

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 6 | Br. 1 | 2017

ČLANCI

Međunarodnopravne implikacije masovnog nadzora elektroničkih komunikacija u kontekstu ljudskih prava, s posebnim osvrtom na sigurnosno-obavještajni sustav u Republici Hrvatskoj

Zrinka Salaj

Osvrt na Talinski priručnik o međunarodnom pravu primjenjivom na kibernetičko ratovanje

Ratimir Prpić

Hipoteka na brodu u hrvatskom i poredbenom pravu

Jurica Kvartuć

Načelo povjerenja u zemljišne knjige u Bosni i Hercegovini

Adis Abdić

PRIKAZ

Prikaz konferencije "Annual Conference on EU Criminal Justice 2016", ERA, Trier, 20. - 21. listopada 2016. godine

Ante Novokmet, Maja Munivrana Vajda

Zagreb Law Review
e-Journal of Postgraduate Studies of
Faculty of Law, University of Zagreb

ISSN: 1848-6118

ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



revija.pravo.unizg.hr

Nakladnik / Publisher

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

Glavna urednica / Editor-in-chief

prof. dr. sc. Zlata Đurđević

Izvršni urednik / Executive editor

doc. dr. sc. Zoran Burić

Tehnički urednik / Technical editor

doc. dr. sc. Marko Jurić

Uredništvo / Editorial board

prof. dr. sc. Ivana Grgurev, prof. dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić, prof. dr. sc. Davorin Lapaš, prof. dr. sc. Gordana Marčetić, prof. dr. sc. Jasenko Marin, prof. dr. sc. Tamara Perišin, prof. dr. sc. Nina Tepeš, izv. prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, izv. prof. dr. sc. Đorđe Gardašević, izv. prof. dr. sc. Romana Matanovac Vučković, doc. dr. sc. Ivana Milas Klarić, dr. sc. Nevia Čičin Šain

Međunarodno uredništvo / International editorial board

Prof.dr.sc. Gordan Kalajdziev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; Prof.dr.sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; Prof.dr.sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; Prof.dr.sc. Meliha Powlakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; Prof.dr.sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; Prof.dr.sc. Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; Dr. sc. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; Doc.dr.sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; Doc.dr.sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; Prof. dr.sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr.sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; dr.sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr.iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

Tajnik / Secretary

Kristian Relković

Lektor / Copyeditor

prof. dr. sc. Petar Vuković

Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language

Mark Davies

Adresa uredništva / Editorial board contact address

Zagrebačka pravna revija
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Trg maršala Tita 14, 10 000 Zagreb

Tel: +385 1 4564 351
Fax: +385 1 4564 381
E-mail: kristian.relkovic@pravo.hr

Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske

SADRŽAJ

ČLANCI

Zrinka Salaj

Međunarodnopravne implikacije masovnog nadzora elektroničkih komunikacija u kontekstu ljudskih prava, s posebnim osvrtom na sigurnosno-obavještajni sustav u Republici Hrvatskoj 15

Ratimir Prpić

Osvrt na Talinski priručnik o međunarodnom pravu primjenjivom na kibernetičko ratovanje 41

Jurica Kvartuč

Hipoteka na brodu u hrvatskom i poredbenom pravu 61

Adis Abdić

Načelo povjerenja u zemljišne knjige u Bosni i Hercegovini 97

PRIKAZ

Ante Novokmet, Maja Munivrana Vajda

Prikaz konferencije "Annual Conference on EU Criminal Justice 2016", ERA, Trier, 20. - 21. listopada 2016. godine 127

CONTENTS

ARTICLES

Zrinka Salaj

International Legal Implications of Peacetime Espionage in the Form of Mass Electronic Surveillance in the Human Rights Context and the Evaluation of the Croatian Legal Framework for Surveillance 15

Ratimir Prpić

Overview of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare 41

Jurica Kvartuč

Ship Mortgage in Croatian and Comparative Law 61

Adis Abdić

The Principle of Trust in the Land Registers in Bosnia and Herzegovina 97

REVIEW

Ante Novokmet, Maja Munivrana Vajda

Report on the "Annual Conference on EU Criminal Justice 2016", ERA, Trier, 20 - 21 October 2016..... 127

UVODNA RIJEČ: KRIZA VLADAVINE PRAVA U EUROPSKOJ UNIJI U 2010-IMA

Poštovano čitateljstvo,

urušavanja demokratskih sustava u državama članicama Europske unije koja su na djelu posljednjih sedam godina iznenadila su tijela Europske unije i pokazala nesposobnost njezina pravnog sustava za pravovremenu i učinkovitu reakciju. Nakon niza godina pristupnih pregovora, u kojima je svaka država kandidatkinja morala ispuniti četiri kriterija iz Kopenhagena i Madrida (politički, gospodarski, pravni i upravni) kroz usvajanje pravne stečevine EU-a, u određenim državama članicama došlo je do reverzibilnih procesa u odnosu na prvi i najvažniji politički kriterij. Na primjerima Mađarske i Poljske pokazalo se da pristupni pregovori nisu osigurali trajnu demokratsku transformaciju (Kochenov, Pech, 2016, 1064) tih bivših zemalja komunističkog bloka. Europska je unija pri tome učinila dvije pogreške. S jedne strane u postupku proširenja fokusirala se na minuciozno analiziranje gospodarskog, pravnog i upravnog sustava kroz usklađivanje bezbrojnih i usitnjenih propisa s *acquis communautaire* te je u toj administrativnoj šumi, nakon ispunjavanja mnoštva mjerila, označavanja kućica i zatvaranja poglavlja, (pogrešno) pretpostavila ostvarenje političkog cilja, odnosno uspostavljanje stabilne ustavne demokracije u državi pristupnici. S druge strane završetkom pristupnih pregovora i ostvarenjem članstva Europska je unija izgubila polugu kojom je kroz razrađenu politiku uvjetovanja (*conditionality policies*), koristeći se taktikom "mrkve i batine", učinkovito osiguravala provođenje demokratskih reforma u pojedinim državama. Pretpostavljajući trajnost političkih demokratskih promjena, nije izgradila odgovarajuće mehanizme kontrole i sankcija unutar Europske unije. Nažalost, pokazalo se da ulazak u klub povlaštenih europskih država nije značio prelazak preko Rubikona, nego da je moguća i aktualno na djelu društvena regresija dokidanjem temeljnih demokratskih vrijednosti. Posvećivanje uvodne riječi sveučilišnog pravnog časopisa toj temi opravdano je time što su politički događaji u Mađarskoj i Poljskoj u posljednjim godinama alarmantni i ugrožavajući za sve perjanice demokratske vladavine, uključujući i akademsku slobodu i sveučilišnu autonomiju.

Suvremene ustavne demokracije imaju nekoliko konstitutivnih elemenata, koji ih tek u svojoj ukupnosti ostvaruju kao politički sustav. To su demokratski izbori, višestranački sustav, podjela vlasti, vladavina prava, ljudska prava, neovisno sudstvo i neovisni mediji. Dokidanje jednog od navedenih elemenata dokida samu bit demokratske vladavine. Uobičajeno je, i za potrebe ovog uvodnika korisno, navedene elemente ugraditi u dva stupa demokracije. Prvi je demokracija kao vladavina većine, koja se osigurava na slobodnim i zakonitim općim izborima. Drugi stup obuhvaća elemente koje nazivamo ustavnim vrijednostima (*values, die Werte*) ili komponentama vladavine prava (*rule of law/Rechtsstaat*) i koji služe upravo ograničavanju prvog elementa – vladavine parlamentarne većine. Demokracija nije vladavina većine, nego vladavina većine u pravnim i institucionalnim okvirima koje joj postavljaju drugi ustavni instituti, kao što su

politički pluralizam, podjela vlasti, individualna prava te neovisnost sudstva i medija. Njihova je uloga spriječiti vladu, odnosno stranku na vlasti da zloupotrijebi svoju moć i da ugrožavanjem ili ukidanjem jednog ili više elemenata vladavine prava uruši sam demokratski sustav. Notorni je primjer pogubnosti takva procesa prelazak Weimarske Republike u nacističku diktaturu. Novi europski autoritarni režimi, koji ne postoje samo izvan Europske unije (Rusija, Turska, Srbija) nego i u njoj (Mađarska, Poljska), iskoristili su poznatu slabost demokratskih sustava te su nakon legitimnog osvajanja većine na slobodnim i zakonitim izborima u cilju dugotrajnog ostanka na vlasti počeli uništavati demokratske institucije koje osiguravaju vladavinu prava.

Prva država u kojoj je došlo do drastične demokratske regresije bila je Mađarska na čelu s Viktorom Orbánom, po kojem je taj štetni društveni proces nazvan "orbanizacijom" (Schroeder, 2016, 4). Dolazak na vlast njegove desne nacionalno-konzervativne stranke Fidesz 2010. godine s dvotrećinskom većinom omogućio mu je da sustavno ruši izgrađene demokratske institucije (Scheppelle, 2014, 51, 71; Kelemen, 2017, 131). Odmah nakon preuzimanja vlasti krenuo je u nedemokratsku transformaciju Mađarske koristeći se mehanizmom ubrzane ustavne reforme izmjenama Ustava, koje su stupile na snagu već 1. siječnja 2012., te poduzimanjem parlamentarne „ofenzive“ donošenjem više od 1000 novih zakona. Neutralizacija uloge Ustavnog suda u mađarskom pravnom sustavu provedena je iz svih raspoloživih oružja. Sastav Suda u kratkom je roku izmijenjen njegovim proširenjem s 11 na 15 sudaca, a izmijenjen je i postupak izbora ustavnih sudaca. Uvedeno je političko postavljanje predsjednika Ustavnog suda njegovim izborom od strane parlamenta, a ne sudaca Ustavnog suda. U roku od tri godine od dolaska na vlast vladajuća je većina izabrala devet novih sudaca lojalnih Orbánu. Osim dokidanja personalne neovisnosti Ustavni je sud i funkcionalno eliminiran oduzimanjem ovlasti apstraktne kontrole ustavnosti zakona, čime je izgubio ključnu zadaću ustavne kontrole vladavine većine. Radi utjecaja na pravosuđe uvedeni su novi uvjeti za imenovanje, otpuštanje i napredovanje sudaca. Smanjenje sudačke dobi za odlazak u mirovinu sa 70 na 63 godine odmah je dovelo do umirovljenja 10 % sudaca i 25 % sudaca Vrhovnog suda i predsjednika nižih sudova te je otvorilo put kadrovskoj obnovi lojalistima u pravosudnom sustavu (Scheppelle, 2014, 75). Postavljanjem dužnosnika sklonih Orbánovim političkim stavovima (Venecijanska komisija, no 720/2013, § 71) napadnuta je neovisnost i svih drugih državnih tijela koja jamče vladavinu prava, kao što je tužiteljstvo, izborno povjerenstvo, porezna vlast, revizija i sl. Iz europske ropotarnice izvučena je rasprava o ponovnom uvođenju smrtne kazne, a u Ustav je unesena odredba o zaštiti digniteta mađarske nacije i zabrani govora mržnje protiv "mađarske nacije" (Venecijanska komisija, 720/2013, § 48-53). Autoritaran legislativni udar izveden je na neovisnost medija, nevladine organizacije, zaštitu manjina, osobito Roma, izborni sustav, slobodu vjere, ljudska prava te najzad i sveučilište.

Poljska je prije manje od dvije godine, nakon što je u listopadu 2015. vlast osvojio Jarosław Kaczyński s konzervativnom strankom Pravo i pravda, također krenula nedemokratskim putem (Jaremba, 2016; Venecijanska komisija 860/2016, 833/2015). Zbog nedostatka

dvotrećinske parlamentarne većine potrebne za izmjenu Ustava prva meta bio je Ustavni sud. Poduzeto je niz mjera kojima su dovedeni u pitanje sastav i trajanje mandata Ustavnog suda te je izazvana dugotrajna ustavna kriza. Tako nisu priznata imenovanja troje sudaca od strane ranijeg parlamenta odbijanjem predsjednika da ih prisegne te izborom njihovih zamjena; protuustavno su imenovana dva nova suca; u dva uzastopna navrata (u studenom i prosincu 2015.) izmijenjen je Zakon o Ustavnom sudu s kratkim ili bez razdoblja *vacatio legis* s ciljem usporavanja i opstruiranja njegova rada; izbor predsjednika Ustavnog suda premješten je sa Suda u parlament; skraćen je mandat predsjedniku i potpredsjedniku Ustavnog suda; otežana je apstraktna kontrola zakona sa zahtjevom da vijeće bude sastavljeno od 13 sudaca i da odluku donosi dvotrećinskom većinom iako Ustav u čl. 190(5) propisuje običnu većinu. Nakon što je Ustavni sud proglasio izmjene Zakona o Ustavnom sudu neustavnima, Vlada je odbila priznati i javno objaviti odluku Ustavnog suda. U lipnju 2016. donesen je novi Zakon o Ustavnom sudu, u kojem nisu ispunjeni zahtjevi Venecijanske komisije i poljskog Ustavnog suda. Neovisnost medija bila je sljedeća meta donošenja zakona koji je ograničavao slobodu i pluralizam medija. Usprkos neosvajanju ustavne većine u parlamentu te većem institucionalnom i građanskom otpora nego u Mađarskoj, Poljska je nastavila putem nedemokratskih promjena te se od početka 2017. godine pokušava urušiti neovisnost pravosuđa izmjenom Zakona o poljskom Državnom sudbenom vijeću (v. Kostadinov, 2017, 15).

Obje države podvrgnute su jakoj kritici niza međunarodnih organizacija (Vijeće Europe, OSCE, Ujedinjeni narodi), međunarodnih udruga (Human Rights Watch, Amnesty International), stručnih tijela (Venecijanska komisija), europskih sudova (ESLJP i Sud EU-a) i država (SAD, Norveška), međutim bez ikakvih rezultata. Isto vrijedi i za sve dosadašnje postupke koje je Europska unija poduzela prema tim dvjema državama. Osim neformalnim političkim pritiscima, koji su se pokazali učinkovitima kod političkih slabijih država (npr. Rumunjske), ali ne i u slučaju Mađarske i Poljske, te deklaratornim osudama Europskog parlamenta (Mađarske 10. 6. 2015. i Poljske 13. 4. 2016.), Europska unija raspolaže dvama pravnim mehanizmima sankcioniranja kršenja vladavine prava u državama članicama (v. Scheppele, 2013; Hillion, 2016). Jedan je Postupak zbog povrede prava EU-a (*infringement proceedings*) iz čl. 258. UFEU-a, a drugi Okvir za vladavinu prava (*Rule of law framework*) iz čl. 7. Ugovora o EU-u. Oba pravna postupka u dosadašnjim interpretativnim i pravnim okvirima pokazala su se neučinkovitima u borbi protiv urušavanja demokratskih institucija u državama članicama.

Prema važećem i vladajućem uskom tumačenju Postupak zbog povrede prava EU-a prema čl. 258. UFEU-a može se pokrenuti samo kad su povrijeđene konkretne, specifične odredbe *acquisa* EU-a (npr. Kochenov, Pech, 2016, 1065), a ne i temeljne vrijednosti Unije zajamčene čl. 2. Ugovora o EU-u, kao što su ljudsko dostojanstvo, sloboda, demokracija, jednakost, vladavina prava, poštovanje ljudskih prava i prava pripadnika manjina. Tako je Europska komisija protiv Mađarske pokrenula nekoliko postupaka zbog povrede prava EU-a, kao primjerice postupak zbog smanjenja dobi za mirovinu sucima, tvrdeći da se radi o povredi propisa o zabrani starosne diskriminacije, ali ne i zbog kršenja neovisnosti

sudstva kao komponente vladavine prava. Zamaskirano pravno sredstvo rezultiralo je promašajem cilja jer se Mađarska podvrgnula pravorijeku Europskog suda pravde plativši smijenjenim sucima odštetu i nudeći im niže sudačke pozicije, ali ih nije vratila na ranije sudačke dužnosti, pa stoga nije ponovno ni uspostavila neovisnost sudstva (Scheppelle, 2014, 106-107). Nemogućnost pokretanja postupaka zbog povrede prava EU-a u slučaju kršenja ustavnih demokratskih vrijednosti političkim sredstvima *eo ipso* učinilo ga je nesposobnim za njihovo ispravljanje.

Drugi mehanizam, Okvir za vladavinu prava, Europska je komisija usvojila kao preliminarni postupak (*early warning tool*) za primjenu čl. 7. Ugovora o EU-u (COM(2014) 158 final/2). Nekoliko godina prije nešto što će se Europska unija proširiti na deset istočnoeuropskih zemalja 2004. i 2007. godine, upravo s ciljem sprečavanja demokratskog nazadovanja država članica EU-a, 1999. godine u primarno pravo EU-a unesen je čl. 7. UEU-a. U slučajevima kada Vijeće EU-a jednoglasno utvrdi da država članica teško i trajno krši vrijednosti iz čl. 2. Ugovora o EU-u, sukladno čl. 7. UEU-a, Vijeće EU-a kvalificiranom većinom može odlučiti da joj se suspendiraju određena prava, uključujući i pravo glasa te države u Vijeću. Osim što može biti isključena od sudjelovanja u kreiranju politika Unije, državi mogu biti uskraćeni i fondovi Europske unije. U cilju primjene tog postupka čuvarica ugovora Europska komisija usvojila je novi instrument 11. ožujka 2014. pod nazivom Okvir za vladavinu prava, koji se provodi u obliku dijaloga između države i Komisije, strukturiranog kroz tri faze (ocjena, preporuke i nadzor), i prethodi glasanju u Vijeću sukladno čl. 7. UEU-a. Sadašnja situacija, u kojoj je vladavina prava ugrožena u dvije države članice, pokazuje da zahtjev jednoglasnosti za utvrđivanje teškog i trajnog kršenja vrijednosti iz čl. 2. UEU-a predstavlja nepremostivu prepreku postupanja sukladno čl. 7. UEU-a.

Europska komisija, utvrdivši sistemsku prijetnju vladavini prava u Poljskoj, među ostalim i na temelju negativnog mišljenja Venecijanske komisije o vladavini prava u toj državi (Opinion 833/2015), po prvi je put pokrenula postupak prema Okviru za vladavinu prava protiv Poljske 13. siječnja 2016. (Kochenov, Magen, Pech, 2016, 1045; Kochenov, Pech, 2016, 1062). U srpnju 2016. Komisija je Poljskoj dala prve preporuke s rokom izvršenja od tri mjeseca, u kojima zahtijeva ponovnu uspostavu postupka izbora i sastava Ustavnog suda te dodatne preporuke u prosincu 2016. i veljači 2017. Do sada Poljska odbija udovoljiti zahtjevima Europske komisije (v. Scheppelle, Pech, 2017), a Europska unija zna da zbog odbijanja Mađarske, a vjerojatno i Velike Britanije, nije u mogućnosti utvrditi tešku i trajnu povredu vladavine prava u Poljskoj.

Okidač za pokretanje tog postupka i protiv Mađarske, nakon sedam godina neprimjerene aktivnosti ili neaktivnosti Europske komisije, mogao bi biti upravo napad na autonomiju sveučilišta. S ciljem gušenja akademskih sloboda Orbánova je Vlada u zakonodavnom postupku, koji je završio hitno u samo tjedan dana (28. 3. do 4. 4. 2017.), donijela Zakon o visokom obrazovanju usmjeren na zatvaranje tzv. Soroseva (György ili George Soros) sveučilišta (*Central European University*), nakon čega su u travnju uslijedile velike demonstracije u Budimpešti (Uitz Mi, 2017). Ovaj put Europska komisija ne samo što je

pokrenula postupak zbog povrede tržišnih sloboda, akademskih sloboda i prava na obrazovanje nego je i zaprijetila Mađarskoj pokretanjem postupka prema Okviru za vladavinu prava.

Događaji u Mađarskoj i Poljskoj podsjećaju nas na to da je pozadinski cilj autoritarnih režima uvijek zamjena neovisnih državnih službenika lojalistima, koji će institucije koje osiguravaju vladavinu prava učiniti politički ovisnima. Jedna od pouka svakoj državi, ustanovi ili tijelu jest da izmjene u sastavu tijela ili trajanju mandata prije njegova završetka izazivaju sumnju u cilj rušenja stabilnosti demokratskih institucija.

Kritični test funkcioniranja pravnog poretka nameću upravo situacije krize (usp. Smerdel, 2017, 10), a jasno je da Europska unija na njemu u ovom desetljeću pada. Orbán je u Mađarskoj konsolidirao svoj autoritarni režim i prešao granicu poslije koje politički sustav prestaje biti demokracija, Poljska prkosi i oglašuje se na zahtjeve Europske unije, a Europska unija ne raspolaže instrumentom kojim će restaurirati primjenu političkog kriterija u svojim državama članicama, uspostaviti fundamentalno pravno načelo EU-a uzajamnog povjerenja među državama članicama i zaustaviti urušavanje stabilnosti institucija koje čuvaju i osiguravaju zaštitu zajedničkih vrijednosti na kojima se temelji. Povratak njezinih članica u jednopartijske države sigurno predstavlja jedan od najopasnijih procesa za budućnost Europske unije.

Revija vam u ovom broju donosi četiri vrsna vrlo aktualna pravna znanstvena članka. Prvo vam predstavljamo detaljno istražen i argumentiran rad *Zrinke Salaj* na temu mirnodopske špijunaže u obliku masovnog elektroničkog nadzora iz aspekta zaštite ljudskih prava. Radi se o jednom od ključnih izazova suvremene civilizacije, koja je, kako nam je otkrio Edward Snowden, u tajnosti iskoristila mogućnosti elektroničke komunikacije i nadzora kršeći pravo na privatnost građana u vlastitim i stranim državama. Poseban doprinos rada jest kritička analiza hrvatskog zakonskog okvira sigurnosnog obavještajnog sustava te opis njegova funkcioniranja u praksi. Drugi rad autora *Ratimira Prpića* nastavlja se baviti istom temom izazova koje elektronička tehnologija postavlja pred pravne norme, ali je iz područja mirnodopske zaštite ljudskih prava prebacuje u područje kibernetičkog ratovanja i primjene međunarodnih pravila *jus ad bellum* i *jus in bello*. U radu se daje kritički osvrt na pravno neobvezujući akademski dokument Tallinnski priručnik o međunarodnom pravu primjenjivom na kibernetičko ratovanje iz 2015. godine, koji daje smjernice državama o primjeni međunarodnog prava na kibernetičke operacije. Rad *Jurice Kvartuča* bavi se pravnim uređenjem instituta hipoteke na brodu kao stvarnopravnog sredstva osiguranja tražbina u pomorstvu. Hipoteka na pomorskom brodu i brodu unutarnje plovidbe ima važnu ulogu u dugoročnom kreditiranju gradnje i kupnje brodova. Na temelju normativne i komparativne analize rješenja engleskog, turskog, talijanskog i grčkog zakonodavstva autor zaključuje da hrvatska regulativa nije odgovarajuća, dovodi do pravne nesigurnosti te se zalaže za novo cjelovito zakonsko uređenje. U radu o problematici načela povjerenja u zemljišne knjige autor *Adis Abdić* poredbeno je analizirao to načelo u Hrvatskoj te Bosni i Hercegovini, u kojoj je analizirao rješenja u dva entiteta i Distriktu Brčko. Rad predstavlja

nova zakonska rješenja u BiH pravničkoj javnosti u Republici Hrvatskoj, a vrijedan je i za primjenu prava u Hrvatskoj s obzirom na intenzivne veze i prekogranični pravni promet između dvije države. Na kraju donosimo prikaz konferencije o kaznenom pravosuđu u Europskoj uniji održane u Trieru u listopadu 2016. godine, koji su napisali Ante Novokmet i Maja Munivrana Vajda.

Završno bih željela upozoriti čitateljstvo na novu rubriku koju je Uredništvo Zagrebačke pravne revije uvelo od prošlog broja pod nazivom «Komentari, osvrti i reakcije», a koju objavljujemo i u ovom broju časopisa. Priloge u toj rubrici, koja je u prvom redu otvorila prostor drugim autorima i stručnoj javnosti da u kratkom roku reagiraju na stavove i tvrdnje iznesene u člancima Revije radi omogućavanja pravovremene znanstvene polemike i rasprave, objavljivat ćemo samo na portalu časopisa, ali ne i u formatu PDF.

Zahvaljujem autorima, recenzentima i suradnicima Revije na trudu i zalaganju u objavi novog broja Revije, koji čitateljstvu nudi zanimljivo i vrijedno štivo u predstojećim ljetnim mjesecima.

Glavna urednica

prof. dr. sc. Zlata Đurđević

Izvori:

Christophe Hillion (2016) *Overseeing the rule of law in the European Union*, Sieps: European Policy Analysis, January 2016.

Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland, C(2016) 5703 final

Commission Recommendation of 21.12.2016 regarding the Rule of Law in Poland, C(2016) 8950 final

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, COM(2014) 158 final/2.

Jaremba, Urszula (2016) *The rule of the majority vs. the rule of law: how Poland has become the new enfant terrible of the European Union*, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 262.

Kelemen, Daniel (2017) *The Court of Justice of the European Union in the Twenty-First Century*, Law and Contemporary Problems.

Kochenov, Dimitry / Magen, Amichai / Pech, Laurent (2016) Introduction: The Great Rule of Law Debate in the EU, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, No. 5, 1045.

Kochenov, Dimitry / Pech, Laurent (2016) Better late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, No. 5. 1062.

Kostadinov, Biljana (2017) Svijet bez odvjetnika – pravda bez vladavine prava?, *Odvjetnik* 3-4, 14-17.

Scheppele, Kim Lane (2013), What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions, pdf paper

Scheppele, Kim Lane (2014) Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary), *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 23.

Scheppele, Kim Lane / Pech, Laurent (2017) Poland and the European Commission, Part III: Requiem for the Rule of Law, *verfassungsblog.de*

Smerdel, Branko (2017) Akutna kriza vlasti izraz je kronične krize hrvatskog konstitucionalizma, *Hrvatska pravna revija*, lipanj 2017, 1-13.

Uitz Mi, Renata (2017) The Return of the Sovereign: A Look at the Rule of Law in Hungary – and in Europe, *verfassungsblog.de*

Venice Commission, Opinion no. 720 / 2013, CDL-AD(2013)012.

Venice Commission, Opinion no. 860 / 2016, CDL-AD(2016)026.

Venice Commission, Opinion no. 833 / 2015, CDL-AD(2016)001.

Werner, Schroeder (2016) The European Union and the Rule of Law – State of Affairs and Ways of Strengthening, in Schroeder Werner (ed) *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Hart Publishing.

ČLANCI

MEĐUNARODNOPRAVNE IMPLIKACIJE MASOVNOG NADZORA ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA U KONTEKSTU LJUDSKIH PRAVA, S POSEBNIM OSVRTOM NA SIGURNOSNO-OBAVJEŠTAJNI SUSTAV U REPUBLICI HRVATSKOJ

Izvorni znanstveni rad

UDK 004.3/4
342.721
355.401(497.5)
341.231.14
341.645.5(4)

Primljeno: 13. veljače 2017.

Zrinka Salaj*

Cilj je ovog rada izložiti međunarodnopravne implikacije mirnodopske špijunaže u obliku masovnog elektroničkog nadzora komunikacija. Pitanje je to koje se aktualiziralo objavom otuđenih državnih tajnih dokumenata koji su razotkrili obujam masovnog nadzora svjetskih elektroničkih komunikacija od strane država, koje su to činile zlouporabljajući tehničke karakteristike prijenosa komunikacija te iskorištavajući nedostatke međunarodnopravnog uređenja mirnodopske špijunaže.

U radu se analizira ključno pitanje koje za sobom povlači masovni elektronički nadzor komunikacija, a to su međunarodnopravne posljedice spram pojedinca koji je meta nadzora i odnosa koji se uspostavlja između njega i države koja nadzor obavlja, a koji je u domeni ljudskih prava. U tom smislu ispituje se praksa međunarodnih mehanizama za zaštitu ljudskih prava, poglavito Europskog suda za ljudska prava (Europske komisije za ljudska prava), s kojom se potom uspoređuje pravni okvir hrvatskog sigurnosno-obavještajnog sustava kako bi se utvrdilo zadovoljava li on zahtjeve zakonitosti i zabrane samovolje u ograničavanju prava na privatnost.

Ključne riječi: masovni elektronički nadzor, pravo na privatnost, hrvatski sigurnosno-obavještajni sustav

1. UVOD

Službeni tajni dokumenti koje je 2013. godine svjetskoj javnosti putem medija učinio dostupnima Edward Snowden, bivši analitičar američke Nacionalne sigurnosne agencije [NSA], prouzročili su geopolitički i međunarodnopravni potres bez presedana, a Snowdena prometnuli u najpoznatijeg svjetskog zviždača, iako ne i prvog koji je na svjetlo dana izložio rad NSA-a.¹ Naime dokumenti su razotkrili javnosti dotad nepoznat opseg i

* Zrinka Salaj, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, polaznica Poslijediplomskog doktorskog studija iz međunarodnog javnog i privatnog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ The Guardian's Audio Long Reads, *How the Pentagon punished NSA whistleblowers*, 3. lipnja 2016., dostupno na: <https://www.theguardian.com/news/audio/2016/jun/03/how-the-pentagon-punished-nsa-whistleblowers> (pristup 6. veljače 2017.).

metode sustava globalnog i masovnog elektroničkog nadzora svjetskih elektroničkih komunikacija od strane američkih i britanskih državnih agencija. Navedeni događaj izazvao je salve reakcija, ali i konkretnih akcija Ujedinjenih naroda,² Europskog parlamenta,³ stranih vođa⁴ i međunarodnih korporacija⁵ te na kraju samih Sjedinjenih Američkih Država, čija je praksa bila razotkrivena.⁶ Neke od reakcija, poglavito europskih institucija, imale su za cilj pozivanje na pružanje zaštite (pravne i političke)⁷ zviždačima kao što je Snowden i isticale su da je djelovanje zviždača najdjelotvornije sredstvo za provođenje ograničenja obavještajnog nadzora,⁸ odnosno protiv kršenja ljudskih prava.

Ujedinjeno Kraljevstvo i SAD zasigurno su države koje zbog svoje ekonomske moći prednjače u mogućnostima masovnog nadzora. Međutim i druge države koriste tok elektroničkih komunikacija kroz svoje područje kako bi ih neometano pratile i sakupljale. Primjerom upravo Ujedinjenog Kraljevstva, ali i Njemačke, Rusije i Mađarske, bavio se i Europski sud za ljudska prava [ESLJP],⁹ dok globalno istraživačko novinarstvo i medijski *outleti* za objavu tajnih dokumenata koji su „procurili“ u javnost od strane zviždača i hakera, kao što je *Wikileaks*, daju primjere oko 25 država koje čine isto.¹⁰

Čak su i Ujedinjeni narodi izrazili zabrinutost zbog politika i praksa sve većeg broja država koje iskorištavaju ranjivost digitalnih komunikacija te uvode masovni nadzor ne kao „iznimnu mjeru“, nego kao „opasnu naviku“,¹¹ ističući posebno suradnju između država i

² UNGA, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/C.3/68/L.45/Rev.1, 20. studenog 2013.; UNGA, *Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age*, G.A. Res 68/167, UN Doc. A/RES/68/, 21. siječnja 2016., 167; UNGA, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc A/C.3/71/L.39/Rev.1, 16. studenog 2016.

³ Europski parlament, Rezolucija o suspenziji Sporazuma o Programu za praćenje financiranja terorističkih djelatnosti (TFTP) zbog nadzora američke Agencije za nacionalnu sigurnost, Rezolucija 2013/2831(RSP) od 23. listopada 2013.

⁴ Bloomberg News, *German government cancels Verizon Communications Inc deal in wake of NSA spy scandal*, 27. srpnja 2014., dostupno na: <http://www.financialpost.com/m/wp/blog.html?b=business.financialpost.com/2014/06/27/german-government-cancels-verizon-communications-inc-deal-in-wake-of-nsa-spy-scandal> (pristup 6. veljače 2017.).

⁵ Otvoreno pismo Senatu u vezi s *USA Freedom Act*, potpisano od strane AOL-a, Applea, Dropboxa, Evernotea, Facebooka, Googlea, Linkedina, Microsofta, Twittera, Yahooa: *Global Government Surveillance Reform*, prosinac 2013.; svibanj 2015., dostupno na: <https://www.reformgovernmentsurveillance.com/> (pristup 6. veljače 2017.).

⁶ The White House, Office of the Press Secretary, *Remarks by the President on Review of Signals Intelligence*, 17. siječnja 2014., <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/01/17/remarks-president-review-signals-intelligence> (pristup 6. veljače 2017.) [*Govor Obama*]; *The President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies*: Richard A. Clarke, Michael J. Morell, Geoffrey R. Stone, Cass R. Sunstein & Peter Swire, *The NSA Report: Liberty and Security in a Changing World*, 12. prosinca 2013., dostupno na: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf. (pristup 7. prosinca 2016.).

⁷ Europski parlament, *Rezolucija o programu nadzora Agencije za nacionalnu sigurnost SAD-a (NSA), nadzornim tijelima u različitim državama članicama i njihovom utjecaju na temeljna prava građana EU-a te o transatlantskoj suradnji u pravosuđu i unutarnjim poslovima*, Rezolucija broj 2013/2188 od 12. ožujka 2014.; Parlamentarna skupština Vijeća Europe, *Improving the protection of whistle-blowers*, Rezolucija 2060 (2015) od 23. lipnja 2015.

⁸ *Id.*

⁹ Vidi *infra* dio 2.

¹⁰ Wikileaks, *The Spy Files*, <https://wikileaks.org/the-spyfiles.html> (pristup 1. prosinca 2016.).

¹¹ Odbor za prava čovjeka, *Izveštaj o pravu na privatnost Ureda Visokog povjerenika za ljudska prava* (A/HRC/27/37), 30. lipnja 2014. [*Izveštaj*], para. 20, str. 3.

privatnih kompanija u izvršavanju takva nadzora.¹² Naime osim sustava masovnog nadzora podataka putem vlastitih infrastruktura,¹³ koji neselektivno sakuplja podatke, koji se potom analiziraju od strane ovlaštenih osoba po određenom ključu,¹⁴ države sve češće posežu za podacima koje privatne kompanije imaju o svojim klijentima. Najčešće se radi o kompanijama koje pružaju telekomunikacijske usluge. U tu svrhu države uspostavljaju programe koji im pružaju izravan pristup tim podacima.¹⁵

Navedene prakse razotkrivaju stvarnu ranjivost svih meta takva načina praćenja, ali i njihovu međunarodnopravnu ranjivost, odnosno nezaštićenost, poglavito kada se radi o privatnim osobama izvan teritorija države koja obavlja nadzor. U izostanku kvalitetne akcije države da zaštiti prava kako svojih državljana tako i stranaca pojedinci se već okreću dostupnim međunarodnim mehanizmima za zaštitu svojih ljudskih prava.

2. MASOVNI ELEKTRONIČKI NADZOR U KONTEKSTU LJUDSKIH PRAVA

Pravo na privatnost predstavlja temeljno ljudsko pravo, priznato i zaštićeno gotovo svim relevantnim dokumentima za zaštitu ljudskih prava.¹⁶ Presretanje i nadzor komunikacije pojedinca samo po sebi predstavlja ograničavanje uživanja njegova prava na privatnost. Istovremeno, navedeni dokumenti priznaju i ograničavanje prava na privatnost od strane države sve dok su ta ograničenja zakonita i nearbitrarana.¹⁷

Neupitna je obveza država stranaka međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava da navedena prava osiguraju i jamče „svim osobama na svom području i područjima koja se nalaze pod njenom jurisdikcijom“, kako to navodi članak 2. stavak 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, instrumenta za zaštitu ljudskih

¹² *Id.*

¹³ Europski parlament, *Izješće o postojanju globalnog sustava za presretanje privatne i komercijalne komunikacije (Sustav za presretanje ECHELON)* (2001/2098(INI)), 11. srpnja 2001., str. 134; Europski parlament, *Rezolucija Europskog parlamenta od 29. listopada 2015. o daljnjem postupanju nakon usvajanja Rezolucije Europskog parlamenta o elektroničkom masovnom nadzoru građana EU-a 12. ožujka 2014.* (2015/2635(RSP)).

¹⁴ Foreign Intelligence Surveillance Court, *Amended Memorandum Opinion*, Docket Number: 13-109 od 29. kolovoza 2013., str. 5, dostupno na: <https://www.aclu.org/files/assets/br13-09-primary-order.pdf> (pristup 19. siječnja 2017.).

¹⁵ Ira Rubenstein, Greg Nojeim, Ronald Lee, *Systematic Government Access to Personal Data, a comparative analysis*, 4 *International Data Privacy Law* 13 (2014), str. 96-119; [Rubenstein i dr.]; Bruno Magrani, *Systematic Government access to private-sector data in Brazil*, 4 *International Data Privacy Law* (2014) 30-38; Sunil Abraham, Elonnai Hickok, *Government access to private-sector data in India*, 2 *International Data Privacy Law* (2012) 302-315.

¹⁶ *Opća deklaracija o ljudskim pravima*, usvojena i proglašena od Opće skupštine Rezolucijom 217 A (III) 10. prosinca 1948., (NN (Međunarodni dio)12/2009), [Opća deklaracija] čl. 12.; *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (NN MU 7/2005), [MPGPP] čl. 17.; *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, pročišćeni tekst (NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10), [EKLJP] čl. 8.; Organizacija američkih država, *Američka konvencija o pravima čovjeka, "Pakt iz San Josea"*, Kostarika, od 22. studenog 1969., 1144 UNTS 123, čl. 11.; Liga arapskih država, *Arapska povelja o ljudskim pravima* od 22. svibnja 2004. godine, 12 *Int'l Hum. Rts. Rep.* 893 (2005), čl. 21.

¹⁷ *Izješčaj*, str. 7-9: Odbor za prava čovjeka, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, David Kaye, UN Doc. A/HRC/29/32, 22. svibnja 2015., § 29-35.

prava s najviše ratifikacija (više od 165).¹⁸ Međutim tehnička složenost masovnog elektroničkog nadzora omogućuje praćenje komunikacija pojedinaca koji se ne nalaze na području države koja vrši nadzor s obzirom na to da takva vrsta nadzora iskorištava prednosti infrastruktura koje omogućuju globalne komunikacijske tokove podatkovnog prometa. Stoga se postavlja pitanje ekstrateritorijalne primjene tih međunarodnih ugovora, odnosno opsega zaštite koja je osigurana pojedincima čiju komunikaciju omogućuju upravo navedene infrastrukture, a koji nisu stanovnici područja države koja nadzor obavlja.

2.1. Ekstrateritorijalna primjena međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava

S obzirom na to da je pitanje ekstrateritorijalne primjene međunarodnih ugovora namijenjenih zaštiti ljudskih prava osporavano od većeg broja država,¹⁹ upravo se na argument ekstrateritorijalne neprimjenjivosti međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava države pozivaju u argumentiranju legalnosti svoje prakse masovnog elektroničkog praćenja.²⁰ Iz te činjenice razvidno je da masovna elektronička praćenja iskorištavaju nedovoljnu pravnu zaštićenost stranih privatnih komunikacija.²¹

Pitanje ekstrateritorijalne primjene instrumenata za zaštitu ljudskih prava, poglavito MPGPP-a te EKLJP-a, bilo je razmatrano od strane Međunarodnog suda,²² Odbora za ljudska prava²³ te ESLJP-a.²⁴

Međunarodni je sud u svojem *Savjetodavnom mišljenju o gradnji zida na Okupiranom palestinskom području* utvrdio da se MPGPP primjenjuje ekstrateritorijalno u slučajevima kada vojne snage određene države fizički okupiraju neko područje kroz duže vrijeme.²⁵

¹⁸ Ured visokog povjerenika za prava čovjeka, *Status Of Ratification Interactive Dashboard*, dostupna na: <http://indicators.ohchr.org/> (pristup 9. prosinca 2016.).

¹⁹ United States Department of State, Office of the Legal Adviser, *Memorandum Opinion On The Geographic Scope Of The International Covenant On Civil And Political Rights*, 19. listopada 2010. godine, str. 4, dostupno na: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2014/03/state-department-iccpr-memo.pdf> (7. prosinca 2016.); Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, UN Doc. A/HRC/23/40, 17. travnja, 2013., § 64; Ashley Deeks, *An International Legal Framework for Surveillance*, 55 VA. J. INT'L L. 291 (2015) [Deeks], bilješka 56.

²⁰ *Id.*

²¹ *Govor Obama.*

²² *Pravne posljedice izgradnje zida na Okupiranom palestinskom području*, Savjetodavno mišljenje, ICJ Reports 2004, 136, § 111.

²³ Odbor za prava čovjeka, General Comment 31, *Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), 29. ožujka 2004.; *Sergio Euben Lopez Burgos protiv Urugvaja*, Komunikacija broj R.12/52, UN Doc. Dodatak br. 40 (A/36/40), str. 176 (1981) [Lopez Burgos].

²⁴ *Banković i drugi protiv Belgije i drugih* (odluka), br. ESLJP (2001), § 71; *Issa i drugi protiv Turske* (presuda), br. 31821/96, ESLJP (2004), § 58; *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda), br. 55721/07, ESLJP (2011) [Al-Skeini], §§ 133-137.

²⁵ *Pravne posljedice izgradnje zida na Okupiranom palestinskom području*, Savjetodavno mišljenje, ICJ Reports 2004, 136, § 111; *Oružane aktivnosti na teritoriju Konga (Demokratska Republika Kongo protiv Ugande)*, ICJ Reports 2005, 168.

ESLJP je u predmetu *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* bio na istom tragu ustvrđujući da se EKLJP primjenjuje ekstrateritorijalno u slučajevima upotrebe sile od strane agenata države, vojne akcije i vojne okupacije.²⁶ Nadalje, Odbor za ljudska prava u predmetu *Lopez Burgos protiv Urugvaja* istaknuo je kako bi tumačenje MPGPP-a na način da dopušta državi da krši ljudska prava izvan svojih granica bilo nerazumno.²⁷ Iz navedenih primjera proizlazi da se za ekstrateritorijalnu primjenu i obvezivost instrumenata za zaštitu ljudskih prava traži određena fizička i faktična kontrola države nad područjem,²⁸ odnosno nad pojedincem,²⁹ kao i njezino djelovanje izvan granica svoje jurisdikcije.³⁰ ESLJP, čija praksa obiluje predmetima u vezi s ekstrateritorijalnom primjenom EKLJP-a, potvrdio je takvu ograničenu ekstrateritorijalnu primjenu instrumenta za zaštitu ljudskih prava samo na situacije u kojima država ima *efektivnu kontrolu* nad područjem ili pojedincem.³¹

Možemo primijetiti da u slučaju elektroničkog praćenja izostaje element efektivne fizičke kontrole nad pojedincem jer je prostorni element elektroničkog praćenja u uvjetima koje osigurava moderna tehnologija zapravo i bespredmetan s obzirom na to da se praćenje izvršava bez obzira na lokaciju pojedinca, odnosno bez potrebe efektivne fizičke kontrole nad pojedincem kakva se zahtijeva za ekstrateritorijalnu primjenu međunarodnih instrumenata.³² Međutim ono na što se u kontekstu elektroničkog praćenja stavlja naglasak jesu upravo infrastrukture koje državama omogućuju elektronički nadzor.³³ Teško bi bilo osporiti tvrdnju da države nemaju efektivnu kontrolu nad infrastrukturama koje su same upogonile, a koje su platforme kršenja prava na privatnost *en masse*. Također, može se pretpostaviti da se pohrana i analiza tako sakupljenih podataka obavlja na području dotične države, što učvršćuje argument. Nadalje, određeni autori, upravo uzimajući u obzir posebnosti digitalnog doba, izjednačuju fizičku efektivnu kontrolu s *virtualnom* efektivnom kontrolom.³⁴

²⁶ *Al-Skeini*, §§ 133-137.

²⁷ *Lopez Burgos*, § 12.3. U predmetu se radilo o otmici, nečovječnom postupanju i mučenju državljana Urugvaja počinjenih od strane državnih agenata Urugvaja na području Argentine.

²⁸ *Al-Skeini*, §§ 133-137.

²⁹ *Lopez Burgos*, § 12.3.

³⁰ *Drozd i Janousek protiv Francuske i Španjolske*, presuda od 26. lipnja 1992., Serija A br. 240; *Izveštaj*, § 33.

³¹ Europski sud za ljudska prava, *Extra-territorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights, Factsheet*, veljača 2016., dostupno na: http://www.echr.coe.int/documents/fs_extra-territorial_jurisdiction_eng.pdf (pristup 3. prosinca 2016.); *Loizidou protiv Turske*, presuda od 23. ožujka 1995. (prethodni prigovori), Serija A br. 310, *Loizidou protiv Turske*, presuda od 18. prosinca 1996. (osnovanost).

³² Marko Milanović, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, 56 HARV. INT'L L. REV. 81 (2015), 120 [Milanović].

³³ *Izveštaj*, § 34.

³⁴ Peter Margulies, *The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism*, 82 Ford. L. Rev. 2137 (2014), str. 2150; Milanović, str. 129.

Bez ulaženja u analize takve vrste, određeni broj međunarodnih organizacija i tijela, kao što su UN,³⁵ Vijeće Europe³⁶ i Europski parlament,³⁷ stoji na stanovištu da elektronički nadzor (strane) komunikacije sa sobom povlači primjenu instrumenata za zaštitu ljudskih prava. Također, u određenom broju predmeta vođenih pred ESLJP-om i Odborom za ljudska prava tužene države nisu isticale prigovore nenadležnosti suda u predmetima s ekstrateritorijalnim elementom, prešutno dakle prihvaćajući primjenjivost EKLJP-a, odnosno MPGPP-a, i u takvim situacijama.³⁸

Može se dakle zaključiti da međunarodnopravni trend pokazuje u pravcu prihvaćanja ekstrateritorijalne primjene međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, i to u kontekstu masovnog praćenja elektroničkih komunikacija. Međutim stajalište nekih država o tom pitanju i dalje ostaje neizmijenjeno, posebice onih koje u najvećoj mjeri provode tu praksu. Tako je SAD pri izglasavanju Rezolucije Opće skupštine UN-a o pravu na privatnost u digitalno doba ponovio svoju opetovanu poziciju o ekstrateritorijalnoj neprimjenjivosti MPGPP-a.³⁹

2.2. Sadržaj prava na privatnost u digitalnom dobu

Digitalno doba u kojem se svijet nalazi, a koje se očituje u takoreći preseljenju našeg života u virtualnu realnost, gdje se napose komunikacija, a potom i ostale životne navike i radnje, sele na digitalne komunikacijske kanale i platforme, povlači za sobom i potrebu redefiniranja pravnih pojmova i odnosa u kontekstu prava na privatnost. Takva promjena životnih navika, izazvana napretkom i dostupnošću visoke tehnologije, prepoznata je i od UN-a, pa je Opća skupština u Rezoluciji o pravu na privatnost u digitalno doba navela kako

³⁵ UNGA, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/C.3/68/L.45/Rev.1, 20. studenog 2013.; UNGA, *Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/RES/68/167 od 21. siječnja 2014. [Rezolucija]. Radi se o rezoluciji koji su kao reakciju na otkrića Edwarda Snowdena u UN-u inicirale Njemačka i Brazil, a koja je bila prihvaćena bez glasovanja. Rezolucijom je pozvan i Odbor za prava čovjeka da sastavi izvještaj o zaštiti i promociji prava na privatnost u kontekstu domaćeg i ekstrateritorijalnog masovnog praćenja. Odbor je 30. lipnja 2014. izdao *Izvještaj Ureda Visokog povjerenika za ljudska prava* (A/HRC/27/37);

Odbor za prava čovjeka, *Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America*, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/4 od 23. travnja 2014.; Odbor za prava čovjeka, *Resolution on promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, UN Doc. A/HRC/32/L.20 od 1. srpnja 2016.; UNGA, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/C.3/71/L.39/Rev.1, 16. studenoga 2016.

³⁶ Vijeće Europe, *Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Europe od 21. travnja 2015. o masovnom nadzoru* (Rezolucija 2045 (2015)).

³⁷ Europski parlament, *Izvješće o postojanju globalnog sustava za presretanje privatne i komercijalne komunikacije (Sustav za presretanje ECHELON)* (2001/2098(INI)), 11. srpnja 2001., str 134; Europski parlament, *Rezolucija Europskog parlamenta od 29. listopada 2015. o daljnjem postupanju nakon usvajanja Rezolucije Europskog parlamenta o elektroničkom masovnom nadzoru građana EU-a 12. ožujka 2014.* (2015/2635(RSP)).

³⁸ Milanović, str. 125, bilješka 179, str. 127.

³⁹ United States Mission to the United Nations, *Explanation of Position for the Third Committee Resolution on the Right To Privacy in the Digital Age by Ambassador Elizabeth Cousens, U.S. Representative to the UN Economic and Social Council*, 26. studenoga 2013., dostupno na: <https://usun.state.gov/remarks/5888> (pristup 20. prosinca 2016.); Milanović, str. 85, bilj. 17; Deeks, str. 307, bilj. 49.

se sva ljudska prava koja su zajamčena *offline* moraju štititi i *online*, a posebice u kontekstu digitalnih komunikacija i masovnog elektroničkog praćenja.⁴⁰

Instrumenti za zaštitu ljudskih prava ne sadrže definiciju prava na privatnost, nego se u uređenju zaštite tog prava zadržavaju na zabrani arbitrarnog i nezakonitog upletanja u privatnost, obiteljski život, dom ili korespondenciju te jamče da svatko ima pravo na pravnu zaštitu protiv takva upletanja. EKLJP šire uređuje mogućnost pravnog ograničenja prava na privatnost, za koje navodi da mora biti potrebno u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javnog reda i mira ili gospodarske dobiti te zemlje te radi sprečavanja nereda i zločina, za zaštitu zdravlja i morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Američka konvencija o pravima čovjeka, osim arbitrarnog upletanja u uživanje prava na privatnost, zabranjuje i njegovo nasilno ometanje (*abusive interference*).⁴¹

Kako se pravo na privatnost zapravo definira putem zabrane njegova kršenja, mehanizmi za zaštitu ljudskih prava tražili su njegov sadržaj upravo kroz ispitivanja načina i mehanizama za kršenje.⁴² ESLJP je tako utvrdio da se sadržaj prava na privatnost odnosi i na komunikaciju e-poštom, videopozivima i internetskim *chatom*,⁴³ a u određenim slučajevima i na metapodatke. Naime sustavi za masovni nadzor često sakupljaju metapodatke (*metadata*),⁴⁴ koji predstavljaju podatke o komunikacijama (npr. podatke o datumu, lokaciju i brojeve, odnosno adrese osoba koje stupaju u kontakt, bez sadržaja same komunikacije),⁴⁵ ali ne i sam sadržaj komunikacije. ESLJP je stava da u određenim slučajevima prikupljanje metapodataka samo za sebe ne predstavlja kršenje prava na privatnost s obzirom na to da mjerenje tih podataka nije isto što i presretanje sadržaja tih podataka,⁴⁶ ali da daljnje dijeljenje i prosljeđivanje tih podataka može predstavljati kršenje prava na privatnost zajamčenog člankom 8. EKLJP-a.⁴⁷ Sličnog je stajališta i

⁴⁰ Rezolucija.

⁴¹ Organizacija američkih država, *Američka konvencija o pravima čovjeka, "Pakt iz San Josea", Kostarika*, od 22. studenog 1969., 1144 UNTS 123.

⁴² Ujedinjeni narodi, Posebni izvjestitelj za promicanje i zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u borbi protiv terorizma, *Četvrto godišnje izvješće podneseno Općoj skupštini*, UN Doc. A/69/397 od 23. rujna 2014.: "Prava je istina da uporaba tehnologije za masovni nadzor učinkovito i u potpunosti uklanja pravo na privatnost komunikacije na internetu."

⁴³ Milanović, str 134; *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda), br. 26839/05, ESLJP (2010) [*Kennedy*]; *Liberty i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda), br. No. 58243/00, ESLJP (2008) [*Liberty*].

⁴⁴ The Washington Post, *How the NSA's MUSCULAR program collects too much data from Yahoo and Google*, dostupno na: <http://apps.washingtonpost.com/g/page/world/how-the-nsas-muscular-program-collects-too-much-data-from-yahoo-and-google/543/> (pristup 20. prosinca 2016.); *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, od 26. listopada 2001., Section 215: *Access to records and other items under the Foreign Intelligence Surveillance Act*, dostupno na: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr3162enr/pdf/BILLS-107hr3162enr.pdf> (pristup 20. prosinca 2016.).

⁴⁵ *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 2. kolovoza 1984., serija A br. 82, [*Malone*] § 56; *Escher protiv Kolumbije*, presuda od 6. srpnja 2009., IASLJP (ser. C), br. 200 [*Escher*], § 114.

⁴⁶ *Malone*, § 84; *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda), br. 44787/98, ESLJP (2001), § 42.

⁴⁷ *Malone*, §§ 86-88.

Interamerički sud za ljudska prava, koji je utvrdio da su metapodaci, jednako kao i sadržaj komunikacije, zaštićeni aspekti prava na privatnost.⁴⁸

U tom je smislu bitno naglasiti da pohrana podataka i daljnje dijeljenje podataka prikupljenih tajnim nadzorom s trećom stranom mogu predstavljati zasebnu daljnju povredu prava na privatnost.⁴⁹

U kontekstu sustava za masovni nadzor ESLJP je pak naglasio kako i sama činjenica postojanja zakonodavnog okvira koji omogućuje tajni nadzor komunikacija povlači za sobom prijetnju koja predstavlja udarac na slobodu komunikacije korisnika telekomunikacijskih usluga te na taj način sama po sebi predstavlja upletanje u pravo na privatnost, bez obzira na postojanje stvarnih mjera koje su poduzete protiv pojedinca.⁵⁰ Da samo postojanje sustava za masovno praćenje predstavlja upletanje u pravo na privatnost, potvrdio je i Odbor za prava čovjeka.⁵¹

2.3. Ograničenja prava na privatnost u digitalnom dobu

Kada je u pitanju sraz ljudskih prava i zaštite nacionalne sigurnosti, doba u kojem živimo naziva se i *Post 9/11 era*, a označava razdoblje nakon napada na zgrade Svjetskog trgovinskog centra u New Yorku 11. rujna 2001. godine, ali i druge terorističke napade (napadi u Madridu 2004. godine i Londonu 2005. godine). Međunarodni odgovori na te napade, osim onih silom, sadržavali su i robusnu legislativnu djelatnost od strane međunarodnih organizacija: UN-a⁵² i EU-a,⁵³ kao i država koje su bile izravno pogođene napadima.⁵⁴ Svi ti odgovori pod zajedničkim su nazivnikom borbe protiv terorizma, odnosno zaštite nacionalne sigurnosti, nauštrb uživanja ljudskih prava, posebice prava na

⁴⁸ Escher, § 114.

⁴⁹ Weber, § 79.

⁵⁰ Milanović, str. 134; Weber, § 78; Malone, § 64.

⁵¹ Izvještaj, § 20.

⁵² Vijeće sigurnosti, *Resolution 1373 (2001)*, UN Doc. S/RES/1373 (2001) od 28. rujna 2001., Vijeće sigurnosti, *Report of the Policy Working Group on the United Nations and Terrorism*, UN Doc. A/57/273-S/2002/875; Report of the Secretary-General, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, *Strengthening international cooperation and technical assistance in promoting the implementation of the universal conventions and protocols related to terrorism within the framework of the activities of the United Nations Office on Drugs and Crime*, UN Doc. E/CN.15/2005/ od 13. svibnja 2005.

⁵³ Direktiva 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ (SL L 105, str. 54) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13, svezak 50, str. 30); vidi i *Presuda Suda (veliko vijeće) od 8. travnja 2014. (zahtjev za prethodnu odluku koji su uputili High Court of Ireland, Verfassungsgerichtshof – Irska, Austrija) – Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl i dr. (C-594/12) protiv Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and the Attorney General (Spojeni predmeti C-293/12 i C-594/12).*

⁵⁴ Stephen P. Marks, *International Law and the 'War on Terrorism': Post 9/11 Responses by the United States and Asia Pacific Countries*, 14 *Asia Pacific Law Review* 43 (2006). Određeni autori ističu kako je nakon napada 11. rujna 2001. godine pao „zid“ između dopustivosti korištenja obavještajnih podataka za potrebe nacionalne sigurnosti i ostale potrebe, a što se ogleda u slabljenju zaštite osobnih podataka, odnosno privatnosti, *Ira Rubenstein i dr.*, str. 114.

privatnost.⁵⁵ Upravo su pozivanjem na potrebu zaštite nacionalne sigurnosti opravdavani sustavi za masovni elektronički nadzor komunikacija.⁵⁶ I dok se državama ne može ograničavati pravo na izbor sredstva za osiguranje nacionalne sigurnosti⁵⁷ (jer je prije svega riječ o *domaine reserve*)⁵⁸ te im se u tom smislu osigurava određeno diskrecijsko pravo (*margin of appreciation*),⁵⁹ predmetni izbori država ipak mogu biti podložni ispitivanju od strane mehanizama za zaštitu ljudskih prava. Kao što je već naznačeno, Odbor za prava čovjeka i ESLJP povukli su široki zaključak da sustavi za masovno praćenje *per se* predstavljaju ograničenje prava na privatnost. Međutim upletanje u pravo na privatnost ne predstavlja samo po sebi kršenje tog prava. Naime pravo na privatnost nije apsolutno jer su, pod određenim uvjetima, upletanja od strane državnih vlasti dopuštena.

Na ovom je mjestu potrebno upozoriti na određene razlike koje u vezi s ograničenjem uživanja prava na privatnost postoje s obzirom na derogiranje uživanja prava zajamčenih instrumentima za zaštitu ljudskih prava temeljem derogacijske klauzule. Naime instrumenti za zaštitu ljudskih prava sadrže derogacijsku klauzulu,⁶⁰ koja omogućuje državama derogiranje obveze poštovanja prava koja su zajamčena predmetnim instrumentom. Derogacija mora biti vremenski privremena, sadržajno ograničena te mora poštovati propisani postupak notifikacije. Derogacijsku klauzulu moguće je koristiti samo u ratu i izvanrednim stanjima koja ugrožavaju opstanak naroda, a ona omogućuje ograničenje uživanja ljudskih prava, uz iznimku određenih prava (ovisno o instrumentu).⁶¹ Posljednji primjeri korištenja derogacijske klauzule s obzirom na EKLJP jesu derogacija Francuske Republike od 24. studenog 2015. godine.⁶² Klauzula je bila podignuta u kontekstu odgovora na jezive terorističke napade na Pariz 13. studenog 2015. godine. Francuska je aktivacijom i produljivanjem primjene Zakona o izvanrednom stanju (*Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*) derogirala obveze koje proistječu iz EKLJP-a kao odgovor na „terorističku prijetnju koja predstavlja neposrednu opasnost

⁵⁵ Odbor za prava čovjeka, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, UN Doc. E/CN4/2006/98, 28. prosinca 2005.

⁵⁶ Govor predsjednika Obame; The Guardian, *UK spy agencies need more powers, says Cameron*, 12. siječnja 2015., videozapis govora dostupan je na: <https://www.theguardian.com/uk-news/2015/jan/12/uk-spy-agencies-need-more-powers-says-cameron-paris-attacks> (pristup 20. prosinca 2016.); *Izvjestaj*, § 23.

⁵⁷ Szabó i Vissy protiv Mađarske (presuda), broj 37138/14, ESLJP (2016), [Szabó] § 73, 178.

⁵⁸ Povelja, čl. 2., § 7.

⁵⁹ Szabó, § 57.

⁶⁰ EKLJP, čl. 15.; MPGPP, čl. 4.

⁶¹ EKLJP tako zabranjuje derogaciju prava na život, osim u okolnostima zakonitih radnja u ratu; zabrane mučenja i nečovječnog postupanja ili kazne; zabrane ropstva te pravila „nema kazne bez zakona“; zabrane smrtno kazne u miru i u svim okolnostima te pravila da se nikom ne može suditi dva puta u istoj stvari. Slično, MPGPP zabranjuje derogaciju prava na život, prava na slobodu od mučenja i nečovječnog postupanja ili kazne te podvrgavanja medicinskom ili znanstvenom istraživanju; zabrane ropstva ili odnosa sličnog ropstvu; te načela *ne bis in idem*.

⁶² Vijeće Europe, *France informs Secretary General of Article 15 Derogation of the European Convention on Human Rights*, 25. studenog 2015., dostupno na: https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news/-/asset_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights (pristup 20. prosinca 2016. godine).

koja proizlazi iz ozbiljnih kršenja javnog reda te opravdava inicijalnu derogaciju izvanrednog stanja i njezino produljenje.“⁶³

Pravo na privatnost može biti obuhvaćeno i derogacijskom klauzulom. Međutim iz samih odredaba koje uređuju pravo na privatnost proizlazi da je njegovo ograničavanje moguće i izvan stanja izvanrednih okolnosti. Ograničavanje mora zadovoljavati zahtjeve zakonitosti i zabrane samovolje od strane države.⁶⁴ U nastavku rada razrađujemo uvjete koji moraju biti zadovoljeni da bi opravdali ograničenje uživanja prava na privatnost.

2.3.1. Ograničenje je u skladu sa zakonom

Kao što proizlazi iz teksta relevantnih instrumenata, svako ograničenje prava na privatnost mora biti utemeljeno na zakonu.⁶⁵ Djelovanje mehanizama za zaštitu prava čovjeka dalje je razradilo ovaj uvjet, i to u kontekstu sustava za nadzor, te se praksom navedenih tijela iskristaliziralo nekoliko zahtjeva koje domaći pravni okviri za ograničavanje uživanja prava na privatnost moraju zadovoljavati.⁶⁶ Iako programi za masovni nadzor mogu biti (i u najvećem broju slučajeva jesu) utemeljeni na domaćem zakonodavstvu, njihovo neslaganje s međunarodnim instrumentima za zaštitu prava čovjeka može ih učiniti nezakonitima u „očima“ tih zahtjeva, odnosno međunarodnog prava.⁶⁷ Istovremeno, kršenje zahtjeva postavljenih domaćim pravnim okvirom automatski čini ograničenje prava nezakonitim na taj način kršeći međunarodno pravo.⁶⁸

Zahtjevi za legalnost ograničenja prava na privatnost u kontekstu tajnog nadzora elektroničkih komunikacija mogu se sumirati kao sljedeći. Zakonski okvir koji omogućuje nadzor mora biti javno dostupan,⁶⁹ jasan i precizan⁷⁰ na način da svaki zainteresirani pojedinac može konzultirati zakonski okvir i utvrditi tko je u kojim okolnostima⁷¹ i na koji način (postupak)⁷² ovlašten poduzeti nadzor.⁷³ Preciznost zakonodavnog okvira očituje se i u specifikaciji kategorija osoba koje mogu biti stavljanje pod nadzor,⁷⁴ kao i duljine

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Donoso protiv Paname*, presuda od 27. siječnja 2009., IASLJP (ser. C) br. 193.

⁶⁵ UN Commission on Human Rights, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the ICCPR*, UN Doc. E/CN.4/1984/4, od 29. rujna 1984.

⁶⁶ *Izvještaj*, §§ 21-30.

⁶⁷ *Id.*, § 21.

⁶⁸ *Milanović*, str. 135; *Klass i drugi protiv Njemačke*, 6. rujna 1978., serija A br. 28, [*Klass*], § 43; *Weber*, § 90.

⁶⁹ *Liberty*, §§ 60-61, 63; *Shimovolos protiv Rusije* (presuda), br. 30194/09, ESLJP (2011), § 67 i dalje.

⁷⁰ *Escher*, § 130.

⁷¹ *Klass*, §§ 43, 46, 96; *Weber*, § 85.

⁷² *Escher*, § 131; *Klass*, § 51; *Weber*, § 115.

⁷³ *Izvještaj*, § 23; *Malone*, § 67; Odbor za prava čovjeka, *Komentar broj 903/1999 (Van Hulst protiv Nizozemske)*, UN Doc. CCPR/C/82/D/903/1999 od 15. studenog 2004., § 7.7.

⁷⁴ *Escher*, § 131.

nadzora⁷⁵ te daljnjeg čuvanja i raspolaganja sakupljenim podacima.⁷⁶ Navedeno je oblikovano kao *zahtjev predvidljivosti (foreseeability)*.⁷⁷

Oživotvorenje navedenih kriterija možemo promatrati na primjeru zakonodavnog okvira koji u Ujedinjenom Kraljevstvu uređuje, među ostalim, nadzor i presretanje komunikacija. Naime ESLJP je u dva navrata ispitivao navedeni zakonodavni okvir. U predmetu iz 2008. godine *Liberty i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* sud je ispitivao *The Interception of Communications Act 1985* u kontekstu povrede prava na privatnost te utvrdio kako predmetni zakon nije precizno uredio obujam i način na koji država izvršava upletanje u uživanje prava na privatnost, pri čemu ima široko diskrecijsko pravo. Navedeno je potrebno kako bi se osigurala primjerena zaštita protiv zlouporaba ovlasti. Sud je posebno naglasio kako zakonski akt nije izložio u formi dostupnoj javnosti ni natruhe postupka za pregled, dijeljenje, pohranjivanje i uništavanje presretnutog materijala. Iz tih je razloga sud utvrdio da upletanje u pravo na privatnost nije u skladu člankom 8. Konvencije.⁷⁸

U drugom navratu ESLJP je u predmetu *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ispitivao zakonski akt *RIPA 2000*,⁷⁹ donesen kako bi zamijenio *The Interception of Communications Act 1985* te na odgovarajući način zaštitio uživanje ljudskih prava u okolnostima napretka tehnologije.⁸⁰ Tada je Sud ispitivao navode podnositelja zahtjeva kako ni *RIPA 2000*, kao zakonodavni akt koji je stavio izvan snage *The Interception of Communications Act 1985*, ne zadovoljava zahtjeve koje je pred britanskog zakonodavca stavio ESLJP u predmetu.⁸¹

Međutim sud nije udovoljio zahtjevu podnositelja te je utvrdio kako *RIPA 2000* zadovoljava zahtjev predvidljivosti te se stoga ograničenja prava privatnosti koja akt omogućuje mogu smatrati zakonitima. Sud je u prilog svojeg zaključka naveo sljedeće karakteristike *RIPA 2000*:

- akt je javno dostupan dokument objavljen na internetu⁸²
- iako akt ne navodi izrijekom kaznena djela za koja je moguće provesti nadzor, navodi prirodu tih djela⁸³

⁷⁵ *Klass*, § 52; *Weber*, § 98.

⁷⁶ *Kruslin protiv Francuske* i *Huvig protiv Francuske*, 24. travnja 1990., serija A nos 176 A i 176 B, §. 34; *Amann protiv Švicarske* (presuda) br. 27798/95, ESLJP (2000-II), § 76.

⁷⁷ Sud je posebno naglasio kako „predvidljivost u posebnom kontekstu tajnih obavještajnih mjera ne može značiti da pojedincu treba biti omogućeno predvidjeti kada će vlasti presretati njegovu komunikaciju kako bi se on mogao prilagoditi toj činjenici (*Malone*, § 67); *Rotaru protiv Rumunjske* (presuda), br. 28341/95, ESLJP 2001. [*Rotaru*], § 52.

⁷⁸ *Liberty*, § 69.

⁷⁹ *RIPA 2000, Introductory Text*.

⁸⁰ *RIPA 2000, Explanatory note*, čl. 8.

⁸¹ *Kennedy*, §§ 135, 150: Podnositelj zahtjeva nije osporavao činjenicu da sustav nadzora koji omogućuje *RIPA 2000* ima za legitiman cilj zaštitu nacionalne sigurnosti, prevenciju zločina i gospodarsku dobrobit zemlje.

⁸² *Kennedy*, § 157.

⁸³ *Id.*, § 159.

- akt ne dopušta nasumično (*indiscriminate*) masovno presretanje,⁸⁴ pa je u tom kontekstu prihvatljivo što akt ne navodi kategorije osoba nad kojima je moguće provoditi nadzor, a posebice jer se radi o presretanju domaćih komunikacija unutar Ujedinjenog Kraljevstva⁸⁵
- akt jasno propisuje maksimalno vrijeme trajanja naloga koji omogućuje praćenje i uvjete za njegovo produljenje (iako se nalog može neograničeno produljiti)⁸⁶
- akt ograničava diskrecijsko pravo nadležnih vlasti u presretanju komunikacije na način da ga omogućuje samo s obzirom na određenu osobu i određeni set okolnosti, a prikupljeni podaci mogu biti dostupni samo određenom krugu osoba s odgovarajućom sigurnosnom provjerom,⁸⁷ dok se prikupljeni podaci koji nisu nužni za svrhu presretanja moraju uništiti⁸⁸
- akt je uspostavio tijelo ovlašteno za nadzor djelovanja sustava nadzora i presretanja komunikacija uspostavljenog samim aktom,⁸⁹ koji je neovisan o izvršnoj i zakonodavnoj vlasti, a radi se o osobi koja drži ili je držala visoku sudačku poziciju, te izvješće o funkcioniranju sustava za nadzor predaje premijeru.⁹⁰

Sva ta svojstva zakonodavnog okvira (*RIPA 2000*) sud je smatrao dovoljnim jamstvima protiv zlorabe ograničenja prava na privatnost te u skladu s člankom 8. stavkom 2. EKLJP-a.

2.3.2. Ograničenje je nužno i proporcionalno legitimnom cilju

Zahtjevi nužnosti i proporcionalnosti svojevrsni su međunarodnopravni standardi primjenjivi pri poduzimanju međunarodnopravnih radnja s posljedicama po druge međunarodne subjekte ili s obzirom na pojedince.⁹¹ U kontekstu ograničenja prava na privatnost ta dva načela očituju se u zahtjevu da ograničenje prava mora biti minimalno, odnosno u onoj mjeri koja nema za učinak njegovo potpuno onemogućivanje,⁹² a na način da se za ograničavanje prava koristi najmanje intruzivno sredstvo.⁹³

Da bi se utvrdilo krši li određena mjera pravo na privatnost, potrebno je provesti ispitivanje ravnoteže mjere i legitimnog cilja, odnosno potrebno je preispitati nužnost i prirodu mjere (kojom se namjerava postići legitiman cilj) s obzirom na ozbiljnost

⁸⁴ *Id.*, § 160.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*, § 161.

⁸⁷ *Id.*, § 163.

⁸⁸ *Id.*, § 162.

⁸⁹ *Id.*, § 166.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*, §§ 135, 136.

⁹² *Izvještaj*, § 25, bilj. 16.

⁹³ *Id.*, §§ 23, 25, 27.

upletanja u pravo na privatnost.⁹⁴ Samo upletanje ne smije osujetiti bit samog prava te ono ne smije postati pravilo, nego ostati iznimka; ta ravnoteža ne smije se poremetiti.⁹⁵

Kod masovnog nadzora podataka upozorava se na *a priori* nepoštovanje načela proporcionalnosti i nužnosti s obzirom na to da se radi o nadzoru i sakupljanju *en masse*, koji zatiru svaki obzir prema navedenim načelima, omogućujući državi da nadzire i pohranjuje svaki akt komunikacije bez dobivanja odobrenja za pojedini slučaj nadzora.⁹⁶ Ta metoda obavještajne djelatnosti može se usporediti s traženjem igle (relevantne informacije) u plastu sijena (kibernetском prostoru u kojem se virtualna komunikacija odvija), pri čemu nije izvjesno da igla postoji i da se nalazi u plastu. Mjere koje se pri tome poduzimaju, umjesto da ciljaju iglu, obuhvaćaju cijeli plast.⁹⁷ Kako bi makar nominalno bile u skladu s načelom proporcionalnosti, države pribjegavaju svojevrsnoj *a posteriori* primjeni načela, koja se ogleda u nametanju ograničenja pristupa tako sakupljenim podacima (umjesto ograničenja pri samom prikupljanju podataka),⁹⁸ bilo u obliku ograničenja osoba koje im mogu pristupiti bilo u obliku metode analize tih podataka.⁹⁹

Legitiman cilj treći je kumulativni element tog zahtjeva. ESLJP je dao tumačenje da Konvencija može „tolerirati“ tajni nadzor u onoj mjeri u kojoj je on nužan za očuvanje demokratskih institucija.¹⁰⁰ Također, sud je naglasio kako države imaju određeno diskrecijsko pravo pri određivanju jesu li upletanja „potrebna u demokratskom društvu“ u ostvarivanju legitimnog cilja zaštite nacionalne sigurnosti, kao i u ocjeni proporcionalnosti upletanja u uživanje prava.¹⁰¹ U predmetu *Weber* ESLJP je tako odbio zahtjev podnositelja koji je tvrdio da strateško nadziranje u obliku snimanja telekomunikacija, kao i korištenje osobnih podataka te njihovo daljnje dijeljenje, predstavlja kršenje članka 8. EKLJP-a, s argumentom da njemački zakonodavni okvir pruža primjerena i učinkovita jamstva protiv zlorabe predmetnog sustava za nadzor, a da je upletanje u tajnost komunikacija potrebno u demokratskom društvu u interesu zaštite nacionalne sigurnosti i sprečavanja kaznenih djela.¹⁰²

⁹⁴ *Leander protiv Švedske*, 26. ožujka 1987., serija A br. 116 [*Leander*], § 57.

⁹⁵ Odbor za prava čovjeka, *General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1./Add. 9 od 2. studenog 1999., §§ 11-16; *Klass*, § 42.

⁹⁶ Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, UN Doc. A/HRC/23/40 od 17. travnja 2013., § 62; „Takav masovni, neselektivni nadzor inherentno je nerazmjern i predstavlja neopravdano miješanje u prava zajamčena člancima 7. i 8. Povelje.“ (CJEU, C-362/14, *Maximilian Schrems protiv povjerenika za zaštitu podataka*, Mišljenje nezavisnog odvjetnika, 23. rujna 2015.)

⁹⁷ *Izvještaj*, § 25.

⁹⁸ *Id.*, § 27.

⁹⁹ Foreign Intelligence Surveillance Court, AMENDED MEMORANDUM OPINION, Docket Number: BR 13-109 od 29. kolovoza 2013., str. 5.

¹⁰⁰ *Rotaru*, § 47.

¹⁰¹ *Kennedy*, § 166.

¹⁰² *Weber i Saravia protiv Njemačke* (odluka), br. 54934/00 ESLJP (2006), [*Weber*]§ 80.

2.3.3. Postojanje pravnih jamstava i odgovarajuće pravne zaštite od ograničenja prava na privatnost

Zahtjev pravnih jamstava i pravne zaštite od upletanja u uživanje prava na privatnost sadržan je u samim odredbama instrumenata za zaštitu ljudskih prava koje se odnose na pravo na privatnost.¹⁰³ EKLJP jamči pravo na djelotvoran pravni lijek u zasebnoj odredbi, koja je primjenjiva na sva prava i slobode priznate Konvencijom, pa se stoga ono tretira kao zasebno pravo, odnosno moguća zasebna povreda Konvencije.¹⁰⁴

Posebnost obavještajnog nadzora jest to što je on u pravilu tajan. Štoviše, njegova učinkovitost i uspješnost ovisi o razini njegove tajnosti. Čak i u novonastalim okolnostima, u kojima je globalnoj javnosti sve jasnije da se vlade država koriste masovnim nadzorom svojih (ali i stranih) građana, pojedinac ne može sa sigurnošću znati da je upravo on meta nadzora. U ranijim je odlukama Europska komisija za ljudska prava bila utvrdila kako postojanje sustava nadzora može utjecati na pravo na privatnost, ali da tvrdnja, odnosno zahtjev za utvrđivanjem kršenja prava na privatnost, može biti opravdana samo kada postoji razumna vjerojatnost (*reasonable likelihood*)¹⁰⁵ da je osoba zaista subjekt nezakonitog nadzora. Taj je standard bio ustanovljen pri odlučivanju o dopustivosti zahtjeva s obzirom na to da se Komisija, odnosno ESLJP, ne upušta u odlučivanje *in abstracto*.¹⁰⁶ Međutim nakon presude u predmetu *Klass* praksa ESLJP-a kretala se na dva paralelna kolosijeka u tumačenju standarda razumne vjerojatnosti,¹⁰⁷ a 2010. godine u predmetu *Kennedy* ESLJP je preuzeo drugi standard te je utvrdio kako pristup sudu treba biti omogućen svim osobama koje su „potencijalno pogođene“ mjerama tajnog nadzora.¹⁰⁸ Nedavno je u predmetu *Zakharov* ESLJP, „imajući na umu specifične karakteristike mjera za tajni nadzor te važnosti osiguranja učinkovite kontrole i nadzora nad istima“,¹⁰⁹ zauzeo stajalište kako pojedincu treba dopustiti pristup sudu kada tvrdi da je žrtva kršenja prava zajamčenog člankom 8. Konvencije temeljem samog postojanja mjera za tajni nadzor pod dva uvjeta.¹¹⁰ Prvi uzima u obzir opseg zakonodavnog okvira koji omogućuje tajni nadzor te propituje može li predmetni pojedinac istim biti obuhvaćen na temelju same činjenice da pripada grupi pojedinaca koji su „meta“ takva zakonodavnog okvira ili se radi o tome da su pogođeni svi korisnici određenog komunikacijskog servisa. Drugi uvjet uzima u obzir dostupnost djelotvorne zaštite (*effective remedies*) na nacionalnoj razini, pri čemu potpuni izostanak iste može osigurati pristup sudu pojedincu čak i onda kada je mogućnost da je on sam meta tajnog nadzora niska. U tom slučaju pojedinac i ne treba

¹⁰³ *Opća deklaracija o ljudskim pravima*, čl. 12.; *MPGPP*, čl. 17., § 2; *Američka konvencija o pravima čovjeka*, čl. 11., § 3; *Arapska povelja o ljudskim pravima*, čl. 21., § 2.

¹⁰⁴ Čl. 13. EKLJP-a, Pravo na djelotvoran pravni lijek: „Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđeni ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom, čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.“

¹⁰⁵ *Esbester protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 18601/91 (1993).

¹⁰⁶ *Klass*, § 33; *N.C. protiv Italije* (presuda), broj 24952/94 ESLJP (2002-X), § 56; *Krone Verlag GmbH & Co. KG protiv Austrije* (br. 4), broj 72331/01 ESLJP (2002-X), § 26.

¹⁰⁷ *Zakharov*, str. 39, §§ 166-168.

¹⁰⁸ *Kennedy*, § 120, citira § 35 presude *Klass*.

¹⁰⁹ *Zakharov*, str. 38, § 165.

¹¹⁰ *Id.*, str. 41, § 171.

dokazivati postojanje rizika da je meta tajnog nadzora. S druge strane, kada dostupna učinkovita zaštita na nacionalnoj razini postoji, u obzir se uzima vjerojatnost da se mjere tajnog nadzora poduzimaju protiv predmetnog pojedinca podnositelja zahtjeva.¹¹¹ Dakle razvidno je da je ESLJP tokom godina „olabavio“ uvjete pristupanja sudu kada se radi o zahtjevima za utvrđenje povrede prava u kontekstu tajnih nadzora.

Kako proizlazi iz odredaba instrumenata za zaštitu ljudskih prava koje uređuju pravo na privatnost, učinkovit pravni lijek ne mora nužno biti u obliku sudskog postupka. Djelotvoran pravni lijek mogu pružiti kako sudska tako i upravna te izvršna domaća nadležna tijela.¹¹² U tom smislu, posebno vezano uz učinkovit pravni lijek u slučaju tajnog nadzora, ESLJP je naglasio kako nepristrano nadzorno tijelo može biti dostatno u kontekstu pružanja djelotvornog pravnog lijeka sve dok su mjere tajne. Tek kada se mjere razotkriju pravna sredstva moraju biti dostupna pojedincu.¹¹³

3. POSEBNO O SIGURNOSNO-OBAVJEŠTAJNOM SUSTAVU U REPUBLICI HRVATSKOJ I USKLAĐENOSTI ZAKONSKOG OKVIRA SA ZAHTJEVIMA ESLJP-A

Republika je Hrvatska država stranka Europske konvencije o ljudskim pravima, čiji je mehanizam za zaštitu i utvrđivanje povrede Konvencije u odnosu na države članice ESLJP-a. Hrvatski zakonski okvir za obavljanje tajnog nadzora elektroničkih komunikacija nije do sada bio predmetom ispitivanja od strane ESLJP-a,¹¹⁴ stoga ćemo u sljedećim odlomcima pokušati dati analizu hrvatskog zakonskog okvira u svjetlu zahtjeva za legalnost ograničenja prava na privatnost koje je u relevantnim presudama postavio ESLJP.

3.1. Zakonski okvir obavještajnog djelovanja u Republici Hrvatskoj

Opći zakonski okvir obavještajnog djelovanja u Republici Hrvatskoj zadan je Zakonom o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske.¹¹⁵ Njime su osnovane sigurnosno-obavještajne agencije:¹¹⁶ Sigurnosno-obavještajna agencija [SOA] i Vojna sigurnosno-obavještajna agencija [VSOA].

Opći zakonski okvir određuje da SOA može prema građanima primjenjivati mjere tajnog prikupljanja podataka kojima se privremeno ograničavaju neka ustavna ljudska prava i temeljne slobode ako se podaci ne mogu prikupiti na drugi način. Mjere tajnog prikupljanja podataka kod tajnog nadzora telekomunikacijskih usluga, djelatnosti i

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Izvjestaj*, § 13.

¹¹³ *Segerstedt-Wiberg i drugi protiv Švedske* (presuda), broj 62332/00 ESLJP (2006), § 117.

¹¹⁴ Predmeti *Dragojević protiv Hrvatske* (zahtjev broj 68955/11) i *Bašić protiv Hrvatske* (zahtjev broj 22251/13), u kojima je ESLJP utvrdio postojanje povrede članka 8. EKLJP-a, ticali su se ograničenja prava na privatnost u kontekstu kaznenog postupka, a ne u obavještajnom kontekstu.

¹¹⁵ Zakon o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske [ZSOS] (NN 79/06, 105/06).

¹¹⁶ *Id.*, čl. 1.

prometa jesu: a) tajni nadzor sadržaja komunikacija, b) tajni nadzor podataka o telekomunikacijskom prometu, c) tajni nadzor lokacije korisnika, d) tajni nadzor međunarodnih telekomunikacijskih veza.¹¹⁷

Posebni zakonski okvir s obzirom na nadzor elektroničkih komunikacija čine odgovarajući komplementarni zakonski i podzakonski akti: Zakon o elektroničkim komunikacijama¹¹⁸ i Uredba o obvezama iz područja nacionalne sigurnosti Republike Hrvatske za pravne i fizičke osobe u telekomunikacijama,¹¹⁹ koji dalje razrađuju odredbe članka 18., 19. i 33. ZSOS-a, koji se odnose na mjere tajnog prikupljanja podataka.

Svi navedeni akti javno su objavljeni i dostupni javnosti, odnosno zainteresiranom pojedincu. Osnovni je to element zahtjeva predvidljivosti koji ESLJP postavlja.¹²⁰ U njima je također navedeno u kojim se okolnostima može obavljati tajni nadzor komunikacija (ako se podaci ne mogu prikupiti na drugi način), iz čega proizlazi da je tajni nadzor komunikacija posljednje sredstvo kojemu treba pribjegavati u obavljanju obavještajne djelatnosti. Time se već u samoj zakonskoj odredbi nameće poštivanje načela proporcionalnosti, načela koje je ključno u ocjeni zakonitosti ograničenja prava na privatnost.¹²¹ U tom smislu bitna je i odredba članka 36. stavka 4. ZSOS-a, iz koje jasno proizlazi da se mjera tajnog praćenja može poduzeti samo prema pojedinoj fizičkoj ili pravnoj osobi, što ide u prilog poštovanju načela proporcionalnosti, s obzirom na to da se takav tajni nadzor ne obavlja ni arbitrarno ni nasumično.¹²²

3.1.1. Postupak određivanja mjera tajnog praćenja

Vežano uz sam postupak određivanja mjera tajnog praćenja, ZSOS sadrži niz odredaba kojima se postupak uređuje, počevši od zahtjeva pisanog obrazloženja prijedloga za nalaganje mjera tajnog praćenja, koji podnosi ravnatelj SOA-e ili VSOA-e. Sam nalog izdaje ovlašteni sudac Vrhovnog suda u formi pisanog obrazloženog naloga, a nalog (kao i prijedlog) mora sadržavati oznaku mjere koja će se primjenjivati, oznaku fizičke ili pravne osobe prema kojoj će se mjera primjenjivati, obrazloženje razloga zbog kojih se mjera provodi i potrebe njezina poduzimanja i rok trajanja mjere. Ako se predlaže i dopušta poduzimanje više mjera, moraju biti navedeni podaci za svaku mjeru.¹²³ Iz navedenog proizlazi da je za nalaganje mjera za tajno praćenje nadležna sudska, a ne izvršna vlast.

¹¹⁷ ZSOS, čl. 33.

¹¹⁸ Zakon o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14), čl. 108.: *Tajni nadzor elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga*, čl. 109.: *Obveza zadržavanja podataka*, čl. 110.: *Vrste zadržanih podataka*.

¹¹⁹ Uredba o obvezama iz područja nacionalne sigurnosti Republike Hrvatske za pravne i fizičke osobe u telekomunikacijama (NN 64/2008).

¹²⁰ *Liberty*, §§ 60-61, 63; *Shimovolos protiv Rusije* (presuda), br. 30194/09, ESLJP 2011, §§ 67 i dalje.

¹²¹ Vidi *supra* 2.3. iii.

¹²² *Kennedy*, § 160, *Szabó*, §§ 66, 67.

¹²³ *Id.*, čl. 36., § 4.

Stavljanje odobravanja mjera tajnog praćenja isključivo u ruke izvršne vlasti kao jedan od elemenata kršenja članka 8. EKLJP-a naveo je ESLJP u presudi u predmetu *Szabó*.¹²⁴

Nadalje, člankom 37. ZSOS-a uređeno je maksimalno trajanje mjera (4 mjeseca), kao i postupak za eventualno produljenje ili primjenu novih mjera nad istom osobom. U tom slučaju zakon nalaže stroži postupak odobravanja, u kojem sudjeluje vijeće od tri ovlaštena suca Vrhovnog suda, koje je ovlašteno zatražiti dodatna mišljenja i obrazloženja ne samo od predlagatelja nego i od Vijeća za nacionalnu sigurnost (stavak 3.).¹²⁵ Vežano uz samo postupanje sa sakupljenim podacima, ZSOS sadrži niz odredaba koje jamče da podacima rukuju djelatnici agencija koji imaju odgovarajući stupanj sigurnosne provjere te koji su dužni saznanja o primjeni mjera tajnog prikupljanja podataka čuvati kao tajnu.¹²⁶ Nadalje, dokumenti o podacima koji se ne odnose na svrhu radi koje su prikupljeni, kao i podaci, dokumenti i informacije koji su prikupljeni na nezakonit način, uništavaju se u roku od 30 dana.¹²⁷ Navedene odlike postupanja s podacima prikupljenima tajnim nadzorom u skladu su s traženjima ESLJP-a u predmetu *Kennedy*.¹²⁸

3.1.2. Pravna jamstva i nadzor nad ograničavanjem prava na privatnost

ZSOS također sadrži velik broj pravnih jamstava i odredaba o pravnoj zaštiti u ograničavanju prava na privatnost prilikom korištenja mjera tajnog nadzora. Tako su sigurnosno-obavještajne agencije dužne na zahtjev građanina u roku od 15 dana obavijestiti ga pisanim putem jesu li prema njemu poduzimane mjere tajnog prikupljanja podataka te vode li se evidencije o njegovim osobnim podacima te na njegov zahtjev staviti mu na uvid dokumente o prikupljenim podacima.¹²⁹ U ovome kontekstu potrebno je posebno naglasiti da ESLJP ne traži da država objavi odluku o stavljanju pod mjere u slučaju kada je ta mjera poduzeta unutar zakonitog programa domaćeg nadzora niti traži da država naknadno i posebno obavijesti osobu o činjenici da je se tajno prati.¹³⁰ Stoga možemo kazati da to pravno jamstvo koje zakon omogućuje nadilazi obveze koje RH kao država stranka EKLJP-a ima u tom pogledu.

Vežano uz nadzor rada sigurnosno-obavještajnih agencija, članak 103. Zakona propisuje tijela za nadzor, a to je Hrvatski sabor, koji nadzor obavlja neposredno ili putem Ureda Vijeća za nacionalnu sigurnost i Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija.¹³¹ Odbor Hrvatskoga sabora nadležan za nacionalnu sigurnost¹³² ovlašten je obavljati nadzor nad tijelima sigurnosno-obavještajnog sustava u skladu sa zakonom osobito što se tiče zaštite Ustavom Republike Hrvatske utvrđenih ljudskih prava i

¹²⁴ *Szabó*, § 62, 65.

¹²⁵ Odgovara zahtjevu koji je postavio ESLJP u predmetu *Kennedy*, § 161.

¹²⁶ ZSOS, čl. 35. i čl. 39.; odgovara zahtjevu koji je postavio ESLJP u predmetu *Kennedy*, § 162.

¹²⁷ ZSOS, čl. 41.; odgovara zahtjevu koji je postavio ESLJP u predmetu *Kennedy*, § 163.

¹²⁸ *Kennedy*, §§ 161-163.

¹²⁹ ZSOS, čl. 40.

¹³⁰ *Klass*, § 58.

¹³¹ ZSOS, čl. 104.

¹³² Poslovnik Hrvatskoga sabora (NN, 81/13), čl. 69: *Odbor za unutarnju politiku i nacionalnu sigurnost*.

temeljnih sloboda. U provedbi nadzora Odbor može zatražiti, među ostalim, izvješća o provođenju mjera tajnog prikupljanja podataka ili o provođenju mjera tajnog prikupljanja podataka prema određenim osobama.¹³³ Također, Odbor je ovlašten razmatrati izvješće pučkog pravobranitelja o zaštiti ustavnih i zakonskih prava građana u postupcima koje poduzimaju sigurnosno-obavještajne agencije.¹³⁴

Nadalje, zakonom je osnovano Vijeće za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija u cilju ostvarivanja građanskog, odnosno neovisnog nadzora nad radom sigurnosnih službi.¹³⁵ U vezi s navedenim potrebno je istaknuti kako je „RH međunarodno prepoznata s inovativnim modelom građanskog nadzora nad dijelom sigurnosno-obavještajnog sustava kroz rad Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija. Rad ovoga Vijeća pokazao se uspješnim, te je u slučajevima u kojima je Vijeće donijelo zaključak bilo o nezakonitosti rada agencija, bilo o povredama ljudskih prava građana, uvijek došlo do unaprjeđenja rada čitavog sustava.“¹³⁶ Vijeće je ovlašteno zaprimati predstavke građana/građanki, državnih tijela i pravnih osoba,¹³⁷ a radi provjere tvrdnji iznesenih u predstavci članovi Vijeća odlaze u nadzor agencija kako bi obavili neposredan uvid u službene zbirke podataka te u ostale relevantne činjenice.¹³⁸ Ako se utvrde nezakonitosti u postupanju agencija, predsjednik Vijeća o tome izvješćuje Predsjednika Republike Hrvatske, predsjednika Hrvatskoga sabora, predsjednika Vlade Republike Hrvatske, Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske i predsjednika Odbora za unutarnju politiku i nacionalnu sigurnost.¹³⁹

ESLJP je u predmetima koji su se ticali tajnog nadzora i obavještajnog djelovanja države naveo zahtjev da mjere tajnog nadzora moraju biti podvrgnute neovisnom nadzoru kako bi bile u suglasnosti s EKLJP-om. Pri tome ESLJP ne zahtijeva da je taj nadzor nužno sudski u svim okolnostima,¹⁴⁰ iako daje prednost toj vrsti nadzora smatrajući sudstvo najboljim jamcem neovisnosti, nepristranosti i poštovanja postupovnih zahtjeva.¹⁴¹ Iako nadzor rada sigurnosno-obavještajnih agencija u Hrvatskoj nije povjeren sudskoj vlasti, ona ipak djeluje kao pravni jamac i osigurava poštovanje postupovnih zahtjeva pri nalaganju mjera tajnog praćenja.¹⁴² Nadalje, Hrvatski sabor kao tijelo koje obavlja nadzor rada sigurnosno-obavještajnih agencija u Hrvatskoj institucionalno je odvojeno tijelo i nezavisno od

¹³³ ZSOS, čl. 104.

¹³⁴ *Id.*, čl. 105.

¹³⁵ Zakonom o sigurnosnim službama RH od 28. ožujka 2002. propisano je osnivanje novog tijela - Vijeća za nadzor sigurnosnih službi, a Odlukom o Vijeću za nadzor sigurnosnih službi od 7. svibnja 2003. uređena su pitanja bitna za rad Vijeća koja nisu uređena Zakonom. Zakonom o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske od 17. svibnja 2006. izmijenjen je naziv Vijeća u Vijeće za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija.

¹³⁶ Centar za mirovne studije, Gordan Bosanac, *Unaprjeđenje transparentnosti sigurnosno-obavještajnog sustava u RH*, str. 10, dostupno na http://www.cms.hr/system/publication/pdf/32/Policy_brief_SOA_final.pdf (pristup 7. travnja 2017.).

¹³⁷ Poslovnik o radu Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija, 2012, čl. 21.

¹³⁸ *Id.*, čl. 22.

¹³⁹ *Id.*, čl. 25.

¹⁴⁰ *Klass*, § 56.

¹⁴¹ *Rotaru*, § 59.

¹⁴² ZSOS, čl. 36., § 4.

sigurnosno-obavještajnih agencija nad kojima obavlja nadzor. Upravo su to zahtjevi koje je ESLJP stavio pred nesudski sustav nadzora rada obavještajnih tijela u Njemačkoj u predmetu *Klass*.¹⁴³ Daljnji zahtjev koji je sud stavio jest da su takvu tijelu osigurane dostatne ovlasti kako bi moglo izvršavati učinkovit i kontinuirani nadzor.¹⁴⁴ Iz gore navedenih odredaba zakona jasno je da je Hrvatskom saboru, odnosno Vijeću za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija, dan velik broj ovlasti, uključujući i ovlast neposrednog nadzora i neposrednog uvida u službene zbirke podataka,¹⁴⁵ premda samo Vijeće opetovano traži da mu se osigura i „ovlast za obavljanje nadzora nad radom Operativno-tehničkog centra“ kako bi Vijeće moglo u „potpunosti odgovoriti zahtjevima koji se pred njega postavljaju“.¹⁴⁶

3.1.3. Usporedni prikaz usklađenosti hrvatskog pravnog okvira sa zahtjevima ESLJP-a

ESLJP je u posljednje dvije godine donio dvije odluke u kojima je utvrdio povrede članka 8. EKLJP-a. Riječ je o predmetima *Roman Zakharov protiv Rusije*¹⁴⁷ i *Szabó i Vissy protiv Mađarske*.¹⁴⁸ Pred sudom je u ovom trenutku pet zahtjeva za odlučivanje o postojanju kršenja članka 8. EKLJP-a u kontekstu tajnog nadzora.¹⁴⁹ U nastavku dajemo prikaz nedostataka ruskog, odnosno mađarskog pravnog okvira koje je ESLJP našao u nesuglasju sa zahtjevima Konvencije usporedno s prikazom odredaba hrvatskog zakonskog okvira kojima se upravo osiguravaju pravna jamstva koja traži ESLJP.

Roman Zakharov protiv Rusije ¹⁵⁰	Szabó i Vissy protiv Mađarske ¹⁵¹	Pravni okvir sigurnosno-obavještajnog sustava Republike Hrvatske
Pravni okvir osigurava obavještajnim, policijskim i drugim vlastima izravan pristup mobilnoj komunikaciji i povezanim podacima, bez	Nalaganje tajnih mjera u potpunosti je u nadležnosti izvršne vlasti. ¹⁵³	Nalog za tajno praćenje izdaje ovlaštenu sudac Vrhovnog suda u formi pisanog obrazloženog naloga, a nalog (kao i prijedlog) mora sadržavati oznaku mjere koja će se primjenjivati, oznaku fizičke ili pravne osobe prema kojoj će se

¹⁴³ *Klass*, § 56.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ Poslovník o radu Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija, 2012, čl. 22.

¹⁴⁶ Izvješće Vijeća za 2011. godinu, dostupno na: <http://www.sabor.hr/izvjesca> (pristup 7. travnja 2017.).

¹⁴⁷ *Roman Zakharov protiv Rusije* (presuda), broj 47143/06, ESLJP 2015 [*Zakharov*].

¹⁴⁸ *Szabó i Vissy protiv Mađarske* (presuda), broj 37138/14, ESLJP 2016 [*Szabó*].

¹⁴⁹ *Centrum För Rättvisa protiv Švedske*, (zahtjev broj 35252/08); *Tretter i drugi protiv Austrije* (zahtjev broj 3599/10); *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev broj 62322/14); *Human Rights Organisations and Others protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev broj 24960/15).

¹⁵⁰ U predmetu se radilo o sustavu tajnog nadzora mobilnih komunikacija te posebno o činjenici da su ruski teleoperateri bili obvezni instalirati uređaje i opremu koje su vlastima omogućavale direktan i neometan pristup komunikacijama korisnika, uz slaba ili gotovo nepostojeća pravna jamstva.

¹⁵¹ Predmet je razmatrao u to vrijeme novi mađarski zakonodavni okvir za protuterorističko obavještajno djelovanje u povodu zahtjeva koji je naveo da je okvir pogodan za zlouporabu i kršenje ljudskih prava, prvenstveno iz razloga što nedostaje bilo kakav oblik sudske kontrole.

¹⁵³ *Szabó*, § 89.

potrebe dobivanja odobrenja od nadležne vlasti. ¹⁵²		mjera primjenjivati, obrazloženje razloga zbog kojih se mjera provodi i potrebe njezina poduzimanja te rok trajanja mjere. Ako se predlaže i dopušta poduzimanje više mjera, podaci za svaku mjeru moraju biti navedeni. ¹⁵⁴
Okolnosti u kojima je moguće poduzeti mjere tajnog nadzora nisu jasno navedene. ¹⁵⁵	Ne postoji test nužnosti temeljem kojeg se tajne mjere nalažu. ¹⁵⁶	Mjere tajnog prikupljanja podataka kojima se privremeno ograničavaju neka ustavna ljudska prava i temeljne slobode jesu <i>posljednje sredstvo</i> i mogu se koristiti samo ako se podaci ne mogu prikupiti na drugi način. ¹⁵⁷
	Zakonski okvir dopušta da gotovo bilo koja osoba (<i>virtually any person in Hungary</i>) bude podvrgnuta tajnom nadzoru, pa čak i osobe koje nisu predmet tajnih mjera. ¹⁵⁸	Nalog za poduzimanje mjere mora sadržavati, među ostalim, oznaku fizičke ili pravne osobe prema kojoj će se mjera primjenjivati. ¹⁵⁹ Dokumenti o podacima koji se ne odnose na svrhu radi koje su prikupljeni uništavaju se u roku od 30 dana. ¹⁶⁰
Najdulje trajanje mjera nije dostatno regulirano zbog nedostatka odredaba koje uređuju okolnosti prestanka mjere. ¹⁶¹		Maksimalno trajanje mjera iznosi četiri mjeseca, a postupak za produljenje ili primjene novih mjera nad istom osobom stroži je te u njemu sudjeluje vijeće od tri ovlaštena suca Vrhovnog suda, koje je ovlašteno zatražiti dodatna mišljenja i obrazloženja, uključujući i od Vijeća za nacionalnu sigurnost. ¹⁶²
Domaći zakonodavni okvir dopušta automatsko pohranjivanje očigledno nebitnih podataka te ne sadrži jasne naznake okolnosti u kojima se presretani materijal pohranjuje i uništava. ¹⁶³		Dokumenti o podacima koji se ne odnose na svrhu radi koje su prikupljeni, kao i podaci, dokumenti i informacije koji su prikupljeni na nezakonit način komisijski se uništavaju u roku od 30 dana. ¹⁶⁴
Sustav nadzora ne zadovoljava zahtjeve nezavisnosti, opsega	Zakonski okvir ne osigurava učinkovita	Hrvatski sabor, koji nadzor obavlja neposredno ili putem Ureda Vijeća

¹⁵² Zakharov, §§ 269, 285, 302.

¹⁵⁴ ZSOS, čl. 36., § 4.

¹⁵⁵ Zakharov, §§ 229, 243, 302.

¹⁵⁶ Szabó, §§ 71-73.

¹⁵⁷ ZSOS, čl. 33.

¹⁵⁸ Szabó, §§ 66 i 89.

¹⁵⁹ ZSOS, čl. 36, § 4.

¹⁶⁰ *Id.*, čl. 41.

¹⁶¹ Zakharov, §§ 186, 187, 250, 251.

¹⁶² ZSOS, čl. 37.

¹⁶³ Zakharov, §§ 255, 302.

¹⁶⁴ ZSOS, čl. 41.

<p>ovlasti i nadležnosti koje osiguravaju učinkovit i kontinuiran nadzor, kao ni zahtjev postojanja građanskog nadzora i učinkovitosti u praksi.¹⁶⁵</p>	<p>pravna jamstva i pravne lijekove.¹⁶⁶</p>	<p>za nacionalnu sigurnost i Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija,¹⁶⁷ institucionalno je odvojeno i nezavisno tijelo od sigurnosno-obavještajnih agencija nad kojima obavlja nadzor. Građanski nadzor nad radom sigurnosnih službi ostvaruje se putem Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija.¹⁶⁸</p>
<p>Učinkovitost pravnih lijekova narušena je činjenicom odsutnosti obavijesti o postojanju tajnih mjera u bilo kojem trenutku, kao i nepostojanjem primjerenog pristupa dokumentima koji se odnose na postojanje tajnih mjere.¹⁶⁹</p>		<p>Sigurnosno-obavještajne agencije dužne su na zahtjev građanina u roku od 15 dana obavijestiti ga pisanim putem jesu li prema njemu poduzimane mjere tajnog prikupljanja podataka te vode li se evidencije o njegovim osobnim podacima te mu na njegov zahtjev staviti na uvid dokumente o prikupljenim podacima.¹⁷⁰</p>

Iz svega navedenog možemo zaključiti kako je hrvatski pravni okvir sigurnosno-obavještajnog sustava u suglasju sa zahtjevima koje je ESLJP postavio odlučujući u predmetima koji su se ticali ograničavanja prava na privatnost u kontekstu obavještajnog nadzora.

3.2. Funkcioniranje u praksi sigurnosno-obavještajnog sustava RH

Funkcioniranje u praksi sigurnosno-obavještajnog sustava RH u kontekstu poštovanja ljudskih prava, kao i poštovanja gore navedenih zakonskih odredaba, naravno, teže je preispitati zbog potrebe da se očuva tajnim. Međutim javno dostupna izvješća Vijeća za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnog sustava,¹⁷¹ kao i javni dokument izdan 2014. godine od strane SOA-e, kojem je svrha bila „dati hrvatskoj javnosti bolji uvid u rad [SOA-e] i prikazati njegove rezultate“,¹⁷² ipak donekle osvjetljavaju funkcioniranje u praksi

¹⁶⁵ Zakharov, §§ 272-285.

¹⁶⁶ Szabó, §§ 89, 48.

¹⁶⁷ ZSOS, čl. 104.

¹⁶⁸ Zakonom o sigurnosnim službama RH od 28. ožujka 2002. propisano je osnivanje novog tijela - Vijeća za nadzor sigurnosnih službi, a Odlukom o Vijeću za nadzor sigurnosnih službi od 7. svibnja 2003. uređena su pitanja bitna za rad Vijeća koja nisu uređena Zakonom. Zakonom o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske od 17. svibnja 2006. izmijenjen je naziv Vijeća u Vijeće za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnih agencija.

¹⁶⁹ Zakharov, §§ 286-301, 302.

¹⁷⁰ ZSOS, čl. 40.

¹⁷¹ Izvješća dostupna na: <http://www.sabor.hr/izvjescia> (pristup 6. travnja 2017.).

¹⁷² Dokument dostupan na: https://www.soa.hr/UserFiles/File/pdf/JAVNI-DOKUMENT_web.pdf (pristup 6. travnja 2017.).

sigurnosno-obavještajnog sustava RH. U uvodnom obraćanju u predmetnom javnom dokumentu tadašnji je ravnatelj SOA-e naglasio kako „za obavljanje svojih zadaća, SOA ima značajne zakonske ovlasti koje ponekad zadiru i u ljudska prava te kako nadzor nad radom SOA-e smatra ključnim u osiguravanju da ona u potpunosti ispunjava svoju zakonsku ulogu i svoje ovlasti koristi isključivo u skladu sa zakonom.“ U kontekstu zaštite od nezakonitog zadiranja u Ustavom zajamčena ljudska prava, odnosno pravnog lijeka koji pojedinac može ishoditi putem alata koji su dostupni tijelima za nadzor sigurnosno-obavještajnog sustava, značajan je predmet S. B. pred Ustavnim sudom RH,¹⁷³ u kojemu je upravo mogućnost pojedinca da se predstavkom obrati Vijeću za građanski nadzor sigurnosno-obavještajnog sustava u slučaju sumnje u nezakonito zadiranje u Ustavom zajamčena ljudska prava dovelo do ostvarivanja pravne zaštite od ograničenja prava na privatnost, kao i ostvarivanja djelotvornog pravnog lijeka.

U tom je predmetu na temelju predstavke koju je podnositeljica, kandidatkinja za Savjet za razvoj civilnog društva, krajem siječnja 2007. podnijela Vijeću zbog sumnje da je nad njom izvršena nezakonita potpuna sigurnosna provjera Vijeće izradilo izvješće u kojem se, među ostalim, navodi: "Tijekom nadzora uočeno je da je s obzirom na provedbu potpune sigurnosne provjere bilo potrebno stvoriti Vam mogućnost za davanje suglasnosti za istu. U skladu s gore navedenim Vijeće smatra da je došlo do kršenja Ustavom zajamčenih ljudskih prava."¹⁷⁴ Na temelju tog izvješća je krajem veljače 2007. Odbor za unutarnju politiku i nacionalnu sigurnost Hrvatskog sabora donio zaključak kojim je prihvatio Izvješće Vijeća kojim je utvrđeno kršenje Ustavom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda kandidata za Savjet za razvoj civilnog društva iz razloga što je za kandidate napravljena potpuna sigurnosna provjera bez njihove suglasnosti, a tu je suglasnost trebao pribaviti Ured za udruge, tj. naručitelj sigurnosnih provjera.¹⁷⁵ Potom je podnositeljica predstavke 27. lipnja 2007. podnijela tužbu Općinskom građanskom sudu u Zagrebu protiv Ureda za udruge Vlade Republike Hrvatske i SOA-e, kojom je tražila da sud, među ostalim, utvrdi povredu prava na zaštitu i štovanje prava na osobni (privatni) život, zajamčenog člankom 35. Ustava RH i člankom 8. EKLJP-a. Postupak pred prvostupanjskim sudom, u kojem je odbačena tužba s obrazloženjem da ne postoje procesne pretpostavke da se tužiteljici pruži pravna zaštita, trajao je ukupno tri godine, dok je drugostupanjski sud nakon dvije godine potvrdio u bitnome presudu prvostupanjskog suda¹⁷⁶ te naveo kako „je pravilno utvrđeno da je provjera izvršena sukladno posebnim propisima koji to dopuštaju radi čega tužiteljica nije diskriminirana niti stavljena u nepovoljniji položaj u odnosu na druge građane RH, a niti su time prekršena njezina ljudska prava jer je člankom 33. stavkom 1. ZSOS-a propisano da SOA

¹⁷³ Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj: U-III-164/2013 od 8. svibnja 2014. [Odluka].

¹⁷⁴ Odluka, str. 2.

¹⁷⁵ Odluka, str. 3.

¹⁷⁶ Drugostupanjski je sud utvrdio da nije bilo razloga za odbačaj tužbe, nego da je tužbu trebalo odbiti, no da takvo postupanje suda nije bilo na štetu podnositeljice.

može prema građanima primjenjivati mjere tajnog prikupljanja podataka kojima se privremeno ograničavaju neka ustavna ljudska prava i temeljne slobode.¹⁷⁷

Ustavni je sud odlukom od 8. svibnja 2014. godine utvrdio da su odlukama prvostupanjskog i drugostupanjskog suda podnositeljici povrijeđena ljudska prava. Pozivajući se, među ostalim, na praksu ESLJP-a, Ustavni je sud utvrdio da je u predmetnom slučaju potpuna sigurnosna provjera predstavljala miješanje u prava podnositeljice na poštovanje privatnog života te kao takva predstavlja povredu članka 8. Konvencije i članka 35. Ustava, s obzirom na to da u domaćem zakonodavstvu koje je bilo na snazi u vrijeme provedbe sigurnosne provjere podnositeljice nisu postojala jamstva u odnosu na otklanjanje mogućih zlouporaba.¹⁷⁸ Ustavni je sud također utvrdio kako je očigledno da konkretni sudski postupak koji je podnositeljica inicirala zbog svoje dugotrajnosti ne predstavlja djelotvorno pravno sredstvo za zaštitu prava zajamčeno člankom 13. Konvencije, odnosno da on nije vođen na djelotvoran način, koji bi omogućio žuran prestanak nezakonite radnje i otklanjanje posljedica koje su iz nje nastale za podnositeljicu.¹⁷⁹

Epilog te odluke Ustavnog suda jest i tužba koju je podnositeljica podnijela protiv Republike Hrvatske Općinskom građanskom sudu u Zagreb, temeljem koje joj je, zbog utvrđene povrede prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, dosuđena odšteta od 20.000 kuna.¹⁸⁰ Iako presuda još nije pravomoćna, navedeni predmet primjer je funkcioniranja nezavisnog nadzora nad sigurnosno-obavještajnim sustavom u RH te postojanja i ostvarivanja pravnih jamstava i odgovarajuće pravne zaštite od ograničenja prava na privatnost u kontekstu nezakonitog poduzimanja mjera tajnog nadzora.

4. ZAKLJUČAK

Razmjerno je jasno da je praksa masovnog praćenja komunikacija od strane država postala globalna i svakidašnja pojava te da odista živimo u digitalnom dobu. Postavlja se pitanje jesu li uopće države međunarodnopravno legitimirane i uopće zainteresirane štiti svoje državljane od intruzija u njihovu komunikaciju ili bi pri takvu eventualnom pokušaju bile *estoppirane*¹⁸¹ zbog globalno prisutne i globalno prihvaćene prakse mirnodopske špijunaže, ali i zbog činjenice da i same profitiraju od sustava za masovno praćenje komunikacija.

¹⁷⁷ Odluka, str. 7.

¹⁷⁸ *Id.*, str. 18.

¹⁷⁹ Odluka, str. 20.

¹⁸⁰ Centar za mirovne studije, *Aktivistkinji CMS-a odšteta zbog prislušivanja: Neovisan nadzor nad sigurnosnim službama ključan za utvrđivanje povrede ljudskih prava*, 4. listopada 2016., dostupno na: <http://www.cms.hr/hr/obavjestajne-sluzbe-soa/aktivistkinji-cms-a-odsteta-zbog-prisluskivanja-neovisan-nadzor-nad-sigurnosnim-sluzbama-kljucan-za-utvrdivanje-povrede-ljudskih-prava> (pristup 6. travnja 2017.).

¹⁸¹ Richard A. Falk, *Space Espionage and World Order: A Consideration of the Samos-Midas Program* u *Essays on Espionage and International Law*, 43, Roland J. Stanger (ur.), Columbus, 1962, str. 50.

Međutim poticaj da se pitanje mirnodopske špijunaže uredi međunarodnim pravom ne mora nužno doći od samih država, nego je moguće da do tog dođe zbog pritiska pojedinaca koji su *de facto* pogođeni „špijunskim aktivnostima“, barem kada je riječ o sustavima masovnog elektroničkog nadzora. Razlozi koji nas navode na taj zaključak jesu sljedeći. Djelovanje zviždača kao što je Edward Snowden već je prepoznato kao najdjelotvornije sredstvo za provođenje ograničenja obavještajnog djelovanja države iz razloga što, otkrivajući djelovanja država koja u današnje digitalno doba imaju globalni učinak, podižu svijest svjetske javnosti o postojanju i kršenju njihovih ljudskih prava. Iz tog razloga globalizacija može raditi i u korist globalne populacije, a ne samo u korist država i korporacija, jer se na neki način stvara „globalno civilno društvo“, koje okuplja sve zainteresirane pojedince koji su odlučni boriti se za svoja prava. Pri tome pojedinci su prvenstveno upućeni na pravne alate: domaće sudove, kao i na međunarodne mehanizme za zaštitu ljudskih prava, te je upravo pravni pritisak jedan od načina na koji se može izvršiti pritisak na državu da mijenja svoje zakonodavne okvire u domeni obavještajnog djelovanja. Primjer za upravo navedeno jesu predmeti ESLJP-a protiv Ujedinjenog Kraljevstva koji su obrađivani u radu. Drugi je način politički, s kojim je nerijetko povezan i ekonomski pritisak. Primjere takva pritiska u kontekstu međudržavne špijunaže vidjeli smo upravo nakon Snowdenovih otkrića. Međutim i pojedinci su u mogućnosti izvršiti takav utjecaj izražavanjem neslaganja s politikom države na način da sabotiraju proizvode i usluge kojima se predmetna politika provodi ili s kojom su usko povezani. Zahvaljujući upravo digitalnom dobu, takve su akcije ne samo moguće nego i krajnje uspješne. Recentni primjer za to jest izražavanje neslaganja s politikom nove američke administracije svojevrsnim „kaznjavanjem“ jednog od savjetnika u Vladi, glavnog izvršnog direktora *Ubera*, kompanije u vlasništvu koje je istoimeni globalni servis za dijeljenje prijevoza. Globalna akcija¹⁸² *#DeleteUber*, u kojoj su korisnici uklanjali mobilnu aplikaciju *Uber* te prestali koristiti uslugu u znak protesta, primorala je glavnog izvršnog direktora *Ubera* da odstupi s pozicije.¹⁸³

Uzmemo li u obzir i duboko isprepletene odnose politike i gospodarstva te upućenost na njihovu vječnu simbiozu, ekonomski modeli i principi poput osluškivanja bila tržišta mogu biti preneseni i na politike država, posebice kada tržište „pokaže zube“ te ugrozi ekonomsku stabilnost države. A tržište čine oni isti pojedinci koji su pogođeni masovnim nadzorom. Vezano uz politički pritisak na države, spomenimo i djelovanje tijela međunarodnih organizacija, posebice Odbora za prava čovjeka i Europskog parlamenta, predstavničkog tijela građana EU-a, koji ne samo da prokazuju sporne prakse država, čime također podižu svijest građana o kršenju njihovih prava, nego i daju mišljenja i smjernice državama kako ispraviti sporne prakse. U navedenom smjeru ide i zaključak Odbora za prava čovjeka, koji u svojem *Izveštaju o pravu na privatnost* potiče države da preispitaju

¹⁸² Akcija je provedena ponajprije na području SAD-a, ali zbog globalne dostupnosti aplikacije, kao i zbog neslaganja s politikom nove administracije diljem svijeta, akcija je poprimila globalne razmjere.

¹⁸³ The Forbes, *Here's The Full Letter Uber's CEO Sent When He Quit Trump's Advisory Council*, 2. veljače 2017., dostupno na: <http://www.forbes.com/forbes/welcome/?toURL=http://www.forbes.com/sites/briansolo/mon/2017/02/02/uber-ceo-quits-trump-advisory-council-after-deleteuber/&refURL=https://www.google.hr/&referrer=https://www.google.hr/> (pristup 9. veljače 2017.).

svoje zakonodavne okvire i uvrste učinkovita pravna jamstva kao žurnu mjeru osiguranja prava na privatnost.¹⁸⁴ Iste vrste pritiska mogle bi uroditi plodom i po pitanju uskraćivanja pravne zaštite strancima izbjegavanjem ekstrateritorijalne primjene instrumenata za zaštitu ljudskih prava, upravo kad se uzme u obzir da živimo u digitalnom dobu, koje briše državne granice. Čak je i SAD, najveći oponent takve primjene, nakon Snowdenovih otkrića priznao da je povjerenje svjetske javnosti od važnosti i utjecaja na provođenje američke politike.¹⁸⁵

Digitalno doba u kojem živimo nosi nove životne i pravne izazove dajući nove dimenzije određenim ljudskim pravima i relativizirajući uvriježene međunarodne pojmove i institute, kao što je teritorijalna cjelovitost i efektivna kontrola u fizičkom smislu. Razvidno je da međunarodno pravo kaska za fenomenima koje digitalno doba izaziva, djelomično moguće i zbog tromosti međunarodne zakonodavne djelatnosti (ako je tako možemo nazvati), u kojoj glavnu riječ još uvijek imaju države kao jedini nesporni subjekti međunarodnog prava. Iz tog je razloga potrebno aktivirati mehanizme unutarnjeg pritiska, pravnog i političkog, kako bi oni potaknuli djelovanje država na međunarodnom planu u pravcu ograničavanja masovnog nadzora, koji je, pokazalo se, izvan svake kontrole.

¹⁸⁴ *Izveštaj*, § 50.

¹⁸⁵ *Govor Obama*.

INTERNATIONAL LEGAL IMPLICATIONS OF PEACETIME ESPIONAGE IN THE FORM OF MASS ELECTRONIC SURVEILLANCE IN THE HUMAN RIGHTS CONTEXT AND AN EVALUATION OF THE CROATIAN LEGAL FRAMEWORK FOR SURVEILLANCE

The aim of this paper is to provide an overview of the international legal implications of peacetime espionage in the form of mass electronic surveillance. This subject was provoked by the publication of leaked official secret documents revealing the magnitude of mass electronic surveillance run by States that were abusing the technological complexities of global data transmission while taking advantage of the lack of international law regulation of peacetime espionage. The paper includes an analysis of the consequential key legal issues of the legal relationship arising between a State that undertakes such surveillance and an individual who is being targeted. This relationship falls within the scope of human rights. Therefore, the paper examines the case law of international mechanisms for the protection of human rights, especially the case law of the European Court of Human Rights. The case law is then placed against the Croatian legal framework for secret surveillance in order to determine its compliance with the demands of the legality of interference with the right to privacy in the digital age.

Keywords: mass electronic surveillance, right to privacy, Croatian legal framework for surveillance

Zrinka Salaj, Ministry of Justice of the Republic of Croatia, attending the postgraduate doctoral study programme in International Public and Private Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

OSVRT NA TALLINNSKI PRIRUČNIK O MEĐUNARODNOM PRAVU PRIMJENJIVOM NA KIBERNETIČKO RATOVANJE

Pregledni znanstveni rad

UDK 355.4

004.056

004.7

341.3

Primljeno: 3. travnja 2017.

Ratimir Prpić*

U ovome članku autor daje osvrt na osnovne postavke Tallinnskog priručnika o međunarodnom pravu primjenjivom na kibernetičko ratovanje. Prvi dio bavi se njegovim donošenjem, strukturom, pravnim obuhvatom te zabranom uporabe sile i pravom na samoobranu. Zatim se prikazuju temeljne odlike usvojenih pravila i pratećih komentara. U nastavku autor govori o autoritetu i općem značaju tog Priručnika. U završnom dijelu iznosi se ocjena njegove trenutačne uspješnosti te se ukratko sažimaju najvažnije spoznaje i činjenice prethodno iznesene u odgovarajućim analitičkim poglavljima članka.

Ključne riječi: kibernetičko ratovanje, lex lata, međunarodni priručnik, uporaba sile

1. UVOD

Dinamika i sveobuhvatnost tehnološkog razvoja osobito dolazi do izražaja na području komunikacijske i informacijske tehnologije, kojima su današnja moderna društva duboko prožeta.¹ Kibernetički prostor jedno je od određujućih obilježja suvremenog života i ključno područje djelovanja svjetskog gospodarstva, a rastom njegove važnosti jača i svijest o potrebi zajedničkog djelovanja radi jačanja sigurnosti u tome prostoru.² Zato mnoge zemlje imaju donesene i detaljno razrađene nacionalne strategije i formirane sustave kibernetičke sigurnosti.³ Moderna su društva postala ovisna o računalima, no ta se „digitalna revolucija“ ne odnosi samo na civilnu infrastrukturu, poput kućanstava, korporacija ili sveučilišta koja koriste kibernetički prostor, nego i na oružane snage.⁴ Stoga kibernetička obrana postaje sve važniji dio nacionalnih i međunarodnih strategija

* Ratimir Prpić, dip.iur., polaznik poslijediplomskog doktorskog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ Nacionalna strategija kibernetičke sigurnosti, str. 2 (tekst Odluke o donošenju Nacionalne strategije kibernetičke sigurnosti i Akcijskog plana za njezinu provedbu u: „Narodne novine“, broj: 108/2015).

² Vuković, H., *Kibernetička sigurnost i sustav borbe protiv kibernetičkih prijetnji u Republici Hrvatskoj*, u: *National Security and the Future*, vol. 13, br. 2, str. 12-13.

³ V. Lewis, J., A., Timlin, K., *Cybersecurity and Cyberwarfare Preliminary Assessment of National Doctrine and Organization*, 2011.

⁴ Roscini, M., *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, 2014, str. 6.

obrane.⁵ Nadalje, iz postojećih se procjena pravnih stručnjaka zaključuje da kibernetičko ratovanje postaje nova bitna tema u raspravama o daljnjem razvoju pozitivnog međunarodnog prava i međunarodne sigurnosti.⁶ Neki autori ugroze u kibernetičkom prostoru dijele na četiri kategorije, i to: I.) kibernetički kriminal, II.) kibernetičku špijunažu, III.) kibernetički terorizam i IV.) kibernetičko ratovanje.⁷ U takvim se okolnostima na poticaj jedne višenacionalne ustanove, ustrojene u okvirima Organizacije Sjevernoatlantskog ugovora (u daljnjem tekstu: NATO), okupila skupina stručnjaka i nakon višegodišnjeg rada izradila moderan međunarodni dokument u obliku priručnika koji identificira pravila mjerodavna za kibernetičko ratovanje.⁸ Svrha je ovoga članka iznijeti osvrt na osnovne postavke tog rada.⁹ U prvom dijelu upoznajemo čitatelje s donošenjem i s osnovnom strukturom navedenog priručnika. Zatim se bavimo njegovim pravnim obuhvatom, što ilustriramo iznošenjem ključnih pravila o zabrani uporabe sile. Nadalje, prikazujemo temeljne odlike usvojenih pravila i njihovih komentara. Rad nastavljamo govoreći o autoritetu i općem značaju priručnika kao sredstva za bolje razumijevanje primjene međunarodnog prava oružanih sukoba u kibernetičkom prostoru. U završnom dijelu iznosimo ocjenu njegove trenutačne uspješnosti te ukratko sažimamo najvažnije spoznaje do kojih smo došli istraživanjem provedenim u svrhu izrade ovoga članka. Napominjemo da materiji kibernetičkog ratovanja pristupamo veoma konzervativno. Naime, s obzirom na to da bi analiza svih postavaka priručnika uvelike premašila svrhu i cilj ovog rada, svoje izučavanje ograničavamo na opću razinu njihove kvalitativne komponente, no uz istodobni komentar i analizu pojedinih ključnih dijelova/pravila priručnika kako bismo ga oživotvorili i približili čitateljima te im omogućili lakše praćenje ovog članka.

⁵ Prema dostupnim podacima 33 države uključile su kibernetičko ratovanje u svoje vojno planiranje i organizaciju. Ono što je zajedničko tim vojnim doktrinama jest da uključuju raspoložive kibernetičke kapacitete za potrebe operativnog izviđanja, dobivanja informacija i ometanja ključne mrežne infrastrukture. V. Lewis, Timlin, *op. cit.* (bilj. 3), str. 3.

⁶ *Ibid*, str. 4.

⁷ Vuković, *op. cit.* (bilj. 2), str. str. 17.

⁸ Glede prijevoda pojma *cyber* kao *kibernetika* dajemo nekoliko napomena. Pojam *kibernetika* uveden je u pravni poredak Republike Hrvatske ratifikacijom Budimpeštanske konvencije o kibernetičkom kriminalu (engl. *Budapest Convention on Cybercrime*), slijedom čega se uvriježilo koristiti pojam *kibernetički* u obliku pridjeva za nešto što uključuje računala, a osobito internet, koristi ih ili je povezano s njima. To je službeno obrazloženje tog pojma sadržano u uvodnom dijelu Odluke Vlade Republike Hrvatske o donošenju nacionalne strategije kibernetičke sigurnosti (v. *supra*, bilj. 1). S obzirom na takvu normativnu podlogu u hrvatskom zakonodavstvu u ovome radu pojam *kibernetičko ratovanje* koristimo u prijevodu izraza na engleskom jeziku *cyber warfare*. Postoje i drugačija mišljenja. Neki autori smatraju da za pojam *cyber* trenutačno ne postoji odgovarajući prijevod na hrvatski jezik i ističu da je prilikom prijevoda Budimpeštanske konvencije o kibernetičkom kriminalu učinjena terminološka zbrka jer riječ *kibernetika* nije istoznačnica riječi *cyber* (opširnije v. Vuković, *op. cit.* (bilj. 2), str. 15-16).

⁹ Uvodni dio Tallinskog priručnika sadrži naznaku da se pojam „kibernetičko ratovanje“ koristi u opisnom smislu, stoga ćemo ga tako koristiti i u ovome radu.

2. POČETNE POSTAVKE O DONOŠENJU TALLINNSKOG PRIRUČNIKA I NJEGOVOJ OSNOVNOJ STRUKTURI

Svjedoci smo sve intenzivnije militarizacije virtualnog prostora, kako je to ukratko objašnjeno u uvodnom dijelu.¹⁰ Toga je svjestan i NATO-ov Centar izvrsnosti za suradnju u obrani od kibernetičkih napada (u daljnjem tekstu: NATO-ov Centar izvrsnosti) iz Tallinna i stoga je okupio niz pravnih praktičara, znanstvenika i tehničkih stručnjaka u radno tijelo pod nazivom Međunarodna skupina stručnjaka (u daljnjem tekstu: Međunarodna skupina) radi izrade priručnika o međunarodnom pravu primjenjivom na kibernetičko ratovanje.¹¹ Njihov je zadatak bio ispitivanje načina na koji se postojeće norme međunarodnog prava primjenjuju na kibernetičko ratovanje kao novu formu ratovanja i istodobno razjašnjavanje nekih od složenih pravnih pitanja koja se odnose na kibernetičke operacije.¹² Nije sporno da je glavna svrha pravila međunarodnog prava kojima se reguliraju klasični oružani sukobi humanizacija rata i drugih oblika oružanih sukoba.¹³ Tallinnska razmatranja imaju isti cilj, s time da su ti naponi usmjereni na polje oružanih sukoba s kibernetičkim obilježjem.¹⁴ Rezultat takva zajedničkog trogodišnjeg rada članova Međunarodne skupine, u suradnji s ostalim sudionicima, jest donošenje opsežnog međunarodnopravnog priručnika potpunog naziva *Tallinnski priručnik o međunarodnom pravu primjenjivom na kibernetičko ratovanje* (u daljnjem tekstu: Priručnik), izdanog u travnju 2013.¹⁵ Smatramo prikladnim da u početnom dijelu ovoga članka ponešto kažemo o sastavu Međunarodne skupine i upozorimo na neke njezine probleme.

Sudjelovanje u Međunarodnoj skupini imalo je isključivo osobno svojstvo. To znači da pojedini stavovi članova ni na koji način ne odražavaju službene politike institucija iz kojih dolaze. Kriteriji za njihovo sudjelovanje temeljili su se na njihovim vještinama na području relevantnog prava te na njihovim sposobnostima za analizu osjetljivosti kibernetičkog

¹⁰ Ova je tvrdnja posebno vidljiva na primjeru kibernetičkih operacija usmjerenih na Estoniju 2007. i Gruziju 2008. te prilikom napada računalnim virusom na iranska nuklearna postrojenja 2010. V. npr. Lawor, Russell, A., *Cyber Blockades*, Washington, 2014, str. 131 i *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, Oxford, 2011, str. 384.

¹¹ NATO-ov Centar izvrsnosti (engl. *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*) nije dio zapovjedne strukture NATO-a niti je od njega financiran. Dio je šireg okvira koji podupire NATO-ove dogovore i ciljeve. Države koje ga (materijalno) podupiru jesu: Estonija, Njemačka, Mađarska, Italija, Latvija, Litva, Nizozemska, Poljska, Slovačka, Španjolska i Sjedinjene Američke Države; službene stranice: <https://ccdcoe.org/research.html> (pristup: 26. siječnja 2016.).

¹² Postoje i druge organizacije koje se bave kibernetičkim prijetnjama, primjerice *International Multilateral Partnership Against Cyber Threats* (IMPACT).

¹³ Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 3*, Zagreb, 2006, str. 125.

¹⁴ Doprinos tim djelatnostima dali su i promatrači iz ukupno tri organizacije, i to: NATO-ovo Savezničko zapovjedništvo za transformaciju, Kibernetičko zapovjedništvo SAD-a i Međunarodni odbor Crvenog križa. Njihov je rad bio ograničen isključivo na sudjelovanje u raspravama i izradi nacрта pravila, jer predstavnici tih organizacija nisu imali pravo glasa pri odlučivanju o (ne)usvajanju predloženih (konačnih) pravila. U procesu izrade nacрта mnoge su države iskoristile priliku da na neformalan, neslužbeni način daju svoje mišljenje o predloženom tekstu pravila (v. Gill, T., D., Greib, R., Heinsch, R., McCormack, T., Paulussen, C., Dorsey, J., *Yearbook of International Humanitarian Law 2012*, vol. 15, 2013, str. 4.).

¹⁵ engl. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Tekst Priručnika dostupan je na: <http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/356296245.pdf> (pristup: 25. veljače 2016.).

konteksta u kojem bi takvo pravo bilo primijenjeno.¹⁶ Takav odabir rezultirao je nastankom višenacionalne skupine stručnjaka, od kojih je većina imala iskustvo na području međunarodnog prava (kibernetičke) sigurnosti.¹⁷ Nasuprot navedenom upozoravamo da učenjaci s područja filozofije nisu bili uključeni u taj projekt.¹⁸ Autor tu činjenicu negativno cijeni i smatra da je time propuštena prilika za jačanje moralne komponente usvojenih pravila. Smatramo da su dodatne rasprave o predloženim tekstovima pravila, i to s gledišta (i u kontekstu) vojne etike, mogle sadržajno obogatiti i poboljšati njihovu kvalitetu. Već je na prvi pogled uočljivo da je sastav Međunarodne skupine bio (pretežito) ograničen na predstavnike zemalja članica NATO-a zainteresiranih za tu materiju. To znači da, iako su sudionici bili pripadnici različitih nacija, nije bilo pokušaja da se osigura ujednačena geografska raspodjela.¹⁹ Dakle stvaraoci toga međunarodnog dokumenta nisu predstavljali odraz svih svjetskih pravnih kultura, nego su dolazili iz (pretežito) zapadnih zemalja.²⁰ Mišljenja smo da to donekle utječe na autoritet Priručnika, o čemu govorimo u zasebnom poglavlju ovoga rada (v. *infra*, poglavlje 6, odjeljak 1).

Prije nego što se upustimo u analizu osnovnih postavaka Priručnika, reći ćemo ponešto o njegovoj strukturi. Glavnom sadržaju Priručnika prethodi popis svih članova Međunarodne skupine i ostalih sudionika, zatim detaljan popis korištenih pravnih izvora te uvodni dio koji se sastoji od nekoliko kratkih poglavlja i sadrži napomene koje su autoru ovoga članka bile osobito korisne. Uvodni dio smatramo nezaobilaznim štivom i preporučujemo ga svakome tko planira proučavati Tallinnski priručnik. Uvod opisuje i predstavlja Priručnik te naglašava područje njegove primjene.²¹ Naime kako je Međunarodna skupina ograničila svoju raspravu na uporabu sile i oružani sukob, kibernetičke aktivnosti koje ne dosežu taj stupanj nisu predmet razmatranja, jer se skupina fokusirala na kibernetičke operacije *stricto sensu*.²² Uvod ističe da pravila mjerodavna za kinetičke operacije (uključivši i tradicionalne operacije elektroničkog ratovanja, poput elektroničkog ometanja) nisu obuhvaćena i objašnjava da je *ratio* takva isključenja u tome što su te teme već dobro proučene i shvaćene u tradicionalnim pravilima prava oružanog sukoba.²³ Smatramo da se tim pristupom ignorira međusobno preklapanje dvije teme od velikog značaja za vojne službe, i to elektroničko ratovanje s jedne strane te kapaciteti kibernetičkog ratovanja s druge. S tim se mišljenjem slažu i drugi autori.²⁴ Nakon uvoda slijedi glavni sadržaj Priručnika, koji se dijeli na dva dijela, i to dio I., koji razmatra pitanja međunarodnog prava kibernetičke sigurnosti, i dio II., koji razmatra pitanja prava kibernetičkog oružanog sukoba. Ti su dijelovi podijeljeni na

¹⁶ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 4.

¹⁷ *Ibid*, str. 11.

¹⁸ Henschke, A., Strawser, B., J., *Binary Bullets: The Ethics of Cyberwarfare*, Oxford, 2016, str. 17-18.

¹⁹ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 4.

²⁰ *Ibid*, str. 11.

²¹ engl. cyber to cyber operations.

²² McGhee, E., J., *The Schmitt Analysis, Tallinn Manual and US Cyber Policy*, u: *Journal of Law & Cyber Warfare*, vol. 2, izd. 1, 2013, str. 84.

²³ *Ibid*.

²⁴ V. npr. *ibid*.

poglavlja i odjeljke, svaki odjeljak sadrži pravila, čiji ukupan broj iznosi 95. Najveći broj pravila (njih 45) nalazimo u četvrtom poglavlju, koje se bavi pitanjima postupanja u neprijateljstvima.²⁵

Početno pravilo odnosi se na suverenost u kibernetičkom prostoru i prema njemu je država ovlaštena izvršavati kontrolu nad kibernetičkom infrastrukturom i aktivnostima unutar svojeg suverenog teritorija (pravilo 1). U komentarima koji obrazlažu to pravilo objašnjava se da nijedna država ne može tvrditi da ima suverenost nad kibernetičkim prostorom *per se*, no da države mogu izvršavati suverene ovlasti nad kibernetičkom infrastrukturom koja se nalazi na njihovu području, uključujući djelatnosti povezane s tom infrastrukturom.²⁶ Pozitivno cijenimo smještaj te teme u početni dio Priručnika jer je smatramo bitnom za primjenu ostalih pozitivnih međunarodnopravnih instituta mjerodavnih za kibernetičko ratovanje. U pojašnjenju te tvrdnje upućujemo na stavove autora, prema kojima je u ratovanju jedno od prvih pitanja koja moraju biti riješena pitanje gdje nacije imaju svoju nadležnost, gdje je mogu izvršavati te kada se očekuje da imaju kontrolu nad djelatnostima koje poduzimaju bilo same bilo posredovanjem svojih agenata.²⁷ Smatramo da su odgovori na ta pitanja određeni suvremenim shvaćanjima koncepta nacionalne suverenosti, pravne nadležnosti i državne kontrole.²⁸ S tim se mišljenjem slažu i drugi autori.²⁹ Priručnik ispituje te koncepte u kontekstu kibernetičkog ratovanja, no međunarodni karakter i obuhvat kibernetičkog prostora dodatno komplicira svako od njih, na što prateći komentari prvog pravila jasno upućuju i time postupno uvode čitatelje u glavne teme tog rada. Suverenost je ključni pojam ne samo u kontekstu razmatranja kibernetičkih operacija nego i kibernetičke infrastrukture. Razlog tome leži u činjenici da je takva infrastruktura podložna kontroli države na čijem se području nalazi i istodobno obuhvaćena zaštitom u okrilju njezine suverenosti (neovisno o tom nalazi li se u vlasništvu države ili privatnom vlasništvu).³⁰ Zato nesigurnost u pogledu shvaćanja što predstavlja povredu suvereniteta u kibernetičkom prostoru dolazi do izražaja u cijelom nizu životnih situacija, poput kibernetičke špijunaže, okolnosti kada

²⁵ U dijelu I. poglavlje prvo razmatra pitanje država i kibernetičkog prostora, uključujući suverenost, sudsku nadležnost i kontrolu te državnu odgovornost; poglavlje drugo razmatra uporabu sile (uključujući njezinu zabranu) i pravo samoobrane. U dijelu II. poglavlje treće razmatra općenita pitanja prava oružanog sukoba; poglavlje četvrto razmatra pitanja postupanja u neprijateljstvima; poglavlje peto razmatra pitanja stanovitih osoba, objekata i aktivnosti; poglavlje šesto bavi se okupacijom; poglavlje sedmo bavi se neutralnošću.

²⁶ Štoviše, pojedini autori upozoravaju da iz suvereniteta države proizlazi i njezina ovlast da u cijelosti ili djelomično ograniči pristup internetu istodobno ne dovodeći u pitanje mjerodavno međunarodno pravo (poput humanitarnog prava ili međunarodnog telekomunikacijskog prava). V. Jones, A., Kovacich, G., L., *Global Information Warfare: The New Digital Battlefield*, izd. 2, New York, 2015, str. 303.

²⁷ Chapple, M., Seidl, D., *Cyberwarfare: Information Operations in a Connected World*, Burlington, 2014, str. 62.

²⁸ Priručnik priznaje postojanje svojevrsne „izvanteritorijalne“ strane kibernetičke tehnologije te (u smislu suverenih prava država) u pratećem komentaru pravila 1 navodi: „*Sama činjenica da je kibernetička infrastruktura smještena u danoj državi povezana s globalnim telekomunikacijskim mrežama ne može biti tumačena kao odricanje od suverenih prava nad tom infrastrukturom.*“ V. Gehmann, U., Reiche, M., *Real Virtuality: About the Destruction and Multiplication of World*, Bielefeld, 2014, str. 389.

²⁹ Chapple, Seidl, *op. cit.* (bilj. 27), str. 62.

³⁰ *Ibid.*

mrežna računalna operacija predstavlja povredu suvereniteta druge države itd.³¹ Detaljnije upuštanje u razmatranje navedene problematike uvelike bi premašilo opseg ovoga rada, stoga tek završno navodimo da se radi o otvorenim, složenim i sve važnijim pitanjima, koja zaslužuju daljnju pozornost i rasprave, to više što su nacionalne granice znatno manje vidljive kada se radi o uporabi i djelovanju međunarodnih računalnih mreža i sustava elektroničkih komunikacija.³²

3. OBUHVAT PRIRUČNIKA

Ovo poglavlje otvaramo riječima glavnog urednika Priručnika Michaela Schmitta, prema kojem je njegova svrha da (poput udžbenika) pruži pravnu pomoć raznim (pravnim) savjetnicima, vladama i vojskama. Htjelo se stvoriti doktrinarni rad koji bi bio od koristi državama u formiranju vlastitih stajališta i njihovu djelovanju u kibernetičkom prostoru. Nisu se davale preporuke niti definirala najbolja praksa, nije se ulazilo u političke sfere.³³ Slijedom tih riječi zaključujemo da Priručnik želi pružiti analizu pozitivnog međunarodnog prava radi pružanja smjernica državama u provođenju njihovih tuzemnih i međunarodnih politika u kibernetičkom prostoru u kontekstu *jus ad bellum* i *jus in bello*.³⁴ Naime smatralo se da će njegovi korisnici morati uvažiti oboje radi odgovarajuće procjene kibernetičkih situacija.³⁵ Aktivnosti ispod te razine (poput kibernetičkog kriminala) nisu predmet interesa, kao ni teme iz područja međunarodnog telekomunikacijskog prava, pitanja kaznene odgovornosti pojedinca i sl. Priručnik objašnjava obuhvat primjenjivosti postojećih norma međunarodnog prava mjerodavnih za pitanja uporabe sile prije i tijekom oružanog sukoba, pri čemu se na više mjesta navodi da se on ne smatra potvrdom mjerodavnog međunarodnog prava.³⁶ Prije nego što se pristupilo tim zadacima, bilo je potrebno razriješiti dvojbu je li za potrebe normiranja kibernetičkog ratovanja potrebno stvoriti posve novo (ugovorno) pravo ili se ista svrha mogla ostvariti proširenjem postojećih pravila i principa međunarodnog prava.³⁷ Međunarodna skupina jednoglasno se složila s drugim stajalištem, prema kojem se postojeća pravila i principi nedvojbeno primjenjuju i na kibernetičko ratovanje.³⁸ Stoga pravila sadržana u Priručniku odražavaju gledište o primjenjivosti *lex lata* (odnosno prava koje je trenutačno mjerodavno za kibernetički sukob). Dobar je primjer navedenoga

³¹ Friis, K., Ringsmose, J., *Conflict in Cyber Space: Theoretical, Strategic and Legal Perspectives*, Routledge, 2016, str. 155.

³² Chapple, Seidl, *op. cit.* (bilj. 27), str. 62.

³³ Gladyshev, P., Marrington, A., Baggili, I., *Digital Forensics and Cyber Crime: Fifth International Conference, Revised Selected Papers*, Moskva, 2014, str. 131.

³⁴ Opširnije o pravilima Priručnika u kontekstu *jus ad bellum* i *jus in bello* v. npr. *ibid*, str. 137-139.

³⁵ Veliki problem u operacijama s kibernetičkim obilježjem jest učinkovito utvrđivanje izvora podrijetla napada. Takva neizvjesnost može dovesti do međusobnih optužaba i napetosti između država te ugroziti međunarodni mir i sigurnost, čije je očuvanje jedan od glavnih ciljeva organizacije Ujedinjenih naroda. V. Andrassy, J., Bakotić, B., Lapaš, D., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 2*, Zagreb, 2012, str. 125.

³⁶ Te norme proizlaze iz međunarodnog prava oružanih sukoba kao skupa pravila koja uređuju odnose među subjektima međunarodnog prava za vrijeme oružanog sukoba i u vezi s njim. V. Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 13), str. 124.

³⁷ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 130.

³⁸ *Ibid*, str. 134-135.

pravilo prema kojemu su kibernetičke operacije koje su izvršene u sklopu oružanog sukoba podložne pravu oružanih sukoba (pravilo 20), kao i u danoj definiciji kibernetičkog napada/agresije, koju poslije opširnije razmatramo (v. *infra*, poglavlje 5, odjeljak 3), a čiji temelji leže u definiciji pojma napad sadržanoj u Dopunskom protokolu Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba iz 1977. (u daljnjem tekstu: Protokol I.).³⁹

Priručnik ne odražava sveobuhvatne odnose u kibernetičkom prostoru, jer je njegovo težište na primjeni međunarodnog prava u kontekstu kibernetičkog ratovanja, odnosno kibernetičkih operacija koje se smatraju najozbiljnijima. To znači da predmet pravnog normiranja nije usmjeren na cjelokupnu materiju međunarodnog prava kibernetičke sigurnosti, nego na (značajan) segment iste. Spomenuli smo važnost digitalnog prostora kao jednog od određujućih obilježja suvremenog života i ključnog područja djelovanja svjetskog gospodarstva. Stoga nam se na prvi pogled čini održivom teza da ispitivanje promjena u kibernetičkoj sigurnosti (koje utječu na privatnu sferu, poslovnu ekonomiju i građansko društvo) ima primat u odnosu na izučavanje pravila i principa međunarodnog prava koji se odnose na uporabu sile ili oružani sukob, drugim riječima, da za prosječnu osobu kibernetički kriminal ima veću životnu važnost nego „visoka politika“ međunarodnih odnosa.⁴⁰ Stvarnost međutim demantira te tvrdnje i pokazuje da su vlade zemalja spremne iskoristiti prednost prilika koje im pruža kibernetička tehnologija čak i kada bi takve operacije mogle predstavljati zabranjenu upotrebu sile u međunarodnom pravu.⁴¹ Pojedini autori smatraju da, iako je kibernetičko ratovanje podložno ustanovljenim pravilima i principima unutar ambicija međunarodnog prava, prijenos tih pravila i principa (stvorenih i naknadno dograđivanih za fizički svijet) u kibernetički svijet predstavlja stanovite teškoće te da se neka od tih pitanja mogu riješiti samo jednoglasjem međunarodne zajednice i donosioca međunarodnih norma.⁴² Istodobno moramo uvažiti činjenicu da najveći broj kibernetičkih operacija usmjerenih prema državama (ili subjektima na njezinu području) neće dosegnuti nivo uporabe sile prema *jus ad bellum* ili oružani sukob prema *jus in bello*.⁴³ Stoga je na inicijativu NATO-ova Centra izvrsnosti pokrenut projekt koji je rezultirao donošenjem novog priručnika, u kojem se razmatraju mogućnosti odgovora država na kibernetičke operacije ispod praga oružanog napada i uporabe sile.⁴⁴ I prije dovršetka tog projekta neki su autori iznosili stav da će ta dva

³⁹ Podredno spomenimo da ovo nije prvi međunarodni dokument koji se bavi kodifikacijom i pitanjima primjene međunarodnog prava na kibernetički prostor. Tako je u veljači 2011. objavljeno prvo zajedničko rusko-američko izvješće koje se usredotočuje na zaštitu kritične infrastrukture u kibernetičkom prostoru pomoću sredstava međunarodnog humanitarnog prava (engl. *Working towards Rules Governing Cyber Conflict: Rendering the Geneva and Hague Conventions in Cyberspace*). Cilj te rusko-američke bilaterale bilo je istražiti kako se humanitarni principi, sadržani u ženevskim i haškim konvencijama o ratu, mogu proširiti na način da reguliraju rat u kibernetičkom prostoru. Opširnije o dosadašnjim kodifikacijama međunarodnog prava u kibernetičkom prostoru v. npr. *ibid*, str. 141.

⁴⁰ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 5.

⁴¹ V. Lawor, *op. cit.* (bilj. 10), str. 131.

⁴² Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 141.

⁴³ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 4.

⁴⁴ Tzv. Tallinnski priručnik 2.0. Opširnije v. npr. na: <http://securityaffairs.co/wordpress/56004/cyber-warfare-2/nato-tallinn-manual-2-0.html> (pristup: 29. ožujka 2017.).

priručnika na koherentan način obuhvatiti potpuni raspon međunarodnog prava kibernetičke sigurnosti.⁴⁵ S tim se mišljenjem slažemo te, poput tih autora, upozoravamo da je sve do donošenja takva novog dokumenta postojala stvarna opasnost promatranja svih kibernetičkih operacija (uključujući i one koje su ispod spomenutog praga oružanog napada i uporabe sile) isključivo kroz sferu Tallinnskog priručnika iz 2013., a to je iz navedenih razloga u cijelosti neprikladno.⁴⁶

Neki autori postavljaju pitanje o mogućoj kvalifikaciji Priručnika kao „pomoćnog sredstva utvrđivanja pravila“ u smislu članka 38. stavak 1.d Statuta Međunarodnog suda.⁴⁷ Pritom se polazi od stajališta da on predstavlja objavu onoga o čemu su se donosioci usuglasili u smislu pravila i principa međunarodnog prava primjenjivih na kibernetičko ratovanje.⁴⁸ Nadalje, upozoravamo da većina pravila Priručnika proizlazi iz običajnog međunarodnog prava, koje se danas smatra važnim izvorom prava oružanih sukoba.⁴⁹ Pri tome se polazilo od savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda o legalnosti nuklearnog oružja da haška pravila (1907.) odražavaju međunarodno običajno pravo te da većina odredaba ženevskih normiranja (1949.) ima isti status.⁵⁰ Donosioci Priručnika nastojali su demonstrirati kako postojeća međunarodna legislacija, koja se odnosi na domene zraka, mora, kopna i svemira, može biti vodič u tzv. „petoj domeni“ kibernetičkih aktivnosti.⁵¹ Primjer je navedenoga pravilo prema kojemu je zabranjeno upotrijebiti mine iznenađenja povezane sa stanovitim objektima naznačenima u pravu oružanih sukoba (pravilo 44). Naime u komentaru toga pravila naznačeno je da ono potječe iz Protokola o zabrani ili ograničenju uporabe mina, mina iznenađenja ili drugih naprava (1980.) te da odražava običajno međunarodno pravo. S druge strane Priručnik upozorava na ona međunarodna pravila koja nisu utemeljena na običaju i koja su u svojoj primjeni ograničena na stranke međunarodnih ugovora iz kojih potječu. Primjer nalazimo u pravilu prema kojemu je državama strankama Protokola I. zabranjena uporaba kibernetičkih metoda ili sredstava ratovanja koja su namijenjena ili za koje se očekuje da prouzrokuju široko rasprostranjene, dugoročne i ozbiljne štete prirodnom okolišu (pravilo 83b). Nisu svi suglasni s takvim metodološkim principom. Neki autori uspoređuju taj proces s pristupom brutalne sile i ističu da su se članovi Međunarodne skupine poslužili pravilima postojećeg prava kinetičkog ratovanja i jedno po jedno od tih pravila pokušali prisiliti na primjenu u kibernetičkoj domeni, čak i u slučajevima kada se to pokazalo problematičnim.⁵² Ti autori istodobno smatraju da je kibernetičko ratovanje drugačije od

⁴⁵ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 4.

⁴⁶ V. npr. *ibid.*, str. 1.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 11.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Opširnije o izvorima prava oružanih sukoba vidi npr. Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 13), str. 125-132.

⁵⁰ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (*Advisory Opinion*), *International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders* (dalje: ICJ Reports), 1996.

⁵¹ Henschke, Strawser, *op. cit.* (bilj. 18), str. 17.

⁵² Richet, J., L., *Cybersecurity Policies and Strategies for Cyberwarfare Prevention*, 2015, str. 19.

kinetičkog ratovanja, zbog čega je potreban drugačiji način pristupa, i zauzimaju se za tzv. stupnjeviti pristup.⁵³

Navedene tvrdnje iz ovoga poglavlja ilustrirat ćemo čitateljima u nastavku ovoga članka kratkim prikazom i analizom ključnih pravila o zabrani uporabe sile i pravila o samoobrani, sadržanih u poglavlju II. Priručnika. Istodobno završno zaključujemo da je Međunarodna skupina samo identificirala moguće ponašanje država u kibernetičkom području, interpretirala primjenjiva pravila međunarodnog prava i pružila rješenja utemeljena na metodološkim procedurama.⁵⁴ Autor takva ograničenja u obuhvatu Priručnika negativno cijeni. Naime postoji stalna potreba razvoja međunarodnog prava radi davanja odgovarajućeg odgovora na izmijenjene prilike međunarodnog života.⁵⁵ Donosioci Priručnika takvoj potrebi nisu udovoljili i smatramo da su time propustili priliku davanja vlastitog doprinosa progresivnom razvoju i kvalitativnom obogaćenju te grane prava. Pojedini autori upozoravaju da to što je u procesu izrade korištena metoda interpretacije znači da dobiveni rezultati rada mogu biti predmet raznih osporavanja, kao i da države te rezultate mogu odbiti pozivajući se na svoje koncepcije razumijevanja prava, odnosno koristeći se argumentom da su postignuti rezultati suprotni njihovim tuzemnim ili međunarodnim interesima.⁵⁶

4. UPORABA SILE I SAMOOBRANA

Poglavlje II. Priručnika bavi se uporabom sile. Već je na prvi pogled uočljivo da su mnoga pravila iz tog poglavlja *mutatis mutandis* preslika odredaba koje nalazimo u međunarodnim konvencijama. Tako pravilo 13 (Samoobrana protiv oružanog napada), pravilo 16 (Kolektivna samoobrana) i pravilo 17 (Obavještanje o poduzetim mjerama samoobrane) uključuju pozivanje na članak 51. Povelje UN-a, dok se pravilo 18 (Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda) i pravilo 19 (Regionalne organizacije) odnosi na članke 39, 41, 42 i 52 Povelje UN-a.⁵⁷ U raspravama o poglavlju II. članovi Međunarodne skupine polazili su od spomenutog savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda o legalnosti nuklearnog oružja, prema kojem se članak 2. stavak 4. Povelje UN-a (koji se odnosi na uporabu sile) i čl. 51. Povelje UN-a (koji se odnosi na uporabu samoobrane) primjenjuju na bilo koju uporabu sile, bez obzira na to koje je oružje upotrijebljeno.⁵⁸ U skladu s ranijim razmatranjima u prethodnom poglavlju ovoga rada, primjenom teleološke metode tumačenja, a istodobno vodeći se kriterijem logike i razuma, zaključujemo da se postojeća pravila i standardi međunarodnog prava primjenjuju u pitanjima uporabe sile u kibernetičkom ratovanju. Stoga se slažemo s autorima koji smatraju da kibernetičke operacije potpadaju pod naum i svrhu težnja sadržanih u spomenutom stajalištu

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 12.

⁵⁵ Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo 1, 2. izd.*, Zagreb, 2010, str. 39-41.

⁵⁶ V. npr. Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 12.

⁵⁷ Lovelace, D., C., *Terrorism: Commentary on Security Documents*, vol. 140, Oxford, str. 131.

⁵⁸ ICJ Reports 1996, *op. cit.* (bilj. 50), st. 39.

Međunarodnog suda.⁵⁹ Nadalje, s obzirom na to da Povelja UN-a daje opće standarde za uporabu sile, ona se time ustanovljuje kao važan instrument u analizi materije kibernetičkog ratovanja. U pogledu suvremenih trendova smatramo prikladnim ovom prilikom uputiti na mišljenja uglednih autora koji upozoravaju da, iako smo daleko od remilitarizacije sustava vrijednosti, moramo pažljivo pratiti pokušaje momentalnih „moćnika“ da se na razne načine dovede do pravnog proširenja mogućnosti uporabe sile.⁶⁰

U međunarodnoj zajednici postoji suglasje da kibernetička operacija može doseći status oružanog napada.⁶¹ Prema Priručniku nezakonita je ona kibernetička operacija koja predstavlja prijetnju ili uporabu sile usmjerene protiv teritorijalne cjelovitosti ili političke nezavisnosti bilo koje zemlje, ili koja je na bilo koji drugi način nespojiva s ciljevima Ujedinjenih naroda (pravilo 10). U tom kontekstu definiranje sile pokazuje se ključnim. Naime prema stajalištu članova Međunarodne skupine kibernetički napadi koji imaju isti učinak kao i oružani napad trebaju biti kvalificirani kao uporaba sile, uz upozorenje da procjena kibernetičkih operacija nije lak zadatak, odnosno da je potrebno iznaći odgovarajuće sredstvo procjene kibernetičkih operacija u kontekstu uporabe sile.⁶² Kako bi se utvrdilo predstavlja li kibernetička operacija uporabu sile i oružani napad, Priručnik se poziva na različita pravila i kriterije.⁶³ Tako kibernetička operacija predstavlja uporabu sile kada je njezin opseg i učinak usporediv s nekibernetičkim operacijama koje dosežu nivo uporabe sile (pravilo 11). Komentar tog pravila sadrži (neobvezujuću) listu od osam faktora za procjenu sile, i to: njezina ozbiljnost, neposrednost, izravnost, intenzitet napada, mjerljivost učinaka, vojni karakter, uključenost države i pravna utemeljenost.⁶⁴ Smatra se da je zabranjena svaka sila koja uzrokuje štetne učinke u obliku smrti ili ozljede i/ili fizičku štetu i koja je jednaka onoj koja nastaje kao posljedica uporabe vojne sile.⁶⁵ Polazeći od shvaćanja Međunarodnog suda iznesenih u predmetu *Nicaragua*, Priručnik uvodi svojevrsni *de minimis* prag za procjenu opsega i učinka kibernetičke operacije i navodi da bi ozbiljna uporaba sile predstavljala oružani napad (koji ima za posljedicu aktiviranje prava na samoobranu), dok s druge strane svaka manje ozbiljna uporaba sile ne bi imala karakter oružanog napada, ali bi predstavljala povredu članka 2. stavka 4. Povelje UN-a.⁶⁶ Autor takvo općenito određenje praga procjene negativno cijeni. Smatramo da bez taksativno navedenih i detaljno objašnjenih (obvezujućih) kriterija za mjerenje stupnja ozbiljnosti pojedine uporabe sile granice procjene ostaju prilično široke

⁵⁹ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 137.

⁶⁰ Seršić, M., *Agresija, samoobrana i anticipatorna samoobrana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 57, br. 2, 2007, str. 287.

⁶¹ Lehto, M., Neittaanmäki, P., *Cyber Security: Analytics, Technology and Automation*, Springer, 2015, str. 92.

⁶² Chapple, Seidl, *op. cit.* (bilj. 27), str. 67.

⁶³ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 137.

⁶⁴ Priručnik raspravlja i o drugim faktorima koji mogu biti uzeti u obzir prilikom razmatranja kibernetičkih operacija kao nezakonite uporabe sile. Tako se u odnosu na kriterij ozbiljnosti navodi da, što je posljedica ozbiljnija (po ključne nacionalne interese), to će više pridonijeti kvalifikaciji kibernetičke operacije kao uporabe sile. Ujedno, u tom će slučaju obuhvat, trajanje i intenzitet posljedice biti od ključne važnosti. V. Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 22.

⁶⁵ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 23. Pojam oružanog napada (agresije) bio je u središtu razmatranja Međunarodnog suda u presudi u slučaju *Nicaragua* 1986. V. ICJ Reports 1986 i Seršić, *op. cit.* (bilj. 60), str. 274-282.

i nejasne. S tim se mišljenjem slažu i drugi autori.⁶⁷ Nadalje, prema Priručniku kibernetička operacija ili prijetnja kibernetičkom operacijom predstavlja nezakonitu prijetnju silom kada bi aktivnost kojom se prijeti, pod pretpostavkom njezina izvršenja, bila nezakonita uporaba sile (pravilo 12). Srž je prijetnje u prisili. Prijetnja može biti izražena na različite načine (riječima, konkludentnim radnjama i dr.), stoga autor smatra da procjena stupnja njezine ozbiljnosti ovisi o konkretnim i specifičnim okolnostima slučaja.⁶⁸ Dakle kao i kod procjene ozbiljnosti uporabe sile i u ovom slučaju granica za procjenu ostaje široka i nejasna uslijed nedostataka kriterija za mjerenje stupnja ozbiljnosti prijetnje.

Ukoliko dođe do uporabe sile, Priručnik se poziva na pravilo prema kojem država koja je meta kibernetičke operacije (koja doseže nivo oružanog napada) može iskoristiti svoje prirodno pravo na samoobranu, a predstavlja li kibernetička operacija oružani napad, ovisi o njezinu opsegu i učincima (pravilo 13). Prema citiranom pravilu to znači da država ima pravo obraniti se u slučaju da je objekt kibernetičke operacije koja po svojem opsegu i učinku predstavlja oružani napad.⁶⁹ Samoobrana je dopuštena samo kao odgovor na kibernetičku operaciju koja se izjednačava s oružanim napadom. No kako ni Sud ni Priručnik precizno ne navode kriterije za mjerenje stupnja ozbiljnosti takva napada, ostaje otvorenim pitanje kada je samoobrana dopuštena.⁷⁰ To više što i prema samom tekstu Priručnika država ne može uporabiti silu u odgovoru na silu koja je ispod praga oružanog napada.⁷¹ Upravo se stoga od slučaja do slučaja procjenjuje radi li se oružanoj operaciji dovoljne ozbiljnosti da se može smatrati oružanim napadom od kojega je dopuštena samoobrana, uslijed čega jedan te isti incident može, ali i ne mora, biti kvalificiran oružanim napadom.⁷² Daljnja analiza spomenutih pitanja premašila bi svrhu ovoga članka, stoga završno upozoravamo na postojanje cijelog niza nejasnoća o uporabi sile kao oružanom napadu u kontekstu kibernetičkih operacija, koje ostaju otvorene za daljnju raspravu, poput kibernetičkih operacija poduzetih izvan krugova vladinih vojnih organizacija (npr. od civilnih ugovaratelja, plaćenika, pojedinaca, organiziranih grupa), kvalifikacije kibernetičkog napada koji ne uzrokuje izravnu fizičku štetu (npr. napad na državne financijske institucije) itd.⁷³

⁶⁷ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 23.

⁶⁸ Priručnik u svrhu ilustracije daje primjer države koja (u ozračju napetosti s drugom državom) agresivno razvija kibernetičke kapacitete i nadalje objašnjava da takva situacija sama po sebi neće predstavljati nezakonitu prijetnju silom. O nezakonitoj uporabi bit će riječ tek u slučaju objave da će takve novostečene kibernetičke sposobnosti biti uporabljene upravo u tu svrhu.

⁶⁹ Opširnije o konceptu samoobrane u međunarodnom pravu v. Seršić, *op. cit.* (bilj. 60), str. 271-290.

⁷⁰ Ako dođe do uporabe sile, Priručnik navodi pojedine situacije i objašnjava hoće li se one smatrati uporabom sile. Npr. nerazornu kibernetičku psihološku operaciju, koja se poduzima isključivo radi potkopavanja povjerenja u vladu ili ekonomiju, ne smatra uporabom sile. S druge strane niz kibernetičkih incidenata koji su pojedinačno ispod praga oružanog napada, ali su počinjeni od strane istog subjekta i pokazuju stanoviti obrazac, može kumulirano biti kvalificiran kao oružani napad kojim se aktivira pravo na samoobranu. V. Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 30.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Seršić, *op. cit.* (bilj. 60), str. 271-290.

⁷³ Neki autori upućuju na mogućnost kvalificiranja kibernetičke operacije kao uporabe sile pod pretpostavkom da ona ozbiljno utječe na ključnu državnu infrastrukturu, što dokazuju primjerom

5. PRAVILA I KOMENTARI TALLINNSKOG PRIRUČNIKA

Uvodni dio otkriva kako je proveden proces utvrđivanja pravila prilikom izrade Priručnika i navodi da ona odražavaju postignuto suglasje između članova Međunarodne skupine glede primjenjivosti *lex lata*.⁷⁴ Ne iznosi se *lex ferenda*. Članovi Međunarodne skupine bili su suglasni da pravila Priručnika predstavljaju presliku običajnog međunarodnog prava (osim ako izričito nije drugačije navedeno),⁷⁵ pri čemu su pojedini članovi povremeno upućivali na potrebu primjene različitih standarda identifikacije (strožih ili liberalnijih) u odnosu na one koji su u konačnici dogovoreni.⁷⁶ To znači da ona sadržajno predstavljaju odraz pravila međunarodnog prava primjenjivih na materiju kibernetičkog ratovanja, što smo pokazali na primjeru pravila koja reguliraju uporabu sile, a bit će vidljivo i iz analize pravila o definiciji kibernetičkog napada.⁷⁷ Prema nekima razvoj norma za ponašanje država u kibernetičkom prostoru kao takav ne čini postojeće međunarodne norme zastarjelima.⁷⁸ Istodobno ponovno upućujemo na savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda o legalnosti nuklearnog oružja, koji smatra da se *jus ad bellum* primjenjuje na bilo koju uporabu sile neovisno o tome koje se oružje koristi te da je oružani sukob, čim postoji, reguliran pravilima međunarodnog humanitarnog prava.⁷⁹ Pri stvaranju pravila osobito se pazilo i na terminologiju.⁸⁰ To je vidljivo iz primjera pravila kojim se „kibernetička sredstva ratovanja“ definiraju kao kibernetička oružja i njihovi pridruženi kibernetički sistemi (pravilo 41a). Unatoč svemu Priručnik ne polaže pravo da bude nacrt za norme neke buduće konvencije o uporabi sile u kibernetičkom prostoru.⁸¹ On samo predlaže stanovita pravila koja bi trebala biti korištena u donošenju odluka u složenim pitanjima kibernetičkog sukoba i u tom smislu, kako smo objasnili, ne unosi neke naročite novine u pozitivno međunarodno pravo.⁸² Smatramo da prava vrijednost tih pravila proizlazi iz njihove praktičnosti, što znači da ona mogu poslužiti

manipulacije podataka o državnoj ekonomiji koja ima ozbiljne negativne posljedice na državnu ekonomsku i političku dobrobit. V. Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 22.

⁷⁴ Str. 5 uvoda Priručnika.

⁷⁵ Uvod Priručnika spominje pravilo 38, koje je gotovo identično tekstu članka 52. stavka 2. Protokola I. U komentaru tog pravila dodatno se navodi stajalište članova Međunarodne skupine, prema kojem takva ugovorna odredba predstavlja pouzdanu i točnu potvrdu običajnog međunarodnog prava.

⁷⁶ Jednoglasnost potrebna za usvajanje teksta pravila odnosila se samo na članove Međunarodne skupine, ali ne i na promatrače, unatoč njihovu aktivnom sudjelovanju u svim raspravama pri izradi sadržaja Priručnika (v. *supra*, bilj. 14).

⁷⁷ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 131.

⁷⁸ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 9-10. S druge strane postavlja se pitanje dometa do kojeg postojeća pravna norma može na odgovarajući način biti primijenjena na nove tehnologije, metode, sredstva ratovanja i strateške okolnosti. Ta se tematika dijeli na dva međusobno različita, ali bitno povezana pitanja, odnosno primjenjuje li se pojedinačno pravilo u novom kontekstu te, ako se primjenjuje, na koji način. To su temeljna pitanja kojima se mnogi autori (poput autora Tallinnskog priručnika) bave. V. Boothby, H., W., *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors*, 2014, str. 9.

⁷⁹ ICJ Reports 1996, *op. cit.* (bilj. 50), st. 39.

⁸⁰ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 132. Npr. predgovor prvog poglavlja sadrži objašnjenje pojma „kibernetičke operacije“ i navodi da se taj pojam odnosi na uporabu kibernetičkih kapaciteta s primarnom svrhom ostvarenja ciljeva u kibernetičkom prostoru.

⁸¹ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 11.

⁸² McGhee, *op. cit.* (bilj. 22), str. 24.

državama kao prikladni alat u oblikovanju njihova ponašanja u kibernetičkom prostoru i u pitanjima koja su s njim povezana. S navedenim se slažu i drugi autori.⁸³ S obzirom na to da je Priručnik sačinjen radi opisa *lex lata* u odnosu na kibernetičko ratovanje, njegova se pravila fokusiraju samo na one kibernetičke operacije koje se smatraju najrazornijima, odnosno odražavaju spomenuti *jus ad bellum* i *jus in bello* (no ne beziznimno, jer su neka pravila posvećena i drugim pitanjima, poput suvereniteta o kojem smo govorili u početnom dijelu ovoga rada, zatim sudbene nadležnosti, imuniteta, odgovornosti država, protumjera i dr.).

Komentari imaju ključnu ulogu u ostvarenju prethodno navedenih funkcija time što upozoravaju na sva bitna pitanja interpretacije i primjene tih pravila. Komentari objašnjavaju pravilo dovodeći ga u svezu s izvorom međunarodnog prava na kojem se ono temelji i pokazuju kako je Međunarodna skupina došla do zaključka da se odnosno pravilo može primijeniti u materiji kojom se Priručnik bavi.⁸⁴ Dakle njihova je svrha utvrditi pravni temelj samog pravila te objasniti njegove normativne implikacije, uz istodobno upućivanje na praktični domašaj (u kibernetičkom kontekstu).⁸⁵ Kako se Priručnik odnosi na pitanja međunarodnoga i nemeđunarodnoga oružanog sukoba, komentari sadrže naznaku kada je koje od sadržanih pravila primjenjivo na obje navedene kategorije. Primjer nalazimo u pravilu prema kojemu su dopuštene kibernetičke operacije koje se kvalificiraju kao lukavstvo (pravilo 61), a čiji komentar navodi da je takvo lukavstvo dopušteno u objema navedenim kategorijama oružanog sukoba. Slažemo se s mišljenjem autora koji smatraju da važnost komentara proizlazi iz toga što oni otkrivaju pitanja (u svezi s pravilima Priručnika na koja se odnose) glede kojih je postojalo suglasje stručnjaka Međunarodne skupine, kao i pitanja glede kojih takvo suglasje nije postojalo, odnosno gdje su postojala većinska i manjinska mišljenja u skupini.⁸⁶ Prema tome svatko tko želi otkriti teme koje su bile predmet nesuglasja treba izvršiti uvid u prateće komentare u kojima se čitateljima otkrivaju mnoge korisne informacije, poput prijedloga pravila, njihovih razloga i značenja te (važnija) pitanja o kojima u konačnici nije postignuta suglasnost.⁸⁷ Tako je primjerice u komentaru pravila o dopuštenosti lukavstva naznačeno da je Međunarodna skupina bila podijeljena u mišljenju o zakonitosti maskiranja računala ili računalne mreže radi prikrivanja unutar civilnog sustava na način koji ne predstavlja perfidiju. Na značaj statusa komentara upućuje i uvodni dio Priručnika, koji naglašava bitno nastojanje njegovih donosilaca da se (za potrebe daljnjeg razmatranja od strane korisnika) u komentare uključe sva (značajnija) iznesena stajališta, a sve s obzirom na nerazvijenost ugovorne primjene i prakse država u kontekstu kibernetičkog ratovanja u međunarodnom pravu.⁸⁸ Navedene tvrdnje oživotvorit ćemo čitateljima u nastavku ovoga

⁸³ V. npr. Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 12.

⁸⁴ Boothby, *op. cit.* (bilj. 78), str. 74.

⁸⁵ Međunarodna se skupina u komentarima često pozivala na sadržaj vojnih priručnika iz SAD-a, Kanade, Njemačke i Velike Britanije.

⁸⁶ Boothby, *op. cit.* (bilj. 78), str. 74.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Str. 6 uvoda Priručnika.

poglavlja iznošenjem bitnih postavaka pravila Priručnika glede definicije kibernetičkog napada (agresije).

Priručnik definira kibernetički napad (agresiju) kao kibernetičku operaciju poduzetu u napadu ili obrani za koju je razumno očekivati da će prouzročiti ozljedu ili smrt osoba, odnosno štetu ili uništenje objekata (pravilo 30). Temelj toga pravila leži u definiciji pojma napad iz članka 49. stavka 1. Protokola I., koja glasi: „Napad“ znači djela nasilja protiv protivnika poduzeta u napadu ili obrani.“ Početni nam komentari otkrivaju da je za potrebe definiranja kibernetičkog napada upućivanje na pojam „djela nasilja“ iz citiranog članka potrebno provesti na način da se time istodobno ne ograničava opseg napada na aktivnosti kojima se oslobađa isključivo kinetička snaga.⁸⁹ Takvo stajalište Međunarodna skupina temelji na postojećim shvaćanjima prava oružanih sukoba, što dokazuje primjerom biološkog i kemijskog napada, koji (obično) ne rezultiraju kinetičkim učinkom, ali istodobno nema dvojbe da takva djela predstavljaju oružani napad u međunarodnom pravu.⁹⁰ Druga bitna značajka na koju nas komentari upućuju odnosi se na problematiku visine praga posljedične štete, temeljem kojega se određuje potpada li doista kibernetička operacija pod definiciju kibernetičkog napada iz Priručnika. Drugim riječima, fokus na pitanje što sačinjava kibernetički napad uvelike je usmjeren na posljedice kibernetičkih operacija.⁹¹ I mnogi autori smatraju da je precizno utvrđenje posljedica kibernetičkih operacija središnja komponenta definicije kibernetičkog napada.⁹² Priručnik navodi da napad u kibernetičkom prostoru mora rezultirati ozljedom, smrću, štetom ili uništenjem da bi se mogao kvalificirati kao oružani napad prema međunarodnom pravu.⁹³ Analiza je primarno usmjerena na nasilne posljedice takva napada.⁹⁴ Dakle u svojim raspravama Međunarodna skupina polazi od stajališta prema kojem o posljedičnoj šteti koja proizlazi iz kibernetičke operacije ovisi moguća kvalifikacija te aktivnosti kao napada. Ta naizgled jednostavna početna postavka ima cijeli niz teškoća u svojoj praktičnoj primjeni i upravo je zbog toga Međunarodna skupina najveći dio svojih komentara tog pravila posvetila spomenutoj problematici; primjerice kako kvalificirati prag štete koja se sastoji u ometanju funkcionalnosti objekta; što ako cilj napada nije ni svjestan da je napadnut; doseže li traženi prag napada šteta koja se može otkloniti reinstalacijom operativnog sustava; kakve su pravne postavke ako šteta ne nastane uslijed uspješnog korištenja sredstava kibernetičke obrane itd. Detaljna analiza navedene problematike prelazila bi ambicije ovoga članka, no u svrhu ilustracije niza kritika kojima su rješenja Priručnika izložena spomenut ćemo mišljenja pojedinih autora koji smatraju da je izložena definicija prejednostavna i da ne obuhvaća složene nijanse

⁸⁹ Norris, M., J., *The Law of Attack in Cyberspace: Considering the Tallinn Manual's Definition of „Attack“ in the Digital Battlespace*, u: *Inquiries Journal*, vol. 5, br. 10, str. 1.

⁹⁰ Opširnije o konceptu pojma oružanog napada u međunarodnom pravu v. Seršić, *op. cit.* (bilj. 60), str. 274-282.

⁹¹ Norris, *op. cit.* (bilj. 89), str. 1.

⁹² *Ibid*, str. 3.

⁹³ Lawor, *op. cit.* (bilj. 10), str. 8.

⁹⁴ Collin, A., *Direct Participation in Hostilities from Cyberspace*, u: *Virginia Journal of International Law*, vol. 54, br. 1, str. 183.

kibernetičkog ratovanja.⁹⁵ Slažemo se s tim mišljenjem. Naime, kako i sam Priručnik navodi, spektar kibernetičkih napada širok je zbog same prirode kibernetičkog prostora, koja pruža mogućnosti za cijeli niz djelatnosti s različitim kinetičkim i nekinetičkim posljedicama, čiji se učinci kreću od posve bezopasnih do (veoma) razornih. Iz istog razloga pozitivno cijenimo mišljenja prema kojima u današnjem digitalnom društvu takva definicija nužno mora uzeti u obzir i moguće učinke manipulacije podacima i izmjene raznih mrežnih standarda rada, sve radi uzrokovanja virtualnih uništenja ili poremećaja.⁹⁶ Iz takvih razmišljanja proizlaze pojedini prijedlozi da se definicija proširi na način da se u nju uključi i pojam neutralizacije.⁹⁷ S obzirom na to da vojna prednost proizlazi iz pukog onesposobljavanja predmeta (vojnog cilja), neovisno o načinu do kojega je do toga došlo (uništenjem, oštećenjem ili na drugi način), takvo proširenje definicije smatramo odgovarajućim.⁹⁸ S obzirom na to da neutralizacija nije novi koncept u međunarodnom pravu, štoviše, nalazimo ga u definiciji vojnih ciljeva u članku 52. stavku 2. Protokola I, ostaje nejasno potpuno ignoriranje tog pojma od strane Međunarodne skupine pri izradi definicije kibernetičkog napada, kao i u njezinim popratnim komentarima.

6. AUTORITET I OPĆI ZNAČAJ TALLINNSKOG PRIRUČNIKA

Autoritet Tallinnskog priručnika najbolje je sažeo njegov glavni urednik riječima da taj Priručnik nije službeni dokument, nego rad skupine neovisnih stručnjaka, koji su pri njegovoj izradi sudjelovali isključivo u svojem osobnom svojstvu. Neovisno o znanju i dugogodišnjem iskustvu članova Međunarodne skupine ostaje činjenica da Tallinnski priručnik nije međunarodno obvezujući dokument, nego tekst obuhvaćen pod pojmom „međunarodni priručnik“.⁹⁹ Za proces nastanka takvih radova karakteristično je da započinje okupljanjem grupe iskusnih pojedinaca, najčešće znanstvenika i praktičara, na inicijativu određenog tijela, radi rješavanja stanovitih problema koji proizlaze iz zadane teme izučavanja.¹⁰⁰ Iz prvog dijela ovoga članka vidljivo je da se u tom smislu ovaj Priručnik ne razlikuje od drugih istovrsnih priručnika te se kao primjer često upućuje na poznati Sanremski priručnik.¹⁰¹ Dakle treba ga karakterizirati ni manje ni više nego kao

⁹⁵ Stavridis, J., G., *Incoming: What Is a Cyber Attack?*, u: Signal Magazine, 1. siječanj 2015., str. 1.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Takva definicija glasila bi: „Kibernetički je napad kibernetička operacija poduzeta u napadu ili obrani za koju je razumno očekivati da će prouzročiti ozljedu ili smrt osoba, odnosno štetu, uništenje ili neutralizaciju objekata.“ V. Norris, *op. cit.* (bilj. 89), str. 1. Predlažu se i druge definicije, npr. „Kibernetički je napad namjerna projekcija kibernetičke sile koja rezultira kinetičkim ili nekinetičkim posljedicama koje prijete nacionalnoj sigurnosti ili je na drugi način destabiliziraju, štete ekonomskim interesima, stvaraju političku ili kulturnu nestabilnost ili štete pojedincima, napravama ili sustavima.“ V. *ibid.*, str. 2.

⁹⁸ U tom slučaju dodatni izazov postaje jasno formuliranje sadržaja pojma neutralizacija kako bi se izbjegla preširoka definicija „kibernetičkog napada“, koja bi mogla obuhvatiti puku neugodnost i ometanje. V. npr. Norris, *op. cit.* (bilj. 89), str. 2-3.

⁹⁹ Neki autori smatraju da se pojam „međunarodni priručnik“ odnosi na bilo koji tekst koji se obično sastoji od izjava pravnog karaktera ili pravne regulacije, a objavljuje se s pridruženim komentarima koji ga objašnjavaju, i čiji dijelovi ili cjelina sadržavaju suglasna gledišta stručnjaka koji su pripremili tekst ili one dijelove o kojima je postignuta suglasnost. V. Boothby, *op. cit.* (bilj. 78), str. 66.

¹⁰⁰ Opširnije o donesenim međunarodnim priručnicima i njihovim donosiocima v. npr. *ibid.*

¹⁰¹ Puni naziv: Sanremski priručnik o međunarodnom pravu primjenjivom na oružane sukobe na moru (engl. *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*).

konsenzus akademskog rada skupine međunarodnih stručnjaka koji su posvetili tri godine identifikaciji postojećeg prava primjenjivog na kibernetičko ratovanje.¹⁰² Rezultat je nastanak svojevrsnog alata koji državama može poslužiti u oblikovanju njihova ponašanja u kibernetičkom prostoru. No autoritet ovoga rada donekle je doveden u pitanje uslijed problematike geografske neujednačenosti u kontekstu sastava Međunarodne skupine. U početnom dijelu ovoga članka spomenuli smo da je većina članova dolazila iz zemalja članica NATO-a. Tako Talinska razmatranja izostavljaju predstavnike Kine, Rusije i drugih nacija i kultura za koje se moglo smatrati da imaju značajan interes u raspravljanju o naglašavanju hermeneutičkih principa, kao i rezultata pokušaja ekstrapoliranja postojećeg međunarodnog prava na kibernetičku domenu.¹⁰³ Unatoč navedenome smatramo da ipak postoji razumno očekivanje da taj dokument, ili barem njegovi pojedini dijelovi, steknu opće odobrenje i tih zemalja te s tom svrhom podsjećamo čitatelje ovoga članka na stajalište onih autora koji ističu da glavni doktrinarni radovi iz područja međunarodnog prava ionako pretežito dolaze iz (kolokvijalno govoreći) zapadnih/sjevernih zemalja, posebno iz manje skupine nekoliko tih zemalja gdje je razvoj i izgradnja međunarodnog prava dosegla poprilično visok stupanj.¹⁰⁴ Zato smatramo da nema mjesta zaključku da Priručnik odražava isključivo europsko kontinentalno i anglosaksonsko pravo (u kontekstu podjele međunarodnog prava na opće i posebno (partikularno, npr. regionalno)), a da pravna shvaćanja ostalih zemalja i nacija nisu uzeta u obzir.

U pogledu njegova općeg značaja ovaj dokument cijenimo vrijednim doprinosom u produblivanju i boljem razumijevanju primjene međunarodnog prava u kibernetičkom prostoru, a time i međunarodnog prava kibernetičke sigurnosti kao cjeline. S tim se mišljenjem slažu i drugi autori.¹⁰⁵ Analizirajući dostupnu građu za potrebe izrade ovoga rada, nismo našli dokaz za tvrdnju da je Priručnik stekao opće prihvaćanje, priznanje ili odobravanje. Samo će vrijeme pokazati hoće li i ovaj Priručnik biti uspješan kao spomenuti Sanremski priručnik. Slažemo se s mišljenjem pojedinih autora da je ovaj dokument dobra početna točka za daljnje analize i zaslužuje pohvalu jer daje doprinos boljem razumijevanju međunarodnog prava primjenjivog na kibernetičko ratovanje.¹⁰⁶ Spomenimo i da će Priručnik pridonijeti daljnjim pravnim razgovorima i razmatranjima time što će služiti kao temelj koji se daljnjim akademskim radom može nadograđivati.¹⁰⁷ U tom smislu dodatno cijenimo početni dio Priručnika, u kojem se razmatraju opća pitanja međunarodnog prava kibernetičke sigurnosti (sudska nadležnost, odgovornost država, opća zabrana uporabe sile i dr.). Bez sveobuhvatnog razumijevanja tih tema nema ni pravilne primjene ostalih norma mjerodavnih za kibernetičko ratovanje, što smo pokazali u kratkom osvrtu na pravilo o suverenosti. No spomenimo i da naše mišljenje ne dijele svi.

¹⁰² Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 4.

¹⁰³ Henschke, Strawser, *op. cit.* (bilj. 18), str. 17-18.

¹⁰⁴ V. npr. Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 11.

¹⁰⁵ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 131-132.

¹⁰⁶ Roscini, *op. cit.* (bilj. 4), str. 32.

¹⁰⁷ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 16.

Primjerice Rusija se trenutačno ne slaže s pozitivnom ocjenom i smatra da se radi o dokumentu koji ozakonjuje kibernetičko ratovanje.¹⁰⁸

Donošenje ovog dokumenta može označiti svojevrsnu početnu točku procesa nastanka općeg dogovora o primjenjivosti i obuhvatu pravila i principa međunarodnog prava mjerodavnog za pitanja uporabe sile i ponašanja u neprijateljstvima u kibernetičkom prostoru, što bi države svakako trebale pozdraviti.¹⁰⁹ Smatramo da je u okolnostima rastuće važnosti komunikacijske i informacijske tehnologije bilo krajnje vrijeme da se objasni primjenjivost *jus ad bellum* i *jus in bello* na operacije u kibernetičkom prostoru. S tim se mišljenjem slažu i drugi autori.¹¹⁰ S obzirom na izniman značaj tematike kibernetičkog ratovanja, a istodobno ne dovodeći u pitanje novi priručnik NATO-ova Centra izvrsnosti, u kojem se ispituju mogući odgovori država na kibernetičke operacije ispod praga oružanog napada i uporabe sile (v. *supra*, poglavlje 3, odjeljak 2), stajališta smo da je došlo vrijeme za donošenje suvremenog pravno obvezujućeg međunarodnog dokumenta (na razini konvencije) koji bi sveobuhvatno sabrao takva pravila. To bi ujedno bila odlična prilika za iznalaženje novih pravnih rješenja, ili barem prilika za početak ozbiljnije rasprave o cijelom nizu sve aktualnijih pitanja. S tim se mišljenjem slažu i drugi autori, a neki od njih predlažu da takav projekt bude proveden pod okriljem Ujedinjenih naroda.¹¹¹ Autor tu inicijativu smatra odgovarajućom iz razloga što su Ujedinjeni narodi organizacija stvorena upravo sa svrhom ostvarenja određenih zadatka za cijelu međunarodnu zajednicu te u čijem se okrilju stvara običajno međunarodno pravo.¹¹²

7. ZAKLJUČAK

Završavajući rad, Tallinnskom priručniku dajemo pozitivnu ocjenu unatoč cijelom nizu ograničenja na koja smo upozorili. Smatramo da njegova jedinstvenost proizlazi iz primjene *lex lata* na (relativno) novo tehnološko okruženje jer je kibernetička tehnologija (kakvu danas poznajemo) novina u odnosu na tradicionalna pravila međunarodnoga prava. Kibernetički napadi (i svaka druga uporaba kibernetičke tehnologije u svrhu zlonamjernog iskorištavanja digitalnih prednosti) danas predstavljaju novi i stvarni oblik opasnosti za državu, društvo i pojedinca. U tim je okolnostima bilo nužno donijeti dokument koji bi državama pružio barem smjernice prilikom provođenja njihovih tuzemnih i međunarodnih interesa u kibernetičkom prostoru (i svim drugim mogućim oblicima korištenja kibernetičke tehnologije). Tallinnski priručnik želi pružiti upravo takvu analizu te pojasniti obuhvat primjenjivosti postojećih norma međunarodnog prava koje reguliraju uporabu sile prije oružanog sukoba i tijekom njega. Upitno je hoće li i u kojoj mjeri u budućnosti biti postignut konsenzus o nizu pitanja iz domene kibernetičkog ratovanja i drugih oblika operacija u kojima se koristi kibernetička tehnologija, zato

¹⁰⁸ V. npr. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/cyberwar.html> (pristup: 23. veljače 2016.).

¹⁰⁹ Gill, Greib, Heinsch, McCormack, Paulussen, Dorsey, *op. cit.* (bilj. 14), str. 16.

¹¹⁰ *Ibid*, str. 17.

¹¹¹ Gladyshev, Marrington, Baggili, *op. cit.* (bilj. 33), str. 131-132.

¹¹² Andrassy, Bakotić, Lapaš, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 35), str. 119 i 125.

napore poput ovog Priručnika, koji teže da daju jasnoću praksi koja se razvija, moramo pozdraviti. Kako smo spomenuli, u ovome trenutku ne nalazimo dokaz za održivost tvrdnje prema kojoj ovaj dokument polaže pravo da bude smatran nacrtom za norme neke buduće konvencije o ponašanju i (naročito) uporabi sile u kibernetičkom prostoru. Naime Tallinnska razmatranja nemaju imperativni, nego savjetodavni karakter. Ona ne nalažu, nego samo predlažu stanovita ponašanja u kontekstu *jus ad bellum* i *jus in bello* dajući time istodobno doprinos boljem razumijevanju međunarodnog prava kibernetičke sigurnosti u cjelini. Kako smo u prethodnom poglavlju naglasili, samo će vrijeme pokazati hoće li i u kojoj mjeri ovaj dokument biti uspješan. Autor ovoga rada i dalje smatra da Priručnik predstavlja dobru početnu točku za daljnje analize ponašanja pri provođenju neprijateljstava u kibernetičkom prostoru. Istodobno izražavamo nadu da će te analize u konačnici rezultirati donošenjem novog pravno obvezujućeg odgovarajućeg međunarodnog dokumenta neovisno o njegovu nazivu i formi. Završno ovom prilikom možemo samo ponovno izraziti žaljenje što u izradu Tallinnskog priručnika nije bio uključen širi krug subjekata kao odraz svih (ili barem glavnih) svjetskih pravnih kultura, no i nadalje ostajemo pri stajalištu da taj nedostatak nije presudan za pitanje njegova autoriteta i (pozitivnu) opću ocjenu njegova značaja kao dijela mozaika u procesu nastanka svojevrsnog cjelovitog međunarodnog kibernetičkog oklopa.

Summary

**OVERVIEW OF THE TALLINN MANUAL ON THE INTERNATIONAL LAW
APPLICABLE TO CYBER WARFARE**

In this article, the author presents the basic features of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare. The first part of the paper presents its general drafting process, structure, legal scope, prohibition of the use of force, and the right of self-defence, followed by a presentation of the main characteristics of the adopted rules and accompanying commentaries. The author continues the article with a discussion of the authority and overall meaning of the Manual. The final part contains a conclusion related to the Manual's success, combined with a summary of the basic facts and recapitulations as stated in the appropriate analytical chapters of the article.

Keywords: cybernetic warfare; *lex lata*; international manual; use of force

Ratimir Prpić, a student of postgraduate study at the Faculty of Law, University of Zagreb

HIPOTEKA NA BRODU U HRVATSKOM I POREDBENOM PRAVU

Pregledni znanstveni rad

UDK 347.798

340.5:347.798

Primljeno: 22. prosinca 2016.

Jurica Kvartuč*

Osobitost hipoteke na brodu u hrvatskom pravu u odnosu na kontinentalno pravno uređenje tog instituta ogleda se u stadiju namirenja hipotekom osigurane tražbine jer se vjerovniku daje ovlaštenje da svoju tražbinu namiri ne samo iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom nego i izvansudskom prodajom, odnosno uzimanjem broda u posjed i njegovim iskorištavanjem. U tom smislu hrvatsko je pravo pronašlo uzor u anglosaksonskom uređenju instituta mortgage te je iskoračilo iz okvira uvriježenog uređenja instituta hipoteke unutar zemalja kontinentalnog pravnog kruga. Tako se u prvom dijelu rada analizira materijalno pravno uređenje instituta hipoteke na pomorskom brodu u hrvatskom pravu, pri čemu se naglasak stavlja na stadij namirenja hipotekom osigurane tražbine, te se uspoređuje uređenje tog instituta s odabranim poredbenopravnim sustavima, uz kritički osvrt na određena zakonska rješenja. U drugom dijelu rada analizira se materijalnopravno uređenje instituta hipoteke na brodu unutarne plovidbe u hrvatskom pravu te se upućuje na njegovu složenost i nedorečenost i na potrebu da se revidiraju sadašnja zakonodavna rješenja.

Ključne riječi: hipoteka na pomorskom brodu, *mortgage*, sudska prodaja broda, izvansudska prodaja broda, posjed i iskorištavanje broda, hipoteka na brodu unutarne plovidbe

1. UVOD

Institut hipoteke na brodu oduvijek je evocirao zanimljivu i životnu pravnu problematiku, koja, osobito u ekonomski nepovoljnim vremenskim razdobljima, dobiva na značenju. Naime pomorska je djelatnost složena i skupa djelatnost, dok je izgradnja jednog broda zahtjevan zadatak i u gospodarskom smislu. Kraj takva stanja stvari obavljanje pomorske djelatnosti, uključujući i brodogradnju, u praksi nije moguće bez financijske potpore velikih financijskih institucija s dugogodišnjim iskustvom upravo u financiranju tih djelatnosti.

Upravo navedene okolnosti predstavljaju točke na kojima se susrećemo s hipotekom kao instrumentom osiguranja dugoročnog financiranja (kreditiranja) obavljanja pomorske djelatnosti i brodogradnje. Naime financiranje pomorske djelatnosti i brodogradnje bilo bi za financijske institucije koje navedene projekte kreditiraju iznimno rizično bez mogućnosti da takve kredite osiguraju na prikladan i efikasan način. Navedeno prikladno

*Jurica Kvartuč, odvjetnik, polaznik Poslijediplomskog doktorskog studija iz trgovačkog prava i prava društava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

i efikasno osiguranje pruža im upravo institut hipoteke na brodu, čiji je smisao i svrha da njihovo potraživanje, za slučaj da o dospijeću ne bude namireno, ipak bude u konačnici namireno. Navedeno vrijedi ne samo za pomorsku djelatnost koja se obavlja pomorskim brodovima nego i za djelatnost prijevoza koji se obavlja brodovima unutarnje plovidbe. Dakle sve su to razlozi koji institut hipoteke na brodu i njegovo pozitivno uređenje čine zanimljivim i aktualnim kako vlasnicima brodova tako i financijskim institucijama koje najčešće hipotekama osiguravaju novčana sredstva plasirana vlasnicima brodova.

U ovom se radu prikazuje pravno uređenje instituta hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj, i to kako uređenje tog instituta u odnosu na pomorski brod tako i na uređenje u odnosu na brod unutarnje plovidbe. Analiziraju se svi elementi tog instituta u kontekstu njihova materijalnopravnog uređenja, pri čemu se podjednaka pozornost posvećuje nacionalnim i međunarodnim izvorima, uz dovođenje u svezu pozitivnopravnog uređenja s odabranim poredbenim rješenjima tog instituta. Procesnopravni aspekti tog instituta nisu predmet rada te će se oni cjelovito analizirati nekom drugom prigodom.

2. HIPOTEKA NA POMORSKOM BRODU

2.1. Pojam hipoteke

Odredbe koje reguliraju hipoteku na pomorskom brodu sadržane su u Pomorskom zakoniku.¹ i to u Dijelu petom, u okviru kojeg su regulirana stvarna prava, odnosno u Glavi II. navedenog dijela, u okviru koje su regulirana založna prava, te u Glavi III. istog dijela, u okviru koje je reguliran postupak za upisivanje u upisnike brodova. Potrebno je upozoriti kako se odredbe relevantne za hipoteku na brodu nalaze i u Dijelu devetom Pomorskog zakonika, koji normira ovrhu i osiguranje na brodu i teretu, te u Dijelu desetom istog Zakonika, koji govori o mjerodavnom pravu i nadležnosti sudova Republike Hrvatske.

Hipoteka na brodu odredbom članka 219. Pomorskog zakonika definirana je kao pravo prema kojem je vjerovnik ovlašten svoju tražbinu namiriti iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom ili izvansudskom prodajom ili uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda. Ovdje je potrebno istaknuti kako je odredbom članka 209. Pomorskog zakonika propisano kako se na sva stvarna prava u pogledu broda i jahte na odgovarajući način primjenjuju odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima² (u daljnjem tekstu: ZVDSP) ako Pomorskim zakonom nije drugačije određeno. To znači da

¹ Pomorski zakonik (Narodne novine 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15). Premda Pomorski zakonik pojmovno govori samo o brodu, za potrebe ovoga rada koristi se i pojam pomorskog broda s obzirom na to da se radi o pojmu broda sukladno definiciji danoj u odredbi članka 5. Pomorskog zakonika. On definira brod na način da je brod, osim ratnog broda, plovni objekt namijenjen za plovidbu morem čija je duljina veća od 12 metara, a bruto tonaža veća od 15, ili je ovlašten prevoziti više od 12 putnika. Brod može biti putnički, teretni, tehnički plovni objekt, ribarski, javni ili znanstvenoistraživački.

² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14).

se u pogledu Pomorskim zakonikom predviđenih stvarnih prava na brodu ili jahti podredno primjenjuju opći propisi o stvarnim pravima sadržani u ZVDSP-u.

Kako bi se dobio jasniji uvid u pojmovno uređenje tog instituta, potrebno ga je usporediti s općim institutom založnog prava na stvarima, odnosno s hipotekom na pokretninama, jer je brod nedvojbeno pokretna stvar.³ U tom smislu ZVDSP određuje u članku 297. stavku 1. kako je založno pravo ograničeno stvarno pravo na određenoj stvari (zalogu) koje ovlašćuje svojeg nositelja (založnoga vjerovnika) da određenu tražbinu, ne bude li mu o dospijeću ispunjena, namiri iz vrijednosti te stvari, ma čija ona bila, što je njezin svagdašnji vlasnik (založni dužnik) dužan trpjeti. S tim u svezi potrebno je znati da ZVDSP u članku 304. stavku 1. određuje kako je hipoteka dobrovoljno založno pravo koje se na stvari osniva bez predaje stvari vjerovniku u posjed i koje ga ne ovlašćuje da drži zalog u posjedu, dok u stavku 3. istog članka određuje kako je na pokretnim stvarima (a brod je pokretna stvar) i pravima koja se mogu steći jedino upisom u javni upisnik ili se bez upisa u takav upisnik ne smiju rabiti moguće osnovati hipoteku pod pretpostavkama i na način određen za to zakonom (registarsko založno pravo). U daljnjoj razradi namirenja založnog (hipotekarnog) vjerovnika kroz odredbe članka 336. i 337. ZVDSP-a određuje se kako založni (hipotekarni) vjerovnik svoje pravo na namirenje ostvaruje putem suda, a kada je riječ o pokretninama, to je ovlašten učiniti i izvansudskim putem.

Uspoređujući pojmovno uređenje založnog prava, odnosno hipoteke, određeno ZVDSP-om i ono uređeno Pomorskim zakonikom uočavamo kako je osobitost hipoteke na brodu to što je hipotekarni vjerovnik ovlašten namiriti svoju tražbinu uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda, a takvo pravo nema prema ZVDSP-u. Upravo navedena osobitost jest *differentia specifica* hipoteke na brodu u odnosu na hipoteku na pokretninama uređenu ZVDSP-om. Ta razlika dolazi do izražaja tek u stadiju namirenja hipotekom osigurane tražbine, o čemu će u nastavku biti više riječi.⁴

Ovlaštenje na namirenje tražbine uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda približava hipoteku na brodu angloameričkom institutu *mortgage*.⁵ No ne bezuvjetno, jer stavak 2. članka 219. Pomorskog zakonika sadrži odredbu dispozitivne naravi, koja ugovornim stranama daje pravo da ugovor o hipoteci i isključuje neke vjerovnike ovlasti iz stavka 1. članka 219. Pomorskog zakonika.⁶ Također je potrebno napomenuti kako hipoteka na brodu opterećuje brod čak i kada se promijeni vlasništvo nad brodom, osim u posebnim slučajevima određenima Pomorskim zakonikom.⁷ Jednako tako hipoteka na brodu osniva se bez predaje broda vjerovniku u posjed i ne ovlašćuje vjerovnika da drži

³ Odredbom članka 208. Pomorskog zakonika propisano je da su brod i brod u gradnji te jahta i jahta u gradnji pokretne stvari.

⁴ Više o stadiju namirenja hipotekom osigurane tražbine vidi *infra* t. 2.6.2.

⁵ Više o tome *infra* t. 2.8.1.

⁶ Tako su stranke ugovora o hipoteci ovlaštene ugovorom isključiti najviše dva od tri Pomorskim zakonikom predviđena načina namirenja hipotekom osigurane tražbine.

⁷ Primjerice prodajom broda u ovršnom ili stečajnom postupku.

brod u posjedu, ali samo do stadija namirenja, odnosno do trenutka dospijeća vjerovnikove tražbine.⁸

Složenosti instituta hipoteke na brodu pridonosi i sama priroda broda kao pokretne stvari koja je u permanentnom pokretu i često u zemljama različitih pravnih uređenja. Upravo je zbog toga zakonodavac u članku 219. stavku 3. Pomorskog zakonika anticipirao možebitne probleme i zlouporabe kada se namirenje hipotekom na brodu osigurane tražbine provodi u inozemstvu, uz primjenu postupovnih odredaba stranog prava koje ne poznaje sudsku prodaju. U tom je slučaju vjerovnik ovlašten namiriti se iz prodajne cijene broda ostvarene nadmetanjem na javnoj dražbi.⁹

Potrebno je upozoriti na to da se odredbe Pomorskog zakonika o hipoteci na brodu primjenjuju i na hipoteku na brodu u gradnji koji je upisan u upisnik brodova u gradnji te na jahte upisane u upisnik jahti, odnosno jahte u gradnji upisane u upisnik jahti u gradnji, kako je to propisano odredbom članka 235. Pomorskog zakonika.¹⁰ Navedeno je razumljivo s obzirom na to da je brod pokretna stvar koja se upisuje u upisnik brodova, a hipoteka je u tom slučaju ograničeno stvarno pravo koje se upisuje u takav upisnik (regstarsko založno pravo), pa ne bi mogla nastati bez upisa u takav upisnik. Iznimka se odnosi na prisilnu sudsku prodaju broda koji nije upisan u upisnik brodova kada se hipoteka osniva pljenidbenim popisom, o čemu će biti riječi u nastavku.

Premda pojam hipoteke na brodu onako kako je definiran Pomorskim zakonikom ne govori o dospjelosti tražbine kao uvjetu pristupanja namirenju tražbine osigurane hipotekom, to slijedi iz logike same stvari i esencije samog pojma hipoteke, a posebice kad se ima na umu odgovarajuća primjena ZVDSP-a, koji ne izostavlja iz pojma založnog prava, pa tako i pojma hipoteke, dospjelost tražbine vjerovnika kao uvjet namirenja iz vrijednosti

⁸ Upozorava se na stajalište sudske prakse iskazano u Presudi i rješenju Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj Pž-4107/03-4 od 23. 8. 2006., gdje se iznosi sljedeće: „Ovaj sud naime prihvaća stav prvostupanjskog suda da predmetna hipoteka na brodu nije zapreka za normalno i redovno korištenje broda, kako u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru RH tako i izvan teritorijalnog mora...”

⁹ Dakle u situaciji kada se ima primijeniti materijalno pravo Republike Hrvatske, ali se postupak namirenja vodi pred stranim sudovima čija zakonodavstva ne poznaju sudsku prodaju broda, Pomorski zakonik rješava tu možebitnu prazninu određujući da je namirenje moguće iz prodajne cijene broda ostvarene na javnoj dražbi. Ne treba posebno naglašavati da se navedenom odredbom sprječavaju i eventualne zlouporabe od strane dužnika.

¹⁰ Odredbom članka 209. stavka 4. Pomorskog zakonika određeno je da se na sva stvarna prava u pogledu broda i jahte na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZVDSP-a. Iz navedene formulacije može se zaključiti kako se navedeno ne odnosi na brod u gradnji i jahtu u gradnji koji su upisani u odgovarajuće upisnike. Tom tumačenju pridonosi i članak 216. Pomorskog zakonika, kojim se određuje primjena članaka 213., 214. i 215. Pomorskog zakonika na brodove u gradnji i jahte u gradnji od trenutka njihova upisa u upisnik brodova u gradnji, odnosno upisnik jahti u gradnji, a da se nigdje ne navodi kako se na njih primjenjuje odredba članka 209. stavka 4. Pomorskog zakonika. Ipak mišljenje je autora kako bi se svrhovitim tumačenjem navedene odredbe njezin doseg mogao proširiti i na brod u gradnji te jahtu u gradnji od trenutka upisa u upisnik brodova u gradnji, odnosno jahti u gradnji, to više što je odredbom članka 235. Pomorskog zakonika propisano da se odredbe o hipoteci na brodu primjenjuju i na hipoteku na brodu u gradnji koji je upisan u upisnik brodova u gradnji te na jahte upisane u upisnik jahti, odnosno na jahte u gradnji upisane u upisnik jahti u gradnji.

hipotekom osigurane stvari.¹¹ Slijedom prethodno navedenog može se zaključiti kako pojmovno uređenje hipoteke na brodu ne odstupa od općeg, odnosno stvarnopravnog pojma hipoteke na stvarima, konkretno pokretnim stvarima, uz neke osobitosti svojstvene brodu kao pokretnoj stvari *sui generis*.

2.2. Razvoj i međunarodno pravno uređenje

Potreba za osiguranjem kredita, o čemu je bilo riječi u uvodnom dijelu ovog rada, uzrokovala je potrebu za reguliranjem materije hipoteke na brodu. Rad na uvođenju tog instituta u hrvatsko pomorsko pravo započeo je s Osnovom pomorskog zakonika iz 1909. godine, koji je izradio prof. Nagy za ugarsko ministarstvo pravosuđa. Njegovo donošenje i provođenje sprječava Prvi svjetski rat.¹² Premda navedena Osnova nije stupila na snagu, njezina su rješenja u pogledu hipoteke prihvaćena Uredbom sa zakonskom snagom o stvarnim pravima na brodu i pomorskim privilegijima, donesenom 1939. godine. Za njezinu su provedbu donesene tri prateće uredbe: o upisima stvarnih prava na brodu, o ustrojstvu upisnika brodova i o izvršenju, osiguranju i privremenim naredbama na brodu.¹³

Rješenja predviđena spomenutom Uredbom preslikana su u Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, donesen 1978. godine, koji se primjenjivao u Hrvatskoj kao državi sastavnici tadašnje Jugoslavije na temelju Zakona o preuzimanju saveznih zakona u oblastima pomorske i unutarnje plovidbe. Potrebno je samo istaknuti da je tim Zakonom hipoteka uređena pod nazivom ugovorno založno pravo, što terminološki nije bilo sasvim ispravno. Međutim tadašnji zakonodavac odlučio se za termin ugovornog založnog prava stavljajući politički kontekst ispred stručnog, a držeći termin hipoteke neprihvatljivim s aspekta društvenog vlasništva nad brodovima.

Pravna regulativa u pogledu hipoteke na brodu normirana navedenim Zakonom o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi važila je sve do 1994. godine, kada je donesen Pomorski zakonik, koji uvodi međunarodno prihvaćeni pojam hipoteke na brodu umjesto ugovornog založnog prava i time upućuje na osnovnu bit založnog prava na brodu (hipoteke), a to je da se radi o zalogu bez predaje broda kao predmeta zaloga u posjed vjerovnika. Na kraju krajeva, pojam hipoteke širi je od pojma ugovornog založnog prava jer hipoteka može biti ugovorna, ali i sudska. No o navedenoj će distinkciji biti više riječi u nastavku ovog rada.¹⁴ Deset godina nakon donošenja spomenutog Zakonika donesen je 2004. godine novi Pomorski zakonik, koji je uz izmjene i dopune trenutačno na snazi u

¹¹ Dovođenje u opasnost ili smanjenje vrijednosti broda omogućuje vjerovniku da zahtijeva namirenje hipotekom osigurane tražbine i prije dospijeća tražbine.

¹² Hlača, Vinko, *Hipoteka na brodu u hrvatskom pomorskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 27 (2006), 2, str. 850.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Više o ugovornoj i sudskoj hipoteci kao temeljima osnivanja hipoteke vidi *infra* t. 2.5.

Republici Hrvatskoj i čije odredbe u pogledu hipoteke na pomorskom brodu čine okosnicu ovog rada.

Što se tiče međunarodnog pravnog reguliranja instituta hipoteke na pomorskom brodu, do sada su donesene tri konvencije koje uređuju navedenu materiju. Najstarija je Međunarodna konvencija o izjednačenju nekih pravila o pomorskim privilegijima i hipotekama, donesena 1926. godine,¹⁵ koja ne obvezuje Republiku Hrvatsku, ali čija su rješenja prihvaćena spomenutom Uredbom iz 1939. godine.¹⁶ Nakon toga donesena je 1967. godine Međunarodna konvencija o izjednačenju nekih pravila o pomorskim privilegijima i hipotekama, koja nije nikada stupila na snagu jer je izostao predviđeni broj ratifikacija za njezino stupanje na snagu. S obzirom na neuspjeh navedene konvencije donesena je 1993. godine nova Međunarodna konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama,¹⁷ koja je stupila na snagu, ali kojom Republika Hrvatska, baš kao ni prethodnim dvjema, nije vezana te one ne predstavljaju dio njezina pozitivnopravnog uređenja. Međutim potrebno je naglasiti kako su neke odredbe o hipoteci normirane Konvencijama iz 1923. godine i 1967. godine prihvaćene poslije u spomenutom Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi iz 1978. godine. Dakle spomenute Međunarodne konvencije nisu dio hrvatskog pozitivnog prava, bez obzira na to što su pojedina njihova rješenja služila kao „uzor“ kreiranju naših zakonskih odredaba.¹⁸

¹⁵ Međunarodna konvencija o izjednačenju nekih pravila o hipotekama i privilegijima izglasovana je 10. travnja 1926. godine, a stupila je na snagu 2. lipnja 1931. godine. Konvencija obvezuje Alžir, Argentinu, Belgiju, Brazil, Kubu, Estoniju, Francusku, Haiti, Mađarsku, Iran, Italiju, Libanon, Luksemburg, Madagaskar, Monako, Poljsku, Portugal, Rumunjsku, Španjolsku, Švicarsku, Siriju, Tursku, Urugvaj i Zair. Izvor: <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>, posjećeno dana 15. 10. 2016.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Međunarodna konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama izglasovana je u Ženevi 6. svibnja 1993. godine, a na snagu je stupila 5. rujna 2003. godine. Konvencija obvezuje Albaniju, Benin, Brazil, Kinu, Kongo, Dansku, Ekvador, Estoniju, Finsku, Njemačku, Gvineju, Litvu, Monako, Maroko, Nigeriju, Norvešku, Paragvaj, Peru, Rusiju, Srbiju, Španjolsku, Sveti Kristofor i Nevis, Sveti Vincent i Grenadini, Švedsku, Siriju, Tunis, Ukrajinu i Vanuatu. Izvor: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&clang=_en, stranica posjećena dana 15. 10. 2016.

¹⁸ Marin, Jasenko, *Novo pravno uređenje hipoteke na brodu*, Zbornik radova Savjetovanja Pomorski zakonik Republike Hrvatske, Rijeka, (2005), str. 66.

2.3. Predmet hipoteke

Hipoteka ne obuhvaća samo i jedino brod opterećen njome. Naime osim broda¹⁹ hipoteka se prostire i na, odnosno opterećuje i:

1) Pripadak²⁰ broda, ali ne bezuvjetno. Naime hipoteka se ne prostire na onaj pripadak za koji je u upisniku brodova zabilježeno uz pristanak vlasnika broda da je vlasništvo druge fizičke ili pravne osobe različite od samog vlasnika.

2) Uzgrednosti broda, a to su: a) tražbine po osnovi naknade štete za još nepopravljena materijalna oštećenja koja je brod pretrpio i b) tražbine po osnovi zajedničke havarije ako se one odnose na još nepopravljena materijalna oštećenja broda. Naime institut uzgrednosti broda razvio se kako bi se zaštitili hipotekarni vjerovnici te obuhvaća novčanu naknadu za materijalna oštećenja na brodu u odnosu na koji se prostire hipoteka. To vrijedi samo ako materijalna oštećenja nisu popravljena. Dakle *ratio* odredbe jest zaštita interesa hipotekarnog vjerovnika, jer u slučaju popravaka materijalnih oštećenja brod opet ima punu funkciju, a time i hipotekarni vjerovnik sigurnost da će se moći namiriti njegovo hipotekom osigurano potraživanje.

3) Naknada iz osiguranja broda koja pripada vlasniku broda. To vrijedi uvjetno s obzirom na to da se ugovorom o hipoteci može isključiti prostiranje hipoteke na naknadu iz osiguranja broda. Dakle i ovdje bi cilj trebala biti zaštita interesa vjerovnika čije je potraživanje osigurano hipotekom na brodu. S tim u svezi potrebno je upozoriti na to da je odredbom članka 231. stavka 2. Pomorskog zakonika propisano da hipoteka na naknadu iz osiguranja prestaje ako osiguratelj isplati naknadu prije nego što ga hipotekarni vjerovnik obavijesti o postojanju hipoteke na brodu. Pojednostavnjeno gledano, hipotekarni vjerovnik stječe pravo na naknadu iz osiguranja u trenutku kada je obavijestio osiguratelja o postojanju hipoteke na brodu.²¹ Također odredbom članka 231.

¹⁹ Hipoteka na brodu prostire se na brod kao cjelinu, pa je u slučaju da je brod u suvlasništvu za opterećenje broda hipotekom potreban pristanak svih suvlasnika. Odredbom članka 238. Pomorskog zakonika propisano je da se hipoteka na brodu može za istu tražbinu upisati nepodijeljeno na dva ili više brodova ili brodova u gradnji ili na dvije ili više hipotekarnih tražbina (zajednička hipoteka) te da je u tom slučaju vjerovnik ovlašten tražiti namirenje cijele tražbine iz svakoga pojedinog broda na kojem postoji hipoteka.

²⁰ Odredbom članka 217. stavcima 1. i 2. propisano je kako pripadak broda jesu sve stvari koje po svojoj namjeni trajno služe njegovoj uporabi i kad su privremeno od njega odvojene te one stvari koje su upisane u brodski inventar.

²¹ Na prvi pogled može se činiti da navedene odredbe otvaraju put mogućim zloupotrebama. Primjerice brod pretrpi takva oštećenja koja su pokrivena policom od strane osiguravajućeg društva te osiguravajuće društvo u dogovoru s vlasnikom odmah isplati osigurninu, a da hipotekarni vjerovnik nije stigao obavijestiti osiguravajuće društvo o hipoteci na brodu. U tom slučaju hipotekarni vjerovnik neće imati pravo na naknadu iz osiguranja jer je hipoteka, odnosno založno pravo na naknadu, prestala pa se dovodi u pitanje mogućnost namirenja njegove hipotekom na brodu osigurane tražbine. Naime hipoteka za cilj ima ponajprije zaštititi interes vjerovnika te njezina registarska priroda jest takva da se o njoj svatko može na brz i efikasan način informirati, pa nema opravdanja da hipotekarni vjerovnik naknadno obavlja registarsku funkciju i posebno obavještava osiguratelja o postojanju hipoteke na brodu da bi ostvario pravo na naknadu iz osiguranja. Međutim potrebno je naglasiti da se u praksi navedena pitanja ne postavljaju budući da je najčešće uvjet davanja kredita i zasnivanja hipoteke postojanje ili ugovaranje adekvatnog osiguranja te s tim u svezi obaviještenost osiguratelja o zasnivanju hipoteke, pa se osiguratelj ne bi mogao opravdati da nije znao za hipoteku na brodu.

stavka 3. Pomorskog zakonika propisano je da osiguratelj ne smije isplatiti osiguraniku naknadu iz osiguranja bez pristanka hipotekarnog vjerovnika ako je osiguratelj bio obaviješten o hipoteci na naknadu iz osiguranja.²²

4) Troškovi i kamate. Naime hipoteka se prostire i na troškove upisa hipoteke, parničnog i ovršnog postupka. Navedeno je propisano odredbom članka 232. stavka 1. Pomorskog zakonika, čime se razrješava situacija kada u ugovoru o hipoteci nije navedeno da se hipoteka prostire i na troškove upisa hipoteke u upisnik brodova, troškove parničnog i ovršnog postupka. Što se tiče kamate, odredbom članka 232. stavka 2. Pomorskog zakonika propisano je da trogodišnji zaostaci kamata koji vjerovniku pripadaju na temelju ugovora ili zakona imaju podjednako prvenstvo kao i glavnica. Međutim nema prepreke da stranke ugovora o hipoteci ugovore da se hipoteka ne prostire na troškove, odnosno ugovorne i/ili zakonske kamate.

5) Civilni plodovi. Hipoteka se ne prostire na vozarinu, prevozninu, tegljarinu, zakupninu i nagrade za obavljeno spašavanje na moru (civilni plodovi). Međutim ugovorom se može ugovoriti prostiranje hipoteke i na civilne plodove. Smisao navedenog logičan je i životan. Naime hipotekarnom se dužniku ostavljaju „slobodni“ prihodi dobiveni iskorištavanjem broda kako bi dužnik njime mogao obavljati pomorsku djelatnost te na taj način otplaćivati dug zbog kojeg je hipotekom opteretio brod.²³

2.4. Upis hipoteke

S obzirom na to da je predmet ovog rada ponajprije materijalnopravno uređenje hipoteke na brodu, u nastavku će samo ukratko, za potrebe ovog rada, biti riječi o upisu hipoteke u upisnik brodova.²⁴

Prethodno je rečeno kako je hipoteka na brodu registarsko založno pravo, i to stoga što se ona može steći, prenijeti, ograničiti i ukinuti jedino upisom u odgovarajući upisnik, a taj upisnik jest upisnik brodova.²⁵ Dakle bez upisa u upisnik brodova (registar) hipoteka

²² Navedena je odredba pomalo zbunjujuća jer se u njoj govori o obavijesti o hipoteci na naknadu iz osiguranja, a da se u prethodnom stavku istog članka govori o obavijesti o hipoteci na brodu. Kada bi ovdje umjesto obavijesti o hipoteci na naknadu iz osiguranja stajala obavijest o hipoteci na brodu, kontekst bi bio potpuno drugačiji te bi se navedena norma mogla tumačiti na štetu osiguratelja, jer se o hipoteci na brodu mogu obavijestiti uvidom u upisnik brodova, a vjerojatno su o njoj već i obaviješteni iz dokumentacije koju posjeduju o osiguranom brodu, dok se o hipoteci na naknadu iz osiguranja mogu obavijestiti tek kada ih o tome, odnosno o hipoteci na brodu, obavijesti vjerovnik. Dakle i u ovom se slučaju odstupilo od smisla i cilja hipoteke kao registarskog založnog prava. Smatramo da bi navedene zakonske odredbe u određenoj mjeri trebalo doraditi na način da se očuva njihov cilj, ali da se ne odstupi od smisla i učinaka hipoteke kao registarskog založnog prava.

²³ Marin, Jasenko, *Pravno uređenje hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj*, Poredbeno pomorsko pravo - Comparative Maritime Law, 44 (2005), br. 159, str. 31.

²⁴ Relevantne odredbe koje se tiču upisa te postupka upisa u upisnike brodova sadržane su u odredbama članka 253. do 384. Pomorskog zakonika.

²⁵ Odredbom članka 214. stavka 1. Pomorskog zakonika propisano je da se pravo vlasništva i druga stvarna prava na brodu, jahti ili brodici mogu steći, prenijeti, ograničiti i ukinuti jedino upisom u odgovarajući upisnik ili očevidnik. Stavkom 3. istog članka propisano je da pravni učinak upisa prava vlasništva i drugih

na brodu ne može se steći, prenijeti, ograničiti ili ukinuti, što hipoteci kao stvarnom pravu daje obilježje registarskog založnog prava.

Provođenje upisa u upisnik brodova stavljeno je Pomorskim zakonikom u nadležnost lučke kapetanije, koja upise obavlja na temelju rješenja koje donese. To se međutim ne čini bezuvjetno, s obzirom na to da je Pomorskim zakonikom određeno da navedeno vrijedi u slučaju da upisi u upisnik brodova nisu Pomorskim zakonikom stavljani u nadležnost suda.²⁶ Prijedlog za upis hipoteke može podnijeti hipotekarni vjerovnik, a ako on to ne zatraži, tada upis hipoteke može zatražiti i jamac u korist hipotekarnog vjerovnika.²⁷ Prijedlog za upis hipoteke podnosi se protiv upisanog vlasnika broda u trenutku podnošenja prijedloga za upis te takav prijedlog treba podnijeti lučkoj kapetaniji koja vodi upisnik brodova. U njemu treba provesti upis hipoteke, jer je za prvenstveni red mjerodavno vrijeme kada je prijedlog upisa stigao upravo navedenoj lučkoj kapetaniji.

Hipoteka na brodu, za razliku od hipoteke engleskog prava, ne može se upisati na udio u brodu s obzirom na cjelinu ako je vlasnik jedna osoba niti na udio jednog vlasnika u slučaju kad je brod u suvlasništvu. U slučaju da je brod u suvlasništvu, za upis hipoteke na brodu potreban je pristanak svih suvlasnika.²⁸ Što se tiče sadržaja upisa hipoteke, on je propisan odredbom članka 260. Pomorskog zakonika, gdje je određeno da upis hipoteke mora sadržavati najmanje: 1) novčanu svotu tražbine koja se osigurava hipotekom, 2) visinu kamata ako se uz tražbinu moraju platiti, 3) tvrtku, odnosno naziv i sjedište, odnosno osobno ime i prebivalište hipotekarnog vjerovnika. Dakle riječ je o minimalnom sadržaju upisa koji se upisuje u upisnik brodova, a ne, kako to zaključuju neki, o sadržaju isprave na temelju koje se upisuje hipoteka na brodu.²⁹ Što se tiče valute, potrebno je upozoriti na to da se hipoteka na brodu može upisati u domaćoj ili stranoj valuti. Premda

stvarnih prava na brodu, jahti ili brodici u odnosu prema drugim upisima ovisi o redu prvenstva koji taj upis ima prema članku 266. Pomorskog zakonika, a kojim je propisano kako je za prvenstveni red upisa mjerodavno vrijeme kad je prijedlog upisa stigao lučkoj kapetaniji koja vodi upisnik brodova u koji se obavlja upis.

²⁶ Tako se na primjer osnivanje prisilne sudske hipoteke na brodovima upisanima u upisnik brodova obavlja na temelju rješenja suda kojim se dopušta osnivanje hipoteke. Također u postupku ovrhe sud donosi rješenja u pogledu broda koji je predmet ovrhe. Samo provođenje i postupak upisivanja u upisnik brodova, pa tako i upisivanje hipoteke na brodu, provodi se prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku, iz čega slijedi da je sam postupak upisa hipoteke na brodu zapravo upravni postupak.

²⁷ Svrha je u tome da se zaštite interesi jamca u slučaju kada hipotekarni vjerovnik ne zatraži upis hipoteke, pa hipoteka i ne nastane, zbog čega je teret osiguranja navedene obveze isključivo na jamcu, koji je jamstvom obvezu dužnika prema vjerovniku osobno pojačao. Naravno da je interes jamca da se vjerovnik ponajprije namiri iz vrijednosti hipoteke. Navedenim se sprječavaju i eventualne zlouporabe od strane dužnika prema jamcu.

²⁸ Različito vrijedi kod upisa nadhipoteke ili upisa prijenosa tražbine osigurane hipotekom, kada su dopušteni upisi u pogledu cijele tražbine ili njezina dijela određenog razmjerno ili brojčano. Ovdje je potrebno uočiti da se radi o dijelu tražbine kao prava, a ne o dijelu broda kao pokretne stvari.

²⁹ Tako Vinko Hlača, *op. cit.* (bilj. 12), str. 866, smatra da je navedenom odredbom zapravo određen sadržaj isprave na temelju koje se upisuje hipoteka. Ipak, smatramo da je sadržaj isprave na temelju koje se upisuje hipoteka, a to je najčešće ugovor o hipoteci, širi te da pored navedenog, što je nužno za provedbu upisa hipoteke u registru brodova, mora još sadržavati oznaku hipotekarnog dužnika, odnosno vlasnika broda, njegov ovjeren potpis, izjavu dužnika kojom dopušta upis (uknjižbu) hipoteke kao tereta broda, oznake broda koji se opterećuje hipotekom, naznaku dospijea tražbine hipotekarnog vjerovnika, datum i mjesto sklapanja ugovora, pravnu osnovu zasnivanja hipoteke.

je službena hrvatska valuta hrvatska kuna, zakonodavac je imao u vidu prirodu pomorske djelatnosti i dugoročnog zaduživanja u njoj te je, nastojeći olakšati obavljanje navedene djelatnosti i dobivanje kredita, omogućio upis hipotekom osigurane tražbine i u stranoj valuti, odnosno omogućio je da se hipotekarni vjerovnik može namiriti i u stranoj valuti.

Također potrebno je reći da se uknjižba hipoteke može dopustiti samo na temelju javnih isprava ili privatnih isprava (npr. ugovora o hipoteci) na kojima je potpise osoba čije pravo vlasništva na brodu treba hipotekom ograničiti i opteretiti ovjerilo tijelo nadležno za ovjeravanje potpisa.³⁰ Iznimno je važno imati na umu da će se, u slučaju da hipotekarni vjerovnik preuzme posjed broda i njegovo iskorištavanje, upisati u upisniku brodova kao brodar broda. Riječ je o deklaratornom upisu jer ovlaštenik hipoteke u tom slučaju stječe svojstvo brodara temeljem Pomorskog zakonika samim uzimanjem broda u posjed, a ne tek upisom u upisniku brodova. I na kraju, potrebno je podcrtati kako je upis hipoteke u upisnik brodova po vrsti upisa uknjižba, a to znači bezuvjetan upis, odnosno takav upis kojim se ograničava pravo vlasništva hipotekarnog dužnika na njegovu brodu bez posebnog opravdanja. Međutim prijedlog za upis, odnosno uknjižbu hipoteke u sebi sadrži prešutno i prijedlog za predbilježbu ako podnositelj prijedloga to nije izričito u prijedlogu isključio.³¹

Sumirajući navedeno, možemo zaključiti kako je, osim vlasništva hipotekarnog dužnika na brodu i valjanog pravnog temelja (pravnog posla – hipotekarnog ugovora ili odluke suda), upis hipoteke treća pretpostavka za stjecanje hipoteke.³² Dakle uz *titulus* (pravni posao ili sudsku odluku), potreban je i *modus* stjecanja hipoteke, a to je upis u upisnik brodova. Radi se o konstitutivnom upisu hipoteke u upisnik brodova, od kojeg pravni učinci osnivanja hipoteka nastupaju prema svima.³³

³⁰ Što se tiče ugovora o hipoteci, on mora sadržavati točna imena, odnosno nazive sudionika ugovora, mjesto sastavljanja i datum sastavljanja ugovora, pravnu osnovu zasnivanja hipoteke, točnu oznaku broda te oznaku da se radi o hipoteci, uz minimalan sadržaj iz članka 260. Pomorskog zakonika, izričitu izjavu hipotekarnog dužnika, odnosno vlasnika broda da dopušta uknjižbu. Na kraju, ugovor ne smije imati vidljivih nedostataka te listovi moraju biti ušiveni tako da se ne smiju razdvojiti.

³¹ Navedeno je propisano odredbom članka 277. stavka 1. Pomorskog zakonika. Predbilježbom se hipoteka osniva uvjetno, i to uz uvjet da bude naknadno opravdana, i to samo ako podnesena isprava (ugovor) udovoljava općim uvjetima za upis, ali ne udovoljava posebnim uvjetima za uknjižbu propisanim odredbama članaka 316. do 318. Pomorskog zakonika. Primjerice ugovor o hipoteci ne sadrži izričitu izjavu vlasnika broda da dopušta uknjižbu hipoteke. Prvenstveni se red određuje od trenutka predbilježbe hipoteke, pa je u tome i smisao ove odredbe. Međutim nema prepreka da se navedena ovlast isključi već u samom ugovoru o hipoteci.

³² Marin, Jasenko, *op. cit.* (bilj. 23), str. 11.

³³ *Ibid.*

2.5. Temelj osnivanja hipoteke na brodu

Prethodno je rečeno kako hipoteka nastaje uknjižbom hipoteke u upisniku brodova. Međutim postavlja se pitanje na temelju čega se određuje ta uknjižba, odnosno što je pravna osnova za stjecanje hipoteke na brodu. Ovisno o tome što je pravna osnova stjecanja hipoteke, govorimo o ugovornoj ili pak o sudskoj hipoteci.³⁴

2.5.1. Ugovorna hipoteka

Ugovorom o hipoteci obvezuje se hipotekarni dužnik ili netko treći (zalagodavac) da će, u svrhu osnivanja hipoteke na brodu radi osiguranja određene tražbine, dopustiti da vjerovnik upiše tu hipoteku u upisnik brodova. Ujedno se hipotekarni vjerovnik obvezuje da će učiniti sve što je potrebno da se, po prestanku tražbine, hipoteka na brodu izbriše iz upisnika brodova.³⁵ Riječ je o formalnom ugovoru za čiju se valjanost, odnosno pravni učinak, traži pisani oblik.³⁶ No ovdje treba razlikovati dva tipa ovog ugovora.

Prvi je onaj koji ne predstavlja ovršnu ispravu i na osnovi kojega se ne može neposredno provesti ovrha, nego je najprije potrebno osigurati presudu u parničnom postupku, a nakon toga na temelju te presude predložiti i provesti ovrhu radi namirenja hipotekom na brodu osigurane tražbine. Na takvu se ugovoru javnobilježnički ovjerava samo potpis vlasnika broda kao založnog (hipotekarnog) dužnika te uz druge prethodno navedene bitne elemente sadrži još i bezuvjetno ovlaštenje hipotekarnog dužnika da hipotekarni vjerovnik zatraži i postigne uknjižbu hipoteke na njegovu brodu.³⁷

Drugi je onaj koji predstavlja ovršnu ispravu na osnovi koje se može neposredno provesti ovrha odmah nakon dospjelosti tražbine osigurane hipotekom. Međutim u tom drugom slučaju zakonodavac je izašao u susret vjerovniku propisujući odredbom članka 220. stavka 2. Pomorskog zakonika kako je ugovor o hipoteci u kojem je potpis dužnika javno ovjеровljen i sadrži izjavu dužnika da vjerovnik može neposredno na temelju ugovora zatražiti upis hipoteke u upisnik brodova (*clausula intabulandi*), kao i izjavu dužnika da je suglasan da se na temelju tog ugovora na brodu na kojemu je zasnovana hipoteka može

³⁴ Odredbom članka 220. Pomorskog zakonika propisano je kako hipoteka na brodu može nastati ugovorom (ugovorna hipoteka) ili sudskom odlukom (prisilna sudska hipoteka). Stajalište je ovog autora kako je navedena norma pomalo nespretno napisana jer hipoteka ne nastaje ugovorom ni sudskom odlukom, nego tek uknjižbom u upisniku brodova, što je u skladu s njezinom prirodom kao registarskog založnog prava. Očiti je smisao navedene odredbe taj da hipoteka na brodu može nastati na osnovi ugovora ili sudske odluke (nakon što se oni provedu u upisniku brodova), ali ne i samim ugovorom, odnosno sudskom odlukom.

³⁵ Marin, Jasenko, *op. cit.* (bilj. 23), str. 32.

³⁶ Navedeno proizlazi iz odredbe članka 213. Pomorskog zakonika, u kojem se kaže da, kada se pravo vlasništva i druga stvarna prava (hipoteka jest stvarno pravo) na brodu ili jahti stječu na temelju pravnog posla (ugovor jest pravni posao), za valjanost pravnog posla potreban je pisani oblik, te da pravni posao koji nije sklopljen u pisanom obliku nema pravni učinak. Međutim i bez obzira na navedenu odredbu pisani oblik kao uvjet valjanosti proizlazi i iz same naravi hipoteke kao registarskog prava, koja ne može nastati bez upisa u upisnik brodova, za koji je pretpostavka pisana forma ugovora.

³⁷ Navedeno proizlazi iz odredbe članaka 316. do 318. u svezi s odredbom članka 280. Pomorskog zakonika.

radi tražbine utvrđene tim ugovorom nakon dospelosti tražbine provesti neposredna ovrha (*clausula exequendi*), ovršna isprava.³⁸

Što se tiče sadržaja ugovora o hipoteci na brodu, treba istaknuti da on mora sadržavati točna imena, odnosno nazive hipotekarnog dužnika i vjerovnika, mjesto sastavljanja i datum sastavljanja ugovora, pravnu osnovu zasnivanja hipoteke, točnu oznaku broda te oznaku da se radi o hipoteci, novčanu svotu tražbine koja se osigurava hipotekom, visinu kamata, ako se uz tražbinu moraju platiti, izričitu izjavu hipotekarnog dužnika, odnosno vlasnika broda da dopušta uknjižbu. Također ugovor ne smije imati vidljivih nedostataka te listovi moraju biti ušiveni tako da se ne smiju razdvojiti. Samo će se na temelju takva ugovora moći predložiti i osnovati hipoteka na brodu. Naravno, a imajući u vidu prethodno navedeno, ugovor može i najčešće će sadržavati izjavu dužnika da je suglasan da se na temelju tog ugovora na brodu na kojemu je zasnovana hipoteka može radi tražbine utvrđene tim ugovorom nakon dospelosti tražbine provesti neposredna ovrha.

I na kraju potrebno je istaknuti da ugovor o hipoteci na brodu može sadržavati sporazum stranaka o vrijednosti broda te o najnižoj prodajnoj cijeni proda, čime stranke ugovora o hipoteci unaprijed određuju vrijednost broda izbjegavajući eventualna vještačenja vrijednosti broda i prijepore vezane za vrijednost broda, što uvelike olakšava eventualni kasniji ovršni postupak

2.5.2. Sudska hipoteka

Onu hipoteku čiji je temelj sudska odluka Pomorski zakonik naziva prisilnom sudskom hipotekom, iako je moguća i dopuštena i dobrovoljna sudska hipoteka, pa se zakonski pojam sudske hipoteke čini užim, jer se pogrešno može zaključiti kako dobrovoljna sudska hipoteka nije moguća i dopuštena. Upravo suprotno. Imajući u vidu navedeno, za potrebe ovog rada sudska hipoteka (koju Pomorski zakonik naziva užim pojmom prisilne sudske hipoteke) bit će raščlanjena na dobrovoljnu i prisilnu sudsku hipoteku. Kada se govori o prisilnoj sudskoj hipoteci, potrebno je razlikovati osnivanje sudske hipoteke uknjižbom, odnosno pljenidbenim popisom, od prethodne mjere predbilježbom sudske hipoteke.

2.5.2.1. Dobrovoljna sudska hipoteka

Naime dobrovoljna sudska hipoteka za temelj ima sporazum stranaka pred sudom i kao takva nije izrijekom spomenuta u Pomorskom zakoniku. Međutim odredbom članka 848. stavka 1. Pomorskog zakonika propisano je da je za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje

³⁸ Naizgled se može postaviti pitanje u čemu je to zakonodavac izašao u susret vjerovniku kada je vjerovnik uvijek mogao solemnizacijom kod javnog bilježnika postići to da ugovor o hipoteci ima učinak ovršne isprave. Odgovor je u tome da od stupanja na snagu Pomorskog zakonika to više nije nužno. Naime dovoljno je da samo bude ovjeren potpis hipotekarnog dužnika i da sadrži navedene izjave i on će biti ovršna isprava temeljem koje se može neposredno predložiti ovrha na brodu. Time je pričinjena znatna ušteda imajući u vidu troškove javnobilježničke solemnizacije koji su vezani za vrijednost tražbine koja se hipotekom osigurava, a što, kada se govori o hipotekama na brodovima, nije zanemarivo.

novčane tražbine zasnivanjem sudske hipoteke na brodu ili brodu u gradnji na temelju sporazuma stranaka mjesno nadležan sud na čijem se području nalazi upisnik broda u koji je brod upisan, odnosno upisnik broda u gradnji u koji je brod u gradnji upisan. Tumačenjem navedene odredbe slijedi kako je mogućnost takve dobrovoljne sudske hipoteke moguća i predviđena Pomorskim zakonikom, uz uvjet da se radi o osiguranju novčane tražbine.³⁹

Pravni temelj za osnivanje sudske hipoteke na brodu na temelju sporazuma stranaka jest sporazum sklopljen pred sudom u obliku sudskog zapisnika kojim se utvrđuje volja stranaka da se radi osiguranja tražbine zasnuje hipoteka na brodu. Takav sudski zapisnik s potpisima stranaka ima snagu sudske nagodbe i ovršna je isprava na temelju koje sud donosi odluku, odnosno rješenje o određivanju osiguranja uknjižbom hipoteke na brodu.⁴⁰

Međutim potrebno je uočiti kako se to sredstvo osiguranja zapravo provodi u tri etape. Prvo se sklapa sporazum u formi sudskog zapisnika, nakon toga, odnosno nakon dospijea novčane tražbine podnosi se prijedlog sudu za donošenje rješenje o osiguranju uknjižbom hipoteke na brodu temeljem navedenog sporazuma, a nakon što sud udovolji navedenom prijedlogu i donese spomenuto rješenje, on dostavlja rješenje sa sudskim spisom nadležnoj lučkoj kapetaniji radi uknjižbe hipoteke na brodu.

2.5.2.2. Prisilna sudska hipoteka uknjižbom

Odredbom članka 932. Pomorskog zakonika propisano je da predlagatelj osiguranja na osnovi ovršne isprave kojom je utvrđena novčana tražbina ima pravo tražiti osiguranje te tražbine zasnivanjem prisilne sudske hipoteke na brodu protivnika osiguranja.⁴¹ Iz navedene definicije očito je kako mora biti riječ o novčanoj tražbini utvrđenoj ovršnom ispravom, na osnovi koje se podnosi prijedlog sudu radi donošenja rješenja osiguranjem tražbine zasnivanjem hipoteke na brodu. Ako sud udovolji prijedlogu, dostavlja rješenje sa sudskim spisom nadležnoj lučkoj kapetaniji kojim se nalaže uknjižba hipoteke na brodu, a koja onda provodi upis uknjižbe hipoteke na brodu.⁴²

Međutim Pomorski zakonik regulira i situaciju kada brod nije upisan u upisnik brodova u gradnji. U tom slučaju osnivanje prisilne sudske hipoteke obavlja se pljenidbenim

³⁹ Što se tiče postupka osnivanja dobrovoljne sudske hipoteke, podredno će doći do primjene odredaba članaka 299. do 306. Ovršnog zakona (Narodne novine 112/12, 25/13, 93/14; u daljnjem tekstu: OZ), kojim se regulira sudsko osiguranje osnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka.

⁴⁰ Hlača, Vinko, *op. cit.* (bilj. 12), str. 858.

⁴¹ Temeljem odredbe članka 932. stavka 2. Pomorskog zakonika na odgovarajući se način primjenjuju odredbe OZ-a o osiguranju prisilnim zasnivanjem založnog prava na nekretnini ako tim Zakonikom nije drugačije određeno. To znači da se podredno primjenjuju odredbe članaka 295. do 298. OZ-a.

⁴² Rješenjem Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske broj: Pž-6925/08-3 od 5. 11. 2008. zaključuje se sljedeće: „Osnivanje prisilne sudske hipoteke iz čl. 932. Pomorskog zakonika na brodovima upisanim u upisnik brodova obavlja se uknjižbom.“

popisom broda i upisom hipoteke u privremeni upisni list, a ne uknjižbom, i to je ona iznimka na koju je upozoreno u dijelu u kojem je bilo riječi o pojmu hipoteke.

Potrebno je naglasiti kako se u upisniku brodova u koji se upisuje prisilna sudska hipoteka mora zabilježbom naznačiti ovršivost tražbine u čiju se korist prisilna sudska hipoteka upisuje. Za brodove koji nisu upisani u upisnik brodova ovršivost tražbine upisuje se u popis broda. Učinak zabilježbe ovršivosti tražbine sastoji se u tome da se prodaja radi namirenja tražbine vjerovnika (ovrhovoditelja) može provesti protiv svake osobe koja poslije stekne pravo vlasništva nad brodom koji je predmet prodaje (pravo na namirenje) i da vjerovnik (ovrhovoditelj) ima prvenstvo u pogledu namirenja svoje ovršne tražbine i sporednih tražbina prema svakoj drugoj osobi koja poslije stekne kakvu hipoteku na brodu ili slično pravo na brodu ili koja ostvari pravo na namirenje.⁴³

2.5.2.3. Prethodna mjera predbilježbe sudske hipoteke

Kao prethodnu mjeru sud može odrediti predbilježbu založnog prava na brodu ili brodu u gradnji protivnika osiguranja čijom provedbom predlagatelj osiguranja stječe hipoteku na brodu.⁴⁴ Dakle predbilježba hipoteke jedna je od prethodnih mjera osiguranja do koje dolazi na temelju odluke suda. Provedbom prethodne mjere, odnosno upisom predbilježbe, stječe se hipoteka na brodu. Ta je mjera usmjerena protiv upisanog vlasnika broda. U ovom je slučaju temelj ili naslov (*titulus*) stjecanja hipoteke na brodu rješenje suda o osnivanju hipoteke predbilježbom, dok način (*modus*) stjecanja, odnosno osnivanja hipoteke nije uknjižba, nego predbilježba.

Da bi se ta prethodna mjera mogla predložiti i rješenjem suda odrediti, potrebno je, prvo, da je predlagatelj predloži na osnovi: 1) odluke domaćeg suda ili upravnog tijela koja nije postala ovršna, ili 2) nagodbe zaključene pred domaćim sudom ili upravnim tijelom ako tražbina koja je u njoj utvrđena još uvijek nije dospjela, ili 3) domaće javnobilježničke isprave ako tražbina koja je u njoj utvrđena još uvijek nije dospjela.⁴⁵ Drugo, predlagatelj osiguranja mora učiniti vjerojatnom (ne izvjesnom) opasnost da bi se bez stjecanja hipoteke na brodu predbilježbom onemogućilo ili znatno otežalo ostvarenje tražbine. Dakle, pravna osnova osnivanja sudske hipoteke može biti i imperfektna ovršna isprava koja još nije postala ovršna, i to samo za osiguranje novčanih potraživanja. Zbog slabije vjerovnikove osnove za primjenu tog sredstva osiguranja od njega se zahtijeva da svoje traženje opravda i dokazom vjerojatne objektivne opasnosti osujećenja njegove buduće

⁴³ Navedeno proizlazi iz odredbe članka 934. stavka 4. u svezi s člankom 857. stavkom 3. Pomorskog zakonika. Premda je Zakonikom propisana primjena odredbe članka 857. stavka 1. Pomorskog zakonika, smatramo kako je riječ o nepreciznosti jer o učincima takve zabilježbe govori stavak 3. istog članka.

⁴⁴ Navedeno proizlazi iz odredbe članka 946. stavka 1. Pomorskog zakonika.

⁴⁵ Navedeno propisuje odredba članka 943. stavka 1. Pomorskog zakonika, koji je po pitanju instituta prethodne mjere, odnosno uvjeta za određivanje prethodne mjere, usklađen s OZ-om.

tražbine.⁴⁶ Ovdje se radi o objektivnoj opasnosti, a ne o subjektivnoj opasnosti kao kod privremenih mjera, te nije potrebno da opasnost potječe od protivnika osiguranja.⁴⁷

Predbilježba sudske hipoteke obavlja se upisom u upisnik brodova u koji je dotični brod upisan ili pljenidbenim popisom ako brod nije upisan u upisnik brodova. Pravni učinak upisa predbilježbe jednak je onome što je rečeno prethodno u pogledu učinka prisilne sudske hipoteke uknjižbom. Međutim predbilježba sudske hipoteke razlikuje se od uknjižbe sudske hipoteke i po tome što je vremenski ograničena.⁴⁸ Vrijeme za koje se prethodna mjera određuje može trajati najdulje do proteka petnaest dana nakon nastupanja uvjeta za ovrhu, što će reći do isteka petnaestog dana nakon nastupanja ovršnosti ovršne isprave. Međutim ako je to vrijeme određeno u kraćem trajanju, sud će, na prijedlog predlagatelja osiguranja podnesen sudu prije isteka vremena za koje je mjera određena, produljiti to vrijeme uz uvjet da se nisu promijenile okolnosti pod kojima je mjera određena.⁴⁹ Ako u roku od petnaest dana od dana proteka vremena za koje je prethodna mjera određena ne bude udovoljeno uvjetima za ovrhu, sud će obustaviti postupak i ukinuti provedene radnje.⁵⁰

2.6. Ovlasti hipotekarnog vjerovnika

Kad se govori o ovlastima hipotekarnog vjerovnika, one se mogu razmatrati kroz dva stadija. Prvi je stadij onaj prije dospelosti tražbine, a drugi onaj nakon dospelosti tražbine, odnosno stadij namirenja tražbine. Riječ je o teorijski uobičajenoj podjeli u razmatranju ovlasti hipotekarnog vjerovnika, koja će se zbog svoje preglednosti koristiti i u nastavku ovog rada.

2.6.1. Stadij osiguranja tražbine

U ovom stadiju ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika tiču se zaštite prava i interesa samog vjerovnika u odnosu na hipotekom opterećen brod. Navedene se ovlasti mogu sagledati

⁴⁶ Bolanča, Dragan, *Sudska hipoteka na brodu kao mjera osiguranja u Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske*, Pravo u gospodarstvu: časopis za gospodarsko-pravnu teoriju i praksu, 34 (1995), 7-8, str. 652.

⁴⁷ Marin, Jasenko, *op. cit.* (bilj. 23), str. 36.

⁴⁸ Odredbom članka 948. stavka 1. Pomorskog zakonika propisano je da u rješenju kojim se određuje prethodna mjera moraju, uz ostalo, biti naznačeni iznos tražbine koja se osigurava, s kamatama i troškovima, mjera osiguranja i vrijeme za koje se ona određuje. U stavku 4. istog članka određuje se da rješenje o određivanju prethodne mjere mora biti obrazloženo.

⁴⁹ Navedeno proizlazi iz odredbe članka 948. Pomorskog zakonika. Iz navedene odredbe proizlazi da sud ne bi imao mogućnost izbora, nego bi u slučaju pravovremenog prijedloga morao to vrijeme (rok) produljiti. Jedino bi sud mogao suprotno odlučiti u slučaju da su se izmijenile okolnosti na osnovi kojih je prethodna mjera određena. Pomorski zakonik ne govori o krajnjem vremenu za koje se produljuje vrijeme trajanja prethodne mjere, ali to vrijeme ne bi moglo biti duže od najduljeg vremena za koje se prethodna mjera može odrediti.

⁵⁰ Odredba članka 949. Pomorskog zakonika. I ovdje sud nema mogućnost izbora, nego protekom tog roka mora obustaviti ovrhu i ukinuti sve provedene radnje. Istom odredbom propisani neki taksativno navedeni slučajevi u kojima će sud također morati obustaviti postupak i ukinuti provedene radnje prije navedenog roka.

kroz odredbe samog ugovora o hipoteci, odredbe Pomorskog zakonika te kroz odredbe ZDVSP-a, koje se, kao što je prethodno rečeno, primjenjuju podredno. Naime hipotekarni je vjerovnik ovlašten u ovom stadiju isticati prema vlasniku broda sve zahtjeve i prigovore usmjerene na sprječavanje gubitka vrijednosti broda.

Razumljivo je da će složeni ugovori poput ugovora o hipoteci na brodu uz brojne odredbe sadržavati i odredbe kojima će se ovlasti hipotekarnog vjerovnika konkretizirati s obzirom na brod i vlasnika broda u cilju zaštite interesa vjerovnika na način da vlasnik broda svojom aktivnošću ne dovede u pitanje vrijednost broda, a time i mogućnost namirenja vjerovnikove tražbine.⁵¹

Pomorskim zakonikom konkretizirane su neke od ovlasti vjerovnika u pogledu zaštite njegovih prava i interesa u odnosu na hipotekom opterećen brod, pa je tako odredbom članka 233. propisano da hipotekarni vjerovnik može zahtijevati isplatu tražbine i prije dospelosti ako mu dužnik za razliku nastalu tim smanjenjem sigurnosti ne ponudi osiguranje na drugi način, u situaciji kada brod pretrpi takva oštećenja ili je njegovo stanje takvo da hipoteka ne daje dostatnu sigurnost za namirenje tražbine. Navedenom odredbom dana je ovlast hipotekarnom vjerovniku koju ovaj može konzumirati neovisno o odgovornosti za oštećenje broda, odnosno smanjenje sigurnosti za namirenja tražbine.⁵²

Također odredbom članka 234. Pomorskog zakonika propisano je da brod opterećen hipotekom može biti trajno povučen iz plovidbe samo uz prethodni pristanak hipotekarnih vjerovnika, a ako nema pristanka hipotekarnog vjerovnika, hipotekarni dužnik ima pravo zahtijevati od suda da se brod proda nadmetanjem na javnoj dražbi. Navedenom odredbom štiti se hipotekarni vjerovnik jer povlačenje broda iz plovidbe utječe na smanjenje njegove vrijednosti, a time i na mogućnost uspješnog namirenja vjerovnikove hipotekom osiguranje tražbine.

Nadalje, a kao što je rečeno naprijed, na sva stvarna prava u pogledu broda i jahte na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZDVSP-a. Tako i ovdje može doći do podredne primjene onih odredaba navedenog zakona kojima se štite prava i interesi hipotekarnog vjerovnika od osujećenja njegove hipotekom osigurane tražbine, odnosno predmeta hipoteke. To se odnosi na odredbe navedenog zakona koje se tiču održavanja vrijednosti

⁵¹ Stranke su ovdje slobodne ugovoriti sve ono što nije zabranjeno prisilnim zakonskim normama. Primjerice može se ugovoriti da će se vlasnik broda suzdržati i osigurati da se brodom ne prevoze određeni tereti ili da brod ne plovi određenim rutama kako bi se izbjegla oštećenja broda, a time i smanjenje vrijednosti broda i mogućnost uspješnog namirenja vjerovnikove tražbine, uz različite posljedice nepridržavanja onog što je ugovoreno. Mogućnosti su ovdje brojne te nisu predmet ovog rada, pa se nećemo na njima dalje zadržavati.

⁵² Hlača, Vinko, *op. cit.* (bilj. 12), str. 862.

zaloga,⁵³ zaštite založnog prava⁵⁴ i zaštite zaloga.⁵⁵ Temelj je navedenih odredaba jedno od pravnih načela koje utjelovljuje pravilo da je sudionik pravnog odnosa dužan suzdržati se od djelovanja koja mogu naštetiti pravima i interesima drugog sudionika tog istog pravnog odnosa. To je načelo konkretizirano i Pomorskim zakonikom.

2.6.2. Stadij namirenja tražbine

Zakonskom definicijom pojma hipoteke na brodu određene su ovlasti hipotekarnog vjerovnika u stadiju namirenja tražbine. O stadiju namirenja hipotekom osigurane tražbine govorimo nakon što hipotekom osigurana tražbina dospije.

Iz definicije pojma hipoteke na brodu dane Pomorskim zakonikom proizlazi kako su ovlasti hipotekarnog vjerovnika u stadiju namirenja tražbine sljedeće: 1) namirenje tražbine iz prodajne cijene ostvarene sudskom prodajom broda, 2) namirenje tražbine iz prodajne cijene ostvarene izvansudskom prodajom broda i 3) namirenje tražbine uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda. Odabir jednog načina namirenja ne isključuje ovlast korištenja drugih načina namirenja. Međutim potrebno je ponoviti kako neke od navedenih ovlasti mogu biti isključene ugovorom o hipoteci.

2.6.2.1. Sudska prodaja broda

Kao što sam naziv kaže, namirenje tražbine putem sudske prodaje broda odvija se aktivnošću suda i regulirano je Dijelom devetim, Glavom II. Pomorskog zakonika.

Odredbom članka 870. istog Zakonika propisano je da se brod u pravilu prodaje na usmenoj javnoj dražbi. Ovrha se ovdje provodi prinudnom prodajom broda na temelju ovršne isprave u kojoj se utvrđuje postojanje, visina i dospelost vjerovnikove (ovrhovoditeljeve) tražbine.

U nastavku istog članka određuje da se brod može prodati i neposrednom pogodbom. Neposredna pogodba uređena je po uzoru na OZ⁵⁶ za sudsku prodaju nekretnina, pa je

⁵³ Iz odredbe članka 328. ZDVSP-a proizlazi kako je založni vjerovnik ovlašten svakomu, pa i vlasniku založene stvari, postavljati sve zahtjeve potrebne radi zaštite svojega prava na zalogu. Navedeno se odnosi i na hipotekarnog vjerovnika u pogledu založenog broda i vlasnika broda.

⁵⁴ Iz odredbe članka 330. ZDVSP-a propisano je da je hipotekarni vjerovnik, ako hipotekarni dužnik čini nešto što dovodi u opasnost ili smanjuje vrijednost nekretnine opterećene hipotekom, ovlašten zahtijevati da hipotekarni dužnik propusti to činiti, a ako to ne propusti, može i prije dospjeća zahtijevati prisilnu naplatu tražbine osigurane hipotekom. Međutim postupci hipotekarnoga dužnika ne ovlašćuju založnoga vjerovnika da zbog toga raskine obvezni odnos u kojem je njegova tražbina bila osigurana hipotekom. To vrijedi i u slučaju propasti broda. Podrednom primjenom navedene odredbe ona se primjenjuje i kod hipoteke na brodu.

⁵⁵ Odredbom članka 332. ZDVSP-a određeno je kako je založni vjerovnik ovlašten zahtijevati da založni dužnik ili treći propušta činiti glede založene nekretnine ono što dovodi u opasnost ili smanjuje njezinu vrijednost. Navedena odredba, podredno i smisleno primijenjena, odnosi se i na hipotekarnog vjerovnika na brodu kao predmetu hipoteke.

⁵⁶ Vidi odredbu članka 97. stavaka 6., 7. i 8. OZ-a.

tako propisano da se stranke, založni vjerovnici i nositelji osobnih služnosti koje prestaju prodajom broda mogu sporazumjeti najkasnije do prodaje broda na javnoj dražbi da se prodaja broda obavi u određenom roku neposrednom pogodbom preko osobe ovlaštene za promet brodovima, sudskog ovršitelja, javnog bilježnika ili na drugi način.⁵⁷

Također je propisano da se ugovor o prodaji neposrednom pogodbom sklapa u pisanom obliku te da ga u ime i za račun ovršenika sklapa osoba⁵⁸ kojoj je povjerena prodaja na temelju zaključka kojim je sud ovlašćuje na sklapanje ugovora, kao i da potpisi osoba koje sklapaju ugovor moraju biti javnobilježnički ovjereni. Ugovor o prodaji u tom slučaju ima učinak od dana pravomoćnosti rješenja o dosudi.

Dakle iz navedenog je razvidno kako je i prodaja neposrednom pogodbom zapravo sudska prodaja, baš kao i prodaja na javnoj dražbi, jer uključuje nužnu aktivnost suda. Do prodaje će doći samo na temelju sporazuma ovrhovoditelja i ovršenika te točno određenih osoba koje imaju pravne interese na brodu (založni vjerovnici i nositelji osobnih služnosti, čija prava prestaju prodajom broda). Ako do takva sporazuma ne dođe, brod se prodaje na javnoj dražbi.

2.6.2.2. Izvansudska prodaja broda

U svrhu olakšanja kreditiranja domaćih brodara od strane inozemnih kreditora, vjerovnika ili banaka, kojima njihova zakonodavstva daju mogućnost privatne prodaje broda radi namirenja njihovih hipotekama osiguranih tražbina, Pomorskim zakonikom uvedena je u hrvatsko pravo mogućnost izvansudske prodaje broda.⁵⁹ To je učinjeno iz razloga što zainteresiranost stranih ulagača, odnosno kreditora, ovisi o efikasnosti zaštite koja se im jamči kao vjerovnicima. Upravo se navedenim shvaćanjem rukovodio i hrvatski zakonodavac nastojeći stranim investitorima osigurati pravni režim kakav u slučaju potrebe za prisilnim namirenjem svojih hipotekama osiguranih tražbina imaju u vlastitim zakonodavstvima i za kojim u takvim situacijama učestalo posežu.⁶⁰

Ovlaštenje hipotekarnog vjerovnika na izvansudsku prodaju nalazimo propisanim u odredbi članka 221. Pomorskog zakonika, gdje se određuje da u slučaju izvansudske prodaje broda vjerovnik može slobodno prodati brod.⁶¹ Vjerovniku je dakle dopušteno da

⁵⁷ Odredba članka 870. stavaka 2., 3. i 4. Pomorskog zakonika.

⁵⁸ Riječ je o zastupniku temeljem zakona, i to iz razloga što on ponajprije crpi svoje ovlasti iz zakona, odnosno sudske odluke donesene temeljem zakona. Naime sud ovlašćuje takvu osobu za sklapanje ugovora zaključkom.

⁵⁹ Hlača, Vinko, *op. cit.* (bilj. 12), str. 863.

⁶⁰ Klasična pomorska hipoteka ovlašćuje vjerovnika tek na izlaganje broda ovršnoj prodaji. *Mortgage* engleskog tipa dodjeljuje vjerovniku još dva ovlaštenja: jednostrano preuzimanje broda (tzv. deposesiju) i njegovo gospodarsko iskorištavanje u cilju namirenja duga te privatnu prodaju.

⁶¹ U pravnoj se teoriji postavilo pitanje djeluje li vjerovnik u tom slučaju u ime i za račun hipotekarnog dužnika ili u svoje ime, a za njegov račun. Razlog je tog pitanja nepreciznost zakonske norme, koja kaže da vjerovnik može slobodno prodati brod. Mišljenje je i ovog autora kako hipotekarni vjerovnik u tom slučaju djeluje kao zakonski zastupnik, dakle u ime i za račun dužnika. Razlog je što je na to ovlašten samim Pomorskim zakonikom. Naime on ne djeluje u svoje ime jer nije vlasnik broda niti bi kupac mogao kupiti

to svoje pravo realizira bez poštivanja ikakvih pravila postupanja te da u pregovore oko prodaje broda, kao i u samu realizaciju prodaje, ulazi na način kako on smatra za shodno.⁶² Međutim u korištenju navedenog prava hipotekarnom su vjerovniku ipak odredbom istog članka nametnuta određena ograničenja, pa je tako propisano da vjerovnik mora postupati pažnjom dobrog gospodarstvenika te postići razumnu cijenu s obzirom na stanje broda i cijenu takvih ili sličnih brodova na tržištu te njegovu opterećenost stvarnim pravima drugih osoba. Dakle iz navedenog je razvidno kako vjerovnik neće imati nimalo lagan zadatak odluči li se na taj način namirenja te će morati voditi računa o navedenim obvezama koje mu nameće Pomorski zakonik kako bi prevenirao svoju odgovornost za eventualno time nastalu štetu vlasniku broda. Upravo je odredbom članka 221. stavka 2. propisano da vjerovnik odgovara dužniku za svu štetu koju mu je prouzročio time što nije postupio u skladu s navedenim odredbama Pomorskog zakonika. Ako se vjerovnik odluči na takav način namirenja i brod proda, sav višak sredstava dobivenih takvom prodajom vjerovnik je dužan isplatiti dužniku u roku od osam dana po primitku kupovnine.⁶³

Kako bi se zaštitili interesi vjerovnika i kupca, propisano je odredbom članka 222. kako je vjerovnik ovlašten zatražiti upis zabilježbe izvansudske prodaje broda s učinkom da su nakon upisa zabilježbe svi upisi na temelju raspolaganja dužnika nedopušteni.

Postavlja se pitanje što u slučaju kad je uknjiženo na jednom brodu više hipoteka različitih vjerovnika. Odgovor na navedeno pitanje daje odredba članka 226. Pomorskog zakonika, koja donosi da vjerovnik kasnije upisane hipoteke na brodu treba pribaviti u tom slučaju suglasnost vjerovnika prije upisane hipoteke na brodu. Navedena odredba štiti interese ranije upisanih hipotekarnih vjerovnika jer se kupovna u slučaju izvansudske prodaje broda ne dijeli među svim hipotekarnim vjerovnicima, nego pripada samo onom koji se koristi navedenim ovlaštenjem, dok ostale hipoteke i dalje opterećuju brod i nakon izvansudske prodaje.

Nadalje, postavlja se pitanje kako će kupac ostvariti posjed broda nakon što mu vjerovnik, koristeći se pravom na izvansudsku prodaju, proda brod. U tom smislu odlučujuća je odredba članka 224. Pomorskog zakonika, kojom je propisano da je kupac, na temelju

brod od nevlasnika, odnosno vjerovnika. Prihvatanje tumačenja da vjerovnik zapravo djeluje u svoje ime, dakle kao prodavatelj i vlasnik broda, predstavljalo bi kršenje Ustavom i Konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama zajamčenog prava vlasništva. Na kraju krajeva, cilj navedene norme nema u krajnjem dosegu zadiranje u pravo vlasništva ili njegovo ograničenje, nego efikasnost namirenja vjerovnikove tražbine. Taj je cilj identičan kao kod sudske prodaje neposrednom pogodbom, gdje osoba ovlaštena od suda djeluje u ime i za račun ovršenika. Sve su to razlozi u prilog argumentaciji da vjerovnik djeluje kao zakonski zastupnik dužnika, dakle u njegovo ime i za njegov račun. Navedeno stajalište zastupa i Marin (vidi: Marin, Jasenko, *Pravno uređenje hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj*, Poredbeno pomorsko pravo – Comprative Maritime Law, 44 (2005), br. 159). Više o navedenoj problematici, argumentaciji u prilog suprotnog gledišta te o pravnoj naravi instituta izvansudske prodaje broda vidi u: Stanković, Gordan, *Izvansudska prodaja broda i prodaja broda neposrednom pogodbom - novi mehanizmi namirenja vjerovnika po Pomorskom zakoniku*, Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Splitu, 42 (2005), 3, str. 467-479.

⁶² Stanković, Gordan, *Izvansudska prodaja broda i prodaja broda neposrednom pogodbom - novi mehanizmi namirenja vjerovnika po Pomorskom zakoniku*, Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Splitu, 42 (2005), 3, str. 472.

⁶³ Odredba članka 221. stavka 3. Pomorskog zakonika.

izvatka iz upisnika brodova i javno ovjerovljenog ugovora o prodaji, ovlašten neposredno tražiti ovrhu protiv dužnika radi predaje broda u posjed. Dakle ovjerovljen ugovor o prodaji, zajedno s izvatkom iz upisnika brodova, iz kojeg proizlazi da je kupac putem izvansudske prodaje stekao vlasništvo na brodu, predstavlja svojevrsnu ovršnu ispravu podobnu za ovrhu radi ostvarenja nenovčane tražbine radi predaje u posjed kupcu.⁶⁴ I na kraju se pokazuje kako izvansudskom prodajom broda prestaje ona hipoteka radi čijeg je namirenja provedena izvansudska prodaja broda.⁶⁵

2.6.2.3. Uzimanje broda u posjed i iskorištavanje broda

Kod ovog načina namirenja hipotekarni vjerovnik gospodarski iskorištava brod te prihode od tog iskorištavanja zadržava za sebe i na taj način namiruje svoju tražbinu. Pravnu osnovu za navedeno ovlaštenje donosi odredba članka 225. stavka 1. Pomorskog zakonika, koja određuje kako u slučaju preuzimanja broda u posjed i njegova iskorištavanja radi zaštite svojih interesa vjerovnik može zaprimati prihode broda te zaradu rabiti za namirenje svoje tražbine. Ako se pažljivo čita navedena odredba, evidentno je kako Pomorski zakonik govori o zaradi koju vjerovnik koristi za namirenje svoje tražbine, dok je prihode ovlašten zaprimati, što znači da je vjerovnik dužan od prihoda podmiriti obveze koje su nastale u svezi s iskorištavanjem broda, a iznos koji ostane nakon podmirjenja obveza i koji ostane kao zarada vjerovnik može koristiti za namirenje svoje tražbine.

Da je tome tako, proizlazi iz odredbe članka 255. stavka 2. Pomorskog zakonika, koji određuje da se ovlaštenik hipoteke na brodu upisuje u upisnik brodova kao brodar⁶⁶ broda ako preuzme posjed broda i njegovo iskorištavanje. Dakle uzimanjem broda u posjed i njegovim iskorištavanjem vjerovnik postaje brodar, a time postaje osoba odgovorna za namirenje obveza proizašlih iskorištavanjem broda. Iz navedenog proizlazi kako je kod ovog načina namirenja vjerovnik u najvećem riziku jer ne samo što svojstvo brodara nosi odgovornost za operativno poslovanje vezano za iskorištavanje broda nego i odgovornost za eventualne štete koje s tim u svezi mogu nastati. Jednom riječju, odgovornost je vjerovnika kod tog načina namirenja golema, pa je to i razlog zašto se vjerovnici rijetko koriste tim načinom namirenja svojih potraživanja.

Postavlja se pitanje kako će vjerovnik konzumirati ovo svoje pravo. Odgovor je jednostavan u situaciji kada mu dužnik brod dobrovoljno preda. Međutim ako dužnik odbije predati brod, vjerovniku neće preostati ništa drugo nego pokrenuti ovršni

⁶⁴ Stanković, Gordan, *op. cit.* (bilj. 62), str. 474.

⁶⁵ Odredba članka 236. stavka 1. točke 3. Pomorskog zakonika.

⁶⁶ Odredbom članka 5. Pomorskog zakonika propisano je da je brodar fizička ili pravna osoba koja je, kao posjednik broda, nositelj plovidbenog pothvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u upisnik brodova upisana kao vlasnik broda. Iz navedenog je razvidno kako je dopušteno dokazivati da brodar nije osoba koja je upisana u upisnik brodova, što je i razumljivo, jer je brodar faktična kategorija s težištem na stvarnom posjedu broda i plovidbenom pothvatu, a iz čega onda slijedi da je taj upis deklaratorne prirode.

postupak radi predaje broda u posjed, budući da je samovlast, uz neke iznimke,⁶⁷ u hrvatskom civilnopravnom uređenju zabranjena. Naravno da je i to razlog zbog kojeg će vjerovnici oklijevati u primjeni ovog načina namirenja svojih hipotekama na brodu osiguranih tražbina. I ovdje vrijedi ono što je rečeno u dijelu ovog rada o izvansudskoj prodaji broda u pogledu više upisanih hipoteka različitih vjerovnika. Dakle hipotekarni vjerovnik kasnije upisane hipoteke na brodu i ovdje mora, za slučaj da se želi koristiti ovim načinom namirenja, prethodno pribaviti suglasnost vjerovnika ranije upisane hipoteke na brodu.

Na kraju potrebno je istaknuti da je vjerovnik koji se koristi ovim načinom namirenja svoje tražbine dužan postupati pažnjom dobrog gospodarstvenika, a to znači voditi računa o interesima vlasnika broda, odnosno hipotekarnog dužnika na brodu, kojem će se brod ponovno predati u posjed nakon što vjerovnik namiri svoju tražbinu. Iz navedene odredbe proizlazi i potencijalna odgovornost za štetu hipotekarnom dužniku od strane hipotekarnog vjerovnika za slučaj da brod pretrpi štetu tijekom njegova iskorištavanja zbog nemara hipotekarnog vjerovnika. To nam govori kako ovaj način namirenja nameće ozbiljne obveze i dužnosti vjerovniku, zbog čega će vjerovnici posezati za drugim i jednostavnijim načinima namirenja.

2.7. Prestanak hipoteke

Odredbom članka 236. Pomorskog zakonika regulirani su načini prestanka hipoteke na brodu te je određeno da hipoteka na brodu prestaje: 1) brisanjem hipoteke, 2) prodajom broda u ovršnom ili stečajnom postupku, 3) izvansudskom prodajom broda, 4) proglašenjem broda pomorskim plijenom, odnosno ratnim plijenom na moru. Što se tiče prestanka hipoteke brisanjem, stvari su tu jasne. Hipoteka nastaje upisom, odnosno uknjižbom hipoteke, a prestaje njezinim brisanjem u upisniku brodova. Što se tiče prodaje broda u ovršnom ili stečajnom postupku, treba istaknuti da kupac u tim postupcima stječe brod slobodan od drugih prava i tereta, kako je to propisano odredbom članka 878. stavka 1. Pomorskog zakonika. Pravomoćnošću rješenja o dosudi broda kupcu i polaganjem kupovnine sud određuje da se u upisniku brodova upiše pravo vlasništva na ime i u korist kupca te određuje brisanje svih drugih prava i tereta. Hipoteka prestaje i izvansudskom prodajom broda kao jednim od načina namirenja hipotekarnog vjerovnika. Međutim taj način namirenja dovodi do prestanka samo one hipoteke koja je osiguravala tražbinu onog hipotekarnog vjerovnika koji se koristio izvansudskom prodajom kao načinom namirenja te iste tražbine. Prestanak hipoteke proglašenjem broda pomorskim plijenom, odnosno ratnim plijenom na moru, također je jedan od načina prestanka hipoteke na brodu, ali se razlikuje od prethodnih načina po tome što ne mora biti trajan. Naime odredbom članka 236. stavka 2. određeno je da se hipoteka ponovno uspostavlja ako brod bude oslobođen. Riječ je o načinima prestanka hipoteke predviđenima Pomorskim

⁶⁷ Tako je prema ZDVSP-u dopušteno posegnuti za samopomoći radi uspostave prijašnjeg posjedovnog stanja za slučaj da sudska zaštita stigne prekasno.

zakonikom, ali to ne znači da ne mogu doći u obzir i neki drugi načini prestanka hipoteke predviđeni ZDVSP-om, koji se primjenjuje podredno.⁶⁸

2.8. Poredbenopravna rješenja

U nastavku će se primarno kroz ovlasti vjerovnika u fazi namirenja hipotekom osigurane tražbine sagledati pravna regulativa hipoteke na brodu u pravnim sustavima Engleske, Turske, Italije i Grčke u odnosu na uređenje tog instituta u Republici Hrvatskoj.

2.8.1. Engleska⁶⁹

Moderno uređenje hipoteke na brodu (engl. *mortgage*) u engleskom pravu temelji se na zakonskom, odnosno statutarnom uređenju (engl. *statute law*), koje se opet oslanja na običajno pravno uređenje (engl. *common law*) tog instituta te na ranije statutarne uređenje istog instituta. U svojem modernom uređenju hipoteka na brodu ovisi o valjanosti upotrebe propisane forme i potrebnog upisa u Općem upisniku mornarice i pomoraca (engl. *Registrar General of Shipping and Seamen*). Naime postupak upisa, odnosno registracije hipoteke bio je reguliran još Navigacijskim zakonom iz 1660. godine (engl. *Navigation act*). On je ozbiljno izmijenjen 1854. godine donošenjem Zakona o trgovačkoj mornarici (engl. *Merchant Shipping Act*), koji regulira hipoteku na brodu. Odredbe navedenog zakona u pogledu hipoteke poslije su prenesene u Zakon o trgovačkoj mornarici iz 1894. godine, koji je prestao važiti 1995. godine donošenjem novog Zakona o trgovačkoj mornarici. Dakle običajno pravno uređenje tog instituta danas je izmijenjeno uzimanjem u obzir zakonskih rješenja istog instituta u spomenutim zakonima.

Posljedično navedenim zakonskim izmjenama danas je u engleskom pravu moguće izvesti modernu, odnosno širu i sveobuhvatniju definiciju hipoteke na brodu te zaključiti da je hipoteka oblik osiguranja stvoren ugovorom ili na temelju ugovora koji utjelovljuje pravni interes na imovini koja je predmet hipoteke, a koji prestaje ispunjenjem ugovorene obveze, najčešće, no ne i nužno, isplatom duga s kamatama ili bez njih.⁷⁰ Kad se usporedi navedena definicija s onom u Pomorskom zakoniku, razvidno je da je znatno šira jer u sebi ne inkorporira način namirenja hipotekom osigurane tražbine, koja očito ne mora biti nužno novčana. Međutim potrebno je naglasiti kako se navedena zakonska (statutarna) definicija hipoteke na brodu razlikuje od one engleskog običajnog prava (*common law*), koja je u sebi uključivala prijenos vlasništva na brodu i samog broda s dužnika na vjerovnika do ispunjenja duga ili druge obveze od strane dužnika, uz napomenu kako njezino zasnivanje nije nužno trebalo biti u određenoj formi. Dakle hipoteka na brodu u engleskom pravnom sustavu (dalje u tekstu: *mortgage*) složeni je pravni institut koji nije jednoznačan i za čije je razumijevanje i primjenu potrebno sagledavati kako zakonska

⁶⁸ Prestanak založnog prava reguliran je odredbama članaka 343. do 353. ZDVSP-a.

⁶⁹ Detaljnije vidi: Bowtle, Greame; McGuinness, Kevin, *The Law of Ship Mortgages*, London, Hong Kong 2001.

⁷⁰ Bowtle, Greame; McGuinness, Kevin, *op. cit.* (bilj. 69), str. 37.

rješenja tako i ona iz *common lawa*. Tako se razlikuje *mortgage* zasnovan sukladno zakonu, odnosno statutu, *common law mortgage* te *equitable mortgage*.

O *mortgageu* zasnovanom sukladno zakonu, odnosno statutu,⁷¹ bilo je riječi prethodno pa se ponavlja da je danas reguliran Zakonom o trgovačkoj mornarici iz 1995. godine te Pravilnikom o trgovačkoj mornarici (engl. *Merchant Shipping Regulations*) iz 1993. godine. Pojednostavljeno rečeno, *mortgage* navedenog tipa daje hipotekarnom vjerovniku (engl. *mortgagee*) prava predviđena zakonom te on može biti zasnovan na brodu upisanom u upisnik, odnosno njegov dio, i samo u skladu s odredbama Zakona o trgovačkoj mornarici iz 1995. godine.⁷² Riječ je o tome da kod ovog oblika *mortgagea* vjerovnik stječe hipotekarno pravo, ali ne bezuvjetno, nego samo do trenutka dok dužnik (engl. *mortgagor*) ne iskoristi svoje ugovorno pravo tzv. iskupljenja (engl. *redemption*) otplatom duga ili izvršenjem kakve druge obveze i na taj način oslobodi brod hipoteke.⁷³

Common law mortgage može biti zasnovan na neupisanom brodu ili na dijelu broda te ne mora biti zasnovan u posebnom obliku, pa tako ni u obliku pismenog ugovora, a njegova je osobitost prijenos vlasništva s dužnika na vjerovnika. Međutim upotrebom pismenog ugovora dolazi do primjene dijela 101 do 107 Zakona o vlasništvu (engl. *Law of Property Act*) iz 1925. godine, što daje vjerovniku određene zakonske, odnosno statutarne ovlasti, uključujući zakonsku ovlast prodaje broda. Provedba i forma takva jednog ugovora regulirane su Zakonom o vlasništvu iz 1989. godine te odsjekom 36A Zakona o trgovačkim društvima (engl. *Companies Act*) iz 1985. godine u slučaju društava na koja se taj zakon odnosi. Međutim pomorski objekti poput bušilica ili pokretnih platforma izvan su dosega pojma broda reguliranog spomenutim Zakonom o trgovačkoj mornarici iz 1995. godine, pa je u odnosu na takve objekte moguće osnovati samo *common law mortgage*. U slučaju da je, a to je gotovo nevjerojatno, takav objekt vlasništvo fizičke, a ne pravne osobe, tada *mortgage* mora biti u skladu sa zakonom *Bill of Sale Act* iz 1878. godine te zakonom *Bill of Sale Act* iz 1882. godine. Primjena navedenih zakona ovisi o pojmu broda koji je u potonjim zakonima širi pojam, koji u sebi uključuje i spomenute pomorske objekte.⁷⁴

Pojam *equitable mortgage* jedan je od najsloženijih pojmova u engleskom govoru, najviše zbog toga što se pod istim nazivom opisuje više različitih pojmova osiguranja pravnog interesa. U širem smislu može se reći da je to ugovor koji omogućuje osiguranje provedivo na podlozi pravičnosti, a u svrhu ostvarenja očite namjere ugovornih stranaka.⁷⁵ Također

⁷¹ Naziva se još i zakonskom hipotekom (engl. *legal mortgage*).

⁷² Bowtle, Greame; McGuinness, Kevin, *op. cit.* (bilj. 69), str. 44.

⁷³ *Ibid.*, str. 45.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Definiranje pojma *equitable mortgage* iznimno je teško ili gotovo nemoguće s obzirom na brojnost oblika u kojima se može pojaviti, pa je za potrebe ovog rada smisljeno parafrazirana definicija koju koriste Greame i McGuinness, *op. cit.* (bilj. 69), str. 45, koja glasi: „...*equitable mortgage is a contract wick operates so as to give rise to a security enforcable in equity in order to carry into effect the apparent intent of the parties.*“ Mišljenja smo kako se radi boljeg razumijevanja može zaključiti da je osnovno obilježje tog tipa hipoteke neformalnost te da ona zapravo predstavlja obveznopravni zahtjev hipotekarnog vjerovnika prema dužniku u svrhu osiguranja njegova potraživanja ili druge obveze. Za razliku od *legal mortgage*, koji se upisuje u upisnik, odnosno *common law mortgage*, kod kojeg dolazi do prijenosa vlasništva na vjerovnika, kod

je potrebno istaknuti kako postoji nekoliko različitih tipova *equitable mortgage* te nema ograničenja u broju hipoteka koje vlasnik broda može zasnovati.⁷⁶ Međutim, za razliku od zakonskog *mortgagea*, *equitable mortgage* može biti zasnovan općenito, na budućoj imovini te u neformalnom obliku, ali i u odnosu na brod ili njegov dio koji nije upisan u upisniku. Ponekad će *equitable mortgage* nastati zbog inicijalne namjere da se zasnuje zakonska hipoteka, odnosno *legal mortgage*, do čega nije došlo zbog pogreške u formalnostima ugovora ili, kao što je prethodno istaknuto, zbog toga što brod nije upisan u upisniku.⁷⁷ No ako je *equitable mortgage* zasnovan u pisanoj formi, tada će doći do primjene dijela 101 do 107 Zakona o vlasništvu (engl. *Law of Property Act*) iz 1925. godine, baš kao i kod *common law mortgagea*.⁷⁸

S navedenim razlikovanjem u svezi potrebno je istaknuti kako prema engleskom pravu ne postoji kao u hrvatskom pravu mogućnost zasnivanja zakonske hipoteke na brodu u gradnji jer, sukladno Zakonu o trgovačkoj mornarici iz 1995. godine, brod mora biti suštinski izgrađen da bi bio upisan u upisniku, pa ne postoji upisnik brodova u gradnji. Međutim praktična mogućnost zalaganja broda u gradnji ovisi zapravo o uvjetima ugovora o gradnji broda. Naime ako brod i vlasništvo broda onako kako je izgrađen prijeđu na kupca, tada taj kupac ima pravni naslov koji može založiti sukladno *common lawu*, dok će prijenos ugovora o gradnji broda u cilju osiguranja obično za posljedicu imati zasnivanje *equitable mortgage* u odnosu na taj brod.⁷⁹ Dakle u engleskom pravu moguće je zasnovati hipoteku na brodu u gradnji samo kao *common law mortgage* ili *equitable mortgage*.

Baš kao i u hrvatskom pravnom sustavu, i u engleskom vjerovnik stječe pravo namiriti svoju hipotekom osiguranu tražbinu nakon što dužnik padne u zakašnjenje s ispunjenjem svoje obveze. Štoviše, englesko je pravo u tom smislu poslužilo hrvatskom kao uzor, što će se vidjeti u nastavku. Naime tri su glavne kategorije zakašnjenja. Prvo, zakašnjenje u isplati zbog toga što dužnik nije isplatio dug u roku određenom ugovorom. Drugo, do zakašnjenja može doći ako nastane događaj koji utječe na pravnu ili financijsku poziciju vlasnika hipotekom osiguranog broda. Treće, do zakašnjenja će doći kada vlasnik prekrši jednu od ugovorenih obveza.⁸⁰

U slučaju zakašnjenja dužnika, odnosno vlasnika hipotekom opterećenog broda, za vjerovnika nastaje primarno mogućnost namirenja putem uzimanja broda u posjed i njegova iskorištavanja. U slučaju korištenja tim načinom namirenja vjerovnik može uzeti brod u posjed ma gdje se on nalazio. Ali ako je brod na moru ili vjerovniku iz drugih razloga nije moguće preuzeti posjed broda, tada vjerovnik može preuzeti posjed broda

equitable mortgage nije riječ ni o jednom ni o drugom, nego o pravu vjerovnika da namiri tražbinu iz namjeravanog predmeta osiguranja.

⁷⁶ Teorija razlikuje četiri razreda *equitable mortgage*. Više o navedenoj podjeli vidi u: Bowtle, Greame; McGuinness, Kevin, *op. cit.* (bilj. 690), str. 6.

⁷⁷ Bowtle, Greame; McGuinness, Kevin, *op. cit.* (bilj. 690), str. 47.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, str. 54 i 55.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 126.

uručujući pismo o preuzimanju broda onima kojih se to tiče, odnosno koji imaju pravni interes na brodu ili vezano za brod (vlasniku, kapetanu, osiguratelju, zakupniku i slično).⁸¹ Međutim ako vlasnik i kapetan odbiju postupiti po navedenom pismu, odnosno traženju, tada za vjerovnika neće preostati ništa drugo nego se obratiti nadležnom sudu zbog predaje u posjed broda temeljem sudske odluke.⁸² Nadalje, kod ovog načina namirenja vjerovnik upravlja brodom kao vlasnik, ima pravo sklapati brodarske i pomorsko-prijevoznike ugovore, za realizaciju kojih će biti osobno odgovoran, te je dužan postupati s pažnjom dobrog gospodarstvenika, odnosno odgovora dužniku za svaku štetu zbog nesavjesne upotrebe broda. Navedeno pokazuje kako i u engleskom pravu preuzimanjem broda u posjed vjerovnik faktički postaje brodar takva broda sa svim posljedicama koje i za navedenog statusa proizlaze. Također vjerovniku pripada zarada od korištenja broda, ima pravo održavati i popravljati brod te je dužan o preuzimanju broda obavijestiti osiguratelja, odnosno najčešće ponovno sklopiti ugovor o osiguranju.

Druga mogućnost, koja stoji na raspolaganju vjerovniku nakon dužnikova zakašnjenja, jest prodaja broda, i to privatnim putem ili putem suda. No kao u hrvatskom pravu, i ovdje će za prodaju biti nužan pristanak ranijeg hipotekarnog vjerovnika u slučaju da brod ili njegov dio odluči prodati vjerovnik neke kasnije hipoteke. Bitno je istaknuti da vjerovnik upisane hipoteke uživa zakonsko ovlaštenje prodaje po Zakonu o trgovačkoj mornarici iz 1995.⁸³ Međutim ako pravni naslov (*titulus*) na brodu nije prenesen na vjerovnika te *mortgage* nije zasnovan ugovorom, tada vjerovnik neupisane hipoteke ne uživa mogućnost privatne prodaje, nego se mora obratiti sudu sa zahtjevom za sudsku prodaju broda.⁸⁴ Kad se ima na umu navedeno, ako ugovorom nije drugačije predviđeno, vjerovnik može prodati brod privatnom prodajom ili na javnoj dražbi, premda će prodaja putem javne dražbe u tom slučaju biti neuobičajena.⁸⁵ Što se tiče sudske prodaje broda, za nju je nadležan Sud admiraliteta (engl. *Admiralty Court*), čija je prednost da kupac stječe brod slobodan od svih zahtjeva i tereta, dok je negativna strana tog načina prodaje to što se za brod redovito postigne niža kupoprodajna cijena od one koja bi se dobila privatnom prodajom.⁸⁶

Slijedom navedenoga razvidno je kako je institut hipoteke u engleskom pravu složen institut, koji nipošto nije jednoznačan i za čije dubinsko razumijevanje nije dovoljno pročitati nekoliko kartica teksta. Međutim razvidno je, a to je i bio cilj prikazati, da se hrvatsko pravo u odnosu na mogućnosti namirenja hipotekarnog vjerovnika u svojoj osnovi oslonilo na rješenja engleskog prava. Naime cilj usvajanja engleskih rješenja glede namirenja bio je zadržavanje i razvitak nacionalne brodarske flote, s obzirom na to da su kreditori, redom velike svjetske banke, nesklone financiranju brodovlasnika u situaciji kada im mjerodavno pravo suzuje mogućnosti namirenja njihovih hipotekom na brodu

⁸¹ *Ibid.*, str. 136.

⁸² Iz navedenog proizlazi kako je i u engleskom pravu samovlast zabranjena, baš kao i u hrvatskom pravu.

⁸³ Bowtle, Greame; McGuinness, Kevin, *op. cit.* (bilj. 69), str. 144.

⁸⁴ *Ibid.*, str. 145.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 146.

⁸⁶ *Ibid.*, str. 152.

osiguranih tražbina, što je za posljedicu moglo imati osipanje nacionalne brodarske flote na način da brodovlasnici u cilju olakšanja pribavljanja kredita registriraju brodove u upisnicima onih zemalja u kojima se kao mjerodavno pravo primjenjuje englesko ili čija prava usvajaju rješenja engleskog prava i na taj način omogućuju kreditorima lakši put namirenja njihovih potraživanja, odnosno brodovlasnicima lakši put u pribavljanju financijskih sredstava za financiranje njihove djelatnosti.

2.8.2. Turska⁸⁷

Odredbe o hipoteci na brodovima u turskom pravu sadržane su u Turskom trgovačkom zakoniku, donesenom u turskom Parlamentu 13. siječnja 2011. godine. Uz navedeni zakonik donesen je dan poslije i komplementarni Zakon o primjeni i izvršenju novog turskog trgovačkog zakonika. Navedeni zakoni stupili su na snagu 1. srpnja 2012. godine i unose znatne promjene na području stvarnih prava na brodovima, uključujući hipoteku na brodu.

Sve do donošenja spomenutih propisa, a kada se govori o hipoteci na brodu, tursko se pravo oslanjalo na njemačko i švicarsko uređenje tog instituta u pogledu hipoteke na nekretninama, čija su rješenja bila prihvaćena u ranije važećem turskom Trgovačkom zakoniku, koji je bio na snazi od 29. lipnja 1956. godine. Premda su Trgovačkim zakonikom u pogledu hipoteke na brodu učinjene opsežne izmjene, on se još uvijek oslanja na rješenja sadržana u njemačkom i švicarskom zakonodavstvu.

Navedene izmjene očituju se u tome što su u tursko pravo unesena rješenja koja jačaju ovlasti vjerovnika u fazi namirenja hipotekom osigurane tražbine. Može se navesti nekoliko primjera, prodaja *pendente lite*⁸⁸ (njem. *vorzeitiger Verkauf*) izrijeком je učinjena dostupnom za sve brodove (članak 1386. Trgovačkog zakonika) kako bi se izbjeglo da se vrijednost broda smanji ili da nova povlaštena potraživanja nastanu dok se čeka na javnu dražbu.⁸⁹ Također privatna prodaja (njem. *Freihandverkauf*) od strane Ovršnog ureda, nasuprot javnoj dražbi, sada je izrijeком priznata (članak 1387. Trgovačkog zakonika) u cilju da se osigura brza i učinkovita prodaja broda.⁹⁰ Pripreme za sudsku prodaju broda uređene su tako da osiguraju najširu moguću otvorenost. U tu se svrhu zahtijeva da se oglas o sudskoj prodaji objavi u međunarodnim brodarskim listovima, kao što su *Lloyd's List* ili *Trade Winds*.⁹¹ Osim toga potrebno je naglasiti kako je

⁸⁷ Detaljnije: Kerim Atamer; *New Turkish Law of Ship Mortgages and Enforcment*, <http://www.cmashipping2016.com/postprogram/Wednesday/Ercan%20Demir%20Sources.pdf>, stranica posjećena dana 1. 9. 2016.

⁸⁸ *Pendente lite* sudska je prodaja prije ishoda sudske odluke (rješenja o ovrsi) u slučaju kad je vjerojatno smanjenje vrijednosti imovine, a očuvanje njezine vrijednosti nije izvedivo. Tada sud na zahtjev zainteresirane stranke u postupku može naložiti prodaju i prije donošenja i pravomoćnosti sudske odluke.

⁸⁹ Atamer, Kerim, *op. cit.* (bilj. 87), str. 10.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

hipotekarni vjerovnik ovlašten pokrenuti i stečajni postupak nad dužnikom hipotekom osigurane tražbine.⁹²

Dakle iz navedenog je razvidno da je i tursko pravo reagiralo na zahtjeve tržišta u cilju postizanja ravnoteže između suprotstavljenih interesa hipotekarnih vjerovnika, trećih osoba koje imaju prava i interese na brodu te dužnika hipotekom opterećenog broda, odnosno vlasnika broda. No za razliku od navedenog instituta i uređenja hipoteke u hrvatskom pravnom sustavu, tursko pravo ne poznaje ovlaštenje hipotekarnog vjerovnika na uzimanje broda u posjed i njegova iskorištavanja do namirenja hipotekom osigurane tražbine, nego se zadržalo samo na ovlaštenju hipotekarnog vjerovnika na sudsku prodaju hipotekom opterećenog broda kroz postupak javne dražbe ili na privatnu prodaju, ali putem Ovršnog ureda, kao što je prethodno spomenuto.

2.8.3. Italija

Za razliku od engleskog shvaćanja hipoteke, odnosno tamošnjeg instituta *mortgage*, u talijanskom pravu hipoteka ne predstavlja prijenos vlasništva na hipotekarnog vjerovnika, nego pravo na namirenje duga kroz prisilnu prodaju broda. Osnovna se razlika čini u tome da je u engleskom pravnom sistemu vjerovnik ovlašten prodati brod, dok u talijanskom pravnom sistemu vjerovnik ima samo pravo namiriti svoju tražbinu kroz sudsku prodaju broda.⁹³ Uz navedenu razliku u talijanskom pravu ne postoji pravo hipotekarnog vjerovnika da jednostrano preuzme brod u posjed u cilju njegova iskorištavanja radi namirenja hipotekom osiguranog duga.

Za razliku od navedenog, u hrvatskom pravu hipoteka ne predstavlja prijenos vlasništva na brodu, ali je hipotekarni vjerovnik ovlašten prodati brod privatnom prodajom te preuzeti brod u posjed, doduše, ne jednostrano, u cilju njegova iskorištavanja radi namirenja hipotekom osigurane tražbine, kako je to prethodno opisano.

Dakle kad se uspoređuju navedena poredbenopravna rješenja, uočljivo je da je talijansko pravo, kada je riječ hipoteci na brodu, zadržalo pravno uređenje slično onome kako je uređena hipoteka na nekretninama u sistemima kontinentalnog pravnog kruga, gdje u fazi namirenja hipotekom osigurane tražbine nema alternative sudskoj intervenciji, odnosno namirenju hipotekom osigurane tražbine posredstvom suda. U tom je razlika u odnosu na hrvatsko uređenje tog instituta, koje se približilo anglosaksonskom uređenju tog instituta s logičnim i racionalnim ciljem održanja konkurentnosti i olakšavanja izvora financiranja nacionalne flote.

⁹² *Ibid.*, str. 11.

⁹³ Berlingieri, Giorgio, *Understanding ship mortgage law*, str. 1, http://www.maritimeadvocate.com/mortgage/understanding_ship_mortgage_law.htm, stranica posjećena 8. 9. 2016.

2.8.4. Grčka

Za pravno uređenje hipoteke na brodu u grčkom se pravu može reći da je navedena zemlja među prvima krenula u redizajniranje instituta hipoteke na brodu u cilju postizanja veće konkurentnosti flote i privlačenja izvora njezina financiranja, i to još davne 1953. godine. Sve do tada grčko se pravo u pogledu hipoteke oslanjalo na kontinentalno uređenje tog instituta u pogledu nekretnina. To uređenje vuče korijene iz rimskog prava, koje je poznavalo i priznavalo samo sudsku prodaju predmeta hipoteke u slučaju zakašnjenja hipotekarnog dužnika. Kako bi osigurali veću sigurnost hipotekarnim vjerovnicima, grčka hipoteka na brodu znatno je izmijenjena 1953. godine, na način da su hipotekarnim vjerovnicima dana dodatna prava do tada nepoznata hipoteci civilnog prava, uključujući, među ostalim, pravo uzeti brod u posjed u svrhu njegova iskorištavanja radi namirenja hipotekom osigurane tražbine te pravo na privatnu prodaju broda. Navedenim izmjenama hipoteka na brodu više se približila anglosaksonskom institutu *mortgage*. Međutim nakon grčke kodifikacije privatnog pomorskog prava 1958. godine dio koji se odnosi na hipoteku na brodu ponovno se temelji na civilnopravnom shvaćanju hipoteke na brodu te ignorira anglosaksonski koncept, odnosno rješenja uvedena ranijim zakonom, a koja sada predstavljaju poseban oblik hipoteke primjenjiv samo nad brodovima većima od 500 brt.⁹⁴

Dakle grčko je pravo bilo među prvima koje je interveniralo u uređenje instituta hipoteke na brodu. Taj su primjer mnogo godina poslije slijedile i druge zemlje, pa tako i Hrvatska, približavajući taj institut anglosaksonskom institutu *mortgage*. Međutim Grci su poslije to novo anglosaksonsko uređenje zadržali samo za veće brodove, očito se vodeći shvaćanjem da samo u odnosu na veće brodove treba učiniti odstupanja, s obzirom na to da su takvi brodovi najčešće interesantni stranim kreditorima, kojima je bitno da se mogu na brz i efikasan način namiriti. Navedeno odstupanje hrvatsko pravo ne poznaje, ali zato stavlja na dispoziciju strankama da ugovorom isključe neke od propisanih načina namirenja, o čemu je prethodno bilo više riječi.

3. HIPOTEKA NA BRODU UNUTARNJE PLOVIDBE

3.1. Uvod i pojmovna razgraničenja

Pozitivno pravno uređenje hipoteke na brodu neizostavno uključuje i uređenje tog instituta u odnosu na brod unutarnje plovidbe.

U tom smislu mjerodavne su odredbe Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda,⁹⁵ koji u članku 1. normira područje svoje primjene određujući da se njime uređuje plovidba unutarnjim vodama Republike Hrvatske, sigurnost plovidbe unutarnjim vodama, pravni

⁹⁴ Detaljnije: Civil Greece, http://www.maritimeadvocate.com/reviews/civil_greece.htm, posjećeno 1. 9. 2016.

⁹⁵ Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda (Narodne novine 109/2007, 132/2007, 51/2013, 152/2014).

status, način upravljanja vodnim putovima i lukama unutarnjih voda, materijalnopravni odnosi glede plovila, postupci upisa plovila, prijevoz i ugovaranje prijevoza, plovidbene nesreće, ustroj i rad lučkih kapetanija i nadzor te druga pitanja koja se odnose na plovidbu i luke unutarnjih voda.

Već iz letimičnog pregleda područja primjene navedene zakonske odredbe razvidno je da ona govori o plovilu, pa je bitno istaknuti kako je pojam plovila širi od pojma broda, odnosno kako pojam plovila obuhvaća u sebi i brod. Naime u članku 4. Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda daje se definicija plovila određenjem da je plovilo svaki objekt unutarnje plovidbe namijenjen za plovidbu, uključujući brodove, čamce, skele i plutajuća postrojenja.

Potrebno je ponajprije pojmovno razgraničiti pomorsku od unutarnje plovidbe, a zatim definirati pojam pomorskog broda i broda unutarnje plovidbe.⁹⁶ Tako se u članku 4. Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda određuje kako je unutarnja plovidba ona plovidba koja se obavlja unutarnjim vodama, dok su unutarnje vode rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba. Za razliku od unutarnje plovidbe, Pomorski zakonik definira pomorsku plovidbu kao plovidbu koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskog jadranskog slijeva do granice do koje su one plovne s morske strane.

Nadalje u članku 4. Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda dan je pojam broda određenjem da je brod plovilo namijenjeno isključivo ili pretežno za plovidbu unutarnjim plovitim putovima, duljine (L) 20 metara ili više; plovilo čiji je umnožak duljine (L), širine (B) i gaza (T) zapremina od 100 m³ ili više; plovilo namijenjeno za prijevoz više od 12 putnika; tegljač; potiskivač; plovilo namijenjeno za pokretanje bočnog sastava koji se ne sastoji isključivo od čamaca bez obzira na njihovu duljinu, širinu i zapremninu. Nasuprot tome, a kako je već rečeno, Pomorski zakonik u članku 5. definira brod na način da je brod, osim ratnog broda, plovni objekt namijenjen za plovidbu morem čija je duljina veća od 12 metara, a bruto tonaža veća od 15, ili je ovlašten prevoziti više od 12 putnika. Brod može biti putnički, teretni, tehnički plovni objekt, ribarski, javni ili znanstvenoistraživački.

Dakle usporedbom navedenih pojmovnih razgraničenja dolazi se do zaključka kako je brod unutarnje plovidbe onaj brod koji je isključivo ili pretežno namijenjen za plovidbu rijekama, kanalima i jezerima, osim rijeka jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba i koji udovoljava zakonom propisanim tehničkim karakteristikama, odnosno prijevozu minimalnog broja putnika, uključujući tegljač, potiskivač te plovilo namijenjeno za pokretanje bočnog sastava koje se ne sastoji isključivo od čamaca.

⁹⁶ Premda Pomorski zakonik i Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih morskih voda pojmovno govore samo o brodu, ovaj se autor za potrebe ovoga rada koristi pojmovima broda pomorske i unutarnje plovidbe imajući u vidu da se radi o pojmu broda sukladno Pomorskom zakoniku, odnosno o pojmu broda sukladno Zakonu o plovidbi i lukama unutarnjih morskih voda.

3.2. Pozitivno pravno uređenje

Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda u pogledu stvarnopravnog uređenja plovila ima posebne odredbe samo u odnosu na upis i brisanje plovila, odnosno postupak za upisivanje u upisnik plovila. Međutim u članku 2. i 3. Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda određuje da se na sva druga pitanja koja nisu uređena tim Zakonom na odgovarajući način primjenjuje Pomorski zakonik, a na odnose koji nisu uređeni istim Zakonom, drugim zakonima i podzakonskim aktima da se primjenjuju običaji iz područja unutarnje plovidbe.

Međutim stvari nisu tako jednostavne jer je Republika Hrvatska od 31. srpnja 2002. godine vezana Konvencijom o upisu brodova unutarnje plovidbe⁹⁷ te Protokolima na navedenu Konvenciju, i to Protokolom broj 1 o stvarnim pravima na plovilima unutarnje plovidbe i Protokolom broj 2 o privremenom zaustavljanju i prinudnoj prodaji plovila unutarnje plovidbe, a kojima se određena pitanja reguliraju drugačije nego unutarnjim propisima.⁹⁸ S tim u svezi bitno je istaknuti kako je odredbom članka 16. stavka 1. i 2. Konvencije određeno da se navedeni Protokoli, ako su od države ugovornice prihvaćeni, smatraju sastavnim, odnosno integralnim dijelom same Konvencije. Iako sama Konvencija nema takvu odredbu, prema njezinu sadržaju može se zaključiti da je područje njezine primjene istovjetno polju primjene njezinih Protokola. U tom se smislu Konvencija o upisu primjenjuje na plovilo koje bi se trebalo upisati u upisnik neke države stranke Konvencije, odnosno na plovilo koje je u takav upisnik već upisano.⁹⁹

Imajući u vidu naprijed rečeno, treba istaknuti da Protokol broj 1 u članku 2. određuje da se primjenjuje na stvarna prava na svakom plovilu unutarnje plovidbe, čak i onom u gradnji, nasukanom ili potopljenom, koje je upisano u upisniku države ugovornice. Nadalje, u članku 3. Protokola broj 1 određuje se da jedina stvarna prava kojih plovilo može biti objekt jesu vlasništvo, plodouživanje, hipoteka i privilegij.¹⁰⁰ Dakle to znači da

⁹⁷ Konvencija o upisu brodova unutarnje plovidbe izglasana je u Ženevi 1965. godine, a uz Hrvatsku Konvencija obvezuje još i Austriju, Bjelorusiju, Belgiju, Francusku, Njemačku, Luksemburg, Crnu Goru, Nizozemsku, Srbiju i Švicarsku. Izvor: http://www.unece.org/trans/main/sc3/legalinst_32_rinv.html, stranica posjećena dana 9. 8. 2016.

⁹⁸ To znači da će se u pogledu hipoteke na brodu unutarnje plovidbe najprije morati sagledati rješenja spomenute Konvencije i Protokola, a tek onda Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda, podredno Pomorskog zakonika, što unosi konfuziju s obzirom na to da su neka pitanja Konvencijom drugačije regulirana, pa se postavlja pitanje potrebe za donošenjem novog Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda kojim će se cjelovito i u skladu s Konvencijom urediti sva materija od važnosti za brod unutarnje plovidbe, pa tako i materija hipoteke.

⁹⁹ Marin, Jasenko, *Stvarnopravno uređenje za plovila unutarnje plovidbe*, Poredbeno pomorsko pravo - Comparative maritime law, 48 (2009), 163, str. 30.

¹⁰⁰ U članku 96. stavku 1. Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda određuje se da se u upisnik plovila mogu upisati samo: stvarna prava, zakup plovila i brodarski ugovor na vrijeme za cijelo plovilo i pravo prvokupa. S obzirom na nadređenost Konvencije Zakonu, može se zaključiti da su stvarna prava koja bi se u upisnik mogla upisati upravo ona navedena Konvencijom, odnosno vlasništvo, plodouživanje i hipoteka, izuzev privilegija, koji se u upisnik ne upisuju.

objektom hipoteke mogu biti i brod unutarnje plovidbe te brod unutarnje plovidbe u gradnji koji su upisani u upisnik plovila, odnosno plovila u gradnji.¹⁰¹

Što se tiče prostiranja hipoteke, Protokol broj 1 u članku 9. određuje da se hipoteka prostire na sve stvari trajno pričvršćene uz plovilo i koje svrhom služe i pripadaju vlasniku plovila, ali je dopušteno da države ugovornice reguliraju prostiranje hipoteke i drugačije ako je to dopušteno po pravu države u kojoj je plovilo upisano. U tom kontekstu valja upozoriti na podrednu primjenu odredbe članka 228. Pomorskog zakonika, koja određuje da se hipoteka neće prostirati na pripadak ako je u upisniku zabilježeno da je vlasnik tog pripadka osoba različita od brodovlasnika.¹⁰²

Također se određuje da se priznaje prostiranje hipoteke i na prevoznine, vozarine i naknade na temelju ugovora o osiguranju plovila ako je to predviđeno državom upisa plovila. Međutim glede primjene te odredbe u Republici Hrvatskoj treba imati na umu ranije spomenutu odredbu članka 230. Pomorskog zakonika, prema kojoj se hipoteka ne prostire na vozarinu, prevozninu, tegljarinu, zakupninu ni na nagrade za spašavanje ako nije drugačije ugovoreno. Dakle naše pravo dopušta da hipoteka na plovilu obuhvaća i navedene civilne plodove, ali samo ako je posebno ugovoreno. S druge strane zakonska je predmnijeva da se hipoteka prostire i na naknadu iz osiguranja broda. Ako stranke žele da se hipoteka ne prostire na tu naknadu, moraju to posebno ugovoriti.¹⁰³

U pogledu ovlasti hipotekarnog vjerovnika Protokol broj 1 ne sadrži posebne odredbe, nego će doći do podredne primjene Pomorskog zakonika, o čemu je prethodno bilo više riječi. No tek je odredbom članka 8. Protokola broj 1. propisano kako će se ovlast vjerovnika da preuzme u posjed plovilo i iskorištava ga u svrhu namirenja svoje

¹⁰¹ Potrebno je razriješiti dvojbu, ako ona uopće postoji, i odgovoriti na pitanje primjenjuju li se konvencijske odredbe o hipoteci i na čamce. Odgovor na navedeno pitanje potvrđan je u situaciji kada su čamci upisani u odgovarajući upisnik, što bi konkretno bio upisnik čamaca. Argument u prilog navedenog shvaćanja nije samo Konvencijom široko postavljena definicija plovila, koja uključuje i čamce, nego i polje primjene Protokola broj 1, koji se primjenjuje na vlasništvo, plodouživanje, hipoteku i privilegij na svakom plovilu unutarnje plovidbe, pa tako i na čamcu upisanom u upisnik države ugovornice, odnosno upisnik čamaca. Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda razlikuje upisnik plovila od upisnika čamaca, dok Konvencija o upisu plovila unutarnje plovidbe s pripadajućim Protokolima takvu razliku ne poznaje, nego u članku 1. govori samo o upisniku plovila, pod čime se misli na upisnik onako kako je definiran člankom 2. Konvencije, odnosno na bilo koji upisnik plovila unutarnje plovidbe. S tim u svezi Konvencija u članku 1. daje široku definiciju pojma plovilo, koja u sebi obuhvaća i čamce, jer se plovilom smatraju uključivo i hidroavioni, trajekti, jaružala, dizalice, dizala i svi drugi plutajući aparati i postrojenja slične prirode. Međutim u upisnik čamaca, sukladno Zakonu o plovidbi i lukama unutarnjih voda, ne upisuju se čamci duljine 2,5 metra ili kraći, ukupne snage porivnih strojeva 5 kW ili manje, čamci koji pripadaju drugim plovilima u svrhu prikupljanja, spašavanja ili obavljanja radova, čamci namijenjeni isključivo za natjecanje (športski, veslački), kajaci, kanui, pedaline, daske za jedrenje i sl., pa slijedi da na njima hipoteka nije moguća. Treba istaknuti kako je u Republici Hrvatskoj na snazi Pravilnik o čamcima (Narodne novine 72/2015), kojim se razrađuju odredbe Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda u pogledu čamaca, pa se tako i u pogledu upisa i brisanja u upisnik čamaca odredbom članka 22. određuje da se u C list uložka knjige čamaca upisuju i stvarna prava kojima je čamac opterećen, iz čega se onda zaključuje kako u tom smjeru nema razlike u odnosu na konvencijsku i domaću regulativu jer obje dopuštaju i omogućuju postojanje hipoteke i na čamcu koji je upisan u upisnik čamaca.

¹⁰² Marin, Jasenko, *op. cit.* (bilj. 99), str. 38.

¹⁰³ *Ibid.*

hipotekom osigurane tražbine priznati kao način namirenja tražbine i u državama ugovornicama različitim od one u čijem je upisniku hipoteka upisana, ali samo ako je ta ovlast zabilježena u upisniku u kojem je hipoteka upisana.

Što se tiče upisa, odnosno uknjižbe hipoteke, člankom 7.1. Protokola broj 1 određuje se samo da uknjižba hipoteke mora sadržavati barem sljedeće pojedinosti: 1) iznos tražbine osiguran hipotekom te kamatnu stopu, 2) ime i adresu ili prebivalište hipotekarnog dužnika, 3) podatke o dospijeću hipotekom osigurane tražbine ili naznaku isprave deponirane kod tijela koje vodi upisnik (kapetanija) koji sadrži takve podatke.¹⁰⁴

S tim u svezi sadržano je u Zakonu o plovidbi i lukama unutarnjih voda u svega nekoliko članaka koji reguliraju upis i brisanje te postupak za upisivanje u upisnik plovila.¹⁰⁵ Međutim na nekoliko se mjesta navedenim zakonom zasebno uređuju pitanja od važnosti za hipoteku na brodu, odnosno plovilu. Tako se u članku 86. stavku 1. i 2. Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda određuje da je za brisanje plovila iz upisnika plovila potreban pristanak hipotekarnih vjerovnika ako je na plovilu osnovana hipoteka. Također se određuje da lučka kapetanija može dopustiti brisanje plovila iz upisnika plovila i bez pristanka hipotekarnih vjerovnika ako u sudu bude položena svota u novcu u visini tražbina tih vjerovnika, odnosno ako bude dano osiguranje za koje sud, nakon što sasluša vjerovnike, utvrdi da je dovoljno.¹⁰⁶

Određujući prava koja mogu biti predmet upisa, navedeni zakon određuje, identično kao i Pomorski zakonik, da će se upisati kao brodar plovila onaj ovlaštenik hipoteke na plovilu koji preuzme posjed plovila i njegovo iskorištavanje.¹⁰⁷

Na sva ostala pitanja koja nisu regulirana Konvencijom s pripadajućim Protokolom broj 1, odnosno Zakonom o plovidbi i lukama unutarnjih voda, primjenjivat će se na odgovarajući način odredbe Pomorskog zakonika.

S tim u svezi potrebno je napomenuti kako Protokol broj 1 određuje da se pravila koja se odnose na hipoteku, vlasništvo i plodouživanje, osim onih pravila koja su određena istim Protokolom i onih koja se primjenjuju na prijenos vlasništva ili prestanak drugih stvarnih

¹⁰⁴ Sličnu odredbu, osim dijela o dospijeću tražbine, sadrži i Pomorski zakonik u članku 260., koji se primjenjuje podredno za slučaj da neko pitanje nije uređeno Zakonom o plovidbi i lukama unutarnjih voda, pa se može zaključiti da je u tom dijelu Konvencija, odnosno Protokol broj 1, precizniji.

¹⁰⁵ Odredbe o upisu i brisanju te postupku za upisivanje u upisnik plovila sadržane su u Glavi II. i III. Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda. Tako je propisano da se upis u upisnik plovila obavlja na temelju rješenja nadležne lučke kapetanije, da se uknjižba može dopustiti samo na temelju javnih isprava ili privatnih isprava na kojima je potpise osoba čije pravo treba ograničiti, opteretiti ili prenijeti na drugu osobu ovjerilo tijelo nadležno za ovjeru potpisa, da je postupak upisivanja upravni postupak, da je za stjecanje stvarnih prava na temelju pravnog posla potreban pisani oblik te da se stvarna prava na plovnom objektu, odnosno plovilu u gradnji, od trenutka upisa u upisnik plovila u gradnji mogu steći, prenijeti, ograničiti i ukinuti jedino upisom u odgovarajući upisnik ili očevidnik.

¹⁰⁶ Međutim istim se člankom određuje kako se navedeno ne odnosi na plovila u gradnji te u slučaju brisanja iz upisnika plovila koje je propalo ili se pretpostavlja da je propalo. Cilj je navedene odredbe jasan. Njime se štite interesi hipotekarnih vjerovnika.

¹⁰⁷ Identičnu odredbu sadrži Pomorski zakonik, pa vrijedi što je prethodno u tom pogledu rečeno.

prava u slučaju prisilne prodaje, određuju prema zakonu države upisa. Dakle u tom se slučaju upućuje na pravo, odnosno zakon države u čiji je upisnik plovilo upisano, što bi u Republici Hrvatskoj bio Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda.

Imajući u vidu kako Konvencija s pripadajućim Protokolima ne regulira temelj osnivanja hipoteke, ovlasti hipotekarnog vjerovnika, prestanak hipoteke i slično, a ta pitanja ne regulira ni Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda, to će se na odgovarajući način primjenjivati odredbe Pomorskog zakonika, podredno odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, zatim podzakonski akti (pravilnici), i na kraju običaji iz područja unutarnje plovidbe.

4. ZAKLJUČAK

U radu se prikazuje materijalnopravno uređenje instituta hipoteke na brodu u hrvatskom pozitivnom pravu, i to kako s obzirom na pomorski brod tako i s obzirom na brod unutarnje plovidbe. U prvom dijelu rada analiziraju se odredbe instituta hipoteke na pomorskom brodu normirane Pomorskim zakonikom, uz upozoravanje na nedorečenosti i dvojbenosti pojedinih zakonskih rješenja. Među ostalim kritički se analiziraju odredbe Pomorskog zakonika, kojima je regulirano prostiranje hipoteke na naknadu iz osiguranja, uz upozoravanje kako se navedenim odredbama odstupa od pravne prirode hipoteke kao registarskog založnog prava, zbog čega bi se trebalo razmisliti o revidiranju navedenih odredaba na način da se očuva njihov cilj, ali da se pri tome ne dovede u pitanje bit hipoteke kao registarskog založnog prava te nužne pravne posljedice koje proizlaze iz njezine registarske prirode. U radu se posebna pozornost posvećuje stadiju namirenja hipotekom na pomorskom brodu osigurane tražbine, pri čemu se analiziraju mogućnosti koje Pomorskim zakonikom stoje na raspolaganju hipotekarnom vjerovniku te uspoređuju te mogućnosti s rješenjima u poredbenim pravnim sustavima Engleske, Turske, Italije i Grčke. Upozorava se kako se davanjem ovlasti hipotekarnom vjerovniku da uzme brod u posjed i koristi ga, odnosno da ga slobodno proda izvansudskim putem, Pomorski zakonik udaljio od klasičnog kontinentalnog koncepta instituta hipoteke te se približio angloameričkom institutu *mortgage*, a sve u cilju da se olakša namirenje vjerovnikove hipotekom osigurane tražbine i time privuku strani kreditori i investitori u pomorsku djelatnost i brodogradnju pružanjem sigurnosti u postupku namirenja kakvu su inače navikli imati. U drugom dijelu rada analizira se pozitivno uređenje instituta hipoteke na brodu unutarnje plovidbe. Upozorava se na konfuzno uređenje tog instituta s obzirom na to da Republiku Hrvatsku obvezuje Konvencija o upisu brodova unutarnje plovidbe s pripadajućim Protokolima, kojom su pojedina rješenja normirana drugačije od onih normiranih Zakonom o plovidbi i lukama unutarnjih voda, odnosno onih normiranih Pomorskim zakonikom, koji se primjenjuje podredno. Takvo uređenje materije u pogledu broda unutarnje plovidbe zasigurno ne pridonosi pravnoj sigurnosti te nameće nekoliko pitanja na koja pravna teorija i praksa trebaju dati odgovore. Naime postavlja se pitanje je li prikladno da se Pomorski zakonik u cijelosti podredno primjenjuje na materiju hipoteke na brodu unutarnje plovidbe. Također postavlja se pitanje je li sazrelo vrijeme

za donošenje novog zakona, kojim bi se cjelovito i u skladu s navedenom Konvencijom uredila sva materija od važnosti za brod unutarnje plovidbe, pa tako i materija hipoteke, i na taj način pridonijelo pravnoj sigurnost u reguliranju navedene materije.

SHIP MORTGAGE IN CROATIAN AND COMPARATIVE LAW

The particularity of ship mortgage in Croatian law in relation to the continental law regulation of this concept appears at the stage of the defrayment of the claim ensured by the mortgage, since the creditor obtains authorisation to defray his claims not only from the sale price of the ship achieved by a judicial sale, but also by a private sale, respectively taking the ship into possession and its usage. In this respect, Croatian law follows the example of the Anglo-Saxon regulation of mortgage and steps out of line of the common regulations of mortgage within the countries that belong to the sphere of continental law. In the first part of this paper, the substantive regulation of seagoing ship mortgage in Croatian law is analysed, where the accent is on the stage of the defrayment of the claim, while the regulation of this concept is compared to selected law systems with a critical review of particular legal provisions. In the second part, the substantive regulation of inland ship mortgage in Croatian law is examined, pointing out its complexity and vagueness, as well as the need to review current legislative solutions.

Keywords: seagoing ship mortgage, mortgage, judicial sale of a ship, private sale of a ship (extrajudicial sale), possession and usage of a ship, inland ship mortgage

Jurica Kvartuč, attorney-at-law, attending the postgraduate doctoral study programme in Commercial and Company Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

NAČELO POVJERENJA U ZEMLJIŠNE KNJIGE U BOSNI I HERCEGOVINI

Pregledni znanstveni rad

UDK 349.418(497.6)

347.235.11(497.6)

Primljeno: 22. veljače 2016.

Adis Abdić*

Zemljišna knjiga kao evidencija nekretnina i prava na njima ima smisla samo ako svatko može pretpostaviti da je njezin sadržaj potpun i istinit te da će pravni poredak tu pretpostavku na odgovarajući način zaštititi. Tu funkciju zemljišnih knjiga osigurava načelo povjerenja. Iako u BiH ono sve do 2001. godine nije bilo regulirano pozitivnim zakonskim propisima, bilo je u primjeni temeljem pravnih pravila i Općeg građanskog zakonika (OGZ-a). Sudska je praksa ipak prioritet dala načelu da nitko na drugog ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima zanemarujući načelo povjerenja. Poslije su doneseni zakoni koji su izrijekom regulirali načelo povjerenja, što je sudska praksa i dalje zanemarivala, pa se tek u novije vrijeme nazire promjena pristupa načelu povjerenja pružanjem zaštite savjesnim trećim osobama u stjecanju prava vlasništva temeljem tog načela, što ima puno opravdanje kad se ima u vidu važnost i uloga zemljišnih knjiga za promet nekretnina, a time i za privredni razvoj.

Ključne riječi: zemljišna knjiga, stjecanje prava vlasništva, načelo povjerenja

1. UVOD

Zemljišne knjige u pravnom prometu nekretninama imaju važnu ulogu jer prikazuju pravno stanje nekretnina, što je osobito važno prilikom stvarnopravnog raspolaganja nekretninama. Međutim često se zemljišnoknjižno i izvanknjižno pravno stanje nekretnina ne slažu, što stvara teškoće i unosi nesigurnost u pravni promet nekretninama. Zbog toga dolazi i do manjeg raspolaganja nekretninama, jer se nije moguće sa sigurnošću pouzdati u potpunost i istinitost zemljišne knjige. Osoba koja se pouzda u zemljišnu knjigu, tj. da je netko vlasnik određene nekretnine prilikom pravnog raspolaganja, a ne zna da nije i izvanknjižni vlasnik, dolazi u situaciju da nije sigurna hoće li pravni poredak na odgovarajući način zaštititi njezino stjecanje prava vlasništva.

Navedeno se može izbjeći pouzdanjem u zemljišnu knjigu, tj. njezinu potpunost i istinitost (pod odgovarajućim uvjetima), bez obzira na to odgovara li tome izvanknjižno stanje. Upravo načelo povjerenja, na način kako je regulirano pozitivnim zakonskim propisima, omogućuje pouzdanje u potpunost i istinitost zemljišne knjige. Naravno, takvu zakonsku

* Adis Abdić, sudac Općinskog suda u Bosanskoj Krupi, završio Poslijediplomski specijalistički studij iz građanskopravnih i obiteljskopravnih znanosti na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

regulativu mora pratiti i odgovarajuća sudska praksa, koja će pružati pravnu zaštitu osobama koje su se pouzdale u zemljišnu knjigu prilikom raspolaganja nekretninama.

Do sada načelo povjerenja nije imalo prioritet u primjeni i sudska ga praksa još nije podržala, a ovaj će rad pokušati dati odgovor na pitanje treba li se takav pristup načelu povjerenja mijenjati.

2. OPĆENITO O NAČELU POVJERENJA

2.1. Povijesni prikaz

U Bosni i Hercegovini postoji duga tradicija vođenja zemljišne knjige. Zemljišne knjige na području Bosne i Hercegovine uspostavljene su krajem XIX. vijeka i zasnovane su na općem katastarskom premjeru zemljišta.¹ Tek 1950-ih godina počinje uspostava novog premjera, koji nije vezan za stari austrougarski premjer niti postoji mogućnost njihova povezivanja, odnosno automatskog vezivanja brojeva parcela u zemljišnoj knjizi i u katastru. Sve to govori da se radi o vrlo složenom i dugoročnom poslu te da harmonizacija ta dva registra, odnosno usuglašavanje zemljišnoknjižnog i katastarskoknjižnog stanja, može trajati puno duže.² To je jednim dijelom vodilo neažurnosti zemljišnih knjiga, koja je u velikoj mjeri bila uzrokovana i materijalnim propisima stvarnog prava, a prije svega nekonsekventnom primjenom načela upisa i načela povjerenja. Stvarna prava na nekretninama stjecala su se upisom u zemljišnu knjigu samo kod stjecanja na temelju pravnog posla, a postojala je široka mogućnost izvanknjižnog stjecanja.³ Na to je utjecala i činjenica da nije postojala obaveza vlasnika nekretnina da prijavljuju promjene na nekretninama, a oni nisu bili ni zainteresirani za taj upis, to više što je provođenje zemljišnoknjižnih promjena bilo uvjetovano plaćanjem poreza na promet nekretninama i za to vezanih taksa. Također, prilikom zemljišnoknjižnih upisa prava na nekretninama u društvenom vlasništvu, odnosno na nekretninama za koje su uspostavljeni posebni pravni režimi, nisu se uvijek dosljedno mogla primijeniti zemljišnoknjižna pravna pravila kako zbog toga što u njima nisu bile uređene sve pretpostavke vezane za upis tih prava tako i zbog toga što je ta prava trebalo upisati na način koji je bio suprotan načinu po kojem se po zemljišnoknjižnim pravilima upisuju prava na nekretninama. Nadalje, pravni odnosi na pojedinim vrstama zemljišta (prije svega na građevinskom) počeli su se često uređivati uz napuštanje načela *superfices solo cedit*, po kojem zemljište i sve ono što je na njemu ili ispod njegove površine izgrađeno i s njime trajno spojeno predstavlja jedinstvenu

¹ Prva ozbiljnija premjeravanja vršena od strane oficira Austro-Ugarske Monarhije počela su 1871. i završena su 1885. godine, nakon čega je uslijedilo donošenje Gruntovničkog zakona 13. septembra 1884., koji ostaje na snazi do stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama tadašnje Kraljevine Jugoslavije 18. maja 1930. Vidi: Velić, Larisa, u: Babić, Ilija; Medić, Duško; Hašić, Enes; Povelakić, Meliha; Velić, Larisa, *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, specijalno izdanje, Privredna štampa d. o. o., Sarajevo, 2014, str. 285.

² *Ibid*, str. 285.

³ Povelakić, Meliha u: Medić, Duško; Povelakić, Meliha, *Aktuelna pitanja i problemi prava nekretnina u Bosni i Hercegovini*, Specijalni prilog petogodišnjeg izdanja časopisa Nova pravna revija, str. 17.

nekretninu, pa su se shodno tome i upisi prava često provodili na način koji nije u potpunosti bio usklađen sa zemljišnoknjižnim i pravnim pravilima.⁴

Načelo povjerenja postojalo je u Austrijskom građanskom zakoniku (OGZ), gdje je u § 1500. propisano da pravo stečeno dosjelošću ili zastarom ne može ići na štetu onome koji je, oslanjajući se na javne knjige, stekao određeno pravo i uknjižio ga.⁵ Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine⁶ nije izričito sadržavao takvu odredbu, ali je propisivao pravila ustanove pod nazivom "Tužba za brisanje i zabilježbu spora" (§ 68. – 78.). Naime, prema § 21. upisi su dopušteni jedino protiv onoga koji je u vrijeme podnesene molbe u zemljišnoj knjizi upisan kao vlasnik zemljišta ili imatelj prava u pogledu kojega treba provesti upis ili koji će bar u isto doba kao takav biti uknjižen ili predbilježen. Dakle, ima se u vidu postojeće zemljišnoknjižno stanje, koje je kao takvo osnova za zemljišnoknjižne promjene, s tim da su se takvi upisi mogli osporavati. Tko želi uknjižbu, o čijoj je dozvoli po propisu obaviješten, osporavati kao nevaljanu i protiv trećih osoba, taj mora u roku za žalbu zbog dozvole te uknjižbe zamoliti zemljišnoknjižni sud za zabilježbu da je ta uknjižba sporna i u isto doba ili najdalje za šezdeset daljnjih dana od trenutka kad proteče rok za žalbu zaista predati tužbu za brisanje protiv svih osoba koje su osporavanom uknjižbom stekle koje knjižno pravo ili na njemu ishodile daljnje uknjižbe ili predbilježbu. Po proteku tih rokova može se protiv trećih osoba koje su još prije zabilježbe spora na uknjiženom pravu stekle daljnja knjižna prava izdati odluka o tome da osporenu uknjižbu treba izbrisati samo onda ako one u pogledu valjanosti uknjižbe nisu bile u dobroj vjeri.⁷

Odredbe OGZ-a te navedenog zakona poslije su se primjenjivale kao pravna pravila, pa je u BiH to načelo bilo u primjeni temeljem pravnih pravila, dakle Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. i OGZ-a.⁸

⁴ Uputstvo o načinu upisivanja u zemljišne knjige prava vlasništva na zgradama izgrađenim na zemljištu općenarodne imovine (Službeni list FNRJ, br. 44/1951); Uputstvo o zemljišnoknjižnim upisima nacionaliziranih najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, (Službeni list FNRJ, br. 49/1959).

⁵ Austrijski građanski zakonik proglašen je 1. juna 1811. godine u Beču pod naslovom Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer (Opći građanski zakonik za njemačke nasljedne teritorije), poznat po skraćenici ABGB (Justizgesetzsammlung, br. 1-6/1811), na snazi od 1. 1. 1812.

⁶ Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine (Službene novine Kraljevine Jugoslavije, br. 146 od 1. 7. 1930. godine).

⁷ § 70. Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine. Prema § 71. Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine, ako je pak ma iz kojega razloga izostala propisana obavijest tužitelja o dozvoli uknjižbe za koju tvrdi da ne valja, onda pravo tužbe na njegovo brisanje protiv trećih osoba koje su na uknjiženom pravu stekle daljnja knjižna prava u dobroj vjeri prestaje tek u roku od tri godine od trenutka kada je pobijana uknjižba bila zatražena kod zemljišnoknjižnoga suda.

⁸ Austrijski građanski zakonik u BiH u razdoblju od Berlinskog kongresa do aneksije BiH primjenjivao se *via facti*, do 1941. godine vrijedio je kao pozitivno pravo, a nakon Drugog svjetskog rata primjenjivala su se pravna pravila sadržana u tom Zakoniku, što je u manjem obujmu bio slučaj sve do donošenja Zakona o stvarnim pravima (tako je Zakon o vlasničkopравnim odnosima u članku 94. propisivao da će se do donošenja odgovarajućeg zakona, u pogledu susjedovnih odnosa, prava plodouživanja, prava upotrebe, prava stanovanja i prava stvarnog tereta primjenjivati odredbe Općeg građanskog zakonika kao pravila imovinskog prava ukoliko nisu u suprotnosti s Ustavom i zakonima Federacije.

Bivši Zakon o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima⁹ nije imao odredbe o načelu povjerenja, kao ni poslije doneseni Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima¹⁰ te Zakon o vlasničko-pravnim odnosima.¹¹

Načelo povjerenja u zemljišne knjige u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine dobilo je na važnosti prvo u Brčko Distriktu 2001. godine donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹² odnosno Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu,¹³ zatim 2003. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj stupanjem na snagu Zakona o zemljišnim knjigama, a poslije i Zakona o stvarnim pravima,¹⁴ koji su i označili uvođenje tog načela u pravni sistem. Svi navedeni zakoni izrijeком su regulirali to načelo te stjecanje prava na temelju povjerenja u zemljišne knjige.¹⁵

2.2. Primjena načela povjerenja

Osnovna funkcija zemljišnih knjiga jest da svatko može pretpostaviti kako je njihov sadržaj potpun i istinit i da se može pouzdati kako će pravni poredak tu pretpostavku na odgovarajući način zaštititi. Ta funkcija zemljišnih knjiga izražava se putem načela povjerenja, na kojem i počiva sustav zemljišnih knjiga, jer bez primjene načela povjerenja egzistencija zemljišnih knjiga, a u kontekstu njihove osnovne funkcije, postala bi suvišna. To je načelo jedno od temeljnih načela zemljišnih knjiga i od stupnja povjerenja u zemljišne knjige zavisi i njihov značaj za sigurnost pravnog prometa.^{16, 17} Zato se metaforički kaže da je zemljišna knjiga ogledalo prava na nekretninama.¹⁸

Predmnijeva se istinitost i potpunost podataka o činjeničnom i pravnom stanju nekretnine sadržanih u zemljišnoj knjizi, odnosno da sve ono što je upisano u zemljišnoj

⁹ Zakon o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 6/80).

¹⁰ Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (Službeni list R BiH, br. 37/95).

¹¹ Zakon o vlasničko-pravnim odnosima (Službene novine F BiH, br. 6/98, 29/03).

¹² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Službeni glasnik BD, br. 11/01, 8/03, 40/04, 19/07).

¹³ Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu (Službeni glasnik BD, br. 11/01, 1/03, 14/03, 19/07, 2/08).

¹⁴ Zakon o zemljišnim knjigama F BiH (Službene novine F BiH, br. 19/03, 54/04), Zakon o zemljišnim knjigama RS (Službeni glasnik RS, br. 67/03, 46/04, 109/2005, 119/08), Zakon o stvarnim pravima F BiH (Službene novine F BiH, br. 66/2013), Zakon o stvarnim pravima RS (Službeni glasnik RS, br. 124/08, 58/09, 95/11).

¹⁵ To je pitanje materijalnog stvarnog prava, pa je njegovo pozicioniranje u stvarnom, a ne u zemljišnoknjižnom pravu ispravno. Tako je postupio i hrvatski zakonodavac. Vidi: Pvlakić, Meliha, *Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH*, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, br. 1/2014, str. 44.

¹⁶ O načelu povjerenja u zemljišne knjige vidi: Weike, Jorge i Tajić, Larisa, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005, str. 43–45; Pvlakić, Meliha, *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, u zborniku radova *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, 2003, str. 239–241.

¹⁷ Josipović, Tatjana, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001, str. 237 i dalje.

¹⁸ Simonetti, Petar, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, Pravna riječ, br. 5/05, str. 95.

knjizi faktično i pravno postoji, a da ne postoji ništa što nije upisano u zemljišnu knjigu, i na tim se predmnjevama temelji povjerenje u zemljišne knjige.¹⁹

Upravo zbog primjene načela povjerenja treće savjesne osobe mogu se pouzdati da je ono što je upisano u zemljišnu knjigu točno, da ono što nije upisano ne postoji i da od stupnja povjerenja koje zemljišne knjige uživaju zavisi i njihov značaj za sigurnost pravnog prometa. Zemljišna knjiga ispunjava svoju funkciju u pravnom prometu samo ukoliko stvara pretpostavku prava te njezina važnost dolazi do izražaja upravo u situaciji kada zemljišnoknjižno stanje ne odgovara faktičkom, izvanknjižnom stanju, jer tada „privid prava zamjenjuje pravo“.²⁰ Narušavanje povjerenja u zemljišne knjige unosi pravnu neizvjesnost i dovodi do pravne nesigurnosti. Zemljišne su knjige javne i dostupne svima te se u načelu nitko ne može pozivati na to da mu je bilo nepoznato pravno stanje u pogledu određene nekretnine.²¹

Prilikom primjene načela povjerenja dolazi do sukoba s jednim od osnovnih pravnih načela građanskog prava, a to je da nitko na drugog ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima.²² Nedostatak pozitivnih zakonskih propisa o načelu povjerenja, ali i davanje prednosti načelu da nitko na drugog ne može prenijeti više prava nego što ih sam ima, dopunjavala je sudska praksa na način kojim se negiralo načelo povjerenja,²³ što se pravdalo velikim raskorakom između zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog stanja.²⁴ Sudska se praksa kretala od negiranja savjesnosti radi propuštenog istraživanja faktičkog stanja do potpunog negiranja načela zemljišnih knjiga.²⁵ Sudska praksa SR BiH (i bivše SFRJ) konsekvantno je stajala na shvaćanju da za stjecanje nije dovoljan samo upis u zemljišnu knjigu, da stjecatelj mora biti savjestan, a da zbog neažurne zemljišne knjige za savjesnost nije dovoljno da se pouzda u zemljišnu knjigu, nego je bilo nužno da istraži i izvanknjižno

¹⁹ Gavella, Nikola u: Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo 1*, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 465.

²⁰ Povlakić, Meliha, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str. 117.

²¹ Simonetti, Petar, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini*, u zborniku radova *Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, Jahorina, 2010, str. 12.

²² *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipsae habet.*

²³ Kupnjom nekretnina od nevlasnika, pa makar on bio upisan u zemljišne knjige kao vlasnik, ne stječe se vlasništvo prema vlasniku tih nekretnina. Vidi: VSJ, Rev-2736/65 od 24. 8. 1966., VSH, Gž-1409/65 od 3. 8. 1965. Isti stav izražava se i u odluci VSH, Rev-1816/89 od 1. 3. 1990. Pozivanjem na načelo povjerenja u zemljišne knjige ne može se steći vlasništvo nekretnine od nevlasnika. Načelo povjerenja u javne knjige znači presumpciju da je ono što je u tim knjigama upisano istinito, pa stoga onaj koji tvrdi suprotno mora to i dokazati. To istovremeno ne znači dakle da bi stjecatelj povjerenjem u zemljišne knjige mogao steći vlasništvo nekretnine i u slučaju da njegov prednik nije bio vlasnik, odnosno stjecatelj se u takvu slučaju ne može pozivom na spomenuto načelo smatrati vlasnikom. Vidi: VSH Rev-1231/90 15. 4. 1992. Objavljeno u: *Pravo u gospodarstvu (privreda i pravo)*, broj: 1996/1-2.

²⁴ Na savjetovanju najviših sudova održavanom 28. i 29. 5. 1986. godine usvojen je zaključak da izvanknjižni stjecatelj prava stvarne služnosti može isticati svoje pravo i prema savjesnom stjecatelju prava vlasništva na poslužnom dobru. Vidi: Simonetti, Petar, *Prodaja tuđe nekretnine*, Informator, broj 4027 od 10. 10. 1992., koji tom stavu upućuje kritiku da navedeni raskorak može biti samo razlog za veću pažnju u pravnom prometu, zahtjev za stroži kriterij za ocjenu savjesnosti, ali nikako za odbacivanje načela povjerenja u zemljišne knjige.

²⁵ VSJ, Rev-2736/65 od 24. 8. 1966., VSH, Gž-1409/65 od 3. 8. 1965., VSH, Rev-1816/89 od 1. 3. 1990.

stanje, pa je na taj način izvanknjižni stjecatelj prava vlasništva i drugih stvarnih prava bio zaštićen i motiviran da izvrši upis u zemljišnu knjigu.^{26,27}

Zbog navedene prakse bilo je mišljenja da se načelo povjerenja primjenjuje s toliko iznimaka da se može smatrati da je u bivšoj SFRJ bilo napušteno.²⁸ Međutim, i sva druga načela zemljišnih knjiga upravo trebaju omogućiti primjenu tog načela, jer ono predstavlja bit zemljišne knjige i njezine funkcije, tako da napuštanje načela povjerenja u zemljišne knjige istovremeno znači i napuštanje zemljišne knjige.²⁹

Donošenje zakona koji su regulirali načelo povjerenja nije dovelo do napuštanja navedene sudske prakse te se to načelo i dalje zanemarivalo.³⁰ U novije vrijeme ipak dolazi do određenih promjena. Naime Vrhovni sud F BiH u dvije svoje odluke koje su se ticale višestrukog otuđivanja nekretnina pružio je zaštitu tom načelu dajući mu prioritet u odnosu na načelo da nitko ne može na drugog prenijeti više prava nego što ga ima.³¹ Hoće li (i kada će) doći do napuštanja dosadašnje sudske prakse, ostaje da se vidi, ali je zasigurno ovo nagovještaj u kojem će se pravcu mijenjati sudska praksa³² u vezi s primjenom načela povjerenja.

²⁶ Povelakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, str. 117.

²⁷ U situaciji kada su se knjižno i izvanknjižno stanje jedne nekretnine razlikovali sudska je praksa prednost davala izvanknjižnom titularu prava na nekretninama, a ne trećoj savjesnoj osobi koja se pouzdala u stanje u zemljišnim knjigama (odstupanje od načela povjerenja). Zakon o vlasničkopравnim odnosima Federacije BiH iz 1998. godine takvu je praksu pretočio i u zakonsku normu, članak 38., vidi: Povelakić, M. u: Medić, D.; Povelakić, M., *Aktuelna pitanja i problemi prava nekretnina u Bosni i Hercegovini*, str. 17.

²⁸ O djelovanju načela povjerenja u bivšoj SFRJ vidi: Stanković/Orlić, *Stvarno pravo, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd, Savremena administracija, 1989, str. 532–539.

²⁹ Vidi tako i: Josipović, Tatjana, *Zaštita povjerenja u pravnom prometu nekretninama*, vol. 35, Pravo u gospodarstvu, 1996, str. 199.

³⁰ Općinski sud u Tuzli, broj 32 0 Ps 07 000268 od 31. 5. 2010., Općinski sud u Tuzli broj 32 0 Ps 1284 65 12 Ps od 9. 12. 2013., Općinski sud u Čapljini broj 07 53 P 006550 07 P od 3. 2. 2009., Kantonalni sud u Mostaru broj 53 0 P 006550 09 Gž od 6. 5. 2001. godine. Izvor: Povelakić, M., *Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH*, str. 43.

³¹ 23 0 P 015197 12 Rev od 20. 12. 2012. Bilten Vrhovnog suda F BiH 1-2/2013; 53 0 P 006550 11 Rev od 14. 2. 2013. Izvor: Povelakić, Meliha, *Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH*, str. 43.

³² Vidi: Općinski sud u Bosanskoj Krupi broj: 18 0 P 020942 13 P od 23. 2. 2015., koja je predmet žalbenog postupka pred drugostupanjskim sudom. U označenom predmetu sud je pružio zaštitu trećoj savjesnoj osobi koja se pouzdala u zemljišnu knjigu u kojoj je samo jedan bračni partner bio upisan kao vlasnik nekretnine, od koga je pravnim poslom kupila nekretninu te se uknjižila kao vlasnik.

3. NAČELO POVJERENJA U POZITIVNIM ZAKONSKIM PROPISIMA BOSNE I HERCEGOVINE – PRAVNI IZVORI

Nadležnost za reguliranje stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, pa u okviru toga i zemljišnoknjižnog prava, pripada entitetima - Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj te Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine,^{33, 34} pa je posljedica toga postojanje tri zakona koji se tiču zemljišnoknjižnog prava te tri zakona koji uređuju stvarnopravnu materiju (i svi navedeni zakoni reguliraju i načelo povjerenja).

U Brčko Distriktu 2001. godine donosi se Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu,³⁵ koji određuje da zemljišne knjige, zemljišnoknjižni izvodi i prijepisi iz zemljišne knjige uživaju javno povjerenje i imaju dokaznu snagu javnih isprava.³⁶ Smatra se da u odnosu na savjesnog stjecatelja sva prava i činjenice upisane u zemljišnu knjigu postoje (istinitost zemljišne knjige) i da sve ono što nije upisano u zemljišnu knjigu ne postoji (potpunost zemljišne knjige) te da je osoba koja je u dobroj vjeri postupala s povjerenjem u zemljišne knjige pravno zaštićena ako nije znala niti je s obzirom na okolnosti imala dovoljno razloga posumnjati da ono što je upisano u zemljišne knjige nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja, s tim da se nedostatak dobre vjere ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje.³⁷ Osoba koja je u dobroj vjeri upisala knjižno pravo postupajući s povjerenjem u potpunost zemljišne knjige stekla je to knjižno pravo neopterećeno teretima koji nisu bili upisani u času kada je zatražen upis niti je tada iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da je zatražen njihov upis, a osoba koja je u dobroj vjeri upisala knjižno pravo postupajući s povjerenjem u istinitost zemljišne knjige uživa zaštitu svoga povjerenja.³⁸

U isto vrijeme donosi se i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta,³⁹ prema kojem se pravo vlasništva na nekretninama stječe upisom u zemljišnu knjigu ako je stjecatelj savjestan i ako zakonom nije drugačije određeno.⁴⁰ Savjesnost stjecatelja podrazumijeva se, a savjesnim se smatra onaj stjecatelj koji se pouzdao u sadržinu javnog registra nekretnina, koji nije znao niti je mogao znati da osoba s kojom je zaključio ugovor nije vlasnik nekretnine i nije znao niti je mogao znati da je zaključeno više ugovora o otuđenju iste nekretnine ni da je nekretnina predana u posjed nekom od više ugovarača,

³³ Ustav Bosne i Hercegovine, Dejtonski mirovni sporazum, JP NIO, Službeni list RBiH, Sarajevo, 1996; Ustav Federacije BiH, (Službene novine F BiH, br. 1/94) i Ustav FBiH, JP NIO, Službeni list RBiH, Sarajevo, 1996; Ustav Republike Srpske s amandmanima (Službeni glasnik RS, br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/25); Statut Brčko Distrikta (Službeni glasnik BD, pročišćeni tekst, br. 2/10).

³⁴ Prema članku 1. Ustava Bosne i Hercegovine Bosna i Hercegovina sastoji se od dva entiteta, Federacije BiH i Republike Srpske. Brčko Distrikt je osnovan na prostoru bivše općine Brčko pod isključivim suverenitetom Bosne i Hercegovine i kao multietnička, demokratska jedinica lokalne samouprave.

³⁵ Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu (Službeni glasnik BD, br. 11/01, 1/03, 14/03, 19/07, 2/08).

³⁶ Članak 8. stavak 1. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu.

³⁷ Članak 8. stavak 2. i 3. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu.

³⁸ Članak 8. stavak 4. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu, a prema stavu 5. istog člana treće lice ne može osporavati valjanost njegovog stjecanja zbog nevaljanosti prednikova upisa.

³⁹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Službeni glasnik BD, br. 11/01, 8/03, 40/04, 19/07).

⁴⁰ Članak 34. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

s tim da se nitko neće smatrati nesavjesnim samo zato što nije istraživao izvanknjižno stanje.⁴¹ Pravo vlasništva stečeno u skladu s prethodno navedenim ne može se suprotstaviti pravu savjesne osobe, koja je, postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, upisala svoje pravo prije nego što je zatražen upis prava vlasništva stečenog na osnovi zakona, nasljeđivanja, sudske odluke ili odluke drugog nadležnog tijela.⁴² Savjesnost mora postojati kako u trenutku zaključenja ugovora tako i u trenutku podnošenja zahtjeva za upis.⁴³ Protiv osobe koja je, suprotno prethodnim odredbama, ishodila upis u zemljišnu knjigu zainteresirana osoba može podnijeti zahtjev za brisanje izvršenog upisa u roku od tri godine od dana provođenja upisa, kao i zabilježbu spora.⁴⁴

Brisovna tužba u Brčko Distriktu regulirana je Zakonom o registru zemljišta i prava na zemljištu, kojim je propisano da je nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno uknjižbom u korist neke osobe ovlašten radi zaštite tog svojeg prava zahtijevati brisanje svake uknjižbe koja ga vrijeda i uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja sve dok ne nastupe činjenice na osnovi kojih bi mu povrijeđeno knjižno pravo i tako trebalo prestati ako zakonom nije drukčije određeno.⁴⁵

Načelo povjerenja u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj u pravni sustav uvodi se 2003. godine donošenjem Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine⁴⁶ i Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske,⁴⁷ koji u tom pogledu sadrže identične odredbe.⁴⁸ Novi zakoni o zemljišnim knjigama sadržavaju rješenja prema kojima je stjecanje bez upisa iznimka (samo u slučaju nasljeđivanja) i koja prednost daju savjesnom stjecatelju prava na nekretninama koji se pouzdao u točnost i potpunost zemljišne knjige, čime je zemljišna knjiga u Bosni i Hercegovini počela ponovo zauzimati svoju izvornu funkciju i čime se prvenstveno zaštitila sigurnost pravnog prometa nekretninama.⁴⁹

⁴¹ Članak 34. stavak 2. i 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Prema članku 35. stavku 1. osoba koja pravo vlasništva na nekretnini stekne na osnovi zakona, nasljeđivanja, pravosnažne odluke suda ili drugog nadležnog tijela ovlaštena je tražiti upis svojeg prava vlasništva u zemljišne knjige. Pravo vlasništva stečeno u skladu sa stavkom 1. ovog članka ne može se suprotstaviti pravu savjesne osobe, koja je, postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, upisala svoje pravo prije nego što je zatražen upis prava vlasništva stečenog na osnovi zakona, nasljeđivanja, sudske odluke ili odluke drugog nadležnog tijela.

⁴² Članak 35. stavak 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁴³ Članak 36. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, a prema stavku 2. istog člana u slučaju da je više osoba zaključilo s vlasnikom pravne poslove upravljene na prijenos vlasništva iste nekretnine i da su sve osobe savjesne, pravo vlasništva stječe ona osoba koja je prva podnijela zahtjev za upis u zemljišnu knjigu.

⁴⁴ Članak 36. stavak 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁴⁵ Članak 128. stavak 1. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu.

⁴⁶ Zakon o zemljišnim knjigama F BiH (Službene novine F BiH, br. 19/03, 54/04).

⁴⁷ Zakon o zemljišnim knjigama RS (Službeni glasnik RS, br. 67/03, 46/04, 109/2005, 119/08).

⁴⁸ Donošenje tih zakona nije pratilo i donošenje zakona o stvarnim pravima, koji se u Republici Srpskoj donosi 2008. godine, a u Federaciji BiH tek 2013. godine. O tome kritički Povelakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, str. 71.

⁴⁹ Povelakić, M. u: Medić, D.; Povelakić, M., *Aktuelna pitanja i problemi prava nekretnina u Bosni i Hercegovini*, str. 17.

Prije svega upisano pravo u zemljišnoj knjizi smatra se točnim te se smatra da brisanje pravo iz zemljišne knjige ne postoji. Za treće osobe, koje u dobroj vjeri u postojanje neke nekretnine ili prava na nekoj nekretnini, putem pravnog posla, steknu takvo jedno pravo sadržaj zemljišne knjige smatra se točnim ukoliko ispravnost zemljišne knjige nije osporena putem upisa prigovora ili ukoliko je trećoj osobi poznata netočnost zemljišne knjige ili zbog grube nepažnje nije poznata.⁵⁰ Ako je nositelj prava upisanog u zemljišne knjige ograničen u pravu raspolaganja u korist neke osobe, tada ograničenje djeluje prema trećoj osobi samo onda kada je to ograničenje upisano u zemljišnu knjigu ili poznato trećoj osobi.⁵¹ Prema članku 9. stavku 4. za savjesnost treće osobe kod stjecanja prava na nekretnini mjerodavno je vrijeme podnošenja zahtjeva za upis.

Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine i Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske ne uređuju brisovnu tužbu, nego ustanovu pod nazivom "Zabilježba u vezi sa tačnošću i ispravkom upisa u zemljišnoj knjizi" (članak 60.–62.),^{52, 53} za razliku od Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske, koji uređuje ustanovu brisovne tužbe.⁵⁴

Nakon toga načelo povjerenja predmet je uređenja Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske,⁵⁵ koji u vezi s tim načelom sadrže također identične odredbe. Smatra se da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično⁵⁶ i pravno stanje nekretnine, pa tko je u dobroj vjeri postupio s povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da ono što je u njih upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja, uživa u pogledu toga stjecanja zaštitu prema odredbama zakona⁵⁷. Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja pravnog posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju, ali se nedostatak dobre vjere ne može predbaciti nikome samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje.⁵⁸

Stjecatelj upisom stječe nekretninu kao da je stječe od njezina vlasnika ako je, postupajući s povjerenjem u zemljišnu knjigu, stekne u dobroj vjeri od osobe koja je bila upisana kao vlasnik te nekretnine iako to nije bila. Stjecatelj koji je, postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, u dobroj vjeri stekao pravo vlasništva nekretnine stekao je tu nekretninu kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti ni ograničenja koja u tom trenutku nisu bila

⁵⁰ Članak 9. stavak 1. i 2. Zakon o zemljišnim knjigama F BiH, Zakon o zemljišnim knjigama RS.

⁵¹ Članak 9. stavak 3. Zakon o zemljišnim knjigama F BiH, Zakon o zemljišnim knjigama RS.

⁵² Simonetti, Petar, *Sticanje prava vlasništva na osnovu pravnog posla u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj (1945-2011)*, JU Službeni glasnik RS, str. 204.

⁵³ Vidi: Poglavlje 5. 4. Usklađivanja zemljišnoknjižnog stanja s izvanknjižnim stanjem.

⁵⁴ Članak 129. Zakona o zemljišnim knjigama RH.

⁵⁵ Zakon o stvarnim pravima F BiH (Službene novine F BiH, br. 66/2013), Zakon o stvarnim pravima RS (Službeni glasnik RS, br. 124/08, 58/09, 95/11).

⁵⁶ U pogledu činjeničnog stanja nekretnine smatra se da je zemljišna knjiga istinita i potpuna ukoliko je zemljišna knjiga uspostavljena na osnovi podataka novog premjera.

⁵⁷ Članak 55. stavak 1. Zakona o stvarnim pravima F BiH, Zakona o stvarnim pravima RS.

⁵⁸ Članak 55. stavak 2. i 3. Zakona o stvarnim pravima F BiH, Zakona o stvarnim pravima RS.

upisana niti je iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da je zatražen njihov upis, osim ako zakonom nije drugačije određeno.⁵⁹

Brisanje upisa može se, prema Zakonu o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine, tražiti brisovnom tužbom, koja se može podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravne osnove upisa, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba, pouzdajući se u zemljišnu knjigu, upisala svoje pravo.⁶⁰ U Republici Srpskoj brisanje upisa može se zahtijevati brisovnom tužbom zbog neistinitosti ili nevaljanosti prednikova upisa u roku od tri godine od kad je bio zatražen prednikov upis. Brisovna tužba može se podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa, a ne može se podići ukoliko je savjesna treća osoba u zemljišnu knjigu upisala svoje pravo.⁶¹

Načelo povjerenja dolazi do izražaja i u slučaju višestrukog otuđenja nekretnina. Prema članku 57. Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, u slučaju da je više osoba zaključilo s vlasnikom pravne poslove radi stjecanja vlasništva iste nekretnine vlasništvo će steći ona osoba koja je kao savjesna prvo podnijela zahtjev za upis u zemljišnu knjigu ako su ispunjene i ostale pretpostavke za stjecanje vlasništva. Savjesnost mora postojati u trenutku podnošenja zahtjeva za upis. Ukoliko je jedna od više osoba koje su s vlasnikom zaključile pravni posao radi stjecanja vlasništva iste nekretnine podnijela zahtjev za upis u zemljišnu knjigu, odnosno ishodila upis u svoju korist, a pri tome je bila nesavjesna, savjesna osoba ima pravo u roku od tri godine od izvršenog upisa podnijeti tužbu kojom traži brisanje neispravnog upisa i uknjižbu prava vlasništva u svoju korist, kao i izvršiti zabilježbu spora u svoju korist. To se pravo ne može vršiti protiv treće savjesne osobe koja je, pouzdajući se u zemljišnu knjigu, stekla neko pravo.

Zbog razmjera djelovanja načela zaštite povjerenja u zemljišne knjige, kao i zbog nesređenosti zemljišnih knjiga, zakonodavac je u prijelaznim i završnim odredbama Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske suspendirao djelovanje načela povjerenja na razdoblje od tri godine od dana stupanja na snagu tog zakona.⁶² U tom prijelaznom razdoblju vrijede posebna pravila o zaštiti povjerenja u zemljišne knjige. Nositelji prava na nekretninama mogu u tom razdoblju zahtijevati brisanje nevaljanih upisa i mogu zahtijevati upis svojih prava neovisno o pravilima o zaštiti povjerenja u zemljišne knjige ukoliko se stječe nepokretnost na kojoj je bilo upisano društveno vlasništvo koje nije brisano prije stupanja na snagu Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske. U tom prijelaznom razdoblju čak ni prema poštenim stjecateljima ne djeluje neoboriva

⁵⁹ Članak 56. stavak 1. i 2. Zakona o stvarnim pravima F BiH, Zakona o stvarnim pravima RS. Brisovna se tužba može podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba, pouzdajući se u zemljišnu knjigu, upisala svoje pravo.

⁶⁰ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima F BiH.

⁶¹ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima RS.

⁶² Članak 346. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima RS.

pretpostavka o istinitosti i potpunosti zemljišnoknjižnog upisa.⁶³ Teško se moglo očekivati da će se u Republici Srpskoj u roku od tri godine uspostaviti sklad između izvanknjižnih i knjižnih prava na nekretninama koje su bile upisane kao društveno vlasništvo 4. 1. 2009. godine kada takav sklad nije uspostavljen u Republici Hrvatskoj za trinaest godina, gdje je ponovno odgođeno pravilo o zaštiti povjerenja u zemljišne knjige.⁶⁴

Za razliku od zakonodavca Republike Srpske, koji u zakonom određenom razdoblju štiti stvarnog izvanknjižnog vlasnika te omogućuje aktualiziranja stanja u zemljišnim knjigama, zakonodavac u Federaciji bez ikakvih ograničenja daje jaču snagu načelu zaštite povjerenja u zemljišne knjige. Podaci iz zemljišnih knjiga tako bezuvjetno uživaju javno povjerenje i imaju dokaznu snagu javnih isprava, s tim da je u pogledu činjeničnog stanja nekretnine zemljišna knjiga istinita i potpuna samo ukoliko je uspostavljena na osnovi podataka novog premjera.⁶⁵ Pod „novim premjerom“ smatra se premjer zemljišta izrađivan na teritoriju Bosne i Hercegovine od 1966. do 1984. godine. Prema tome u pogledu istinitosti i potpunosti pravnog stanja zemljišta stjecatelj koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige pravno je zaštićen ukoliko nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao razloga posumnjati da ono što je upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog vlasništva. U pogledu činjeničnog stanja nekretnine načelo povjerenja u zemljišne knjige zavisi od toga je li zemljišna knjiga uspostavljena na podacima novog ili starog premjera.⁶⁶

Jednako tako, ni u Brčko Distriktu nema odgode nastupanja načela povjerenja bez obzira na podatke na kojima je uspostavljena zemljišna knjiga.

Kako je u Republici Srpskoj u prijelaznom razdoblju odgođeno djelovanje načela povjerenja, u tom razdoblju prema trećim savjesnim stjecateljima ne djeluje neoboriva pretpostavka o istinitosti i potpunosti zemljišnoknjižnog stanja, pa su oni u lošijem položaju u odnosu na one u Federaciji BiH i Brčko Distriktu. Međutim, da bi svrha uvođenja načela povjerenja imala svoje puno opravdanje, a u kontekstu značaja i važenja zemljišne knjige, primjena načela povjerenja bez odgode omogućuje u punom opsegu zaštitu savjesnih trećih osoba te se u najvećoj mjeri uvažavaju zemljišne knjige, odnosno na taj se način jača povjerenje u

⁶³ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Povelakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 284-285.

⁶⁴ Simonetti, P., *Stjecanje prava vlasništva na osnovu pravnog posla u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj (1945-2011)*, str. 226. Navodi se da bi upravo iskustvo iz Republike Hrvatske trebalo poticati nadležna tijela u RS i F BiH da se energično zauzmu za sistematsko usklađivanje zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja na spomenutim nekretninama, posebno u odnosu na neetažirane višestambene zgrade, jer je bez toga nemoguća primjena pravila o stjecanju prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige na nekretninama koje su bile upisane u zemljišnim knjigama ili katastru nekretnina kao društveno vlasništvo do stupanja na snagu Zakona o stvarnim pravima.

⁶⁵ Zemljišna knjiga koja nije uspostavljena na osnovi podataka novog premjera ne uživa zaštitu povjerenja u pogledu činjeničnog stanja, nego samo u pogledu pravnog stanja zemljišta.

⁶⁶ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Povelakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 285.

njih, povećava se sigurnost pravnog prometa te se omogućuje lakši i brži promet nekretninama, a na kraju i privredni i drugi razvoj.

4. NAČELO POVJERENJA U POZITIVNIM ZAKONSKIM PROPISIMA REPUBLIKE HRVATSKE

Načelo povjerenja u zemljišne knjige u pravni sustav Republike Hrvatske uvodi se stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima te Zakona o zemljišnim knjigama 1. siječnja 1997. godine.^{67, 68}

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima određuje prije svega da se smatra da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine, pa tko je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da ono što je u njih upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnoga stanja, uživa glede toga stjecanja zaštitu.⁶⁹ Zaštita povjerenja pruža se kako u pogledu istinitosti tako i u pogledu potpunosti zemljišne knjige.

Stjecatelj upisom stječe nekretninu kao od njezina vlasnika ako je, postupajući s povjerenjem u zemljišnu knjigu, u dobroj vjeri stekne od osobe koja je bila upisana kao vlasnik te nekretnine, premda to nije bila, i ako mu upis ne bude izbrisan zbog nevaljanosti.⁷⁰ Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju, s tim da se nedostatak dobre vjere ne može predbaciti nikome samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje.^{71, 72}

Stjecanje prava temeljem zaštite povjerenja u istinitost zemljišne knjige nije konačno dok god postoji mogućnost da takav upis zbog nevaljanosti bude izbrisan iz zemljišne knjige, ali je pravo na brisovnu tužbu ograničeno prekluzivnim završnim rokom.⁷³ Naime, brisanje upisa iz stavka 1. ovoga članka može se zahtijevati zbog neistinitosti (nevaljanosti) prednikova upisa tužbom za brisanje dok ne proteknu tri godine od kad je bio zatražen prednikov upis; ali onaj tko je o neistinitom prednikovu upisu bio uredno

⁶⁷ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14), Zakon o zemljišnim knjigama (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13).

⁶⁸ Bivši Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima (Službeni list, br. 6/80, 36/90, Narodne novine, br. 53/91), nije sadržavao sličnu definiciju, kao ni bivši Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine (Službene novine, br. 146-LIII), čije su se odredbe primjenjivale kao pravna pravila. Tek je u pravnom pravilu iz paragrafa 1500. Austrijskog građanskog zakonika bilo propisano kako pravo koje je stečeno dosjelošću ili zastarom ne može biti na štetu onome koji je, oslanjajući se na javne knjige, pribavio sebi kakvu stvar ili pravo još prije nego što je to pravo bilo uknjiženo. Primjena OGZ-a u razdoblju od 1812. do 1853. godine postupno se proširila i na teritorij današnje RH.

⁶⁹ Članak 122. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷⁰ Članak 123. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷¹ Članak 122. stavak 2. i 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷² O stjecanju prava vlasništva na temelju povjerenja u istinitost zemljišne knjige: Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 466-469.

⁷³ *Ibid*, str. 468-469.

obaviješten može zbog neistinitosti prednikova upisa zahtijevati brisanje upisa samo ako je u roku za žalbu zatražio zabilježbu da je taj upis sporan i odmah, a najkasnije u roku od 60 dana od isteka roka za žalbu, podnio tužbu protiv onih koji su osporenim upisom stekli pravo ili su na temelju njega ishodili daljnje upise u zemljišnu knjigu.^{74, 75}

Stjecatelj koji je, postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, u dobroj vjeri stekao pravo vlasništva neke nekretnine stekao je tu nekretninu kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti ni ograničenja koja u tom trenutku nisu bila upisana niti je iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da je zatražen njihov upis, s tim da stjecatelj koji je, makar i postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, stjecao u dobroj vjeri ne uživa zaštitu povjerenja u potpunost iz stavka 1. ovoga članka glede onih prava, tereta i ograničenja koji postoje na temelju zakona, a ne upisuju se u zemljišnu knjigu.⁷⁶ Sva neupisana tuđa prava, tereti i ograničenja koja su mogla biti upisana u zemljišnu knjigu, a nisu bila, prestala su.⁷⁷

Ako je više osoba sklopilo s otuđivateljem pravne poslove radi stjecanja vlasništva iste nekretnine, vlasništvo će steći ona koja je u dobroj vjeri prva zatražila upis u zemljišnu knjigu ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke za stjecanje vlasništva. Brisanje upisa vlasništva osobe iz stavka 1. ovoga članka i uknjižbu u svoju korist može zahtijevati osoba kojoj je otuđivatelj otuđio nekretninu i predao joj u samostalni posjed ako dokaže da stjecateljica nije postupila u dobroj vjeri jer je u trenutku kad je sklopila pravni posao s otuđivateljem znala da je nekretnina drugomu već valjano otuđena i predana u samostalni posjed. Zahtjev se može podnijeti u roku od tri godine od upisa čije se brisanje zahtijeva.⁷⁸

Prema Zakonu o zemljišnim knjigama, koji također uređuje načelo povjerenja, stjecatelj koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige pravno je zaštićen ako nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da ono što je upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnoga stanja. Nedostatak dobre vjere ne može se prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje.⁷⁹

Osoba koja je u dobroj vjeri upisala knjižno pravo postupajući s povjerenjem u potpunost zemljišne knjige stekla ga je neopterećeno teretima koji nisu bili upisani u času kad je zatražen upis niti je tada iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da je zatražen njihov upis, osim ako je zakonom drukčije određeno.⁸⁰ Osoba koja je u dobroj vjeri upisala knjižno pravo postupajući s povjerenjem u istinitost zemljišne knjige uživa zaštitu svoga povjerenja utoliko što joj nitko neće moći osporavati valjanost njezina stjecanja zbog nevaljanosti

⁷⁴ Članak 123. stavak 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷⁵ Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 469.

⁷⁶ Članak 124. stavak 1. i 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷⁷ Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 470.

⁷⁸ Članak 125. stavak 1. i 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷⁹ Članak 8. stavak 1., 2., 3. Zakona o zemljišnim knjigama.

⁸⁰ Članak 8. stavak 4. Zakona o zemljišnim knjigama.

prednikova upisa nakon što proteknu rokovi u kojima bi se po ovom Zakonu mogla podnijeti tužba radi brisanja uknjižbe njezina prednika.⁸¹

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima sadrži odredbe o neprimjenjivanju pravila o zaštiti povjerenja za nekretnine koje su bile upisane u društvenom vlasništvu, dok Zakon o zemljišnim knjigama sadrži pravila koja vrijede za upise ostalih nekretnina.

U tom prijelaznom razdoblju odgođeno je pružanje zaštite povjerenja kako u potpunost tako i u istinitost zemljišnih knjiga. Zatečeno zemljišnoknjižno pravno stanje nekretnina u velikom je broju slučajeva bilo neusklađeno s izvanknjižnim pravim stanjem nekretnina i primjenom pravila o zaštiti povjerenja na takvo nesređeno zemljišnoknjižno stanje brojni izvanknjižni nositelji prava na nekretninama mogli bi biti oštećeni jer bi zbog djelovanja pravnih učinaka zaštite povjerenja u korist savjesnih stjecatelja koji su postupali s povjerenjem u zemljišnoknjižno stanje mogli izgubiti svoja prava na nekretninama. U tom je razdoblju dana mogućnost stvarnim, izvanknjižnim nositeljima prava na nekretninama da u određenom roku zahtijevaju upis svojih prava u zemljišnu knjigu neovisno o primjeni pravila o zaštiti povjerenja.⁸²

Zaštita povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima neće se primjenjivati u korist stjecanja do kojih dođe do 1. siječnja 2017. godine⁸³ ako se njime stječe nekretnina na kojoj je bilo upisano društveno vlasništvo, a nije brisano prije nego što je ovaj Zakon stupio na snagu,⁸⁴ s tim da se iznimno od navedenog zaštita povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga primjenjuje od 1. siječnja 2007. na nekretnine u katastarskim općinama za koje je otvorena EOP zemljišna knjiga,⁸⁵ kao i na nekretnine koje su prema posebnim odredbama Zakona o zemljišnim knjigama unesene u Bazu zemljišnih podataka.

Nositelj knjižnoga prava koje je povrijeđeno uknjižbom u korist neke osobe ovlašten je radi zaštite toga svoga prava zahtijevati brisanje svake uknjižbe koja ga vrijeđa i uspostavu prijašnjega zemljišnoknjižnog stanja (brisovna tužba) sve dok ne nastupe činjenice na temelju kojih bi mu povrijeđeno knjižno pravo i tako trebalo prestati ako zakonom nije drukčije određeno.⁸⁶ Prema članku 224. stavku 1. rokovi od tri godine za podnošenje brisovne tužbe iz članka 123. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz članka 129. ovoga Zakona teku od dana stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama.

⁸¹ Članak 8. stavak 5. Zakona o zemljišnim knjigama.

⁸² Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 250. i dalje.

⁸³ Primjena načela povjerenja odgađana je do sada pet puta.

⁸⁴ Članak 338. stavak 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Prema st. 6. istog članka iznimno od odredbe stavka 5. ovoga članka zaštita povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga primjenjuje se od 1. januara 2007. godine na nekretnine u katastarskim općinama za koje je otvorena EOP zemljišna knjiga, kao i na nekretnine koje su prema posebnim odredbama Zakona o zemljišnim knjigama unesene u Bazu zemljišnih podataka.

⁸⁵ Zemljišna knjiga vođena elektroničkom obradom podataka.

⁸⁶ Članak 129. stavak 1. Zakona o zemljišnim knjigama.

Izvanknjižni nositelji stvarnih prava dužni su u roku od pet godina pokrenuti postupak za upis stvarnih prava glede nekretnina i svih promjena na njima u zemljišnu knjigu, a nadležno općinsko odvjetništvo dužno je u roku od pet godina od dana stupanja na snagu ovoga Zakona pokrenuti postupke za upis stvarnih prava na nekretninama kojih je nositelj Republika Hrvatska, javnih dobara i općih dobara.⁸⁷

Pravila zaštite ne primjenjuju se za slučajeve stjecanja iz doba koje prethodi stupanju na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Zakona o zemljišnim knjigama.⁸⁸

Odgodom primjene načela povjerenja izvanknjižni nositelji imaju mogućnost zahtijevati u određenom roku upis svojih prava u zemljišnu knjigu neovisno o primjeni pravila o zaštiti povjerenja, ali se time odgađa djelovanje zemljišne knjige u punom opsegu, odnosno to nije u skladu sa zahtjevom da zemljišna knjiga, radi ispunjenja svoje osnovne funkcije da svatko može pretpostaviti kako je njihov sadržaj potpun i istinit te se pouzdati kako će pravni poredak tu pretpostavku na odgovarajući način zaštititi, bez odgode djeluje potpuno i istinito prema trećim osobama.

5. DJELOVANJE NAČELA POVJERENJA U BOSNI I HERCEGOVINI

Načelo povjerenja, odnosno pravni učinci primjene tog načela, dolaze do izražaja kada je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno ili neistinito. Ono je nepotpuno u slučaju kad se izvanknjižno stekne, promijeni ili prestane upisano pravo, odnosno kada se takve promjene ne registriraju u zemljišnoj knjizi.⁸⁹ Zemljišnoknjižno stanje postaje neistinito kada se provede neistinit upis, odnosno kada je u zemljišnoj knjizi proveden upis za koji nisu bile ispunjene sve pretpostavke za njegovu valjanost, odnosno istinitost, koji zbog toga nije doveo do stjecanja, promjene ili prestanka knjižnog prava.⁹⁰ U tim slučajevima, a zbog djelovanja načela povjerenja, tj. njegovih pravnih učinaka, treće savjesne osobe mogu se pouzdati da je ono što je upisano u zemljišnu knjigu točno (pozitivni pravac načela povjerenja), a ono što nije upisano da ne postoji (negativni pravac načela

⁸⁷ Članak 224. stavak 2. i 3. Zakona o zemljišnim knjigama.

⁸⁸ Odluka Vrhovnog suda RH, Rev-1051/02-2 od 11. 1. 2005. godine – Informator, 2005, 5393, s tim da se ima u vidu da odluka odstupa od pravila o zaštiti povjerenja koja su bila na snazi po pravnim pravilima Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine.

⁸⁹ Tzv. naknadna neusklađenost zemljišnoknjižnog stanja moguća je samo u onim slučajevima za koje je zakonom određeno da do stjecanja, promjene ili prestanka prava na nekretnini dolazi i bez upisa u zemljišnu knjigu, odnosno u slučajevima u kojima upis nema akvizitivnu funkciju. Neusklađenost traje sve dok se zemljišnoknjižno stanje ne uskladi s promjenom nastalom izvanknjižnim stjecanjem, promjenom ili prestankom knjižnog prava. Do tada će zemljišnoknjižno stanje biti nepotpuno jer u zemljišnoj knjizi nije upisana izvanknjižno stečeno pravo, odnosno u zemljišnoj knjizi nije upisana izvanknjižna promjena ili prestanak knjižnog prava. Do neusklađenosti zemljišnoknjižnog s izvanknjižnim pravnim stanjem nekretnine dolazi već u času ispunjenja zakonom određenih pretpostavaka za izvanknjižno stjecanje, promjenu ili prestanak određenog prava na nekretnini. Vidi: Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 241.

⁹⁰ Provedbom neistinitog, nevaljanog upisa iz zemljišne knjige izbrisan je iz zemljišne knjige stvarni, zbiljski nositelj knjižnog prava i kao njegov je nositelj upisana osoba koja to pravo nije stekla ili ga nije stekla u upisanom opsegu, sadržaju i prvenstvenom redu, zbog čega se zemljišnoknjižno stanje razlikuje od stvarnog pravnog stanja nekretnine.

povjerenja).⁹¹ Na taj način zemljišna knjiga ostvaruje svoju svrhu štiteći treće savjesne osobe koje se pouzdaju u njezin sadržaj, tj. potpunost i istinitost.

Ne štiti se neposredni neistiniti stjecatelj, onaj koji je prvi bio neistinito upisan kao stjecatelj prava, jer on nije žrtva neistinitog zemljišnoknjižnog stanja, nego od njega potječe neistinitost upisa u zemljišnu knjigu. Zaštita se pruža trećim stjecateljima, onima koji su vlasništvo nekretnine stjecali od neistinitog vlasnika, ali i njima jedino ako su postupali u dobroj vjeri.⁹²

Temeljem djelovanja načela povjerenja u zemljišne knjige vlasništvo se ne stječe pravnim poslom, nego *ex lege*, ispunjenjem određenih pretpostavaka na strani stjecatelja (od kojih je jedna i postojanje pravnog posla). Ne radi se o derivativnom stjecanju vlasništva, nego o specifičnom originarnom stjecanju prava vlasništva posredstvom djelovanja načela povjerenja u zemljišne knjige. U tom slučaju stjecatelj sječe pravo vlasništva na nekretnini od zemljišnoknjižnog vlasnika po samom zakonu.⁹³

5.1. Zaštita povjerenja u istinitost zemljišne knjige

U odnosu na savjesnog stjecatelja smatra se da je njegov pravni prednik koji je uknjižen u zemljišnoj knjizi kao nositelj knjižnog prava zaista i njegov stvarni nositelj, iako on to nije, kada je upis proveden u njegovu korist neistinit, nevaljan te se smatra da u korist upisanog pravnog prednika postoji knjižno pravo upravo s onim sadržajem, opsegom, redom prvenstva kako je ono upisano u zemljišnoj knjizi, premda se upis razlikuje od izvanknjižnog sadržaja, opsega ili prvenstvenog reda tog prava.⁹⁴ Ta je predmnjeva⁹⁵ u odnosu na savjesnog stjecatelja neoboriva, pa se u odnosu na njega ona ne može pobijati nikakvim dokaznim sredstvima.

Međutim pravni učinci zaštite povjerenja u istinitost ne nastupaju odmah kad se u korist savjesnog stjecatelja provede upis stjecanja jer su oni uvjetovani istekom roka u kojem se u odnosu na savjesnog stjecatelja tužbom za brisanje može zahtijevati brisanje prednikova neistinitog upisa i uspostava prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja.⁹⁶

⁹¹ Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, str. 117.

⁹² Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 467.

⁹³ Medić, Dušan, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Apeiron, Godina 1, Broj 1, Banja Luka, jul 2011, str. 7.

⁹⁴ Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 243.

⁹⁵ Činjenice za koje pravo veže postanak, promjena ili prestanak pravnog odnosa nazivamo pravne činjenice. Vrsta pravnih činjenica (po funkciji) je i presumpcija. Presumpcija ili predmnjeva pravna je činjenica koja se smatra dokazanom dok se ne dokaže suprotno, a kako to određuju pravni propisi, takva se pravna činjenica zove pravna činjenica, *praesumptio juris*. Ona je oboriva. U pravu postoji i neoboriva predmnjeva, predmnjeva o pravu, *praesumptio juris et de jure*, kod koje protudokaz nije moguć. Vidi: Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo, Opći dio, Stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, kolovoz 2008., str. 29-31.

⁹⁶ Vidi: Poglavlje 5. 4. Usklađivanja zemljišnoknjižnog stanja s izvanknjižnim stanjem.

Stjecanje prava vlasništva temeljem zaštite povjerenja u istinitost ograničeno je raskidnim uvjetom jer osoba koja je upisom prava vlasništva prodavatelja povrijeđena u svojem knjižnom pravu vlasništva može podnijeti tužbu za brisanje tog upisa.^{97, 98} Tim se faktički odgađa djelovanje pozitivnog pravca načela povjerenja.⁹⁹ Tek istekom rokova stjecatelj može biti siguran da je konačno stekao određeno pravo, koje mu više ne može biti osporeno.¹⁰⁰ Sve do isteka tog roka stjecanje u korist savjesnog stjecatelja uvjetno je i ovisi o tome hoće li oštećeni nositelj knjižnog prava podići tužbu za brisanje prednikova upisa i zahtijevati zabilježbu te tužbe te hoće li u tom postupku uspjeti. Stjecanje će postati bezuvjetno i konačno tek kad se u roku u kojem se i protiv njega može zahtijevati brisanje nevaljanog prednikova upisa ne podigne tužba za brisanje, odnosno kad se podnesena tužba za brisanje pravomoćno odbije.¹⁰¹

5.2. Zaštita povjerenja u potpunost zemljišne knjige

Smatra se da na određenoj nekretnini postoje samo ona prava, tereti i ograničenja, pravne činjenice i osobni odnosi koji su u času kad je zatražen upis upisani u zemljišnoj knjizi ili je iz zemljišne knjige vidljivo da je zatražen njihov upis, odnosno smatra se da ne postoje prava, pravne činjenice i osobni odnosi koji u času zahtijevanja upisa nisu upisani niti je zatražen njihov upis, iako mogu biti predmetom upisa u zemljišnu knjigu. Ta je predmnjeva u odnosu na savjesnog stjecatelja neoboriva, pa se u odnosu na njega ne može pobijati.¹⁰²

Dakle, ako je savjesni stjecatelj svoje pravo upisao postupajući s povjerenjem u potpunost zemljišnih knjiga, tome se neće moći suprotstaviti neupisana prava na nekretninama, prava stečena izvanknjižnom odlukom suda ili druge vlasti ili na temelju zakona ako u času kad je u korist savjesnog stjecatelja zatražen upis nisu bila upisana niti je iz zemljišne knjige bilo vidljivo da je njihov upis zatražen, kao ni pravne činjenice i osobni odnosi koji nisu bili upisani u času podnošenja prijedloga za upis, niti je iz zemljišne knjige bilo vidljivo da je njihov upis zatražen.¹⁰³

Za razliku od zaštite povjerenja u istinitost pravni učinci zaštite povjerenja u potpunosti nastupaju odmah kad se u korist savjesnog stjecatelja provede upis, jer on tada stječe knjižno pravo neopterećeno neupisanim tuđim pravima, teretima i ograničenjima.

⁹⁷ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima F BiH, Zakona o stvarnim pravima RS.

⁹⁸ Vidi i Simonetti, Petar, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/01, str. 297–299.

⁹⁹ To je preuzeto iz austrijskog zemljišnoknjižnog prava (v. par. 63. i 64. austrijskog Zakona o zemljišnim knjigama iz 1955. godine). Taj sistem zaštite povjerenja u istinitost u literaturi se naziva tzv. sistemom umjerene zaštite povjerenja. O tome: Josipović, Tatjana, *Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2/98, str. 457.

¹⁰⁰ Medić, D., *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, str. 7.

¹⁰¹ Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 245.

¹⁰² *Ibid*, str. 246.

¹⁰³ Medić, D. *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, str. 7.

Neupisani nositelji stvarnih prava na nekretninama svoje pravo da zahtijevaju upis izvanknjižno stečenih prava mogu ostvarivati samo dok u korist savjesnog stjecatelja ne nastupe pravni učinci zaštite povjerenja u potpunosti.

5.3. Pretpostavke za zaštitu povjerenja

Da bi se načelo povjerenja primijenilo, potrebno je da se ispune određene pretpostavke,¹⁰⁴ i to:

- a) nepotpuno ili neistinito zemljišnoknjižno stanje
- b) savjesnost stjecatelja
- c) valjana pravna osnova stjecanja
- d) provedba valjanog upisa.

5.3.1. Nepotpuno ili neistinito zemljišnoknjižno stanje

Zemljišnoknjižno stanje mora biti nepotpuno, odnosno da se izvanknjižno stekne, promijeni ili prestane upisano pravo, odnosno kada se takve promjene ne registriraju u zemljišnoj knjizi, ili neistinito, tj. da se provede neistinit upis, odnosno kada je u zemljišnoj knjizi proveden upis za koji nisu bile ispunjene sve pretpostavke za njegovu valjanost, odnosno istinitost, koji zbog toga nije doveo do stjecanja, promjene ili prestanka knjižnog prava. Dakle mora postojati sukob između zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja nekretnine.

5.3.2. Savjesnost stjecatelja

Stjecatelj koji svoje pravo zasniva na načelu povjerenja mora biti savjestan, postupati u dobroj vjeri. Postojanje dobre vjere pravni je standard koji je sudska praksa poznavala i ranije,¹⁰⁵ s tim da se zahtijevala ne samo savjesnost u pogledu knjižnog nego i izvanknjižnog stanja, ali i obvezno istraživanje faktičkog stanja. Takva obveza više ne postoji.

¹⁰⁴ O pretpostavkama stjecanja temeljm načela povjerenja vidi: Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 468-470.

¹⁰⁵ "Nisu u pravu tuženi ako se pozivaju na stjecanje spornih nekretnina povjerenjem u zemljišne knjige. Jedno od načela zemljišnoknjižnog prava, na kojima je zasnovan čitav institut gruntovice, jest i načelo povjerenja u zemljišne knjige. Po tom načelu svaki onaj koji postupi pošteno može sa sigurnošću uzeti da ono što je upisano u zemljišnoj knjizi stvarno postoji (pozitivna strana), a ono što nije upisano da u stvarnosti ne postoji (negativna strana). Međutim, načelo povjerenja ne odnosi se samo na poznavanje zemljišnoknjižnog stanja nego i na nepoznavanje vanknjižnog stanja. Na povjerenje u zemljišne knjige može se pozvati samo onaj koji nije znao, a nije ni morao znati da se vanknjižno stanje ne slaže sa knjižnim". Vidi: VSH, Gž-516/73 od 28. 2. 1973., VSH, Gzz-32/73 od 14. 6. 1973.; izvor: Žuvela Mladen, *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, napomene, objašnjenja, sudska praksa i drugi odgovarajući propisi*, Narodne novine, Zagreb, 1982, str. 469.

Savjesnost¹⁰⁶ određuju i Zakoni o zemljišnim knjigama i Zakoni o stvarnim pravima, ali ne na identičan način. Tako je npr. Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH *lex posterior*, a Zakon o zemljišnim knjigama Federacije BiH *lex specialis*, ali ipak definicije savjesnosti dane u ta dva zakona nisu suprotne. Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH definira da je savjestan onaj tko nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da upisana osoba nije titular prava kako slijedi iz zemljišne knjige. Odredba članka 9. stavka 2. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH daje bliže upute kada treba smatrati da netko ne zna niti može znati da je zemljišna knjiga pogrešna. To je slučaj ukoliko sama zemljišna knjiga na to ne upućuje, ukoliko stjecatelj ne zna za netočnost zemljišne knjige te treća osoba nije savjesna ni ukoliko joj netočnost zemljišne knjige nije poznata, ali je to nepoznavanje posljedica grube nepažnje. Savjesnost se pretpostavlja, a osoba čije je pravo povrijeđeno ili koja ima pravni interes morat će dokazati nesavjesnog trećeg stjecatelja. Ne može se biti nesavjestan u pogledu zemljišnoknjižnog stanja jer postoji fikcija da je ono svima poznato, a ako u zemljišnoj knjizi ništa ne upućuje na neke sporne činjenice, a stjecatelj je izvršio uvid u zemljišnu knjigu, onda je moguće dokazivati da je nesavjestan samo iz druga dva razloga navedena u članku 9. stavku 2. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH.¹⁰⁷ Za savjesnost nije nužno aktivno istraživanje izvanknjižnog stanja i treća osoba nema tu obvezu, ali saznanje da knjižno i izvanknjižno stanje nije isto čini treću osobu nesavjesnom.¹⁰⁸ Relevantne okolnosti mogu biti vezane za sam upis u zemljišnoj knjizi (npr. zabilježba spora) ili za okolnosti koje su upućivale na to da stvar ne pripada otuđitelju ili da je on ne smije otuđiti. Stjecatelj mora biti savjestan kako u trenutku sklapanja pravnog posla tako i u trenutku kad je zahtijevao upis i nedostatak savjesnosti u bilo koja od ta dva trenutka onemogućuje primjenu načela povjerenja. Kako se savjesnost pretpostavlja, obvezu dokazivanja ima osoba koja tvrdi suprotno.¹⁰⁹

Ako savjesna osoba naknadno postane nesavjesna, dakle nakon predaje zahtjeva za upis, to joj ne ide na teret, jer se predajom zahtjeva za upis smatra da je stekala pravo vlasništva (*mala fides superveniens non nocet* – ne škodi zla vjera /nepoštenje/ ako se naknadno pojavi).¹¹⁰

¹⁰⁶ Savjesnost uređuje i Zakon o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/78, Službeni list RBiH, br. 2/92, 13/94 i Službene novine Federacije BiH, br. 29/03), prije svega u članku 12., kao jedno od načela u poslovanju, iz kojega proizlazi obveza za sve sudionike da se uzajamno obavještavaju o svim događajima i činjenicama koje su za njih od značaja te da se uzajamno štite. Vidi: Loza, Bogdan; Misita, Neven, *Obligaciono pravo, Opšti dio*, Treće dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Sarajevo, 1989, str. 14.

¹⁰⁷ Povlakić, M., *Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH*, str. 44.

¹⁰⁸ Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, str. 119.

¹⁰⁹ Simoneti, Petar, *Prelazak nekretnina u društveno vlasništvo protekom vremena*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (1991), v. 28, br. 1, (2007), str. 15.

¹¹⁰ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Povlakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 286.

5.3.3. Valjana pravna osnova stjecanja

Savjesni stjecatelj mora pravo na nekretnini steći na temelju pravnog posla¹¹¹ koji može biti pravna osnova za derivativno stjecanje stvarnog prava na nekretnini. Pravni posao mora ispunjavati sve materijalnopravne pretpostavke valjanosti koje su nužne da bi taj pravni posao bio valjana pravna osnova za derivativno stjecanje stvarnog prava na nekretnini.¹¹²

5.3.4. Provedba valjanog upisa

U korist savjesnog stjecatelja mora se provesti upis stjecanja knjižnog prava za čiju su provedbu ispunjene sve materijalne i procesne pretpostavke određene zemljišnoknjižnim pravom,¹¹³ i to upis koji predstavlja valjani način stjecanja stvarnih prava na nekretninama na temelju pravnog posla (uknjižba, predbilježba),¹¹⁴ kao i da upis nije izbrisan zbog nevaljanosti.¹¹⁵ Ukoliko nisu bile ispunjene sve pretpostavke određene zemljišnoknjižnim pravom, pravni učinci zaštite povjerenja neće nastupiti.

5.4. Usklađivanja zemljišnoknjižnog stanja s izvanknjižnim stanjem

U slučaju kada je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno ili neistinito neophodno je da dođe do usklađivanja zemljišnoknjižnog stanja s izvanknjižnim, odnosno stvarnim pravnim stanjem nekretnina, kako bi se osigurala ažurnost zemljišne knjige.

Ako je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno, zemljišnoknjižno stanje s izvanknjižnim pravnim stanjem nekretnine usklađuje se upisom izvanknjižno stečenog prava na nekretnini, odnosno brisanjem izvanknjižnog prestalog prava.¹¹⁶ Ako je zemljišnoknjižno stanje neistinito, usklađivanje se provodi pravnim lijekovima u zemljišnoknjižnom postupku¹¹⁷ i tužbom za brisanje. Pravnim lijekovima u zemljišnoknjižnom postupku, tj. žalbom, pobijaju se nevaljana rješenja zemljišnoknjižnog suda kojima je sud dopustio upis

¹¹¹ Članak 53. i dalje Zakona o stvarnim pravima F BiH, Zakona o stvarnim pravima RS.

¹¹² Pravni posao može biti naplatan ili besplatan, usmjeren na stjecanje prava vlasništva nekretnine, Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 468.

¹¹³ Članak 3. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH i Zakona o zemljišnim knjigama RS.

¹¹⁴ Članak 2. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH i Zakona o zemljišnim knjigama RS.

¹¹⁵ Gavella, N. u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo 1*, str. 468.

¹¹⁶ Upis izvanknjižno stečenog prava provodi se na zahtjev osobe koja je izvanknjižno stekla pravo na nekretnini. Upis izvanknjižne promjene knjižnog prava, odnosno upis brisanja izvanknjižnog prestalog prava, provodi se na zahtjev osobe u čiju je korist to pravo upisano, odnosno druge osobe koja na tome ima pravni interes. Zahtjevu za upis mora se priložiti isprava prikladna za zemljišnoknjižni upis kojom se dokazuje izvanknjižno stjecanje, promjena ili prestanak knjižnog prava. Kad osoba koja zahtijeva upis takvom ispravom ne raspolaže, upis će se provesti na temelju odluke suda kojom se utvrđuje da je izvanknjižno stečeno, promijenjeno ili prestalo knjižno pravo. Vidi: Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 242.

¹¹⁷ Članak 76. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH i Zakona o zemljišnim knjigama RS.

za koji nisu bile ispunjene sve pretpostavke, pa se zbog provedbe nevaljanog upisa zemljišnoknjižno stanje razlikuje od izvanknjižnog.¹¹⁸

Brisovnom tužbom kao stvarnopravnom tužbom *sui generis* može se zahtijevati priznanje ili neistinitost već izvršenog upisa i uspostava ranijeg zemljišnoknjižnog stanja.¹¹⁹ Brisovna je tužba sredstvo za zaštitu povrijeđenog knjižnog prava vlasništva nevaljanim upisom u zemljišne knjige,¹²⁰ ali se na nju primjenjuju pravila zemljišnoknjižnog prava, čime se odstupa od klasičnih petitornih tužbi.¹²¹

U brisovnoj parnici sud odlučuje o valjanosti uknjižbe prava vlasništva ili drugog knjižnog prava,¹²² dakle samo izvršenih upisa u zemljišnim knjigama, i to zbog pomanjkanja formalnopravnih i/ili materijalnopravnih uvjeta, ali i upisa koji su naknadno postali neispravni (npr. odreknuće, napuštanje, nepostojanje). Aktivno je legitimiran u ovoj parnici u pravilu nositelj knjižnog prava, dakle onaj tko je neposredno prije osporavane promjene bio upisan u zemljišne knjige, a pasivno je legitimirana osoba u čiju je korist izvršena nevaljana uknjižba. Pasivno su legitimirane i sve osobe koje su u neposrednom pravnom odnosu s osobom čije je knjižno pravo uknjižbom povrijeđeno (neposredni stjecatelj). Tuženi može biti i treći u čiju je korist neposredni stjecatelj raspolagao nevaljanim upisnim knjižnim pravom (singularni sljednici). U korištenju brisovne tužbe u ovom posljednjem slučaju tužitelj mora tužbom obuhvatiti i neposrednog stjecatelja i njegova singularnog sljednika.¹²³

Štite se samo prava koja su bila uknjižena u zemljišnim knjigama, izuzev kada je riječ o univerzalnom pravnom sljedniku (nasljedniku) ili bračnom drugu u pogledu bračne stečevine te izvanknjižni vlasnik nije aktivno legitimiran na podnošenje takve tužbe.¹²⁴ Takvu je praksu nužno prihvatiti u BiH¹²⁵ jer je za tu tužbu samo aktivno legitimiran zemljišnoknjižni vlasnik čije je pravo povrijeđeno upisom, odnosno njegov nasljednik na kojega prelazi vlasništvo na nekretninama, a također i bračni drug u pogledu bračne stečevine, na što upućuje i Porodični zakon Federacije BiH određujući da su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili te ukoliko je u zemljišnu knjigu kao jedan vlasnik bračne stečevine upisan jedan bračni

¹¹⁸ U slučaju pogrešnog upisa može se izvršiti zabilježba u skladu s člankom 60. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH i Zakona o zemljišnim knjigama RS.

¹¹⁹ Bilteni sudske prakse VS F BiH, januar – decembar 2012., Presuda Vrhovnog suda FBiH broj: 32 0 P 08672311 Rev od 5. 4. 2012.

¹²⁰ O brisovnoj tužbi šire: Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 269–276.

¹²¹ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Povelakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 289.

¹²² VSH, Rev 41/82, Izvor: Žuvela, Mladen, *Vlasničkopravni odnosi (sudska praksa)*, P IX, str. 595.

¹²³ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Povelakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 289.

¹²⁴ VS RH, Rev-1430/00, od 23. 7. 2003.

¹²⁵ Da se predlaže njezino prihvaćanje vidi Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Povelakić, M.; Velić, L.; *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 289.

partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravak upisa u skladu sa Zakonom o zemljišnim knjigama.^{126, 127}

Tužbom za brisanje osobe koja je bila upisana kao nositelj knjižnog prava i čije je knjižno pravo povrijeđeno neistinitom uknjižbom tako da je promijenjen njegov nositelj, sadržaj, opseg ili prvenstveni red zahtijeva zaštitu svojeg prava brisanjem neistinitog upisa i uspostavom ranijeg zemljišnoknjižnog stanja, na koji način će se uskladiti zemljišnoknjižno s izvanknjižnim stvarnim stanjem nekretnine.¹²⁸

U Brčko Distriktu brisovnu tužbu uređuje Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu, koji u članku 128. stavku 1. propisuje da je nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno uknjižbom u korist neke osobe ovlašten radi zaštite tog svojeg prava zahtijevati brisanje svake uknjižbe koja ga vrijeđa i uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja sve dok ne nastupe činjenice na osnovi kojih bi mu povrijeđeno knjižno pravo i tako trebalo prestati, ako zakonom nije drukčije određeno.

Prema Zakonu o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine brisovna se tužba može podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravne osnove upisa, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba, pouzdajući se u zemljišnu knjigu, upisala svoje pravo.¹²⁹

U Republici Srpskoj brisanje upisa može se zahtijevati brisovnom tužbom zbog neistinitosti ili nevaljanosti prednikova upisa u roku od tri godine od kad je bio zatražen prednikov upis. Onaj tko je o neistinitom prednikovu upisu bio uredno obaviješten može zbog neistinitosti prednikova upisa zahtijevati brisanje upisa samo ako je u roku za žalbu zatražio zabilježbu da je taj upis sporan i odmah, a najkasnije u roku od 60 dana od isteka roka za žalbu, podnio tužbu protiv onih koji su osporenim upisom stekli pravo ili su na osnovi njega postigli da se upiše u zemljišnu knjigu. Brisovna tužba može se podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravne osnove upisa, a ne može se podići ukoliko je savjesna treća osoba u zemljišnu knjigu upisala svoje pravo.¹³⁰

Protiv osobe koja je neposredno stekla svoje pravo uknjižbom u zemljišnu knjigu na osnovi pobojnog (rušljivog) pravnog posla može se podići brisovna tužba unutar rokova čijim protekom po pravilima obaveznog prava prestaje pravo zahtijevati poništenja tih

¹²⁶ Članak 252. stavak 1. i 3. Porodičnog zakona Federacije BiH (Službene novine F BiH, br. 35/05, 31/14).

¹²⁷ O djelovanju načela povjerenja u bivšoj SFRJ vidi: Stanković/Orlić, *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Savremena administracija, 1989, str. 532–539.

¹²⁸ U zemljišnim će se knjigama uspostaviti pravno stanje koje je postojalo prije provedbe neistinitog upisa, tj. ponovno će kao nositelj knjižnog prava biti upisana osoba koja je stvarni, zbiljski nositelj tog prava. Time će nastati pravno stanje kao da neistinit upis uopće nije ni bio proveden (*ex tunc*), pa će se prilikom brisanja neistinitog upisa izbrisati i svi upisi koji su iz njega izvedeni. Usklađivanje zemljišnoknjižnog sa stvarnim, zbiljskim, izvanknjižnim pravnim stanjem nekretnine bit će moguće samo dok u korist poštenog stjecatelja ne nastupe pravni učinci zaštite povjerenja u potpunost i istinitost zemljišnoknjižnog stanja. Vidi: Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 242-243.

¹²⁹ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima F BiH.

¹³⁰ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima RS.

pravnih poslova,¹³¹ odnosno istekom rokova procesnog prava unutar kojih se može pobijati (redovnim ili izvanrednim pravnim lijekom) sudska odluka ili odluka drugog nadležnog tijela na osnovi koje je provedena uknjižba prava vlasništva ili drugog stvarnog prava. Budući da zahtjev za utvrđenje ništavnosti pravnog posla ne zastarijeva,¹³² proizlazi zaključak da nije vremenski ograničen zahtjev za brisanje upisa prava neposrednog stjecatelja upisanog na osnovi ništavnog pravnog posla.¹³³ Protiv trećeg savjesnog stjecatelja prava vlasništva ili drugog stvarnog prava isključena je brisovna tužba ako je upis prava vlasništva ili drugog stvarnog prava bio proveden u zemljišnu knjigu na osnovi nevaljane pravne osnove u korist osobe od koje stjecatelj izvodi svoje pravo s povjerenjem u zemljišne knjige.¹³⁴ Prema tome može biti izbrisan samo nevaljan upis neposrednog stjecatelja na osnovi ništavnog pravnog posla, a ako je treći stjecatelj savjestan i pouzdao se u uknjižbu prava na osnovi pravne osnove, njegov upis prava neće biti izbrisan ako se utvrdi ništavnost, poništi pravni posao, preinači sudska odluka i sl., na čemu se zasniva uknjižba prava njegova pravnog prednika iz kojega on izvodi svoje pravo.¹³⁵

Ova vrsta tužbe postojala je u Zakonu o zemljišnim knjigama iz 1930. godine te je donošenjem novih entiteskih zakona o zemljišnim knjigama iz 2003. godine izbačena iz pravnog sustava entiteta,¹³⁶ a kao odgovarajuće pravno sredstvo za ispravak zemljišne knjige uveden je članak 60. Zakona o zemljišnim knjigama.

Prema navedenom članku, ukoliko se ispostavi da je upis u zemljišnoknjižnom ulošku neispravan zbog odgovornosti zemljišnoknjižnog ureda, tada će zemljišnoknjižni ured neodložno upisati zabilježbu pored pogrešnog upisa u danom zemljišnoknjižnom ulošku, a ukoliko se ispostavi da je upis u zemljišnoknjižnom ulošku neispravan iz drugih razloga osim navedenih u stavku 1. ovog članka, tada će zemljišnoknjižni ured po odobrenju upisane osobe upisati zabilježbu pored pogrešnog upisa u danom zemljišnoknjižnom ulošku.¹³⁷ Ispravak zemljišne knjige obavlja se na temelju odobrenja upisane osobe ili sudske odluke.¹³⁸ Na taj način zakonodavac se priklonio njemačkom sustavu, koji ne poznaje brisovnu tužbu, na uštrb austrijskog, na osnovi kojega je sve do donošenja novog

¹³¹ Članak 117. Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/78, Službeni list RBiH, br. 2/92, 13/94 i Službene novine Federacije BiH, br. 29/03).

¹³² Članak 110. Zakona o obligacionim odnosima.

¹³³ Simonetti, P., *Stjecanje prava vlasništva na osnovu pravnog posla u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj (1945-2011)*, str. 217. Ističe se da to pravilo vrijedi i za hrvatsko pravo, iako nije tako izričito propisano, ali nije ni zakonom isključeno, pa je onaj koji je povrijeđen u svojem knjižnom pravu na osnovi poništenog pravnog posla ovlašten zahtijevati brisanje upisanog prava i uknjižbu svoga prava (*restitutio in integrum*) u rokovima iz članka 335. Zakona o obligacionim odnosima, odnosno bez vremenskog ograničenja kad je pravosnažnom presudom utvrđeno da se upis zasniva na ništavnom pravnom poslu (članak 328. Zakona o obligacionim odnosima).

¹³⁴ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima F BiH, članak 56. stavak 4. Zakona o stvarnim pravima RS.

¹³⁵ Vidi: Simonetti, P., *Stjecanje prava vlasništva na osnovu pravnog posla u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj (1945-2011)*, str. 218.

¹³⁶ Brisovnu tužbu uređuje Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu BD donesen 2001. godine.

¹³⁷ Članak 60. stavak 1. i 2. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH i Zakona o zemljišnim knjigama RS.

¹³⁸ Članak 60. stavak 4. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH i Zakona o zemljišnim knjigama RS.

Zakona o zemljišnim knjigama brisovna tužba postojala i na tom području. Dakle prihvatila se mogućnost ispravka zemljišne knjige prema članku 60. Zakona o zemljišnim knjigama te podizanja tužbe za zaštitu prava vlasništva bez ograničenja i rokova.

Tada važeći zakoni u entitetima koji su regulirali stvarno pravo¹³⁹ nisu predviđali mogućnost podnošenja brisovne tužbe, koja se u pravni sustav entiteta, kako je već navedeno, uvodi donošenjem entitetskih Zakona o stvarnim pravima.

Brisovna tužba može se podići samo ukoliko se želi uspostaviti raniji vlasničkopravni odnos.¹⁴⁰ To isključuje mogućnost podizanja brisovne tužbe od strane treće savjesne osobe koja smatra da je upisom spornog prava njezino pravo povrijeđeno, jer, prema članku 60. stavku 3. Zakona o zemljišnim knjigama, svaka zainteresirana osoba, dakle ne samo zemljišnoknjižni prednik, može podići tužbu vezanu za ispravak zemljišne knjige. U skladu s navedenim brisovna se tužba može podići u rokovima u kojima se može ostvariti osporavanje pravne osnove upisa. Zakonodavac u Federaciji Bosne i Hercegovine nije propisao točan rok za podnošenje brisovne tužbe, kao što je to učinio zakonodavac u Republici Srpskoj, ali je u članku 360. Zakona o stvarnim pravima F BiH propisano da rokovi od tri godine za podnošenje brisovne tužbe teku od dana stupanja na snagu tog zakona, iz čega proizlazi da nakon izvršenog upisa zemljišnoknjižni prednik može izgubiti svoje pravo u korist nesavjesne osobe ako u roku od tri godine ne podnese zahtjev za brisanje prednikova upisa i uspostavljanje prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja.¹⁴¹

Rok od 15 dana predviđen za žalbu,¹⁴² članak 76. Zakona o zemljišnim knjigama, protiv odluke zemljišnoknjižnog referenta odnosi se i na prednika ukoliko mu je bilo dostavljeno rješenje o uknjižbi. U slučaju kada je predniku dostavljeno rješenje rok predviđen za podnošenje brisovne tužbe više ne vrijedi i tada ima samo mogućnost podnošenja žalbe.¹⁴³

¹³⁹ Zakon o vlasničkopravnim odnosima (Službene novine Federacije BiH, br. 6/98 i 29/03), Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 6/80 i 36/90 i Službeni glasnik Republike Srpske, br. 38/03).

¹⁴⁰ Članak 56. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima F BiH, Zakona o stvarnim pravima RS.

¹⁴¹ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Powlakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 289.

¹⁴² Članak 76. Zakona o zemljišnim knjigama F BiH, Zakona o zemljišnim knjigama RS.

¹⁴³ Velić, L. u: Babić, I.; Medić, D.; Hašić, E.; Powlakić, M.; Velić, L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima F BiH*, str. 289.

6. UPOREDNI PRIKAZ PRAVILA NAČELA POVJERENJA U ZEMLJIŠNE KNJIGE NA PRAKTIČNOM PRIMJERU

Do neistinitog zemljišnoknjižnog stanja dolazi kada se na temelju nevaljanog ugovora o prodaji nekretnine¹⁴⁴ provede uknjižba prava vlasništva u korist kupca. Ta je uknjižba nevaljana i neistinito prikazuje stanje upisa u zemljišnu knjigu. Međutim, ako taj kupac, kao upisani vlasnik, nekretninu dalje proda temeljem valjanog ugovora o prodaji trećoj osobi, postavlja se pitanje kakav je njezin položaj u kontekstu iznesenih pravila o zaštiti povjerenja u istinitost zemljišne knjige.

Također, kada se stvarno pravo, npr. pravo vlasništva na nekretnini, stekne na temelju zakona, npr. temeljem dosjelnosti, a takvo se pravo ne upiše u zemljišnu knjigu, zemljišnoknjižno stanje nije potpuno, pa je pitanje kakav je položaj treće osobe koja postupi s povjerenjem u potpunost zemljišne knjige te podnese zahtjev radi upisa svoga prava vlasništva.

U Federaciji BiH nije odgođeno djelovanje načela povjerenja u zemljišne knjige (u bilo kojem pravcu) i kupac koji je savjestan, pouzdajući se u istinitost zemljišne knjige, temeljem valjanog ugovora o prodaji uknjižio svoje pravo vlasništva postao je vlasnik nekretnine.¹⁴⁵ U drugom iznesenom slučaju pravo stečeno dosjelošću smatra se da i ne postoji. Ako treća savjesna osoba podnese zahtjev za upis prava vlasništva, tome se neće moći suprotstaviti izvanknjižno stečeno pravo za koje nije podnesen zahtjev za upis.

U Republici Srpskoj odgođeno je djelovanje načela povjerenja (u istinitost i potpunost zemljišne knjige) na razdoblje od tri godine od dana stupanja na snagu Zakona o stvarnim pravima¹⁴⁶ ukoliko se stječe nekretnina na kojoj je bilo upisano društveno vlasništvo koje nije brisano prije stupanja na snagu Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske. U tom prijelaznom razdoblju, a prema iznesenom praktičnom primjeru, ranije upisani nositelj prava, čije je pravo povrijeđeno upisom po osnovi nevaljanog ugovora o prodaji, može zahtijevati brisanje upisa izvršenih temeljem zaključenih ugovora te zahtijevati upis svojeg prava neovisno o pravilima o zaštiti povjerenja u istinitost zemljišne knjige. Tako i osoba koja je izvanknjižno stekla pravo vlasništva temeljem dosjelnosti može zahtijevati upis svojeg prava bez obzira na pravila o zaštiti povjerenja u potpunost zemljišne knjige.

Prethodno izneseno vrijedi i za Republiku Hrvatsku, jer zaštita povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima neće

¹⁴⁴ Npr. ugovor o prodaji zaključi osoba koja nije zemljišnoknjižni vlasnik nekretnine ili ugovor o prodaji nekretnine nije zaključen u obliku notarski obrađene isprave, vidi članak 53. stavak 2. Zakona o stvarnim pravima F BiH, članak 53. stavak 2. Zakona o stvarnim pravima RS u vezi s člankom 68. stavkom 1. točkom 4. Zakona o notarima RS (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 86/04, 02/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, Odluka Ustavnog suda RS broj U-60/06) ili npr. nije zaključen u pisanom obliku, vidi članak 115. stavak 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH.

¹⁴⁵ Naravno, imajući u vidu odgodu nastupanja pravnih učinaka zaštite povjerenja u istinitost zemljišne knjige dok traje mogućnost podnošenja brisovne tužbe.

¹⁴⁶ Članak 346. stavak 3. Zakona o stvarnim pravima RS.

se primjenjivati u korist stjecanja do kojih dođe do 1. januara 2017. godine¹⁴⁷ ako se njime stječe nekretnina na kojoj je bilo upisano društveno vlasništvo, a nije brisano prije nego što je taj Zakon stupio na snagu.

Prema tome, kako se u Federaciji BiH bez ikakvih ograničenja daje prednost načelu zaštite povjerenja u zemljišne knjige, time su treće savjesne osobe kao stjecatelji stvarnih prava i najjače zaštićene u Federaciji BiH.

7. ZAKLJUČAK

Neažurnost zemljišnih knjiga bila je prije svega uzrokovana materijalnim propisima stvarnog prava, i to nekonsekventnom primjenom načela upisa i načela povjerenja. Tome su pridonijeli i razlozi kao što su npr. nepostojanje obaveze vlasnika nekretnina da prijavljuju promjene na nekretninama, posebni pravni režimi za pojedine nekretnine, napuštanje načela *superfices solo cedit* i dr. Međutim, upravo ta neažurnost zemljišne knjige daje na značaju načelu povjerenja. Da bi zemljišna knjiga mogla egzistirati, mora ispuniti svoju osnovnu svrhu omogućujući da se može pouzdati u njezin sadržaj, tj. potpunost i istinitost. Ostvarenje svrhe zemljišnih knjiga omogućuje načelo povjerenja.

Raspolaganje knjižnim pravima moguće je samo ukoliko su ona upisana u zemljišnu knjigu s obzirom na konstitutivnu funkciju upisa prava temeljem pravnog posla. Preduvjet za pravni promet nekretninama te daljnji razvoj gospodarstva i države u cjelini jest sređeno zemljišnoknjižno stanje, odnosno u potpunosti usklađeno s faktičkim stanjem.

Zemljišna je knjiga bitna zbog tržišne ekonomije, velikog značaja prometa nekretninama za privredni i drugi razvoj, ali i njegova brzog odvijanja, što zahtijeva adekvatan i siguran uvid u stanje zemljišne knjige te na osnovi toga raspolaganje stvarnim pravima. Načelo povjerenja upravo omogućuje, kada je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno ili neistinito, da se treće savjesne osobe mogu pouzdati da je ono što je upisano u zemljišnu knjigu točno, a ono što nije upisano da ne postoji. Na taj način zemljišna knjiga ostvaruje svoju svrhu štiteći treće savjesne osobe koje se pouzdaju u njezin sadržaj, tj. potpunost i istinitost.

Odgode načela povjerenja u prijelaznom razdoblju, iako motivirane opravdanim razlozima, ne djeluju u pravcu afirmacije načela povjerenja, jer u tim razdobljima izvanknjižni vlasnici, zbog nepoznavanja zemljišnoknjižnog stanja, nepoznavanja pravnih propisa, nezainteresiranosti za svoja prava i dr., rijetko upisuju svoja izvanknjižna stečena prava, tako da i ne dolazi u tom smislu do usklađivanja izvanknjižnog i zemljišnoknjižnog stanja.

U Republici Hrvatskoj više je puta dolazilo do odgode primjene načela povjerenja, koja je i sada u tijeku. Takvo bi iskustvo iz Republike Hrvatske trebalo nadležna tijela u BiH motivirati za sistematsko usklađivanje zemljišnoknjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja

¹⁴⁷ Članak 338. stavak 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

na nekretninama, bez čega je nemoguća primjena pravila o stjecanju prava vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige na nekretninama koje su bile upisane u zemljišnim knjigama ili katastru nekretnina kao društveno vlasništvo do stupanju na snagu Zakona o stvarnim pravima.

U Federaciji BiH bez ikakvih se ograničenja daje jača snaga načelu zaštite povjerenja u zemljišne knjige. To je bolje rješenje u odnosu na odgode primjene načela povjerenja, ali svakako uz prihvaćanje pravila da podaci iz zemljišnih knjiga bezuvjetno uživaju javno povjerenje i imaju dokaznu snagu javnih isprava, ali da je u pogledu činjeničnog stanja nekretnine zemljišna knjiga istinita i potpuna samo ukoliko je uspostavljena na osnovi podataka novog premjera. Uspostava novog premjera pretpostavlja da je pravno stanje nekretnina usklađeno, odnosno da je usklađeno izvanknjižno stanje s knjižnim i da je omogućeno izvanknjižnim nositeljima prava na nekretninama da upišu svoja prava, pa makar i sudskim putem.

Načelo povjerenja u zemljišne knjige jedno je od temeljnih načela vezanih uz zemljišne knjige, koje i nositeljima stvarnih prava vezanih uz nekretnine implicitno postavlja dužnost odgovornijeg odnosa prema svojim pravima, a savjesnim trećim osobama pruža zaštitu, sve to radi općenite afirmacije zemljišnih knjiga, koje u svakom civiliziranom društvu imaju iznimnu važnost. Naime zemljišna knjiga ima smisla samo ako ostvaruje ciljeve radi kojih je osnovana, odnosno da pruža siguran i jasan uvid u prava na nekretninama. Kada se to dovodi u pitanje zbog njezine neažurnosti, načelo povjerenja omogućuje da zemljišna knjiga i pored toga djeluje u svojem punom opsegu, pouzdanjem u njezinu potpunost i istinitost. Da bi se to ostvarilo, nužno je pružiti odgovarajuću zaštitu trećim savjesnim osobama, koje su stjecale stvarna prava pouzdajući se u sadržaj zemljišne knjige.

Zakoni o zemljišnim knjigama te Zakoni o stvarnim pravima dali su jasan i zaslužan značaj načelu povjerenja, a to počinje činiti i sudska praksa, istina, u manjem opsegu. Međutim bez sumnje treba učiniti odmak od ranije sudske prakse te u punom opsegu kroz odluke sudova svih razina pružiti zaštitu savjesnim trećim osobama u slučajevima stjecanja prava vlasništva temeljem načela povjerenja kako bi zemljišna knjiga opravdala svoje postojanje u skladu sa svojom osnovnom funkcijom, da svatko može pretpostaviti kako je njezin sadržaj potpun i istinit i da se može pouzdati kako će pravni poredak tu pretpostavku na odgovarajući način zaštititi.

THE PRINCIPLE OF TRUST IN THE LAND REGISTERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Case law has for decades neglected the principle of trust in the land register, and, by doing so, has denied its basic function. By neglecting this principle, it is impossible for the land register to operate in line with its basic purpose, and thus it loses its importance.

Property rights may only be exercised if they have been recorded in the land register, considering the constitutive function of recording a right on the basis of legal action. The principle of trust enables this, when the situation with property is incomplete or untruthful, so that duly diligent third parties can rely on the fact that what has been recorded in the land register is correct (the positive side of the principle of trust), and that what is not recorded does not exist (the negative side of the principle of trust). In this way, the land register fulfils its purpose by protecting, with its completeness and truthfulness, duly diligent third parties who rely on its contents, thus facilitating a safer access to real estate, and, by doing so, also promoting economic development.

In recent times in Bosnia and Herzegovina, after the adoption of legislation which explicitly regulates the principle of trust, case law has begun to change and provide protection to duly diligent third parties. Such protection must be provided in full, in order for the land register to justify its existence and ensure that anyone can assume that its contents are complete and truthful, and that they can rely on the fact that the legal order will protect this assumption in a suitable manner.

Keywords: land register, acquisition of the right of ownership, principle of trust

Adis Abdić, judge of the Municipal Court in Bosanska Krupa, completed the postgraduate specialist study programme in Civil Law and Family Law at the Faculty of Law, University of Zagreb

PRIKAZI

PRIKAZ KONFERENCIJE
„ANNUAL CONFERENCE ON EU CRIMINAL JUSTICE 2016“
ERA, Trier, 20. – 21. listopada 2016. godine

UDK 339.923:061.1](4)EU(047.2)
343(047.2)

Doc. dr. sc. Ante Novokmet*

Izv. prof. dr. sc. Maja Munivrana Vajda*

U Trieru je od 20. do 21. listopada 2016. održana u organizaciji Akademije za europsko pravo (ERA) „Redovita godišnja konferencija o europskom kaznenom pravosuđu 2016.“¹ Konferenciji su prisustvovali sveučilišni nastavnici, suci, tužitelji, odvjetnici, predstavnici vladinih i nevladinih udruga aktivni u području kaznenog prava EU-a. Cilj ovogodišnje konferencije bio je olakšati razmjenu iskustava i ideja među pravnim teoretičarima i praktičarima o trenutačnom stupnju razvoja te razmotriti buduće inicijative u području kaznenog prava EU-a. Posebna je pozornost posvećena novim dostignućima u području osnivanja Ureda europskog javnog tužitelja (EPPO), jačanju uloge OLAF-a, otvorenim pitanjima sukoba nadležnosti u kaznenim stvarima te problematici nezakonitog korištenja interneta od strane organiziranih terorističkih skupina.

Konferenciju je otvorio **Wolfgang Heusel**, direktor Akademije za europsko pravo. Uvodno je pozdravio sve prisutne te se osvrnuo na aktualna pitanja budućeg razvoja europskog kaznenog prava. Ukratko je predstavio teme i najavio izlagače pojedinih referata, izrazio želju za uspješnim radom te razmjenom vrijednih ideja i mišljenja.

Prvo prijepodneвно predavanje održao je **Dick Heimans**, zamjenik voditelja odjela Europske komisije za kazneno pravosuđe, Glavne uprave za pravosuđe i zaštitu potrošača,² na temu „Noviji razvoj i prioriteti u području kaznenog pravosuđa EU-a iz perspektive Europske komisije“ (engl. *Recent developments and priorities for EU criminal justice - The perspective of the European Commission*). Uvodno je govorio o značaju kaznenog prava kao izraza suvereniteta svake pojedine države i problemima s kojima se suočava Komisija svaki put kada priprema zakonodavnu aktivnost na tom području. Posebnu pozornost Komisija usmjerava na borbu protiv terorizma i organiziranog kriminaliteta, pri čemu valja upozoriti na nove izmjene Okvirne odluke Vijeća o suzbijanju terorizma (FD 2008/919/JHA) u obliku nove Direktive o suzbijanju terorizma,³ a u posljednje vrijeme Komisija se intenzivno bavi i problemima migrantske krize. Upozorio

* Doc. dr. sc. Ante Novokmet, docent na Katedri kaznenopravnih znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku

* Izv. prof. dr. sc. Maja Munivrana Vajda, d izvanredne profesorica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

¹ Program konferencije dostupan je na <https://www.era.int/upload/dokumente/18842.pdf> (6. 3. 2017).

² Deputy Head of Unit, Criminal Justice, DG Justice and Consumers, European Commission, Brussels.

³ Više o samom nacrtu Direktive i stanju pregovora na <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/12/05-combatting-terrorism/> (6. 3. 2017.).

je na daljnji novi razvoj u kaznenopravnoj suradnji razmatrajući *European Agenda on Security* COM(2015) 185 i *European Agenda on Migration* COM(2015) 240 s aspekta nezakonitog prebacivanja ljudi preko državne granice. Naglasak je stavljen na jačanje uloge Eurobola te rada Eurojusta u kontekstu suzbijanja mreža za nezakonito prebacivanje ljudi preko državne granice. U nastavku je govorio o najnovijim saznanjima o uspješnosti transponiranja zakonodavstva EU-a u državama članicama s aspekta niza direktiva iz područja materijalnog (Direktiva 2011/36/EU o sprečavanju i suzbijanju trgovanja ljudima i zaštiti njegovih žrtava, Direktiva 2011/92/EU o sprečavanju i suzbijanju seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja djece, Direktiva 2013/40/EU o napadima na informacijske sustave, Direktiva 2014/42/EU o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima u EU-u, Direktiva 2014/62/EU o kaznenopravnoj zaštiti eura i drugih valuta od krivotvorenja, Direktiva 2014/57/EU o zlouporabi tržišta) i procesnog kaznenog prava (Direktiva 2010/64/EU o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenom postupku, Direktiva 2012/13/EU o pravu na informiranje u kaznenom postupku, Direktiva 2012/29/EU o uspostavi minimalnih standarda za prava, potporu i zaštitu žrtava kaznenih djela, Direktiva 2013/48/EU o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku), koje su donesene i koje je nužno transponirati u nacionalna zakonodavstva u vrlo kratkom vremenu ili ih je već trebalo implementirati. S aspekta procesnog prava za Komisiju su osobito značajne Direktiva (EU) 2016/343 o pretpostavci nedužnosti od 9. ožujka 2016. godine, Direktiva EU 2016/800 o postupovnim jamstvima za djecu koja su osumnjičeni ili optuženi u kaznenim postupcima od 11. svibnja 2016. godine te Direktiva o pravnoj pomoći u kaznenom postupku, koja je u procesu usvajanja.⁴ Govorio je i o drugim pregovorima koji su u tijeku. Spomenuo je prijedlog važne PIF direktive COM (2012) 363, kojoj je cilj smanjiti razlike u nacionalnim zakonodavstvima EU-a u cilju učinkovite zaštite financijskih interesa EU-a. Posebno se to odnosi na prijevarno postupanje, koje bi trebalo kriminalizirati u svim zemljama članicama, pojačati odgovornost javnih službenika i povećati učinkovitost postupanja. U tom je kontekstu prezentirao presudu u predmetu Taricco, C 105/14, od 8. rujna 2015. godine, kojom je Sud EU-a potvrdio ranije shvaćanje izrečeno u predmetu Åkerberg Fransson C-617/10, ali i otišao korak dalje napominjući da države članice doista imaju dužnost suzbijanja prijevvara koje utječu na financijske interese Unije (čl. 325. (1) UFEU-a). U ovom je slučaju Sud iskoristio priliku da jasno izrazi kako prijevarena postupanja s PDV-om predstavljaju prijevaru na štetu financijskih interesa EU-a te je, sukladno tome, obvezao države članice da učinkovito kažnjavaju takve prijevare. Prema trenutnom prijedlogu direktive prijevare koje se odnose na PDV bit će obuhvaćene, no samo ako vrijednosno prelaze određeni prag.⁵ Heimans je govorio još i o projektu europskog javnog tužitelja, izmjenama 4. Direktive o pranju novca te je konačno identificirao ključne prioritete za razdoblje 2017. – 2018., a to su oduzimanje imovinske

⁴ Tekst prijedloga Direktive dostupan je na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0824> (6. 3. 2017.).

⁵ Prema čl. 2. postojećeg prijedloga riječ je o šteti u iznosu od najmanje 10 milijuna eura. V. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15130_2016_INIT&qid=1488808159827&from=EN (6. 3. 2017.).

koristi, elektronički dokazi, problem radikalizacije i terorizma, sustav ECRIS TCN (2) te uspostava Ureda europskog javnog tužitelja. U raspravi koja je uslijedila najviše se govorilo o nadzoru Komisije nad implementacijom i provedbom direktiva. Odluka o pokretanju tzv. *infringment* postupka, tj. postupka zbog povrede prava, inherentno je političke naravi i čini se kako je Komisija trenutačno usredotočena na usvajanje novih zakonodavnih akata, a ne na njihovu provedbu.

U drugom dijelu prijepodnevnog izlaganja **Andre Klip**, profesor kaznenog i kaznenog procesnog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Maastrichtu, održao je predavanje na temu „Implementacija kaznenopravnih instrumenata: trenutačno stanje“ (engl. *Implementation of criminal justice instruments: a state of affairs*). Njegovo se izlaganje može podijeliti u dvije cjeline. Jedna je vezana uz trenutačnu implementaciju europskog kaznenog zakonodavstva u nacionalna prava i u njoj se upozorava na izazove i probleme koji se pojavljuju u procesu transponiranja tih odredaba u pojedinim državama, a druga uz pitanje pozitivnog i negativnog sukoba nadležnosti i vođenja više paralelnih kaznenih postupaka. Istaknuo je kako države neredovito poduzimaju radnje za implementaciju direktiva u nacionalna zakonodavstva i da postupak generalno teče vrlo sporo. Posebnu je pozornost usmjerio na pet već spomenutih ključnih direktiva usmjerenih na osiguranje međusobnog priznavanja u kaznenim stvarima, i to o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenom postupku, o pravu na informiranje u kaznenom postupku, o uspostavi minimalnih standarda za prava, potporu i zaštitu žrtava kaznenih djela, o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku te o pretpostavci nedužnosti. Istaknuo je da je riječ o direktivama koje su ključne za značajan zaokret u državama članicama i koje će imati veći utjecaj nego što ga danas ima praksa ESLJP-a. Ukratko je prikazao zanimljiv slučaj pred Sudom EU-a u predmetu *Milev*, C-439/16 PPU od 27. listopada 2016. godine, u kojem je postavljeno pitanje predstavlja li mišljenje Vrhovnog kasacijskog suda Bugarske s početka razdoblja za prijenos Direktive o pretpostavci nedužnosti mjeru tumačenja nacionalnog prava koja može ozbiljno ugroziti ostvarenje cilja Direktive 2016/343. Naime države članice moraju se suzdržati od toga da u roku za prijenos direktive donose odredbe koje mogu ozbiljno ugroziti njome propisani rezultat, no u konkretnom slučaju Sud je smatrao da se ne radi o takvoj odredbi.⁶ Dalje je govorio o implementaciji Direktive o pravu na

⁶ Vrhovni kasacijski sud Bugarske donio je na početku razdoblja za prijenos navedene direktive mišljenje koje nacionalnim sudovima nadležnima za odlučivanje o žalbi protiv odluke o istražnom zatvoru daje mogućnost da tijekom raspravnog dijela kaznenog sudskog postupka sami odluče treba li produljenje istražnog zatvora podvrgnuti sudskom nadzoru činjenice postoji li osnovana sumnja da je počinio kazneno djelo koje mu se pripisuje, a što je protivno čl. 3. i 6. Direktive (koji se odnose na pretpostavku nedužnosti i teret dokazivanja u kaznenom postupku) i praksi ESLJP-a. Naime dok bugarsko nacionalno pravo brani sucu tijekom raspravnog dijela sudskog postupka da se izjasni tijekom sudskog nadzora mjere istražnog zatvora o pitanju postoji li osnovana sumnja da je optuženik počinio kaznena djela koja mu se pripisuju, članak 5. stavak 1. točka (c) i članak 5. stavak 4. EKLJP-a dopuštaju zadržati optuženika u pritvoru samo kad postoji osnovana sumnja da je počinio kazneno djelo. Europski sud (ECJ) pri rješavanju tog prethodnog pitanja istaknuo je kako mišljenje bugarskog kasacijskog suda ne zabranjuje nacionalnim sudovima pred kojima se vodi postupak protiv mjere produljenja istražnog zatvora da donesu, tijekom raspravnog dijela kaznenog sudskog postupka, konačnu odluku. Naprotiv, iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da navedeno mišljenje ostavlja tim sudovima slobodu da primijene odredbe EKLJP-a kako ih je tumačio Europski sud za ljudska prava ili nacionalne odredbe kaznenog postupovnog prava.

prevođenje u kaznenom postupku i analizirao problematiku primjene čl. 2. i 3. Direktive u predmetu Covaci, C-216/14. Upozorio je na probleme u nizozemskoj praksi, gdje policija koristi svoje ljude da u kaznenom postupku ispituje osumnjičenike različitih nacionalnosti, a onda njihov iskaz prevodi na nizozemski bez stručnog tumača. Postavio je i pitanje kako riješiti situaciju kada nema tumača za neki jezik, a okrivljenik ne razumije jezik suda. U Nizozemskoj su u jednom predmetu taj problem riješili tako da su pitali branitelja je li u stanju komunicirati s okrivljenikom, pa kada je potvrdno odgovorio, postupak je nastavljen. Postavlja se ipak pitanje ne predstavlja li takva praksa povredu prava na pravičan postupak. Kada je riječ o pravu na prevođenje u kaznenom postupku, Klip je naglasio kako Direktiva ne određuje da se prevode svi vezani dokumenti, nego samo oni ključni (engl. „essential“), kao što su odluka o oduzimanju slobode, optužnica, presuda i sl. Govorio je i o Direktivi o pravu na obavijest u kaznenom postupku 2012/13/EU, pri čemu je problematizirao pravo na obavijest o optužbi u trenutku uhićenja u situaciji kada osoba ne govori službeni jezik. Postavio je pitanje kakav je pravni učinak i koje su posljedice propuštanja obavještanja o pravima i mora li tužitelj zbog toga ponavljati poduzete radnje. Hoćemo li obustavljati postupke zbog „sitnih“ postupovnih pogrešaka ili ćemo ih sanirati tijekom postupka? Hoćemo li zbog toga postupati u korist optuženika ili čak ublažiti kaznu? Potom je razmatrao Direktivu o pravu na branitelja 2013/48/EU i istaknuo da se to pravo primjenjuje od trenutka kad je osoba obaviještena da je u statusu okrivljenika, neovisno o uhićenju, pa i prije prvog ispitivanja. Istaknuo je kako policija u Nizozemskoj ne voli da su branitelji prisutni tijekom prvog ispitivanja jer često sugeriraju okrivljeniku da se brani šutnjom, no istovremeno nije jasno zašto ih njegova prisutnost zabrinjava kad su ionako dužni obavijestiti okrivljenika o pravu na šutnju. U drugom dijelu predavanja Klip je govorio o problemu sukoba nadležnosti u EU-u. Nakon prikaza postojećih mehanizama za rješavanje pozitivnih sukoba nadležnosti, koji su očito nedostatni, prikazao je rezultate projekta *Prevenција i rješavanje sukoba jurisdikcija u kaznenim stvarima* (engl. *Prevention and Settlement of Conflicts of Jurisdiction in Criminal Law*), koji je u tijeku (2014. – 2017.) u okviru Europskog pravnog instituta (*European Law Institute*), a u kojem sudjeluju istaknuti pravni stručnjaci iz područja europskog kaznenog prava.⁷ Neki od mogućih pristupa tom problemu jesu tzv. horizontalno rješenje (engl. *horizontal settlement*), prema kojem bi se potencijalni sukobi otklanjali i rješavali slično kao i do sada, kroz konzultacije nacionalnih tijela. Prema drugom modelu, tzv. vertikalnom rješenju (engl. *vertical settlement*), konačnu pravno obvezujuću odluku donosio bi Eurojust prema jasnim kriterijima i uz mehanizam nadzora. Konačno, treća je opcija usvajanje općeg pravila utemeljenog na teritorijalnosti u okviru zajedničkog prostora slobode, sigurnosti i pravde (engl. *General rule on territorial jurisdiction in the AFSJ*), ali uz uspostavu supsidijarnih pravila za slučajeve tzv. multiteritorijalnih kaznenih djela, tj. djela počinjenih na teritoriju više država.

⁷ Više o samom projektu na http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects-contd/article/prevention-and-settlement-of-conflicts-of-exercise-of-jurisdiction-in-criminal-law-1/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=179508&cHash=1578f6b68ac1ad76fbc72527f0b720bb (25. 11. 2016.).

Poslijepodnevni dio predavanja nastavio je **Hans Holger Herrnfeld**, posebni savjetnik Odjela Europske komisije za kazneno pravosuđe za temu europskog javnog tužitelja, prezentirajući referat na temu „Prijedlog Ureda europskog javnog tužitelja – gdje smo trenutačno?“ (engl. *The proposed European Public Prosecutor's Office (EPPO) - where do we currently stand?*). U svojem je izlaganju prikazao trenutačno stanje stvari i upozorio na korake koji se poduzimaju u cilju formiranja ureda EPPO-a. Naglasio je da je djelatnost EPPO-a usko povezana s nacionalnim državama i ovisna o njima te da će tužitelji zaposleni u uredu EPPO-a biti angažirani u istragama ne u svojim uredima, nego u pojedinim državama članicama. Zato je nužna uska suradnja između ureda tužitelja EPPO-a i nacionalnih tužiteljstava. Naglasio je da se EPPO osniva kao tijelo Unije s decentraliziranom strukturom, a zadaća mu je suzbijati kaznena djela koja utječu na financijske interese Unije. Ključni problemi u odnosu na osnivanje ureda EPPO-a i još uvijek tekuće rasprave odnose se na nadležnost europskog javnog tužitelja, pitanje suda nadležnog za vođenje postupka te pitanje sudske kontrole nad njegovim radom.

Drugo poslijepodnevno predavanje održao je **Han Moraal** iz Eurojusta (nacionalni predstavnik Nizozemske) na temu „Odgovori Eurojusta na izazove koje pred njega postavljaju prioriteta EU-a u kaznenom pravosuđu“ (engl. *Eurojust-responses to EU criminal justice priorities*). Uvodno je istaknuo kako Eurojust daje operacionalnu podršku u cilju suzbijanja mreže terorizma i organiziranog kriminaliteta. Osigurava da razmjena informacija bude utemeljena na dopuštenom načinu pribavljanja dokaza. Kad je riječ o suzbijanju terorizma, naglasak je stavljen na suradnju s nacionalnim izvjestiteljima i umrežavanje na dnevnoj bazi. Takva je suradnja nužna kako bi se moglo brzo reagirati i usmjeravati postupanje. Jednako je tako važna suradnja u sve većim izazovima koje pruža nezakonito prebacivanje migranata preko državnih granica. Eurojust treba biti kontaktna točka za kontrolu ilegalnih prebacivanja. U tom smislu daje podršku tzv. metodi *hotspots* u Grčkoj i Italiji, kao i timovima koji provode zajedničke istrage u području krijumčarenja migranata. Po mišljenju Eurojusta zajedničke istrage pružaju platformu za odličnu suradnju između tužitelja i policije istodobno osiguravajući najkvalitetniju osnovu za brzo i učinkovito postupanje u progonu najtežih kaznenih djela. Eurojust osigurava snažnu suradnju s trećim državama i time omogućuje učinkovit pristup informacijama važnima za provođenje zajedničkih istraga. Moraal je dalje upozorio na problem računalnog kriminala ističući da su za uspješno istraživanje ključni suradnja s Interpolom te stvaranje mreže progonitelja zaduženih za progon računalnog kriminala, kao i evidencija osoba osuđenih za računalni kriminal kako bi se lakše i brže provodile istrage. Na kraju je istaknuo važnost postojanja učinkovite suradnje između EPPO-a i Eurojusta. Kao ključnu pretpostavku istaknuo je potrebu uspostavljanja kvalitetne legislative koja će omogućiti usuglašeno poduzimanje različitih zadataka koja ta tijela imaju u cilju borbe protiv najtežih oblika kriminaliteta. S druge strane podrška Eurojusta EPPO-u ne smije ugroziti uspješnost Eurojusta u obavljanju drugih zadataka u konkretnom sigurnosnom kontekstu u kojem se nalazi EU.

Posljednje predavanje prvog dana održao je **Christian Schierholt**, njemački javni tužitelj, voditelj središnjeg odjela za organizirani kriminal i korupciju i kontaktna osoba Europske pravosudne mreže, na temu „Razvitak pravosudne suradnje u kaznenim stvarima: iz perspektive Europske pravosudne mreže“ (engl. *Development of Judicial Cooperation in Criminal Matters: The EJM perspective*). Prezentirao je važnost europske pravosudne mreže za olakšanje pravosudne suradnje u kaznenim stvarima i pronalaženje kompetentnog tijela za poduzimanje potrebnih radnja i mjera. Stavio je naglasak na nužnost pojednostavnjenja postupka pravosudne suradnje, razvoj mreže za sigurno razmjenjivanje informacija te osobito smanjivanje formalnih pretpostavaka za pokretanje i provođenje postupka. Naglasio je važnost dodatne edukacije sudaca i tužitelja u cilju unaprjeđenja pravosudne suradnje u kaznenim stvarima te daljnjeg razvoja suradnje s partnerskim organizacijama izvan EU-a. U pogledu računalnog kriminala napomenuo je kako Konvencija protiv računalnog kriminala predstavlja zastarjeli dokument i ne osigurava dostatnu osnovu za učinkovit progon počinitelja tih kaznenih djela. Potrebno je učiniti bitne korake kako bi se značajno ubrzao i pojednostavnio način postupanja tijela kaznenog postupka jer trenutačno postoji značajan zaostatak za počiniteljima *cybercrimea*. Istaknuo je važnost projekta uspostavljanja posebne mreže za razmjernu informacija o računalnom kriminalu te u tom smislu potrebu za specijalizacijom posebnih stručnjaka za progon počinitelja tih kaznenih djela.

Drugog dana konferencije prvo prijepodneвно izlaganje održao je **Lars Otte**, viši javni federalni tužitelj iz Njemačke, na temu „Međunarodna suradnja u borbi protiv terorizma: EU i međunarodni pravni instrumenti – pogled iz prakse“ (engl. *International cooperation in counterterrorism cases: EU and international legal instruments – a view from the coalface*). U svojem je izlaganju pozornost posvetio praktičnim problemima u korištenju mrežom međunarodne suradnje, posebice kada je riječ o terorizmu. Primjerice za terorizam je u Francuskoj predviđena kazna od minimalno deset godina zatvora, a u Njemačkoj najmanje jedna godina zatvora. Takve značajne razlike u percipiranoj težini kaznenog djela imaju za posljedicu različita ovlaštenja državnog odvjetnika kada je riječ o dopustivosti korištenja i primjene radnja i mjera procesne prisile kojima se zadire u prava i slobode građanina, što direktno utječe na učinkovitost provođenja istrage. Dalje je kao primjer naveo da se u Njemačkoj za svako prisluškivanje telefonskih razgovora traži dopuštenje suca istrage, dok u Italiji javni tužitelj može samostalno primijeniti tu mjeru u trajanju do dvadeset dana. U tom kontekstu postavlja se problemsko pitanje može li se dokaz pribavljen na takav način u Italiji smatrati zakonitim u Njemačkoj te kako bi trebao reagirati sud u Njemačkoj kada se u spisu nađe takav dokaz. Nadalje, ni rasprava u kaznenom postupku nije lišena problema. Tako primjerice u skandinavskim zemljama svjedok može lažno iskazivati sve dok nije upozoren da iskazuje pod zakletvom, dok u Njemačkoj svaki lažni iskaz svjedoka predstavlja kazneno djelo. To su samo neki problemi s kojima se susreću tijela kaznenog postupka u svakodnevnom radu kada je riječ o prekograničnom kriminalitetu i svakodnevnim problemima međunarodne suradnje u kaznenim stvarima. U nastavku je Otte posvetio pozornost stranim borcima iz Njemačke ističući da je do sada 870 njemačkih islamista otputovalo u Siriju boriti se na strani ISIS-

a. Trećina se njih vratila, a sedamdeset ih je prošlo obuku ili se borilo na strani ISIS-a. Njemačka je tijekom 2016. godine pretrpjela tri teroristička napada (u Würzburgu i Ansbachu u srpnju te u Chemnitzu u listopadu). U svim tim slučajevima njemačke su službe postavile pitanje proaktivnog djelovanja kako bi u začetku spriječile već i pokušaj takvih napada, te je u tom smislu istaknuo potrebu za boljom koordinacijom i aktivnijom suradnjom među tijelima nadležnima za suzbijanje terorizma. U nastavku je upozorio na tzv. „Cyber Jihad“ – nov način terorističke djelatnosti, koji se sastoji u javnom objavljivanju privatnih podataka ljudi u nekoj zemlji i pozivanje boraca Islamske države da ih eliminiraju. Postavlja se pitanje tko priprema takve objave i kako doći do osoba koje ih objavljuju. Problem je pogotovo izražen danas, s novim i modernim tehnologijama pohrane podataka i njihovim spremanjem na servere širom svijeta, pa je teško ili gotovo nemoguće ući u trag počiniteljima. Potom je prikazao problematiku tzv. računalne špijunaže (engl. „*Cyber espionage*“) prezentirajući kako su ruski hakeri samo u 2015. godini ukrali 900 milijuna dolara s računa različitih banaka u svijetu. Napali su i web-stranice njemačkih oružanih snaga, parlamenta te političke stranke CDU. Česti su napadi u istočnoj Europi, poput napada na nuklearnu elektranu u Ukrajini. Uzimajući u obzir napredak IT-tehnologije, Otte je postavio pitanje postoji li razlika u rušenju satelita ispaljivanjem balističke rakete od ubacivanja virusa u njegov *software*? Svoje izlaganje zaključio je apelirajući na nužnost poboljšanja međusobnih odnosa između tijela pojedinih država zaduženih za suzbijanje terorizma, usklađivanje nacionalnih zakonodavstava kad je riječ o opisu pojedinih kaznenih djela te propisanim kaznama u cilju bolje i uspješnije suradnje u kaznenim stvarima.

Drugo predavanje održao je **Ali Fisher**, VORTEX, Sveučilište u Beču, na temu „Kako teroristi koriste internet za nezakonite svrhe: regrutiranje, trening i online-promidžba“ (engl. *How internet is (mis)used by terrorists for illegal purposes: recruitment, training and propaganda online*). Izlaganje je započeo prezentiranjem online-aktivnosti koje koriti ISIS kako bi putem interneta s jedne strane privlačio nove članove i financijere, a s druge strane zastrašivao ljude. Spomenuo je dvije glavne online propagandne strategije ISIS-a. Prva je usredotočena na osobe koje su već posvećene pokretu te je naglasio kako srž pokreta ne predstavljaju strani borci (engl. *foreign fighters*), nego dobro informirani i iskusni borci. Drugo polje djelovanja usredotočeno je na inspiriranje novih sljedbenika i regrutiranje, a Fischer se osvrnuo i na razloge zbog kojih se ljudi pridružuju pokretu čak i ako nisu vjerski fanatici. Sadržajno videoisječci često prikazuju mučenike i raj ili pak pružaju opravdanja za ubijanje nevjernika. Velik dio materijala distribuirao se tijekom prvog sata, zbog čega ga je teško presresti, a nakon toga više nije javno dostupan. Također, velik dio distribuirao se preko tzv. Telegrama, aplikacije slične WhatsAppu, pri čemu je iznimno teško prodrijeti u grupu.

Posljednji referat izložila je **Tatiana Tropina** s Instituta Max Planck za poredbeno i međunarodno kazneno pravo pod nazivom „Sigurno komuniciranje, enkriptirani podaci, prikupljanje podataka i pravni izazovi“ (engl. *Secure communication, encrypted data, intelligence and legal responses*). Najprije je govorila o klasičnim oblicima komuniciranja

i tehničkom snimanju telefonskih razgovora s naglaskom na zakonodavno uređenje dužnosti davatelja telekomunikacijskih usluga i obveza koje imaju u vezi s kaznenim postupkom. Potom je razmatrala problematiku nadzora nad komunikacijama u praksi s obzirom na limitirane kapacitete davatelja usluga, zbog čega se stalno mijenjaju IP adrese prilikom uspostave svake veze. Samim time otežano je praćenje i presretanje podataka budući da u različitim periodima prema više korisnika biva dodijeljena ista IP adresa, a davatelji usluge ne zadržavaju podatke o dodijeljenoj IP adresi, uslijed čega je teško ući u trag počinitelju kaznenog djela. Istaknula je potrebu detaljne regulacije presretanja podataka i njihova zadržavanja za potrebe kasnijeg postupka. Posebno je potrebno dodatno regulirati zahvate u nadzoru komunikacija putem Skypea, WhatsAppa i Vibera. Međutim problematično je što mnogi od tih entiteta uopće nisu telekomunikacijski servisi. Zbog toga je potrebno formalno regulirati presretanje novih vrsta komuniciranja, no i dalje će se pojavljivati problemi vezani uz razvoj novih tehnologija, pitanja nadležnosti za nadzor, kao i za izvršenje samog naloga za presretanje podataka.