bosne i Hercegovine kroz vjersko-pravnu autonomiju bosanskih Muslimana

Austrougarske vlasti tokom cijelog perioda egzistiranja u Bosni i Hercegovini su i pored konstantne normativne aktivnosti zadržale dio osmanskog zakonodavstva. Naravno, da takva situacija je u pravnoj praksi stvarala veoma zamršeno stanje i primjenu raznih partikularnih normi. To stanje brojnih izvora i pravnog nasljeđa nikako nije odgovaralo onima koji su se služili pravom, pri čemu prvenstveno mislimo na sudske i dr. organe.

26 *Albert Vajs, Neke specifične zakonitosti u istorijskom razvoju prava*, Zbornik radova iz pravne istorije posvećen Albertu Vajsu, *Institut za pravnu istoriju na Pravnom fakultetu u Beogradu, Beograd, 1966, 23.*

Naravno ove započete tendencije za kodifikacijom i unifikacijom prava, posebno građanskog, ostaje trajna tendencija monarhističke jugoslavenske države, koja uslijed različitih naslijeđenih historijsko-pravnih cjelina će do kraja svoje egzistencije imati partikularno pravo, pri čemu će Bosna i Hercegovina predstavljati zasebnu cjelinu.

Razloge za zadržavanje ranijeg zakonodavstva svakako treba tražiti i u određenim međunarodnim okolnostima, odnosno mirovnim ugovorima koje je potpisala Kraljevina SHS, tokom 1919. godine. Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina na nju se od mirovnih sporazuma jedino odnosio Senžermenski mirovni ugovor. Tako, *član 204. Sanžarmenskog ugovora*, reguliše njene granice kao historijske cjeline, ali sa aspekta partikularnog zaštićenog vjersko prava od posebnog značaja je član 10. „*Ugovora između glavnih sila savezničkih i udruženih i Države Srba, Hrvata i Slovenaca sa prilozima*" kojim je predviđena „vjersko pravna autonomija bosanskih muslimana" (Bošnjaka) gdje se konstatuje[27]: *Država Srba, Hrvata i Slovenaca pristaje da za Muslimane, u koliko se tiče njihovog* ***porodičnog i ličnog statusa****, donese odredbe koje dopuštaju da se ta pitanja* ***regulišu po muslimanskim običajima****.*

Vlada Srba, Hrvata i Slovenaca preduzeće korake da se naimenuje Reis-ul-Ulema.

Vlada Srba, Hrvata i Slovenaca obavezuje se da ***pruži zaštitu džamijama, grobljima i drugim verskim ustanovama muslimanskim****. Daće se sve potrebne olakšice i dozvole verskim zadužbinama (vakufima) i verskim ili dobrotvornim muslimanskim ustanovama, koje već postoje i Vlada Srba, Hrvata i Slovenaca neće za stvaranje novih verskih i dobrotvornih ustanova uskratiti nijednu od potrebnih olakšica, koje su zagarantovane drugim privatnim ustanovama te vrste.*[28] Navedene odredbe su dijelom preuzete u i Vidovdanski ustav Kraljevine SHS, gdje član 12. Pored ostalog reguliše: *„ujemčava se sloboda vere i savesti. Usvojene veroispovesti ravnopravne su pred zakonom i mogu svoj verozakon javno ispovedati. Uživanje građanskih i političkih prava nezavisno je od ispovedanja vere.*

...

Usvojene i priznate vere mogu održavati veze sa svojim vrhovnim verskim poglavarima i van granica države, u koliko to traže duhovni propisi pojedinih veroispovesti. Način, kako će se te veze održavati, regulisaće se zakonom…". Kada je u pitanju pravna autonomija bosanskih muslimana ona je regulisana članom 109. navedenog (Vidovdanskog) ustava u kojem se kaže da „*U porodičnim i naslednim poslovima Muslimana sude državni šerijatski sudije*".[29]

Navedene norme su podlijegale i pod okrilje *Ugovora o zaštiti manjina* koji je stavljen pod *jemstvo Društva naroda*. Prema odluci Savjeta Društva naroda od 17. oktobra 1920. godine, to jemstvo znači:

---

27 *Ugovor o miru sa Austrijom (Sen Žermenski ugovor)*, zbirka zakona, Izdavačka knjižarnica Gece Kona 1, Beograd, 1927., 293, 300; Ovaj ugovor je 10. maja 1920. godine proglašen Privremenim zakonom.

28 *Ugovor o miru sa Austrijom (Sen Žermenski ugovor)*,300.

29 *Navedeni Član 109. Vidovdanskog ustava kaže: „Sudovi su nezavisni. U izricanju pravde oni ne stoje ni pod kakvom vlašću no sude po zakonima. Sudovi i sudske nadležnosti mogu se ustanoviti samo zakonom. Ali ni u kom slučaju ne mogu se ustanoviti izvanredni sudovi ili komisije za izviđanje. U porodičnim i naslednim poslovima Muslimana sude državni šerijatski sudije".*

a*) prava koja su priznata manjinama ne mogu im se oduzeti ni smanjiti bez pristanka većine Saveta Društva naroda;*

b) Savet je dužan motriti da se ugovor o zaštiti manjina vrši. Savet stupa u akciju, ne samo povodom povreda ugovora koje su se desile, nego i povodom povreda ugovora koje se mogu desiti. Savetu su dopuštene kako represivne tako i preventivne mere. Na povrede ugovora mogu svratiti pažnju, ne samo one države koje su predstavljene u Savetu Društva naroda, nego i one države koje nisu u tome Savetu predstavljene; isto tako na povrede ugovora mogu svratiti pažnju i same zainteresovane manjine...[30]

Samim ovim aktima međunarodnog i domaćeg prava pravni odnosi u Bosni i Hercegovini su zadržali ranije osobenosti u oblasti: *„obiteljskog (starateljskog), ženitbenog i nasljednog prava muslimana"* u Bosni i Hercegovini te da se isti *„prosudjuju se prema šerijtskom pravu"*. No pored toga prosudjuje se u Bosni i Hercegovini prema islamskom pravu općenito i mnogi privatno-pravni odnosi, jer je u tim zemljama i ostaje *„na snazi Otomanski gradjanski zakonik (Medžela)"*. Samim time „šerijatsko pravo" i navedeni osmanski građanski zakonik ostaju kao normativni akti za regulisanje*: porodičnih, bračnih i nasljednih odnosa bosanskih muslimana*.[31]

5. Austrijski građanski zakonik i njegova primjena u Bosni i Hercegovini

Tendencije austrijskih vlasti, pa i kasnijih u monarhističkoj Jugoslaviji imali su jasan cilj, a to je ujednačavanje zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, pri tome jasno potiskujući one norme koje su rezultat pravnog naslijeđa iz osmanskog perioda. Tako su naredbe Zajedničkog ministarstva imale ulogu pravnog osnova za sekundarnu primjenu austrijskog Općeg građanskog zakonika. To svakako potvrđuju i odluke Vrhovnog suda u Sarajevu. U nekoliko odluka suda navode se naredbe Zajedničkog ministarstva kao osnova da se u konkretnom slučaju umjesto domaćeg bosanskohercegovačkog prava primjenjuje rješenje Općeg građanskog zakonika.

To se posebno vidi iz odluka Vrhovnog suda u Sarajevu koje za predmet imaju alimentacione sporove.[32] Austrougarske vlasti su konstantno težile da Medžellu prikažu nepotpunim pravnim kodeksom, koji nije mogao da odgovori potrebama konstantnog razvoja privrednog života. Na taj način, do kraja austrougarske vladavine u Bosni i Hercegovini dolazi do sve značajnije primjene OGZ-a. Do ubrzane transformacije Medžele i sve opštije upotrebe OGZ-a dolazi poslije Naredbe zemaljske vlade za BiH od 27. oktobra 1911. godine *„da ne primjenjuju propise 'Medžela' ukoliko se protive modernom*

30 Jovanović, S., *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Novinsko - izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1995., 540. ...Ali ima ova razlika: samo dostave koje dolaze od država predstavljenih u Savetu Društva naroda mogu otvoriti postupak kod toga tela; ostale dostave imaju samo karakter peticija, čiji je značaj u tome što mogu izazvati jednu državu predstavljenu u Savetu Društva naroda, da ona učini dostavu u svoje ime.

31 Sladović, E., *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 1926., 5.

32 Bečić, M., *Historijska i pravna osnovanost primjene OGZ-a u BiH nakon okupacije 1878. godine*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, broj LIV, Sarajevo, 2011., 73

shvaćanju.“ Na taj način izvršna vlast vrši indirektnu sugestiju sudovima da sve izraženije primjenjuju odredbe OGZ-a.[33]

Naravno tu su i stručnjaci koji su djelovali direktno na terenu, tj. provodili pravne norme. Šta očekvivati drugo, nego kako je to primijetio dr. Ivo Pilar, za osobe kojima je austrijski OGZ *„bio u krvi i mesu“,* misleći na pravnike (činovnike) koji su djelovali u pravosudnim organima u BiH, nego upotrebu OGZ-a. *Dakle, u*mjesto da provjeravaju da li postoji osmanski zakon, da li je primjenjiv, te da li je dovoljan za donošenje presude, sudije su uglavnom direktno primjenjuju rješenja Općeg građanskog zakonika. Tako je od samog početka austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini Opći građanski zakonik bio praktično recepiran. Naravno, stvari na formalnom planu nisu bile baš takve, ali vrijeme je bio faktor koji je praktično i formalno stanje izjednačavao, tako da protekom vremena je sve značajnija primjena OGZ-a u Bosni i Hercegovini. [34] Određenu raspravu među pravnim teoretičarima i praktičarima pred kraj austrougarske uprave izazvala je nedoumica vezana za „novele“ OGZ-a koje su donesene 1914. godine. Dakle, rasprava se odnosila na činjenicu dali su one sastavni dio važećeg bosanskohercegovačkog prava. Na kraju očitovao se svojim Zaključkom Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu 23. aprila 1918. godine u kojem konstatuje da novele ne mogu biti dio pravnog sistema Bosne i Hercegovine.[35]

Primjena Općeg građanskog zakonika u ovim zemljama imat će utjecaja i na sudsku praksu u Bosni i Hercegovini, koja će vremenom prihvatiti austrijski Opći građanski zakonik kao izvor prava.[36] Tako se odredbe OGZ-a u potpunosti primjenjuju kod *„sticanja, prenosa, ograničenja i ukidanja vlasništva ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima*.“[37]

Upravo takvo stanje nametalo je potrebu kodifikacije određenih područja prava. Ta kodifikatorska djelatnost išla je u pravcu izjednačavanja pravnih normi za sve zemaljske podanike u BiH. Dakle, u kodifikatorskim pripremama Pravosudnog odjeljenja zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu, neposredno pred kraj Prvog svjetskog rata, tendencija je bila unifikacija zakonodavstva u pogledu nasljednog i porodičnog prava. Glavne smjernice ovog Nacrta su:

- u nasljednom pravu za nemuslimane ukida se razlika između mulka i mirije; te predviđa da se nasljeđivanje obavlja po odredbama OGZ-a;
- za muslimansko stanovništvo ostaje na snazi šerijatsko zakonodavstvo kod mulkovnog zemljišta, dok se naslijeđivanje mirijske zemlje obavlja na isti način kao i za nemuslimane, odnosno prema odredbama OGZ-a;
- Nacrt, također predviđa poseban način nasljeđivanja kod težačkih porodica;
- kada je u pitanju rješavanje porodičnog prava, navedeni Nacrt predviđa

33 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH, 11.*

34 Pilar, I., *Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechtes,* Festschrijt zur Jahrhundertfeier des Allgerneinen bilrgerlichen Gesetzbuches, Wien, 1911., 701-726.

35 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH,* 9.

36 Bečić, M., *Historijska i pravna osnovanost primjene OGZ-a u BiH*, 69

37 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH, 21.*

izjednačavanje zakonodavstva svakako po uzoru na OGZ, izuzev situacija gdje navedene norme nisu u sukobu sa Šerijatom (za muslimansko stanovništvo).[38]

Upravo navedena tendencija potiskivanja osmanskog zakonodavstva za posljedicu je imala da samo ograničeni broj osmanskih zakona je bio u primjeni u BiH poslije 1918. godine.

U drugim segmentima je u potpunosti došlo do primjene OGZ-a. Tako svoj život pod okriljem Kraljevine SHS u Bosni i Hercegovini nastavlja OGZ kao formalno-pravno supsidijarni izvor prava, ali u praksi svakako dominantan izvor u oblasti građanskog prava.

U slijedećem tekstu navest ćemo one osmanske zakone koji su ostali u primjeni poslije 1918. godine, odnosno koji nisu potisnuti od strane OGZ-a.

- U području stvarnog prava naslijeđeno je u Bosni i Hercegovini (u periodu monarhističkoj južnoslavenske države) osmansko zakonodavstvo, što se ogleda prvenstveno u pogledu vlasništva nad nekretninama. Naime, osmansko zakonodavstvo je poznavalo dvije vrste vlasništva, a to je *mulk* i *mirsijsko* vlasništvo. Mirsijsko vlasništvo je uređivano odredbama Ramazanskog zakona iz 1858. godine, i spadalo je u opseg pravnih propisa *Medželle*.[39] Osmansko zakonodavstvo zadržano je kada su u pitanju nekretnine samo u dijelu koji se odnosi na: pravo prekupa (šufaa), te propisi vezani za zastaru, te tužbe vezane za mulk nepokretnosti i uopšte pokretnosti. [40]

- U oblasti obligacionog prava, gotovo je zanemarljiva upotreba osmanskog zakonodavstva. Dakle, u ovom segmentu uslijed sve značajnijih ekonomskih odnosa čija dinamika nameće potrebu jednog modernog zakonika tako da je ovdje gotovo u potpunosti došlo do potiskivanja osmanskog zakonodavstva koje je svoje mjesto ustupilo OGZ-u. U ovom segmentu održali su se propisi koji se odnose na redovnu zastaru i i pravna djela učinjena u „smrtnoj bolesti“ (*maraz i mefl*).[41]

Postavlja se pitanje šta je sa upotrebom nasljednog i bračnog (ženidbenog) prava za nemuslimanske stanovnike Bosne i Hercegovine. Kada je u pitanju bračno (ženidbeno) pravo ono je se sprovodilo pod okriljem vjerske zajednice kojoj su pripadali supružnici, odnosno svojevrstan produžetak osmanskog millet ustroja u ovom području. Međutim , nedoumica je izraženija kada je u pitanju nasljedno pravo, jer za Muslimane je vrijedilo šerijatsko pravo, a običajno, odnosno vjersko pravo je trebala biti odrednica za regulisanje nasljedno-pravnih običaja pripadnika ostalih vjerskih skupina u Bosni i Hercegovini, mada su vlasti sve više protežirale upotrebu austrijskog

38 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH,31.*

39 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH, 11*

40 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH, 22.; Član 1. Gruntovničkog zakona od 13. septembra 1884. godine glasi: „Prava narav u gruntovnicu upisanih nekretnina i na istima se nalazećih zdanja, stabala i gragjevina, kao i valjanost pravnih posala odnosećih se na iste, prosugjuje se po ustanovama zakona od 7. Ramazana 1274. Naročito vrijedi i na dalje u smislu tog zakona i zakona od 17. Muharema 1284, postojeći nasljedni red u pogledu mirijskih nekretnina, pravo na iskup (pravo na otkup, zakonito pravo na prekup), u koji se broji i u § 3. zakona od 7. Muharema 1293. navedeno pravo na prekup, kao i pravo države na pripadaj, a dalje i pravo na prekup kod mulk-nekretnina (šifa)“; Vidjeti: Zbornik naredaba i zakona za Bosnu i Hercegovinu*, za 1886., broj 19, 60.

41 Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u BiH, 22.;*

zakonodavstva. Međutim, upotreba šerijatskog nasljednog prava bila je izražena i za nemuslimansko stanovništvo (kao običajno pravo) tako da tek Plenarnim rješenjem vrhovnog suda u Sarajevu (broj 216. gr. od 23. aprila 1918. godine) dolazi do potiskivanja utjecaja šerijatskog nasljednog prava kod nemuslimanskih stanovnika Bosne i Hercegovine.[42] Vjersko zakonodavstvo, odnosno običajno pravo *(„ukoliko se mogu ustanoviti")*, imaju prednost nad OGZ-om i u uređenju porodičnih odnosa.[43]

Koliko je otežan rad sudova u nekodificiranom bosanskohercegovačkom pravu govori činjenica da *„u sferi privatnog prava"*, korisnik prava bi trebao da norme sagleda prema sljedećoj hijerarhiji: da sudovi kada se radi o zemljištu (nekretninama) trebaju da poštuju one zakone koji su na snazi. Naravno, na početku uprave Kraljevine SHS tu je bio nezaobilazan set tanzimatskih zakona koji su regulaisali agrarne odnose. Svakako da bi sudija pri samom djelovanju (izricanju mjere) trabao da utvrdi dali u vezi predmeta koji je pod opsegom građanskog prava u konkretnom slučaju da li postoje osmanski zakoni, da li su oni primjenjivani u BiH, odnosno dali je navedena norma, primjenjiva u tom trenutku. I tek naposlijetku to je moguće rješavati upotrebom austrijskog građanskog zakonika.

Međutim, moramo napomenuti da upravo u periodu monarhističke Jugoslavije OGZ dobija izraženiju primjenu na prostoru Bosne i Hercegovine. Za to prema našem mišljenju postoje dva dominantna razloga;

Agrarne reforme, koje je na jedan nezakonit i socijalno-ekonomski neutemeljen način činila izvršna vlast Kraljevine SHS, sa druge strane dovela je do individualizacije vlasništva. Time prestaju da postoji veći broj lica koji imaju određena prava nada nekretninom (zemljištem) kao što su npr. zemljoposjednik i kmet. U ranijem periodu zemljoposjednik je bio upisan u vlasničkom listu (list A), dok u teretovnici je registrovan kmetovski odnos (list C). U takvim okolnostima neminovno dolazi do ranije opterećenosti zemljišnog posjeda i javljaju se preduslovi za izraženiju individualizaciju zemljišta.[44] Drugi razlog leži u činjenici da bez obzira na ogroman antagonizam novih vlasti Kraljevine SHS prema austrougarskoj upravi, i svemu što je u vezi sa njom, sama činjenica da najveći dio stanovništva u različitim formama upotrebljava Opći građanski zakonik (OGZ) kao neposredan pravni izvor, supsidijarni ili recipirani, što je bilo u suprotnosti sa antiaustrijskom politikom koja se vodila od državnog vodstva. Ipak nemogućnost donošenja jedinstvenog građanskog zbornika, uslijed novih ekonomsko-političkih odnosa neminovno su vodili značajnijoj primjeni Općeg građanskog zakona, svakako na račun Medželle.

Međutim, i pored trajne tendencije za unifikacijom normi Zakonodavac u monarhističkoj jugoslavenskoj državi nije moga zaobići pravno naslijeđe Bosne i Hercegovine, naročiti njegovu složenu strukturu kada su u pitanju zemljoknjižni donosi, odnosno razlika između mulka i mirije. Tako u Završnom naređenju, odnosno članu 87. Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, kao pratećeg normativnog akta za – *Zakon o*

42 Zobkow, M., *Primjenjivanje austrijskog Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini,* Zagreb, 1921., 14-19.

43 *Ibidem*, 19.

44 Mutapčić, E., *Agrarna reforma u BiH i njeno zakonodavstvo (1918.-1941.)*, Javna biblioteka "Alija Isaković" Gradačac, 2007., 55. *Vidjeti član 10 i 50 gruntovničkog zakonika; Zbornik naredaba i zakona za Bosnu i Hercegovinu*, za 1886., broj 19, 62,76.

zemljišnim knjigama – oba donesena 18. maja 1930. godine u kojem stoji: „*Na pravnom području sadašnjeg Vrhovnog suda u Sarajevu ostaju na snazi propisi §§ 1 do 11 i 24 Gruntovničkog zakona za Bosnu i Hercegovinu od 13 septembra 1884. Dok na tom području postoje nepokretnine različite pravne prirode (mulk i mirije), može izuzetno od § 3 jedan uložak obuhvatiti dva zemljišnoknjižna tela zasebno za svaku od ovih vrsti zemljišta. Propisi § 24 spomenutog Gruntovničkog zakona shodno će se primenjivati u pogledu upisivanja zemljišta vakufskog svojstva i na drugim pravnim područjima gde postoje takvi ; pravni odnosi. Propisi §§ 75 do 81 shodno će se primenjivati i u slučajevima spomenutim u § 16 Gruntovničkog zakona za Bosnu i Hercegovinu.*“[45]

Samim time, nekodificiranost građanskog prava ostala je trajna odlika ovog pravnog segmenta u monarhističkoj južnoslavenskoj državi.

6. Složenost pravnog sistema u monarhističkoj Jugoslaviji

Iako se pravna harmonizacija nametala kao svojevrsni imperativ, ipak zakonodavac u monarhističkoj Jugoslaviji nije uspio u sferi građanskog prava učiniti neke konkretnije mjere. Razlozi za to prvenstveno leže u činjenici što je u zajedničku državu „*unijet čitav haos u ekonomsko-društvene odnose*“ [46], što je izazivalo dodatni nered u ekonomskom i pravnom prometu. Tako da do kraja egzistiranja monarhističke jugoslavenske države postoji pravni partikularizam pri čemu je teritorij BiH predstavljao zasebno pravno područje. Istovremeno i dalje traje složenost bosanskohercegovačkog prava i u pogledu „izvora“ koji imaju kontinuitet sa minulim vremenom.

U pogledu porodičnih, bračnih i nasljednih odnosa ostaje na snazi vjersko pravo, koje za stanovnike islamske vjeroispovijesti znači primjenu šerijatskog prava, a za kršćansko stanovništvo kanonskog prava. U tom pogledu i Jevreji na području BiH su imali svoju vjersku autonomiju. Spletom okolnosti na području BiH upotrebljavale su se dvije pravne kodifikacije, i to OGZ i *Medžella*, i tako BiH u periodu između dva svjetska rata može se uzeti kao primjer pravnog „dualizma“.

Ovakav pravni sistem mogao bi se označiti kao „pravni sistem sa vjerskom komponentom“ (religijski pravnih sistem), odnosno još preciznije kao „*mješoviti pravni sisteme državne regulative sa primjenom vjerskog prava*.“[47] Treba napomenuti da je cijelu državu odlikovao potpuni pravni partikularizam čiji ishod jeste i egzistiranje *šest pravnih područja*, svako sa svojim vlastitim vrhovnim sudom. Spomenuta „pravna područja“ su rezultat različitog historijskog nasljeđa.[48]

45 *Zakon o zemljišnim knjigama i Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1930.

46 Sućeska, A., *Istorija države i prava naroda SFRJ*, 240-243.

47 Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2006., 15-26.

48 Jurisdikciju nad ovim područjima vršila su četiri vrhovna suda od kojih su dva imala po dva odjeljenja: Kasacioni sud u Beogradu, sa odjeljenjem u Novom Sadu, Stol sedmorice u Zagrebu sa Odjeljenjem A za Hrvatsku i Slavoniju i Odjeljenjem B za Sloveniju i Dalmaciju, Vrhovni sud za BiH u Sarajevu i Veliki sud za Crnu Goru u Podgorici (Imamović, M., *Historija prava i države,* 301-302).

Pri tome, je bosanskohercegovačko pravno područje bilo u nadležnosti *Vrhovnog suda u Sarajevu* u čijem se sastavu nalazio i *Vrhovni šerijatski sud*. Na tom su području važili imovinskopravni propisi iz vremena austrougarske uprave.[49]

Pravni partikularizam i tzv. „pravna područja" Kraljevine SHS

Drugi svjetski rat i raspad Kraljevine Jugoslavije dočekani su bez jedinstvenog građanskog zakonika. Međutim, do izvjesne unifikacije došlo je u području *mjeničnog i čekovnog prava* (1928), *stečaja* (1930), *vanstečajnog pobijanja* (1931), i *materija zemljišnoknjižnog prava* (1930-1931). U oblasti procesnog prava, jedinstveno su uređeni parnični, vanparnični i izvršni postupak.[50] No, ipak konstantno je postojala tendencija za ujednačavanjem i kodifikacijom prava na cijelom području monarhističke Jugoslavije, u tom pogledu vrijedan pomena je i *Prednacrt jedinstvenog građanskog zakonika* iz 1934. godine baziran na odredbama OGZ-a.[51]

Zaključak

Svojim ulaskom u Kraljevinu SHS 1918. godine, Bosna i Hercegovina nastavlja svoj raniji pravni razvoj. Na taj način, u pravnoj praksi ove države nastavlja se tradicija iz austrougarskog perioda, a to je kontinuirano potiskivanje pravne zaostavštine osmanskog perioda i sve izraženije upotrebe Opšteg (Austrijskog) građanskog zakonika. Sa druge strane, državne vlasti kontinuirano teže da izvrše unifikaciju, odnosno kodifikaciju građanskog prava u cilju prevazilaženja pravnog partikularizma. Takve, državne mjere su pokazale nešto više uspjeha jedino na području građanskog procesnog prava.

49 Imamović, M., *Historija prava i države,* 301-302.
50 Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, 171.
51 Stojanović, D., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1976., 57.

Literatura:

- Ajsner, B., *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz Arhiva za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920.;
- *Albert Vajs, Neke specifične zakonitosti u istorijskom razvoju prava*, Zbornik radova iz pravne istorije posvećen Albertu Vajsu, *Institut za pravnu istoriju na Pravnom fakultetu u Beogradu, Beograd, 1966.;*
- Drino, Dž., *Evropski identitet i rimskopravni temelji prava srednjovjekovne Bosne*, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, godina 4, broj 7., Zenica, 2011.;
- Durmišević, E., *Primjena šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u vrijeme austro-ugarske uprave (1878-1918)*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, broj XLVIII, Sarajevo, 2005.,
- Durmišević, E., *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Pravni fakulte Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.;
- Imamović, M., *Historija prava i države Bosne i Hercegovine*, Magistrat, Sarajevo, 2003.;
- Imamović, M., *Pravni položaj i unutrašnjo-politički razvitak BiH od 1878-1914.*, Svjetlost, Sarajevo, 1975.;
- Jovanović, S., *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Novinsko - izdavačka ustanova Službeni list SRJ, Beograd, 1995.;
- Karčić, F., *Komparativna pravna historija,* Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2007.;
- Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.;
- Kicikis, D., *Osmanlijsko carstvo*, Plato, Beograd, 1999.;
- Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2006.;
- Pilar, I., *Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechtes,* Festschrijt zur Jahrhundertfeier des Allgerneinen bilrgerlichen Gesetzbuches, Wien, 1911.
- Sladović, E., *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd, 1926.;
- *Sladović, E., Upravna nauka i upravno pravo Bosne i Hercegovine za šerijatsku sudačku školu, Sarajevo, 1916.;*
- Stojanović, D., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1976.;
- Sućeska, A., *Istorija države i prava naroda SFRJ*, II izdanje, Svjetlost, Sarajevo, 1979.,
- Škaljić, A., *Medželle i ahkjami šerije* (*Otomanski građanski zakonik*), Bos.-herceg. zakoni IV. svezak, Tisak i naklada Daniela A. Kajona Sarajevu 1906.;
- *Ugovor o miru sa Austrijom (Sen Žermenski ugovor)*, zbirka zakona, Izdavačka knjižarnica Gece Kona 1, Beograd, 1927.;

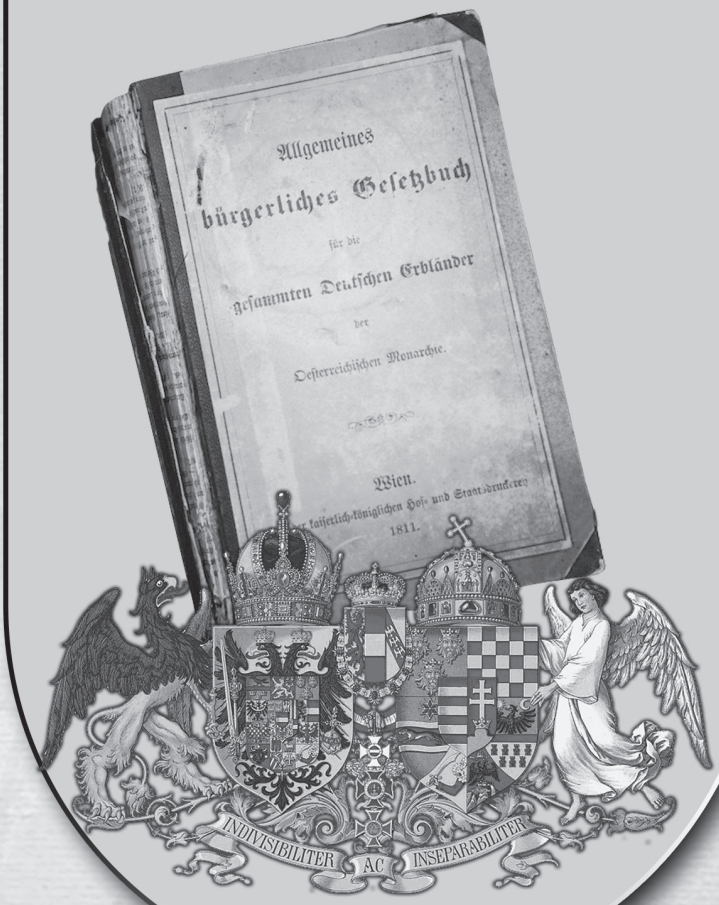
- *Zakon o zemljišnim knjigama i Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga*, Izdavačka knižarnica Gece Kona, Beograd, 1930.
- *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, 1878-1880., svezak I i II, **1883** , 1886
- Zobkow, M., *Primjenjivanje austrijskog Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini, Zagreb, 1921.*;
- Mehmed Bečić, M., *Historijska i pravna osnovanost primjene OGZ-a u BiH nakon okupacije 1878. godine,* Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, *LIV, Sarajevo, 2011.;*

Edin Mutapčić

Miro Gardaš

Ivan Balta

UTJECAJ AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA NA MODERNO ZAKONODAVSTVO



UNIVERZITET U TUZLI
Pravni fakultet

SVEUČILIŠTE JOSIPA JURJA STROSSMAYERA U OSIJEKU
Pravni fakultet

Sa skupa

Učesnici skupa u centru Grada

Dr. sc. Anita Duraković, docent
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

UREĐENJE RODITELJSKOG STARANJA U ABGB-U, UZ OSVRT NA ODLUKU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETU SPORER PROTIV AUSTRIJE OD 3. 2. 2011. GODINE (APPL. 3537/02)

Apstrakt:

In this paper, the author analyses the existing regulation of perental custody in Austrian law. The paper particularly refers to the decision of the European Court of Human Rights in the case Sporer v. Austria from February 3rd 2011, which declares that the current legal regulation in Austria discriminates against the father of a child born out of wedlock, and that it is neccesary to amend these provisions. In 2009 the activities were initiated to change the existing legislative solutions. The result of these activities is The Draft Law on Children - the 2012 Amendments (Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2012). The focus of this reform was the legislative modification of perental custody and visiting rights, with an emphasis on establishing a balance between the interest of the mothers and the fathers, and favoring the best interest of the child as a supreme criterion in the regulation of relations between parents and children. The proposed solutions are, on one side, justified by the fact that the existing regulastions are disputable from the constitutional aspect – contrary to Art. 14 in conjunction with Art. 8 of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms. On the other side, amending of these provisions is indeed desireable considering the abovementioned criteria - the best interest and welfare of the child.

Keywords: Parental custody, the decision of the European Court of Human Rights, discrimination against the father of a child born out of wedlock, the best interest of the child.

1. Uvod

Posljednje dvije godine u Austriji intenzivno se diskutira o potrebi izmjena odredaba ABGB-a kojima se uređuje roditeljsko staranje.[1] Navode se dva osnovna razloga koja su potaknula ovu diskusiju i, u konačnici, dovela do osnivanja Radne grupe za porodično pravo – roditeljsko staranje i pravo posjete čiji je zadatak bio da predloži određene izmjene zakonodavnih rješenja. Prvi razlog odnosi se na porast broj djece čiji su roditelji razvedeni, odnosno djece

1 U Beču je održana parlamentarna anketa i diskusija na temu „Konflikt konstruktiv begegnen – aktuell Herausforderung im Familienrecht (Obsorge und Unterhalt)“. Pogledati: http://justiz.gv.at/internt/html/default/2c94848525f84a63012c173a7bdb239b.de.html (15. 11. 2011.)

koja su rođena van braka. Prema izvještajima Ministarstva pravde, godišnje je 20.000 djece pogođeno razvodom braka, od toga je 15.000 maloljetnika.[2] Od 77.814 djece rođene u Austriji u 2010. godini, njih 40% rođeno je van braka – najveći je postotak vanbračne djece u Kärtneru, čak 53,5%.[3] Drugi razlog vezan je za odluku Europskog suda za ljudska prava u predmetu Zaunegger protiv Njemačke iz 2009. godine,[4] kojom je utvrđeno da postojeća pravna situacija u Njemačkoj diskriminira oca vanbračnog djeteta, jer propisuje da roditeljsko staranje vanbračnog djeteta automatski pripada majci, te bez njena odobrenja ne može biti dodijeljeno ocu. Nekoliko mjeseci kasnije, tačnije 21. 7. 2010. godine[5] oglasio se i njemački Savezni ustavni sud, navodeći da zakonodavna rješenja njemačkog prava § 1626a st.1. br. 1.[6] i § 1672 st. 1.[7] BGB-a nisu u skladu s njemačkim ustavnim odredbama, čl. 6. st. 2. GG – Grundgesetz.[8] Ustavni sud naložio je ostalim sudovima koji odlučuju u predmetima roditeljskog staranja da, do stupanja na snagu novih odredaba, primjenjuju dotadašnja pravila u mjeri u kojoj odgovaraju ustavnopravnim zahtjevima.[9]

To praktično znači da će sud moći povjeriti roditeljsko staranje ocu vanbračnog djeteta i to bez saglasnosti majke, ako su ispunjeni drugi zakonom

---

2 Aktuelle Gesetzlage zur Obsorge, SPÖ – Frauen Kärtner, http://frauen.kaertner.spoe.at/deaf-ault.aspx?SIid=478&LAid=1&ARid=4316 (15. 11. 2011.)

3 Ibid.

4 Presuda Europskog suda za ljudska prava u predmetu Zaunegger protiv Njemačke od 3. 12. 2009, (Appl. 22028/04), Fam RZ 2010, str. 103, 107, 108.

5 BVerG, Beschluss v. 21. 7. 2010, *FamRZ*, 2010, str. 1403.

6 § 1626a st. 1 br. 1: „Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie 1. Erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen - Sorgeerklärung." („Ako roditelji djeteta u vrijeme rođenja djeteta nisu u braku, roditeljsko staranje može biti zajedničko ako se roditelji 1. sporazume o zajedničkom staranju – izjava o zajedničkom staranju"), http://www.dejure.org/gesetz/BGB/1626a.html (11. 2. 2012.).

7 § 1672 st.1:„Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die eltetrliche Sorge nach §1626a Abs.2 der Mutter zu, so kann der Vather mit Zustimmung der Mutter beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der eltetrlichen Sorge allein übertregt. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient." (Ako roditelji ne žive samo privremeno odvojeno i, ako je roditeljsko staranje, prema čl. 1626. st. 2, povjereno majci, otac može uz odobrelje majke tražiti da porodični sud njemu dodijeli roditeljsko staranje ili dio roditeljskog staranja. Zahtijev će biti odobren, ako je to u interesu djeteta"), http://www.dejure.org/gesetz/BGB/1672.html (11. 2. 2012.).

8 Čl. 6. st. 2. GG: „Pflegen und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht des Eltern und die zuvörderst ihnen obligende Pflicht." („Njega i odgoj djece prirodna su prava roditelja i njihova prva obaveza.") http://www.dejure/gesetz/GG/6.html (11. 1. 2012.).

9 Konkretni zahtjevi njemačkog Saveznog ustavnog suda odnose se na sljedeće: § 1626a BGB do stupanja na snagu novih pravila primjenjuje se tako da će „porodični sud dodijeliti zajedničko roditeljsko staranje roditeljima na zahtjev jednog od njih, ako je za očekivanje da je to u najboljem interesu djeteta"; § 1672 BGB do stupanja na snagu novih odredaba primjenjuje se tako da će „porodični sud ocu dodijeliti roditeljsko staranje na zahtjev jednog od roditelja, ako utvrdi da zajedničko staranje nije moguće i da je to u najboljem interesu djeteta". Dakle, prvo će se razmatrati mogućnost povjeravanja zajedničkog staranja roditeljima. Pojedinačno staranje oca moguće je i bez saglasnosti majke samo ako se utvrdi da je to u najboljem interesu djeteta. P. Hubert, L. Möll, *Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern*, *FamRZ*, 2011, str. 765, 768, http://www.lexetius.com/2010,2368 (6.1.2012.);http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr042009.html (6.1.2012.)

propisani uvjeti.[10]

Relativno brzo i Austrija se našla u sličnoj situaciji kao i Njemačka, ponajprije zbog toga što su njena pravila kojima se uređuje roditeljsko staranje vrlo slična onim njemačkim. Europski sud za ljudska prava odlukom u slučaju Sporer protiv Austrije od 3. 2 . 2011. godine[11] zauzeo je stanovište da su pravila ABGB-a, kojim se uređuje roditeljsko staranje djeteta rođenog van braka, u suprotnosti sa Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Ovakva odluka u Austriji je bila očekivana. Štaviše, ona je dočekana kao potvrda planova kojima se, kroz izmjenu postojeće zakonodavne regulative, žele ojačati prava djece i naglasiti važnost odgovornosti roditelja.[12]

Pravila kojima se uređuje roditeljsko staranje u posljednjem desetljeću bila su izložena temeljitim promjena. Rad prati razvoj ovih pravila ABGB-a od uvođenja zajedničkog staranja Zakonom o djeci – Izmjenama zakona 2001. godine (Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2001 - KindRÄG 2001)[13] do izmjena predloženih Nacrtom Zakona o djeci – Izmjene zakona 2012. godine (Entwurf Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2012 - KindRÄG 2012).[14] Poseban osvrt učinjen je na odluku Europskog suda za ljudska prava u slučaju Sporer protiv Austrije od 3. 2. 2011. godine koja obavezuje Austriju na izmjenu svojih zakonodavnih rješenja kojima je uređeno roditeljsko staranje.

2. Uređenje roditeljskog staranje u ABGB-u – postojeća zakonodavna regulativa

Roditeljsko staranje u austrijskom pravu podrazumijeva cjelokupnost obaveza i prava roditelja prema maloljetnom djetetu, a obuhvata odgoj i obrazovanje, zakonsko zastupanje i zaštitu imovinskih interesa.[15] Zakonom su

10 OLG u više sličnih slučajeva, odlučujući o zahtjevu za povjeravanje roditeljskog staranja ocu, prvo je ispitivao mogućnost povjeravanja zajedničkog staranja roditeljima. Ako za to nisu ispunjeni uvjeti, sud je provjeravao da li će pojedinačno staranje oca biti u najboljem interesu djeteta. Hubert, P., Möll, L., op. cit., str. 769.

11 EGMR Sporer gegen Österreich, EGMR U 3.2.2011., Ausschluss einer gerichtlichen Einzelfallprüfung der Sorgerechtsregelung diskriminiert Vater eines unehelichen Kindes, http://www.freshdads.com/sites/default/fiels/Chamber%20judgmant%20Sporer%20v.%20Austria%20Gernam%20version2003.02.11pdf (15. 11. 2011.); Obsorgeregelung für Vater unehelichen Kinder – Art 14 iVm. Ar.t 8 EMRK, Urteil vom 3.2.2011, Sprer gegen Österreich, APPL 35637/03 http://bka.gv.at/DocView.axd?Cobld=44287 (15. 11. 2011.).

12 Ledige Väter diskriminert: EGMR – Urteil gegen Österreich, http://diepresse.com/home/bildung/erziehung/631067/Lediege-Veater-diskriminiert_EGMR-Urteil (16. 11. 2011.).

13 Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2001, BGLB. I 135/2000, stupio na snagu 1. 3. 2001. godine.

14 Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2012., http://justiz.gv.at/interner/file/2c94848525f84a63012e4e19bdce3931.de.0/entwurf+kinder%C3%A4g+2012.pdf (15. 11. 2011.)

15 § 137. ABGB: (1) „Die Eltern haben für die Erziehung ihre minderjährigen Kinder zu sorgen und überhaupt ihr Wohl zu fördern". („Roditelji se trebaju brinuti o odgoju maloljetne djece i općenito raditi na ostvarivanju njihove dobrobiti"). § 144. ABGB: „Die Eltern haben das minderjährige Kind zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es in diesen sowie allen anderen Angelegenheiten zu vertreten; Pflege und Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfassen auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereich". (Roditelji su zaduženi za

predviđene dvije vrste roditeljskog staranja: zajedničko roditeljsko staranje i pojedinačno staranje jednog roditelja. Mogućnost da roditelji i nakon prestanka braka mogu zajednički ostvarivati roditeljsko staranje uvedena je Zakonom o djeci – Izmjenama zakona 2001. godine. Dotada je postojala mogućnost samo pojedinačnog staranja u slučaju prestanka braka. Uvođenjem zajedničkog staranja želio se održati postojeći odnos roditelja i djece u situaciji kada je došlo do promjena u bračnim odnosima, uzimajući u obzir činjenicu da roditeljsko staranje ne prestaje prestankom braka. Zajedničko staranje ne znači da se oba roditelja svakodnevno zajednički fizički brinu o djetetu. Fizička briga pripada samo jednom roditelju – onome s kojim dijete živi. Zajedničko ostaje samo zakonsko, pravno staranje, a ono obuhvata odlučivanje o svim bitnim pitanjima vezanim za dijete – odgoj, obrazovanje, zastupanje, imovinskopravna pitanja itd.[16]

Zakonodavac je uveo još neke izmjene: umjesto izraza „Vormundschaft" – staranje – uvodi se termin „Obsorge" – briga, skrb, čime se težište stavlja na odgovornost roditelja i na najbolji interes djeteta.[17] Upravo je najbolji interes djeteta najvažniji princip i odlučujući kriterij pri reguliranju odnosa roditelja i djece.[18] Termin „Obsorge" obuhvata ovlasti roditelja koje se više ne promatraju kao prava roditelja već kao zadaci i obaveze roditelja. Pored toga, ojačava se uloga roditelja kojem nije dodijeljeno roditeljsko staranje: pravo posjete – „Besuchsrecht" normira se i kao pravo djeteta, osigurava se kontinuitet u ostvarivanju prava na informacije – „Informationsrecht" i prava na izražavanje stava i mišljenja u vezi s načinom ostvarivanja roditeljskog staranja drugog roditelja – „Äusserungsrecht".

Navedene zakonodavne izmjene u oblasti uređenja roditeljskog staranja rezultat su novog pristupa u reguliranju odnosa roditelja i djece proklamiranog Konvencijom o pravima djeteta.[19] Težište je stavljeno na odgovornost i dužnost roditelja prema djeci, dok su njihova prava prema djetetu ograničena i priznata samo radi osiguranja bolje i potpunije zaštite interesa djeteta. Dijete je u centru porodičnog života i svi odnosi u porodici trebaju biti uređeni tako da se osigura ostvarivanje njegova najboljeg interesa.

Prema ABGB-u roditelji bračnog djeteta i majka vanbračnog djeteta odgovorni su za očuvanje dobrobiti djeteta. To su one osobe kojima je zakonski povjereno roditeljsko staranje.

---

njegu i odgoj maloljetnog djeteta, upravljanje njegovom imovinom i zastupanje u ovim i svim drugim situacijama; njega i odgoj, kao i upravljanje imovinom, obuhvata, također, zakonsko zastupanje u ovim oblastima) http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm (15. 11. 2011.).

16 Zajedničko roditeljsko staranje obuhvata dvije komponente: zajedničko pravno, zakonsko staranje i fizičko, faktičko zajedničko staranje. Da bi postojalo zajedničko staranje, dovoljno je, prema mišljenju većine autora, da je pravno staranje zajedničko, dok zajedničko fizičko staranje nije nužan uvjet. G. Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, Novi Sad, 2009, str. 311.

17 Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2001.

18 Više o tome u: U. Novaković, „N*ajbolji interes djeteta – zajedničko vršenje roditeljskog prava"*, *Pravni život*, br. 10/2011.

19 Više o tome u: S. Bubić, N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007, str. 145 i dalje.

2.1. Uređenje roditeljskog staranje o bračnoj djeci

Roditelji bračnog djeteta, bez dodatnih uvjeta, sporazumno i ravnopravno učestvuju u ostvarivanju roditeljskog staranja – čl. 144. ABGB-a. Zajedničko staranje ostaje i nakon razvoda, poništenja ili utvrđenja braka nepostojećim, pod uvjetom da roditelji postignu sporazum o tome kod kojeg će roditelja dijete živjeti – čl. 177. st. 1. i 2. ABGB-a. Sporazum mora biti odobren od strane suda – čl. 177. st. 3. ABGB, a sud kao osnovni kriterij pri donošenju odluke uzima najbolji interes djeteta.[20] Bez ovoga sporazuma zajedničko staranje o djetetu nakon prestanka braka nije moguće. Ako se roditelji nakon prestanka braka, u primjerenom roku, ne uspiju sporazumjeti, ili taj sporazum ne odgovara najboljem interesu djeteta, sud će odlučiti kojem će roditelju biti povjereno roditeljsko staranja – čl. 177a st. 1. ABGB-a. Sud, dakle, donosi odluku o pojedinačnom staranju jednog roditelja. Sporazumno, zajedničkog roditeljskog staranja može biti, na zahtjev jednog bračnog partnera, ukinuto i sud tada donosi odluku o povjeravanju roditeljskog staranja samo jednom roditelju – čl. 177a st. 2. ABGB-a.[21]

Zanimljivo je da zahtjev za ukidanje zajedničkog staranja uopće ne mora biti obrazložen, a sud će na osnovu zahtjeva zajedničko staranje zamijeniti pojedinačnim čak i ako bi održavanje zajedničkog staranja bilo najbolje rješenje s obzirom na najbolji interes djeteta, ili ako bi samo dijete željelo da se roditelji zajednički staraju o njemu.[22] Prilikom donošenja odluke o pojedinačnom staranju sud će cijeniti koji je od roditelja sposobniji za ostvarivanje pojedinačnog staranja, a ako utvrdi da su oba roditelja jednako pogodna, kao odlučujući kriterij uzet će se kontinuitet u ostvarivanju brige – „Betreuungskontinuität".[23] Pojedinačno roditeljsko staranje bit će, u pravilu, dodijeljeno roditelju koji se o djetetu brinuo u većoj mjeri, odnosno kontinuirano. Prava drugog roditelja, roditelja koji ne ostvaruje roditeljsko staranje, ograničena su na pravo posjete – „Besuhrecht", pravo na informiranje o svom važnim pitanjima koje se tiču djeteta – „Informationsrecht", te pravo na izražavanje stava i mišljenja u vezi s načinom ostvarivanja roditeljskog staranja drugog roditelja – „Äusserungsrecht". Dakle, drugi roditelj ima mogućnost da na osnovu dobivenih informacija kontrolira ostvarivanje roditeljskog staranja, te intervenira i spriječi roditelja koji ostvaruje roditeljsko staranje da ugrozi i povrijedi prava i interese djeteta.

---

20 Interes djeteta nije uvijek adekvatno zaštićen od roditelja. Iako imaju, u pravilu, najbolje namjere, roditelji često vlastite interese stavljaju ispred djetetovih. Upravo je zbog toga njihova sloboda ugovaranja ograničena i sudu je dano da sporazum cijeni kroz prizmu najboljeg interesa djeteta i shodno tome donese odluku o zajedničkom ili pojedinačnom staranju.

21 ABGB koristi se izrazom „Aufhebung gemeinsame Obsorge", što u prijevodu znači „ukidanje zajedničkog staranja". To, ustvari, znači preinaku odluke suda o zajedničkom staranju u odluku o pojedinačnom stranju.

22 Prema stanovištu višeg suda (OGH), mogućnost održavanja zajedničkog staranja protiv volje jednog roditelja je isključena, Obsorge Regelung in Österreich, http://www.diestandard.at/129721628535/Hintergrund-Obsorge-Regelung-in-Oeastrreich (15. 11. 2011.); Aktuelle Gesetzlage zur Obsorge, SPÖ – Frauen Kärtner, str. 2. http://www.frauen.kaertner.spoe.at/deafault.aspx?SIid=478&LAid=1&ARid=4316 (15. 11. 2011.)

23 Ibid.

2.2. Uređenje roditeljskog staranje o vanbračnoj djeci

Majci vanbračnog djeteta ex lege automatski pripada pojedinačno roditeljsko staranje – čl. 166. ABGB-a. Ova prednost majke prilikom povjeravanja roditeljskog staranja vanbračnog djeteta uvedena je tek Zakonom o djeci – Izmjene zakona 1989. godine (Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 1989).[24] Dotada su majci vanbračnog djeteta bili povjereni njega i odgoj djeteta, dok je upravljanje imovinom i zastupanje bilo u nadležnosti okružnog upravnog tijela („Bezirksverwaltungsbehörde"). Radilo se o tzv. „Amtsvermundschaft" – skrbništvu od strane državnih tijela. Ovim izmjenama zakona dana je određena mogućnost i ocu vanbračnog djeteta za povjeravanje roditeljskog staranja: na temelju zajedničkog zahtjeva roditelja sud je mogao donijeti odluku kojom staranje povjerava i majci i ocu, ako roditelji s djetetom trajno žive u zajedničkom domaćinstvu i ako time nije ugrožen interes djeteta – čl. 167 ABGB-a – KindRÄG 1989. Zakonom o djeci – Izmjenama zakona 2001. godine izvršene su manje izmjene navedene odredbe i uvedena je mogućnost ostvarivanja zajedničkog staranja u situaciji kada roditelji vanbračnog djeteta ne žive u zajedničkom domaćinstvu. Izmjene čl. 167 AGBG-a odnosile su se na sljedeće: dovoljno je da roditelji žive u zajedničkom domaćinstvu, dakle ne zahtijeva se da roditelji s djetetom trajno žive u zajedničkom domaćinstvu; umjesto zajedničkog zahtjeva roditelja traži se od strane suda odobreni sporazum roditelja; sud će odrediti zajedničko staranje ako to odgovara najboljem interesu djeteta, a ne više ako time interes djeteta nije ugrožen – čl. 167. st. 1. ABGB-a. U slučaju trajnog prekida vanbračne zajednice, analogno se primjenjuju odredbe koje se primjenjuju u slučaju prestanka braka, čl. 177. i čl. 177a ABGB-a. Roditelji vanbračnog djeteta koji ne žive u zajedničkom domaćinstvu mogu se sporazumjeti da u budućnosti ocu u potpunosti ili u određenim situacijama bude povjereno roditeljsko staranje, ali pod uvjetom da su roditelji dostavili sudu sporazum o tome kod kojeg će roditelja dijete uglavnom boraviti – boravište djeteta („hauptsächlichen Aufenthalt") – čl. 167. st. 2. reč. 1. ABGB-a. Ako su se roditelji vanbračnog djeteta sporazumjeli da će dijete uglavnom boraviti kod oca, onda će ocu (jednako kao majci, ako dijete živi kod nje) biti povjereno u potpunosti ostvarivanje roditeljskog staranja – čl. 167. st. 2. reč. 2. ABGB-a. Sud će odobriti sporazum ako on odgovara najboljem interesu djeteta.

Dakle, učestvovanje oca u ostvarivanju roditeljskog staranja zakon omogućuje samo ako je majka s tim saglasna. To vrijedi kako u situaciju kada roditelji žive u zajedničkom domaćinstvu, tako i u situaciji kada roditelji ne žive zajedno. Roditeljsko staranje oca uvijek mora biti dogovoreno. Ukoliko majka nije spremna na dogovor u vezi s roditeljskim staranjem, otac je isključen, čak i u situacijama kada je to u najboljem interesu djeteta.

Ovakvo zakonsko rješenje može dovesti do toga da majka vanbračnog djeteta, čak i u situaciji kada živi u zajedničkom domaćinstvu s ocem, ne pristane na zajedničko staranje zbog bojazni da može, u slučaju prekida vanbračne zajednice, izgubiti roditeljsko staranje. Ostane li samo ona nosilac roditeljskog staranja, otac, u slučaju prekida, nema nikakve šanse da mu se povjeri roditeljsko staranje, izuzev ako postoji neki od razloga za oduzimanje

24 Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 1989, BGBl 1989/162.

roditeljskog staranja majci, prema čl. 176. ABGB-a. U suprotnom, ako majka da svoj pristanak za zajedničko staranje, pozicija oca znatno je poboljšana u slučaju prekida vanbračne zajednice.[25] Tada se, kao što je već naprijed rečeno, analogno primjenjuju odredbe koje se odnose na prestanak braka. Početne pozicije oca i majke tada su jednake, što znači da sud, ukoliko se otac i majka nisu sporazumjeli o tome kod kojeg će roditelja dijete uglavnom boraviti, ili kojem će roditelju biti povjereno pojedinačno roditeljsko staranje, samostalno odlučuje kojem će roditelju u budućnosti povjeriti roditeljsko staranje.

3. Odluku Europskog suda za ljudska prava u predmetu Sporer protiv Austrije od 3. 2. 2011. godine (Appl. 3537/03)

Europski sud za ljudska prava (u daljem tekstu Sud) dana 3. 2. 2011. godine jednoglasno je odlučio da je došlo do povrede čl. 14. (Zabrana diskriminacije) u vezi s čl. 8. (Pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života) Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu Konvencije). Sud je našao da postojeće pravno uređenje u Austriji diskriminira oca vanbračnog djeteta jer onemogućava sud da provjeri podobnost oca kao nosioca roditeljskog staranja bez suglasnosti majke. § 166. ABGB izlazi, prema odluci, van okvira zadatog cilja – zaštita dobrobiti i interesa vanbračne (jednako kao i bračne) djece i kao takva je neodrživa. § 166. ABGB u suprotnosti je sa spomenutim odredbama Konvencije i nužna je njegova izmjena. S obzirom da Konvencija u Austriji ima snagu ustavnopravnog izvora, možemo zaključiti da je ova odredba AGBG-a proturječna samom austrijskom Ustavu.

3.1. Činjenično stanje

Podnositelj tužbe, Gerald Sporer, austrijski je državljanin (rođ. 1976). U maja 2000. godine dobio je sina. S majkom sina nije bio u braku niti su živjeli zajedno – nisu imali zajedničko domaćinstvo. Do januara 2002. godine živjeli su u istoj zgradi, ali u različitim stanovima. Gosp. Sporer živio je u stanu sa svojom vanbračnom ženom i njihovim zajedničkim djetetom. U ovom periodu gosp. Sporer i majka njegova sina zajednički su se brinuli o djetetu – naizmjenice su uzeli roditeljski dopust. Nakon što su se majka i dijete iselili iz zgrade 2002. godine, gosp. Sporer podnio je tužbu sudu kojom je zahtijevao da mu se dodijeli pojedinačno staranje o djetetu, navodeći da majka djeteta nije u stanju da se sama brine o djetetu. Majka se usprotivila ovom zahtjevu, a Ured za mlade – Jugendamt zauzeo je stanovište da su oba roditelja u stanju da se brinu o djetetu. Na usmenom saslušanju kod suda stranke su se dogovorile da sin do okončanja postupka sa svakim roditeljem provodi pola sedmice. U toku postupka saslušana su tri stručnjaka dječije psihologije. Prvi je pozvan na

25 S. Ferrari, *„Obsorge für uneheliche Kinder – zur Notwendigkeit einer gesetzlicen Neugestaltung“*, Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II, FS für Willibald Posch zum 65. Geburtstag, hrgs: T. Borić, B. Lurger, P. Schwarzenegger, U. Terlitzu, Beč, 2011, str. 150.

zahtjev gosp. Sporera i on je utvrdio da je majka djeteta nezrela i da se nije u stanju brinuti o djetetu. Drugi je pozvan od strane suda i njegovo stanovište bilo je suprotno prvom. Treći stručnjak, čije je izviješće bilo konačno, smatrao je da interes djeteta nije ugrožen ako ono živi s majkom. Gosp. Sporer nije iskoristio mogućnost dostavljanja pismenog mišljenja, ali je zahtijevao raspravu u vezi s posljednjim i konačnim izviješćem na sljedećem ročištu. Sud je 2002. godine odbacio zahtjev gosp. Sporera kojim se traži dodjela pojedinačnog staranja o sinu bez zakazivanja dodatnog ročišta, i pozvao se na čl. 166. ABGB-a prema kojem majci vanbračnog djeteta automatski pripada pojedinačno roditeljsko staranje, izuzev ako je time ugrožen najbolji interes djeteta. Ova odluka prvostepenog suda potvrđena je i od strane viših sudova. Majci djeteta i dalje pripada pojedinačno staranje o djetetu, dok gosp. Sporer ima pravo posjete kao i ostala prava koja mu zakonom pripadaju na način određen sudskom odlukom.

Dana 12. novembra 2003. godine gosp. Sporer podnio je tužbu sudu u kojoj je naveo da je došlo do povrede čl. 14. (Zabrana diskriminacije) u vezi s čl. 8. Konvencije (Pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života) jer smatra da ABGB diskriminira njega kao oca vanbračnog djeteta s jedne strane, u odnosu na majku, kojoj po zakonu pripada pojedinačno staranje i bez čije suglasnosti sud ne može donijeti odluku o ostvarivanje zajedničkog staranja s druge strane, u odnosu na oženjene i razvedene očeve koji nakon prestanka braka mogu zadržati zajedničko staranje. U ovim slučajevima pojedinačno staranje može biti dodijeljeno bili jednom bilo drugom roditelju, ako se time ostvaruje najbolji interes djeteta. Rastanu li se roditelji vanbračnog djeteta, a majka je ostvarivala pojedinačno staranje, staranje može biti prebačeno ocu samo ako se utvrdi da majka ugrožava interes djeteta. Također, smatrao je da je povrijeđen čl. 6.1. Konvencije (Pravo na pravično suđenje), jer mu sud nije dao mogućnost da se na usmenom ročištu izjasni o trećem i konačnom izviješću dječijeg psihologa.

3.2. Odluka suda

Čl. 14. Konvencije predstavlja opću odredbu o zabrani diskriminacije. Međutim, on nije usmjeren protiv diskriminacije općenito, već samo protiv diskriminacije u odnosu na prava i slobode koje su garantirane Konvencijom.[26] To znači da se na ovu odredbu može pozivati samo ukoliko postaje dokazi da su neka od prava i sloboda Konvencije prekršena. Konkretno činjenično stanje, dakle, mora potpadati pod područje zaštite najmanje jednog pravila Konvencije. U slučaju Sporer sud je uspostavio vezu s čl. 8. Konvencije kojom se štiti pravo na privatni i porodični život. Sud je prvo trebao odgovoriti na pitanje da li veza gosp. Sporera s njegovim sinom predstavlja porodični život u smislu čl. 8. Konvencije. Prema ranije zauzetom stavu suda, pojam „porodica" ne može biti ograničen samo na bračnu vezu i može obuhvaćati i druge, de facto, porodične veze, gdje strane žive zajedno izvan braka. Dijete rođeno u ovakvoj vezi dio je te porodice od trenutka njegova rođenja.[27] Da li između oca

26 Predst. 8410/78, X v. Njemačka, D&R 18 (1980), str. 216; u: P. van Dijk, G.J.H. van Hoof et al., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001., 671.

27 Presuda Europskog suda za ljudska prava u predmetu Keegen protiv Irske od 26. 5. 1994. godine (Serija A, br. 290, , str. 17, , st. 21.*), Izvod iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava*, br. 1, Sarajevo 2001, str. 910.

i djeteta postoji porodična veza, zavisi od svih okolnosti konkretnog slučaja. U predmetu Sporer sud je smatrao, što je i među samim strankama bilo nesporno, da veza gosp. Sporera sa njegovim sinom predstavlja porodični život u smislu čl. 8. Konvencije. Gosp. Sporer redovno se brinuo o sinu, čak je uzeo i porodiljski dopust.

Sud je nadalje razmatrao pitanja u vezi sa samim postupkom u kojem se odlučivalo o dodjeli roditeljskog staranja. Našao je da sud u Austriju nije ni mogao razmatrati pitanje da li bi zajedničko staranje bilo u interesu djeteta, jer je za sudsku provjeru ovoga pitanja, prema ABGB-u, nužna suglasnost majke. Majka ovu saglasnost nije dala. Sud, također, nije mogao odlučivati o tome koji od roditelja će potpunije ostvarivati roditeljsko staranje. Sud je mogao samo procijeniti da li majka ugrožava interes djeteta, a prema trećem i odlučujućem izviješću stručnjaka, utvrđeno je da to nije slučaj. S obzirom na postojeći pravnu situaciju, austrijski sud mogao je samo donijeti odluku koju je i donio – odbaciti zahtjev Gosp. Sporera za povjeravanje roditeljskog staranja.

Shodno svemu navedenom, sud je odlučio, kao što je odlučio i u slučaju Zaunegger protiv Njemačke iz 2009. godine, da je došlo povrede čl. 14. u vezi s čl. 8. Konvencije. Sud je smatrao da odredba kojom majka vanbračnog djeteta automatski dobiva roditeljsko staranje nije u suprotnosti s Konvencijom, jer je na ovaj način određena osoba koja je pravo vezana za novorođenče. Međutim, zadržavanje pojedinačnog staranja majke nije u svim slučajevima opravdano – to bi značilo da zajedničko staranje protiv volje majke ugrožava interes djeteta. U europskim državama pitanje povjeravanja roditeljskog staranja uređeno je na različite načine, ali u većini njih odlučujući kriterij jeste najbolji interes djeteta. Austrijsko pravo, međutim, u ovom slučaju nije predvidjelo mogućnost da sud provjeri da li bi određivanje zajedničkog staranja bilo u najboljem interesu djeteta, odnosno ako to nije slučaj, da pojedinačno staranje dodijeli jednom ili drugom roditelju. Austrijska vlada nije podnijela dovoljno dokaza zašto podnosilac tužbe, gosp. Sporer, koji je od samog početka ozbiljno shvatio ulogu oca, ima manje mogućnosti da se sudski provjeri on kao nosilac roditeljskog staranja, od očeva koji su zajedno s majkom ostvarivali zajedničko roditeljsko staranje ali su se kasnije rastali ili razveli od majke djeteta.

Sud je, dalje, smatrao da nije došlo do povrede čl. 6.1. Konvencije, jer je održan potreban broj ročišta na kojima je austrijski sud dobio kompletan uvid u činjeničnu situaciju. Dodatno ročište nije bilo potrebno, pogotovo ako se uzme u obzir izviješće trećeg stručnjaka kojim su razjašnjena sva činjenična i pravna pitanja. Sud nije našao da su postojale neke prepreke koju su onemogućavale gosp. Sporera da se pismeno izjasni o ovom izviješću, ukoliko je to želio učiniti.

4. Predložene izmjene odredaba o uređenju roditeljskog staranja – Nacrt Zakona o djeci – Izmjene zakona 2012 (Entwurf Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2012)

Austrija, kao što jasno proizlazi iz presude suda u predmetu Sporer protiv Austrije iz 2011. godine, mora svoju pravnu situaciju promijeniti. Čl. 166. ABGB-a u suprotnosti je s pravima zagarantiranim Konvencijom. S obzirom na to da je u Austriji Konvencija u rangu s Ustavom, može se očekivati da će

austrijski Savezni ustavni sud na jednom od sljedećih zasjedanja ovo odredbu proglasiti neustavnom.[28] Ovaj scenarij mogao bi se izbjeći ukoliko zakonodavac provede nužnu reformu u ovoj oblasti. Kao što je i u samom uvodu navedeno, zakonodavac je i prije donošenja ove odluke suda pokrenuo aktivnosti na izmjenama odredaba u ovoj oblasti te osnovao Radnu grupa za porodično pravo – roditeljsko staranje i pravo posjete. Radna grupa održala je četiri sastanka na kojima je utvrdila u kojem bi pravcu izmjene odredaba o roditeljskom staranju o bračnoj i vanbračnoj djeci trebale ići. Na sastanku od 28. 2. 2011. godine predstavljen je Nacrt Zakona o djeci – Izmjene zakona 2012 (Entwurf Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2012), koji je trebao stupiti na snagu 1. 1. 2012. godine.[29] Međutim, razmimoilaženja u vezi s nekim važnim pitanjima između SPÖ-a (Socijaldemokratske partije Austrije) i ÖVP-a (Austrijske narodne parije), kao i promjene na čelu Ministarstva pravde poremetili su ove planove. Na zasjedanju Radne grupe 29. 11. 2011. godine dalje je razrađivan ovaj projekt, a sljedeće zasjedanje zakazano je za januar/februar 2012. godine.[30]

Iz dosadašnjih razgovora unutar Radne grupe jasno je da je u fokusu pokrenute reforme zakonodavna modifikacija roditeljskog staranja i prava posjete s naglaskom na uspostavljanje balansa između interesa majki i očeva, te favoriziranje najboljeg interesa i dobrobiti djeteta kao vrhovnoga kriterija pri uređenju odnose roditelja i djece.[31]

Članovi Radne grupe smatrali su da je potrebno na posebnome mjestu istaći najbolji interes i dobrobit djeteta kao osnovni kriterij pri uređenju odnosa roditelja i djece. To je i urađeno izmjenom odredbe čl. 137. ABGB-a. Predložena odredba koja nosi naziv „Opća načela i dobrobit djeteta“ potpunija je i detaljnija, a dobrobit djeteta u svim prilikama koje se tiču roditeljskog staranja i ostvarivanja osobnih kontakata, navodi se kao najviši kriterij koji se uzima u obzir.

Također, precizno se navodi što se sve kod procjene dobrobiti djeteta treba uzeti u obzir, npr. potrebe, prilike, sposobnosti, sklonosti i mogućnosti razvoja djeteta, potreba djeteta za bliskim i dobrim kontaktima s obama roditeljima, mišljenje djeteta u zavisnosti od njegova stepena razvoja i sposobnosti oblikovanja stajališta itd.

Odredba čl. 144. ABGB-a kojom se uređuje ostvarivanje zajedničkog staranja djece rođene u braku također je izmijenjena. Roditelji, bez dodatnih uvjeta, sporazumno i ravnopravno ostvaruju roditeljsko staranje, ali su obaveze roditelja preciznije određene – po crticama. Uvodi se i stav 2, koji propisuje da će roditelji dobiti odgovarajuća prava ako je to potrebno za ostvarivanje roditeljskog staranja. Zajedničko staranje ostaje i u slučaju prestanka braka pod uvjetom da zaključe sporazum o tome kod kojeg će roditelja dijete živjeti – čl. 177. st. 1 i 2. Roditelji se, također, mogu sporazumjeti da dijete naizmjence živi kod roditelja – npr. jednu sedmicu kod jednog roditelja, a drugu sedmicu kod drugog roditelja, s tim da sudu moraju predočiti detaljan plan ostvarivanja roditeljskog staranja.

---

28 S. Ferrari, „Aktuelle Entwicklung in österreichischen Recht“, *FamRZ*, 2011, str. 1461.

29 Pogledati: http:// www.justic.gv,at/internet/file/2c94848525f84a630e4e19bdce3931.de.0/entwurf+kinder%C3%A4g+2012.pdf (18. 11. 2011.).

30 Familienrecht/Erbrecht na: http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c9484525f84a63012c173a7bdb239b.de.html (6.1.2012.)

31 S. Ferrari (2011b), str. 1461.

Ako roditelji nisu uspjeli postići sporazum, sud može odlučiti da i dalje ostane zajedničko staranje te odrediti kod kojeg će roditelja dijete živjeti, naravno ako se to ne protivi dobrobiti djeteta – čl. 177a. st. 1. Sud, također, može ostaviti zajedničko staranje i u situaciji kada jedan od roditelja zahtijeva ukidanje zajedničkog staranja i tada će postupati prema naprijed navedenoj odredbi – čl. 177a. st. 2. Odluku o zajedničkom staranju sud može donijeti i situaciji kada roditelj, koji nije ostvarivao roditeljsko staranje, podnese zahtjev da mu se ono dodijeli. Kao što vidimo, izmjene su išle u pravcu održavanja zajedničkog staranja i nakon prestanka braka u svim onim situacijama kada je to u najboljem interesu djeteta.[32]

Kada se radi o djeci rođenoj van braka, Austrija je, na osnovu ranije spomenute odluke suda, bila obavezna svoju pravu situaciju mijenjati. Majci vanbračnog djeteta i dalje pripada pojedinačno roditeljsko staranje, ali otac ima pravo podnijeti zahtjev – „Antragsrecht", za ostvarivanje roditeljskog staranja. Roditelji vanbračnog dijeta mogu postići sporazum u kojem izjavljuju da u budućnosti namjeravaju vršiti zajedničko staranje. Ovaj sporazum proizvodi djejstva čim javna isprava s usuglašenim izjavama volja stigne državnom službeniku – čl. 167. st. 1. Ako roditelji ne žive u zajedničkom domaćinstvu, analogno se primjenjuju odredbe koje se odnose na ostvarivanje roditeljskog staranje u slučaju prestanka braka – čl. 177a. st. 1. i 2. Roditelj koji ne ostvaruje roditeljsko staranje može podnijeti zahtjev da mu se ono dodijeli. U toj situaciji sud može, uzimajući kao osnovni kriterij dobrobit djeteta, odlučiti da roditeljsko staranje dodijeli majci, ocu ili donijeti odluku o zajedničkom staranju obaju roditelja. To znači da sud može i protiv volje majke donijeti odluku o zajedničkom staranju, ako utvrdi da je to u najboljem interesu djeteta.

5. Zaključak

Pravila ABGB-a o roditeljskom staranju u posljednjem desetljeću bila su izložena stalnim promjenama. Zakonom o djeci – Izmjenama zakona 2001. godine data je mogućnost sudu da dodijeli zajedničko staranje i u slučaju odvojenog života roditelja i djece, uvedene su još neke izmjene, a sve s ciljem da se u odnosima roditelja i djece fokus pomjeri s prava roditelja na odgovornost roditelja i interes djeteta. Najbolji interes djeteta navodi se kao osnovni kriterij pri uređenju odnosa roditelja i djece. Međutim, već 2009. godine pokrenute su aktivnosti na izmjenama postojećih zakonodavnih rješenja.

Razlozi su za to dvojaki: porasta broja djece pogođene razvodom braka i djece rođene van braka i odluka Europskog suda za ljudska prava u predmetu Zaunegger protiv Njemačke iz 2009. godine, kojom je utvrđeno da postojeća pravna situacija u Njemačkoj diskriminira oca vanbračnog djeteta, jer propisuje da roditeljsko staranje vanbračnog djeteta automatski pripada majci, te bez njena odobrenja ne može biti dodijeljeno ocu. S obzirom na to da su rješenja

32 Pojedini autori smatraju da održavanje ili dodjeljivanje zajedničkog staranja nije uvijek poželjno. Smatraju da je potrebno razraditi kriterije koji će pomoći sudovima prilikom odlučivanja o ovom važnom pitanju. Više o tome u: H. Figdor, *Welche Grunde sprechen gegen die Obsorge beide Eltern*, iFam, 2011, str. 131–138.

ABGB-a vrlo slična onim njemačkim, bilo je jasno da bi se i Austrija mogla naći u sličnoj situaciji te da je potrebno što hitnije provesti reformu u ovoj oblasti. Dana 3. 2. 2011. godine Europski sud za ljudska prava u predmetu Sporer protiv Austrije utvrdio je povredu čl. 14. u vezi s čl. 8. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Sud je našao da postojeće pravno uređenje u Austriji diskriminira oca vanbračnog djeteta jer onemogućava sud da provjeri podobnost oca kao nosioca roditeljskog staranja bez saglasnosti majke. Tako je 28. 2. 2011. godine predstavljen Nacrt Zakona o djeci – Izmjene zakona 2012. godine. Sve predložene izmjene odredaba o uređenju roditeljskog staranja išle su u pravcu zakonskog održavanja i jačanja zajedničkog staranja u situaciji kada je došlo do prestanka bračne ili vanbračne zajednice.

Ovi prijedlozi s jedne strane opravdavaju se činjenicom da su postojeća rješenja s ustavnopravnog aspekta sporna – suprotna čl. 14. u vezi s čl. 8. Konvencije, a s druge strane noveliranje odredaba itekako je poželjno sa stanovišta najboljeg interesa i dobrobiti djeteta kao vrhovnoga kriterija pri uređenju odnosa roditelja i djece. U kojoj će mjeri predložena rješenja odgovarati konačnim, s obzirom na razmimoilaženja u stavovima glavnih političkih partija, ostaje da se vidi.

POPIS LITERATURE

- Bubić, S., Traljić, N., Roditeljsko i starateljsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u sarajevu, 2007.
- Dijk, G. J. H. van Hoof et al., Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima, Sarajevo, 2001.
- Ferrari, S., „Obsorge für uneheliche Kinder – zur Notwendigkeit einer gesetzlicen Neugestaltung“ Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II, FS für Willibald Posch zum 65. Geburtstag, hrgs: T. Borić, B. Lurger, P. Schwarzenegger, U. Terlitzu, Beč, 2011,
- Ferrari, S., „Aktuelle Entwicklung in österreichischen Recht“, FamRZ, 2011.
- Figdor, H., Welche Grunde sprechen gegen die Obsorge beide Eltern, iFam, 2011.
- Hubert, P., Möll, L., „Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern“, FamRZ, 2011.
- Kovaček-Stanić, G., Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo, Novi Sad, 2009.
- Novaković, U., „Najbolji interes djeteta – zajedničko vršenje roditeljskog prava“, Pravni život, br. 10/2011.
- Familienrecht/Erbrecht, http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c9484525f84a63012c173a7bdb239b.de.html
- Gemeinsame Obsorge www.justic.gv,at/internet/file/2c94848525f84a630e4e19bdce3931.de.0/entwurf+kinder%C3%A4g+2012.pdf

- Obsorge Regelung in Österreich http://www.diestandard.at/129721628535/Hintergrund-Obsorge-Regelung-in-Oeastrreich
- Aktuelle Gesetzlage zur Obsorge, SPÖ – Frauen Kärtner, http://www.frauen.kaertner.spoe.at/deafault.aspx?SIid=478&LAid=1&ARid=4316
- Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2012., http://justiz.gv.at/interner/file/2c94848525f84a63012e4e19bdce3931.de.0/entwurf+kinder%C3%A4g+2012.pdf
- Kindschaftsrechts – Änderungsgesetz 2001 http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm
- http://www.dejure.org/gesetz/BGB/1626a.html
- http://www.dejure.org/gesetz/BGB/1672.html
- http://www.dejure/gesetz/GG/6.html
- http://www.lexetius.com/2010,2368
- http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr042009.html
- EGMR Sporer gegen Österreich, EGMR U 3.2.2011., Ausschluss einer gerichtlichen Einzelfallprüfung der Sorgerechtsregelung diskriminiert Vater eines unehelichen Kindes, http://www.freshdads.com/sites/default/fiels/Chamber%20judgmant%20Sporer%20v.%20Austria%20Gernam%20version2003.02.11pdf
- Obsorgeregelung für Vater unehelichen Kinder – Art 14 iVm. Art. 8 EMRK, Urteil vom 3.2.2011, Sprer gegen Österreich, APPL 35637/03 http://bka.gv.at/DocView.axd?CobId=44287
- „Konflikt konstruktiv begegnen – aktuell Herausforderung im Familienrecht (Obsorge und Unterhalt)“. Pogledati: http://justiz.gv.at/internt/html/default/2c94848525f84a63012c173a7bdb239b.de.html
- Aktuelle Gesetzlage zur Obsorge, SPÖ – Frauen Kärtner, http://frauen.kaertner.spoe.at/deafault.aspx?SIid=478&LAid=1&ARid=4316

Anita Duraković

Učesnici skupa u posjeti
Kuli Zmaja od Bosne u Gradačcu

Učesnici skupa u posjeti Starom gradu Srebreniku

Dr. sc. Maja Čolaković, docent
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

UTJECAJ RJEŠENJA AUSTRIJSKOG OPĆEG GRAĐANSKOG ZAKONIKA NA REGULACIJU PRAVNOG STATUSA MALOLJETNIH OSOBA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM GRAĐANSKOM PRAVU

Summary

IMPACT OF THE AUSTRIAN CIVIL CODE PROVISIONS ON THE REGULATION OF LEGAL STATUS OF MINORS IN THE CIVIL LAW OF BOSNIA AND HERCEGOVINA

The paper analyses the provisions of The Austrian Civil Code that concern the legal status of minors, and compares this regulation to the solutions in Bosnian and Herzegovinian civil law de lege lata.

The analyses shows the evolution of the civil status of minors, starting from the first version of the Code from 1811, through its subsequent amendments, to the currently applicable provisions. From entities that were subjected to a very strong parental, i.e. fatherly authority, discriminated against on the basis of their family status and limited in the ability to express their will in the material and personal relations, the children were eventually acquired the status where their will and opinions are taken into account in civil law relations.

Such is the treatment of minors in the positive law of Bosnia and Herzegovina. Their position in civil law is mostly regulated in Family Act of Federation of Bosnia and Herzegovina, Family Act of Republic of Srpska and Family Act of Brčko District of Bosnia and Herzegovina, while some regulations are contained in the Law of Obligations, the laws on inheritance of the entities, laws on health etc.

The Family Act of Federation of Bosnia and Herzegovina from 2005 gives minors significantly larger legal competency then they had before and in accordance with the provisions of the Convention on the Rights of the Child the possibility to express the will and opinion on personal matters, in correspondence with their age and maturity. Comparison of The Family Act provisions with the relevant provisions of ABGB shows that the ABGB was a model for the legislator of the Federation of Bosnia and Herzegovina in the matters of the legal status of minors in civil law, particularly in the matters of legal capacity. This issue has been regulated in a similar way in the Family Act of Brčko Distrikt of Bosnia and Herzegovina. In Republic of Srpska there is an ongoing reform of the 2002 Family Act. The proposed solution leads to a conclusion that in this BH entity the existing degree of autonomy of minors in civil law relations shall to a certain extent also be increased.

Keywords: minors, legal status, civil law, legal competency, ABGB, Bosnia and Herzegovina

1. UVOD

Normiranje pravnog statusa maloljetnih osoba u prvim kodifikacijama građanskog prava, donijetim početkom 19. vijeka, predstavlja znatan pomak u odnosu na njihov dotadašnji pravni tretman. U odredbama francuskog Građanskog zakonika i austrijskog Općeg građanskog zakonika nemoguće je prepoznati drastično ograničenje subjektiviteta djeteta, kakvo je postojalo u pravnim sistemima starog i srednjeg vijeka, ali su u njima i dalje prisutni izvjesni vidovi tog ograničenja. Ono je posljedica još uvijek snažne roditeljske, odnosno očinske vlasti, koja primarno determiniše građanskopravni status djece. Mada vremenom postepeno slabi, ova vlast nad djecom opstaje sve do sredine 20. vijeka. Promjene u društvenom shvatanju porodice i u odnosima između roditelja i djece vode ka sankcionisanju velikog broja prava djeteta na internacionalnom nivou, što utječe i na znatno poboljšanje njihovog građanskopravnog statusa.

Položaj subjekata s posebnim pravima i interesima, kojeg djeca uživaju u savremenom pravu, ispoljava se kako u garanciji posebne brige i zaštite cjelokupnog društva prema njima, tako i u uvažavanju njihovih rastućih sposobnosti u svim pravnim odnosima. Na takvom tretmanu djece insistiraju Konvencija o pravima djeteta i drugi internacionalni dokumenti kojima su normirana dječja, odnosno ljudska prava, a u skladu s njihovim odredbama je uređen i položaj djece u većini nacionalnih pravnih sistema. S aspekta građanskog prava takav pristup podrazumijeva priznanje mogućnosti maloljetnim osobama da očituju volju i mišljenje u brojnim pravnim odnosima imovinskog i osobnog karaktera, koji ih se neposredno ili posredno tiču.

Ovakvo rješenje je prihvaćeno i u pozitivnom pravu Austrije, odnosno u važećim odredbama austrijskog Općeg građanskog zakonika.[1] Imajući u vidu historijsku pozadinu primjene ove kodifikacije na području Bosne i Hercegovine, kao i to da se ona u vidu pravnih pravila u njoj još uvijek primjenjuje,[2] intrigantno

1 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, Patent vom 1ten Junius 1811, JGS Nr. 946/1811 (u daljem tekstu: ABGB).

2 Primjena Općeg građanskog zakonika je započela u Bosni i Hercegovini nakon njene aneksije od strane Austro-Ugarske monarhije 1878. godine i nastavljena je za vrijeme dok se BiH nalazila u sastavu Kraljevine Jugoslavije, odnosno sve do kraja II. svjetskog rata i stvaranja Nove Jugoslavije. Godine 1946. u FNRJ je usvojen Zakon o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6.4.1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (Službeni list FNRJ 84/46, u daljem tekstu: ZNPP). Članom 4. ovog Zakona omogućena je primjena tzv. pravnih pravila iz propisa Kraljevine Jugoslavije, koji su njime stavljeni van snage. Među tim propisima je i ABGB, koji se potom u vidu pravnih pravila primjenjivao u FNRJ, odnosno SFRJ u materiji građanskog prava. Nakon disolucije SFRJ, Republika Bosna i Hercegovina je preuzela mnoštvo njenih zakona, ali ne i ZNPP. Međutim, primjena pravnih pravila ABGB-a je u Federaciji BiH *de lege lata* moguća na temelju drugih pravnih osnova. Čl. 94. Zakona o vlasničkopravnim odnosima Federacije BiH (Službene novine FBiH 6/98), taksativno određuje institute na koje se primjenjuju pravna pravila ABGB-a, a takva njihova primjena je propisana i preuzimanjem Zakona o obligacionim odnosima u pravni sistem RBiH (čl. 27. Uredbe sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list RBiH 2/92 i Zakon o potvrđivanju Uredbi sa zakonskom snagom, Službeni list RBiH 13/94). U Republici Srpskoj je ZNPP preuzet u pravni sistem čl. 12. Ustavnog zakona o sporovođenju Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik RS 21/92), što u ovom slučaju predstavlja pravni osnov za primjenu odredaba ABGB-a u vidu pravnih pravila. Detaljnije o utjecaju austrijskog prava na privatnopravno uređenje Bosne i Hercegovine vidjeti: M. Povlakić, *Trans-*

je istražiti jesu li rješenja ABGB-a utjecala na normiranje građanskopravnog statusa maloljetnih osoba u bosanskohercegovačkom pravu.

Stoga će u radu, uz kratak historijski osvrt na evoluciju statusa maloljetnih osoba u ABGB-u, biti analizirana rješenja ovog pitanja u austrijskom i bosanskohercegovačkom građanskom pravu *de lege lata* te učinjeno njihovo međusobno poređenje.

2. ZAKONIK IZ 1811. GODINE

Austrijski Opći građanski zakonik načelno prihvaća institut roditeljske vlasti, uređujući prava i obaveze između roditelja i djece.[3] Premda je u pojedinim odredbama propisana obaveza oba roditelja u pogledu sporazumnog rukovođenja postupcima djece,[4] staranja o djeci, njihovog izdržavanja, odgoja i obrazovanja itd.,[5] iz tumačenja svih odredaba kojima su uređeni ovi odnosi nedvosmisleno proizilazi da ta vlast u prvom redu pripada ocu. To je vidljivo i u paragrafu koji definiše očinsku, a ne roditeljsku vlast[6] te u paragrafima koji normiraju prestanak očinske vlasti.[7]

Djeca su u prvoj verziji ABGB-a podijeljena u tri kategorije: „djeca" (do sedme godine), „nedorasli" (od sedme do 14. godine) i „maloljetnici" (od 14. do 24. godine).[8] Punoljetnost djeteta, koja istovremeno znači i oslobođenje očinske vlasti, nastupa u 24. godini života.[9]

Pravna i poslovna sposobnost djeteta su ograničene ovlaštenjima koja u pogledu njegove ličnosti i imovine pripadaju ocu.[10] On je ovlašten upravljati djetetovom imovinom, bez obzira je li ova stečena radom ili na drugi način,[11] te su mu povjerene obaveze izdržavanja i zastupanja djeteta.[12] Otac je usto ovlašten usmjeravati prihode stečene od djetetove imovine na pokrivanje

---

formacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, 16-19.

3 Prvi dio, 3. glava, § 137. – 178. ABGB.

4 § 144. ABGB.

5 „Roditelji su uopšte obavezni da svoju bračnu djecu vaspitavaju, tj. da se staraju za njihov život i zdravlje, da ih pristojno izdržavaju, telesne i duševne moći dečije da razvijaju i nastavom u religiji i korisnim znanjima da zasnivaju temelj budućeg dečijeg blagostanja. – § 150, 220, 792, 1220, 1231.", § 139. ABGB. (Verzija ABGB-a iz 1811. godine citirana prema: Austrijski Građanski zakonik, prevod D. Aranđelović, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1906.)

6 „Očinsku vlast čine prava, koja naročito ocu, kao glavi porodice pripadaju.", § 147. ABGB.

7 § 172. – 178. ABGB.

8 § 21. ABGB. U ovom paragrafu je propisana i posebna zaštita svih osoba, među njima i djece, koje iz određenih razloga nisu u stanju same vršiti svoje poslove.

9 Emancipacija maloljetnika je izuzetno moguća i prije 24. godine, izričitim dopuštenjem oca, a na osnovu odluke suda (§ 174. ABGB). Isto tako, moguće je i produženje očinske vlasti nakon punoljetnosti djeteta, ako ono nije sposobno starati se o sebi zbog tjelesnih i psihičkih nedostataka ili drugih taksativno određenih razloga (§ 173. ABGB).

10 Prema § 141. ABGB-a, prvenstvena dužnost majke je briga o njezi tijela i zdravlju djeteta.

11 § 149. ABGB.

12 § 141. i 152. ABGB.

troškova njegovog odgoja,[13] kao i odabrati djetetovo buduće zanimanje.[14] Maloljetna osoba treba izričitu ili prešutnu saglasnost svog oca za preuzimanje obaveza[15] i za stupanje u brak.[16] Sposobnost sačinjenja testamenta maloljetnik stječe sa 18 godina, dok maloljetnici u dobi od 14 do 18 godina mogu izraziti volju u pogledu raspolaganja svojom imovinom *mortis causa* samo usmeno pred sudom.[17]

Djeca su dužna poštovati i uvažavati roditelje[18] te ih izdržavati, ako se ovi nađu u oskudici.[19] Roditeljima pripada pravo na kažnjavanje njihove djece,[20] što se u primarno koristi kao mjera u njihovom odgoju.

Pravna sposobnost djece u Zakoniku iz 1811. godine također je ograničena diskriminacijom na temelju porodičnog statusa. Vanbračna djeca ne uživaju sva prava koja pripadaju bračnoj djeci.[21]

3. AUSTRIJSKO PRAVO *DE LEGE LATA*

Promjena odnosa prema djeci u savremenom pravu dovela je i do promjene položaja maloljetnih osoba u rješenjima ABGB-a. Vremenom su njegove odredbe modificirane, tako da je položaj djece znatno poboljšan u komparaciji s onim kojeg su imala prema prvobitnoj verziji Zakonika. Posljednja značajna reforma odredaba ABGB-a vezanih za status maloljetnih osoba je izvršena Zakonom iz 2001. godine,[22] a najnovija reforma se upravo privodi kraju.

3.1. Rezultati zakonodavne reforme

Osnovne karakteristike pravnog položaja maloljetnih osoba u pozitivnom građanskom pravu Austrije su: pravna sposobnost im više nije ograničena niti postoji njihova diskriminacija po bilo kojem osnovu; posjeduju znatan stepen samostalnosti u zasnivanju imovinskih odnosa, a njihova volja i mišljenje se u velikoj mjeri uvažavaju i u odnosima osobnog karaktera.

13 § 150. ABGB.

14 § 148. ABGB.

15 § 152. ABGB. Izuzetak postoji u pogledu maloljetnika koji se ne nalazi pod očevim staranjem i kojeg otac ne izdržava. Njemu je priznato pravo samostalnog obavezivanja ugovorom na vršenje službe (§ 152. ABGB), te samostalnog raspolaganja imovinom stečenom radom i stvarima koje su mu po doraslosti predate da se njima služi (§ 151. ABGB).

16 § 49. ABGB.

17 § 569. ABGB.

18 § 144. ABGB.

19 § 154. ABGB.

20 „Roditelji... ; oni imaju prava da nevaljalu, neposlušnu i takvu decu, koja narušavaju domaći red i mir, kazne kaznom, koja neće biti preterana, niti po njihovo zdravlje štetna.“ § 154. ABGB.

21 „Nebračna deca lišena su uopšte porodičnih i srodničkih prava; ona nemaju pravo ni na porodično ime očevo, niti na plemstvo, grb i druge odlike roditelja; ona nose prezime materino. – § 65, 143, 146, 754, 763, 1220, 1231.“, § 165. ABGB.

22 *Das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz* 2001, BGBl I 2000/135 (u daljem tekstu: KÄG).

Očinska vlast u ABGB-u je tokom vremena i faktički i pravno potpuno potisnuta institutom roditeljske vlasti. Ovaj institut je veoma dugo opstao u austrijskom pravu i tek je reformom 1989. godine zamijenjen institutom roditeljsko staranje (*elterliche Obsorge*),[23] koji predstavlja izraz promjena u društvenom poimanju porodice i novog pristupa u regulisanju odnosa između roditelja i djece u savremenom pravu.[24]

U skladu sa smislom i svrhom instituta roditeljsko staranje, roditelji imaju obavezu odgajati dijete, vodeći računa o njegovoj dobrobiti. Odnos između roditelja i djece se mora zasnivati na međusobnom pomaganju, uz dužnost djeteta da uvažava roditelje.[25]

Roditeljima pripada pravo i obaveza zastupanja djece i upravljanja njihovom imovinom, pri čemu bi oni u tom pogledu trebali djelovati saglasno.[26]

ABGB izričito normira obavezu roditelja da prilikom preduzimanja poslova vezanih za odgoj djeteta i za brigu o njemu uzmu u obzir i njegovu volju, ako ona nije u suprotnosti s interesom djeteta ili cjelokupnim odnosima u porodici. [27]

Sve do izmjena iz 2001. godine, u ABGB-u je postojala podjela nepunoljetnih osoba u tri grupe, na isti način kao u verziji iz 1811. godine: „djeca" (*Kinder*), „nedorasli" maloljetnici (*unmündige Minderjährige*) i „maloljetnici" (*Minderjährige*),[28] s tim da je dobna granica određena za djecu i nedorasle maloljetnike bila identična onoj iz prve verzije Zakonika, dok je u trećoj grupi gornja granica spuštena na 19 godina, što je analogno svojevremenom spuštanju uzrasta za stjecanje punoljetnosti sa 24 godine na 19 godina.[29] KÄG je unio znatne novine u sistem podjele maloljetnika u ABGB-u.

Uzrast za stjecanje punoljetnosti sa 19 je snižen na 18 godina,[30] a djeca su svrstana u dvije kategorije: „nedorasli" maloljetnici, do 14 godina, i

---

23 M. Alinčić et al., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2001, 137.

24 U institutu roditeljska vlast naglasak je stavljen na vlast i prava roditelja, dok se dijete tretira kao pasivan subjekt koji uslijed svoje tjelesne i psihičke nezrelosti treba njihovu brigu i zaštitu. Nasuprot tome, u institutu roditeljsko staranje težište više nije samo na vlasti i pravima roditelja, nego i na njihovoj odgovornosti te na pravima i interesima djeteta. Interes djeteta je onaj krucijalni element u roditeljskom staranju koji determiniše cjelokupne odnose između roditelja i djece. Detaljnije o ovim institutima: S. Bubić – N. Traljić, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo, 2007, 145. i 146.

25 § 137. ABGB.

26 § 144. ABGB.

27 § 146. Abs. 3. ABGB. Najnovija reforma ABGB-a donosi izmjene u regulisanju uzajamnih odnosa roditelja i djece, na način da se još znatnije naglašava obaveza roditelja na uvažavanje djetetove ličnosti i na postupanje u skladu s dobrobiti, odnosno najboljim interesom djeteta. *KindschaftsrechtsÄnderungsgesetz* 2012 – *KindRÄG* 2012 (u daljem tekstu: KindRÄG), § 137. i 144. ABGB.

28 Zakonik na ovom mjestu (§ 21.), za maloljetnike od 14 do 19 godina ne koristi termin „dorasli" maloljetnici (*mündige Minderjährige*), ali se on susreće u drugim njegovim odredbama (npr. u § 152.).

29 § 21. ABGB.

30 Interesantno je da je Austrija među posljednjim zemljama u Evropi uskladila norme vezane za dob u kojoj se stječe punoljetnost s odredbama Konvencije o pravima djeteta Ujedinjenih nacija iz 1989. godine (*Convention on the Rights of the Child*), i preporukama Vijeća Evrope o snižavanju uzrasta za stjecanje potpune poslovne sposobnosti (*Resolution 72 (29) on the lowering of the age of full legal capacity*).

„maloljetnici“, tj. „dorasli“ maloljetnici, od 14 do 18 godina.[31]

Pored toga, ukinute su dvije ustanove vezane za stjecanje potpune poslovne sposobnosti: „skraćenje maloljetnosti“ (*Verkürzung der Minderjährigkeit*)[32] i „produženje maloljetnosti“ (*Verlängerung der Minderjährigkeit*). [33]

3.2. Izražavanje volje u imovinskim odnosima

Maloljetne osobe *de lege lata* posjeduju određeni stepen poslovne sposobnosti. Ona im je priznata prema objektivnom kriteriju – životnoj dobi. Premda je izmjenom § 21. u podjeli maloljetnika napuštena dobna granica od sedam godina, ABGB u odredbama vezanim za sposobnost zaključenja ugovora normira, na isti način kao i prije usvajanja KÄG-a, da su maloljetnici do sedme godine poslovno nesposobni te ne mogu samostalno stjecati prava ili preuzimati obaveze.[34] Izuzetno mogu, u skladu s njihovim uzrastom, zaključivati uobičajene poslove manje vrijednosti vezane za svakodnevni život.[35]

Maloljetnici u životnoj dobi iznad sedam godina mogu samostalno sklapati pravne poslove kojima stječu prava i određene koristi, a za valjanost poslova kojima raspolažu imovinom ili na sebe preuzimaju obaveze trebaju izričitu ili prešutnu saglasnost svog zakonskog zastupnika. I pravo da budu poklonoprimci im je priznato pod uslovom da taj poklon nije povezan s bilo kakvim opterećenjima. Također posjeduju sposobnost samostalnog sklapanja pravnih poslova manje vrijednosti iz svakodnevnog života, analogno maloljetnicima mlađim od sedam godina.[36]

31 *„Minderjährige sind Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben; haben sie das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so sind sie unmündig.“* (§ 21. Abs. 2. ABGB). Ovim paragrafom, kako je to bilo i u njegovoj izvornoj verziji, maloljetnim osobama je zagarantovana posebna zaštita (§ 21. Abs. 1. ABGB).

32 § 174. ABGB. U pitanju je oblik emancipacije maloljetne osobe s navršenih 18 godina, na osnovu odluke suda, na njen zahtjev ili na zahtjev njenih roditelja tj. zakonskog zastupnika. ABGB zadržava mogućnost zakonske emancipacije sklapanjem braka, ali maloljetna osoba time ne stječe sposobnost samostalnog zasnivanja svih pravnih odnosa, već isključivo onih osobnog karaktera, i ta sposobnost postoji samo dok njen brak traje (§ 175. ABGB).

33 § 173. ABGB. Ovaj paragraf je predviđao mogućnost da se nakon dostizanja uzrasta za punoljenost odlukom suda produži stadij maloljetnosti onoj osobi koja zbog stepena svog tjelesnog i psihičkog razvoja ne bi bila u stanju sklapati pravne poslove, bez rizika da njima sebi prouzrokuje štetu. Stadij produženja maloljetnosti je morao okončati s navršenjem 21. godine života. Na ukidanje instituta produženja maloljetnosti zakonodavca je potakla spoznaja da se njime oštro zadire u institut poslovne sposobnosti, odnosno u smisao i svrhu stjecanja punoljetnosti, te da se njegovo dejstvo prostire na sve pravne odnose osobe nad kojom je maloljetnost produžena, a ne samo na one koji su bili inicijalni razlog za njegovo ustanovljavanje. Detaljnije: G. Hopf – J. Weitzenböck, *Schwerpunkte des des Kindschaftrechts – Änderungsgesetzes 2001*, Österreichische Juristen-Zeitung 14-15/2001, 530.

34 § 865. ABGB.

35 § 151. Abs. 3. ABGB. Radi se o kupovini prehrambenih namirnica, zaključenju ugovora o prevozu tramvajem ili autobusom, primanju poklona neznatne vrijednosti i sl., prema: H. Barta, Online Lehrbuch Zivilrecht, Kapitel 4, Die natürliche Person, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap4_0.xml?section-view=true;section=1#DieRechtsfähigkeit, 7.12.2011.

36 § 151. Abs. 1. i § 865. ABGB.

Analiza ovog rješenja upućuje na zaključak da su maloljetnici stariji od sedam godina ograničeno poslovno sposobni[37] i da im je to svojstvo priznato u dosta širokom obimu. ABGB normira i posebnu poslovnu sposobnost maloljetnika starijih od 14 godina. Oni su ovlašteni samostalno raspolagati stvarima i sredstvima prepuštenim im na slobodno uživanje, kao i prihodima koje ostvare radom, ako time neće ugroziti vlastitu egzistenciju.[38] Uz to, mogu punovažno zaključivati ugovore vezane za izvršenje preuzetog posla (npr. kupovina bicikla za privremeni posao tokom školskog raspusta), izuzev poslova koji se zaključuju radi učenja i daljeg obrazovanja. Zakonski zastupnik je ovlašten vanredno raskinuti pravne odnose zasnovane ovakvim poslovima, ukoliko nađe da za to postoje opravdani razlozi (npr. bojazan da će dijete upasti u loše društvo ili sebi ugroziti zdravlje).[39] Dorasli maloljetnici mogu pred sudijom ili notarom usmeno izjaviti volju u pogledu raspolaganja imovinom za slučaj smrti, ali nemaju testamentarnu sposobnost u punom obimu.[40] Ovi maloljetnici su i deliktno sposobni.[41]

3.3. Izražavanje volje u osobnim odnosima

Pored sposobnosti izražavanja pravno relevantne volje u imovinskim odnosima, djeci je u austrijskom pravu *de lege lata* u velikom obimu priznata sposobnost izražavanja volje i u odnosima neimovinske prirode, vezanim za ličnost.[42] Primjer za to su odnosi iz domena roditeljskog prava[43] te pravo djeteta na samoodređenje u pogledu vlastitog tjelesnog integriteta i zdravlja.

---

37 U tom smislu i: C. Fischer-Czermak, *Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindshaftsrechts – Änderungsgesetz 2001*, Österreichische Juristen-Zeitung 8/2002, 296-298.

38 § 151. Abs. 2. ABGB.

39 § 152. ABGB. Tipičan primjer sredstava s kojima ovi maloljetnici mogu činiti što žele je džeparac. Trebalo bi da im posluži za navikavanje na svakodnevno raspolaganje novcem. Međutim, na slobodno raspolaganje nisu im prepušteni predmeti za svakodnevnu upotrebu (npr. odjeća, bicikl, školska tašna). Valjanost pravnih poslova koje maloljetnik samostalno zaključuje u praksi se procjenjuje imajući u vidu njegove potrebe i interese. Tako se smatra da troškovi nabavke kreveta i ormara, koje je maloljetnik učinio za uređenje iznajmljenog stana, ne nadilaze svakodnevne životne potrebe i nužniji su od kupovine skupocjenog persijskog tepiha istim povodom. Razumljivo je da ovisi o zakonskom zastupniku maloljetnika hoće li u svim ovim slučajevima naknadno odobriti zaključene pravne poslove ili ne. Detaljnije: Barta, Heinz

40 § 569. ABGB. Rješenje u pogledu obima testamentarne sposobnosti je identično onom iz prve verzije Zakonika.

41 § 153. i § 1308. ABGB. Za naknadu štete koju pričine djeca mlađa od 14 godina odgovaraju njihovi zakonski zastupnici, odnosno osobe koje imaju dužnost nadzirati ih i starati se o njima. Izuzetno, na naknadu može biti obavezan i sam neodrasli maloljetnik (§ 1309. i 1310. ABGB).

42 Takav pristup je u skladu s rješenjima Konvencije o pravima djeteta, koja obavezuje države članice na osiguranje djetetu slobodnog izražavanja vlastitog mišljenja o svim pitanjima koja ga se tiču, i na uvažavanje tog mišljenja u skladu s uzrastom i zrelošću djeteta (čl. 12.).

43 U slučaju promjene prezimena prilikom pozakonjenja te u slučaju kada ga priznaje vanbračni otac, nužna je saglasnost djeteta starijeg od 14 godina (§162a. Abs. 2. i § 162c. Abs. 2. ABGB); Kada se dogodi sukob mišljenja između doraslog maloljetnika i njegovih roditelja u pogledu njegovog daljeg obrazovanja, maloljetnik je ovlašten obratiti se sudu, koji će na osnovu argumenata iznesenih od obiju strana donijeti odluku najbolju za dobrobit djeteta (§147. ABGB).

KÄG je uračunljivim maloljetnicima[44] priznao ovlaštenje da samostalno odobre medicinski tretman kojem bi trebali biti podvrgnuti. Ako je takav tretman uobičajeno povezan s rizikom nastupanja težeg ili trajnog oštećenja tjelesnog ili psihičkog integriteta, on može biti preduzet samo ako se pored djeteta s njim saglasi i osoba kojoj su povjereni briga o djetetu i njegov odgoj.[45] Maloljetnica koja je navršila 14 godina može bez saglasnosti zakonskog zastupnika podnijeti zahtjev za prekid trudnoće.[46] Za razliku od izvorne verzije ABGB-a, u kojoj je roditeljima bilo priznato pravo na upotrebu kazne kao metode u odgoju djece, u važećoj verziji Zakonika upotreba sile i nanošenje tjelesnih ili duševnih patnji djeci od strane roditelja su nedopušteni.[47]

4. BOSNA I HERCEGOVINA

Budući da u Bosni i Hercegovini građansko pravo nije kodificirano, a legislativna nadležnost u ovoj oblasti pripada entitetima, položaj maloljetnih osoba u građanskopravnim odnosima je u prvom redu normiran odredbama porodičnih zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine,[48] dok se manji dio normi nalazi u Zakonu o obligacionim odnosima,[49] entitetskim zakonima o nasljeđivanju,[50] zakonima iz oblasti zdravstva[51] itd. Norme tri važeća porodična zakona u Bosni i Hercegovini

44 Pretpostavka uračunljivosti vrijedi za djecu iznad 14 godina. Tako: G. Hopf – J. Weitzenböck, 531-532.

45 § 146c. Abs. 2. ABGB. U praksi je već postavljeno pitanje odnosi li se stav 2. ovog paragrafa na preduzimanje određenih medicinskih zahvata, kakvi su estetske operacije te drugih sličnih postupaka, poput tetoviranja i *piercinga*, danas vrlo popularnih među mladim ljudima. Prema tumačenju, trajno oštećenje tjelesnog integriteta postoji ako se posljedice izvedenog zahvata naknadno nikako ne mogu, ili mogu tek izuzetno teško otkloniti. Kako podvrgavanje estetskim operacijama, tetoviranje i *piercing* proizvode upravo ovakve efekte, to maloljetne osobe starije od 14 godina za njihovo preduzimanje trebaju saglasnost zakonskih zastupnika. Prema: G. Hopf – J. Weitzenböck, 533.

46 Detaljnije: Fischer-Czermak Constanze, 298.

47 § 146a. ABGB. Tako **i** *de lege ferenda*: § 137. ABGB (KindRÄG).

48 Ovakvo rješenje je rezultat pravne tradicije, jer je pitanje pravnog statusa maloljetnih osoba i u zakonodavstvu nekadašnje SFRJ, čiji je sastavni dio činila Bosna i Hercegovina, bilo pretežnim dijelom regulisano u okviru porodičnog prava. Ta je oblast do 1971. godine spadala u nadležnost savezne države, a potom je pripala u nadležnost njenim federalnim jedinicama. U SR BiH je Porodični zakon donesen 1979. godine.

49 Zakon o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; Službeni list RBiH 2/92, 13/93, 13/94; Službene novine FBiH 29/03; Službeni glasnik RS 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, u daljem tekstu: ZOO). Ovaj zakon je, u razdoblju poslije njegovog preuzimanja u pravni sistem Bosne i Hercegovine, neznatno mijenjan u entitetima. Pošto se učinjene izmjene nisu ticale normi vezanih za pravni položaj maloljetnih osoba, one su u entitetskim verzijama Zakona i dalje identične.

50 Zakon o nasljeđivanju BiH (Službeni list SR BiH 7/80 i 15/80, u daljem tekstu: ZNBiH) i Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske (Službeni glasnik RS 1/09, u daljem tekstu: ZNRS).

51 Zakon o transplantaciji organa i tkiva u cilju liječenja Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH 75/09, u daljem tekstu: ZTFBiH); Zakon o transplantaciji ljudskih organa i Zakon o transplantaciji ljudskih tkiva i ćelija Republike Srpske (Službeni glasnik RS 14/10, u daljem tekstu: ZTTĆRS); Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće Bosne i Hercegovine (Službeni list SRBiH 29/77, u daljem tekstu: ZPTBiH); Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće Republike Srpske (Službeni glasnik RS 34/08, u daljem tekstu: ZPTRS); Zakon o pravima, obaveza-

vezane za pravni status maloljetnih osoba predstavljaju pozitivnu promjenu u komparaciji s rješenjima ranijeg Porodičnog zakona Bosne i Hercegovine.[52] To se posebno odnosi na rješenja Porodičnog zakona Federacije BiH,[53] koji napušta termin roditeljsko pravo iz PZBiH i zamjenjuje ga terminom roditeljsko staranje[54] te priznaje maloljetnim osobama znatno veći stepen samostalnosti u svim pravnim odnosima. Na sličan način je normiran i pravni položaj maloljetnika u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.[55] Za razliku od njih, Porodični zakon Republike Srpske[56] unosi mnogo manje novina u uređenju ove materije – u njemu je zadržan termin roditeljsko pravo i jednak pristup regulisanju poslovne sposobnosti kakav je postojao u PZBiH.

4.1. Imovinski aspekt statusa

Porodični zakon Federacije BiH čini podjelu maloljetnih osoba na poslovno nesposobne i ograničeno poslovno sposobne, a kao kriterij za tu podjelu određuje uzrast. Ograničena poslovna sposobnost se stječe sa 14 godina[57] i definisana je u dosta širokom obimu. Maloljetnik s navršenih 14 godina ovlašten je na samostalno sklapanje pravnih poslova kojima stječe prava, ako zakon ne odredi drugačije, dok mu je za sklapanje pravnih poslova kojima raspolaže imovinom ili na sebe preuzima obaveze potrebna saglasnost zakonskog zastupnika.[58]

---

ma i odgovornostima pacijenata Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH 14/10, u daljem tekstu: ZPOOPFBiH); Zakon o zdravstvenoj zaštiti Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH 46/10); Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske (Službeni glasnik RS 106/09, u daljem tekstu: ZZRRS); Zakon o zdravstvenoj zaštiti u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BD BiH 38/11), itd.

52 Službeni list SR BiH 21/79 i 44/89; Službeni list RBiH 6/94 i 13/94 (u daljem tekstu: PZBiH).

53 Službene novine FBiH 35/05 (u daljem tekstu: PZFBiH).

54 Roditeljsko pravo se definiše kao skup dužnosti i prava koja su zakonom povjerena roditeljima, kako bi ih vršili u interesu maloljetnog djeteta. Priznanje ovog prava roditeljima, unutar kojeg se težište stavlja na njihove dužnosti, vezano je za potrebu zaštite djeteta i njegov se sadržaj mora ostvarivati isključivo u najboljem interesu djeteta. Termin roditeljsko pravo je tradicionalno upotrebljavan u bosanskohercegovačkom pravu, ali je s obzirom na sadržaj i svrhu instituta vremenom postao neadekvatan pa je u PZFBiH zamijenjen terminom roditeljsko staranje. Pod roditeljskim staranjem se podrazumijeva „skup odgovornosti, dužnosti i prava roditelja koja imaju za cilj zaštitu ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta". Ono se ostvaruje u najboljem interesu djeteta (čl. 129. PZFBiH). Prema PZFBiH, roditeljsko staranje obuhvata odgovornosti, dužnosti i prava roditelja prema ličnosti djeteta (staranje o životu i zdravlju djeteta, njegov odgoj, obavezu na upoznavanje djeteta s njegovim pravima, staranje o obrazovanju djeteta, izdržavanje i zastupanje djeteta), dužnosti i prava prema imovini djeteta (upravljanje i raspolaganje imovinom djeteta i korištenje prihoda od te imovine), te ostale dužnosti i prava (određivanje ličnog imena i prebivališta djeteta). O pojmu i sadržaju roditeljskog prava detaljnije: N. Traljić – S. Bubić, *Porodično pravo*, Sarajevo, 1998, 184-201. O pojmu i sadržaju roditeljskog staranja detaljnije: S. Bubić – N. Traljić, 145-172.

55 Službeni glasnik BD BiH 23/07 (u daljem tekstu: PZBD). Zakon u glavi V. (čl. 107-140.), normira prava i dužnosti roditelja i djece te definiše roditeljsko staranje na identičan način kao i PZFBiH (čl. 112.).

56 Službeni glasnik RS 54/02 (u daljem tekstu: PZRS).

57 Čl. 157. st. 5. PZFBiH.

58 Čl. 137. st. 2. i čl. 188. st. 2. PZFBiH.

Zakon uz to normira posebnu poslovnu sposobnost maloljetnika vezanu za zasnivanje radnog odnosa. PZFBiH ovlašćuje maloljetnika koji radom ostvaruje prihode na samostalno raspolaganje tim prihodima, pri čemu mu nameće dužnost doprinosa za svoje izdržavanje, odgoj i obrazovanje.[59]

Poređenje cilja i sadržaja instituta roditeljsko staranje te načina regulisanja poslovne sposobnosti maloljetnih osoba u ABGB-u i PZFBiH-u ukazuje na to da su zakonodavcu u Federaciji BiH odredbe AGBG-a poslužile kao model pri normiranju ovih pitanja. Podudarnost njihovih rješenja se najbolje ogleda u podjeli djece shodno stepenu poslovne sposobnosti na poslovno nesposobne i ograničeno poslovno sposobne, na osnovu istog kriterija i uz normiranje iste dobne granice, te u načinu regulisanja obima ograničene poslovne sposobnosti.

Regulacija poslovne sposobnosti maloljetnih osoba u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta je gotovo istovjetna rješenju ovog pitanja u PZFBiH-u. PZBD normira ograničenu poslovnu sposobnost i utvrđuje je u istom obimu kao PZFBiH. U odredbama koje se odnose na prestanak roditeljskog staranja i stjecanje potpune poslovne sposobnosti PZBD propisuje da maloljetnik stječe ograničenu poslovnu sposobnost s navršenih 14 godina.[60] Taj uzrast za stjecanje ograničene poslovne sposobnosti je izričito normiran i za maloljetnike pod starateljstvom, u dijelu Zakona kojim je uređeno starateljstvo nad maloljetnim osobama.[61] Međutim, u odredbama kojima je propisan sadržaj roditeljskog staranja PZBD određuje drugačiji uzrast kao uslov za samostalno nastupanje maloljetnika u pravnom prometu. To je navršenih 16 godina života.[62] Očigledno je da Zakon u tom pogledu pravi razliku među djecom o kojoj se staraju roditelji i djecom koja se nalaze pod starateljstvom, što nije slučaj sa PZFBiH-om. To je jedina nejednakost u uređenju ovog pitanja između PZFBiH-a i PZBD-a.[63] Na isti način kao PZFBiH, PZBD reguliše sposobnost maloljetne osobe vezanu za raspolaganje prihodima ostvarenim vlastitim radom.[64]

---

59 Čl. 137. st. 3. i čl. 188. st. 3. PZFBiH. Zakon ne određuje minimalnu dob za zasnivanje radnog odnosa, pošto to spada u domen regulacije radnog prava. Prema Zakonu o radu Federacije Bosne i Hercegovine, maloljetna osoba može zasnovati radni odnos s navršenih 15 godina (čl. 15. Zakona o radu, Službene novine FBiH 43/99, 32/00, 29/03).

60 Čl. 139. st. 5. PZBD.

61 "Maloljetni štićenik koji je navršio četrnaest (14) godina života može sam sklapati pravne poslove kojima stiče prava, ako zakon ne odredi drugačije. Pravne poslove kojima raspolaže imovinom ili preuzima obaveze može sklapati samo uz odobrenje staraoca, ako zakon ne odredi drugačije." (čl. 169. st. 2. PZBD).

62 "Maloljetnik koji je navršio šesnaest (16) godina života može sam sklapati pravne poslove kojima stiče prava, ako zakon ne određuje drugačije. Pravne poslove kojima raspolaže imovinom ili preuzima obaveze maloljetnik može sklapati samo uz saglasnost roditelja." (čl. 120. st. 2. PZBD).

63 Teško je pronaći argumente u prilog ovakvom rješenju PZBD-a. I djeca o kojoj se staraju roditelji načelno dostižu tjelesnu, psihičku i intelektualnu zrelost istim intenzitetom kao i djeca pod starateljstvom pa im valja omogućiti da se pod istim uslovima, odnosno u istoj životnoj dobi postepeno počnu uključivati u pravni promet. Odredba čl. 120. st. 2. mogući je previd zakonodavca Brčko Distrikta BiH, imajući u vidu da je u "generalnoj" odredbi o stjecanju ograničene poslovne sposobnosti, tj. čl. 139. st. 5. normiran uzrast od 14 godina.

64 Čl. 120. st. 3. i čl. 169. st. 3. PZBD. Zakon o radu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine normira da se ugovor o radu može zaključiti s navršenih 15 godina života (čl. 10. Zakona o radu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BD BiH 19/06, 19/07 i 25/08).

Imajući na umu da je PZBD donesen dvije godine nakon stupanja na snagu PZFBiH-a, očigledno je kako su pri kreiranju najboljeg normativnog rješenja poslovne sposobnosti maloljetnika u Brčko Distriktu konsultovane odredbe PZFBiH-a,[65] odnosno ABGB-a. Za razliku od PZFBiH-a i PZBD-a, PZRS ne usvaja podjelu maloljetnih osoba prema stepenu poslovne sposobnosti[66] pa se iz tumačenja njegovih odredaba može zaključiti da su sve maloljetne osobe poslovno nesposobne i ne mogu samostalno nastupati u pravnom prometu. Jedini uzrast kojeg ovaj zakon spominje u pogledu mogućnosti samostalnog djelovanja maloljetnika u imovinskim odnosima tiče se radne sposobnosti. Maloljetnik s navršenih 15 godina može zasnovati radni odnos te samostalno raspolagati stečenim dohotkom i zaradom, uz obavezu doprinosa za svoje izdržavanje, odgoj i obrazovanje.[67] Ovakav pristup normiranju poslovne sposobnosti maloljetnika je potpuno identičan pristupu ranije važećeg PZBiH-a, kojem su u doktrini i praksi tim povodom upućivane brojne opravdane kritike.[68] Najavljene izmjene PZRS-a ukazuju da bi *de lege ferenda* ovo rješenje trebalo biti izmijenjeno, u smislu priznavanja ograničene poslovne sposobnosti maloljetnim osobama starijim od 14 godina, ali u znatno užem obimu nego što je im je ovo svojstvo priznato u PZFBiH-u i PZBD-u, odnosno u ABGB-u.[69] Nasuprot ABGB-u, koji propisuje ovlaštenje maloljetne osobe na sklapanje pravnih poslova male vrijednosti iz svakodnevnog života, shodno njenom uzrastu, u pravu Bosne i Hercegovine takvo rješenje *de lege lata* nije decidno normirano.[70]

65 Podudarnost normativnih rješenja u zakonima koji tretiraju istu materiju, a važe u različitim dijelovima Bosne i Hercegovine, predstavlja pozitivnu stvar, budući da se time eliminiše potencijalni unutrašnji sukob zakona.

66 Zakon normira obavezu i pravo roditelja da zastupaju svoju maloljetnu djecu (čl. 84. st. 1. PZRS), odnosno ovlašćuje staraoca da zastupa štićenika (čl. 92. PZRS), i da u njegovo ime i za njegov račun zaključuje pravne poslove (čl. 203. st. 1. PZRS).

67 Čl. 84. st. 3. i čl. 203. st. 2. PZRS.

68 Iako PZBiH ne sadrži odredbu kojom se maloljetne osobe po kriteriju uzrasta dijele na kategoriju poslovno nesposobnih i ograničeno poslovno sposobnih, u bosanskohercegovačkoj doktrini i praksi je preovladao stav o postojanju ovakve podjele. Do tog zaključka se došlo na osnovu posrednog tumačenja pojedinih normi PZBiH-a (čl. 208.), i sudskih presuda. O navedenom rješenju PZBiH-a i kritikama koje su mu upućivane vidjeti detaljnije: M. Denišlić, *Poslovna sposobnost maloljetnika u jugoslovenskom pravu*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu 1988, 136.

69 Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Republike Srpske (verzija od septembra 2011. godine), čini podjelu maloljetnika prema uzrastu, određujući da dijete starije od 15 godina može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže zaradom i imovinom stečenom vlastitim radom, sačinjavati testament i preduzimati druge pravne radnje u skladu sa zakonom. Izuzetno, dijete koje je navršilo 14 godina može, uz saglasnost svog roditelja, odnosno organa starateljstva, sklapati pravne poslove kojima pribavlja prava, te pravne poslove male vrijednosti (čl. 84. st. 3. i 4. Nacrta). Ovakvim rješenjem se ne uvažavaju rastuće sposobnosti djeteta, jer se njime i maloljetnici koji su nesumnjivo dostigli određeni nivo tjelesne, psihičke i intelektualne zrelosti onemogućavaju u samostalnom sklapanju pravnih poslova *inter vivos*. Onemogućeno im je sklapanje čak i onih poslova iz kojih bi za sebe mogli steći isključivo prava i koristi. Uz to, teretne pravne poslove će za njih do punoljetnosti sklapati njihovi zakonski zastupnici. Time se ovoj kategoriji maloljetnih osoba uskraćuje prilika postepenog uključivanja u pravni promet i navikavanja na samostalno preuzimanje prava i obaveza. Takvo rješenje nije adekvatno savremenim pravnim shvatanjima.

70 Najčešće se radi o teretnim ugovorima, pomoću kojih djeca zadovoljavaju svoje uobičajene životne potrebe (kupovina hrane i odjeće, školskog pribora, korištenje sredstava javnog prevoza itd.) – to su tzv. faktički ugovori. U ZOO-u postoji pravna praznina u pogledu njihovog regulisan-

Budući da se u praksi ovakvi pravni poslovi stalno zaključuju, oni su prihvaćeni iz praktičnih razloga i njihova se valjanost ne dovodi u pitanje.

Uzrast za stjecanje potpune poslovne sposobnosti u sva tri porodična zakona koji važe na teritoriju Bosne i Hercegovine je jednako određen – to je navršena 18. godina.[71] Izvjesne razlike između ovih zakona postoje u pogledu normiranja emancipacije maloljetnika. PZFBiH i PZBD regulišu mogućnost prijevremenog stjecanja potpune poslovne sposobnosti sklapanjem braka i roditeljstvom,[72] a PZRS samo sklapanjem braka.[73] [74]

U vezi sa stjecanjem potpune poslovne sposobnosti je i institut produženje roditeljskog prava, kojeg je PZRS preuzeo iz ranije važećeg zakona, dok su ga PZFBiH i PZBD napustili i umjesto njega uveli institut roditeljsko staranje nakon punoljetnosti djeteta.

Prema odredbama PZRS-a, nad djetetom koje je postalo punoljetno, a koje zbog tjelesnog ili duševnog nedostatka nije sposobno starati se o sebi, svojim pravima i interesima moguće je produžiti roditeljsko pravo. Sud odlučuje o produženju roditeljskog prava u vanparničnom postupku na zahtjev djetetovih roditelja, usvojica ili organa starateljstva.[75] Kada prestanu razlozi zbog kojih je roditeljsko pravo produženo, sud će na traženje ovlaštenih osoba donijeti odluku o njegovom prestanku.[76] PZFBiH normira mogućnost ostvarenja roditeljskog staranja i nakon punoljetnosti djeteta kojem je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, ako su roditelji za to sposobni i na to pristaju. Odluku o roditeljskom staranju nakon punoljetnosti djeteta donosi sud

ja, dok iz tumačenja relevantnih odredaba PZFBiH-a, PZRS-a i PZBD-a proizilazi da ih maloljetne osobe, neovisno o uzrastu, ne mogu samostalno sklapati. U pravu Republike Srpske *de lege ferenda* bi ovo pitanje trebalo biti decidno regulisano. Supra, bilj. 69.

71 Čl. 157. st. 1. i 2. PZFBiH; Čl. 108. PZRS; Čl. 139. st. 2. PZBD. U pravnom sistemu Bosne i Hercegovine (tj. nekadašnje SFRJ), 18. godina je prihvaćena kao uzrast za stjecanje punoljetnosti i potpune poslovne sposobnosti i mnogo vremena prije ratifikacije Konvencije o pravima djeteta. Na taj način je ovo pitanje regulisao tadašnji savezni Osnovni Zakon o odnosima roditelja i djece iz 1947. godine (čl. 16.), a potom je ono jednako uređeno u PZBiH-u (čl. 105.).

72 Prema odredbama PZFBiH-a i PZBD-a, minimalni uzrast u oba slučaja je 16 godina, uz ispunjenje drugih zakonom propisanih uslova (čl. 157. st. 1., čl. 15. st. 2., čl. 340-349., čl. 157. st. 3. i 4., čl. 355-356. PZFBiH; čl. 139. st. 1., čl. 26. st. 2., čl. 139. st. 3. i 4. PZBD).

73 Brak može zaključiti maloljetna osoba koja je napunila 16 godina, ako zadovoljava i ostale pretpostavke određene zakonom (čl. 108. st. 3. i čl. 36. st. 2. PZRS).

74 Za razliku od važećeg rješenja u austrijskom pravu (supra, bilj. 32), u bosanskohercegovačkom pravu maloljetna osoba emancipacijom stječe poslovnu sposobnost u punom obimu, odnosno nije ograničena u vrsti pravnih odnosa koje može samostalno zasnivati. Uz to, potpunu poslovnu sposobnost koju je prijevremeno stekla brakom, neće izgubiti ako brak prestane prije nego ona postane punoljetna.

75 Čl. 104. st. 1. PZRS. Nedostatak ovakvog rješenja primarno se ogleda u činjenici da PZRS nije precizirao trenutak za pokretanje ovog postupka, što ostavlja mogućnost da on bude pokrenut i nakon što dijete stekne punoljetnost, odnosno potpunu poslovnu sposobnost. Time se neopravdano zanemaruje sigurnost pravnog poretka, jer se ne poštuje već stečena potpuna poslovna sposobnost djeteta i dopušta se ponovo uspostavljanje roditeljskog prava koje je *ex lege* prestalo njegovom punoljetnošću. U cilju ostvarenja većeg stepena pravne sigurnosti i zadovoljenja strogog pravnog formalizma, prijedlog za pokretanje postupka bi trebalo podnijeti dok se dijete još nalazi u stadiju maloljetnosti, a postupak okončati do trenutka kada ono postane punoljetno. O kritikama instituta produženje roditeljskog prava vidjeti detaljnije: Traljić N. – Bubić S., 225. i 226.; N. Hlača, *Produženje roditeljskog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 6/1985, 36.

76 Čl. 104. st. 2. PZRS.

u vanparničnom postupku.[77] Istovjetno rješenje sadrži i PZBD.[78] Poput instituta produženja roditeljskog prava, i institut ostvarenja roditeljskog staranja nakon punoljetnosti djeteta nije trajnog karaktera.[79] Odredbe o deliktnoj sposobnosti u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine su slične onima u ABGB-u. Prema ZOO-u, deliktna sposobnost se stječe s navršenih 14 godina. Za dijete u uzrastu od sedme do 14. godine vrijedi oboriva presumpcija deliktne nesposobnosti pa će odgovarati za pričinjenu štetu, ako se dokaže da je pri njenom prouzrokovanju bilo sposobno za rasuđivanje.[80]

Sposobnost maloljetne osobe da sačini testament regulisana je na drugačiji način u odnosu na rješenje ABGB-a. Prema ZNBiH-u testamentarna sposobnost se stječe sa 16 godina,[81] a prema ZNRS-u sa 15 godina.[82] Oba zakona uz dob zahtijevaju kumulativno i sposobnost za rasuđivanje testatora, ali za razliku od ABGB-a, maloljetnim osobama ne postavljaju nikakve granice u pogledu načina očitovanja volje *mortis causa*.

4.2. Osobni aspekt statusa

Afirmacija stava o potrebi poštovanja osobnosti djeteta u svim pravnim odnosima manifestuje se i putem unapređenja položaja maloljetnih osoba u građanskopravnim odnosima vezanim za ličnost. Odredbe tri porodična zakona koja važe na području Bosne i Hercegovine uređuju pravo maloljetnika na izražavanje volje i mišljenja u osobnoj sferi, vezane za njihov porodični status. Maloljetnim osobama također je omogućeno očitovanje pravno relevantne volje u pitanjima raspolaganja vlastitim tjelesnim integritetom i zdravljem pri preduzimanju različitih medicinskih zahvata.

Porodičnopravne norme regulišu brojne odnose u kojima je maloljetnim osobama priznata sposobnost očitovanja volje i mišljenja, jer lični karakter tih odnosa isključuje mogućnost da ih u njima zastupaju roditelji ili staratelj.[83] Kao

77 Čl. 158. i 159. PZFBiH. Ovakav način regulisanja zaštite djece koja punoljetnošću, zbog tjelesnih ili psihičkih nedostataka nisu stekla sposobnost samostalnog staranja o sebi i o svojim pravima i interesima svakako je bolje rješenje u odnosu na rješenje usvojeno u PZRS-u. Mogućnost da odluka o ostvarivanju roditeljskog staranja nakon punoljetnosti djeteta bude donesena samo kad mu je prethodno, odlukom suda potpuno ili djelomično oduzeta poslovna sposobnost, učvršćuje pravnu izvjesnost u pogledu njegovog statusa, čime se u potpunosti štite njegovi interesi.

78 Čl. 140. PZBD.

79 Čl. 158. i 159. PZFBiH; Čl. 140. PZFBiH.

80 Čl. 160. ZOO. Za dijete mlađe od sedam godina odgovaraju njegovi roditelji po principu objektivne odgovornosti, bez obzira na krivicu, dok za štetu koju prouzrokuje dijete starije od ovog uzrasta oni odgovaraju po principu subjektivne odgovornosti, na osnovu pretpostavljene krivice. Za štetu može odgovarati i osoba koja je imala obavezu vršenja nadzora nad djetetom, ali će ona biti ekskulpirana odgovornosti ako dokaže da je nadzor vršila na odgovarajući način ili da bi šteta nastala i pri brižljivom vršenju nadzora. Ako je izazivanje štete posljedica lošeg odgoja djeteta za koji su krivi njegovi roditelji, oni će biti dužni da je naknade (čl. 165-168. ZOO).

81 Čl. 62. ZNBiH.

82 Čl. 64. ZNRS.

83 Ova sposobnost je najčešće definisana objektivnim mjerilom – uzrastom maloljetnika, ali u ovom slučaju nije u pitanju uzrast određen za stjecanje ograničene poslovne sposobnosti, nego je on propisan shodno vrsti pravnog odnosa u kojem maloljetna osoba manifestuje svoju volju.

primjer takvih odnosa mogu se navesti zasnivanje usvojenja te utvrđivanje i osporavanje očinstva i materinstva. PZRS normira da je za usvojenje djeteta starijeg od 10 godina potrebna i njegova saglasnost.[84] Isti uzrast u slučaju nepotpunog usvojenja normiraju i PZFBiH i PZBD, s tim da PZFBiH kumulativno zahtijeva i da je dijete koje daje pristanak sposobno shvatiti značenje usvojenja.[85] Jednaka dobna granica se postavlja kao uslov za pristanak djeteta na promjenu imena i prezimena u postupku nepotpunog usvojenja.[86]

PZFBiH i PZBD propisuju mogućnost da materinstvo i očinstvo djeteta prizna osoba koja je navršila 16 godina, ako je sposobna shvatiti značenje izjave o priznanju.[87]

Ovakve uslove za priznanje očinstva postavlja i PZRS.[88] Porodični zakoni usto ovlašćuju i dijete čije se materinstvo, odnosno očinstvo priznaje, da se izjasni o tom priznanju. PZFBiH i PZBD pritom kumulativno postavljaju dva uslova: minimalni uzrast i sposobnost djeteta da shvati značenje priznanja. Taj uzrast u PZFBiH-u je 14 godina, a u PZBD-u 16 godina.[89] Za razliku od njih, PZRS kao uslov postavlja samo uzrast – dijete mora biti starije od 16 godina.[90]

Volja i mišljenje maloljetnih osoba, shodno njihovom uzrastu i zrelosti, u sve se većoj mjeri uvažavaju i u pitanjima raspolaganja vlastitim tjelesnim integritetom i zdravljem.

Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije Bosne i Hercegovine normira obavezu uključivanja maloljetnog pacijenta u proces davanja pristanka na preduzimanje predložene medicinske mjere u njegovom liječenju, u skladu s njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje. Ako je maloljetna osoba navršila 15 godina života i posjeduje sposobnost za rasuđivanje, ona može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku mjeru, izuzev u zakonom taksativno određenim slučajevima.[91] Mišljenje maloljetnog pacijenta mora se uzeti u obzir i kad se donosi odluka o provođenju medicinskog i naučnog istraživanja nad njim.[92]

Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske normira da pristanak na medicinski tretman za maloljetnog pacijenta daje njegov zakonski zastupnik ili jedan od zakonom određenih srodnika, ali u određenim situacijama ovlašćuje maloljetnika starijeg od 15 godina na samostalno iskazivanje tog pristanka.[93]

Generalno gledajući, njegov raspon se u porodičnom pravu Bosne i Hercegovine kreće između 10. i 16. godine života. U pojedinim odnosima se kao uslov za stjecanje te sposobnosti, zajedno sa uzrastom ili pak samostalno, zahtijeva sposobnost za rasuđivanje, odnosno zrelost maloljetne osobe.

84 Čl. 145. st. 2. PZRS.

85 Čl. 103. st. 2. PZFBiH; Čl. 87. st. 2. PZBD.

86 Čl. 118. st. 3. PZFBiH; Čl. 101. st. 3. PZBD; Čl. 167. st. 1. PZRS. Dok PZFBiH i PZBD dopuštaju i mogućnost promjene imena usvojeniku, PZRS propisuje samo mogućnost promjene njegovog prezimena.

87 Čl. 57. PZFBiH; Čl. 52. st. 3. PZBD.

88 Čl. 114. PZRS. Ovaj Zakon ne normira mogućnost priznanja materinstva.

89 Čl. 60. st. 2. i čl. 63. st. 1. PZFBiH.; Čl. 52. st. 3. PZBD.

90 Čl. 119. st. 1. PZRS.

91 Čl. 22. st. 2. i 5. ZPOOPFBiH. Među slučajeve koji čine izuzetke, taksativno normirane u čl. 22. st. 5., spadaju operativni zahvati i prekid trudnoće. Zakon u čl. 22. st. 6. propisuje da dijete koje je navršilo 15. godinu života u takvim situacijama mora biti konsultovano i od njega zatraženo mišljenje, shodno njegovoj sposobnosti i zrelosti rasuđivanja.

92 Čl. 38. st. 3. ZPOOPFBiH.

93 Radi se o slučajevima sumnje u postojanje zarazne bolesti i bolesti ovisnosti ili njihovog nesum-

Shodno odredbama važećih zakona o uslovima i postupku za prekid trudnoće u Bosni i Hercegovini, maloljetna trudnica starija od 16 godina, koja ispunjava i druge zakonom propisane uslove, ovlaštena je samostalno podnijeti zahtjev za prekid trudnoće.[94] Zakon o transplantaciji organa i tkiva u cilju liječenja Federacije Bosne i Hercegovine priznaje maloljetnim osobama ovlaštenje da se određenom obimu izjasne u pogledu davanja tkiva za transplantaciju.[95]

Poput ABGB-a, porodični zakoni u Bosni i Hercegovini štite tjelesni i psihički integritet djeteta. PZFBiH i PZBD sankcionišu pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe, zlostavljanja i zanemarivanja u porodici[96] te propisuju obavezu roditelja na zaštitu njihovog djeteta od svih vrsta nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije i seksualne zloupotrebe koje nad njim provode druge osobe.[97] PZRS sadrži odredbu kojom zabranjuje roditeljima i ostalim članovima porodice da dijete podvrgavaju ponižavajućim postupcima, duševnom i tjelesnom kažnjavanju, odnosno zlostavljanju.[98]

5. ZAKLJUČAK

ABGB se primjenjuje u Bosni i Hercegovini više od jednog vijeka, pri čemu snažno utječe na regulaciju brojnih segmenata bosanskohercegovačkog građanskog prava. Jedan od dobrih primjera za ilustraciju tog utjecaja jeste regulacija pitanja građanskopravnog statusa maloljetnih osoba. Ova materija primarno je normirana odredbama porodičnih zakona, a potom i odredbama Zakona o obligacionim odnosima, zakona o nasljeđivanju, zakona iz oblasti zdravstva itd. Komparacija relevatnih rješenja ABGB-a i PZFBiH-a pokazuje njihovu znatnu podudarnost. Ona se najbolje ogleda u normiranju cilja i sadržaja instituta roditeljsko staranje te načinu regulisanja poslovne sposobnosti maloljetnika – identični su kriterij i uzrast za podjelu maloljetnika, a na jednak način je definisan i obim ograničene poslovne sposobnosti. Očigledno je da su zakonodavcu u Federaciji BiH odredbe ABGB-a poslužile kao normativni model pri uređenju ove materije.

Regulacija ovih pitanja u PZBD-u je veoma slična rješenju PZFBiH-a. Ako se ima u vidu da je PZBD donesen izvjesno vrijeme nakon PZFBiH-a, sasvim je jasno da su pri kreiranju najboljeg normativnog rješenja poslovne sposobnosti u Brčko Distriktu konsultovane odredbe PZFBiH-a, odnosno ABGB-a.

---

njivog postojanja (čl. 25. st. 1. i 3. ZZZRS).

94 ZPTBiH ovakvu mogućnost normira samo za maloljetne trudnice koje vlastitim radom ostvaruju sredstva za život (čl. 3. st. 2.), dok ZPTRS uz normirani uzrast kao uslov postavlja i poslovnu sposobnost (čl. 5. st. 3.).

95 Radi se o slučajevima transplantacije od živog davaoca. Pristanak na izvođenje zahvata za maloljetnika daje njegov zakonski zastupnik, ali se zahvat ne smije izvesti ako mu se maloljetni davalac protivi (čl. 24. ZTFBiH). Zakonodavstvo o transplantaciji Republike Srpske izričito zabranjuje mogućnost da maloljetna osoba bude davalac dijelova tijela za presađivanje *ex vivo* (čl. 29. ZTTĆRS).

96 Čl. 127. PZFBiH; Čl. 110. PZBD.

97 Čl. 134. PZFBiH; Čl. 117. PZBD.

98 Čl. 97. st. 1. PZRS.

PZRS uređuje ovu materiju na drugačiji način u odnosu na PZFBiH i PZBD. Usto, njegova rješenja nisu usklađena sa savremenim trendom uvažavanja volje i mišljenja maloljetnih osoba u svim pravnim odnosima, shodno njihovom uzrastu i zrelosti. Sudeći prema predloženim izmjenama, tekuća reforma ovog Zakona će u tom pogledu donijeti izvjesno poboljšanje. *De lege ferenda*, maloljetnim osobama bi mogućnost samostalnog učešća u pravnom prometu trebala biti priznata u nešto većem obimu nego dosad. Po uzoru na odredbe ABGB-a kojima se maloljetnim osobama omogućava izražavanje volje i mišljenja u odnosima neimovinske prirode, vezanim za ličnost, takvo ovlaštenje priznato je maloljetnim osobama i u bosanskohercegovačkom građanskom i porodičnom pravu. Ovo rješenje također je u skladu sa odredbama Konvencije o pravima djeteta i drugim međunarodnim dokumentima kojima su sankcionisana dječja, odnosno ljudska prava.

Literatura

- Alinčić M. et al., Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2001.
- Barta H., Online Lehrbuch Zivilrecht, Kapitel 4, Die natürliche Person, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap4_0.xml?section-view=true;section=1#Die Rechtsfähigkeit, 7.12.2011.
- Bubić S. – Traljić N., Roditeljsko i starateljsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.
- Denišlić M., Poslovna sposobnost maloljetnika u jugoslovenskom pravu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1988.
- Fischer-Czermak C., Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindshaftsrechts – Änderungsgesetz 2001, Österreichische Juristen-Zeitung 8/2002.
- Hlača Nenad, Produženje roditeljskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 6/1985.
- Hopf G. – Weitzenböck J., Schwerpunkte des Kindschaftrechts – Änderungsgesetzes 2001, Österreichische Juristen-Zeitung 14-15/2001.
- Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009.
- Traljić N. – Bubić S., Porodično pravo, Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 1998.

Ivan Belaj, asistent
Sanja Gongeta, asistent
Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru

UGOVOR O DAROVANJU – OGZ KAO TEMELJ NOVOG ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA

Abstract:

Contract of gift has been introduced as a denominated contract with the introduction of the new Law of Obligations in 2005. Until then, the legal rules of former General Civil Code has been applied to this contract. There is a long history of use of legal rules of General Civil Code for contract of gift, from 01 May 1853 to 01 January 2006. In this paper we tried to analyze questions of introduction of General Civil Code in Croatian legal system, its retention in Croatian legal system, influence of legal rules of former General Civil Code for contract of gift on development of modern Croatian system of obligations. There are many similarities between former legal rules of General Civil Code for contract of gift and lawfully rules for contract of gift in Law of Obligations '05. But, we need to note, rules of new Law of Obligations for contract of gift follow the tradition of legal rules of General Civil Code for contract of gift, but it's also implemented many modern regulations which are required by modern obligations requirements.

Keywords: ***contract of gift, General Civil Code, Law of obligations.***

1. UVOD

Jačanjem kapitalizma kao oblika uređenja ekonomskih odnosa, početkom 19. st., javlja se i potreba za jačom pravnom zaštitom poduzetničkih sloboda bez kojih je kapitalizam nezamisliv. Stoga, u cilju snažne i jedinstvene primjene pravne zaštite poduzetništva, austrijski car 01. lipnja 1811. godine objavljuje Allgemeines Burgeliches Gesetzbuch (dalje: ABGB), koji stupa na snagu 01. siječnja 1812. u austrijskim pokrajinama koje nisu bile pod francuskom okupacijom.

Uz želju za većim gospodarskim napretkom, treba ispuniti i određene preduvjete poput stvaranja jedinstvene i unaprijed poznate pravne regulative. Stoga, ne čudi činjenica da su se tada određeni društveni slojevi, ponajprije feudalci, oštro usprotivili uvođenju jednog takvog Zakonika.

Taj je Zakonik, u Hrvatskoj uveden 01. svibnja 1853. (s manjim izuzecima) i poznat je pod nazivom Opći građanski zakonik.[1]

Odredbe OGZ-a vrlo su dugo bile primjenjivane u praksi hrvatskih sudova, a iz razloga što su se pojedine odredbe primjenjivale kao pravna pravila u slučaju postojanja praznina, koje je trebalo popuniti odgovarajućim odredbama. Upravo je to slučaj i s ugovorom o darovanju, koji postaje imenovani

1 Opći građanski zakonik - OGZ

ugovor tek donošenjem Zakona o obveznim odnosima iz 2005. (dalje: ZOO '05). Već šturom analizom odredbi OGZ-a, koje se tiču ugovora o darovanju, postaje jasno kako današnje uređenje tog ugovora u bitnome ne odudara od onoga propisanog OGZ-om.

Moramo napomenuti, kako su hrvatski sudovi bez većih teškoća, primjenjivali pravna pravila OGZ-a o ugovoru o darovanju.

2. OGZ KAO DIO HRVATSKOG PRAVNOG SUSTAVA

2. 1. Uvođenje OGZ-a u hrvatski pravni sustav

Premda nam nije namjera baviti se povijesnim pitanjima, smatramo nužnim iznijeti kratki povijesni pregled uvođenja, zadržavanja i „preživljavanja" OGZ-a u Hrvatskoj.

Naime, kako je poznato, Opći građanski zakonik je u Hrvatskoj[2]stupio na snagu 1. svibnja 1853. godine. Ne bismo smjeli previdjeti činjenicu kako je OGZ već ranije stupio na snagu u hrvatskim zemljama koje tada nisu bile u sastavu Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije.

OGZ je već od ranije, točnije od 01. siječnja 1812., bio na snazi u Vojnoj krajini (onom dijelu koji nije bio pod francuskom okupacijom). 01. lipnja 1814. god. stupa na snagu u Karlovačkoj i Banijskoj krajini, 01. listopada 1815. u Istri i Rijeci, 01. siječnja 1816. u Dalmaciji, 01. listopada 1816. na otocima Korčuli, Visu, Lopudu, Šipanu, Mljetu i Lastovu, a 1920. i u dijelu karlovačkog okruga koji je bio u sastavu Kraljevine Ilirije.[3]

Ne bismo smjeli zaboraviti činjenicu kako je OGZ 01. svibnja 1853. godine također stupio na snagu u odnosu na Ugarsku, Vojvodinu i Banat, a 29. siječnja 1855. je u primjeni za one austrijske državljane koji su živjeli u Bosni i Hercegovini. 29. prosinca 1878. Zakonik je u primjeni na području cijele BiH, ako su postojale pravne praznine koje je trebalo popuniti odredbama OGZ-a.[4]

Uvođenje OGZ-a u Hrvatskoj predstavlja prekretnicu u pogledu širih društvenih odnosa. Neoboriva je činjenica kako je OGZ pozitivno utjecao na razvoj hrvatskog pravnog sustava i pravne znanosti, no uvođenje OGZ-a u Hrvatskoj potaklo je i razvoj na ostalim područjima društvenih odnosa poput ekonomije, kulture itd.

Premda taj Zakonik nije u Hrvatskoj dočekan s oduševljenjem, najviše radi toga jer je „nametnut" od u hrvatskom narodu tada omražene austrijske vlasti, možemo reći kako je on ipak omogućio nesumnjiv i značajan razvoj hrvatskog građanskopravnog sustava.

---

2 stupio je na snagu u Hrvatskoj i Slavoniji tj. onim krajevima koji su bili pod vlašću Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije

3 N. Gavella, Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropski pravni krug – u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 43(4), 1993., 337.

4 M. Vuković, Pravila građanskih zakonika, Školska knjiga, Zagreb, 1961., VI.

2. 2. „Preživljavanje“ OGZ-a u Hrvatskoj

Kada je Hrvatska dobila priliku, donošenjem listopadske diplome (1860.), a kasnije i sklapanjem Hrvatsko-Ugarske nagodbe (1868.) za stvaranje vlastitog građanskopravnog sustava, nije ju iskoristila. Naime, tada je prvo djelomično, a kasnije u potpunosti Hrvatskoj vraćena zakonodavna nadležnost. ABGB prestaje važiti kao austrijski, a od tada važi kao hrvatski građanski zakonik i to pod nazivom Opći građanski zakonik. Kako je Hrvatska stekla autonomiju u pogledu zakonodavstva, uprave, bogoštovlja, nastave i pravosuđa, na daljnji razvoj OGZ-a nisu utjecale kasnije austrijske novele ABGB-a.[5] U onim krajevima u koje nije dosezala zakonodavna vlast Sabora trojedne kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, ipak su važile novele ABGB donesene 1914.-1916.[6] [7]

Po završetku I. svjetskog rata Hrvatska stupa u novu državnu tvorevinu pod nazivom Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, koja 1929. mijenja naziv u Kraljevina Jugoslavija. U takvoj novostvorenoj državi, Hrvatska gubi svaki vid zakonodavne samostalnosti koju je imala od 1868. godine, no zbog određenih okolnosti u Hrvatskoj je i dalje na snazi OGZ. On je nastavio važiti iz razloga što je derogiranje odredbi OGZ-a (no i ostalih građanskih zakonika koji su vrijedili na području Kraljevine Jugoslavije) odgođeno do donošenja jedinstvenog građanskog zakonika za područje cijele Kraljevine Jugoslavije. Kako to, uza sva nastojanja, ipak nije učinjeno, OGZ se i dalje zadržao u primjeni na području Hrvatske. Usprkos, čini nam se, ozbiljnim namjerama za stvaranjem jedinstvenog građanskog zakonika koji bi važio na području cijele Kraljevine Jugoslavije, a po uzoru na OGZ, do realizacije te ideje ipak nije došlo.

Tako je OGZ, u primjeni na području Hrvatske, dočekao i razdoblje II. svjetskog rata za vrijeme čijeg trajanja je bio na snazi tamo gdje su djelovali sudovi Nezavisne Države Hrvatske, ukoliko njegove odredbe nisu bile derogirane nekim drugim propisima. Tako se OGZ, iako ne u cijelosti, ipak održao u primjeni na određenom teritoriju Hrvatske.

Nakon II. svjetskog rata Hrvatska u novoj Jugoslaviji dobiva određene zakonodavne ovlasti, no nedovoljne da bi mogla sama kreirati svoj građanskopravni poredak. OGZ prestaje važiti, barem kao zakon. Njegove odredbe i dalje ostaju vrlo bitne i od vitalnog su značaja za praksu tadašnjih sudova. One su i dalje u primjeni kao pravna pravila, a to temeljem Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 06. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije.

Primjena odredbi OGZ-a kao pravnih pravila nije bila bezuvjetna, a da bi do nje došlo bilo je potrebno ispuniti određene kriterije. Prvi je da je o primjeni takvih zakona donesena odluka Prezidijuma Narodne skupštine. Drugi kriterij je postojanje pravne praznine koju bi trebalo popuniti primjenom odgovarajućih pravila derogiranih zakona, a da takve odredbe nisu u suprotnosti s zakonima novog (jugoslavenskog) pravnog poretka i Ustava Federativne Narodne Republike Jugoslavije. Zapravo je paradoksalna situacija moguće primjene odredbi OGZ-a u Republici Jugoslaviji.

---

5 ibid., 341.

6 ibid., 342.

7 U tome razdoblju donesene su ukupno tri novele. Prva novela stupila je na snagu 13. listopada 1914, druga 25. srpnja 1915. i treća novela 21. ožujka 1916. godine.

Kako smo ranije obrazlagali, OGZ je donesen kao odgovor suvremenim potrebama razvoja kapitalizma te razvoja slobodnog privatnog poduzetništva, dok ekonomska politika Republike Jugoslavije u svemu odudara od tih načela, jer svojim socijalističkim načelima uvijek daje prednost kolektivu (radničkoj klasi), a ne pojedincu. Kako bilo, pravna pravila OGZ-a su preživjela i dočekala samostalnu Republiku Hrvatsku. Nakon raskidanja veza s bivšom državom, napokon je pružena mogućnost samostalnoj izradi građanskopravnog okvira za Republiku Hrvatsku.

2. 3. Primjena pravnih pravila OGZ-a glede ugovora o darovanju

Već smo u uvodnom dijelu rada napomenuli kako su pravna pravila OGZ-a, glede ugovora o darovanju, u Republici Hrvatskoj, primjenjivana na ugovore sklopljene do 01. siječnja 2006. godine. Zakon o obveznim odnosima iz 1978[8] - ZOO '78 nije sadržavao odredbe o ugovoru o darovanju.

Poznato je da je isti zakon preuzet u hrvatski pravni sustav i takav je, uz određene novele, bio na snazi sve do 01. siječnja 2006. Radi te i sličnih pravnih praznina bilo je nužno naći rješenje u primjeni nekih drugih pravila, u ovom slučaju pravnih pravila OGZ-a. To je i utemeljeno Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima[9], točnije čl. 27. „paragrafi Općeg građanskog zakonika glede darovanja i ortakluka primjenjivat će se kao pravna pravila ukoliko su u suglasnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske". Nadopunu ovog pravila sadrži Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 06. travnja 1941.[10]

Radi dobivanja što preglednijeg teksta (ZOO '78 postao je nepregledan radi brojnih izmjena koje su uslijedile nakon njegova donošenja) i ispravljanja terminologije koja jednostavno nije bila primjerena duhu hrvatskog standardnog jezika, donesen je novi Zakon o obveznim odnosima iz 2005 - ZOO[11].

Također taj je tekst zakona usklađivan i sa pravom Europske Unije, a na čiju se implementaciju Republika Hrvatska obvezala. ZOO podijeljen je na tri dijela i to: 1. Opći dio, 2. Posebni dio i 3. Prijelazne i završne odredbe. Nama zanimljive odredbe, vezane uz ugovor o darovanju, sadržane su prije sve u općim odredbama koje vrijede za sve ugovorne odnose (Opći dio) te u Posebnom dijelu (Glava VIII. Ugovorni obvezni odnosi; odjeljak 2. Ugovori;

8 Zakon o obveznim odnosima – ZOO '78, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 57/89

9 Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine br. 53/1991, 73/1991, čl. 1. „Pravni propisi (zakoni, uredbe, naredbe, pravilnici i dr.) koji su bili na snazi na dan 06. travnja 1941. godine primjenjivat će se u Republici Hrvatskoj kao pravna pravila. Pravna pravila iz stavka 1. ovoga članka primjenjivati će se ukoliko su, sukladno posebnim propisima, do dana stupanja na snagu ovog propisa, primjenjivana u Republici Hrvatskoj." čl. 2. „Pravna pravila sadržana u propisima iz članka 1. ovoga zakona primjenjivat će se na odnose koji nisu uređeni važećim propisima Republike Hrvatske ukoliko su u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske."

10 Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 06. travnja 1941., Narodne novine br. 73/91

11 Zakon o obveznim odnosima – ZOO, Narodne novine br. 35/05, 41/08.

odsjek 4. Ugovor o darovanju – čl. 479. – 498.) Slijedom iznijetog možemo zaključiti kako je OGZ odigrao vrlo važnu ulogu, ne samo u praksi hrvatskih sudova, već i u stvaranju modernog hrvatskog građanskopravnog sustava.

3. UGOVOR O DAROVANJU

3. 1. Položaj ugovora o darovanju u OGZ-u

Ugovor o darovanju se pojavljuje, kao samostalni pravni posao, tek u IV. stoljeću. On je u OGZ-u svoje mjesto našao u 2. dijelu (O pravu na stvari), razdjelu 2. (O osobnim pravima na stvari), poglavlju 18. (O darovanjima)[12], a od par. 936. do 956.

3. 2. Općenito o ugovoru o darovanju

Iako je današnja definicija ugovora o darovanju, sadržana u čl. 479. ZOO '05 „ugovor o darovanju nastaje kad se darovatelj obveže prepustiti obdareniku bez protučinidbe stvar ili imovinsko pravo, a obdarenik to prihvati", u mnogočemu slična onoj sadržanoj u par. 938. OGZ-a „Pogodba, kojom se kakva stvar daje komu bez plaće, zove se darovanje". Brojni su autori davali različite definicije ugovora o darovanju u čije ocjene ne bismo sada ulazili. S teorijskog gledišta najprihvatljivija nam se čini, a ona je upravo na tragu odredbe čl. 479. ZOO-a, slijedeća definicija: „darovanje je ugovor kojim jedna strana (darovatelj) dobrovoljno i besplatno prepušta drugoj strani (daroprimac, obdarenik) imovinsku korist, a ova to prihvaća.[13]

Na prvi pogled odmah primjećujemo kako je novi ZOO '05, za razliku od OGZ-a, kao objekt darovnog ugovora uz stvari naveo i prenosiva imovinska prava. ZOO '05 još izričito navodi da je za nastanak ugovora o darovanju potreban i pristanak daroprimca. Iako OGZ ne sadrži izričitu odredbu o potrebi pristanka daroprimca, nesporno je da se za darovanje traži i pristanak daroprimca.[14] Daroprimac svoj pristanak može dati izričito (riječima), uobičajenim znakovima ili nekim drugim ponašanjem iz kojega se sa sigurnošću može zaključiti o postojanju i sadržaju volje za sklapanje ugovora o darovanju te o identitetu davatelja takve izjave.[15] Tako će se npr. smatrati da je daroprimac prihvatio darovanje ukoliko se na temelju isprave kojom mu darovatelj omogućava upis vlasništva na darovanim nekretninama, on zaista i obavi zemljišnoknjižni prijenos prava vlasništva. Prihvat dara od strane

12 izvorno: *Von Schenkungen*

13 M. Vedriš, P. Klarić, Građansko pravo, Narodne novine, 2009., 507.

14 Rješenje Vrhovnog suda Narodne Republike Bosne i Hercegovine, Gzz 14/52, od 06. marta 1952., „za valjanost odricanja od nasljedstva u korist seljačke zadruge, pored izjave nasljednika kao poklonodavca, potreban je i pristanak seljačke radne zadruge kao poklonoprimca, jer se ne radi o zakonskom nasljeđivanju, nego o poklonu."

15 ZOO, čl. 249. st. 1.

obdarenika nužan je element postojanja ugovora o darovanju.[16] ZOO-om je predviđena mogućnost predaje dara (pokretne stvari) od strane darovatelja prije prihvata dara od strane obdarenika. Člankom 481. propisano je „Ako je pokretna stvar predana obdareniku prije nego se očitovao da prihvaća dar, smatrat će se da je dar prihvaćen, ako ga obdarenik nije otklonio u roku koji mu je ostavio darovatelj". Važno je napomenuti kako navedena odredba može pobuditi sumnju u to radi li se o predaji stvari isključivo u funkciji ponude za darovanje ili o predaji u posjed po nekoj drugoj osnovi.[17]

3. 3. Predmet ugovora o darovanju

Najkraći odgovor na pitanje što sve može biti predmetom ugovora o darovanju bio bi, sve ono što nije posebnim propisom ili po naravi stvari isključeno od te mogućnosti. Ono što nesporno može biti premetom ugovora o darovanju jesu stvari in commercio i to bez dodatnih ograničenja. Stvari extra commercium se u pravilu ne mogu darivati, već je promet takvim stvarima ograničen brojnim dodatnim propisima. Primjerice, moguće je darivati vlastite organe, koji su nedvojbeno stvar extra commercium, ali samo ako je takvo darovanje u skladu s odredbama Zakona o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja[18]. Tako određuje i ZOO u čl. 380. st. 2.[19] kada je riječ o kupoprodaji, pa bi se shodno tome takva odredba trebala primijeniti i na ugovor o darovanju. Darovati se mogu sve sadašnje i buduće stvari, prenosiva imovinska prava te sadašnja i najviše polovina buduće imovine.[20]

Odredbu o tome da se ugovorom o darovanju može raspolagati cijelom sadašnjom imovinom (patrimonium praesens) te najviše polovicom buduće imovine (patrimonium futurum), sadrži i OGZ u par. 944.[21] Takva odredba zapravo omogućava zaštitu darovatelja, jer bi isti uslijed vlastite nepromišljene odluke ili pak manipulacije drugih, u suprotnome mogao biti egzistencijalno ugrožen. Ugovorom o darovanju mogu se darovati samo prenosiva imovinska prava. Naravno, prenosiva imovinska prava nastala na obvezi iz neprenosivih imovinskih prava, mogu biti predmetom ugovora o darovanju. U odnosu na OGZ, novi ZOO sadrži i jednu potpuno novu odredbu. Propisano je da ugovor o darovanju kojim se darovatelj obvezao na povremena davanja prestaje smrću

16 VSRH, Rev 3151/93, „Svakako da je za presuđenje od presudnog značenja ovjerena i jednostrana izjava prednika stranaka od 31. kolovoza 1961. godine na kojoj tužitelj uz tvrdnju da je ponuđeno darovanje prihvatio, kao ugovor o darovanju, temelji tužbeni zahtjev za utvrđenje prava vlasništva. Pitanje je li tužitelj uistinu prihvatio ili ne ponuđeno darovanje jest činjenično pitanje pa kada su sudovi utvrdili da tužiteljevog prihvata nema onda su pravilno pravno zaključili da između oca stranaka i tužitelja nije nastao obvezno pravni odnos iz ugovora o darovanju."

17 V. Gorenc et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005., 749.

18 Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, Narodne novine br. 177/04, 45/09.

19 ZOO, čl. 380. st. 2., „Za prodaju stvari čiji je promet ograničen vrijede posebni propisi"

20 ZOO, čl. 480. st. 1.

21 OGZ, par. 944., „Vlasnik neograničeni, ako pazi na propise zakonite, može raspoklinjati i svukoliku svoju imovinu. Ali pogodba, kojom se dariva buduća imovina, valja samo onda, ako ne prelazi polovinu buduće imovine".

darovatelja, ako iz ugovora ne proizlazi što drugo.[22] Zadaća ove odredbe je zaštiti nasljednike darovatelja, ako sam darovatelj nije odlučio drugačije.

3. 4. Animus donandi

Bitan element ugovora o darovanju je i volja darovatelja da obdareniku učini besplatno darovanje, tzv. animus donandi. Bez takve volje nema ni ugovora o darovanju. Da tome nije tako, onda bi već i sama predaja stvari imala značenje darovanja. Tako npr. samo polaganje novca na ime neke osobe nema značaj darovanja, ukoliko je utvrđeno da kod osobe koja je položila novac, nije postojala volja koja se traži za darovanje.[23] Također, npr. sama predaja ključeva stana, bez volje darovatelja da se učini darovanje obdareniku, nema učinak ugovora o darovanju. Izjava volje za darovanje mora biti učinjena slobodno i ozbiljno.[24]

3. 5. Oblik ugovora o darovanju

Ranije smo napomenuli kako ugovor o darovanju svrstavamo među formalne ugovore. Naime, pisani je oblik ugovora propisan ukoliko je predmet darovanja nekretnina.[25]

Mogli bismo reći kako propisani pisani oblik ugovora zapravo ima dvostruku ulogu. Prva je jača zaštita darovatelja, a druga veća vjerojatnost da će stranke biti upoznate sa sadržajem samog ugovora. Treba imati na umu kako se pisani oblik ugovora o darovanju zahtjeva uvijek kada je predmet darovanja nekretnina. Nadalje, ugovor o darovanju bez prave predaje stvari mora biti sklopljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave.[26]

Ukoliko izostane prava predaja stvari (nr. kod darovanja nekretnine stupanje u posjed i upis vlasništva u zemljišne knjige) tada se za valjanost ugovora o darovanju traže stroži uvjeti, onako kako propisuje čl. 482. st. 2. ZOO-a. Mišljenja smo kako navedenu odredbu ZOO-a treba primijeniti i ako bi se radilo o darovanju prenosivih imovinskih prava. ZOO propisivanjem forme darovnog ugovora u navedenim situacijama, ostavlja mogućnost da se valjano darovanje s pravom predajom stvari, a ako predmet darovanja nije nekretnina, obavi u bilo kojem dopuštenom obliku. Navedene odredbe ZOO-a zapravo nam daju naslutiti kako su svoj temelj pronašle u par. 943. OGZ-a.[27]

22 ZOO, čl. 480. st. 4.

23 VSRH, Rev 2872/1992-2, „Nije naime u pravu sud drugog stupnja da je sama činjenica polaganja novca na ime tužitelja imala značaj darovanja. Naprotiv, pravilno je sud prvog stupnja zauzeo stajalište da bi takav čin tuženika imao značaj darovanja u slučaju kad bi kod tuženika postojala volja da novac daruje tužitelju, a za koju je sud utvrdio da nije postojala, pa je za takvo svoje utvrđenje dao razloge."

24 ZOO, čl. 249. st. 3.

25 ZOO, čl. 482. st. 1.

26 ZOO, čl. 482. st. 2.

27 OGZ, par. 943., „Iz darovne pogodbe, koja je učinjena samo usmeno bez prave predaje darovane stvari, daroprimac ne zadobiva nikakva tužbenog prava. Ovo pravo treba da je na pismenoj is-

Prema pravilima OGZ-a stroži uvjeti ugovora o darovanju tražili su se za ugovor o darovanju, koji je učinjen u usmenoj formi, bez prave predaje stvari. Analogno tome, za ugovor o darovanju s pravom predajom stvari, nema propisanog oblika. No da bi ugovor o darovanju nekretnine bio valjan, ta bi se „prava predaja" trebala obaviti po zaključenju ugovora ili u najkraćem razumnom roku.[28]

U suprotnome bi takav ugovor o darovanju bio ništetan. Uočavamo kako OGZ nije poznavao stroži režim pretpostavki za valjanost ugovora o darovanju ako se radi o darovanju nekretnine. Smatramo kako navedena pravila OGZ-a, koja su bitno poboljšana novim ZOO-om, već dugo vremena ne odgovaraju duhu vremena u kojem su primjenjivana. Odredbe OGZ-a o obliku ugovora o darovanju danas ne bi pružale onaj stupanj pravne zaštite koji moderni društveni odnosi zahtijevaju. Iako su se za darovanje, do 01. siječnja 2006. primjenjivala pravna pravila OGZ-a, neki su elementi današnjeg ZOO-a, putem drugih propisa, pronašli svoje mjesto u pravnom sustavu RH.

Takav je slučaj i s oblikom ugovora o darovanju. Naime, već i prije stupanja na snagu novog ZOO-a, postroženi se oblik ugovora o darovanju tražio ukoliko se radi o ugovoru o darovanju bez predaje stvari u neposredan posjed. Zakonom o javnom bilježništvu (dalje: ZJB)[29] propisano je da darovni ugovori bez predaje stvari u neposredan posjed moraju biti sastavljeni u obliku javnobilježničkog akta.[30]

Dakle, postroženi kriteriji za valjanost ugovora o darovanju u odnosu na njegov oblik, već su duže vremena u primjeni u praksi hrvatskih sudova, točnije od 31. ožujka 1994. kada je stupio na snagu ZJB, bez obzira na pravna pravila OGZ-a. U prilog tome govore i brojne odluke hrvatskih sudova iz toga vremena. Tako je npr. utvrđena ništetnost ugovora o darovanju onih ugovora koji nisu imali formu propisanu ZJB-om.[31] [32] [33]

pravi osnovano."

28 VSRH, Rev 58/96

29 Zakon o javnom bilježništvu - ZJB, Narodne novine br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09.

30 ZJB, čl. 53. st. 1. toč. 3.

31 VSRH, Rev 542/03-2, „Prema odredbi čl. 53. st. 1. toč. 3. Zakona o javnom bilježništvu (Narodne novine br. 78/93) propisano je da je za pravnu valjanost darovnih ugovora bez predaje stvari u neposrednom posjedu primatelju potreban javnobilježnički akt. Kako je navedeni zakon lex specialis u odnosu na Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 91/96 – ZV) i počeo se primjenjivati prije sklapanja spornog ugovora (primjenjuje se od 31. ožujka 1994. godine), to zaključeni ugovor nije pravno valjan, pa stoga ne može proizvesti valjane pravne učinke."

32 VSRH, Rev 880/05-2, „Budući da predmetni darovni ugovor na temelju kojeg nije došlo do predaje stvari u neposredan posjed tuženiku kao daroprimcu nije imao navedenu propisanu formu koja je uvjet njegove pravne valjanosti, prihvativši glavni zahtjev za utvrđenje ništavosti toga ugovora sudovi su materijalno pravo pravilno primijenili."

33 VSRH, Rev 995/04-2, „Čl. 33. Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima (Narodne novine br. 53/91, 9/92 i 77/92 – dalje ZOVO) bilo je propisano da se pravo vlasništva nekretnine stječe upisom u zemljišne knjige. Međutim, za prijenos nekretnine darovanjem u slučaju ako ovo darovanje ne slijedi i prava predaja darovane nekretnine daroprimcu, Zakonom o javnom bilježništvu (Narodne novine br. 78/93 i 29/04 – ZJB), propisana je forma javnobilježničkog akta, koja je potrebna za pravnu valjanost takvog ugovora (čl. 53. st. 1. toč. 3. ZJB). Predmetni darovni ugovor nije zadovoljavao ovaj oblik, jer iako sačinjen u pisanoj formi, nije imao formu javnobilježničkog akta. Slijedom toga, takav je darovni ugovor protivan zakonu, pa je zaključeni pravni posao ništav osnovom čl. 103. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine br. 53/91,

Na kraju ovog dijela izlaganja spomenimo i jedno ograničenje tj. dodatni uvjet koji se traži kod stjecanja nekretnina darovanjem. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima[34], kao lex generalis u svezi s pitanjima stjecanja vlasništva na nekretninama, propisano je da strane fizičke i pravne osobe (izuzev državljana i pravnih osoba iz država članica Europske Unije) mogu stjecati vlasništvo na nekretninama u Republici Hrvatskoj. Ta se odredba odnosi i na strane fizičke i pravne osobe koje stječu vlasništvo na nekretninama u Republici Hrvatskoj, temeljem na ugovoru o darovanju.[35]

3. 6. Odgovornost za materijalne i pravne nedostatke

Govoreći o materijalnim, odnosno pravnim nedostatcima ispunjenja ugovora, ne smijemo smetnuti s uma kako prema općim odredbama ZOO-a ta odgovornost vrijedi samo kod naplatnih pravnih poslova. Dakle, pošto je ugovor o darovanju lukrativan pravni posao, darovatelj ne odgovara za materijalne i pravne nedostatke. To je opća odredba od koje postoji izuzetak, a taj je da postoji odgovornost darovatelja za pravne i materijalne nedostatke dara, ukoliko je namjerno prešutio nedostatak i u tom je slučaju dužan obdareniku nadoknaditi štetu koja mu je odatle nastala.[36] Pošto zakonodavac izrijekom ne konkretizira vrstu štete, koju takav darovatelj ima nadoknaditi, uzet ćemo da je on u obvezi nadoknaditi svu štetu koja nastane darovanjem. OGZ u svom tekstu par. 945. predviđa samo odgovornost za pravne nedostatke stvari, odnosno zaštitu od evikcije.[37] Na ovome se mjestu nameće logično pitanje je li ugovor o darovanju valjan ukoliko je darovana tuđa stvar. Odgovor na to pitanje pronaći ćemo u čl. 382. ZOO-a koji govori o kupoprodaji tuđe stvari.[38] Ta bi se odredba trebala primijeniti i na ugovor o darovanju tako bi darovanje tuđe stvari obvezivalo ugovorne strane, ali samo bi obdarenik imao pravo tražiti raskid ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja.[39] OGZ-om je propisano da bi obdarenik imao pravo tražiti naknadu štete, proizašle iz darovanja tuđe stvari, samo ako je darovatelj takvo darovanje učinio namjerno i da obdarenik to nije znao. Isto takvo rješenje, što se tiče pravnih nedostataka dara, sadržano je u ZOO '05, ali je i dopunjeno odredbom o tome da se darovatelj može osloboditi odgovornosti za štetu ako je bio u zabludi glede vlasništva darovane stvari.[40]

73/91 i 3/94 – dalje ZOO)."

34 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – ZV, 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.

35 VSRH, Rev 226/95

36 ZOO, čl. 483. st. 1.

37 OGZ, par. 945., „Tko znajući dariva tuđu stvar, i ovu okolnost zataji daroprimcu, odgovara za štetne posljedice."

38 ZOO, čl. 382., „Kupoprodaja tuđe stvari obvezuje ugovaratelje, ali kupac koji nije znao niti morao znati da je stvar tuđa može, ako se zbog toga ne može ostvariti svrha ugovora, raskinuti ugovor i zahtijevati naknadu štete".

39 VS, Rev 978/90, „Sama činjenica da je darovana tuđa stvar ne čini ništavim ugovor o darovanju. Samo zbog činjenice što je tuženi darovao svoj suvlasnički dio naslijeđenih nekretnina sestri, koje je prije toga valjanim ugovorom otuđio – prodao tužitelju, nije darovni ugovor pravno nevaljan i nisu stečeni uvjeti da se to utvrdi presudom".

40 ZOO, čl. 483. st. 2.

3. 7. Posebne vrste darovanja

3. 7. 1. Nagradno darovanje

Nagradno darovanje bilo je uređeno odredbama OGZ-a.[41] Sadržajem istu odredbu sadržava i ZOO '05 u čl. 488. st. 1.[42] ZOO-om '05 je propisano ako je obdarenik imao pravo na nagradu po osnovi ugovora ili zakona, ne radi se o darovanju, nego naplatnom pravnom poslu.[43] I ta je odredba izgrađena na temelju odredbi OGZ-a.[44] Jasna nam je namjera zakonodavca da i negativnim određenjem odredbe st. 1. istog članka zapravo samo pojača njezin značaj, no mišljenja pojedinih autora su kako nije bilo potrebe za ponavljanjem jedne te iste odredbe.[45] Smisao je ovih odredbi u tome da se još jednom naglasi važnost animus donandi ugovora o darovanju, dakle da se nekome nešto daruje besplatno tj. da na tu darovanu stvar obdarenik od ranije ne polaže kakvo pravo.

3. 7. 2. Darovanje s nametom (donatio sub modo)

Namet ili nalog jest nuzgredna odredba dodana besplatnom pravnom poslu kojom se stjecatelju nameće neka dužnost.[46] Namet vezujemo uz besplatne pravne poslove poput darovanja, oporuke, zapisa i sl. Namet, iz čl. 302. ZOO-a, je potrebno razlikovati od ugovora o nalogu, definiranog čl. 763. ZOO-a.[47] Namet, koji se može ugovoriti uz uobičajeni ugovor o darovanju spada među zakonom dopuštena ograničenja, kojima se utječe na inače zakonom propisane učinke ugovora o darovanju. Pravne posljedice neispunjena ugovorena nameta su (1) ispunjenje nameta ili (2) raskid ugovora, koji može tražiti darovatelj. Stavkom 2. članka 302. ZOO-a propisano je da neispunjenje nameta kod pravnog posla mortis causa ima učinak ispunjenja raskidnog uvjeta. Što se tiče ugovaranja nameta uz ugovor o darovanju, ono je detaljnije uređeno člankom 484. ZOO-a. Tako se uglavkom o nametu može obvezati obdarenika da u korist darovatelja, treće osobe, u javnom ili vlastitom interesu izvrši određenu radnju ili se od nje uzdrži. U trenu prihvata dara, obdarenik prihvaća i ispunjenje nameta

41 OGZ, par. 940., „Sućnost darovanja ostaje ista, ma darovanje to bilo učinjeno iz priznanosti; ili radi zasluga obdarenoga; ili kao osobita njegova nagrada; samo ako obdarenik nije od prije imao na to kakvog prava tužbenog."

42 ZOO, čl. 488. st. 1., „Darovanjem se smatra i ono koje je učinjeno na ime nagrade, priznanja ili neke zasluge, osim ako je obdarenik otprije imao pravo zahtijevati nagradu".

43 ZOO, čl. 488. st. 2.

44 OGZ, par. 941., „Ako je obdarenik imao tužbeno pravo na nagradu radi toga, jer ova među strankama bijaše jur ugovorena ili zakonom propisana; posao prestaje biti darovanje, i smatra se kao pogodba za plaću".

45 V. Gorenc, 755.

46 M. Vedriš, P. Klarić, 125.

47 ZOO, čl. 763. st. 1. „Ugovorom o nalogu obvezuje se i ovlašćuje nalogoprimac poduzimati za račun nalogodavca određene poslove".

ugovorenog ugovorom u darovanju. Ranije smo spomenuli kako se u slučaju dobrovoljnog neispunjenja naloga od stranke obdarenika, može tražiti ili ispunjenja ugovora ili raskid ugovora. Pravo zahtijevanja ispunjenja nameta ima darovatelj, njegovi nasljednici i, ako je određen u javnom interesu, nadležno državno tijelo.[48] Ovlaštenje tražiti ispunjenje nameta ima prije svega darovatelj, odnosno njegovi nasljednici, ali samo u slučaju ako je i darovatelj ispunio svoju obvezu proizašlu iz sklopljenog ugovora o darovanju.[49]

Nadalje, istim je člankom ZOO-a propisano da darovatelj nema pravo zahtijevati ispunjenje nameta ako je njegovo ispunjenje postalo nemoguće poslije sklapanja ugovora o darovanju bez krivnje obdarenika. Ovu bi odredbu trebalo tumačiti na način da bi darovatelj ipak imao pravo tražiti ispunjenje nameta, ali bi se obdarenikova obveza mogla isključiti ako bi se ispunile navedene pretpostavke.[50] Za valjano ispunjenja nameta bitno je i da je on ispunjen na način i u roku koje je uglavkom o nametu odredio darovatelj.[51] Ukoliko obdarenik dobrovoljno ne ispuni namet, darovatelj obdareniku ostavlja dodatni primjereni rok u kojem može ispuniti namet. Ukoliko obdarenik ni u tom, naknadno ostavljenom roku, ne ispuni namet, darovatelj ima pravo zahtijevati raskid ugovora te povrata dara, osim kad je netko treći stekao pravo zahtijevati ispunjenje nameta. Dakle, dok su za ispunjenje nameta ovlašteni uz darovatelja, njegovi nasljednici i nadležno državno tijelo (ukoliko je određen u javnom interesu), pravo zahtijevanja raskida i ugovora i povrata stvari, pripada samo darovatelju. Ipak, darovatelj neće imati pravo tražiti raskid ugovora i povrat stvari (dara) ako je pravo zahtijevanja stekao netko treći. Povratak darovane tvari darovatelj može tražiti prema pravilima stjecanja bez osnove.

Dosada smo govorili o mogućnosti darovatelja i drugih osoba ukoliko obdarenik dobrovoljno ne ispuni namet. Kod uređenja nameta uz ugovor o darovanju, ZOO propisuje i određena prava obdarenika. To su pravo odbijanja ispunjenja nameta i pravo na oslobođenje od obveze ispunjenja nameta. Prvo je pravo sadržano u čl. 486. ZOO-a, a omogućava obdareniku odbijanje ispunjenja nameta ako vrijednost dara ne pokriva troškove ispunjenja nameta, a razlika mu se, prema uglavku o nametu, ne naknađuje te ako se namet odnosi na protupravnu radnju.

Sasvim je opravdano rješenje zakonodavca prema kojem obdarenik ima pravo odbiti ispunjenje nameta ukoliko vrijednost dara ne pokriva troškove ispunjenja, a razlika mu se ne naknađuje. Naime, da tome nije tako, ne bismo ni mogli govoriti da je takav pravni posao i dalje besplatan. Slično uređenje nalazimo i kod uređenja odgovornosti nasljednika za dugove ostavitelja. Ako pak vrijednost dara barem malo premašuje troškove ispunjenja naloga ili se pak troškovi ispunjenja naloga nadoknađuju obdareniku, obdarenik ne bi imao pravo odbiti ispunjenje nameta.

48 ZOO, čl. 485. st. 1.

49 ZOO, čl. 485. st. 2.

50 V. Gorenc, 753.

51 VSRH, Rev 58/96, „Tuženik se obvezao da će odmah po stupanju u posjed predmetnih nekretnina na vidljivo mjesto u prostoriji postaviti ploču ugovorenog sadržaja, a ukoliko se ima u vidu da je ugovor o darovanju zaključen u ožujku 1988. godine, a da je ploča ugovorenog sadržaja postavljena tek 1995. godine te činjenicu da je u međuvremenu dr. A.K. umro, a da nije doživio postavljanje ploče ugovorenog sadržaja u darovanoj prostoriji, upitno je da li je tuženik doista izvršio nalog na način i u vrijeme kako se to obvezao pismenom obvezom od 15. prosinca 1987. godine“.

Zanimljiva je i odredba prema kojoj obdarenik može odbiti ispunjenje nameta koji se odnosi na protupravnu radnju. Ranije smo rekli da je namet obveza, a prema čl. 269. st. 2. činidba mora biti dopuštena.[52]

Dopuštena je pak činidba koja nije u suprotnosti s Ustavom RH, prisilnim propisima i moralu društva. Ukoliko je pak neka činidba nedopuštena, tada je ugovor ništetan.[53]

No, ništetnost pojedine odredbe ugovora, ne povlači za sobom ništetnost cijelog ugovora, ukoliko on može opstati bez ništetne odredbe i ako nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen. Kako je namjera zakonodavca očita, a ta je da se ugovor o darovanju s nametom koji se odnosi na protupravnu radnju ipak održi, smatramo da ništetnost takvog nameta ne bi trebala za sobom povlačiti ništetnost cijelog ugovora o darovanju. U tom svjetlu tumačenja navedene odredbe, smatramo da je ona u biti i nepotrebna jer na navedeno rješenje upućuju i opće odredbe ZOO-a. Drugo pravo koje pripada obdareniku, a vezano je uz ispunjenje nameta, jest oslobođenje od obveze ispunjenja nameta.

Obdarenik se može osloboditi obveze ispunjenja nameta povratom dara u stanju u kojem se nalazi u trenutku ka se od njega zahtjeva ispunjenje nameta, no obdarenik se ne bi mogao vraćanjem dara osloboditi obveze ispunjenja nameta ako bi njegovo ispunjenje bilo u javnom interesu.[54]

3. 7. 3. Uzajamno darovanje

Ova vrsta darovanja propisana je čl. 489. ZOO-a[55], no bila je i dijelom par. 942. OGZ-a.[56] Te dvije odredbe u sadržajnom su smislu vrlo slične, a bit je u tome ako je jednim ugovorom o darovanju ugovoreno da će obdarenik uzvratiti darom, darovanje postoji samo za razliku vrijednosti darova.

Ukoliko bi u jednom ugovoru jedna strana imala obvezu darovanja, a u drugome pak bila u položaju obdarenika, i obratno, tada nema govora o uzajamnom darovanju, već se takav odnos ima promatrati kao dva zasebna ugovora o darovanju.

3. 7. 4. Mješovito darovanje (negotium mixtum donatione)

Mješovito darovanje uređeno je čl. 490. ZOO-a, a na način da ako je u naplatnom pravnom poslu vrijednost uzajamnih davanja nejednaka, razlika u vrijednosti smatrat će se darom samo ako je postojala namjera darovanja. Kod ovakvog darovanja najvažnije je utvrditi postojanje volje za darovanjem

52 ZOO, čl. 269. st.2., „Činidba mora biti moguća, dopuštena i određena, odnosno odrediva".

53 ZOO, čl. 270.

54 ZOO, čl. 487.

55 ZOO, čl. 489., „Ako je ugovoreno da će obdarenik uzvratiti darom, darovanje postoji samo glede veće vrijednosti dara".

56 OGZ, par. 942., „Ako su darovanja bila prije ugovorena na takav način, da darovnik ima zamjenito biti obdaren; tad u cijelosti ne nastaje nikakvo pravo darovanje, nego samo u obziru veće vrijednosti".

(animus donandi) pa ako takva volja postoji, moći će se razlika u vrijednosti uzajamnih davanja smatrati darom. Ako pak takva volje ne postoji, ima mjesta primjeni odredbi o prekomjernom oštećenju.

3. 7. 5. Darovanje mortis causa

Ugovor o darovanju može biti sklopljen i na način da se njegovo ispunjenje odgađa do trenutka smrti darovatelja. Takav ugovor mora biti sastavljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) isprave.[57]

Ova je odredba suvišna, jer ako je ugovoreno da će se darovanje izvršiti tek po nastupu činjenice smrti darovatelja, jasno je da samim sklapanjem ugovora o darovanju ne dolazi do prave predaje stvari.[58]

Ovdje još jednom ponavljamo sadržaj čl. 482. ZOO-a, „ugovor o darovanju bez prave predaje stvari mora biti sklopljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) isprave.

3. 8. Odustanak od darovanja

Načelno pravilo o neopozivosti ugovora vrijedi i za ugovor o darovanju. Međutim, čl. 492. ZOO-a predviđena je iznimka, kojom se darovatelju omogućava odustanak od darovanja sve do dospijeća njegove obveze, ukoliko se nakon sklapanja ugovora njegovo imovinsko stanje toliko pogorša da bi ispunjenje ugovora ugrozilo njegovo uzdržavanje, odnosno onemogućilo ispunjavanje njegove obveze davanja uzdržavanja. Ova odredba je u skladu s općim odredbama ZOO-a, točnije članka 369. koji predviđa mogućnost raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti.[59]

3. 9. Opoziv darovanja

Opoziv darovanja moguć je iz nekoliko razloga: zbog osiromašenja darovatelja, radi nezahvalnosti te nadopuna zbog povrede dužnog uzdržavanja. Ono što općenito vrijedi za opoziv darovanje je to da se darovanje opoziva pisanom izjavom upućenom obdareniku, a na kojoj potpis mora biti ovjerovljen od javnog bilježnika.[60]

Nadalje, ZOO-om je propisan i rok za opoziv darovanja, a on iznosi godinu dana od kada je osoba koja ima pravo na opoziv saznala za razlog opoziva, ako ovim ili posebnim zakonom nije drukčije određeno.[61]

57 ZOO, čl. 491.

58 Gorenc, 756.

59 ZOO, čl. 369. st. 1., „Ako bi zbog izvanrednih okolnosti, a koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo pretjerano otežano ili bi joj nanijelo pretjerano veliki gubitak, ona može zahtijevati da se ugovor izmjeni ili čak i raskine".

60 ZOO, čl. 496.

61 ZOO, čl. 497.

Ukoliko su ispunjene navedene pretpostavke za valjani opoziv darovanja, tada je obdarenik dužan vratiti dar, odnosno njegovu vrijednost i to prema pravilima o stjecanju bez osnove.[62]

Mišljenja smo kako je pojam opoziva ugovora o darovanju nespretno upotrjebljen. Kako se u važećem ugovornom pravu Republike Hrvatske pojam opoziva redovito upotrebljava za povlačenje jednostrane izjave volje od strane onoga koji je takvu izjavu i dao (npr. opoziv oporuke, opoziv javnog obećanja nagrade, opoziv čeka itd.).

Opoziv je u navedenim primjerima moguće dati samo do trenutka nastanka obveznopravnog odnosa. Uzevši u obzir kako je kod opoziva darovanja, ugovor o darovanju već realiziran, smatramo prikladnijim upotrijebiti izraz raskid ugovora o darovanju.[63]

Uz navedene oblike opoziva darovanja, u OGZ-u je bio utvrđen i opoziv radi oštećenja zakonskog nasljednog dijela[64], no pošto je danas taj institut sastavni dio Zakona o nasljeđivanju[65], mi se nećemo u ovome radu njime posebno baviti.

3. 9. 1. Opoziv zbog osiromašenja darovatelja

Nakon ispunjenja ugovora o darovanju darovatelj može, ukoliko toliko osiromaši da više nema sredstava za svoje nužno uzdržavanje, a nema ni osobe koja ga je po zakonu dužna uzdržavati, opozvati darovanje i od obdarenika tražiti povrat dara.[66]

Nadodali bismo da je darovatelj obdarenika, ukoliko se dar više na nalazi kod njega, ovlašten tražiti naknadu vrijednosti dara. Ukoliko se dar ili njegova vrijednost više ne nalaze u imovini obdarenika i ako se obdarenik nalazi u oskudici glede svog uzdržavanja i uzdržavanja osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati, opoziv darovanja nije moguć.[67]

Također, člankom 493. ZOO-a propisano je, kako obdarenik nije dužan vratiti dar ako darovatelju osigura sredstva za uzdržavanje.

Opoziv nije moguć i ako bi se darovatelj namjerno ili grubom nemarnošću doveo u oskudicu ili ako je od predaje dara proteklo deset godina za nekretnine, odnosno pet godina za pokretnine.

Opoziv darovanja zbog osiromašenja dio je pravnih pravila OGZ-a o ugovoru o darovanju.[68]

---

62 ZOO, čl. 498.

63 VSRH, Rev 126/02-2

64 OGZ, par. 951.

65 Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine br. 48/03, 163/03, 35/05.

66 ZOO, čl. 493. st. 1.

67 ZOO, čl. 493. st. 2.

68 OGZ, par. 947., „Ako darodavac kasnije tako osiromaši, da ne bi imao potrebnoga čime se uzdržavati, vlastan je, ako se još nalazi darovana stvar ili njezina vrijednost, i ukoliko mu ne dostaje potrebno uzdržavanje, iskati od obdarenika svake godine zakonite kamate od darovane sume, već ako bi se i sam obdarenik nalazio u jednakoj oskudnosti. Gdje je više daroprimalaca, raniji daroprimac obvezan je samo utoliko, ukoliko prilozi kasnijih daroprimalaca nisu dovoljni da se uzdržava darodavac“.

3. 9. 2. Opoziv zbog nezahvalnosti

Darovatelj može opozvati darovanje i radi grube nezahvalnosti obdarenika. Često se u sudskoj praksi ocjenjivalo je li nekakav oblik nezahvalnosti doista gruba nezahvalnost.

Gruba nezahvalnost opisana je člankom 494. ZOO-a, na način da ona podrazumijeva da je obdarenik učinio prema darovatelju ili nekom od članova njegove uže obitelji djelo kažnjivo po kaznenim propisima ili se teže ogriješio o zakonom utvrđene dužnosti prema darovatelju ili članu njegove uže obitelji. Ukoliko bi pak darovatelj oprostio nezahvalnost, tada se ne bi mogao tražiti opoziv radi nezahvalnosti.

Nadalje, odricanje od pava na opoziv radi grube nezahvalnosti nema pravnog učinka.

Načelno je pravilo da ovo pravo pripada isključivo darovatelju, no u slučaju da je obdarenik namjerno usmrtio darovatelja ili ga je spriječio da opozove darovanje, pravo na opoziv darovanja imaju i nasljednici darovatelja. Ovo pravo je također bilo utvrđeno OGZ-om, točnije paragrafom 948.[69]

3. 9. 3. Nadopuna zbog povrede dužnog uzdržavanja

Ovo pravo pripada pripada osobi koja ima pravo na uzdržavanje od darovatelja. Ukoliko se darovanjem povrijedi to njezino pravo, tada uzdržavani ima pravo od obdarenika zahtijevati nadopunu onoga što mu darovatelj, zbog učinjenog darovanja, nije više u stanju davati. Ukoliko ima više obdarenika, raniji obdarenik bit će u obvezi samo ako prilozi kasnijih obdarenika nisu dovoljni za nadopunu uzdržavanja. Ovo je pravilo ZOO-a izgrađeno na temeljima par. 950. OGZ-a.[70]

Popis literature:

- M. Vuković, Pravila građanskih zakonika, Školska Knjiga, Zagreb, 1961.
- P. Klarić, M. Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- V. Gorenc et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF, Zagreb, 2005.

69 OGZ, par. 948. „Darovanje može se poreći, ako je obdarenik krivac kakve grube neharnosti prema svom dobročiniocu. Pod grubom neharnošću razumijeva se takva pozljeda tijela ili uvreda u poštenju, u slobodi ili u imovini, da se protiv uvrediocu može postupati službeno: ili na zahtijevanje uvrjeđenika po zakonu kaznenom“.

70 OGZ, par. 950., „Tko je dužan uzdržavati drugoga, ne može povrijediti njegovo pravo, čineći trećemu darovanje. Tko je oštećen ovakvim načinom, vlastan je pozvati obdarenika na sud, da mu nadopuni ono, što darovnik više nije u stanju dati mu. Ako je više daroprimalaca, ima se uspostaviti gornji (par. 947.) propis“.

- Z. Slakoper, Sudska praksa 1980. – 2005. i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima, RRiF, Zagreb, 2005.
- N. Gavella, Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropski pravni krug – u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 43(4), 1993.
- Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 57/89.
- Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine br. 53/1991, 73/1991.
- Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 06. travnja 1941., Narodne novine br. 73/91.
- Zakon o obveznim odnosima – ZOO, Narodne novine br. 35/05, 41/08.
- Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, Narodne novine br. 177/04, 45/09.
- Zakon o javnom bilježništvu - ZJB, Narodne novine br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09.
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – ZV, 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.
- Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine br. 48/03, 163/03, 35/05.
- Vrhovni sud Republike Hrvatske, Sudska praksa, http://sudskapraksa.vsrh.hr, 15. veljače 2012.

Ivan Belaj

Mr sci. Anita Petrović, dipl. iur.
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

TENDENCIJA KODIFICIRANJA PRIVATNOG PRAVA NA RAZINI EUROPSKE UNIJE I REFLEKSIJE NA ZAKONODAVSTVA DRŽAVA-ČLANICA

Abstract

In this paper, attention is focused on the process of harmonization of national legal systems with the EU acquis in the field of private, particularly contract law, since this branch of law most closely related to the market relations. However, the sectoral approach to harmonization, where directives regulate specific areas of contract law whenever the need for eliminating barriers to the smooth functioning of the internal market, largely has contributed to fragmentation of contract acquis. For this reason, the European legislator its activity increasingly focused towards the unification of private law of the Member States. Therefore, this paper analyzes the various legislative activities and normative acts of the EU authorities, as well as certain projects or initiatives of independent academic institutions that represent a kind of prelude to the creation of the European Civil Code.

Keywords: ***harmonization, directives, acquis communautaire, fragmentation, europeanization, European civil code.***

Sažetak

U ovom radu pažnja autora usmjerena je na proces harmonizacije nacinanalnih pravnih poredaka sa pravnom stečevinom Europske unije u oblasti privatnog, posebice ugovornog prava, budući da je ova grana prava najtješnje vezana za tržišne odnose. Međutim, sektorski pristup harmonizaciji, gdje se direktivama uređuju posebne oblasti ugovornog prava svaki put kada se javi potreba za otklanjanjem barijera nesmetanom funkcioniranju unutarnjeg tržišta, u velikoj mjeri doprinio je fragmentaciji ugovornog acquisa. Iz tog razloga europski zakonodavac svoju djelatnost sve više usmjerava u pravcu unifikacije privatnog prava država-članica. Stoga, u radu s analiziraju različite legislativne djelatnosti i normativni akti tijela EU, ali i određeni projekti ili inicijative nezavisnih akademskih institucija koje predstavljaju svojevrsnu uvertiru za izradu Europskog građanskog zakonika.

Ključne riječi: harmonizacija, direktive, pravna stečevina EU, fragmentacija, europeizacija, Europski građanski zakonik.

Uvod

Pravni partikularizam, posebice u oblasti ugovornog prava, nedvojbeno predstavljaju kočnicu integracijskom procesu koji se odvija na području Europske unije (dalje: EU, Unija) s ciljem uspostavljanja što efikasnijeg tržišnog prostora. Budući da je ugovorno pravo blisko vezano za tržišne odnose, to je upravo proces harmonizacije[1] propisa država-članica, koji vremenom sve više prerasta u tendenciju unifikacije istih, najizraženiji u ovoj oblasti.[2] Iako ne postoji izvorna nadležnost Unije za pravno zadiranje u oblast privatnog prava država-članica, ipak da bi se uspješno realizirao koncept jedinstvenog tržišta, njezine institucije su ovlaštene usvajati mjere kojima se otklanjaju prepreke za uređenje i održavanje zajedničkog tržišta. Proces harmonizacije, odnosno usklađivanja pravnih sistema država-članica sa pravnom stečevinom EU (acquis communautaire) determiniraju dva argumenta i to: argument nesmetanog funkcioniranja unutarnjeg tržišta, jer zajedničko tržište zahtijeva i zajednička pravila, te argument zaštite potrošača, jer harmonizacijom propisa u oblasti prava zaštite potrošača države-članice su vidjele priliku vlastitog ekonomskog prosperiteta. Unapređenje trgovinske razmjene jedino je moguće ukoliko potrošači uživaju ista prava bez obzira gdje na teritoriji EU sklapaju određeni pravni posao.

Proces usklađivanja nacionalnih zakonodavstava većinom se odvija putem direktiva, koje zapravo predstavljaju ad hoc odgovor europskog zakonodavca na barijere koje se javljaju i ometaju slobodan protok roba, usluga, ljudi i kapitala. Direktive su opći pravni akti koji obavezuju države-članice na usklađivanje pravnih pravila u određenom roku, pri tome ostavljaju slobodu izbora načina i metoda implementacije u nacionalno pravo.[3] Pretežno se temelje na principu minimalne harmonizacije, što znači da države-članice prilikom transponiranja odredaba određene direktive mogu usvajati i strožije mjere zaštite nego što to sama direktiva i predviđa. Sloboda koju direktive ostavljaju nacionalnim zakonodavcima ima za posljedicu različita rješenja u različitim državama-članicama,[4] što doprinosi dubljoj fragmentaciji unutarnjeg tržišta. Direktive nemaju neposredan pravni učinak u smislu supstituiranja normi nacionalnog prava jedinstvenom europskom normom, već učinak ostvaruju posredstvom internog prava svake od država-članica.[5] Tako, zanimljiva je komparacija da europske direktive predstavljaju „[...] tu i

1 Pojam *harmonizacija* može se označiti kao proces integriranja koji ne vodi stvaranju jedinstvenih pravnih pravila, nego stvaranju zajedničkog okvira ili pravnih pravila kojima se uspostavlja zajednički cilj, koji ostavlja, pak, dovoljno prostora za određene specifičnosti nacionalnih poredaka. *Pobliže*: Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004., p. 45.

2 *Cfr.*: Berger, K. P., *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalisation*, in: Hondius, E. H., *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004., pp. 43-59.

3 Article 249 *Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and related acts*, OJ C 340: *A directive shall be binding as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods*.

4 *Prema*: Rodin, S., Ćapeta, T. (*ur.*), *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Prvaosudna akademija, Zagreb, 2008., str. 7.

5 *Ibidem*, str. 8.

tamo po koju briselsku ciglu"[6] u nacionalnim privatnopravnim sistemima, jer istovremeno omogućavaju i jedinstvo, ali i različitost između sastavnih dijelova EU, odnosno njenih država-članica. Iz perspektive država-članica direktive su znatno prikladniji instrument za usklađivanje propisa, nego su to uredbe koje ne usklađuju, već potpuno unificiraju propise, odnosno od trenutka stupanja na snagu imaju karakter pozitivnopravnih propisa u svim državama-članicama. Direktive ostavljaju prostora državama-članicama da sačuvaju osobenosti svoje pravne tradicije,[7] no s druge, pak, strane cilj europskog integracijskog procesa ne može se postići direktivama. Sektorski pristup harmonizaciji (piecemeal approach), gdje se direktivama uređuju posebne oblasti ugovornog prava svaki put kada se javi posebna potreba za harmonizacijom, u velikoj mjeri doprinio je fragmentaciji ugovornog acquisa. Iz tog razloga europski zakonodavac svoju djelatnost sve više usmjerava u pravcu unifikacije građanskog prava država-članica, o čemu svjedoče i određeni projekti ili inicijative organizirane kako od institucija EU, tako i od nezavisnih akademskih institucija.[8] Svi ovi projekti predstavljaju uvertiru u, po svom opsegu, najgrandiozniji projekt, a to je donošenje Europskog građanskog zakonika.[9]

1. Fragmentarna uređenost materije ugovornog prava

Projekt unutarnjeg tržišta više ne dozvoljava da pravni sistemi država-članica budu izolirane, zatvorene cjeline, već upravo suprotno, od država-članica se traži da svoje pravne sisteme prilagode nesmetanom odvijanju prekograničnih transakcija.

6 *V.*: Remien, O., *Über den Stil des europäischen Privatrechts – Versuch einer Analyse und Prognose*, RabelsZ 60 (1996), pp. 2-39.

7 *Opširnije*: Herdegan, M., *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003., str. 123-125.; Kaczorowska, A., *Europena Union Law*, Routledge-Cavedish, London & New York, 2008., pp. 221-222.

8 Tako, *Lando komisija* je 2003. godine objavila i posljednja u nizu Načela europskog ugovornog prava (PECL), koja se smatraju najznačajnijim unifikatorskim aktom u prosecu usklađivanja ugovornog prava. Nadalje, veoma značajan unifikatorski akt je i DCFR, nastao kao plod rada *Study* i *Acquis grupe*. Pri tome, ne smiju se zanemariti akademski projekti i drugih naučnih grupa poput primjerice: Europskog zakona o ugovorima, poznatog i kao „*Gandolfi zakon*" po voditelju, tzv. *Pavia grupe* (*Accademia dei Giusprivatisti Europei*) koja je bila nositelj projekta, zatim tu je i tzv. *Trento grupa*, koja je izradila Zajednička pravila europskog privatnog prava, kao rezultat *Common Core of European Private Law* projekta usmjerenog na pronalaženje zajedničkog korjena u različitim oblastima privatnog prava država-članica, nadalje tzv. *Tilburg-Beč grupa,* pod vodstvom prof. Spiera i prof. Koziola, koja je izradila Načela europskog deliktnog prava i sl.

9 Iz ove perspektive, sada već davne 1989. i 1994. godine Europski parlament je pozvao države-članice na unifikaciju onih oblasti privatnog prava koje su od posebne važnosti za funkcioniranje jedinstvenog europskog tržišta, odnosno pozvao je europske institucije na izradu Europskog građanskog zakonika (*v.*: *Resolution of 26 May 1989 on action to bring into line the private law of the Member States*, OJ C 158, 26.6.1989, p. 400., *Resolution of 6 May 1994 on the Harmonisation of Certain Sectors of the Private Law of the Member States*, OJ C 205, 25.7.1994, p. 518.). Međutim, prva ozbiljnija inicijativa za dalje djelovanje u pravcu postizanja većeg stupnja usklađenosti na području privatnog prava predstavljena je u zaključcima Europskog vijeća usvojenim na samitu održanom 15. i 16. oktobra 1999. godine u Tampereu *v.*: *Presidency Conclusions of the Tampere European Council*, dostupno na http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (2011).

Propisi EU su isključivo funkcionalno orijentirani, odnosno svi streme ostvarenju projekta unitarnog europskog tržišta, što ima za posljedicu obavezu implementacije acquis propisa od strane država-članica. To nije nimalo jednostavan zadatak, budući da obavezuje države-članice na kontinuirano usvajanje novih ili, pak, noveliranje postojećih zakona što u bitnome narušava unutarnju koheziju, te rezultira svojevrsnom dezintegracijom pravnih sistema.[10] Pritom, treba imati u vidu da normativni akti kojima se provodi harmonizacija imaju različitu pravnu snagu.[11] Za države-članice obaveza implementacije određenog komunitarnog akta nameće obavezu izbora adekvatnog modela implementacije, primjerice da li sadržaj određene direktive inkorporirati u postojeću kodifikaciju građanskog prava, ili opredijeliti se za usvajanje novog zakona (lex speciallis). Države-članice da bi uskladile svoje propise sa komunitarnim aktima, a pri tome očuvale koherentnost pravnog sistema i spriječile pojavu kontradiktornih rješenja povodom istih pravnih problema, najčešće pristupaju usvajanju posebnih zakona.

No, postoje i drugačiji pristupi, a najbolji primjer za to je izmjena Njemačkog građanskog zakonika (BGB) usvajanjem Zakona o moderniziranju obligacionog prava 2002. godine.[12] Zakonodavna reforma, najopsežnija u povijesti važenja ove kodifikacije, imala je za cilj osuvremeniti postojeća rješenja, kako bi ista odgovarala novim tržišnim zahtjevima, s posebnim akcentom na zaštitu potrošača. Na taj način znatan broj direktiva iz oblasti zaštite potrošača inkorporiran je u tekst višestoljetne kodifikacije.[13] Slična situacija dogodila se noveliranjem Nizozemskog građanskog zakonika 1992. godine (Burgerlijk Wetboek). Nasuprot tome veći broj zemalja-članica se opredijelio za mješoviti model implementacije, tj. donošenje lex speciallis propisa uz određene izmjene građanskih kodifikacija u svjetlu odredaba potrošačkih direktiva.

Međutim, usvajanje velikog broja komunitarnih akata od strane institucija EU i to u vrlo kratkom periodu, ukazuje na to da se legislativne reforme koje provode nacionalni zakonodavci vremenom pretvaraju u „sizifov posao." Na taj način, koherentni privatnopravni sistemi bivaju izloženi faktorima koji impliciraju njihovu dezintegraciju. Iz jedinstvenih sistema građanskog prava danas se izdvajaju potpuno nove funkcionalne grane prava, poput prava zaštite potrošača, medicinskog prava, prava zaštite okoliša, turističkog prava i sl. Djelatnost europskog zakonodavca često rezultira donošenjem propisa koji su u koliziji sa propisima država-članica, budući da se radi o pravnim područjima koja ne ulaze u isključivu nadležnost institucija EU. Drugim riječima, oblast privatnog prava u kompetenciji je nacionalnih zakonodavaca, pritom europski zakonodavac ovlašten je zadirati u to područje jedino kada nacionalni propisi predstavljaju prepreku realizaciji slobode kretanja roba i usluga.[14]

---

10 *U tom smislu*: Hesselink, M. W., *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, 2002., p. 37

11 O navedenom *vidi*: Müller-Graff, P-C., *EU Directives as a Means of Private Law Unification*, in: Hondius, E., *op. cit.*, pp.77-101.

12 *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. 11. 2001. (BGBl. I S 3138).

13 Direktiva 85/577/EEZ o ugovorima o prodaji na kućnim vratima, Direktiva 99/44/EZ o prodaji potrošačke robe i povezanim garancijama, Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, Direktiva 94/47/EEZ o *timeshare* ugovorima, Direktive 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima, Direktiva 97/7/EZ o ugovorima sklopljenim na daljinu, Direktiva 87/102/EEZ o potrošačkom kreditu itd.

14 *Više o tome*: Petrić, S., Bukovac-Puvača, M., *Bitna obilježja i ustavnopravna osnova opcijskog in-*

Specifičan odnos između acquisa i nacionalnih privatnopravnih sistema, dodatno se usložnjava činjenicom da države-članice uživaju visok stupanj slobode prilikom izbora metoda i oblika implementacije direktiva, što implicira da se tzv. „harmonizirana područja" i dalje u bitnome razlikuju od države do države. Tako primjerice, europskim direktivama ističe se prigovor da narušavaju sistematičnost domaćih pravnih poredaka država-članica, budući da su usmjerene na pojedine i vrlo uske segmente ugovornog prava ili, pak, samo na specifična pitanja nekih posebnih ugovora. I tako umjesto da doprinose svojem osnovnom cilju – aproksimaciji prava država-članica, direktive su zapravo doprinijele dubljoj fragmentaciji materije ugovornog acquisa, naročito kada se u obzir uzme načelo minimalne harmonizacije na kojem počiva većina njih.[15]

2. Europeizacija nacionalnih pravnih poredaka

Usvajanje i implementacija velikog broja direktiva kojima se uređuju ciljana područja ugovornog prava država-članica vremenom je doveo do europeizacije nacionalnih pravnih poredaka.[16] Međutim, pravna priroda direktiva ne dozvoljava da pravila sadržana u njima nazivamo pravilima europskog privatnog prava, već eventualno pravilima kojima se nacionalno pravo država-članica europeizira.[17]

Proces harmonizacije, u posljednja dva desetljeća najintenzivnije se odvija upravo u oblasti ugovornog prava, što je uvjetovano ekonomsko-političkim razlozima EU.[18] No, ugovorni acquis ni u kom slučaju se ne može promatrati u svjetlu građanskih zakonika država-članica, budući da to ni po načinu nastanka, ni po formi, ni po svom sadržaju jest, već ugovorni acquis predstavlja, slikovito kazano, samo „[...] izolirane otoke, ili mrlje, europskog prava u moru nacionalnog ugovornog prava."[19] Pritom, u fokusu pažnje nije opće ugovorno pravo, već potrošačko ugovorno pravo, za koje neki autori smatraju da treba poslužiti kao jezgro za kodificiranje europskog ugovornog prava.[20] Pravo zaštite potrošača predstavlja, dakle, srce europskog privatnog prava,[21] a obzirom na broj sekundarnih akata usvojenih u oblasti zaštite potrošača,

---

strumenta europskog ugovornog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 3/2009, str. 516.

15 *Usp.*: Weatherill, S., *Why Harmonise?*, in: Tridimas, T., Nebbia, P., (*ed.*), *European Union Law for The Twenty-First Century*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004., pp. 11-33.

16 *Pobliže vidi*: Twigg-Flesner, C., *The Europeanization of Contract Law: Current controversies in law*, Routledge-Cavedish, London & New York, 2008.

17 *Isto i*: Baretić, M., *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, u: Gavella, N., *et ale*., *Europsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002., str. 198.

18 O razlozima koji su implicirali harmonizaciju europskog ugovornog prava *vidi*: McKendrick, E., *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*?, in: Vogenauer, S., Weatherill, S., (*ed.*), *The harmonisation of European Contract Law, Implications for Europena Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006., pp. 14-19.

19 Twigg-Flesner, C., *op. cit.*, p. 10.

20 U tom smislu *vidi*: Reich, N., *A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers*?, Journal of Consumer Policy, 28/2005, p. 385.

21 Twigg-Flesner, C., *loc. cit.,* pp. 144-145.

cjelokupno naslijeđe EU može se podijeliti na consumer i non consumer acquis.[22]

Iako ono što se, uvjetno kazano, danas naziva europskim ugovornim pravom nema obilježja grane prava kakvu poznaju nacionalni pravni poreci, ono što na području privatnog prava EU nesumnjivo postoji, jeste niz izdvojenih, nesistematiziranih, nekonzistentnih harmoniziranih pravila.[23] Pored toga što proces harmonizacije nije polučio željene rezultate u pogledu stupnja ujednačenosti pravnih propisa država-članica, ipak određeni pomaci su vidljivi, budući da je postignuta bitno viša razina usklađenosti ugovornog prava država-članica, negoli je to ikad ranije bio slučaj. Tome je doprinijela ne samo intenzivna zakonodavna aktivnost tijela EU, već i aktivnost akademske zajednice, koja je znanstvene napore usmjerila na pronalazak osnovnih načela zajedničkih svim privatnopravnim sistemima država-članica, a koja su nužna pretpostavka da se postojeća fragmentarna pravila konsolidiraju i povežu u koherentan sistem (ius commune Europaeum).[24]

Mada je akademska zajednica uspjela dokazati da u različitim privatnopravnim sistemima država-članica, postoje temeljni principi koji predstavljaju zajedničko naslijeđe ili jezgro europskog privatnog prava, ipak i dalje predstoji dug institucionalni i vaninstitucionalni put da se dođe do europskog privatnog prava u formalnom smislu, odnosno do Europskog građanskog zakonika.[25] Ovaj projekt nailazi na izuzetnu podršku akademskih krugova, koji se zalažu za stvaranje integriranog pravnog akta koji će pronaći zajednički nazivnik, te disperzna, često kontradiktorna, neprecizna, neujednačena pravna rješenja iz mnogobrojnih komunitarnih akata svesti u jedan zajednički pravni okvir.

3. U susret jedinstvenom europskom privatnom pravu

Trend stvaranja jedinstvenog pravnog prostora EU odvija se postepeno i tiho. Na sporedna vrata uvodi se ideja o kodifikaciji građanskog prava, koja će vremenom objediniti nacionalna prava i skinuti „[...] auru nacionalne posvećenosti građanskim zakonicima."[26]

Već skoro više od tri decenije traže se elementi, koji će povezati tri različita pravna sistema, tj. common law sistem, europsko-kontinentalni, koji

22 *Communication from the Commision to the Council and the European Parliament on Europena Contract Law*, COM(2001) 398 final, Brussels 11.7.2001., p. 10.

23 U pravnoj teoriji postoje dvojbe da li uopće postoji europsko ugovorno pravo, tako primjerice prof. Vogenauer u metaforičkom smislu poistovjećuje ga s duhom „[…] *duh hoda Europom*" navodeći da je to nadprirodna pojava, iluzija, nešto sasvim neopipljivo. *Prema*: Vogenauer, S., *The Spectre of a European Contract Law*, in: Vogenauer, S., Weatherill, S., (*ed.*), *op. cit.*, p. 1.

24 Opširnije (o navedenom) *vidi*: Smits, J., *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaenum as a Mixed Legal System*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002.

25 *V.*: Stojanović, D., *Pojam harmonizacije i harmonije domaćeg prava sa pravom Evropske unije* u: Vukadinović, R., (*ur.*), *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*; *Prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001., str. 95-103.

26 *Prema*: Kuštrimović Kovačević, R., Lazić, M., *Građanski zakonik Srbije i pravo Evropske unije*, Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu, 2008., str. 13.

se dalje dijeli na romanski, germanski i nordijski pravni krug, te mješoviti sistem primjenjiv primjerice u Škotskoj.

Daljnji razvoj ekonomsko-pravnih odnosa unutar EU, pored potrebe harmonizacije pravnih sistema država-članica, sve više ukazuje na potrebu unifikacije i stvaranja jednoobraznih propisa, odnosno kodificiranja cjelokupne materije građanskog prava donošenjem Europskog zakonika o privatnom pravu.[27] Međutim, prema određenim autorima samo uska oblast privatnog prava trebala bi biti predmet reguliranja Europskog građanskog zakonika, a tu se prvenstveno misli na obligaciono, stvarno i pravo konkurencije, budući da druge oblasti privatnog prava nisu uvjetovane ekonomskim razlozima unifikacije.[28] Upravo zbog toga mnoge oblasti poput primjerice porodičnog prava, nasljednog prava, prava intelektualne svojine i sl., su u sasvim neznatnoj mjeri europeizirane, u tim oblastima i dalje su dominantni nacionalni propisi. No, postoje i suprotni stavovi prema kojima nije više dovoljno da se na razini EU donose pravila usmjerena isključivo funkcioniranju unutarnjeg tržišta, već sve više se javlja potreba za ujednačavanjem i ostalih oblasti građanskog prava u cilju postizanja pravne sigurnosti i jednakosti svih građana EU. Naime, potonje otvara pitanje strukture i opsega primjene Europskog građanskog zakonika, odnosno da li jedna moderna kodifikacija donesena u XXI. stoljeću treba imati izgled građanskih kodifikacija XIX. stoljeća, poput primjerice Code Civila? Nadalje, trebaju li porodično pravo, stvarno pravo, nasljedno pravo, deliktno pravo, pravo konkurencije, trgovačko pravo i sl., biti dijelom jedne suvremene i funkcionalne kodifikacije, ukoliko se ima u vidu kompleksnost i opseg samog obligacionog prava? Isto tako, je li moguće izgraditi takav sistem pravnih pravila koji će odgovarati i trenutnim tržišnim zahtjevima, ali i onim u budućnosti. To posebno ako se imaju u vidu novi kanali distribucije i protoka informacija, razvoj informacijskih tehnologija, zatim ekspanzija novih vrsta ugovora, suvremeni trendovi poslovanja, e-commerce i sl.[29]

3.1. Zajedničko jezgro

Bez obzira što postoje različite pravne tradicije, ipak moguće je identificirati zajednički korijen europskog privatnog prava, posebice kada se imaju u vidu zemlje europsko-kontinentalnog pravnog kruga.[30] Divergentni

27 Navedeno implicira slijedeće: da li u Lisabonskom ugovoru postoji pravna osnova za usvajanje Europskog građanskog zakonika, zatim uzimajući u obzir postojeće stanje u oblasti ugovornog *acquis*a, te odnos nacionalnih i supranacionalnih propisa, kao i suvremene prilike poslovanja postavlja se pitanje koji je metod adekvatniji, da li uopće metod kodificiranja građanskog prava ili metod precedenta kakrakterističan za *common law* sistem, ili, možda izrada Restatementa civilnog prava? *Opširnije*: Hondius, E., *Towards a European Civil Code*, in: Hondius, E. H., *op. cit.*, pp. 3-21.

28 Prema: Smits, J., *The Making of European Private Law*..., p. 6.

29 Više *vidi*: Grundmann, S., *The role of competition in the European codification process*, in: Micklitz, H. W., Cafaggi, F., (*ed.*), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010., pp. 36-52.

30 Ovdje je, svakako, nezaobilazno ukazati na „*Trento Common Core Project*" koji se pod vodstvom *prof. Maura Bussania* i *prof. Uga Matteia* odvija na Trento univerzitetu u Italiji, gdje se održavaju i godišnji susreti s ciljem rezimiranja ostvarenih rezultata i pripremanja budućih aktivnosti. Cilj projekta jeste pronaći ono što je zajedničko različitim pravnim sistemima država-članica u

nacionalni pravni sistemi imali su gotovo identičan proces evolucije, koji započinje recepcijom rimskog prava (ius civile)[31] u ranom srednjem vijeku, nastavlja se daljom internacionalizacijom propisa u razvijenom i kasnom srednjem vijeku primjenom lex mercatoriae, da bi tek u XIX. stoljeću jačanjem nacionalnih identiteta došlo do razmimoilaženja. Velike građanske kodifikacije XIX. stoljeća implicirale su stvaranje zatvorenih, nacionalnih pravnih područja koja su se vremenom sve više odvajala od zajedničkog korijena (ius commune). No, ipak zajedničko privatnopravno naslijeđe kreiralo je zajedničke ideološke postulate, na način da se i primjenom različitih propisa dolazi gotovo do istih rezultata u sudskom rješavanju pravnih problema.[32]

Identificiranje, a potom apstrahiranje zajedničkog pravnog nukleusa treba poslužiti kao temelj za stvaranje općih pravnih načela zajedničkih svima, što u konačnici treba doprinijeti ujednačavanju prava država-članice.

Upravo je to i bila ideja vodilja Lando komisije realizirana objavljivanjem Načela europskog ugovornog prava [Principles of European Contract Law (dalje: PECL)], kojima se reformulira korpus zajedničkih pravila ugovornog prava, ali i stvaraju nova načela koja trebaju odgovoriti zahtjevima suvremenog tržišnog poslovanja.[33]

Izradom PECL načela stvorena je osnovica za izgradnju složenije strukture europskog ugovornog prava, odnosno položen je temelj za donošenje Europskog zakonika o ugovorima.[34]

---

oblasti privatnog prava, ograničavajući se na oblast prava ugovora, građanske delikte i stvarno pravo. Rad na projektu je započeo 1993. godine, pritom odvojene ekspertne grupe analiziraju pravne sisteme država-članica s ciljem identificiranja zajedničke jezgre, koja treba poslužiti kao kamen temeljac za unifikaciju cjelokupne građe privatnog prava. Kao rezultat dugogodišnjeg rada objavljen je značajan broj publikacija istaknutih eksperata iz oblasti europskog privatnog prava. Detaljnije o *Common Core* projektu *vidi na*: http://www.common-core.org/, (2011).

31 Zajedničko jezgro koje danas predstavlja zajedničko naslijeđe, tradiciju zamalja europskog pravnog kruga, jeste rimsko i kanonsko pravo – *ius commune*, te latinski jezik. No, je li ta „sličnost“ dovoljna za unifikaciju europskih pravnih propisa, te da li Europa XXI. stoljeća teži oživljavanju tih vrijednost ili, pak, stvaranju nekih novih? V*iše vidi*: Zimmermann, R., *Roman Law and the Harmonisation of Private Law*, in: Hondius, E., *op. cit*., pp. 21-43.

32 U tom smislu *vidi*: Lando, O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/ literature/ lando 01.htm (2010). Međutim, određeni autori smatraju da je puno bitnije izgraditi jedinstven način interpretiranja pravnih propisa, nego usvojiti zajedničke propise, jer će i jedinstveni, zajednički tekst biti interpretiran na različite načine u različitim zemljama. *Prema*: Smits, J., *The Draft Common Frame of Reference: how to improve it?*, in: Micklitz, H. W., Cafaggi, F., (*ed*.), *op. cit*., p. 98.

33 Naime, važno je istaći da pronalaženje zajedničkog pravnog naslijeđa nije detrminirano kulturno-historijskim, ili, pak, isključivo pravnim razlozima, već su tu puno bitniji ekonomski razlozi, poput primjerice: nesmetanog fukcioniranja integriranog tržišta, smanjenja troškova poslovanja, ujednačavanje uvjeta poslovanja, ujednačavanje nivoa pravne zaštite za sve sudionike procesa tržišne razmjene i sl. *Vidi*: Twigg-Flesner, C., *ibidem*, pp. 181-185.

34 *Detaljnije vidi*: Lando, O., *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*, Hastings International and Comparative Law Review, Summer 1998., pp. 809-823., Lando, O., *The Rules of European contract law, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, European Parliament, DG for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (June 1999), Chapter III, pp. 127-136., dostupno na: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html (2011).

Pravnike širom Europe relativno dugo, a u posljednje vrijeme i sve ozbiljnije zaokuplja ideja o unifikaciji cjelokupne materije građanskog prava.[35] Unifikacija europskog građanskog prava počiva na dvije premise, prva o postojanju zajedničkog jezgra (common core), te druga o potrebi stvaranja novih jedinstvenih pravila.[36] Obje premise služe za izvođenje konkluzije o potrebi, ali i objektivnoj mogućnosti stvaranja Europske kodifikacije civilnog prava. U kojem opsegu je moguće realizirati pomenuti zaključak, pokazat će vrijeme.[37] No, ono što je sasvim razvidno jeste da postoji akademski konsenzus glede stvaranja zajedničkog pravnog okvira u kojem će se stvarati i interpretirati nacionalno i komunitarno privatno pravo. No, isto tako evidentno je da još uvijek ne postoji politički konsenzus država-članica neophodan za materijalizaciju te ideje. Što znači da se određeni broj projekata akademske zajednice smatra pravno i politički neprihvatljivim, te da isti trebaju poslužiti kao inspiracija ili modeli za formuliranje odredaba pozitivnog prava država-članica.

3.2. Nacrt zajedničkog referentnog okvira (DCFR)

Stvaranje Europskog građanskog zakonika determinirano je historijskim, ekonomskim, političkim i socijalnim razlozima, budući da se i u ovom projektu isprepliće niz različitih silnica, to ni on, baš kao i projekt donošenja Europskog ustava, nije doživio očekivani uspjeh, upravo suprotno. Naime, oba projekta temelje se na zajedničkoj pretpostavci, a to je stvaranje homogenog europskog identiteta zasnovanog na jedinstvenom pravnom poretku, unijskom državljanstvu i jedinstvenoj valuti. Na prvi pogled može se činit da je projekt Europskog građanskog zakonika realiziran objavljivanjem

35 Veliki broj pravnih teoretičara podržava, te sudjeluje u aktivnostima koje doprinose ujednačavanju ugovornog prava država-članica. No, jedan od glavnih oponenata procesu harmonizacije ugovornog prava jeste prof. *Pierre Legrand*, koji oštro kritizira donošenje autoritativnih mjera harmonizacije, odnosno protivi se „prisilnoj" autoritativnoj harmonizaciji. Isto tako, ukazuje da je nemoguće izgraditi most koji će povezati dvije velike pravne porodice, *civil law* i *common law* sistem. *V.*: Legrand, P., *European legal systems are not converging*, International and Comparative Law Quarterly, 45/1996, pp. 52–81.; Legrand, P., *Against a European civil code*, Modern Law Review, 60/1997, pp. 44–63.

36 *O tome*: Zimmermann, R., *Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, in: MacQueen, H. L., Zimmermann, R., (*ed.*), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006., pp. 1-43.; *Cfr.*: Smits, J., *The Making of European Private Law*..., pp. 35-45.

37 Budući da se na razini EU već dugi niz godina odvija proces harmonizacije, dok je proces kodificiranja materije privatnog prava još uvijek samo ideja koja će možda u budućnosti doživjeti svoju realizaciju, to je nužno ukazati na distinkciju između pomenutih procesa. Tako, kodifikacija je sveobuhvatna jer nastoji svu materiju privatnog prava objediniti u jedinstven zakonik, zatim sadrži generalna, apstraktna pravila primjenjiva na različite vrste privatnopravnih odnosa. Materija je sistematski uređena, te postoji međusobna povezanost odredbi. Kodifikacije nisu funkcionalno orjentirane i zbog visokog stupnja apstraktnosti svojih odredbi nisu podložene čestim izmjenama, tj. odlikuju se statičnošću. Usvajaju ih nacionalni zakonodavci i primjenjuju nacionalni sudovi, stoga ne postoji problem vezano za različito interpretiranja sadržaja. O razlikama između harmonizacije i kodifikacije *v.*: Hesselink, M. W., *The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience*, pp. 48-51.; *Slično i*: Alpa, G., *Harmonisation of and Codification in European Contract Law*, in: Vogenauer, S., Weatherill, S., (*ed.*), *op. cit.*, pp. 149-169.

Nacrta zajedničkog referentnog okvira 2008. godine [Draft Common Frame of Reference for a European private law, (dalje: DCFR)],[38] koji je nastao kao rezultat višegodišnjeg rada dvije odvojene istraživačke grupe Study Group on a European Civil Code[39] i Research Group on the Existing EC Private Law.[40]

Ovo iz razloga što se već u Planu djelovanja iz 2003. godine pod nazivom "Koherentnije europsko ugovorno pravo"[41] navodi da će CFR sadržavati jasne definicije osnovnih principa i apstraktnih pojmova, zajedničku terminologiju i načela europskog ugovornog prava, pritom vodeći princip jeste princip slobode ugovaranja, a sve u cilju postizanja većeg stupnja međusobne povezanosti ugovornog prava država-članica, te koliko je to moguće i trećih zemalja.[42] CFR bi, prvenstveno, trebao poslužiti kao instrument kojim će institucije EU unaprijediti acquis, odnosno to je sredstvo za reviziju i otklanjanje divergentnosti postojećeg, te stvaranje koherentnijeg budućeg ugovornog acquisa.[43] Odlučujuća uloga CFR je dodatno naglašena time što se CFR označava kao „tool box" ili „guide" za europskog zakonodavca prilikom moderniziranja postojećih i izrade prijedloga novih akata. Njegova pravila, također, trebaju

38 *„A 'common frame of reference' [...] a non-binding set of systematically presented rules not unsimilar to the existing national Civil Codes, then we are talking about a text of great importance, politically,culturally, economically."* *Vidi*: von Bar, C., *The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code*, ERA Conference, *A Common Frame of Reference – How should it be filled*?, p. 100.

39 *Study grupa* predstavlja mrežu nezavisnih akademika, iz cijele EU, koji provode komparativno istraživanje nacionalnih privatnopravnih sistema, u cilju stvaranja jedinstvenih *Principa europskog prava* u oblasti obligacionog, te stvarnog prava. Principi europskog prava, kao kodificirani set pravila, neće predstavljati samo puko reformuliranje postojećih pravnih rješenja u državama-članicama, već će ista sadržavati nova privatnopravna pravila koja će imati široko područje primjene diljem EU. Više o djelatnostima i strukturi *Study grupe* vidi na: http://www.sgecc.net, (2011).

40 *Acquis grupa* kao i *Study grupa* članice su puno šire Zajedničke mreže o europskom privatnom pravu (*Joint Network on European Private Law*), poznate još i pod nazivom „Mreža izvrsnosti" („*Network of Excellence*"). Mreža izvrsnosti formirana je 2005. godine i u njen sastav, pored pomenutih grupa, ulaze i: „*Insurance Group*", „*Association Henri Capitant*", „*Common Core Group*", „*TILEC-Tilburg Law and Economics Center*", „*Database Group*", „*Academy of European Law* (*ERA*)". Cilj osnivanja Mreže izvrsnosti jeste izrada Zajedničkih principa europskog ugovornog prava [*Common Principles of European Contract Law* (CoPECL)], a slijedeći koncept CFR. Više o tome na: http://www.copecl.org/, (2011). Naime, *Acquis grupa* formirana je 2002. godine, a njen rad kordinira *prof. Hans Schulte-Nölke*. Ova grupa svoj rad temelji na analizi postojećeg ugovornog *acquis*a. Za razliku od *Study grupe* koja svoj rad temelji na komparativnoj analizi nacionalnih zakonodavstava, *Acquis grupa* je dala prikaz stanja europske legislative u oblasti ugovornog prava izradivši posebna načela (*Acquis načela*), koja u konačnici trebaju doprinijeti nastanku CFR. O radu *Acquis grupe* vidi na: http://www.acquis-group.org/, (2011).

41 *Communication from the Commision to the Council and the European Parliament - A More Coherent European Contract Law – An Action Plan* COM(2003) 68 final, Brussels, 12.2.2003.

42 *V.*: *Plan djelovanja* iz 2003. godine, točke 62-65.

43 Izrada CFR u pravnoj teoriji polučila je brojne rasprave po pitanju pravnih posljedica, koje primjena takvog instrumenta može implicirati u praksi. U tom smislu *vidi*: Reich, N., *A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or hoste for integration*?, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, ZERP-Diskussionspapier, Bremen, 2006., Trnka, J., *Limits to the internal market mandate?*, Some reflections on the European contract law project, Paper for the Jean Monnet seminar Advanced Issues of European Law in Dubrovnik, 29 April – 6 May 2007., Petrić, S., *Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište Rijeka, 30:1/2009, str. 473-513.

poslužiti i nacionalnim zakonodavcima prilikom implementacije direktiva EU, ali i prilikom primjene drugih nacionalnih propisa.[44] DCFR predstavlja, zapravo, sintezu dvije vrste pravila, na jednoj strani tu su pravila ius commune, nastala apstrahiranjem zajedničkih elemenata nacionalnih prava ugovora, a na drugoj strani su propisi pravne stečevine EU. Polje primjene DCFR nije ograničeno samo na ugovorne obligacije, već na obligaciono pravo u cijelosti, ali i određene institute stvarnog prava, koji su od velikog značaja za nesmetano funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Pritom, vodilo se računa da svaka pravna oblast predstavlja gotovo samostalnu, ali ipak organski povezanu cjelinu.

DCFR, kako je to naznačeno u revidiranom izdanju javlja se u dva modaliteta, odnosno kao „akademski" i kao „politički" CFR. To iz razloga što je objavljeni tekst DCFR nastao isključivo kao rezultat timskog rada velikog broja pravnih stručnjaka, pritom je politički mandat relevantnih tijela EU izostao, stoga može se reći da "DCFR predstavlja akademski, a ne politički autoriziran tekst."[45]

"Akademski" DCFR sadrži opća pravila, principe, te model-pravila iz oblasti obligacionog, potrošačkog i stvarnog prava, pritom nije nužno da isti sadržaj bude integriran i u „politički" CFR. Svojevrsna transformacija DCFR u CFR jest pitanje političke volje relevantnih tijela EU. No, neovisno o tome kakva će biti sudbina „političkog" CFR, ipak „akademski" DCFR je stvorio zajedničku bazu za dalju konvergenciju različitih pravnih sistema država-članica. Prema tome, DCFR nije samo akademski tekst koji treba poslužiti za donošenje političkog instrumenta, već on ima svoj raison d'être, neovisno o razvoju političkih događaja u Briselu.[46] To što "akademski" DCFR nema pravni legitimitet govori zapravo o nepostojanju političke volje da se tako nešto zaista i dogodi.[47] Isto tako, to ne znači da DCFR nije već polučio određene pravne učinke, jer svaka ozbiljnija rasprava o europskom građanskom pravu ima svoje polazište u DCFR. Nadalje, DCFR se po svemu osim po imenu može smatrati svojevrsnim "Europskim građanskim zakonikom" („chameleon character"),[48] mada je politička budućnost CFR I dalje sasvim neizvjesna.[49]

44 *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward,* COM (2004) 651 final, Brussels, 11.10.2004.

45 U tom smislu *vidi*: von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., (*ed.*) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference* (DCFR), *Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008., p. 6.,

46 *O tome*: Jansen, N., *The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference*', in: Micklitz, H. W., Cafaggi, F., (*ed.*), *op. cit.,* pp. 147-151.

47 *Opširnije*: Somma, A., *Towards a European private law? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws*, in: Micklitz, H. W., Cafaggi, F., (*ed.*), *op. cit.,* pp. 1-20.

48 O navedenom detaljnije *vidi*: Micklitz, W. H., *Failure or Ideological Preconceptions – Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUI Working Papers LAW 2010/04, pp. 1-19.

49 Strukturu DCFR čini deset knjige, koje se zatim dijele na poglavlja, odjeljke, pododjeljke i, po potrebi na, članove, pri tome sam izgled DCFR, kao i način redigiranja njegovih odredaba ukazuju na veliku sličnost sa kodifikacijama civilnog prava, pritom njegova uloga ni u kom smislu se ne može poistovjetiti sa istim. O odnosu između DCFR i nacionalnih kodifikacija građanskog prava *opširnije*: Smits, M. J., *The Draft Common Frame of Reference: how to improve it?*, in: Micklitz, H. W., Cafaggi, F., (*ed.*), *ibid.,* pp. 92-100.; *Suprotno usp.*: von Bar, C., *A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12.1 (May 2008), p. 3., dostupno na: http://www.ejcl.org, (2011)

3.3. Opcijski instrument – korak dalje u pravcu unifikacije ugovornog prava

Iako je ideja o izradi Europskog građanskog zakonika jedno vrijeme bila izuzetno „u modi", ipak se pokazalo da stvaranje takve kodifikacije iziskuje dugoročne aktivnosti akademske i političke zajednice, te da je to u postojećim europskim prilikama, gotovo pa neostvarivo. Iz tog razloga pred Europsku komisiju stavljen je novi zadatak, a to je iznaći najbolje rješenje, odnosno ponuditi opcijski instrument europskog ugovornog prava, koji će omogućiti realizaciju ekonomskih ciljeva EU, pomoći u prevazilaženju ekonomske krize, a pritom neće stvoriti dodatne komplikacije poslovnim subjektima i potrošačima. Osim toga, isti treba osigurati visok stupanj zaštite potrošača. Drugim riječima, u fokusu pažnje jeste ideja o izradi novog instrumenta europskog ugovornog prava, koji će omogućiti i poboljšati nesmetano funkcioniranje unutarnjeg tržišta, reducirati troškove transgraničnog poslovanja,[50] povećati stupanj pravne sigurnost, te izgraditi povjerenje potrošača u prekograničnu trgovinu. Opcijski instrument sadržavao bi opća, ali i posebna pravila ugovornog prava dispozitivne i kogentne prirode (mandatory and non-mandatory rules), koja bi egzistirala paralelno sa nacionalnim propisima, a stranke su slobodne ugovoriti njihovu primjenu u cilju unapređenja prekograničnog poslovanja na jedinstvenom tržištu. Tako, opcijski instrument bi se primjenjivao ili po sistemu opt-in, odnosno samo ako stranke ugovore njegovu primjenu, ili po sistemu opt-out, odnosno ako stranke nisu njegovu primjenu izričito isključile.[51]

Pravna priroda takvog instrumenta velika je enigma, o čemu svjedoči i Zelena knjiga o strateškim opcijama za napredak prema europskom ugovornom pravu za potrošače i poslovne subjekte iz 2010. godine,[52] kojom se predlaže sedam opcija, od koji jedna treba odrediti karakter opcijskog instrumenta.[53]

---

50 Naime, određene procjene govore da svake godine EU izgubi oko 26 md € zbog neujednačenosti propisa država-članica u oblasti ugovora, odnosno pravni partikularizam je glavni kamen spoticanja prekograničnoj trgovini. Više nego ikada treba potaknuti odvijanje prekogranične trgovine, jer integrirano europsko tržište broji oko 500 mil potrošača, a to će zasigurno povećati ukupan ekonomski rast. *V. opširnije* govor *Viviane Reding*, potpredsjednice Europske komisije održan 10.11.2011. godine u Varšavi na Konferenciji za Europsko ugovorno pravo, *The optional Common European Sales Law – Seizing the opportunity*!, dostupno na http://europa.eu/rapid/press_Releases_Action.do?reference=SPEECH/11/ 742&format= HTML&aged=0&language=EN&gui Langu age =en (2011).

51 O navedenom *preciznije*: Hesselink, M., *An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade*?, Brussels, 2010., dostupno na: http://ssrn.com/ abstract =1695617 (2011).

52 *Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, COM(2010) 348 final, Brussels, 1.7.2010.

53 U tu svrhu Europska komisija je u aprili 2010. godine okoupila *Ekspertnu grupu o Zajedničkom referentnom okviru u oblasti europskog ugovornog prava*, (dalje: Ekspertna grupa), koja treba pomoći Komisiji prilikom izrade CFR u dijelu koji se odnosi na ugovorne obligacije, uključujući i pravo zaštite potrošača. Ekspertna grupa broji 20 članova, a sačinjavaju je istaknuti profesori privatnog prava, bivši suci, te pravni praktičari iz cijele EU. Pri tome, članovi nemaju politički mandata, niti zastupaju interese države iz koje dolaze, što znači da se radi o potpuno neovisnom, te profesionalnom timu. Ekspertnoj grupi je dato u zadatak da u vrlo kratkom vremenskom razdoblju, tj. u roku od godinu dana, pripremi prijedlog CFR koji tangira područje europskog ugovornog prava, a na temelju već objavljenog DCFR. Shodno tome, zadatak Ekspertne grupe bio je prvo

Opcije se kreću od izrade neobvezujućeg instrumenta, do usvajanja pravnog akta obvezujuće prirode, koji bi zamijenio postojeće propise država-članica u oblasti ugovora. Najambiciozniji prijedlog u ovom dokumentu jeste 7. opcija, kojom se predlaže izrada Europskog građanskog zakonika.[54] S obzirom da je ocijenjeno da i druge oblasti obligacionog prava, a ne samo pravo ugovora, zahtijevaju unifikaciju jer predstavljaju prepreku nesmetanom funkcioniranju unutarnjeg tržišta. Stvaranje ovako sveobuhvatnog instrumenta, kao što je zakonik obligacionog prava i u nacionalnim okvirima predstavlja veoma zahtjevan, dugoročan i složen kodifikatorski projekt, a da se ne pominje što bi to tek značilo na razini EU. Kodifikacija građanskog prava predstavlja instrument koji podrazumijeva potpunu unifikaciju ugovornog prava EU, što je danas zasigurno daleko od realizacije.

Prijedlog opcijskog instrumenta Europska komisija predstavila je javnosti 11.10.2011. godine. Iako su prethodne aktivnosti upućivale na to da će područje primjene, opseg, te sadržaj opcijskog instrumenta pokrivati znatno širu oblast obligacionog prava, to ipak nije bio slučaj. Što se tiče pravne prirode opcijskog instrumenta izabrana je 4. opcija koja predviđa usvajanje uredbe. Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje[55] predstavlja drugačiji pristup harmonizaciji, jer u fokusu pažnje su pored B2C (business to consumer) i B2B (business to business) ugovori. Pritom svi aspekti ugovornog odnosa ne ulaze u predmetno polje primjene, naglasak je stavljen isključivo na ugovor o prodaji. Zajedničko europsko pravo prodaje smatra se „drugim ugovornim režimom" u odnosu na postojeće propise država-članica. Dakle, kada se stranke usuglase da mjerodavno pravo ugovora budu odredbe opcijskog instrumenta, to znači da iste postaju nacionalno pravo kojim se podvrgava konkretni pravni posao. Zajedničko europsko pravo prodaje pruža strankama još jednu dodatnu mogućnost izbora jedinstvenih pravnih propisa prilikom sklapanja prekograničnih ugovora o prodaji, a koja će se identičnog sadržaja moći primjenjivati kao drugi ugovorni režim u svih 27 zemalja-članica EU. Budući da se radi o harmoniziranim propisima ugovornog prava, koji ne dopunjuju prava država-članica, već egzistiraju paralelno s njima, za očekivati je da će njihova primjena olakšati, pojednostaviti i unaprijediti prekograničnu trgovinu.

da apstrahira one dijelove DCFR koji su od posredne ili neposredne važnosti za europsko ugovorno pravo, a potom izvrši sistematizaciju, reviziju i dopunu odabranog sadržaja DCFR, uzimajući pri tome u obzir i druge dokumente relevantne za ovu oblast. Rezultati rada Ekpertne grupe postali su dostupni početkom maja 2011. godine objavljivanjem *Studije izvodljivosti*, u kojoj je predstavljen nacrt instrumenta za europsko ugovorno pravo. No, budući da se rad Ekspertne grupe odvijao paralelno sa donošenjem *Zelene knjige o strateškim opcijama*, i javnim konsulatacijama koje su zatim uslijedile, to nije bilo poznato koji će od ponuđenih modaliteta naići na pozitivan odgovor relevantnih subjekta. Iz tog razloga od Ekspertne grupe je zatraženo da rezultate Studije izvodljivosti prilagodi tako da se mogu koristiti u različitim scenarijima, odnosno bez obzira na pravnu prirodu i oblik budućeg instrumenta. *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (2011).

54 *V.*: Option 7: *Regulation establishing a European Civil Code, ibidem,* p. 11. Izrada Europskog građanskog zakonika predstavljeno je i kao 4. opcija u Saopćenju Komisije o europskom ugovornom pravu iz 2001. godine.

55 *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, Brussels, 11.10.2011., COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

4. Zaključna razmatranja

Ideja o izradi jedinstvenog zakonika koji će divergentne propise država-članica u oblasti privatnog prava sistematizirati i objediniti u koherentnu cjelinu, u posljednje vrijeme sve više poprima konture ozbiljnog projekta. Realizacija tako grandioznog pravnog poduhvata s opravdanjem je uzburkala i podijelila javnost, budući da iziskuje potpunu promjenu kursa kojim se kretao dosadašnji proces harmonizacije.[56] Nadalje, to znači da usklađivanje propisa država-članica u oblasti privatnog prava ne smije biti isključivo motivirano tržišnom integracijom i funkcioniranjem jedinstvenog tržišta, već cilj harmonizacije treba biti i ostvarivanje socijalne pravde. Socijalna pravda počiva na principima pravičnosti, solidarnosti, blagostanja, te zaštiti slabije strane, što predstavlja osnovne vrijednosti europskog društva. Europski građanski zakonik treba, dakle, artikulirati ekonomske i socijalne vrijednosti, stoga je nužno da u njegov sadržaj bude utkana cjelokupna materija građanskog prava, a ne samo one oblasti koje su najtješnje vezane za funkcioniranje tržišta. Izrada Europskog građanskog zakonika pretvorila se u intrigantno pitanje, pravnog, ali i političkog karaktera, implicirano, u posljednje vrijeme, nizom europskih dokumenata kojima se, istina pod različitim nazivima, predlaže jedan cilj – potpuna harmonizacija različitih oblasti obligacionog prava, posebice prava ugovora.

Nesporno je da države starog kontinenta raspolažu zajedničkim naslijeđem, što je zasigurno još naglašenije u drugim sferama društvenog života, nego u oblasti prava, poput primjerice: umjetnosti, književnosti, muzike, religije, kulture i sl. Također, europske zemlje dijele zajedničke etičke, političke, te gospodarske vrijednosti, ali to ipak ne predstavlja dovoljan osnov da se izbrišu sve razlike koje postoje između država, nacija, pa čak i regija unutar iste države.[57] Odraz europskog identiteta i njegovo bogatstvo najbolje odražava sintagma „ujedinjeni u različitostima."[58] Europski integracijski proces odvija se permanentno i zahvatio je gotovo sve segmente društvene regulacije, tako da vremenom državama-članicama postaje sve teže njegovati i očuvati vlastiti nacionalni identitet. To je naročito evidentno u oblasti pravne regulacije, gdje

56 Veliki broj direktiva usvojen u oblasti privatnog prava implicirao je moderan pristup uređenju ove oblasti u državama-članicama, jer harmonizirana pravila trebaju pružiti adekvatnu zaštitu titularima, a pri tome donijeti i očekivane tržišne rezultate. Svrha donošenja direktiva jeste reduciranje, odnosno eliminiranje onih pozitivnih propisa država-članica koji ometaju razvoj jedinstvenog tržišta, stoga može se govoriti *re-regulaciji* privatnopravnih odnosa. Budući da su europske direktive sektorski orjentirane, tj. donose se isključivo s ciljem rješavanja konkretnih pravnih problema, prvenstveno, iz domena ekonomskih odnosa, to *acquis* ne predstavlja sistematičan, koherentan, univerzalan set pravila, već naprotiv može se govoriti o tzv. *„hibridnom karekteru acquisa."* Tako, vremenom *acquis* je izgubio svoju primarnu funkciju otklanjanja prepreka za funkcioniranje unutarnjeg tržišta, te sam postao prepreka ekonomskim aktivnostima. *O tome vidi*: Collins, H., *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridege University Press, 2008., pp. 115-120.

57 *U tom smislu i*: Collins, H., *op. cit.,* pp. 124-145.

58 EU egzistira kao zajednica 27 država, u kojoj pod zajedničkim motom *„ujedinjeni u različitostima"* (*„united in diversity"*) živi preko pola milijarde svjetskog stanovništva. Moto znači, da su širom EU, Europljani ujedinjeni u stvarnju mira i prosperiteta, te da mnoge različite kulture, tradicije i jezici predstavljaju pozitivnu prednost za europski kontinent. Dostupno na: http://europa.eu/abc/ symbols/motto/index_en.htm (2011.)

u cilju uspostavljanja i funkcioniranja unutarnjeg tržišta države-članice su obavezne derogirati sve pravne propise koji predstavljaju smetnju realizaciji naprijed pomenutog cilja. Na taj način dolazi do približavanja konvergentnih nacionalnih pravnih sistema i stvaranja zajedničkog, komunitarnog pravnog okvira.[59] Dio identiteta, povijesti i kulture svake europske države jeste i privatno pravo, a jedinstveni građanski zakonici u velikom broju država-članica predstavljaju, upravo, okosnicu višestoljetnih pravnih tradicija. Stoga, s razlogom postavlja se pitanje jesu li države-članice spremne odreći se dijela nacionalnog i političkog identiteta, te prekinuti vezu sa bogatim pravnim naslijeđem? Drugim riječima, je li ideja o izradi Europskog građanskog zakonika dovoljno sazrela da bi ista bila i realizirana? Cijeneći trenutno raspoloženje i podijeljenost u stručnoj i akademskoj javnosti, čini se da je ova ideja još uvijek daleko od zbilje.

No, važno je ukazati da ipak postoje određene oblasti privatnog, posebno ugovornog prava koje su u velikoj mjeri harmonizirane, što predstavlja, pak, dobar temelj za eventualnu sistematizaciju i unifikaciju istih izborom odgovarajućeg opcijskog instrumenta. To se primjerice odnosi na propise u oblasti zaštite potrošača, prava osiguranja, prava konkurencije i sl. U tom slučaju moglo bi se govoriti o donošenju tzv. „funkcionalnih kodifikacija", koje predstavljaju prvi korak u pravcu uspostavljanja europskog privatnog prava u okviru jednog, novog i jedinstvenog dokumenta.[60] Pritom, oblast prava zaštite potrošača, više nego i jedan segment europskog acquisa, pogodan je za usvajanje jedinstvenih propisa, koji bi na istovjetan način bili primjenjivani i tumačeni u svim državama-članicama. Dokaz za to je i nova Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača,[61] koju određeni autori vide kao idealnu podlogu za donošenje onog što se u znanstvenoj javnosti često naziva Europski zakonik prava potrošača (European Code of Consumer Rights), budući da se radi o horizontalnom instrumentu temeljenom na principu potpune ciljane harmonizacije.[62] Iako se unifikacija prava suprotstavlja ideji zdrave, plodotvorne konkurencije različitih nacionalnih zakonodavstava, te vodi osiromašenju i fosilizaciji pravnog univerzuma stvaranjem jednoobraznog europskog zakonika, ipak ona se ostvaruje postepeno.[63] Stvaranje zajedničkog pravnog okvira više nije samo iluzija, o čemu svjedoče mnoge „doktrinarne kompilacije"[64] nastale kao plod rada akademske zajednice, koje će zasigurno poslužiti kao model nacionalnim i komunitarnim tijelima za intervenciju u oblasti ugovornog prava. Koliko je izvjesno da će doći do unifikacije ugovornog, odnosno privatnog prava u Europi, teško je predvidjeti. No u svakom slučaju, ona

59 *Cfr.*: Mak, V., A *Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law*, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, EUI Vorking paper No. 2009/12, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=1511624, (2011).

60 O sadržaju novog dokumenta, koji bi predstavljao svojevrsni zakonik ugovornog prava zaštite potrošača *vidi detaljnije*: Reich, N., *A European Contract Law…*, pp. 400-410.

61 *Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, 25 October 2011, OJ [2011] L 304/64, 22 November 2011.

62 *O tome*: Hesselink, M. W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?* 5(3) ERCL 2009, pp. 5-7.

63 *Prema*: Banovčanin, I., *Da li je Evropa spremna za Zakonik evropskog prava*?, Revija za evropsko pravo, 4:1/2002, str. 41-62.; *Slično i*: Collins, H., *op. cit.,* pp. 185-189.

64 *V.*: Banovčanin, I., *ibid*., str. 48 i d.

se već ostvaruje na različite načine. Pritom, treba imati na umu da kodifikacije nastaju tijekom dužeg vremenskog razdoblja, utoliko je još više vremena potrebno za ostvarenje tako ambicioznog projekta na supranacionalnoj razini.

Popis korištene literature:

- Banovčanin, I., Da li je Evropa spremna za Zakonik evropskog prava?, Revija za evropsko pravo, 4:1/2002
- Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici, u: Gavella, N., et ale., Europsko privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002.
- Collins, H., The European Civil Code: The Way Forward, Cambridege University Press, 2008.
- Communication from the Commision to the Council and the European Parliament on Europena Contract Law, COM(2001) 398 final, Brussels 11.7.2001.
- Communication from the Commision to the Council and the European Parliament - A More Coherent European Contract Law – An Action Plan COM(2003) 68 final, Brussels, 12.2.2003.
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM (2004) 651 final, Brussels, 11.10.2004.
- Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, 25 October 2011, OJ [2011] L 304/64, 22 November 2011.
- Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, COM(2010) 348 final, Brussels, 1.7.2010.
- Herdegan, M., Europsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003.
- Hesselink, M. W., The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart? 5(3) ERCL 2009
- Hesselink, M. W., The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe, Kluwer Law International, 2002.
- Hesselink, M., An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?, Brussels, 2010., http://ssrn.com/ abstract =1695617 (2011)
- Hondius, E. H., Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.
- Kaczorowska, A., Europena Union Law, Routledge-Cavedish, London & New York, 2008.

- Kuštrimović Kovačević, R., Lazić, M., Građanski zakonik Srbije i pravo Evropske unije, Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu, 2008.
- Lando, O., Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/ literature/ lando 01.htm (2011)
- Lando, O., The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law, Hastings International and Comparative Law Review, Summer 1998.
- Lando, O., The Rules of European contract law, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, European Parliament, DG for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (June 1999), Chapter III, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html (2011)
- Legrand, P., Against a European civil code, Modern Law Review, 60/1997
- Legrand, P., European legal systems are not converging, International and Comparative Law Quarterly, 45/1996
- MacQueen, H. L., Zimmermann, R., (ed.), European Contract Law: Scots and South African Perspectives, Edinburgh University Press, 2006.
- Mak, V., A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, EUI Vorking paper No. 2009/12, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=1511624, (2011)
- Micklitz, H. W., Cafaggi, F., (ed.), European Private Law after the Common Frame of Reference, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
- Micklitz, W. H., Failure or Ideological Preconceptions – Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code, EUI Working Papers LAW 2010/04
- Petrić, S., Bukovac-Puvača, M., Bitna obilježja i ustavnopravna osnova opcijskog instrumenta europskog ugovornog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 3/2009
- Petrić, S., Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište Rijeka, 30:1/2009
- Presidency Conclusions of the Tampere European Council, dostupno na http://www.europarl. europa.eu/summits/tam_en.htm (2011)
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011., COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD)
- Reich, N., A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or hoste for integration?, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, ZERP-Diskussionspapier, Bremen, 2006.
- Reich, N., A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?, Journal of Consumer Policy, 28/2005

- Remien, O., Über den Stil des europäischen Privatrechts – Versuch einer Analyse und Prognose, RabelsZ 60 (1996)
- Rodin, S., Ćapeta, T. (ur.), Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008.
- Senden, L., Soft Law in European Community Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004.
- Smits, J., The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaenum as a Mixed Legal System, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002.
- Tridimas, T., Nebbia, P., (ed.), European Union Law for The Twenty-First Century, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004.
- Trnka, J., Limits to the internal market mandate?, Some reflections on the European contract law project, Paper for the Jean Monnet seminar Advanced Issues of European Law in Dubrovnik, 29 April – 6 May 2007.
- Twigg-Flesner, C., The Europeanization of Contract Law: Current controversies in law, Routledge-Cavedish, London & New York, 2008.
- Vogenauer, S., Weatherill, S., (ed.), The harmonisation of European Contract Law, Implications for Europena Private Laws, Business and Legal Practice, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- Von Bar, C., A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12.1 (May 2008), http://www.ejcl.org, (2011)
- Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Sellier, Munich, 2008.
- Von Bar, C., The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code, ERA Conference, A Common Frame of Reference – How should it be filled?
- Vukadinović, R., (ur.), Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo; Prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001.

Anita Petrović

dr. sc. Selma Novalija, docent
Ekonomski fakultet Univerziteta u Tuzli

UTICAJ PRIMJENE METODA AMORTIZACIJE STALNIH MATERIJALNIH SREDSTAVA NA USPJEŠNOST POSLOVANJA

UVOD

Amortizacija stalnih materijalnih sredstava je specifična ekonomska kategorija, obzirom da istovremeno predstavlja trošak korištenja stalnih materijalnih sredstava s jedene strane, te s druge strane priliv likvidnih sredstava sadržanih u realiziranim proizvodima, odnosno učincima. Zbog toga amortizacija predstavlja, posebno u kapitalno intenzivnim preduzećima, značajnu stavku, kojoj je neophodno posvetiti posebnu pažnju. U radu se želi istražiti kako izbor metode obračuna amortizacije, sa aspekta ročnosti, utiče na iznos finansijskog rezultata, odnosno na uspjeh u poslovanju.

Rad je strukturiran iz šest dijelova. U prvom dijelu rada obraditi će se sažeto set finansijskih izvještaja. U drugom dijelu rada bit će prezentirani pojam i svrha obračuna amortizacije stalnih materijalnih sredstava. Treći dio rada posvećen je definiranju regulatornog okvira amortizacije stalnih materijalnih sredstava, odnosno dva okvira i to: pravnog i normativnog (Zakon o porezu na dobit u FBiH, Pravilnik o primjeni zakona o porezu na dobit u FBiH, te Opći akti pravnog subjekta), te strukovnog okvir (primjena odgovarajućih računovodstvenih standarda, u ovom slučaju posebno MRS-a 16). Četvrti dio obrađuje osnovne elemente obračuna amortizacije kao što su: predmet obračuna, vijek upotrebe sredstva, osnovica za obračun, početak i prestanak obračuna, metode obračuna amortizacije (metoda konstantne, degresivne, funkcionalne te kombinovane metode obračuna amortizacije). U petom dijelu prezentiran je uticaj izabranih metoda obračuna amortizacije na finansijski rezultat u kratkom i dugom roku. Također, ovaj dio donosi i konkretne primjere za dokaz hipoteze. Zadnji, šeti dio, na poseban način razmatra računovodstvene i porezne svrhe uticaja obračuna amortizacije, odnosno razmatra odgođena porezna sredstva i odgođene porezne obaveze.

1. FINANSIJSKI IZVJEŠTAJI

Računovodstvo je najznačajni dio ukupnog informacionog sistema i većina informacija potrebnih u procesu poslovnog odlučivanja nastaje upravo u računovodstvu. Ono u osnovi proučava i prati „sirove podatke“, te ih pretvara u informacije pogodne za korištenje u procesu odlučivanja. Računovodstvo se može definisati „kao vještina bilježenja, razvrstavanja, skraćenog prikazivanja i interpretiranja iz toga proizašlih rezultata“.[1] Računovodstvene informacije, kao konačni output računovodstvenog procesiranja podataka, prezentiraju se

1 Žager K., Žager L., *Analiza financijskih izvještaja*, Masmedia, Zagreb, 1999., str. 26

u obliku finansijskih izvještaja, što znači da su finansijski izvještaji kao nositelji računovodstvenih informacija, neophodni za racionalno poslovno odlučivanje.[2] U skladu sa Međunarodnim računovodstvenim standardom 1 – Prezentacija finansijskih izvještaja, sveobuhvatni set finansijski izvještaji sadrži[3]:

1. Bilans stanja,
2. Bilans uspjeha,
3. Izvještaj o novčanom toku,
4. Izvještaj o promjenama na kapitalu,
5. Zabilješke uz finansijske izvještaje.

Pored navedenih finansijskih izvještaja, preduzeća prezentiraju i neke dodatne izvještaje, gdje se opisuju neka od glavnih obilježija finansijskog položaja i uspješnosti, te osnovne neizvjesnosti s kojim se preduzeće suočava, kao i izvještaje o zaštiti čovjekove okoline, izvještaje o porezu na dobit i dr.

Bilans stanja prikazuje imovinu s kojom preduzeće raspolaže i izvore finansiranja te imovine u određenom trenutku, odnosno na određen dan. Imovina preduzeća je resurs kojeg kontrolira preduzeće, kao rezultat prošlih događaja, iz kojih se očekuje priliv budućih ekonomskih koristi u preduzeće.[4] Bilans uspjeha prikazuje uspješnost poslovanja kroz određeni period, obično godinu dana. Izvještaj o novčanom toku prikazuje informacije o novčanim primicima i novčanim izdacima preduzeća tokom obračunskog perioda, te je nositelj informacija bitnih za ocjenu aktivnosti preduzeća. Izvještaj o promjenama na kapitalu prikazuje cjelokupnu sliku o uspješnosti poslovanja preduzeća, budući da sadrži poziciju rezultata poslovanja iskazanu u bilansu uspjeha odnosno neto dobit ili gubitak perioda, ali i sve ostale promjene koje se iskazuju na pozicijama kapitala preduzeća. Zabilješke uz finansijske izvještaje dodatno obrazlažu informacije sadržane u temeljnim finansijskim izvještajima.

Bilans stanja kao što smo već istaknuli prikazuje stanje imovine, obaveza i kapitala na određen dan. Imovina preduzeća je resurs kojeg kontrolira preduzeće, kao rezultat prošlih događaja, iz kojih se očekuje priliv budućih ekonomskih koristi u preduzeće.[5] Imovinu preduzeća dijelimo na :

1. Stalna sredstva (dugotrajna imovina preduzeća)
2. Tekuća sredstva (kratkotrajna imovina preduzeća).

Dugotrajnu materijalnu imovinu čini imovina koja ima materijalni, fizički, dodirljiv oblik, koji poslovni subjekt posjeduje za korištenje u proizvodnji proizvoda ili isporuci dobara ili usluga, za iznajmljivanje ili u administrativne svrhe i za koje se očekuje da će se koristiti duže od jednog obračunskog perioda – godine dana.

Postepeno trošenje dugotrajne materijalne (ali i nematerijalne) imovine i prenošenja dijela njezine vrijednosti na učinke naziva se amortizacija.[6]

---

2 Tušek B., Žager L., Rička Ž., *Revizija podrška poslovnom upravljanju*, Revicon, Sarajevo, 2006., str. 45

3 Greuning van H., *Međunarodni standardi finansijskog izještavanja: praktični vodič*, Mate, Beograd, 2006., str. 16

4 Tušek B., Žager L., Rička Ž., op.cit., str. 46

5 Ibidem

6 Dražić I., Mamić I., Tušek B., *Računovodstvo priručnik za vježbe*, Sveučilišna tiskara, Zagreb, 2003., str. 126.

U okviru stalnih sredstava, posebnu grupu čine nekretnine, postrojenja i oprema. Prema Međunarodnom računovodstvenom standardu 16 paragraf 37. grupa nekretnina, postrojenja i oprema, objedinjuje sredstva slične vrste i upotrebe u poslovanju pravnog lica. Sljedeći su primjeri posebnih grupa:

a) Zemljište
b) Zemljište i zgrade
c) Mašine
d) Brodovi
e) Avioni
f) Motorna vozila
g) Namještaj i oprema
h) Kancelarijska oprema[7]

2. AMORTIZACIJA STALNIH MATERIJALNIH SREDSTAVA

Amortizacija je sistemski raspored amortizirajućeg iznosa imovine, tokom korisnog vijeka upotrebe.[8] To je specifična ekonomska kategorija, koja istovremeno predstavlja:

- trošak korištenja stalnih sredstava i element cijene koštanja proizvoda i usluga, kao učinaka i
- priliv likvidnih sredstava amortizacije, kao dijela vrijednosti stalnih sredstava sadržanih u realiziranim proizvodima i uslugama kao učincima.

U prvom slučaju, amortizacija predstavlja računovodstvenu, tj. troškovnu, a time i obračunsku kategoriju, jer se postepeno trošenje stalnih sredstava prenosi u cijenu koštanja proizvoda/usluga, odnosno učinaka. S druge strane, amortizacija kao priliv likvidnih sredstava je elemenat Izvještaja o novčanim tokovima kao iskaz likvidnosti. Uzimajući u obzir navedeno, amortizacija se u teoriji označava kao „pozitivan trošak", odnosno, „specifičan trošak", jer smanjenje ekonomske koristi stalnih sredstava, rezultira povećanjem priliva likvidnih sredstava, što nije slučaj s ostalim troškovima, koji predstavljaju trajne odlive sredstava. Na ovaj se način dugoročno imobilizirana novčana sredstva, tokom njihovog vijeka upotrebe postepeno smanjuju, te se pretvaraju iz nelikvidnog materijalnog oblika u likvidni novčani oblik. Zbog toga se za amortizaciju kaže da predstavlja proces unovčavanja stalnih sredstava.

Svrha obračuna amortizacije je srazmjeran obračun i uključenje iznosa trošenja stalnih sredstava u cijenu koštanja proizvoda ili usluga, odnosno u rashod perioda, kako bi se od dijela prihoda ostvarenih prodajom tih proizvoda (usluga) osigurala sredstva potrebna za njihovu zamjenu, a sve u cilju održavanja kontinuiteta reprodukcijskog ciklusa. Drugim riječima,

7 *Međunarodni standardi finansijskog izvještavanja (MSFI) uključujući i Međunarodne računovodstvene standarde (MRS)*, Savez računovođa, revizora i finansijskih radnik FBiH, Mostar, 2006., str. 362

8 Ibidem, MRS 16, t. 6

osnovna svrha amortizacije se ogleda u načelu sučeljavanja prihoda perioda s troškovima nastalim prilikom generiranja tog prihoda. Zadaci amortizacije su:

- da odrazi trošenje stalnih sredstava i smanjivanje njihove vrijednosti,
- služi kao sredstvo za određivanje dijela vrijednosti stalnih sredstava koji je prešao na proizvod ili usluge,
- služi kao sredstvo da se osigura mogućnost obnavljanja odnosno zamjene dotrajalih stalnih sredstava.[9]

U proizvodnom procesu, materijalna imovina ne mijenja svoj fizički oblik, hemijski sastav, niti prenosi svoju ukupnu vrijednost u jednom proizvodnom ciklusu na nove proizvode. Materijalna imovina u proizvodnom ciklusu se postepeno troši. To trošenje s vremenom smanjuje njenu proizvodnu i upotrebnu vrijednost. Ona dakle, postupno gubi od svoje prvobitne, odnosno, nabavne vrijednosti, a dijelovi te vrijednosti utrošene u proizvodnji prenose se na nove proizvode, odnosno učinke.

Dva su osnovna uzroka postepenog smanjivanja nabavne vrijednosti, fizičko trošenje i ekonomsko zastarijevanje imovine. Fizičko trošenje nastaje zbog korištenja sredstava u procesu poslovanja, oštećenja, neispravnog korištenja i održavanja, prirodnoga propadanja. Fizičkim se trošenjem smanjuje upotrebna vrijednost sredstava. Trošenje je veće i brže, ukoliko se sredstva više koriste. Ovo trošenje se ne može izbjeći. Faktori koji utiču na fizičko trošenje su:

- tehničko-tehnološka svojsta konkretnih sredstava,
- funkcija sredstva u reprodukciji,
- način na koji se sredstvom rukuje,
- način na koji se sredstvo održava i
- uslovi u kojima se sredstvo koristi.

Izraz zastarijevanje odnosi se na proces starenja[10]. Ekonomsko zastarijevanje nastaje, kada se razvitkom tehnike i tehnologije proizvedu nova, bolja i ekonomičnija sredstva i kada preduzeće ima ekonomski interes da postojeća sredstva zamijeni novim, mada se postojeća nisu fizički istrošila. Kao faktori koji utiču na ekonomsko zastarijevanje podrazumijevaju se pojava novih sredstava koja su u stanju da efikasnije vrše iste funkcije i pojava na tržištu novih proizvoda čija je upotrebna vrijednost veća.

3. REGULATORNI OKVIR SPROVOĐENJA PROCESA AMORTIZACIJE

Obračun amortizacije regulisan je normativno pravnim i strukovnim okvirom. U nastavku ćemo razmotriti pomenute okvire, kao oblike regulative, uz pomoć kojih se sprovodi proces amortizacije.

9 Šunjić-Beus M., Berberović Š., Stavrić B., *Ekonomika preduzeća*, Ekonomski fakultet, Sarajevo, 2000., str. 292

10 Meigs F. R., Meigs B. W., *Računovodstvo-temelj poslovnog odlučivanja,* Mate, Zagreb, 1999., str. 460

3.1. Pravni i normativni okvir obračuna amortizacije

Kad govorimo o pravnom i normativnom okviru kojim je uređen obračun amortizacije, mislimo na zakonske propise, prije svega Zakon o porezu na dobit, Pravilnik o primjeni poreza na dobit, te interne akte pravnog lica, kao što su Pravilnik o računovodstvu i računovodstvenim politikama.

Porezni aspekt obračuna amortizacije na nivou FBiH reguliran je Zakonom o porezu na dobit u FBiH[11], te Pravilnikom o primjeni Zakona o porezu na dobit u FBiH.[12]

Članom 18. Zakona o porezu na dobit u FBiH, propisano je, između ostalog i sljedeće:

- odbitak po osnovu amortizacije dopušten je samo u vezi s imovinom, koja podliježe amortizaciji i koja se nalazi u upotrebi,
- amortizacija stalnih sredstava priznaje se kao rashod u poreznom bilansu, do iznosa utvrđenog proporcionalnom metodom, primjenom najviših godišnjih amortizacijskih stopa, koje se propisuju podzakonskim aktom,
- imovina koja se amortizira, a čija je nabavna vrijednost manja od 1.000 KM, može se odbiti u cijelosti u godini nabave, pod uslovom da je imovina stavljena u funkciju,
- amortizirana sredstva koja su jednom amortizirana, ne mogu se ponovno uključiti u obračun amortizacije za potrebe poreznog bilansa.

Osim toga, članom 19. se navode uslovi, koje pravno lice mora ispuniti kako bi ostvarilo pravo na ubrzanu amortizaciju. Pravo na ubrzanu amortizaciju (po stopama i do 50% višim od onih propisanih podzakonskim aktom) pravno lice ima za sredstva koja služe za:

- sprječavanje zagađivanja zraka, vode, zemljišta i ublažavanje buke te
- školovanje i obuku kadrova.

Pravilnikom o primjeni Zakona o porezu na dobit u FBiH u članu 15. specificirane su najviše porezno dopuštene stope amortizacije, koje su prikazane u Tabeli 3.1.

11 Zakon o porezu na dobit u FBiH (*Službene novine FBiH 97/07; 14/08 i 39/09*)

12 Pravilnik o primjeni Zakona o porezu na dobit u FBiH (*Službene novine FBiH br. 36/08 i 79/08*)

Tabela 3.1. *Najviše porezno dopuštene stope amortizacije*

R.br.	Amortizacijska grupa	Najviše god. stope amortizacije	Stope za rad u dvije smjene	Stope za rad u tri smjene
1.	Građevine, izuzev:	10,0%	12,5%	15,0%
1.1.	Upravne, administrativne, uredske i ostale zgrade za obavljanje uslužnih djelatnosti	3,0%	3,8%	4,5%
1.2.	Stambene zgrade, hoteli, restorani	5,0%	6,3%	7,5%
1.3.	Ceste, komunalni objekti, gornji stroj željezničkih pruga	14,3%	17,9%	21,5%
2.	Oprema, vozila, mehanizacija, izuzev:	20,0%	25,0%	30,0%
2.1.	Oprema za vodoprivredu, vodovod i kanalizaciju	14,3%	17,9%	21,5%
2.2.	Računala i oprema za zaštitu okoliša	33,3%	41,6%	50,0%
3.	Višegodišnji zasadi	14,3%	17,9%	21,5%
4.	Osnovna stada	40,0%	50,0%	60,0%
5.	Nematerijalna stalna sredstva	20,0%	25,0%	30,0%

Izvor: Pravilnik o primjeni zakona o porezu na dobit u FBiH (*Službene novine FBiH br. 36/08 i 79/08*)

Kao što je prikazano, Pravilnik dopunjuje član 19. Zakona i navodi da je korištenje uvećanih stopa dopušteno i u slučaju korištenja stalnih sredstava većim intenzitetom od intenziteta, koji odgovara radu u jednoj smjeni. Uvećane stope utvrđuju se na način da se propisane stope povećavaju za rad u dvije smjene za 25%, a za rad u tri smjene za 50% tih stopa.

- Pravilnikom je precizirano sljedeće:
- amortizacija koja se priznaje po poreznom bilansu se obračunava za svako stalno sredstvo pojedinačno,
- jednom amortizirana sredstva ne mogu se ponovno uključivati u obračun amortizacije, ni kada su ista i dalje u uporabi, osim za naknadna ulaganja u takvo sredstvo,
- porezno priznavanje amortizacije stalnih sredstava počinje prvog dana mjeseca, koji slijedi iza mjeseca u kojem je stalno sredstvo stavljeno u upotrebu i
- amortizacija za prodana, uništena, rashodovana ili na drugi način otuđena stalna sredstva, se priznaje do kraja mjeseca, u kojem su ta stalna sredstva bila u upotrebi.

Raniji prekid obračuna amortizacije, provodi se, kada se sredstvo proda, uništi, rashoduje ili na drugi način otuđi.[13]

Zakon o računovodstvu i reviziji FBiH, čl.13 propisuje da su pravna lica dužna donijeti akt o organizaciji računovodstveno-informacijskog sistema, u kojem će, uvažavajući načela o obračunu amortizacije propisane MRS-om 16 (MRS - Međunarodni računovodstveni standard), odrediti sve potrebne elemente za obračun amortizacije. Ovaj opći akt treba sadržavati:

13 Pravilnik o primjeni Zakona o porezu na dobit u FBiH, op.cit., čl. 16, st. 2.

- kriterij prema kojem se imovina razvrstava u dugotrajnu, odnosno kratkotrajnu imovinu,
- dugotrajnu imovinu, koja se amortizira razvrstati u amortizacijske grupe,
- kriterij utvrđivanja vijeka trajanja i shodno tome, godišnjih amortizacijskih stopa svake amortizacijske grupe,
- način obračuna amortizacije (programski/ručno, mjesečno/kvartalno/polugodišnje),
- metodu obračuna amortizacije (vremenska, funkcionalna, kombinovana),
- način određivanja amortizacijske osnovice (nabavna/revalorizaciona vrijednost),
- odgovornu osobu ili povjerenstvo za razvrstavanje nabavljenih stalnih sredstava u amortizacijske grupe, te
- ostala relevantna pitanja vezana za obračun amortizacije (privremeni obračun, konačni godišnji obračun itd.).

3.2. Strukovni okvir obračuna amortizacije

Pod strukovnim okvirom obračuna amortizacije materijalnih stalnih sredstava, misli se na primjenu Međunarodnih računovodstvenih standarda, odnosno, Međunarodnih standarda finanasijskog izvještavanja. *Strukovni okvir obračuna amortizacije reguliše se uz sljedeće MRS/MSFI:*

- *MRS 16 - Nekretnine, postrojenja i oprema, koji daje osnovne smjernice i značenja u vezi sa obračunom troška amortizacije,*
- *MRS 2 - Zalihe, koji regulira uključivanje amortizacije proizvodnih postrojenja i opreme u troškove konverzije zaliha,*
- *MRS 38 - Nematerijalna sredstva, u smislu uključivanja amortizacije nekretnina, postrojenja i opreme, koja se koriste za aktivnosti razvoja u nabavnu vrijednost nematerijalnih sredstava,*
- *MSFI 1 - Prva primjena Međunarodnih standarda finansijskog izvještavanja, u smislu izbora metode obračuna amortizacije, pri prelasku na prvu primjenu MRS/MSFI,*
- *MRS 12 - Porez na dobit, u smislu računovodstvenog tretmana amortizacije u zavisnosti od (ne)priznavanja troškova amortizacije, prilikom utvrđivanja oporezive dobiti.*

U skladu sa MRS 16, svaki dio pojedine nekretnine, postrojenja i opreme, sa troškom koji je značajan u odnosu na trošak pojedine nekretnine, postrojenja i opreme, treba amortizirati zasebno. (t. 43) Subjekt raspoređuje početno priznati iznos, svake pojedine nekretnine, postrojenja i opreme, na njihove značajne dijelove i amortizira zasebno svaki dio. (t. 44) Značajan dio predmeta nekretnina, postrojenja i opreme, može imati jednak vijek upotrebe i metodu amortizacije, kao neki drugi predmeti nekretnina, postrojenja i opreme. Takvi predmeti se mogu grupirati zajedno u svrhu utvrđivanja visine amortizacije. (t. 45) Subjekt se može odlučiti da zasebno amortizira dijelove sredstva, koji

nemaju značajan udio u ukupnom trošku pojedinog sredstva. (t. 47) Iznos amortizacije za svaki period treba priznati u dobit ili gubitak, osim ako je uključen u knjigovodstvenu vrijednost druge imovine. (t. 48) Iznos amortizacije za neki period, obično se priznaje kao rashod. Međutim, u nekim okolnostima buduće ekonomske koristi sadržane u imovini, apsorbiraju se u imovini, koja je priznata. U tom slučaju je iznos amortizacije, dio troška drugog sredstva i uključuje se u njegovu knjigovodstvenu vrijednost. Primjerice, amortizacija proizvodnog postrojenja i opreme, uključuje se u troškove zaliha (vidjeti MRS 2). Slično tome, amortizacija nekretnina, postrojenja i opreme, koja se koristi za aktivnosti razvoja može se uključiti u trošak nabave nematerijalnog sredstva, koji se priznaje u skladu s *MRS 38 - Nematerijalna imovina* (t. 49).

Pravni subjetk u zabilješkama uz finansijske izvještaje, između ostalog treba objaviti (t. 73):

- korištene metode amortizacije i
- vijek upotrebe ili korištene stope amortizacije.

Za izbor metode amortizacije i procjene vijeka upotrebe važna je procjena. Zato objavljivanje usvojenih metoda i procijenjenog vijeka upotrebe ili amortizacijskih stopa, pruža korisnicima finansijskih izvještaja informacije, koje im omogućavaju pregled politika, koje je odabrala uprava, kao i uspoređivanje s drugim subjektima. Zbog sličnih razloga nužno je objaviti (t. 75):

- amortizaciju u toku perioda bez obzira da li je priznata u izvještaju o dobiti ili je uključena u troškove druge imovine i
- akumuliranu amortizaciju na kraju tog perioda.

4. OBRAČUN AMORTIZACIJE

Osnovni elementi koji utiču na način obračuna i visinu amortizacije su: predmet obračuna amortizacije, vijek upotrebe sredstva, osnova za obračun amortizacije, početak i prestanak obračuna amortizacije, kao i metode obračuna amortizacije.

4.1. Predmet obračuna amortizacije

Predmet obračuna amortizacije su materijalna sredstva koja ispunjavaju sljedeće kriterije:

- za koja se očekuje da će se koristiti duže od jednog obračunskog perioda (jedne godine),
- koja imaju ograničen vijek upotrebe i
- koje pravno lice drži za upotrebu u proizvodnji ili prodaji robe i pružanju usluga za iznajmljivanje drugima ili za administrativne svrhe.

Prvi kriterij podrazumijeva, da se amortiziraju sredstva koja imaju ograničen vijek upotrebe i koja se u tom vijeku postepeno troše i prenose ekonomske koristi na drugo sredstvo, ili pak postaju rashodi perioda. Kad je u pitanju drugi kriterij, važno je napomenuti da se u pravilu, ne troše ekonomske koristi sredstava koja imaju neograničen vijek upotrebe. Iz tog kriterija proizilazi da se u okviru materijalne imovine, amortiziraju sredstva koja imaju ograničen vijek upotrebe i kod kojih se u vijeku upotrebe troše (smanjuju) ekonomske koristi sadržane u sredstvu. Stoga je zaključak da se zbog neograničenog vijeka upotrebe, te zbog toga što se ne troše ekonomske koristi sadržane u njima, ne amortiziraju:

- zemljišta, kao što su građevinska i poljoprivredna (od zemljišta se odvojeno vode ulaganja u sistem navodnjavanja, putovi i mostovi, koji imaju ograničen vijek upotrebe i koji se amortiziraju),
- šume i slična obnovljiva prirodna bogatstva,
- finansijska imovina,
- knjige u knjižnicama, koje imaju trajnu vrijednost, spomenici kulture, slike i druga umjetnička djela trajne vrijednosti.

U pravilu se prepostavlja da će se povrat novca od ulaganja u navedena sredstava ostvariti u trenutku prodaje istih. Treći kriterij podrazumijeva da se amortiziraju samo sredstva koja preduzeće drži za upotrebu u proizvodnji, prodaji proizvoda, pružanju usluga, za iznajmljivanje drugima ili za administrativne svrhe, što praktično znači da se iz amortizacije isključuju sredstva, koja su u pripremi ili su nabavljena radi prodaje, te se iskazuju kao zalihe trgovačke robe.

4.2. Vijek upotrebe sredstva

Za svaku amortizacijsku grupu potrebno je procijeniti vijek upotrebe i na osnovu te procjene, utvrditi godišnje stope amortizacije.[14] Prema MRS-u 16, t.6. vijek upotrebe je:

- period u kojem se očekuje da će imovina biti na raspolaganju za upotrebu subjektu ili
- broj proizvoda ili sličnih jedinica, koje subjekt očekuje ostvariti od te imovine.

Subjekt troši ekonomske koristi sadržane u nekom sredstvu, uglavnom korištenjem sredstva. Međutim, drugi faktori, kao što su tehnološka ili ekonomska zastarjelost i fizičko starenje, dok imovina stoji neiskorištena, često dovode do smanjenja ekonomskih koristi, koje bi se mogle dobiti od sredstva. Stoga je pri utvrđivanju vijeka upotrebe sredstva potrebno razmotriti sljedeće faktore (MRS 16, t. 56.):

- očekivanu upotrebu sredstva, koja se ocjenjuje na osnovi očekivanog kapaciteta sredstva ili fizičkog učinka,
- očekivano fizičko trajanje i trošenje, koje ovisi o proizvodnim faktorima, kao što je broj smjena u kojima će se imovina koristiti,

14 Kapić J., *Računovodstvo,* Ekonomski fakultet Sarajevo, Sarajevo, 2008., str. 163

program popravka i održavanja u subjektu i briga o održavanju sredstva dok se ne koristi,

- tehničko i ekonomsko starenje, koje proističe iz promjena ili poboljšanja u procesu proizvodnje ili zbog promjene potražnje na tržištu za proizvodom ili uslugom, koje daje imovina i
- zakonska ili slična ograničenja vezana uz korištenje sredstva, kao što je datum isteka zakupa.

Formula za izračunavanje vijeka trajanja sredstva je sljedeća:

$$\text{Vijek trajanja} = \frac{100}{a\,\%}$$, gdje je a stopa amortizacije.

Kao što vidimo, procjena korisnog vijeka upotrebe određenog sredstva je složen problem, pogotovo, kada se zna da je to jedan od ključnih elemenata obračuna amortizacije.

4.3. Osnovica za obračun amortizacije

U skladu sa MRS-u 16, t. 6. amortizirajući iznos je trošak imovine ili drugi iznos, koji zamjenjuje trošak umanjen za procijenjeni ostatak vrijednosti. Ovu definiciju dopunjuje definicija ostatka vrijednosti, prema kojoj je ostatak vrijednosti, iznos, koji pravno lice očekuje ostvariti prodajom sredstva na kraju njegovog procijenjenog vijeka upotrebe, umanjen za očekivane troškove prodaje. Ostatak vrijednosti, pri utvrđivanju amortizacijskog iznosa, se ne uvažava, kada je procjena nepouzdana i kada je procijenjeni iznos beznačajan. Pravilo je da što je vijek upotrebe određene imovine duži, to je i procjena ostatka vrijednosti nepouzdanija. U praksi je najčešće u primjeni najjednostavnije rješenje da se za osnovicu za amortizaciju uzima trošak nabave (historijski trošak), što se može opravdati primjenom načela opreznosti, ali i nepouzdanosti procjene ostatka vrijednosti.

4.4. Početak i prestanak obračuna amortizacije

Amortizacija imovine započinje kad je imovina spremna za upotrebu, tj. kad se nalazi na lokaciji i u uslovima potrebnim za korištenje, koje je namijenila uprava (MRS 16, t. 55). Uobičajeno, obračun amortizacije počinje od prvog idućeg mjeseca, nakon mjeseca, u kojem je sredstvo predano u upotrebu, što potvrđuje konačna obračunska situacija, te zapisnik o tehničkom prijemu stalnih sredstava.

Obračun amortizacije prestaje kada se neto knjigovodstveni iznos (trošak nabave minus ispravak vrijednosti), izjednači s procijenjenim ostatkom

vrijednosti. Kod sredstava kod kojih nije procijenjen ostatak vrijednosti, obračun amortizacije prestaje kada se neto knjigovodstveni iznos svede na nulu, a to je trenutak kada se ispravak vrijednosti izjednači s troškom nabave. U MRS-u 16, t. 55. regulirano je da amortizacija ne prestaje, kad se imovina prestaje koristiti i povlači iz upotrebe, osim u slučaju ako je ta imovina u potpunosti amortizirana.

Međutim, kod upotrebe nekih metoda amortizacije, iznos amortizacije može biti nula, ako nema proizvodnje. To će biti u slučaju kada se koristi funkcionalna metoda obračuna amortizacije.

4.5. Metode obračuna amortizacije

Metode amortizacije su potrebne da bismo mogli uskladiti korištenje sredstva sa procijenjenom ekonomskom i moralnom zastarjelošću, tj. da možemo procijeniti da li neotpisani dio vrijednosti odgovara nivou očekivane koristi od sredstva.[15]

Korištena metoda amortizacije treba odražavati okvir očekivanog trošenja budućih ekonomskih koristi imovine, od strane subjekta (MRS 16, t. 60.). U teoriji i praksi postoji nekoliko alternativnih metoda izračunavanja amortizacije, i to:

- metoda vremenske amortizacije,
- metoda funkcionalne amortizacije i
- kombinovane metode obračuna amortizacije.

Izbor određene metode obračuna amortizacije uslovljen je ciljevima poslovne, i u okviru nje finansijske politike, a ima svoj kako računovodstveni, tj. troškovni, tako i finansijski, odnosno likvidonosni aspekt.[16]

Metodu amortizacije primijenjenu za imovinu, treba preispitivati barem na kraju svake poslovne godine i ako postoji značajna promjena očekivanog okvira trošenja ekonomskih koristi u toj imovini, treba je promijeniti, kako bi odražavala promjene okvira.

Takvu promjenu treba iskazati kao promjenu u računovodstvenim procjenama, u skladu sa MRS 8 (MRS 16, t. 61.). Različite se metode amortizacije mogu koristiti za sistemsko raspoređivanje amortizirajućeg iznosa imovine tokom njezinog vijeka upotrebe (MRS 16, t. 62.).

4.5.1. Metoda vremenske amortizacije

Karakteristika metode obračuna vremenske amortizacije, ogleda se u tome što se predviđeni vijek trajanja uzima kao konstantna veličina, od koje zavisi vremensko raspoređivanje ili razgraničavanje osnovice za amortizaciju,

15 Jahić M., *Finansijsko računovodstvo*, Udruženje revizora FBiH, Sarajevo, 2008, str. 670

16 Šabić Dž., Računovodstvo amortizacije, *Porezni savjetnik*, Revicon, maj/svibanj 2009., str. 73

na troškove poslovanja određenog obračunskog perioda, neovisno od intenziteta korištenja datog stalnog sredstva.[17] Metode vremenske amortizacije klasificiraju se na:

- metoda konstantne (linearne) amortizacije
- metoda degresivne amortizacije
- metod progresivne amortizacije.

MRS 16 u tačci 62. navodi linearnu metodu, metodu opadajućeg salda i metodu jedinice proizvoda. Dakle, metoda progresivne amortizacije shodno MRS 16 nije dozvoljena.

4.5.1.1. Metoda konstantne (linearne) amortizacije

Suština metode konstantne (linearne) amortizacije je, da je trošak amortizacije ravnomjerno raspoređen tokom perioda trajanja sredstva. Ona je najjednostavnije, i u praksi najčešće primjenjiva metoda obračuna amortizacije. Takođe, ova metoda je primjenjena kod utvrđivanja maksimalno porezno dopustivih rashoda amortizacije. Primjenjuje se kod obračuna amortizacije onih stalnih sredstava, koja se tokom godine ravnomjerno troše.

Godišnji iznos amortizacije dobije se primjenom sljedeće formule:

$$\text{Godišnji iznos amortizacije} = \frac{\text{Osnovica za obračun amortizacije}}{\text{Vijek trajanja}}$$

Knjigovodstvena vrijednost na kraju vijeka upotrebe, jednaka je nuli, a akumulirana amortizacija, jednaka je osnovici za amortizaciju (nabavnoj vrijednosti umanjenoj za procijenjeni ostatak vrijednosti).

4.5.1.2. Metoda degresivne amortizacije

Degresivna metoda obračuna amortizacije, ili ubrzana metoda kako se često naziva, podrazumijeva veći trošak amortizacije u prvim periodima korištenja imovine. Zastupnici metode degresivne amortizacije opravdavaju ovaj metod time, što se stalna sredstva određene vrste u prvim godinama rada intenzivnije koriste, kvarovi i zastoji su rjeđi, opravke zahtjevaju manje vremena, škart je manji, a samim tim je i učinak veći.[18] Nakon određenog vremena, strojevi se često kvare, zbog čega su na opravci i ne rade, što upućuje

17 Klobučar J., *Računovodstv*o, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000., str. 165
18 Ibidem, str. 166

na to, da bi trebalo smanjivati i amortizaciju u tim periodima. Ovo je u skladu s temeljnim računovodstvnim konceptom sučeljavanja troškova s povezanim prihodima. Postoji nekoliko načina obračuna degresivne amortizacije, od kojih su najčešći sljedeći:

- metoda opadajuće stope na istu osnovicu,
- metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku,
- metoda sume broja godina ili metoda dijelova.

4.5.1.2.1. Metoda opadajuće stope na istu osnovicu

Metoda opadajuće stope na istu osnovicu, kako joj i sam naziv govori, zasniva se na opadajućoj stopi, koja se primjenjuje na istu, tj. nepromjenjenu amortizacionu osnovicu.[19] Kako bi izračunali opadajuću amortizacijsku stopu, neophodni su nam sljedeći elementi:

- slobodno utvrđena početna amortizacijska stopa a_1 (mora biti veća od zakonom utvrđene linearne stope),
- procijenjeni vijek trajanja stalnog sredstva t,
- suma amortizacijskih stopa za ukupan vijek trajanja sredstva (koja je jednaka 100%) S_n,
- amortizacijska stopa u posljednjoj godini obračuna amortizacije a_n i
- diferencija, tj. razlika između godišnjih stopa d.

Formule za izračunavanje krajnje amortizacijske stope, diferencije stopa, te suma amortizacijskih stopa, su sljedeće:

$$a_n = a_1 + (t - 1)d$$

$$d = \frac{a_n - a_1}{t-1}$$

$$S_n = \frac{t}{2}(a_1 + a_n)$$

4.5.1.2.2. Metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku

Ova metoda podrazumijeva izračunavanje stope ubrzane amortizacije, koja je jednaka određenom postotku od stope linearne amortizacije. Trošak amortizacije se izračunava primjenom stope ubrzane amortizacije na preostalu knjigovodstvenu vrijednost imovine.[20]

19 Šabić Dž., op.cit., str. 69

20 Meigs F. R., Meigs B. W., op.cit., str. 464

Formula za izračunavanje troška amortizacije je sljedeća:

Trošak amortizacije = Preostala knjigovodstvena vrijednost x Stopa ubrzane amortizacije

Najčešće je stopa ubrzane amortizacije dvostruko veća od linearne stope. Zbog toga se ova metoda često naziva i metoda dvostruke stope linearne amortizacije na opadajuću osnovu.

4.5.1.2.3. Metoda sume broja godina ili metoda dijelova

Kod metode sume broja godina, stopa amortizacije se iskazuje kao razlomak, koji svake godine postaje sve manji. Ova se suma utvrđuje na osnovu sljedećeg obrasca:

$$\text{Suma broj godina} = n\,\frac{(n+1)}{2}$$, gdje je n vijek trajanja sredstva

4.5.2. Metode funkcionalne amortizacije

Polazište funkcionalne ili metode jedinice proizvoda mjerenja ili vrednovanja, tj. obračuna amortizacije, u skladu sa nazivom, realno je očekivana proizvodnja i izvršene usluge u vijeku trajanja stalnih sredstava.[21] Ova metoda za osnovu uzima učinak (obavljeni zadatak ili izvršenu uslugu), koju je ostvarilo stalno sredstvo. Primjenom funkcionalnog sistema, obračunata amortizacija se približava stvarno prenijetoj vrijednosti stalnog sredstva na nove proizvode, što doprinosi i realnom utvrđivanju dobiti u preduzeću.[22] Ovdje iznos amortizacije ovisi od intenziteta korištenja stalnog sredstva. U krajnjem slučaju, ukoliko se sredstvo ne koristi, trošak amortizacije će iznositi nula.

Metode obračuna funkcionalne amortizacije su:

- metoda obračunavanja po jedinici funkcionalnog kapaciteta i
- metoda obračunavanja u ovisnosti od efektivnog trajanja procesa izraženog planiranim brojem sati njihova rada.

Obračunavanje kvote dobije se prema sljedećem obrascu:

$$\textit{Kvota} = \frac{\textit{Osnovica za amortizaciju}}{\textit{Planirani broj jedinica}}$$

21 Šabić Dž., Zahtjevi standarda za priznavanjem i mjerenjem amortizacije, *Porezni savjetnik*, Revicon, oktobar/listopad 2009., str. 55

22 Prilagođeno prema: Šunjić-Beus M., Berberović Š., Stavrić B., op. cit., str. 300

Amortizacijska kvota za obračunski period dobije se na sljedeći način:

Amortizacijska kvota = Ostvareni broj jedinica učinka x Kvota

Prednost funkcionalne metode obračuna amortizacije je, što iznos troškova prati intenzitet korištenja sredstva. Nedostatak je taj, što ne uzima u obzir uticaj prirodnih, tržišnih i tehnoloških faktora, na zastarijevanje sredstva.

4.5.3. Kombinovane metode obračuna amortizacije

Ove metode predstavljaju kombinaciju vremenskih i funkcionalnih metoda obračuna amortizacije. Cilj kombinovane metode je što realnije iskazati trošak amortizacije, a time i finansijski rezultat u bilansu uspjeha, kao i vrijednost imovine u bilansu stanja. Postupak kombinovanja metoda bi se zasnivao, na primjeni metoda vremenske amortizacije za utvrđivanje godišnjih amortizacijskih kvota, a zatim u okviru svake godine amortizaciju za kraće vremenske periode obračuna troškova (mjesec, tromjesečje, polugodište) obračunavati primjenom metoda funkcionalne amortizacije.[23]

Prednost za preduzeće, prilikom korištenja kombinovanog metoda obračuna, sastoji se u tome, što se eliminiraju nedostaci jednog, uz istovremeno zadržavanje prednosti drugoga sistema obračuna amortizacije. Uvažavajući navedeno, može se zaključiti da postoji mogućnost brojnog kombinovanja metoda vremenske i funkcionalne amortizacije, što je prikazano na Shemi 4.1.

Shema 4.1: *Prikaz mogućeg kombinovanja metoda*

Metode vremenske amortizacije		Metode funkcionalne amortizacije
1. Linearna		1. Jedinica funkcionalnog kapaciteta
2. Degresivna		2. Vrijeme efektivnog trajanja radnih sati
- Metoda opadajuće stope na istu osnovicu		
- Metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku		
- Metoda sume broja godina ili metoda dijelova		

23 Prilagođeno prema: Klobučar J., op. cit., str. 171

5. UTICAJ IZABRANE METODE OBRAČUNA AMORTIZACIJE NA FINANSIJSKI REZULTAT (USPJEŠNOST POSLOVANJA)

Finansijski izvještaji rezultat su računovodstvenog procesiranja podataka u toku poslovne godine. Oni su odraz primjene različitih računovodstveni politika, koje ukoliko nisu poznate, mogu prouzrokovati donošenje pogrešne odluke, na osnovu njih. Zbog toga je poznavanje računovodstvenih politika, a posebno u području stalne (dugotrajne) materijalne imovine, neminovno. Jedna od njih je zasigurno izbor metoda amortizacije.

Izbor metoda obračuna amortizacije u kapitalno intenzivnim preduzećima, važno je područje primjene računovodstvenih politika, za razliku kod preduzeća, koja imaju mali udio stalnih sredstava u ukupnoj strukturi sredstava. Koliki će uticaj pojedine metode obračuna amortizacije biti, zavisi od sljedećih faktora:

- udjela materijalne imovine u strukturi ukupne imovine,
- osnovnih obilježja izabrane metode amortizacije,
- posmatranog vremenskog perioda, te
- ostalih faktora.

Kao što je već navedeno, pravni subjekt je u svom Općem aktu dužan izabrati i dosljedno primjenjivati odabranu metodu amortizacije, koja najrealnije oslikava dinamiku trošenja sredstava. Istu je, prema MRS-u 16 neophodno razmotriti najmanje na kraju svake poslovne godine, te ako postoje značajne promjene u očekivanoj strukturi trošenja budućih ekonomskih koristi, sadržanih u sredstvu, korištenu metodu amortizacije treba promijeniti.

Za potrebe dokazivanja teze o uticaju izbora metode obračuna amortizacije na finansijski rezultat (dobit) u kratkom roku, a radi lakšeg shvatanja, uzet ćemo hipotetički primjer da preduzeće DOLNOV d.o.o. Lukavac, od stalnih materijalnih sredstava posjeduje samo kamion za dostavu namještaja u iznosu od 100.000 KM nabavljen 15.12.2008. godine, a 28.12. iste godine stavljen u upotrebu. Procijenjeni korisni vijek upotrebe kamiona iznosi 5 godina, a procijenjeni ostatak vrijednosti na kraju vijeka upotrebe 10.000 KM. Kako bi se mogao razmotriti uticaj različitih metoda amortizacije, nužno je uvažiti i dodatne prepostavke:

- tokom promatranog perioda ostvaruju se isti prihodi i oni iznose 80.000 KM,
- razlike u strukturi rashoda proizilaze samo iz obračuna amortizacije (ostali rashodi iznose 30.000 KM),
- svi troškovi amortizacije predstavljaju rashode perioda i
- u promatranom periodu ne mijenja se iznos imovine.

5.1. Razmatranje primjene metoda obračuna amortizacije na uspješnost poslovanja u kraćem periodu

U Tabeli 5.1. zbirno su prikazani iznosi troškova amortizacije izračunati prema navedenim, prethodno objašnjenim metodama obračuna.

Tabela 5.1. Iznosi amortizacije po različitim metodama

Godina	Linearna metoda	Metoda opadajuće stope na istu osnovicu	Metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku	Metoda dijelova	Metoda funkcionalne amortizacije
Prva	18.000	25.200	40.000	30.000	23.400
Druga	18.000	21.600	24.000	24.000	21.600
Treća	18.000	18.000	14.400	18.000	19.800
Četvrta	18.000	14.400	8.640	12.000	16.200
Peta	18.000	10.800	2.960	6.000	9.000
Ukupno	90.000	90.000	90.000	90.000	90.000

Iz Tabele 5.1. se uočava da je iznos obračunate amortizacije u analiziranom obračunskom periodu, kod linearne metode konstantan, kod metode opadajuće stope na istu osnovicu opada iz godine u godinu, ali sporije nego kod metode smanjivanja salda u fiksnom postotku, koja u prvoj godini ima najveći iznos obračunate amortizacije. Metoda dijelova i metoda funkcionalne amortizacije, takođe opada iz godine u godinu.

U Tabeli 5.2. prikazan je Bilans uspjeha za prvu godinu poslovanja uvažavajući navedene pretpostavke.

Tabela 5.2. Bilans uspjeha u prvoj godini

Opis	Linearna metoda	Metoda opadajuće stope na istu osnovicu	Metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku	Metoda dijelova	Metoda funkcionalne amortizacije
A) Ukupni prihodi	80.000	80.000	80.000	80.000	80.000
B) Ukupni rashodi	48.000	55.200	70.000	60.000	53.400
1. Amortizacija	18.000	25.200	40.000	30.000	23.400
2. Ostali rashodi	30.000	30.000	30.000	30.000	30.000
C) Dobit (A-B)	32.000	24.800	10.000	20.000	26.600

Iz navedenog primjera moguće je uočiti da je uz uvažavanje ostalih nepromijenjenih elemenata finansijski rezultat (u ovom slučaju dobit), isključivo ovisi o primjenjenoj metodi obračuna amortizacije, što dokazuje istinitost hipoteze ovog rada. Dakle, u zavisnosti od odluke menadžmenta, u

kratkom periodu, se može uticati na uspješnost poslovanja.[24]

5.2. Razmatranje primjene metoda obračuna amortizacije na uspješnost poslovanja u dužem periodu

Za potpuno razumijevanje uticaja metode obračuna amortizacije na finansijski rezultat, neophodno je razmatranje u dužem periodu, dakle za cijeli vijek trajanja stalnog sredstva.

Tabela 5.3. Bilans uspjeha – Linearna metoda obračuna amortizacije

Opis	Prva	Druga	Treća	Četvrta	Peta
A) Ukupni prihodi	80.000	80.000	80.000	80.000	80.000
B) Ukupni rashodi	48.000	48.000	48.000	48.000	48.000
1. Amortizacija	*18.000*	*18.000*	*18.000*	*18.000*	*18.000*
2. Ostali rashodi	30.000	30.000	30.000	30.000	30.000
C) Dobit (A-B)	32.000	32.000	32.000	32.000	32.000

Tabela 5.4. Bilans uspjeha – Metoda opadajuće stope na istu osnovicu

Opis	Prva	Druga	Treća	Četvrta	Peta
A) Ukupni prihodi	80.000	80.000	80.000	80.000	80.000
B) Ukupni rashodi	55.200	51.600	48.000	44.400	40.800
1. Amortizacija	*25.200*	*21.600*	*18.000*	*14.400*	*10.800*
2. Ostali rashodi	30.000	30.000	30.000	30.000	30.000
C) Dobit (A-B)	24.800	28.400	32.000	35.600	39.200

Tabela 5.5. Bilans uspjeha – Metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku

Opis	Prva	Druga	Treća	Četvrta	Peta
A) Ukupni prihodi	80.000	80.000	80.000	80.000	80.000
B) Ukupni rashodi	70.000	54.000	44.400	38.640	32.960
1. Amortizacija	*40.000*	*24.000*	*14.400*	*8.640*	*2.960*
2. Ostali rashodi	30.000	30.000	30.000	30.000	30.000
C) Dobit (A-B)	10.000	26.000	35.600	41.360	47.040

24 Salihović A., Uticaj politike obračuna amortizacije na finansijski položaj i uspješnost poslovanja, *Porezni savjetnik*, Revicon, april/travanj 2007., str. 49

Tabela 5.6. Bilans uspjeha – Metoda dijelova

Opis	Prva	Druga	Treća	Četvrta	Peta
A) Ukupni prihodi	80.000	80.000	80.000	80.000	80.000
B) Ukupni rashodi	60.000	54.000	48.000	42.000	36.000
1. Amortizacija	*30.000*	*24.000*	*18.000*	*12.000*	*6.000*
2. Ostali rashodi	30.000	30.000	30.000	30.000	30.000
C) Dobit (A-B)	20.000	26.000	32.000	38.000	44.000

Tabela 5.7. Bilans uspjeha – Metoda funkcionalne amortizacije

Opis	Prva	Druga	Treća	Četvrta	Peta
A) Ukupni prihodi	80.000	80.000	80.000	80.000	80.000
B) Ukupni rashodi	53.400	51.600	49.800	46.200	39.000
1. Amortizacija	*23.400*	*21.600*	*19.800*	*16.200*	*9.000*
2. Ostali rashodi	30.000	30.000	30.000	30.000	30.000
C) Dobit (A-B)	26.600	28.400	30.200	33.800	41.000

Kako bi se bolje uočio raspored rezultata u toku analiziranog perioda, u Tabeli 5.8. dat je uporedni prikaz dobiti po svakoj metodi.

Tabela 5.8. Alokacija finansijskog rezultata po godinama

Godina	*Linearna metoda*	*Metoda opadajuće stope na istu osnovicu*	*Metoda smanjivanja salda u fiksnom postotku*	*Metoda dijelova*	*Metoda funkcionalne amortizacije*
Prva	32.000	24.800	10.000	20.000	26.600
Druga	32.000	28.400	26.000	26.000	28.400
Treća	32.000	32.000	35.600	32.000	30.200
Četvrta	32.000	35.600	41.360	38.000	33.800
Peta	32.000	39.200	47.040	44.000	41.000
Ukupno	160.000	160.000	160.000	160.000	160.000

Važno je uočiti, da je raspored dobiti iz godine u godinU različit. Međutim, možemo zaključiti da se ukupan iznos dobiti, korištenjem različitih metoda obračuna amortizacije, ne mijenja. U svim slučajevima ukupna dobit iznosi 160.000 KM. Dakle, primjenom različitih metoda obračuna amortizacije

ne stvara se finansijski rezultat (dobit), ali se omogućava da se ukupna masa troškova amortizacije rasporedi tokom korisnog vijeka trajanja sredstva, onom dinamikom, koja odgovora poslovnoj politici pravnog subjekta.

6. ODGOĐENA POREZNA SREDSTVA I ODGOĐENE POREZNE OBAVEZE

Razlike između računovodstvenih i poreznih propisa u području obračuna amortizacije dovode do odgođenih poreznih sredstava i odgođenih poreznih obaveza. Finansijske izvještaje treba sastavljati prema računovodstvenim propisima, a porezni bilans prema poreznim propisima. U ovim uslovima, iznos dobiti prije poreza u bilansu uspjeha i iznos dobiti prije poreza u poreznom bilansu bit će dva različita iznosa. Razlike između računovodstvenih i poreznih propisa u području amortizacije ilustrirane su u Tabeli 6.1.

Tabela 6.1. Uporedni pregled propisa u području amortizacije po računovodstvenim i poreznim propisima

Računovodstveni propisi		Porezni propisi
Amortizacije ne prestaje ako je sredstvo izvan funkcije ili stoji zbog popravka (MRS 16, t. 52 i t. 55)	=	Odbitak po osnovi amortizacije dopušten je samo za sredstvo koje se nalazi u upotrebi (čl. 18., st. 1., Zakona)
Amortizacija imovine započinje kad je imovina spremna za upotrebu (MRS 16, t. 55)	=	Amortizacija započinje prvog dana mjeseca, koji slijedi iza mjeseca kad je sredstvo stavljeno u upotrebu (čl. 16., st. 1., Pravilnika)
Amortizirajući iznos pojedine imovine treba rasporediti sistemski tokom njegovog vijeka upotrebe (MRS 16, t. 50)	=	Amortizacija se priznaje kao porezni rashod do visine propisanih maksimalnih stopa (čl. 15., st. 1., Pravilnika), neovisno od toga da li je u računovodstvu obračunata po nižim stopama (čl. 15., st. 4., Pravilnika)

ZAKLJUČAK

Kada govorimo o amortizaciji kao računovodstvenoj kategoriji, možemo zaključiti da se radi o obimnoj i složenoj materiji, koja pored troškovnog, odnosno računovodstvenog, ima i svoj finansijski aspekt promatranja, tj. odraza na tekuću likvidnost preduzeća. Zbog toga se, prema amortizaciji, mora postupati u skladu s prethodno odabranim politikama obračuna amortizacije i njima određenim stopama, a shodno tome i vijeka trajanja, kao i metodama obračuna. Iako se radi o reguliranom području, kako s računovodstvenog, tako i s poreznog aspekta, ipak se može zaključiti, da je to ujedno i kreativno područje, u smislu alternativnih postupaka priznavanja i mjerenja amortizacije. U tome se ogleda doprinos računovodstva, kao nezaobilazne poslovne evidencije i informacijske podloge, uspješnom poslovnom odlučivanju i uspješnom poslovanju. Izborom metode i stope obračuna amortizacije može se bitno uticati, kako na aspekt likvidnosti, tako i na vrijednost sredstava u bilansu stanja i na iznos plaćenog poreza na dobit u poreznom bilansu, što rezultira ozbiljnom pristupu ove problematike.

Na osnovu analize slučaja, uočavamo da je raspored dobiti iz godine u godinu različit. Međutim, možemo zaključiti da se ukupan iznos dobiti, korištenjem različitih metoda obračuna amortizacije,u dužem vremenskom periodu, ne mijenja. Dakle, primjenom različitih metoda obračuna amortizacije, ne stvara se finansijski rezultat (dobit/gubitak), odnosno, ne utiče se na uspješnost poslovanja preduzeća, ali se omogućava da se ukupna masa troškova amortizacije, rasporedi tokom korisnog vijeka trajanja sredstva, onom dinamikom, koja odgovora poslovnoj politici pravnog subjekta.

LITERATURA

Knjige:

- Belak V., Bošnjak Ž., Pehar M., Financijsko računovodstvo prema MSFI i poreznim propisima BiH/FBiH, Fircon, Mostar, 2006.
- Meigs F. R., Meigs B. W., Računovodstvo-temelj poslovnog odlučivanja, Mate, Zagreb, 1999.
- Jahić M., Finansijsko računovodstvo, Udruženje revizora FBiH, Sarajevo, 2008.
- Kapić J., Računovodstvo, Ekonomski fakultet Sarajevo, Sarajevo, 2008.
- Klobučar J., Računovodstvo, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000.
- Međunardni standardi financijskog izvještavanja (MSFI) uključujući i Međunarodne računovodstvene standarde (MRS), Savez računovođa, revizora i financijskih djelatnika FBiH, Mostar, 2006.
- Šunjić-Beus M., Berberović Š., Stavrić B., Ekonomika preduzeća, Ekonomski fakultet, Sarajevo, 2000.
- Žager K., Žager L., Analiza financijskih izvještaja, Masmedia, Zagreb, 1999.

Članci:

- Piljić J., Amortizacija, ZIPS, Privredna štampa, mart/ožujak 2008.
- Salihović A., Uticaj politike obračuna amortizacije na finansijski položaj i uspješnost poslovanja, Porezni savjetnik, Revicon, april/travanj 2007.
- Šabić Dž., Računovodstvo amortizacije, Porezni savjetnik, Revicon, maj/svibanj 2009.
- Šabić Dž., Samofinansiranje proste reprodukcije sredstvima amortizacije, Porezni savjetnik, Revicon, juni/lipanj 2009.
- Šabić Dž., Samofinansiranje proširene reprodukcije sredstvima amortizacije, Porezni savjetnik, Revicon, juli/srpanj-avgust/kolovoz 2009.
- Šabić Dž., Zahtjevi standarda za priznavanjem i mjerenjem amortizacije, Porezni savjetnik, Revicon, oktobar/listopad 2009.
- Šabić Dž., Prezentiranje amortizacije: Zahtjevi standarda i potrebe i zahtjevi menadžmenta, Porezni savjetnik, Revicon, januar/siječanj 2010.

Zakonska regulativa:

- Zakon o porezu na dobit u FBiH (Službene novine FBiH 97/07; 14/08 i 39/09)
- Pravilnik o primjeni Zakona o porezu na dobit u FBiH (Službene novine FBiH br. 36/08 i 79/08)
- Zakon o računovodstvu i revizij u FBiH (Službene novine FBiH br. 83/09)

Internet izvori:

- www.srr-fbih.org , [pristupljeno: novembar, 2011.]
- www.efsa.unsa.ba , [pristupljeno: novembar, 2011.]

Selma Novalija

Mr. sc. Ajla Škrbić, viši asistent
Pravni fakultet Univerziteta u Travniku

PRAVNI POLOŽAJ STRANACA U AUSTRIJKOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU I SAVREMENOM MEĐUNARODNOM PRAVU

Abstrakt

The position of foreigners has changed during the history, and it can be said that it had earlier implied a modest body of law. Article 34-37. of Austrian Civil Code from 1811 has established rights of foreigners, but within the Code there are many provisions that are, directly or indirectly, related to the rights of foreigners. The Code stipulates that every person has certain inherent rights and that these rights are known by reason alone, but makes a distinction between nationals and foreigners, especially in connection with their ability to gain rights and duties through exercise of their legitimate will. Article 16 of Code requires the equal civil rights and obligations for nationals and foreigners, but only if the exercise of those rights does not require citizenship. On the other hand, today foreign persons are almost entirely equal to the citizens of the state on whose territories they reside. This all shows that there is a will to abolish discrimination against people on the grounds of nationality. Existing international rules have led to a harmonization of rules on human rights and fundamental freedoms and international law expands the corpus of the law, so it is expected that soon there will be no differences between the rights enjoyed by nationals of a territory and rights of foreign individuals.

Keywords: ***foreigner, stateless, citizenship, European Union***

UVOD

„Svi ljudi koji žive na određenom prostoru predstavljaju stanovništvo tog prostora.“[1] Njih možemo podijeliti na državljane i strance. Kako i iz samog naziva proizlazi, državljani su osobe koje posjeduju državljanstvo[2] države na čijem teritoriju žive.[3] Ovaj institut je nastao s ciljem jačanja zaštite prava i

1 Z. Hasić, *Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, Sarajevo, 2009., 79.

2 “Državljanstvo je pravna veza koja neku osobu vezuje za neku državu.“ (V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveuličišta u Rijeci, Rijeka, 2000., 481.)„(...) Državljanstvo možemo definirati kao trajnu vezu jednog fizičkog lica s određenim pravnim i državnim poretkom.“ (Z. Hasić, 81.) „Državljanstvo predstavlja upravnopravni odnos trajnog karaktera između fizičkog lica i države iz kojeg proističu određena prava i dužnosti za to lice bez obzira da li se nalazi na domaćoj ili stranoj teritoriji.“ (M. Kamarić, I. Festić, *Upravno pravo: opšti dio*, Magistrat, Sarajevo, 2004., 180.)

3 “Pravo je svake države da svojim zakonodavstvom odredi ko su njeni državljani.“ (član 1. Konvencije o nekim slučajevima dvojnog državljanstva od 12.04.1930.)

interesa u državi osoba koje su rođene u toj državi, odnosno koje su na neki drugi način pravno vezane uz istu.[4] S druge strane, stranci su osobe koje se nalaze na teritoriju države čije državljanstvo nemaju, kao i osobe koje ne posjeduju državljanstvo niti jedne države (apatridi) i izbjeglice. Dakle, stanovništvo neke države, kao jedan od tri osnovna elementa[5] koja neku zajednicu čine državom, ne predstavljaju samo njeni državljani, već sve osobe koje, privremeno ili trajno, borave na njenom teritoriju.

Položaj stranaca u državama se kroz historiju razlikovao, i može se reći da je ranije podrazumijevao skroman korpus prava.[6] Navedena činjenica vidljiva je i iz Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine.

AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK

Austrijski građanski zakonik objavljen je 01.06.1811. u Beču, s namjerom da u austrijskim njemačkim državama stupi na snagu 01.01.1812., a kasnije i u drugim austrijskim državama. U Bosni i Hercegovini se 1879. počeo primjenjivati sa snagom stalne sudske prakse.[7]

Danas ovaj Zakonik nije u upotrebi u Bosni i Hercegovini, ali je veliki dio istog, počev od pojmova koje utvrđuje pa sve do načela i kriterijuma koje propisuje, i danas od velike važnosti ne samo u Bosni i Hercegovini[8], već i mnogo

4 Neki od načina stjecanja državljanstva jesu: originarno (*jus soli* i *jus sanguinis*), na zahtjev i prisilno. U Bosni i Hercegovini je u primjeni Zakon o državljanstvu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", br.: 4/97, 13/99, 41/02, 6/03, 14/03, 82/05, 43/09 i 76/09). Takođe, entiteti imaju svoje zakone, Zakon o državljanstvu Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH", br.: 43/01, 22/09 i 61/09) i Zakon o državljanstvu Republike Srpske („Službeni glasnik BiH", br.: 35/99, 17/00, 64/05, 58/09 i 8/10), a Brčko Distrikt svoj zakon iz iste oblasti, Zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine o izboru i promjeni entitetskog državljanstva („Službeni glasnik BD BiH", br.: 32/09).

5 Svaka država mora imati tri osnovna elementa, teritorij, stanovništvo i suverenitet, da bi se smatrala državom. Po nekim autorima postoji i četvrti element koji svaka zajednica koja se želi smatrati državom mora imati - međunarodno priznanje. Međutim, po našem mišljenju ovaj četvrti element nije obavezan, jer je međunarodna praksa pokazala da su određene države opstale na međunarodnoj sceni iako nisu bile priznate od strane međunarodne zajednice. Iz svega slijedi zaključak da država mora imati ova tri osnovna elementa da bi se smatrala državom, a da će vrijeme pokazati da li ta država može vršiti suverenu vlast na svom teritoriju nad svojim stanovništom i ako nije priznata. Ukoliko odgovor na ovo pitanje bude potvrdan – takva država opstaje; u suprotnom nestaje sa međunarodne scene.

6 Primjerice, u rimskom pravu postojala je razlika između statusa *civis Romanus* i statusa *peregrini* (ranije *hostes*). Rimski građani imali su punu pravnu sposobnost, te puna politička i građanska prava. S druge strane, *peregrini* se nisu smjeli služiti sa *ius civile* (rimskim civilnim pravom) niti sa *ius commercii* (pravom sudjelovanja i sklapanja prometnih poslova civilnog prava) i *ius connubii* (pravom sklapanja rimskog civilnog braka). U Fra-ncuskoj je, pak, Ustavom zabranjeno strancima da se kandiduju za funkcije *maire* i *adjoint*, kao i za elektorsko tijelo za nominovanje i izbor članova Senata. U Belgiji je, opet, ograničeno pravo stranaca da učestvuju u funkcijama *burgemeesters*/*bourgestres* i *schepenen*/èchevins.

7 *Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima*, priredio M. Vuković, Školska knjiga, Zagreb, 1955., V

8 Za vrijeme austrougarske uprave ovaj Zakonik je imao snagu pomoćnog pravnog izvora u BiH.

šire. U Austriji se uz izmjene primjenjuje i danas, posebno u oblasti ugovora.[9] Nastao je na osnovu prirodnog prava i rimskog prava, te ideja prosvjetiteljstva. Reguliše i pitanje državljanstva koje kasnije, u moderno doba, prestaje biti predmet regulisanja civilnih kodeksa, i reguliše se posebnim propisima.

U prošlosti su stranci u većini država bili jako omraženi i smatrani su „nižim" bićima. Stara Grčka je čak poznavala institut ksenelastije (progona stranaca).[10] Što se tiče Austrijskog građanskog zakonika, isti propisuje jednaka građanska prava i obaveze i za državljane (Austrijance) i za strance, ali samo ako se za uživanje tih prava ne zahtijeva svojstvo državljanina.[11] Međutim, prema članu 28. Zakonika, potpuno uživanje građanskih prava imaju samo austrijski građani. Isto tako, po ovom Zakoniku stranci moraju, ukoliko dođe do dileme u vezi sa određenim pravima, dokazati da i Austrijanci u njihovoj državi imaju pravo uživati ista takva prava.[12] Dakle, ukoliko postoji dilema oko određenih prava stranaca, zahtijeva se postojanje reciprociteta.[13] U suštini, u Zakoniku se pridaje važnost rimskom pravu i izrekama Quidquid est in territorio, est etiam de territorio.

Dio I Zakonika odnosi se na lica, a članovi 33-38. govore o strancima i njihovim pravima, mada unutar Zakonika postoji još mnogo odredbi koje se, na direktan ili indirektan način, odnose takođe na prava stranaca. Tako se već u Uvodnom dijelu, u članu 4., spominju „tuđinci" i utvrđuje da građanski zakoni u potpunosti obavezuju samo državljane onih država za koje su oglašeni. Međutim, u članu 16. Zakonik utvrđuje da svaki čovjek ima određena prirođena prava i da se ta prava poznaju samim razumom.

Poslovna sposobnost stranaca cijeni se po načelu lex domicilii, odnosno mjerodavno pravo je pravo države u kojoj stranac ima prebivalište. Ukoliko stranac nema prebivalište, njegova poslovna sposobnost cijenit će se po pravu države u kojoj se rodio. Navedeno vrijedi samo ukoliko u Zakoniku nije drugačije utvrđeno za pojedine slučajeve.[14]

Ukoliko stranac zaključuje posao sa Austrijancem ili drugim strancem, primjenjuje se načelo locus regit actum, odnosno mjerodavno će biti pravo one države na čijem je teritoriju posao sklopljen. Izuzetak predstavljaju slučajevi u kojima je osnova posla očito bilo zakonodavstvo druge države. Zakonik propisuje posebna pravila u slučaju da stranac sklapa pravni posao kojim stvara samo prava za drugu stranu i za pravni posao kojim se za sve strane stvaraju i prava i obaveze.[15] U tom smislu Zakonik propisuje da, ukoliko bi stranac poduzeo

(F. Karčić, *Moderne pravne kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., 46.)

9 *Ibid.*, 43.

10 B. Krivokapić, *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Službeni glasnik, Beograd, 2010., 1008.

11 Član 33. Austrijskog građanskog zakonika iz 1811.

12 *Ibid.*

13 U pozitivnim zakonskim odredbama BiH reciprocitet se kod stranaca, primjerice, zahtijeva u slučaju besplatne pravne pomoći. Naime, stranka u postupku može biti oslobođena plaćanja troškova postupka ukoliko bi je njihovo plaćanje dovelo do ruba egzistencije. Međutim, ukoliko je stranka strani državljanin, pravo na besplatnu pomoć ima samo ako i njegova država propisuje besplatnu pravnu pomoć državljanima BiH u istim situacijama.

14 Član 34. Austrijskog građanskog zakonika iz 1811.

15 Po savremenom međunarodnom pravu strane mogu same ugovoriti koje pravo će biti mjerodavno za ugovor koji sklapaju.

pravni posao u austrijskim državama u korist trećih osoba bez da ih obavezuje na protivčinidbu, takav se posao cijeni po Austrijskom građanskom zakoniku ili po pravu države čije taj stranac ima državljanstvo, a sve u zavisnosti od toga koji zakon više pomaže izvršenje odnosnog pravnog posla.[16]

S druge strane, ukoliko bi stranac u austrijskim državama sklopio pravni posao sa domaćim stanovnikom, i ukoliko iz tog posla proizlazi i pravo i obaveza za obje ugovorne strane, obavezno bi se primjenjivao Zakonik.[17] Austrijski građanski zakonik, za razliku od nacionalnih prava modernih država, kao i modernog međunarodnog prava, ne poznaje institut dvojnog državljanstva, polipatridije niti apatrida. 1811. godine pojedinac je mogao imati samo državljanstvo jedne države. Danas, međutim, imamo slučajeve i višestrukog državljanstva, kao i slučajeve osoba bez državljanstva - sa posebnim pravilima u svakom od navedenih slučajeva.

SAVREMENO MEĐUNARODNO PRAVO

Savremeno međunarodno pravo pravni položaj stranaca najčešće uređuje trgovinskim ugovorima i normama diplomatsko-konzularnog prava te, u određenoj mjeri, običajnim pravilima. Osnovna prava stranaca u savremenom pravu utvrđena su u Deklaraciji o pravima čovjeka osoba koje nisu državljani zemlje u kojoj žive iz 1985.[18] Prema ovoj Deklaraciji, svaka država može strancima dati veća prava od onih koje im je obavezna omogućiti po međunarodnom pravu.

Danas su stranci gotovo u potpunosti izjednačeni sa državljanima države na čijem se teritoriju nalaze. „(...) Današnje države omogućavaju sticanje i uživanje čitavog niza privatnih prava koja strancima, ne tako davno, ili uopšte, nisu bila dostupna ili su im bila dostupna pod otežanim uvjetima."[19] Svaki pojedinac, posjedovao državljanstvo države na čijoj teritoriji se nalazi ili ne, uživa odgovarajuća neotuđiva prava i slobode. Svaka osoba uživa osnovna ljudska prava: pravo na život, pravo na tjelesni integritet, pravo na sklapanje braka, osnivanje porodice itd. To su ona osnovna ljudska prava i slobode koje su proklamovane u ustavima svih modernih država, uključujući tu i prava iz radnog odnosa, krivična, građanska, upravna i druga prava. Isto tako, primjetan je trend globalizacije međunarodne zajednice. Navedeno doprinosi izjednačavanju prava i sloboda stanovništva cjelokupne međunarodne zajednice. Izjednačavanju prava i sloboda stanovništva cjelokupne međunarodne zajednice mnogo doprinose i klauzula jednakog (nacionalnog) tretmana i klauzula najvećeg povlaštenja. Prva podrazumijeva da se građani jedne države na području druge države u nekim oblastima u potpunosti izjednače sa domaćim državljanima[20], a druga, kada se uglavi u nekom ugovoru, predviđa za svaku državu-članicu

16 Član 35. Austrijskog građanskog zakonika

17 *Ibid.*, član 36.

18 Deklaracija o pravima čovjeka osoba koje nisu državljani zemlje u kojoj žive usvojena je Rezolucijom 40/144 u Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 13.12.1985.

19 E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, Drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., 131.

20 V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveuličišta u Rijeci, Rijeka, 2000., 168.

tog ugovora prava koja je druga stranka priznala trećim državama i njihovim građanima[21].

Ipak, svaka država ima diskreciono pravo da strancima dozvoli, ograniči ili onemogući pristup svom teritoriju.[22] Međutim, ukoliko pojedinac dobije dozvolu boravka na stranoj teritoriji, mora mu se dozvoliti i uživanje nekih minimalnih prava. To su ona prava koja svi stanovnici nekog područja moraju uživati, bez obzira čije državljanstvo posjedovali. Stranci uživaju ova prava sve dok se pridržavaju uslova pod kojima im je dozvoljen ulazak u državu.[23] Upravo stoga je i nastala podjela prava koja stranci uživaju na teritoriji strane države, i koja je izvršena na sljedeći način:

- bezuslovno dostupna prava;
- relativna ili uslovno dostupna prava;
- nedostupna prava.

Kao što im i nazivi otkrivaju, prva kategorija prava (bezuslovno dostupna prava) su prava u kojima su stranci izjednačeni sa domaćim državljanima.[24] U drugu kategoriju prava spadaju prava koja stranac može ostvarivati ako ispuni uslove (koji se pak pred domaće državljane ne postavljaju).[25] Treću kategoriju prava, nedostupna prava, čini onaj skup prava koja stranac ni pod kakvim uslovima ne može uživati.[26]

Kao što postoji određeni skup prava koja stranci uživaju na teritoriji svake države, isto tako postoji i određeni skup obaveza koje isti moraju izvršavati u državama u kojima borave. Stranac ne može tražiti izuzimanje od sudbenosti države u kojoj boravi. Isto tako, od stranca se može tražiti izvršavanje građanskih dužnosti radi zaštite zajednice u kojoj živi.[27] Takođe, nisu izuzeti ni od plaćanja poreza i carina.[28] Osim ako zakonskim ili ugovornim odredbama nije drugačije utvrđeno, stranci se ne smiju uplitati ni u politiku države u kojoj borave.[29] Kako bilo, svaka država je obavezna osigurati strancima uživanje naprijed nabrojanih prava. Pritom je država odgovorna ne samo ako ne omogući strancima uživanje tih prava, već i za svaki propust dužne pažnje u zaštiti prava stranaca. Svaka država je obavezna sankcionisati osobe koje su odgovorne za kršenje ili onemogućavanje uživanja ovih prava. Isto tako, svaka država je obavezna pružiti mogućnost strancima da naknade štetu koju su pretrpjeli nemogućnošću uživanja prava koja im pripadaju. Ukoliko su posljedice kršenja

21 *Ibid.*, 166-167.

22 Po međunarodnom običajnom pravu čak se smatra da država uživa ovo diskreciono pravo i ako sa odnosnom državom ima sklopljen bilateralni ugovor kojim garantuje mogućnost stalnog boravka državljanima te države. S druge strane, smatra se da je član 33. Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951., kojim se zabranjuje državama-članicama da izbjeglice vrate na granicu teritorije gdje bi im život i sloboda bili ugroženi, postao međunarodni običaj koji vrijedi ne samo za izbjeglice, već za sve strance.

23 Slučaj Aygun protiv Švedske, predstavka broj: 14102/88 od 09.10.1989.

24 Tu spadaju lična sigurnost, pravo na brak, pravo na usvojenje, pravo na starateljstvo, uživanje porodičnih prava, stjecanje prava na pokretnim stvarima itd.

25 Tu spadaju primjerice prava u pogledu zapošljavanja.

26 To su donedavno bili aktivno i pasivno biračko pravo, kao i pravo na stjecanje prava vlasništva na nekretninama. Međutim, i ova prava su u modernim državama sve više dostupna strancima.

27 Primjerice, zaštita od prirodnih katastrofa, ratnih opasnosti i sl. (V. Đ. Degan, 491.)

28 Izuzetak čine osobe sa diplomatskim privilegijama.

29 V. Đ. Degan, 492.

ovih prava velike, moguće je i da Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija djeluje u skladu sa Poveljom, ali i druge međunarodne organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava.

Najveća razlika između državljana i stranaca u modernim država tiče se tri kategorije prava:

- politička prava;
- pristup javnim službama;
- stjecanje prava vlasništva na nekretninama.

Pod političkim pravima podrazumijevamo pravo glasa, te aktivno i pasivno biračko pravo. Međutim, u savremenom međunarodnom pravu prisutno je nastojanje da se strancima priznaju i ova prava. U tom smislu i Ugovor o Evropskoj uniji iz 1992. propisuje da državljani svih država-članica imaju aktivno i pasivno biračko pravo na lokalnim izborima i izborima za Evropski parlament.[30] Stranci imaju zabranu pristupa javnim službama. Navedena zabrana odnosi se i na pristup stranaca vojsci. Po pitanju stjecanja prava vlasništva na nekretninama većina modernih država postavlja svakog dana sve blaže kriterije i za strance u pogledu korištenja ovih prava. U sudskim postupcima danas države na pravo strane države mogu gledati kao na pravo jednako domaćem, nacionalnom pravu, ili pak kao na činjenicu. Stajalište da je strano pravo jednako domaćem zagovaraju države koje počivaju na kontinentalno-evropskom pravu, dok države koje počivaju na angloameričkom pravu zagovaraju stajalište da je pravo strane države jednako činjenici. U BiH pravo drugih država smatra se jednako domaćem pravu. Načelo zakonitosti dovelo je do toga da je pravna zaštita subjektivnih prava stranaca u većini modernih država (pa i u BiH) izjednačena sa pravnom zaštitom domaćih državljana. Stranci, baš kao i domaći državljani, mogu se obraćati sudskim tijelima i sudjelovati u građanskim sudskim postupcima bez nekih posebnih uslova.[31] Navedeno dokazuje i načelo upotrebe jezika u postupku (sudskom, upravnom...).

U BiH se na stranačku i parničnu sposobnost stranaca primjenjuju propisi države iz koje stranac dolazi. Čak će stranac biti parnično sposoban ukoliko ispunjava uslove za parničnu sposobnost bilo po zakonskim aktima BiH, bilo po zakonskim aktima svoje države. Isto tako, mnoge moderne države potpisale su Hašku konvenciju o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava[32], kojom ukidaju potrebu legalizacije javnih isprava u međunarodnom saobraćaju[33]. Dakle, strancima se daju sve veća prava. Takođe, uzmemo li za primjer Evropsku uniju, vidjet ćemo da i ova supranacionalna organizacija predviđa „unijsko građanstvo“ (Citizenship of the Union), a time i odgovarajući korpus prava za sve državljane država-članica Unije.[34] Tu se ustvari radi o pravu kretanja i nastanjivanja na teritoriju Unije, aktivnom i pasivnom biračkom

30 Član 8. b/1Ugovora o Evropskoj uniji iz 1992.

31 E. Muminović, 132.

32 Haška konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava od 05.10.1961., kojoj je BiH postala članicom 23.08.1993.

33 Jedina formalnost koja mora biti ispunjena za legalizaciju strane javne isprave sastoji se u stavljanju posebne potvrde,utvrđene Aneksom Konvencije,na ispravu ili njen dodatak. (E. Muminović, 138.)

34 N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 53.

pravu, pravu na diplomatsko-konzularnu zaštitu i pravu peticije.[35] Isto tako, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda od 04.11.1950. podrazumijeva zaštitu proklamovanih prava i sloboda za sve državljane država-članica, nezavisno od njihovog državljanstva i mjesta boravka.[36]

Može se zaključiti da savremeno međunarodno pravo izričito zabranjuje diskriminaciju. To naglašava i član 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966.[37] Diskriminacija iz navedenog člana Pakta odnosi se i na diskriminaciju po osnovu državljanstva, na šta je ukazao i Komitet za ljudska prava[38] u slučaju Gej i ostali protiv Francuske[39]. Naime, Komitet je u ovom slučaju konstatovao da je diskriminacija po osnovu državljanstva zabranjena u skladu sa članom 26. Pakta, jer spada pod „druge okolnosti"[40]. Međutim, diskriminacija stranaca po osnovu države čije državljanstvo posjeduju je dozvoljena – ukoliko postoje sklopljeni ugovori koji svojim odredbama daju privilegije državljanima određenih država.[41] U konačnici se može zaključiti da praksa međunarodne zajednice ide ka ujednačavanju nacionalnih propisa o statusu stranaca.

Navedeno ide u korist priznavanja strancima novih, odnosno postepeno i svih prava koje uživaju državljani određene države. Sve ukazaju da se želi ukinuti diskriminacija ljudi po osnovu državljanstva. Postojeća međunarodna pravila dovela su do usaglašavanja pravila o osnovnim ljudskim pravima i slobodama, a međunarodna praksa širi korpus tih prava, tako da je za očekivati da uskoro neće biti razlike između prava koja na nekoj teritoriji uživaju državljani i prava koja na istoj teritoriji uživaju stranci. Savremeno međunarodno pravo ističe univerzalnost ljudskih prava kao bitan faktor međunarodne zajednice, i ne pravi razliku između osnovnih ljudskih prava državljana i osnovnih ljudskih prava stranaca.

35 *Ibid.*, 53.

36 Ipak, ovo „unijsko građanstvo" uveliko se razlikuje od nacionalnog državljanstva, jer predviđa samo prava, a ne i obaveze (kao ovo potonje).

37 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen je 16.12.1966. Rezolucijom 2200A (XXI) Generalne skupštine, a stupio na snagu 23.03.1976. (u skladu sa članom 49. Pakta).

38 Komitet za ljudska prava osnovan je u skladu sa članom 28. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966., da bi nadzirao sprovođenje istog od strane država-ugovornica.

39 Slučaj Ibraima Gej protiv Francuske, predstavka broj: 196/1985 od 12.10.1985.

40 „Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo, bez ikakve diskriminacije, na jednaku zakonsku zaštitu. Zakon treba da zabrani svaku diskriminaciju i da garantuje svim licimajednaku i djelotvornu zaštitu protiv diskriminacije bilo na osnovu rase, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog i drugog mišljenja, nacionalnog i društvenog porijekla, imovine, roda ili bilo koje druge okolnosti." (član 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966.)

41 U novije vrijeme najpovoljniji položaj imaju državljani onih država koje su članice iste međunarodne organizacije, kao što je Evropska unija. (V. Dimitrijević *et. al.*, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007., 225.)

ZAKLJUČAK

Svrha i cilj ovog rada jeste ukazivanje pravnog položaja stranaca u Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. i njihovog položaja u savremenom međunarodnom pravu. Rad ukazuje na promjenu u shvatanju instituta državljanstva i ukazuje na činjenicu da praksa nameće potrebu izjednačavanja prava stranaca sa domaćim stanovništvom, ili barem povećanja njihovih prava.

Posjedovanje državljanstva nekad je predstavljalo preduslov za poduzimanje bilo kakvih radnji u državi, ali danas prestaje biti prepreka za vršenje gotovo svih radnji. Razvoj ekonomskih odnosa i trgovinske razmjene dovodi do promjene u bespravnosti stranaca koja je u historiji postojala. Bosna i Hercegovina je u tom smislu postala članica velikog broja međunarodnih akata koji olakšavaju integraciju stranaca u njeno društvo.

Austrijski građanski zakonik je istakao ideju prirodnog prava svih ljudskih bića na slobodu i jednakost. Prema prirodnom pravu, sva ljudska bića samim rođenjem stječu određena neotuđiva, „prirodna" prava i slobode. Prava koja ovaj Zakonik propisuje u odnosu na strance predstavljaju mali, ali ipak početak ekspanzije prava koja danas stranci uživaju na teritorijama drugih država. Najveći nedostatak ovog Zakonika u oblasti zaštite prava stranaca sastoji se, ustvari, u nepostojanju mjera osiguranja prava koja propisuje.

S vremenom je položaj stranaca u državama postao mnogo bolji. Međutim, razlog za ovu činjenicu nije zbog toga što su države napokon počele doživljavati strance kao nosioce garantovanih ljudskih prava i sloboda, već zbog toga što uvažavaju države iz kojih ti stranci dolaze. Odnos prema strancima danas je različit od države do države, ali u svakom slučaju podrazumijeva dužnost da se prema strancima postupa uz uvažavanje minimuma međunarodnih standarda. Iz navedenog slijedi da stranac ne smije biti prognan.

Prema njemu se ne smije ponašati samovoljno i nezakonito. Država se čak ne smije prema strancima ponašati samovoljno, tvrdeći da ni njeni državljani ne uživaju prava koja uskraćuje strancima – postoji odgovarajući minimum međunarodnih standarda o postupanju prema strancima koji svaka država mora poštovati; u suprotnom će biti međunarodno odgovorna. Može se reći da se korpus prava i sloboda stranaca svakim danom sve više širi, i da, s druge strane, države imaju sve manje slobode u postupanju sa ovom kategorijom stanovništva.

S međunarodnopravnog aspekta pojedinac je dugo bio predmet interesa država samo u odnosu države prema državi, i to kao objekt djelovanja njihove vlasti, s jedne strane, i kao objekt njihove brige i zaštite prema drugim državama, s druge strane.[42] Tu je, ustvari, bila riječ o razgraničavanju vlasti država u pogledu ljudi. U radu se naglašava da je u modernoj praksi međunarodne zajednice prisutna tendecija internacionalizacije i ujednačavanja pravnog statusa stranaca sa pravnim statusom domaćih državljana, ali je ova tendencija ipak mnogo prisutnija u oblasti javnih prava, nego što je prisutna u oblasti privatnih prava stranaca. Naime, još uvijek se smatra da pravo na uređivanje pravnog statusa stranaca spada u diskreciono pravo svake države.

42 J. Andrassy *et. al.*, *Međunarodno pravo I*, 2. izmijenjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2010., 352.

Iz rada u konačnici proizlazi zaključak da je u pozitivnom međunarodnom pravu promijenjen stav država prema strancima na njihovim teritorijama. Naime, sve do sredine 20. stoljeća države su imale diskreciono pravo odlučiti kako postupati sa strancima na svom teritoriju. Danas su države u tom smislu vezane pravilima međunarodnog prava koja proizlaze iz običajnih i ugovornih normi. Većina tih pravila danas čak ima snagu jus cogens normi.

LITERATURA

- B. Krivokapić, Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010.;
- Deklaracija o pravima čovjeka osoba koje nisu državljani zemlje u kojoj žive od 13.12.1985.;
- E. Muminović, Procesno međunarodno privatno pravo, Drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.;
- F. Karčić, Moderne pravne kodifikacije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.;
- Haška konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava od 05.10.1961.;
- J. Andrassy et. al., Međunarodno pravo I, 2. izmijenjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2010.;
- Konvencije o nekim slučajevima dvojnog državljanstva od 12.04.1930.;
- Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951.;
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16.12.1966.;
- M. Kamarić, I. Festić, Upravno pravo: opšti dio, Magistrat, Sarajevo, 2004.;
- N. Misita, Osnovi prava Evropske unije, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.;
- Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima, priredio M. Vuković, Školska knjiga, Zagreb, 1955.;
- Slučaj Aygun protiv Švedske, predstavka broj: 14102/88 od 09.10.1989.;
- Slučaj Ibraima Gej protiv Francuske, predstavka broj: 196/1985 od 12.10.1985.;
- Ugovor o Evropskoj uniji iz 1992.;
- V. Dimitrijević et. al., Osnovi međunarodnog javnog prava, Drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.;
- V. Đ. Degan, Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveuličišta u Rijeci, Rijeka, 2000.;
- Zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine o izboru i promjeni entitetskog državljanstva („Službeni glasnik BD BiH“, br.: 32/09);

- Zakon o državljanstvu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br.: 4/97, 13/99, 41/02, 6/03, 14/03, 82/05, 43/09 i 76/09);
- Zakon o državljanstvu Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br.: 43/01, 22/09 i 61/09);
- Zakon o državljanstvu Republike Srpske („Službeni glasnik BiH“, br.: 35/99, 17/00, 64/05, 58/09 i 8/10);
- Z. Hasić, Država, Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, Sarajevo, 2009.

Ajla Škrbić

Sanja Gongeta

Željko Bartulović

Maja Čolaković

Učesnici skupa

Zvonimir Jelimić (u prvom planu)

Ana Mari Petranović

Vladimir Simić