

## ZAMKE USAGLAŠAVANJA DOMAĆIH PROPISA SA PRAVNOM TEKOVINOM EVROPSKE UNIJE (Kroz primjer neustavnosti jednog domaćeg pravnog instituta)

### Apstrakt

*Autor u radu piše o jednoj temi o kojoj kod nas do sada nije pisano. Radi se o pojavi da se prilikom usaglašavanja domaćih propisa sa pravom Evropske unije to pravo dosta često nekritički preuzima, što dovodi do toga da se time ne samo onemogućava ostvarivanje određenih ljudskih prava, već se radi i o njihovom kršenju. Ovu tezu autor je u uvodnom dijelu potkrijepio i primjerom iz Republike Hrvatske. Nakon toga u centralnom dijelu rada ustavnopravnoj kritici podvrgnut je institut presude zbog propuštanja, s čim u vezi je ukazano na njegovu neustavnost i neracionalnost. Završni dio rada sadrži prijedloge autora o tome kako otkloniti ove nepravilnosti, čime se omogućava harmonija u domaćem pravnom poretku koja nije suprotna pravnoj tekovini Evropske unije.*

**Ključne riječi:** *ustavnost, vladavina prava, neustavnost, transponovanje prava, harmonizacija prava, presuda zbog propuštanja.*

### 1. Uvodni dio

Prostor na kojem živimo već duže vrijeme se nalazi u procesu za koji se odomacio izraz „pristupanje Evropskoj uniji“. Za ostvarenje tako postavljenog cilja Evropska unija je još 1993. godine uspostavila tzv. kriterijume iz Kopenhagena, koje moraju ispuniti države centralne i istočne Evrope kako bi postale članice ove asocijacije. Podsjećanja radi, treba reći da se radi o sljedećim kriterijumima:

- stabilnost institucija koja garantuje demokratiju, vladavinu prava, ljudska prava te poštivanje i zaštitu prava manjina;
- postojanje funkcionalne tržišne ekonomije sposobne da se suoči sa

<sup>1</sup> Sudija Okružnog suda u Banjaluci i vanredni profesor ustavnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta za poslovni inženjering i menadžment u Banjaluci, e-mail: milanblagojevic@hotmail.com

- kompetitivnim pritiskom i silama tržišta unutar Evropske unije;
- sposobnost da se preuzmu obaveze članstva, uključujući privrženost ciljevima političke, ekonomske i monetarne unije;
  - postojanje uslova za integraciju država kroz prilagođavanje njihovih administrativnih struktura koje omogućuju da legislativa Evropske zajednice, koja je prethodno transponovana u nacionalno zakonodavstvo, bude efektivno primjenjivana kroz odgovarajuće administrativne i pravosudne strukture.

Među navedenim kriterijumima dva su od posebne važnosti za temu ovog rada. Jedan od njih je vladavina prava, a drugi je transponovanje prava Evropske unije u domaći pravni sistem. Termin *transponovanje* upotrebljavam u smislu preuzimanja propisa, mada se on može objasniti i kao dio šireg pojma *harmonizacije* domaćeg prava sa pravom Evropske unije. S tim u vezi mogu se razlikovati tri metoda harmonizacije. Jedan je *transpozicija*, kojom se od riječi do riječi prenosi tekst propisa Evropske unije u domaće pravo. Drugi je *preformulacija*, a njome se preuzima suština obaveza koje proizlaze iz direktive. Treći metod je *upućivanje (referiranje)*, kojom se odredbe direktive mogu navesti u aneksu domaćeg propisa. No, ono što je zajedničko tim metodama jeste to što se u slučaju svake od njih radi o preuzimanju propisa Evropske unije. Dakle, ti propisi uzimaju se kao datost oko koje nema pogađanja, usljed čega se, u žurbi da tom sistemu što prije i što više izađemo u susret, iz njega sve nekritički prihvata. Iako se ne odnosi na naš prostor, primjer koji ću iznijeti u ovom uvodnom dijelu to najbolje potvrđuje, a kao posljedicu takvog nekritičkog pristupa imamo i problem kojem je posvećeno centralno mjesto u ovom radu.

Međutim, prije nego što pređem na sve to smatram potrebnim istaći kako se ovdje često zaboravlja način na koji je u ustavnopravnom pogledu stvoren pravni poredak Evropske unije, za koji se upotrebljava i sintagma *Acquis Communautaire*. Kako ćemo vidjeti, do toga je došlo na način koji ne odgovara slovu osnivačkih ugovora ove asocijacije, a u pozadini su dvije odluke Evropskog suda pravde. Jedna od njih je odluka u predmetu *Van Gend en Loos*, u predmetu broj 26/62 iz 1963. godine. Ona je od kritične važnosti za razvoj evropskog ustavnog prava, jer su njome uspostavljeni *načelo suprematije i načelo direktnog dejstva* prava Evropske unije, koja predstavljaju samu srž ustavnog prava Evropske unije<sup>2</sup>. Druga odluka je ona donesena u predmetu *Costa v ENEL* (predmet broj 6/64 iz 1964. godine). Za tu odluku se u literaturi ističe da predstavlja jednu od tri situacije u kojima Evropski sud pravde vrši politički izbor.

<sup>2</sup> D. Chalmers, A. Tomkins, *European Union Public Law - Text and materials*, Cambridge University Press, 2007, 46.

Naime, u navedenom predmetu takođe se postavilo pitanje da li tadašnje komunitarno pravo ima primat nad pravom država članica, *o čemu nema odredaba u osnivačkim ugovorima tadašnje evropske asocijacije*. Stoga je sud i u tom predmetu na sebe preuzeo ulogu kreatora svojevrstnog ustavnog pravila koje je od tada ostalo sve do danas, prema kojem pravo Evropske unije ima primat nad nacionalnim pravom. Evropski sud pravde je taj svoj stav obrazložio tako što je u navedenoj odluci rekao da su države članice ograničile svoja suverena prava time što su formirale ovu asocijaciju i prenijele zakonodavnu nadležnost na njene institucije<sup>3</sup>.

Suprematija prava Evropske unije znači, dakle, da je to pravo iznad pravnih propisa država članica, dok načelo direktnog dejstva znači da se pravo Evropske unije može neposredno primjenjivati, to jest da se na njega mogu pozivati stranke u postupcima pred nacionalnim sudovima. Prema tome, do ovih načela došlo se kroz odluke pomenutog suda, a ne na osnovu osnivačkih ugovora<sup>4</sup>.

To su, dakle, temelji iz kojih niču situacije da države koje žele pristupiti ovoj asocijaciji svoje propise bespogovorno prilagođavaju njenom pravnom poretku. Do čega to sve može dovesti, svjedoči primjer iz procesa pristupanja Republike Hrvatske Evropskoj uniji koji ću kratko iznijeti u uvodnom dijelu, nakon čega ću preći na razmatranje centralne teme ovog rada. Dakle, u procesu svog pridruživanja Evropskoj uniji Hrvatska je, između ostalog, svoje zakonodavstvo o zaštiti kolektivnih interesa potrošača morala uskladiti sa Direktivom Vijeća EEZ broj 93/13 od 5. aprila 1993. Ta direktiva sadrži propise o ugovornim odredbama koje se protive načelu savjesnosti i poštenja, a koje su ugrađene u hrvatski pravni poredak Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača (*Narodne novine* broj 78/12). Prema članu 4. stav 2. Direktive, ugovorne odredbe ne podliježu ocjeni njihove saglasnosti sa načelom poštenja (kao jednim od osnovnih načela obligacionog prava) *ako su jasno i razumljivo sastavljene*. I upravo pozivanjem na takvo „rješenje“ koje je preneseno i u domaće zakonodavstvo, sudovi u Republici Hrvatskoj u sporovima povodom (ne)zakonitosti ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u švajcarskom franku, odbijaju tužbene zahtjeve kojima se traži da se te ugovorne odredbe oglase ništavim jer su suprotne načelima savjesnosti i poštenja kao kogentnim pravnim pravilima. Za stav da se takvi zahtjevi imaju odbiti navodi se (uz pozivanje na pomenutu Direktivu i domaći zakon usklađen sa Direktivom): „...*da su ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli u švicarskim francima u ugovorima o kreditu sklapanim od tuženih banaka*

<sup>3</sup> S. Weatherill, P. Beaumont, *EU LAW*, Penguin Books, London 1999<sup>3</sup>, 193-194. O navedenim odlukama Evropskog suda pravde vidjeti i u N. Misita, *Osnovi prava Evropske Unije*, Sarajevo, 2007<sup>2</sup>, 371.

<sup>4</sup> D. Chalmers, A. Tomkins, 46-47.

u spornom razdoblju bile razumljive, zbog čega nema ni pretpostavki za ispitivanje njihove poštenosti, a time ni razloga za njihovom ništetnosti...“<sup>5</sup>.

Kako vidimo, problem koji postoji, kada je riječ o (ne)mogućnosti primjene načela poštenja u obligacionim odnosima u Republici Hrvatskoj, nije posljedica navedenih sudskih odluka, već ustavno neodrživih, bolje reći potpuno neracionalnih odredaba pomenutih domaćih zakona i jedne direktive Evropske unije. Ustavna neodrživost i neracionalnost takvih odredaba je gotovo očigledna po sebi, imajući u vidu da to što su neke odredbe u ugovoru stipulirane na jasan i razumljiv način ne znači nužno da su i u skladu sa načelima savjesnosti i poštenja, kao kogentnim pravnim propisima.

U tom smislu treba posmatrati i ono što slijedi u nastavku, a što predstavlja centralni dio ovog rada.

## 2. Neustavnost instituta presude zbog propuštanja

Za potpuniju sliku o ovom problemu potrebno je najprije reći kako je institut presude zbog propuštanja u naše zakonodavstvo uveden dobrim dijelom i u želji za oponašanjem nečega što postoji u nekim zemljama Evropske unije. Kad su to zemlje poput SR Njemačke ili Republike Austrije, onda ta želja postaje samo još veća, bez obzira što tamošnja rješenja o ovom institutu nisu pravno ispravna. O njihovoj neispravnosti biće riječi kasnije, kroz argumentaciju kojom ukazujem na sve neustavnosti i neracionalnosti instituta presude zbog propuštanja u domaćem pravu, koja argumentacija *mutatis mutandis* važi i za te inostrane institute. No, prije nego što izložim moju argumentaciju, kratko ću iznijeti ono što se u relevantnoj literaturi iznosi o presudi zbog propuštanja u Njemačkoj i Austriji.

Kada je riječ o Njemačkoj, ističe se da se presuda zbog propuštanja (u pisanom predpostupku) može donijeti „Ukoliko se tuženik drži pasivno, iako je bio upozoren na moguće posljedice pasivnosti i pozvan da se u određenom roku izjasni o svojoj spremnosti za odbranu, odnosno osporavanje tužbe“, s čim u vezi se ukazuje da se presuda zbog propuštanja u pisanom predpostupku „...ne donosi zbog propuštanja dostave odgovora na tužbu kao odbrambene radnje tuženika, nego zbog propuštanja tuženika da dostavi sudu prethodnu pisanu izjavu o svojoj namjeri da se brani od tužbe.“<sup>6</sup>

U slučaju Austrije kaže se (kurziv u citatu je moj): „Zakonski rok za dostavu odgovora na tužbu je 4 sedmice. Dostavu odgovora *sud nalaže*

<sup>5</sup> Citirano prema presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj Revt 249/14-2 od 9. aprila 2015. godine.

<sup>6</sup> M. Cimirotić, *Presuda zbog propuštanja* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar 2014, 77 i 78.

*tuženiku odlukom protiv koje nije dopušten pravni lijek. Ako tuženik u ostavljenom roku ne dostavi odgovor na tužbu, sud će na prijedlog tužitelja donijeti presudu zbog propuštanja...<sup>7</sup>. Upravo ovakve odredbe su, u bitnom, sadržane i u našim zakonima kojima je uređen građanski sudski postupak, o čijoj neustavnosti i neracionalnosti je riječ u nastavku.*

Vrijeme od potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma do danas na polju zakonodavstva o sudskim postupcima u Bosni i Hercegovini ostaće upamćeno po brojnim novim „rješenjima” i institutima, kojih do tada nije bilo na ovim prostorima. Kada je riječ o tzv. „rješenjima” iz građanskog sudskog postupka, koja to nisu u stvarnosti i zbog čega tu riječ stavljam pod navodnike, ovdje ću navesti par njih. Tako je u grani građanskog procesnog prava uvedeno pravilo da žalbeni sud u postupku po žalbi ne pazi po službenoj dužnosti na sve povrede odredaba parničnog postupka koje su od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude, već samo na one koje su taksativno nabrojane u odgovarajućoj odredbi domaćih zakona o parničnom postupku. Time je izbačeno staro pravilo parničnog postupka, prema kojem drugostepeni sud po službenoj dužnosti pazi u žalbenom postupku na bitne povrede odredaba parničnog postupka, a to su sve one odredbe čija povreda utiče na zakonitost i pravilnost presude. Kao posljedicu navedene novotarije imamo sljedeće slučajeve. Članom 209. stav 2. tačka 1) Zakona o parničnom postupku Republike Srpske je propisano da je *povreda odredaba parničnog postupka uvijek od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude* ako je, između ostalog, u njenom donošenju učestvovao *sudija koji je po zakonu morao biti isključen ili izuzet*. Prema članu 209. stav 2. tačka 4) istog zakona *povreda odredaba parničnog postupka uvijek je od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude* ako je, *protivno odredbama tog zakona, sud zasnovao svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka*. Ova odredba mora se posmatrati i tumačiti u vezi sa članom 3. stav 2. Zakona o parničnom postupku, koji na imperativan način zabranjuje sudu (dakle, ne samo prvostepenom nego i žalbenom sudu) da uvaži raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima. Međutim, ništa od prethodno navedenog neće biti ispoštovano od strane žalbenog suda ukoliko stranka u svojoj žalbi ne pobija u tom pravcu presudu nižestepenog suda. Naime, prema članu 221. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske žalbeni sud po službenoj dužnosti ne pazi na povredu kako odredbe iz člana 209. stav 2. tačka 1), tako ni odredbe iz člana 209. stav 2. tačka 4) u vezi sa članom 3. stav 2. tog zakona. Iz ovoga se može pouzdano zaključiti o unutrašnjim protivrječnostima koje sadrži ovaj zakon, budući da se u jednom njegovom dijelu najprije pravilno propiše da se određene njegove

<sup>7</sup> *Ibid.*, 85 i 86.

odredbe moraju uvijek primijeniti (*jer su im dispozicije imperativnog karaktera*), nakon čega se sve to u istom zakonu derogira time što se kaže da žalbeni sud na povredu tih odredaba ne pazi po službenoj dužnosti, već samo ako stranka na to ukazuje žalbom. Nije teško zamisliti kako zbog ove protivrječnosti možemo imati (i imamo) slučajeve u kojima u postupku po žalbi bude potvrđena presuda zasnovana na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (ili presuda donesena od strane sudije koji je morao biti izuzet ili isključen iz njenog donošenja), i to sve zbog toga što na takvu povredu žalbeni sud ne pazi po službenoj dužnosti, a nijedna od stranaka u njihovim žalbama nije pobijala nižestepenu presudu zbog toga (a i zašto bi, kad im takva raspolaganja odgovaraju), već je presuda žalbama stranaka pobijana iz nekih drugih drugih razloga.

Još jedan primjer protivrječnosti koji iznosim u nastavku je od posebne važnosti, s obzirom na predmet ovog rada. Riječ je o odnosu između odredaba člana 70. i člana 167. Zakona o parničnom postupku. Potonjom zakonskom odredbom je propisano da se stranka u parnici (tužilac i tuženi) ne mogu prinuditi na davanje iskaza. To zakonsko rješenje je pravilno i u skladu je sa ustavnim pravom pojedinca na slobodu izražavanja. Da bi se razumio sadržaj ovog ustavnog prava, podsjetiću na sadržaj jednog drugog ustavnog prava. Radi se o pravu na slobodu vjeroispovijesti, čiji sadržaj obuhvata i pravo svakog pojedinca da se ne izrazi (npr. prilikom popisa stanovništva) kojoj religiji pripada (pod uslovom da se ne radi o ateisti ili agnostiku). Ako je tako sa pravom na slobodu vjeroispovijesti, a jeste, onda drugačije ne može biti ni sa ustavnim pravom na slobodu izražavanja. Naime, sadržaj tog prava ne obuhvata samo pravo na *slobodu* mišljenja i javnog *izražavanja sopstvenih misli, već i pravo pojedinca da ne izrazi svoje misli*, u kom slučaju ne smije samo zbog toga snositi pravne posljedice (sankcije). Pri tome treba imati u vidu da ova sloboda, po prirodi stvari, ne može biti garantovana licima kao što su sudije ili službena lica u organima uprave kada odlučuju u sudskim postupcima, odnosno u upravnim stvarima. U suprotnom, došlo bi se u situaciju u kojoj bi, priznavanjem i ovim licima prava da ne izraze svoje misli, bio onemogućen rad ovih organa javne vlasti. No, ostavljajući po strani ove izuzetke, ostalim pojedincima je ustavom garantovano pravo na slobodu izražavanja misli u smislu na koji je prethodno ukazano.

Međutim, suprotno ovom ustavnom pravu, koje je propisano i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Zakon o parničnom postupku u članu 70. propisuje *dužnost tuženog u parnici da, najdocnije u roku od 30 dana po prijemu tužbe, dostavi sudu pisani odgovor na tužbu*. To ne samo što je suprotno ustavnom pravu na slobodu izražavanja sopstvenih misli, koja podrazumijeva i pravo da se

te misli ne izraze (pa ni odgovorom na tužbu), već član 70. protivrječi i članu 167. Zakona o parničnom postupku. Sve kulminira time što je za slučaj izostanka odgovora na tužbu propisana pravna sankcija u vidu presude zbog propuštanja, čija neustavnost je predmet ovog rada. Da bi se što bolje prikazala neustavnost ovog instituta (mada se ta neustavnost zapaža i iz već rečenog), kao i posljedice do kojih taj institut dovodi u sudskoj praksi, nastavak rada je podijeljen u tri dijela. U prvom od njih ću dijahronim komparativnim metodom ukazati na sadržaj ovog instituta i razlike u odnosu na nekadašnji institut presude zbog izostanka. Zatim ću iznijeti nekoliko primjera iz moje sud(ij)ske prakse, jer oni ilustrativno pokazuju neustavnosti instituta presude zbog propuštanja kojima se ozbiljno krše ljudsko pravo na slobodu (ne)izražavanja misli i pravo na pravično suđenje. Završni dio rada sadrži moje viđenje u kom pravcu bi trebalo poraditi na uklanjanju ove neustavnosti.

### 3. Presuda zbog izostanka i presuda zbog propuštanja

Raniji Zakon o parničnom postupku („Službeni list SFRJ“, broj 4/77) u članu 332. sadržavao je odredbe o institutu *presude zbog izostanka*. Međutim, prije nego što izložim suštinu tog instituta, podsjetiću na to da je prema navedenom zakonu odgovor na tužbu bio radnja na koju je tuženi imao pravo (dakle, ne obavezu), što je u skladu sa navedenim ustavnim pravom na slobodu izražavanja misli. Ovaj zaključak se izvodi sistematskim tumačenjem čl. 284. i 285. ranijeg Zakona o parničnom postupku. Naime, članom 284. tog zakona bilo je propisano da *ako predsjednik vijeća smatra da se na osnovu tužbe može dalje postupati, zakazaće, po pravilu, pripremno ročište i narediće da se primjerak tužbe dostavi tuženom, a ako smatra da, s obzirom na navode u tužbi i na prirodu spora, nije potrebno održavanje pripremnog ročišta, predsjednik vijeća je mogao odmah zakazati glavnu raspravu*. Iz ovih odredaba proizlazi da odgovor na tužbu nije bio obavezna pravna radnja u postupku, ali kada se te odredbe dovedu u vezu sa članom 285. Zakona o parničnom postupku prosto se nameće zaključak da zbog izostanka odgovora na tužbu tuženi nije mogao trpjeti ni bilo kakve pravne posljedice (sankcije). Naime, članom 285. ranijeg zakona bilo je propisano da *prije zakazivanja pripremnog ročišta predsjednik vijeća može zatražiti od tuženog da podnese odgovor na tužbu, ako bi zbog složenosti spora ili zbog većeg broja zahtjeva stavljenih u tužbi bilo cjelishodno da se tuženi u pisanom obliku izjasni o navodima iz tužbe*. U tom slučaju je tuženi imao pravo da izjavi odgovor na tužbu, a ako to ne učini predsjednik vijeća je bio dužan da *zakaze pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu* (član 285. stav 4. ranijeg zakona). Imajući u vidu ova ustavno valjana rješenja,

ne čudi što je članom 332. tog zakona bilo propisano da se presuda zbog izostanka može donijeti u sljedećim slučajevima: *ako tuženi ne dođe na pripremno ročište do njegovog zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, ili ako dođe na ova ročišta ali neće da se upusti u raspravljanje ili se udalji sa ročišta a ne ospori tužbeni zahtjev*. Međutim, u svakom od tih slučajeva sud je mogao donijeti presudu zbog izostanka ako su kumulativno bili ispunjeni sljedeći uslovi:

- 1) ako je tuženi bio uredno pozvan;
- 2) ako tužilac predloži donošenje presude zbog izostanka;
- 3) ako tuženi nije podneskom osporio tužbeni zahtjev;
- 4) ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi;
- 5) ako činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podnio ili sa činjenicama koje su opštepoznate;
- 6) ako ne postoje opštepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženog spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište.

Dakle, to su slučajevi i uslovi pod kojima je prema ranijem zakonu sud mogao donijeti presudu zbog izostanka, što ukazuje na to da *nije postojala mogućnost donošenja takve presude kao sankcije zato što tuženi nije izjavio odgovor na tužbu*. Među navedenim uslovima posebnu pažnju treba obratiti na uslov prema kojem nije bilo mjesta donošenju ove presude *ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u suprotnosti sa dokazima* koje je sam tužilac podnio. Na ovo skrećem pažnju zbog toga što sadašnji institut presude zbog propuštanja u tom pogledu sadrži sasvim drugačiji uslov, koji i porađa probleme u sudskoj praksi. Da bi se to uočilo, neophodno je izložiti suštinu „rješenja“ sadržanih u členu 182. sadašnjeg Zakon o parničnom postupku. Prema tom členu, kad tuženi kome je uredno dostavljena tužba u kojoj je tužilac predložio donošenje presude zbog propuštanja, ne dostavi pisani odgovor na tužbu u zakonskom roku, sud će donijeti presudu kojom se usvaja tužbeni zahtjev, *osim ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*. Prema istom členu, tužbeni zahtjev je očigledno neosnovan ako je protivan činjenicama navedenim u tužbi ili ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u *očiglednoj protivrječnosti* sa dokazima koje je predložio tužilac ili sa činjenicama koje su opštepoznate. Kako vidimo, zakonodavac kod ovog instituta insistira na *očiglednoj protivrječnosti* između činjeničnih navoda i dokaza iz tužbe, što omogućava da se ova presuda donese s pozivanjem da navedena protivrječnost u konkretnom slučaju *nije bila očigledna*. Ovaj problem, bolje reći neustavnost ovakvog



zakonskog „rješenja“ primjećuje se tek u neustavnoj sudskoj praksi, koja će biti izložena u narednom dijelu rada.

Međutim, prije toga je neophodno istaći dvije činjenice. Prva od njih se zapaža upoređivanjem rješenja sadržanog u ranijem zakonu u vezi sa presudom zbog izostanka sa „rješenjem“ iz sadašnjeg Zakona o parničnom postupku. Imajući u vidu sve što je s tim u vezi izloženo u prethodnim redovima, nije teško zaključiti da prema ranijem zakonu sam izostanak odgovora na tužbu nije povlačio pravne posljedice za tuženog, a posebno se samo zbog toga nije mogla donijeti presuda zbog izostanka. Takvo rješenje je ne samo bilo u skladu sa ustavnim pravom na slobodu (ne)izražavanja misli, koje je podrazumijevalo da se zbog samog neizražavanja misli (a to je i neizjavljivanje odgovora na tužbu) ne mogu snositi pravne posljedice (sankcije), već je takvo rješenje bilo u skladu i sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i sloboda. S tim u vezi od važnosti je odredba člana 6. stav 1. Konvencije, koja u relevantnom dijelu u verziji na engleskom jeziku glasi: „In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public *hearing* within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.“

U citiranom tekstu s razlogom sam apostrofirao riječ „*hearing*“, jer ona u engleskom jeziku nema samo značenje „rasprave“, kako se kod nas uglavnom prevodi ta odredba, već i značenje „*saslušanja*“, a ono opet podrazumijeva neposredni kontakt između suda i stranaka, naročito pred sudovima prvog stepena.

S obzirom na takvo značenje ove riječi, ne čudi što se u odgovarajućoj stručnoj literaturi s tim u vezi ukazuje da u *nekrivičnim predmetima* pravo stranke u postupku da prisustvuje usmenom saslušanju (*oral hearing*) važi za slučajeve u kojima je lični karakter ili način života stranke od važnosti za odluku suda, a da će u drugim slučajevima biti dovoljno da je na usmenom saslušanju stranka zastupana od pravnika kao njenog punomoćnika<sup>8</sup>. Drugim riječima, bilo da se radi o slučajevima u kojima je lični karakter ili način života stranke od važnosti za odluku suda ili se radi o drugim slučajevima, potrebno je zbog adverzarnosti sudskog postupka (u koji spada i parnični postupak) omogućiti prisustvo stranke usmenom saslušanju i raspravi, s tim što će u prvom slučaju biti neophodno lično prisustvo stranke, dok će u drugom slučaju standard pravičnog suđenja biti zadovoljen i ako je na raspravi stranka zastupana od pravnika kao njenog punomoćnika. U literaturi se s tim u vezi navodi da se u građanskim predmetima može odustati od prava na prisustvovanje vlastitom suđenju,

<sup>8</sup> O ovome vidjeti više u D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London-Dublin-Edinburgh 1995, 204, 218.

ali *pod uslovom da je taj odustanak eksplicitan*, a kao potvrdu tog shvatanja poziva se na presudu Evropskog suda za ljudska prava od 21.9.1993. u predmetu *Zumtobel v Austria*<sup>9</sup>.

Ovo pravo stoga ne može biti predmet ograničenja ni u smislu člana 10. stav 2. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda, jer je poštovanje ustavnog prava na slobodu izražavanja misli standard demokratskog društva kojim se ne povređuje (niti se objektivno može povrijediti) ijedna od vrijednosti iz člana 10. stav 2. Konvencije (nacionalna i javna bezbjednost, teritorijalni integritet, zdravlje ili moral, sprečavanje nereda ili zločina, ugled ili prava drugih, povjerljive informacije, a ni autoritet i nepristrasnost sudstva).

Dakle, i ovi razlozi ukazuju na neustavnost instituta presude zbog propuštanja, jer se njime na neustavan način povređuje pravo tuženog na pravično suđenje. Do kakvih sve povreda ovog prava dolazi u praksi, pokazuju dva primjera koje ću iznijeti u narednom dijelu rada. Iz razumljivih razloga izostaviću službene brojeve sudskih predmeta i nazive stranaka.

#### 4. Primjeri iz sud(ij)ske prakse

Ono što je zajedničko primjerima koji slijede je to da u svakom od njih tuženi nisu izjavili odgovore na tužbe, pa je prvostepeni sud u svakom od tih slučajeva donio presude zbog propuštanja kojima je usvojio tužbene zahtjeve.

U prvom slučaju usvojen je tužbeni zahtjev pa je tuženi obavezan da tužiocu plati iznos od 764 KM (koji čine više pojedinačnih iznosa za telekomunikacione usluge), sa zakonskom zateznom kamatom. U postupku po žalbi tuženi je osnovano ukazivao na to da jedan od više iznosa po osnovu telekomunikacionih usluga (iznos od 165 KM) tuženi nije dokazao dokazima priloženim uz tužbu, jer za taj iznos uz tužbu nije dostavljen račun telekomunikacionih usluga, već izvod otvorenih stavki u kojem stoji iznos od 165 KM, ali se iz tog izvoda ne može utvrditi po kom osnovu tužilac potražuje taj iznos. Kada se postavi ovakvo pitanje pred žalbenim sudom, argumentacija sudija koje donesu većinsku odluku (preglasavanjem) da se žalba tuženog odbije svodi se na to da bez obzira što nema odgovarajućeg računa za pomenuti iznos, takav tužbeni zahtjev u dijelu koji se odnosi na potraživanih 165 KM *nije očigledno neosnovan*. Pri tome se pozivaju na odredbu člana 182. Zakona o parničnom postupku, u kojoj zaista stoji da se presuda zbog propuštanja ne može donijeti *ako*

<sup>9</sup> C. Harland, R. Roche, E. Strauss, *A Commentary to the European Convention on Human Rights, as applied in Bosnia and Herzegovina and at Strasbourg*, Sarajevo 2003, 141.

je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan. Međutim, argumentacija koja slijedi u nastavku ukazuje ne samo na neodrživost takvih odluka žalbenih sudova već, što je važnije, na neodrživost takve zakonske odredbe koja omogućava ozbiljno kršenje ljudskih prava (u konkretnom slučaju prava na pravično suđenje i prava na imovinu). Dakle, argumentacija koju iznosim za ovaj slučaj glasi:

„Predmetnom tužbom tužilac je, između ostalog, navodio da mu tuženi *po osnovu korištenja telekomunikacionih usluga* duguje „za mjesec decembar 2013. iznos od 165,00 KM sa datumom dospelosti na dan 9.1.2014. godine...“ te za korištenje istih usluga „... za mjesec decembar 2013. iznos od 49,34 KM sa datumom dospelosti na dan 20.1.2014. godine...“. U dijelu koji se odnosi na iznos od 165 KM tužilac, za razliku od svih ostalih potraživanih iznosa, nije odgovarajućim računom za korištenje telekomunikacionih usluga dokazao to svoje potraživanje. Naime, za sve ostale pojedinačne iznose iz tužbe tužilac je dostavio dokaze u vidu odgovarajućih računa za telekomunikacione usluge po odgovarajućim mjesecima. Međutim, za potraživani iznos od 165 KM, za koji se u tužbi takođe navodi da se odnosi na korištenje telekomunikacionih usluga za mjesec decembar 2013. godine, tužilac nije dostavio uz tužbu odgovarajući račun za telekomunikacione usluge. Umjesto toga, uz tužbu je priložen izvod otvorenih stavki na iznos od 165 KM, ali to nije račun za telekomunikacione usluge u smislu na koji je prethodno ukazano *niti se iz tog izvoda može utvrditi na koji period se odnosi i za šta se (po kom osnovu) potražuje taj iznos*. Drugim riječima, iz ovog dokaza se ne vidi da li tužilac iznos od 165 KM potražuje za izvršene telekomunikacione usluge tuženom ili pak taj iznos potražuje po nekom drugom osnovu. U slučaju da i taj iznos potražuje za izvršene telekomunikacione usluge (a to se iz pomenutog izvoda ne može utvrditi), onda je taj dokaz (izvod otvorenih stavki) u protivrječnosti sa navodima iz tužbe da za isti mjesec (decembar 2013. godine) tužilac potražuje od tuženog po istom osnovu (za izvršene telekomunikacione usluge) dva različita iznosa, od kojih jedan glasi na 165 KM, a drugi na iznos od 49,34 KM, s tim što samo za ovaj drugi iznos postoji odgovarajući račun tužioca za telekomunikacione usluge u iznosu od 49,34 KM, kojem računu kao dokazu protivrječi navedeni izvod otvorenih stavki koji glasi na iznos od 165 KM. Stoga se osnovano žalbom tuženog ukazuje na to da u navedenom dijelu, koji se odnosi na potraživani iznos od 165 KM, tužilac u tužbi nije učinio osnovanim taj dio njegovog zahtjeva. Sve to ukazuje da se nije mogla donijeti presuda zbog propuštanja.“

U narednom primjeru tuženi je još drastičnije oštećen sudskom odlukom, jer je obavezan da tužiocu plati iznos od 2.047 KM. I u ovom slučaju većina sudija članova žalbenog vijeća je smatrala da dokazi tužioca koji su međusobno protivrječni ne ukazuju na očiglednu neosnovanost tužbenog zahtjeva. Naime, većini sudija članova žalbenog vijeća bilo je dovoljno što se iznos od 2.047 KM pojavljuje u jednom od dokaza dostavljenih uz tužbu, pa zbog toga drugi dokaz tužioca, *koji je sadržavao manji iznos*, nije ukazivao da je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan. Međutim, koliko je neosnovana ova argumentacija, a time posredno i zakonska odredba prema kojoj se presuda zbog propuštanja ne može donijeti *ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*, ukazuju sljedeći razlozi iz izdvojenog neslažućeg mišljenja koje iznosim u nastavku:

„Žalbom tuženog između ostalog se ističe da nisu tačni podaci iz kartice potrošača na kojoj tužilac temelji svoj tužbeni zahtjev. S tim u vezi ukazujem na to da je tužilac uz tužbu podnio i kao dokaze izveo isprave koje su međusobno protivrječne u pogledu visine njegovog potraživanja.

Tužilac tužbeni zahtjev opredjeljuje na glavni iznos od 2.047,41 KM, što odgovara njegovoj kartici potrošača štampanoj 09.03.2015. godine (posljednja 10. strana te kartice). Međutim, tužilac je uz tužbu dostavio i kao dokaz izveo i karticu potrošača po reprogramu, iz koje proizlazi da mu tuženi ima obavezu uplatiti 968,75 KM za isporučenu električnu energiju, a ne 2.047,41 KM.

Očigledno je, dakle, da su pomenuti dokazi koje je tužilac priložio uz tužbu međusobno protivrječni u pogledu iznosa tužiočevog potraživanja prema tuženom, a koja protivrječnost je morala biti otklonjena samo na glavnoj raspravi.“

## 5. Zaključna razmatranja

Vjerujem da su prethodna dva primjera bila dovoljno ilustrativna da ukažu ne samo na pravnu i moralnu neodrživost dominirajuće sudske prakse koja se razvila kod nas, već i na ustavnu i moralnu neodrživost instituta presude zbog propuštanja, s čim u vezi treba imati u vidu ne samo te primjere nego i sve ostale razloge iznijete u radu. Stvar postaje još složenija u onim slučajevima u kojima se tužba tuženom dostavlja na odgovor putem oglasne table suda i u dnevnim novinama, nakon čega se i tada donose presude zbog propuštanja. U takvim slučajevima, dakle, ove

presude i ne stignu do žalbenog suda, jer ih prvostepeni sudovi tuženom dostavljaju takođe putem svoje oglasne table, a potom utvrđuju njihovu pravnosnažnost po proteku roka za žalbu, koji za tuženog teče od dana stavljanja takve presude na oglasnu tablu suda. Jednostavnije kazano, u takvim slučajevima ovakve presude postaju pravnosnažne, pa tužioci na osnovu njih podnose prijedloge za izvršenje u sudskom izvršnom postupku, nakon čega sudovi u tom postupku prinudno izvršavaju presude, bez obzira na to što su očigledno neustavne zbog neustavnosti instituta presude zbog propuštanja. Stoga sam ovim radom nastojao da ukažem na svu pravnu i moralnu neodrživost ne samo sudske prakse, već prije svega na istu takvu neodrživost presude zbog propuštanja kao instituta koji omogućuje takvo neustavno postupanje domaćih sudova.

Svakako da se sada, barem od onih koji će se složiti sa mojom argumentacijom, sasvim opravdano postavlja pitanje kako sve ovo odstraniti iz zakonodavstva i prakse, na jednoj, te kako omogućiti efikasno odvijanje sudskih postupaka u ovakvim predmetima na drugoj strani. Jedan od načina je svakako taj da odgovarajući ustavni sudovi kod nas oglase neustavnim kako zakonske odredbe o presudi zbog propuštanja, tako i one odredbe važećih zakona o parničnom postupku koji propisuju dužnost tuženog da izjavi odgovor na tužbu. Međutim, s obzirom na činjenicu da te odredbe neustavno perzistiraju već mnogo godina, bez odgovarajuće reakcije ustavnih sudova, za očekivati je da ih ti sudovi ni u budućnosti neće kasirati. Stoga ostaje na domaćim zakonodavcima da odgovarajućim izmjenama i dopunama u ovdašnjim zakonima o parničnom postupku brišu te odredbe i tako onemogućuje njihovo važenje u budućnosti, a da se umjesto njih u zakone vrati institut presude zbog izostanka kako je bio riješen u ranijem Zakonu o parničnom postupku bivše SFRJ. Time se omogućava harmonija u domaćem pravnom poretku, koja nije suprotna pravnoj tekovini Evropske unije.

**Prof. Milan Blagojević, PhD**

Judge of the District court of Banjaluka

Associate Professor at Faculty of Law, University of Business and Management Engineering Banja Luka

**NOOSES OF HARMONIZATION OF DOMESTIC  
REGULATIONS  
WITH LEGAL HERITAGE OF EUROPEAN UNION  
(Through example of unconstitutionality of one domestic legal  
institute)**

Summary

In this paper the author writes on one topic which is not written about so far at us. It is word on appearance that during harmonization of domestic regulations with the law of European Union, law of the EU is very often uncritically transposed into domestic legal order. As a consequence, i.e. due to that it is not posible to realise some human rihgts, and in practice it leads to the violating of these rights as well. This thesis is corroborated by example from Republic of Croatia. In central part of the paper domestic legal institute of default judgement is subjected to the constitutional-legal critique in a way which points out unconstitutionality and irrationality of that institute. In the final part the author has given proposals how to remove such irregularities in a way which enables harmony in domestic legal order and it is not contrary to the legal heritage of European Union.

**Keywords:** constitutionality, rule of law, unconstitutionality, transposition of law, harmonization of law, default judgement.