PRIZNAVANJE PRAVNE I STRANAČKE SPOSOBNOSTI ORTAŠTVU

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.921.1
347.72.031
347.721.1
340.5

Primljeno: 13. listopada 2014.

Antun Bilić*

Vanjsko je ortaštvo zajednica koja u pravnom prometu predstavlja više od pukog zbroja svojih članova. U odnosima s trećim osobama nositelj pravne sposobnosti može biti ili samo ortaštvo ili ortaci koji se očituju kao članovi ortaštva. Njemačko se pravo nakon dugih rasprava opredijelilo za opću pravnu sposobnost ortaštva po uzoru na javno trgovačko društvo. U hrvatskom pravu takvo shvaćanje nije moguće zbog važećih zakonskih odredaba. Postoje, međutim, situacije u kojima bi pravna sposobnost ortaštva bolje odgovorila na neke probleme koji se pojavljuju u praksi. Pravna sposobnost ortaštva olakšala bi zahvat vjerovnika u zajedničku imovinu i pridonijela očuvanju kontinuiteta ako dođe do promjene članstva. To bi se moglo postići sudačkim priznavanjem stranačke sposobnosti za potrebe određene parnice temeljem čl. 77. st. 3. Zakona o parničnom postupku. Priznavanje stranačke sposobnosti dovodi do priznavanja ograničene pravne sposobnosti u mjeri u kojoj je nužno za sudjelovanje u rezultatima parnice. Potrebe predvidljivosti i ujednačavanja sudačkih kriterija mogle bi postupno dovesti do sličnog rezultata kao i priznavanje opće pravne sposobnosti.

Ključne riječi: ortaštvo, zajednička imovina, pravna sposobnost, stranačka sposobnost, procesna legitimacija, stvarna legitimacija, jedinstveno suparničarstvo

1. UVOD

Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO) u čl. 637. st. 2. definira ortaštvo kao zajednicu osoba i dobara bez pravne osobnosti.[1] Ortaštvo je zajednica osoba zbog toga što se više ortaka ugovorom obvezuje uložiti rad ili imovinu radi postizanja zajedničkog cilja (čl. 637. st. 1. ZOO-a). To odgovara osnovnoj definiciji svakog društva kao privatnopravnog udruživanja osoba, osnovanog pravnim poslom radi ostvarenja točno određenog zajedničkog cilja.[2] Slijedi da je ortaštvo „otvoreni razred", u smislu da obuhvaća sva

* Antun Bilić, dipl. iur., znanstveni novak na Katedri za trgovačko pravo i pravo društava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Ovaj je rad rezultat istraživanja provedenog za potrebe znanstvenoistraživačkog projekta *Novi hrvatski pravni sustav* Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

[1] Zakon o obveznim odnosima, *NN* 35/05, 41/08, 125/11. Tako i Barbić, J., *Društva osoba*, Organizator, Zagreb, 2002, str. 3.

[2] Da je ortaštvo temeljni oblik društva, vidljivo je i iz toga što se odredbe ZOO-a koje uređuju ortaštvo primjenjuju podredno na javno trgovačko društvo (čl. 69. Zakona o trgovačkim društvima, *NN* 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 111/12, 68/13; dalje: ZTD), komanditno društvo (čl. 132. u svezi s čl. 69. ZTD-a), tajno društvo (čl. 149. st. 2. ZTD-a), gospodarsko interesno udruženje (čl. 585. st. 2 u svezi s čl. 69. ZTD-a) i udrugu (čl. 3. Zakona o udrugama, *NN* 88/01, 11/02).

društva koja ne zadovoljavaju pretpostavke ni za koji drugi posebni oblik.[3] Da se radi o zajednici osoba, vidljivo je i iz toga što su ortaci osobno solidarno odgovorni za obveze ortaštva (čl. 648. st. 4. ZOO-a).

Pojam zajednice dobara razjašnjen je odredbama iz kojih proizlazi da je imovina ortaštva zajednička imovina ortaka (čl. 638. st. 3. ZOO-a), da pojedini ortak ne može raspolagati svojim udjelom ni stvarima i pravima iz zajedničke imovine niti može zahtijevati njezinu diobu (čl. 641. st. 5. ZOO-a) te da tražbine ortaštva pripadaju svim ortacima zajedno (čl. 648. st. 1. ZOO-a). Iz toga proizlazi da su stvari koje pripadaju ortaštvu u režimu zajedničkog vlasništva u smislu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje: ZV), što znači da su vlasnički udjeli neodređeni i neprenosivi trećim osobama.[4] Budući da zajednička imovina ne obuhvaća samo vlasništvo nego širi skup imovinskih, a među njima i obveznih, prava, u izostanku posebnih odredaba ZV bi se analogijom trebao primjenjivati i na njih.[5] Na taj se način dolazi do pojma „zajedničarstva", kojim su pokriveni svi imovinski odnosi između ortaka.[6]

Za ovaj rad osobito je važna podjela ortaštava na unutarnja i vanjska. Za unutarnja ortaštva svojstveno je da ugovor o ortaštvu djeluje isključivo među članovima, dok su prema trećim osobama nositelji prava i obveza samo jedan ili nekoliko njih, a ne svi ortaci.[7] Imovina koju steknu pojedini ortaci može postati zajedničkom tek nakon što je taj ortak prenese na ostale ortake pravnim poslom raspolaganja.[8] Ovaj rad neće se baviti unutarnjim ortaštvima jer se ne postavlja pitanje pravne i stranačke sposobnosti oblika udruživanja, koji i ne sudjeluju u pravnom prometu. Kod vanjskih ortaštava, s druge strane, svi ortaci ulaze u obvezne odnose s trećim osobama i imovina stečena poslovanjem

---

[3] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 5, 33. Takav odnos ortaštva prema drugim društvima izričito je propisan čl. 530. st. 2. švicarskog *Obligationenrecht* (AS 27 317).

[4] Čl. 57. st. 1. i čl. 58. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (*NN* 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). Iako je neposredno nakon uvođenja ortaštva u ZOO još bilo mišljenja da se radi o suvlasništvu, danas je u vodećoj znanstvenoj literaturi univerzalno prihvaćeno da se radi o zajedničkom vlasništvu (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 24; Barbić, J., Ortaštvo kao oblik pravnog uređenja zajedničkog poduzetništva, *Pravo u gospodarstvu* 4, 2002, str. 28; Gorenc, V., Ortaštvo ostaje zajedničko vlasništvo i nakon novog Zakona o vlasništvu, *Pravo i porezi* 1, 1997, str. 6; slično i Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 571, koji, bez pozivanja na ZV, kažu da se radi o zajedničkoj imovini).

[5] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 24.

[6] Usporedbe radi, u njemačkom Građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: BGB; BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738; BGBl. I S. 3719) „zajedničarstvo" (*der Gesamthand*) načelo je kojem je podvrgnuta čitava imovina ortaštva, bez posebnog izdvajanja zajedničkog vlasništva (v. Ulmer, P.; Schäfer, C. u: Habersack, M. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* – 5. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 705., para. 289. i dalje). Kao i u hrvatskom pravu, naglasak je na nemogućnosti individualnog raspolaganja. Neki autori zastupaju da je *der Gesamthand* u prvom redu zajednica osoba, a tek potom zajednica imovine koja pripada toj zajednici (Flume, W., Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 1972, str. 193).

[7] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 40.

[8] Za hrvatsko pravo tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 148, koji navodi da bi ortak ono što stekne bio dužan prenijeti svim ortacima u skladu s ugovorom o ortaštvu. U njemačkom se pravu zbog toga smatra da u unutarnjem ortaštvu načelno ne nastaje zajednička imovina. Moguće je, međutim, zamisliti da ortaci u unutarnjem ortaštvu osnuju zajedničku imovinu isključivo ulozima (Ulmer, P., Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 275., 280.; Habermeier, S. u: J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. knjiga, Sellier de Gruyter, 2003, § 705., para. 58.

ortaštva na taj način postaje *eo ipso* zajedničkom imovinom (čl. 638. st. 1. ZOO-a).[9] Prema ZOO-u takva su ortaštva pravilo, jer ako je vođenje poslova povjereno samo nekima od ortaka, oni se smatraju opunomoćenicima ostalih, dakle sklapaju ugovore i u njihovo ime (čl. 643. st. 1. ZOO-a).[10]

Jedno je od bitnih obilježja ortaštva da nema pravnu osobnost (čl. 637. st. 2. ZOO-a). Nositelji prava i obveza isključivo su ortaci koji stupaju u obvezne odnose. To, međutim, ne znači da vanjsko ortaštvo ne proizvodi izravne učinke prema trećim osobama. Ako svi ortaci djeluju zajednički, oni tada predstavljaju više od zbroja svojih članova. U suprotnom bi položaj treće osobe bio isti kao da se nalazi u obveznom odnosu s više vjerovnika i više dužnika,[11] a zajednička imovina imala bi isključivo funkciju međusobnog osiguranja samih ortaka. Da to nije bila namjera zakonodavca, vidljivo je već iz postojanja članka 648. ZOO-a, koji uređuje specifičnosti tražbina i dugovanja vanjskog ortaštva.

Cilj je ovoga rada razmotriti položaj ortaštva u odnosu prema trećima, uočiti glavne probleme i predložiti moguća rješenja. Na početku će biti izložen razvoj njemačkog prava, u kojem je, bez izmjene zakonskih odredaba, vanjsko ortaštvo postupno steklo opću pravnu sposobnost (2.). Takav prikaz može biti vrlo instruktivan budući da ZOO uređuje ortaštvo na način usporediv s rješenjima njemačkog Građanskog zakonika[12] (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: BGB).[13] Nakon toga bit će razmotreno trenutačno stanje hrvatskog prava, koje, iako ortaštvu odriče pravnu sposobnost, prava i obveze ortaka u njihovu

---

[9] I vanjsko ortaštvo može biti bez zajedničke imovine ako je osobnog tipa, tako da s trećima i ne sklapa ugovore kojima može steći imovinu (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 39). Upitno je bi li vanjsko ortaštvo moglo stjecati imovinu od trećih osoba, a da ta imovina ne postane zajednička, odnosno je li ugovorom o ortaštvu moguće odstupiti od režima zajedničarstva. Uvjerljiv je stav prema kojemu bi to bilo moguće (npr. tako da imovina stečena poslovanjem vanjskog ortaštva ulazi izravno u režim suvlasništva) samo ako na to pristane dužnik od kojeg ortaštvo stječe imovinu (Ulmer, P., Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 718., para. 11., § 705., para. 267.; Flume, *op. cit.* u bilj. 6, str. 184). U suprotnom bi ortaštvo svojim unutarnjim dogovorom izravno utjecalo na dužnikove obveze iz njegova odnosa s ortaštvom. Dužniku, naime, nije svejedno jesu li tražbine koje vjerovnici imaju prema njemu zajednička imovina, suvlasništvo ili individualna imovina nekog od vjerovnika (o tome više u poglavlju 3.1.). Tomu nije protivan čl. 648. st. 1. ZOO-a, koji propisuje da tražbine ortaštva pripadaju svim ortacima zajedno ako ugovorom o ortaštvu nije određeno drugačije. Pretpostavka da drugačiji režim mora biti određen ugovorom o ortaštvu ne znači da se ne traži i pristanak dužnika. Osim toga, pristanak dužnika ne bi bio potreban kad bi se radilo u unosu već postojeće tražbine kao uloga u imovinu ortaštva (čl. 639. ZOO-a).

[10] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 41, 42.

[11] Na tom je tragu bila odredba čl. 647.st. 1. ZOO-a, uvedena Zakonom o izmjenama i dopunama ZOO-a (*NN* 3/94), kojim je ortaštvo prvi put uvedeno u ZOO. Spomenuta odredba propisivala je da se na tražbine i dugove ortaštva, ako drugačije nije ugovoreno, primjenjuju odredbe ZOO-a o obvezama s više dužnika ili vjerovnika. Donošenjem ZOO-a 2005. navedena je odredba nadomještena važećim čl. 648. ZOO-a. Još dok je ta odredba bila na snazi, primijećeno je, međutim, da od općeg režima obveza s više dužnika i više vjerovnika postoje mnoge iznimke, koje proizlaze iz naravi ortaštva i načela zajedničarstva (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 151 i dalje).

[12] V. bilj. 6.

[13] Kao dodatni razlog zašto je njemačko rješenje relevantno za hrvatsko pravo moglo bi se navesti da se hrvatsko pravo društava uvelike oslanja na njemački model (Barbić, J., *Pravo društava, Opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008, str. 100, 101). Tako su osobito društva osoba (u njemačkom pravu uređena s *Handelsgesetzbuch*, dalje: HGB, zadnje izmjene BGBl. I S. 3746), na koja se propisi o ortaštvu primjenjuju podredno, oblikovana po uzoru na njemačko javno trgovačko društvo (*die offene Handelsgesellschaft*, HGB, § 105.-160.), komanditno društvo (*die Komanditgesellschaft* § 161.-177. a) HGB-a) i tajno društvo (*die stille Gesellschaft* § 230.-237. HGB-a).

članskom svojstvu tretira drugačije nego njihova pojedinačna prava i obveze (3.). Naposljetku bit će izložena razvojna perspektiva ortaštva u hrvatskom pravu, osobito koliko sudačko priznavanje stranačke sposobnosti za potrebe određene parnice (čl. 77. st. 3. Zakona o parničnom postupku, dalje: ZPP[14]) može pridonijeti konstruiranju njegove pravne sposobnosti (4.).

2. PRAVNA SPOSOBNOST ORTAŠTVA U NJEMAČKOM PRAVU

U njemačkom pravu ugovor o ortaštvu definiran je kao ugovor kojim se ortaci međusobno obvezuju težiti ostvarenju zajedničkog cilja na način predviđen ugovorom, a osobito ugovorenim ulozima (§ 705. BGB-a). Ulozi i imovina stečena vođenjem poslova zajednička su imovina ortaka (§ 718. (1.) BGB-a), a ortak ne može raspolagati njezinim dijelom ni tražiti njezinu podjelu (§ 719. (1.) BGB-a). Ortak kojem je povjereno vođenje poslova zastupa ortake (§ 714. BGB-a), a za dugove ortaštva ortaci odgovaraju solidarno.[15] S obzirom na to da i njemačko pravo kao temelj ortaštva predviđa zajedničku imovinu[16] i solidarnu odgovornost ortaka, iako se pravna sposobnost izrijekom ne isključuje, moglo bi se zaključiti da su ortaci jedini nositelji prava i obveza.[17] I postupovne odredbe njemačkog Građanskog procesnog zakona (*Zivilprozessordnung*, dalje: ZPO)[18] sugeriraju takvo tumačenje određujući da je ovrha na imovini ortaštva moguća samo temeljem presude protiv svih ortaka (§ 736. ZPO-a). To ujedno odgovara tradicionalnom, tzv. individualističkom shvaćanju ortaštva, koje je prevladavalo u znanosti veći dio

[14] Zakon o parničnom postupku, *NN* 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08 123/08, 57/11, 25/13.

[15] Tako § 733. (1.) BGB-a govori o „zajedničkim dugovima" (*gemeinschaftliche Schulden*). Da se radi o solidarnoj odgovornosti, v. npr. BGH od 27. 9. 1999., br. II ZR 371/98, objavljeno u NJW 47, 1999, str. 3441-3512; NZG 22, 1999, str. 1077-1132.

[16] Ortaštvo austrijskog prava, čije pravo društava također sliči hrvatskom pravu, nije utemeljeno na načelu zajedničarstva, nego suvlasništva na stvarima. Suvlasništvo manje pogađa treće osobe kao vjerovnike jer mogu valjano steći suvlasničke udjele, čak i ako bi takvo otuđenje predstavljalo povredu obveza ortaka iz internog odnosa (austrijski Vrhovni sud, *der Oberste Gerichtshof*, dalje OGH, od 20. 4. 2006., br. 5Ob297/05w; Krejci, H., *Gesellschaftsrecht*, Band I, Manz, Beč, 2005, str. 225; Kastner, W.; Doralt, P.; Nowotny, C., *Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts*, Manz, Beč, 1990, str. 58; Jabornegg, P., *Keine Aussonderungsrechte der Mitgesellschafter einer GesbR an Miteigentumsanteilen des Gemeinschuldners bei Einbringung quoad sortem*, JBL 2000, str. 241; Hofmann, T., *Gesellschafterhaftung in der GesbR*, Linde Verlag, Wien, 2008, str. 24; Kalss, S., *Das österreichische Gesellschaftsrecht im Spiegel der Entwicklung des deutschen Rechts*, NZG, 2012, str. 162, 163; Oberhammer, P., *Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft?*, JBL, 1997, str. 635). To znači da vanjsko ortaštvo neće imati toliko izražene učinke prema trećim osobama s kojima stupa u ugovorne odnose. Upravo se činjenica da ne postoji zajedničarstvo uzima kao ključni argument zašto na austrijsko pravo nije primjenjiva njemačka sudska praksa o pravnoj sposobnosti ortaštva. U austrijskom se pravu, „iz razloga praktičnosti", smatra da se ispunjenje tražbina ortaštva može tražiti samo zajednički, ali i onda da se pojedinom vjerovničkom pozicijom može raspolagati (Oberhammer, P., *op. cit.* u ovoj bilj., str. 633-635). Zbog toga razloga njemačko je uređenje ortaštva hrvatskom pravu bliže nego austrijsko.

[17] Schmidt K., *Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig*, NJW, 2001, str. 996.

[18] BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781; BGBl. I S. 3786.

dvadesetog stoljeća,[19] dok se njemački Vrhovni sud (*der Bundesgerichtshof*, dalje: BGH) odbijao opredijeliti.[20]

Iako je već prije bilo pokušaja da se vanjsko ortaštvo predstavi kao pravno sposobno,[21] prekretnica se dogodila 29. 1. 2001. s odlukom BGH,[22] kojom je ortaštvu priznata univerzalna pravna sposobnost. U tom slučaju tužitelj je, kao mjeničnog akceptanta, na isplatu tužio udruženje za izvođenje građevinskih radova,[23] po svojoj pravnoj naravi ortaštvo. Iako je drugostupanjski sud odbacio tužbu jer ortaštvo nema stranačku sposobnost, BGH je zaključio da vanjsko ortaštvo ima pravnu sposobnost u opsegu u kojem stječe prava i obveze sudjelovanjem u pravnom prometu. S obzirom na to da se stranačka sposobnost izvodi iz pravne sposobnosti (§ 50. (1.) ZPO-a),[24] ortaštvo je i stranački sposobno. Odgovornost ortaka za obveze ortaštva odgovarala bi akcesornoj odgovornosti članova javnog trgovačkog društva, a ne više kao dotad odgovornosti za

[19] Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 994; Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 296.

[20] Gummert, H. u: Gummert, H.; Weipert, L. (ur.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Svezak 1., Verlag C. H. Beck, München, 2009, § 17., para. 6.; Peifer, K. N., *Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand – die GbR als OHG?*, NZG, 2001, str. 296; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 994.

[21] Osobito u znanstvenom radu Flume, W., *op. cit.* u bilj 6, str. 177, u kojem je Flume razvio tzv. *die Gruppen-Lehre*, po kojoj bi zajednica nositelja zajedničke imovine (*der Gesamthand*) bila nositelj prava i obveza, tj. pravno sposobna. Temeljna Flumeova teza bila je da zajednica predstavlja i u osobnom i u imovinskom smislu više od zbroja njezinih članova (str. 188). Još u 19. stoljeću do sličnih je zaključaka došao Otto v. Gierke, a nakon Flumea o tome se počelo ozbiljno raspravljati i u široj znanstvenoj zajednici (Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 994, 995; Altmeppen H., *Verfassungswidrigkeit der akzessorischen Haftung in der GbR?*, NJW, 2004, str. 1564). BGH je postupno priznao sposobnost ortaštva kao takva da bude članom u drugim društvima osoba i kapitala te njegovu mjeničnu i čekovnu sposobnost (Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 300., 316., 317.; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 993). To se nazivalo ograničenom pravnom sposobnošću ortaštva (*die Teilrechtsfähigkeit*).

[22] BGH od 29. 1. 2001., broj: II ZR 331/00, objavljeno u BB 2001, str. 374-379. Nakon te presude prevladalo je stajalište da je ortaštvo opće pravno sposobno, osim ako se tome ne suprotstavljaju neke njegove posebne karakteristike koje ga razlikuju od javnog trgovačkog i komanditnog društva (Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 21., 22.; slično i Ulmer, P., *Die höhstrichterlich „enträtselte" Gesellschaftbürgerlichen Rechts*, ZIP, 2001, str. 588, 589).

[23] Njem. *Arbeitsgemeinschaft* (dalje: ARGE) sliči konzorciju za izvođenje radova, koji je također po svojoj naravi ortaštvo. U njemačkom se pravu ARGE razlikuje od konzorcija po tome što je kod ARGE naglasak na zajedničkoj povezanosti i odgovornosti ortaka za radove, dok su kod konzorcija zadaci, a i odgovornost između ortaka, podijeljeni (Messerschmidt, B.; Thierau, T.; Bonn, *Die Bau-ARGE,Teil 2: Dach-ARGE, Konsortiumundfaktische BGB-Gesellschaft am Bau*, preuzeto s marburg.de/fb01/studium/zusatzqualifikation/privates_baurecht/vorlesungen/baurecht_materialien/ws0607_materialien/baurecht_messerschmidt/ws0607_baurecht_arge2 dana 4. 1. 2013.) Također, u ARGE-u se formira zajednička imovina, dok u konzorciju najčešće ne (Lotz B., *Der Konsortialvertrag des Anlagebaus im In- und Ausland*, ZfBR, 1996, str. 233, 234). U švicarskom se pravu ARGE i konzorcij ne razlikuju (Lotz, B., str. 233), a razliku ne bi trebalo praviti ni u hrvatskom pravu jer je konzorcij u znanstvenoj literaturi (v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 184 i dalje) dovoljno široko postavljen da obuhvaća i ono što je u njemačkom pravu ARGE.

[24] Prema § 50. ZPO-a stranačku sposobnost ima onaj tko ima i pravnu sposobnost. Takva se odredba nomotehnički razlikuje od čl. 77. st. 1. ZPP-a, koji nabraja dvije kategorije onih koji su stranački sposobni – fizičke i pravne osobe.

vlastitu obvezu.[25] Odluka BGH označena je kao prekretnica u pravnom poimanju ortaštva[26] te je danas opće prihvaćena u pravnoj teoriji[27] i sudskoj praksi.[28]

S obzirom na to da se radi o naglom zaokretu i čvrstom zauzimanju stava o jednom od najvažnijih teorijskih pitanja u zadnjih nekoliko desetljeća,[29] potrebno je razmotriti glavne razloge koji su BGH ponukali na takav postupak. BGH je primijetio da kod vanjskog ortaštva postoji određena proturječnost ili u najmanju ruku nesuglasnost između režima zajedničke imovine i solidarne odgovornosti prema trećima. Pravila o zajedničkoj imovini znače da ortaci njome mogu raspolagati samo zajednički (§ 719. BGB-a), što uključuje i raspolaganje u svrhu podmirenja dugova ortaštva prema vjerovnicima. S druge strane, ortaci odgovaraju solidarno (§ 427. BGB-a), tako da vjerovnik može birati hoće li zahtijevati ispunjenje obveze od svih ili samo nekih ortaka (§ 421. BGB-a).[30] Ako se zahtjev postavi prema pojedinim ortacima, oni, lako moguće, neće moći ispuniti ugovorenu činidbu jer se njezin predmet nalazi u zajedničkoj imovini.[31] U tom bi slučaju samo odgovarali za naknadu štete svojom osobnom, odvojenom imovinom, koja često neće biti dostatna za namirenje vjerovnika. Iako temeljem solidarne odgovornosti može tužiti bilo kojeg od njih, vjerovniku je zato od odlučujuće važnosti da tuži sve ortake zajedno. Zbog

[25] Dotad je bila vladajuća tzv. *die Doppelverpflichtungstheorie*, prema kojoj se ortaci obvezuju zajedničkom i privatnom imovinom po dvije različite pravne osnove. Kao ortaci, zajedničkom se imovinom obvezuju zastupanjem ovlaštenih ortaka kao organa društva. Osobnom imovinom obvezuju se zastupanjem ortaka na temelju posebne punomoći, koja konkludentno proizlazi iz ugovora o ortaštvu. Te odgovornosti nisu nužno ovisile jedna o drugoj, što znači da je krug prigovora bio drugačiji nego nakon što je BGH utvrdio da je odgovornost ortaka akcesorna odgovornosti ortaštva (Kindl, J., *Abschied von der Doppelverpflichtungstheorie beider BGB-Gesellschaft*, WM 2000, str. 697 i dalje). Treba primijetiti da već ta teorija odudara od tradicionalnog shvaćanja, prema kojem su samo pojedinačni ortaci nositelji prava i obveza.

[26] Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 585.

[27] Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 299. i dalje; Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 17., para. 6. i dalje; Schöne, T. u: Bamberger, H. G.; Roth, H. (ur.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Verlag C. H. Beck, München, dana 1. 8. 2012., § 705., para. 142. i dalje; Lindacher, W. u: Rauscher, T.; Wax, P.; Wenzel, J. (ur.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 50., para. 24. i dalje; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 993 i dalje; Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 585 i dalje. Ipak ima i mišljenja da takvo shvaćanje ortaštva neprihvatljivo odudara od namjera zakonodavca te da bi navedenu presudu BGH trebalo što restriktivnije tumačiti u skladu s tradicionalnom teorijom (npr. Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 296 i dalje), kao i da se ortaštvo ne može izjednačiti s javnim trgovačkim društvom u pogledu akcesorne odgovornosti članova (Canaris, C. W., *Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaftbürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildungcontralegem*, ZGR, 2004, str. 69 i dalje.)

[28] U svojoj novoj presudi u istom postupku BGH se nadovezao na prijašnje zaključke (BGH od 18. 2. 2002., odluka br. II ZR 331/00, objavljena u WM, 2002, str. 1207), a na njih se pozvao i njemački Ustavni sud (Bundesverfassungsgericht), našavši da se ortaštvo, kao pravno sposobni subjekt, može pozivati na ustavno jamstvo nepovredivosti vlasništva (presuda od 2. 9. 2002., odluka br. 1 BvR 1103/02, objavljena u NJW, 2002, str. 3533).

[29] Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 27, str. 70; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 993.

[30] BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. a).

[31] Pojedini bi ortaci onda svakako mogli solidarno namiriti vjerovnikov sekundarni zahtjev za naknadom štete zbog neispunjenja ugovora. I tada može, međutim, biti upitno hoće li njihova odvojena imovina dostajati za namirenje vjerovnikova zahtjeva. U odvojenu imovinu ortaka ulazi, naravno i njegov udio u imovini ortaštva. Međutim, budući da on imovinom ortaštva ne može samostalno raspolagati, njegov ortački udio morao bi se prvo zaplijeniti, ugovor o ortaštvu otkazati i pristupiti radnjama potrebnima za istup iz ortaštva. Da se to nikako ne može usporediti sa zahvatom u zajedničku imovinu, v. poglavlje 3.2.

toga je i dotad vladajuća teorija razlikovala zajedničku odgovornost svih ortaka od njihove pojedinačne odgovornosti za iste dugove.[32]

BGH je zaključio da pravna sposobnost ortaštva nudi praktičniji i dosljedniji model nego što je to razdvajanje dviju vrsta dugova istih ortaka. To, naravno, ne znači da je pravna sposobnost nužna posljedica zajedničkog vlasništva te da bi se, analogno, bilo koja imovinska masa u režimu zajedničarstva mogla smatrati pravno sposobnom.[33] Za vanjsko je ortaštvo svojstveno upravo da kao društvo, zajednica osoba i imovine, sudjeluje u pravnom prometu. Osobito u slučajevima u kojima se ortaštvo predstavlja prema trećima pod zajedničkim imenom, a takav je i onaj o kojem je BGH odlučivao, ne može se očekivati od vjerovnika da ortaštvo tretira kao skupinu inače potpuno odvojenih solidarnih dužnika.

BGH je ustvrdio da se tradicionalna teorija suočava s nepremostivim teškoćama posebno nakon što dođe do promjene članstva.[34] S obzirom na to da su nositelji prava i obveza ortaci, njezina dosljedna primjena značila bi da bi obvezni odnosi trebali biti iznova sklopljeni, odnosno potvrđeni.[35] Ustup tražbina još bi se dao objasniti jer za njega nije potreban pristanak vjerovnika (§ 398. BGB-a). Problem predstavljaju promjene na dužničkoj strani. Do tada se smatralo da novi ortaci pristupaju već postojećem dugu starih ortaka.[36] Ni pristupanje dugu ne bi se, međutim, smjelo pretpostaviti,[37] nego je za njega nužan poseban ugovor s vjerovnikom.[38] Neki su autori problem pokušali zaobići tako što su konstruirali da, prilikom promjene članstva, dugovi starog ortaka za jednu logičku sekundu prirastaju ostalim ortacima i zatim se od njih prenose na novog ortaka.[39] BGH je takvo „vezivanje“ dugova za imovinski udio označio kao neuvjerljivo.[40] Čak i da se takvo rješenje prihvati, vezivanje dugova uz imovinsku masu i njihov zajednički prijenos na novog člana već se sami po sebi konceptualno približavaju priznavanju pravne sposobnosti.

---

[32] Tu se u prvom redu misli na *die Doppelverpflichtungstheorie*, koja se objašnjava u bilj. 25. Na sličnim pozicijama nalazi se i hrvatska teorija o razlici između dugova za koje se odgovara zajedničkom imovinom i onih za koje se odgovara isključivo odvojenom imovinom (v. poglavlje 3.2.).

[33] U njemačkom pravu, osim ortaštva, pod režimom zajedničarstva nalaze se i nasljednička zajednica (*die Erbengemeinschaft*) te bračna zajednica dobara (*die eheliche Gütergemeinschaft*).

[34] Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297. Da je to najslabija točka tradicionalne teorije, priznaju čak i oni koji se s njom načelno slažu (Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 299).

[35] BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. b).

[36] Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297.; v. i Lange, O., *Die Haftung des Gesellschafter seiner GbR für Altverbindlichkeiten*, NZG, 2002, str. 402, bilj 9.

[37] Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297.

[38] Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 999; Lange, O., *op. cit.* u bilj. 36, str. 402.

[39] Zöllner, W., *Festschrift Gernhuber*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993, str. 575, navedeno prema Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 299. Potrebno je napomenuti da BGB više nema odredbu koja bi odgovarala čl. 102. ZOO-a, tj. pristupu duga preuzimanjem neke imovinske cjeline. Odgovarajuća odredba nalazila se u § 419. BGB-a, ali je 1999. izbrisana zbog mnogih problema koje je uzrokovala u teoriji i praksi (o tome više v. u bilj. 82, a o tome da je bilo sporno može li se ta odredba primijeniti na pristupanje dugu ortaštva v. Habermeier, S., *op. cit.* u bilj. 8, § 718., para. 14.).

[40] BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. b); slično Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297., koji navodi pristup dugu kao jedan od problema tradicionalne teorije.

Upitno je, nadalje, može li se ustupom tražbina i pristupanjem dugu prenijeti čitava ugovorna pozicija dotadašnjih ortaka. BGH naglašava da je promjenu članstva posebno teško objasniti s obzirom na trajne obvezne odnose (*die Dauerschuldverhältnisse*), u kojima se nalazi ortaštvo.[41] Trajni se obvezni odnosi, teže od onih čiji je cilj jednokratan, bez ostatka mogu razložiti na pojedine tražbine i dugove, koje bi onda bilo moguće ustupiti, odnosno pristupiti im. U teoriji se uglavnom smatra da se ukupnost ugovorne pozicije, osobito kod trajnih ugovornih odnosa, može prenijeti samo prijenosom ugovora, za koji bi svakako bio potreban pristanak ugovornog partnera ortaka.[42] Priznavanje pravne sposobnosti ortaštvu razrješava taj problem utoliko što ugovornom stranom ostaje uvijek jedan te isti pravni subjekt.

BGH kao primjer da pristupanje dugu nije u stanju osigurati potreban kontinuitet navodi svoju raniju sudsku praksu.[43] Ugovor koji s trećom osobom sklopi neki od ortaka, a da nije bio opunomoćen (§ 714. BGB-a) obvezivao bi ostale ortake samo ako ga oni naknadno odobre (§ 177. (1.) BGB-a). Ako dođe do promjene u članstvu, postavlja se pitanje tko je ovlašten na naknadno odobrenje – onaj tko je bio ortakom u vrijeme nastanka obveze i koji i dalje odgovara svojom odvojenom imovinom ili novi ortak, koji odgovara svojim udjelom u zajedničkoj imovini. Iako bi se moglo očekivati da ugovor odobrava (i) negdašnji ortak jer je on u trenutku njegova sklapanja bio neovlašteno zastupan, BGH je već zauzeo stav da je za odobrenje ovlašten ortak koji je član ortaštva u trenutku odobrenja.

Treba istaknuti da se u njemačkom pravu, usprkos priznavanju pravne i stranačke sposobnosti, ortaštvo ne smatra pravnom osobom. To je izričito naglašeno u razmatranoj presudi BGH od 29. 1. 2001.,[44] a prihvaćeno je i u najvećem dijelu znanstvene literature.[45] Kao razlike se navode da su, za razliku od ortaštva, u društvu pravnoj osobi udjeli načelno slobodno prenosivi, da društvo pravna osoba može stjecati vlastite udjele, da je može osnovati samo jedan član, da vrijedi načelo većinskog odlučivanja i da članstvo u organima nije vezano za članstvo u društvu.[46] Te razlike ujedno predstavljaju i razlike između društava osoba i društava kapitala. U njemačkom pravu, naime, ni ostala društva osoba nemaju pravnu osobnost, iako imaju zakonom priznatu pravnu sposobnost.[47] To se

[41] BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. A I. 2. b).
[42] Bydlinski, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* – 2. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2012, Vorbemerkung zur § 414., para. 8. Za razliku između prijenosa cijele ugovorne pozicije i pristupa pojedinom dugu v. Bartels, K., *Die vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältinsse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, str. 21 i dalje. Za raspravu u hrvatskom pravu o tome mogu li se i pod kojim uvjetima preobražajna prava prenijeti cesijom v. Markovinović, H., *Ugovor o cesiji*, Zagreb, 2005, str. 103 i dalje.
[43] BGH od 15. 12. 1980., broj II ZR 52/80, objavljeno u NJW, 1981, str. 1213, spominje se i u Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 300.
[44] Na samom početku obrazloženja u toč. A. I.
[45] Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 5.; Ulmer, P.; Schäfer, C.; *op. cit.* u bilj. 6., § 705., para. 307.-309.; Ulmer, P.; *op. cit.* u bilj. 22, str. 588; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 996.
[46] Ulmer, P.; *op. cit.* u bilj. 22, str. 588.
[47] Npr. javno trgovačko društvo, § 124. (1.) HGB-a.

opravdava time što su u društvima kapitala članovi i društvo jasno odvojeni,[48] dok u društvima osoba članovi ostaju u prvom planu.[49]

U njemačkom je pravu odvajanje pravne sposobnosti od pravne osobnosti moguće jer BGB poznaje posebnu kategoriju pravno sposobnog društva osoba (*die rechtsfähige Personengesellschaft*), koje nije pravna osoba i koje se, donekle cirkularno,[50] definira kao društvo osoba sposobno stjecati prava i obveze (§ 14. (2.) BGB-a). Takvo shvaćanje pravne sposobnosti usko se veže uz institut zajedničarstva (*der Gesamthand*) i predstavlja posebnost njemačkog prava, za razliku od romanskog pravnog kruga, koji pravnu sposobnost izvodi iz svojstva fizičke ili pravne osobe.[51] Ipak, čak i autori koji podržavaju dualitet pravne sposobnosti i pravne osobnosti u njemačkom pravu priznaju da to vrijedi samo „dok zakonodavac ostane na dosadašnjem stajalištu".[52] Osim toga, s obzirom na to da njemački Ustav razlikuje samo fizičke i pravne osobe, u ustavnom smislu i ortaštvo bi bilo pravna osoba.[53]

3. ORTACI KAO NOSITELJI PRAVA I OBVEZA U HRVATSKOM PRAVU

Za razliku od njemačkog prava, hrvatsko se zakonodavstvo izrijekom izjašnjava oko toga tko može biti nositeljem prava i obveza u vanjskom ortaštvu. Da bi bilo pravno sposobno, ortaštvo bi moralo biti fizička ili pravna osoba (čl. 17. st. 1. ZOO-a), što mu je *ex lege* uskraćeno (čl. 637. st. 2. ZOO-a). Budući da čl. 77. st. 1. ZPP-a stranačku sposobnost izvodi iz fizičke ili pravne osobnosti, ortaštvo nema ni *ius standi in iudicio*.[54] Osim toga, navedena razlikovanja njemačkog prava između društava s pravnom osobnošću i društava bez pravne osobnosti u hrvatskom se pravu svode isključivo na razlike između društava kapitala i društava osoba. Sva trgovačka društva imaju pravnu osobnost pa tako i javno trgovačko društvo, komanditno društvo te gospodarsko interesno udruženje (čl. 2. st. 1. ZTD-a). Ne postoji, prema tome, oslonac iz kojeg bi se mogla izvesti pravna sposobnost ortaštva bez priznavanja pravne osobnosti.

Nedvojbeno je da treće osobe mogu stupiti u ugovorni odnos samo s ortacima. Ipak, postavlja se pitanje na koji se način činjenica da svi ortaci zajednički nastupaju u pravnom prometu odražava na prava i obveze koje stječu? Drugim riječima, koliko su ta prava i

---

[48] Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 308.
[49] Peifer, K. N., *op. cit.* u bilj. 20, str. 297.
[50] Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 589; Reuter, D. u: Säcker, F. J. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2012, 1. knjiga, 1. odjeljak, 2. naslov: *Juristische Personen*, para. 10.
[51] Reuter, D., *op. cit.* u bilj. 50, para. 7.
[52] Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 309.
[53] To je izričito prepoznao njemački Ustavni sud u svojoj odluci cit. u bilj. 28. Tako i Schmidt, K., *op. cit.*, u bilj. 17, str. 996, 997. Kad ortaštvo ne bi bilo pravna osoba u ustavnom smislu, to bi značilo da ne može uopće biti nositeljem ustavnih prava.
[54] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 21.

obveze drugačiji nego da su ih ortaci stekli iz obveza s više dužnika, odnosno više vjerovnika (čl. 41.-64. ZOO-a)?

Uz to je usko vezano i pitanje je li sudjelovanje svih ortaka dovoljna pretpostavka za nastanak posebnog kruga prava i obveza ili se traži još i subjektivni element, da treća osoba, koja sklapa ugovor s ortaštvom, zna za ortačko svojstvo svojih ugovornih partnera? Pravila ZOO-a o ortaštvu treću osobu spominju samo uzgred (čl. 647., 648. ZOO-a), a da se o tome ne izjašnjavaju. Subjektivna će pretpostavka, prema tome, ovisiti o tome koliko su značajne posljedice koje za treću osobu proizlaze iz odnosa s ortaštvom. To proizlazi iz općeg načela obveznog prava, prema kojem ugovorne strane svojim očitovanjem volje moraju obuhvatiti sve bitne sastojke potrebne za nastanak određenih posljedica.[55] Na postavljena se pitanja može najbolje odgovoriti ako se odvojeno razmotri pozicija ortaka kao vjerovnika i ortaka kao dužnika.

3.1. Ortaci kao vjerovnici

Ako su ortaci vjerovnici, posljedice načela zajedničarstva znatno pogađaju dužnika. Zbog toga se one mogu opravdati samo ako su mu se ortaci predstavili da djeluju u tom svojstvu.[56] Posljedice zajedničarstva ne bi bile toliko izražene kad bi u zajedničku imovinu ulazio samo predmet činidbe prenesen na ortake dužnikovim poslom raspolaganja. Međutim, već i sama obveza prijenosa tražbina pripada ortacima zajednički (čl. 648. st. 1. ZOO-a). To izravno utječe na položaj druge ugovorne strane. Kada se ne bi radilo o ortaštvu, bila bi valjana raspolaganja pojedinog vjerovnika kojima on s dužnikom ugovara otpust duga, obnovu ili nagodbu.[57] Slično, dužnik bi mogao prebiti dio tražbine koji otpada na nekog od vjerovnika s tražbinom koju ima prema njemu iz njihova individualnog odnosa. Ako su, međutim, vjerovnici ortaci, tražbinom mogu raspolagati samo zajednički (čl. 641. st. 5., čl. 648. st. 5. ZOO-a). Dužnik se, pri tome, ne može osloniti na pravila o stjecanju od neovlaštenika u dobroj vjeri, kao što se to često događa kad postoji

[55] Ako bi postojanje vanjskog ortaštva imalo znatne posljedice za njegova ugovornog partnera, izostanak obavještavanja o ortačkom statusu značio bi da te posljedice nisu ni nastale. Ne bi bila riječ o ništetnosti, jer se ne radi o protivnosti Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva (čl. 322. ZOO-a). Ne bi bila riječ ni o pobojnosti zbog zablude, jer se ne radi o tome da se sklapa ugovor *intuitu personae*, s osobom određenih svojstava (čl. 280. ZOO-a). Svaka osoba, neovisno o svojem ortačkom svojstvu, može djelovati i izvan tog svojstva i ako svoje ortačko svojstvo ne očituje, sklopljen je ugovor bez posljedica svojstvenih vanjskom ortaštvu, jer za njih nedostaje bitan sastojak. Drugim riječima, radit će se o „običnom“ ugovoru s više dužnika ili više vjerovnika, a ne o ugovoru s ortaštvom koji je pobojan zbog zablude.

[56] Usporedbe radi, takvo rješenje vrijedi u njemačkom pravu, v. Habermeier, S., *op. cit.* u bilj. 8, § 718., para. 6., što se podjednako odnosi i na razdoblje prije nego što je vanjskom ortaštvu priznata pravna sposobnost. Također i u austrijskom pravu vanjsko društvo postoji samo kad u pravnom prometu nastupa kao društvo (Kastner, W.; Doralt, P.; Nowotny, C., *op. cit.* u bilj. 16, str. 37).

[57] U slučaju djeljivih obveza svaki od više vjerovnika mogao bi otpustiti dug u dijelu u kojem se odnosi na njega, što proizlazi iz toga što se tražbina među njima dijeli na dijelove koji imaju samostalnu sudbinu (čl. 41. st. 3. ZOO-a). U slučaju nedjeljive obveze s više vjerovnika (čl. 64. st. 2. ZOO-a) pojedini vjerovnik ne bi mogao smanjiti dužnikovu činidbu u odnosu na ostale vjerovnike, ali bi mogao (npr. u slučaju otpusta duga) raspolagati svojim vjerovničkim statusom. Ako se tražbina nalazi u zajedničkoj imovini ortaka, pojedini ortak ne može raspolagati ni svojim statusom imatelja takve tražbine jer je njegov dio u zajedničkoj imovini neodređen.

diskrepancija između onog na što su se strane obvezale i stvarnopravnog ovlaštenja na raspolaganje, npr. kad se jedna strana obveže prenijeti vlasništvo na stvari koja joj ne pripada.[58] Pravila o povjerenju u promet u pogledu stjecanja stvari ne mogu se primijeniti na jednak način na stjecanje tražbina.[59] Osim toga, tu se ne radi o derivativnom stjecanju tražbine od drugog vjerovnika, nego o mogućnosti raspolaganja tražbinom između osoba među kojima je tražbina nastala. Dužnik nije mogao izraziti svoj pristanak na zajedničko raspolaganje ako nije bio svjestan odnosa među vjerovnicima. Nadomještati konstitutivnost dužnikova znanja zaštitom njegove dobre vjere protivilo bi se relativnosti obveznih odnosa.[60]

Valja primijetiti da je zajedničko raspolaganje kao temeljno načelo zajedničarstva odredbama ZOO-a bitno oslabljeno u pogledu ispunjenja tražbine. Budući da zajednička imovina, osim ulozima, nastaje poslovanjem vanjskog ortaštva (čl. 638. st. 1. ZOO-a) i da se svi ortaci nalaze u obveznom odnosu, moglo bi se očekivati da je dužnik obvezan ispuniti svim ortacima zajednički. Čl. 648. st. 3. ZOO-a, međutim, određuje da, prije nego što svi ili neki ortaci zahtijevaju ispunjenje, dužnik može ispuniti obvezu ortaku kojeg sam izabere.[61] Ako dužnik ispuni samo jednome ortaku ili čak svima, ali po dijelovima, neće nastati zajednička imovina,[62] nego će ortaci iz svojeg unutarnjeg odnosa imati zahtjev prema ortacima koji su primili ispunjenje da stečeno prenesu u zajedničku imovinu.

Takvo se rješenje ne može svesti ni na opća zakonska pravila o odnosima s više vjerovnika, jer u korist dužnika još radikalnije oslabljuje obvezu skupnog ispunjenja. U slučaju djeljive obveze s više vjerovnika, dužnik ne bi mogao ispuniti kome hoće, nego svakom vjerovniku u visini njegova dijela (čl. 41. st. 1. ZOO-a). Kad bi se radilo o nedjeljivoj obvezi, dužnik bi se načelno mogao osloboditi ispunjenjem samo svim vjerovnicima zajedno (čl. 64. st. 2.

---

[58] Čl. 118. ZV-a, koji govori o stjecanju od nevlasnika, odnosno čl. 61. st. 2. ZV-a koji govori o stjecanju trećih osoba stvari koje su u zajedničkom vlasništvu.

[59] Markovinović, H., *op. cit.* u bilj. 42, str. 36-39.

[60] Moglo bi se činiti da su navedeni zaključci protivni čl. 648. st. 6. ZOO-a, prema kojemu se prigovor da tražbina pripada imovini ortaštva ne može istaknuti prema dužniku koji to nije znao niti mu je moralo biti poznato. Ta odredba zvuči kao da usvaja načelo povjerenja u promet u slučajevima kad treća osoba nije morala znati da ulazi u obvezni odnos s ortaštvom. Ako bi se tako protumačila, to bi moglo dovesti do očito nepravičnih posljedica. Primjerice, dužnik sklopi ugovor s više vjerovnika, a prema nekima od njih ima vlastite tražbine iz ranijih ugovora. Iako je dužnik računao s mogućnošću prijeboja, prijeboj bi postao nemoguć nakon što ga vjerovnici obavijeste da se nalaze u odnosu ortaštva. Od tog trenutka dužnik se ne može pozivati na to da nije znao da tražbina pripada imovini ortaštva. Taj primjer jasno pokazuje zašto se načelo povjerenja u promet ne može nadomjestiti znanjem o bitnim sastojcima obveznih odnosa. Čl. 648. st. 6. ZOO-a zato treba protumačiti kao u njemačkom pravu, da se odnosi samo na slučajeve derivativnog stjecanja, tj. kad je ortaštvo tražbinu protiv dužnika steklo cesijom (Schäfer, C., u: Habersack, M. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. svezak, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 720., para. 2.). U tom se slučaju relativnost obveznog odnosa štiti cesijskim pravilima o zaštiti dužnika (o tome v. Markovinović, H., *op. cit.* u bilj. 42, str. 187 i dalje). Tada dužniku određene okolnosti uistinu nisu morale biti poznate jer se odnose na novog vjerovnika, s kojim obvezni odnos originalno nije ni nastao.

[61] To pravilo podsjeća na odredbu o solidarnosti vjerovnika (čl. 55. st. 2. ZOO-a).

[62] Takvo zaključivanje za njemačko pravo u Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 60, § 718. para. 18. Nema nikakva razloga da ono ne bi vrijedilo i za hrvatsko pravo, budući da i u njemačkom i u hrvatskom pravu zajednička imovina nastaje na jednak način, ulozima i poslovanjem vanjskog ortaštva. V. i bilj. 8 i 9.

ZOO-a).[63] Odredba čl. 648. st. 3. ZOO-a zbog toga se ne može iskoristiti kao argument u prilog tome da dužnik u trenutku sklapanja ugovora nije morao znati da ulazi u obvezni odnos s ortacima. Upravo suprotno, ta odredba dužniku pruža beneficij u odnosu na obveze s više vjerovnika baš zato što je sklopio ugovor s ortaštvom.[64]

Nakon što to zatraži neki od ortaka, dužnik može ispuniti samo svim ortacima zajedno (čl. 648. st. 2. i 3. ZOO-a).[65] To je izravna posljedica načela zajedničarstva.[66] Treba ipak primijetiti da bi se ona mogla konstruirati i iz općih odredaba o dužnikovu ispunjenju. Čl. 164. st. 1. ZOO-a propisuje da dužnik mora ispuniti obvezu, među ostalim, osobi koju odredi vjerovnik. Vjerovnikovi razlozi pri tome nisu bitni niti moraju biti poznati dužniku. Razlika je ipak u tome što će u slučaju ortaštva dužnik znati da ortacima zahtjev pripada isključivo zajednički. Budući da je individualno ispunjenje, prije nego što ga neki od ortaka pozove, dužnikov privilegij, a ne i dužnost, treba uzeti da bi dužnik mogao odbiti ispunjenje ako bi ga neki od ortaka tražio ispunjenje isključivo za sebe, bez posebnog ovlaštenja ostalih ortaka.

Usprkos značajnom favoriziranju dužnika u pogledu ispunjenja, može se zaključiti da je ne samo stupanje svih ortaka u obvezni odnos nego i znanje dužnika o tom njihovu svojstvu konstitutivno za nastanak vanjskog ortaštva. Samo će u tom slučaju načela zajedničarstva prema trećim osobama imati prednost pred pravilima o obvezama s više dužnika i više vjerovnika.[67]

---

[63] Čl. 64. st. 2. ZOO-a, istina, ne govori o dužnikovu samoinicijativnom ispunjenju, nego samo o vjerovničkom zahtijevanju zajedničkog ispunjenja. To se, međutim, mora shvatiti i u obrnutom smjeru, da se dužnik može osloboditi samo ispunjenjem svima (to sugerira i Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005, str. 104 te Blagojević, B. T.; Krulj, V., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1983, koji napominju da bi dužnik trebao predmet činidbe položiti na sud ako se vjerovnici ne mogu dogovoriti o primanju ispunjenja). U suprotnom bi se, bez ikakva opravdanja, narušili opravdani interesi vjerovnika zajednički primiti činidbu. U tom smislu jasnija je odredba § 432. BGB-a, koja izričito određuje da, u slučaju nedjeljivih obveza, dužnik može ispuniti, kao i vjerovnici tražiti, samo zajedničko ispunjenje.

[64] Može se pretpostaviti da se zakonodavac odlučio za pogodovanje dužnika jer će prema ortaku koji je primio ispunjenje ostali ortaci ionako imati zahtjev iz svojeg unutarnjeg odnosa da stečeno prenese u zajedničku imovinu. Opravdanost takva pogodovanja dužniku upitna je jer je on svjesno sklopio ugovor s ortaštvom pa nema razloga rizik prijenosa u zajedničku imovinu s njega prebacivati na ostale ortake. Zakonodavac je pri tome i nekonzistentan jer tretira prijeboj drugačije od ispunjenja, iako su oboje usporedivi načini prestanka obveze. Dužnik po svom izboru može ispuniti samo jednom vjerovniku (čl. 648. st. 3. ZOO-a), ali ne bi mogao staviti u prijeboj tražbinu koju ima isključivo prema njemu (čl. 648. st. 5 ZOO-a).

[65] Iznimka od toga postojala bi samo ako bi ortak od svih ortaka bio ovlašten sam primiti ispunjenje (čl. 648. st. 2. ZOO-a). Može se postaviti pitanje pravne naravi tog ovlaštenja. Ovlaštenje se može sastojati u punomoći i u tom slučaju ortak koji traži ispunjenje djeluje u ime svih ortaka. To ovlaštenje može također predstavljati jednostavno oslobođenje dužnika ortaštva od obveze na zajedničko ispunjenje (u skladu s čl. 164. ZOO-a). U tom bi slučaju ortak koji prima ispunjenje djelovao samo u svoje ime, a stečeno bi bio obvezan prenijeti u zajedničku imovinu ortaštva. Ako bi pak to ovlaštenje značilo da ortak može zadržati primljeno, radilo bi se o ugovoru o darovanju između vanjskog ortaštva i jednog od njegovih ortaka (čl. 479. ZOO-a, čl. 647. st. 2. ZOO-a).

[66] Tako i Barbić, J., *Imovina u društvima bez pravne osobnosti*, Liber amicorum Nikola Gavella, Zagreb, 2007, str. 84.

[67] O tome Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 84, Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 21.

3.2. Ortaci kao dužnici

Ako s vjerovnikom nije drugačije ugovoreno, ortaci su solidarni dužnici (čl. 648. st. 4. ZOO-a), što znači da svaki od njih može, a na zahtjev i mora, u cijelosti ispuniti dug. To znači da ne postoji zajedničarstvo na dugu na način na koji postoji na tražbini. U režimu zajedničarstva može se nalaziti samo imovina, aktiva, a ne i dugovi. Vjerovniku ipak nipošto nije svejedno nalazi li se u obveznom odnosu s ortacima ili „običnim" solidarnim dužnicima. Ako vjerovnik ishodi presudu protiv samo jednog ili nekolicine ortaka, neće se moći namiriti izravno iz zajedničke imovine ortaštva. Ortaci koji nisu obuhvaćeni presudom moći će istaknuti izlučni prigovor treće osobe koja ima određeno pravo na predmetu ovrhe da je ovrha nedopuštena (čl. 59. Ovršnog zakona, dalje: OZ[68]). U slučaju da je znatan dio imovine ortaka unesen u zajedničku imovinu, lako je moguće da njihove odvojene imovine neće biti dovoljno velike da vjerovnik namiri svoju tražbinu.

Važnost izravnog zahvata u zajedničku imovinu ne umanjuje u čl. 652. st. 5. ZOO-a predviđena mogućnost da vjerovnik nekog od ortaka zaplijeni njegov udio, otkaže ortaštvo i namiri se iz ortakova prava na povrat stvari koje su dane samo na upotrebu (*quad usum*) te iz ortakova prava na otpremninu.[69] Ortakova tražbina s naslova otpremnine svodi se na sudjelovanje u ukupnoj dobiti i gubitku na dan prestanka njegova članstva (čl. 654. st. 5. ZOO-a).[70] Vjerovnik će, prema tome, moći zahvatiti imovinu samo ako je aktiva ortaštva veća od pasive, i to u onom dijelu koji na tog ortaka otpada. To ga stavlja u znatno nepovoljniji položaj nego da se, temeljem ovršne isprave protiv svih ortaka, namiri iz čistog iznosa zajedničke imovine, neovisno o dugovima.[71]

Pljenidba otpremnine primjeren je način namirenja za vjerovnike pojedinih ortaka iz obveznih odnosa u kojima ne sudjeluje vanjsko ortaštvo, odnosno ostali ortaci. Ti su vjerovnici ušli u odnos samo s jednim od ortaka pa ne bi ni bilo opravdano da zahvate više nego što bi to mogao ortak čiji se udio plijeni. S druge strane, taj put nije ni najmanje prikladan za vjerovnike vanjskog ortaštva jer je zajednička imovina nastala upravo zajedničkim sudjelovanjem u pravnom prometu, među ostalim i temeljem istog obveznog odnosa iz kojeg je nastala vjerovnikova tražbina. Tako bi npr. vjerovnik koji postavi zahtjev za vraćanjem zajma samo protiv nekih ortaka kao solidarnih dužnika mogao ostati bez tog iznosa, jer on ulazi u zajedničku imovinu pa se, prije eventualne pljenidbe udjela i isplate otpremnine, „obračunava", saldira, s ukupnim dugovima ortaštva.

---

[68] Ovršni zakon, *NN* 112/12, 25/13. Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 154, 155.
[69] Više v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 124 i dalje, str. 140.
[70] Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 126.
[71] To je ujedno jedna od najvažnijih razlika između režima zajedničarstva u ortaštvu kakvo poznaju hrvatsko i njemačko pravo i režima suvlasništva, koje usvaja austrijsko pravo (v. bilj. 16). U njemačkom pravu vjerovnik također može plijeniti samo udio ortaka u dobiti ortaštva (§ 725. BGB-a, tako Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 60, § 725. para. 24.). U austrijskom Općem građanskom zakoniku (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, zadnje izmjene BGBl. I Nr. 179/2013; dalje: ABGB), s druge strane, nema posebne odredbe o vjerovničkoj pljenidbi ortačkog udjela. Budući da se ortačkim suvlasničkim udjelom može raspolagati, makar i protivno ugovoru o ortaštvu, nema razloga da se vjerovnik, kao treći, ne namiri iz čiste vrijednosti imovine koja otpada na pojedinog ortaka (Hofmann, T., *op cit.* u bilj. 16, str. 31; Krejci, H., *op. cit.*, u bilj. 16, str. 228).

Odgovornost zajedničkom imovinom samo ako se zahtjev postavi prema svim ortacima još je jedan argument u prilog gore iznesenom stajalištu da treća osoba mora znati da stupa u obvezni odnos s vanjskim ortaštvom. Postavljajući zahtjev za ispunjenjem, vjerovnik se očituje želi li se namiriti iz zajedničke imovine ili iz odvojenih imovina pojedinih ortaka. To se razlikuje od situacije kad vjerovnik na suprotnoj strani ima obične solidarne dužnike, koji odgovaraju pukim zbrojem svojih odvojenih imovina. Kod solidarnosti dužnika nema kvalitativne razlike zahtijeva li se ispunjenje od jednog, nekolicine ili svih dužnika.[72]

Razlikovanje zahtjeva koji su usmjereni na zajedničku imovinu od onih kojima se može zahvatiti samo odvojena imovina ortaka u interesu je svih ugovornih strana. Zbog toga treba uzeti u obzir da će katkad htjeti njima različito raspolagati. Ako vjerovnik ugovori određenu iznimku ili oslobođenje od odgovornosti samo s pojedinim ortakom, opravdano je pretpostaviti da su imali na umu isključivo njihov individualni odnos te da su ortaka htjeli osloboditi samo od odgovornosti njegovom odvojenom imovinom.[73] Ta iznimka ili oslobođenje ne vrijede u odnosu s vanjskim ortaštvom pa ih ne može istaknuti ni taj ortak ako je vjerovnikov zahtjev usmjeren na namirenje isključivo iz zajedničke imovine. Zato se smatra da vjerovnik može isključiti tzv. subjektivne prigovore postavljanjem zahtjeva prema svim ortacima te naglašavanjem da traži ispunjenje od ortaštva, odnosno iz zajedničke imovine.[74] Ortak bi tada mogao koristiti samo objektivne prigovore, kao što su prigovor da obveza nije nastala, da nije dospjela, da je već ispunjena ili da je prestala na neki od drugih zakonom propisanih načina, da je vjerovnik u zakašnjenju (čl. 49. ZOO-a), da je dug otpušten prema svim ortacima (čl. 45. ZOO-a) ili da obnova duga djeluje prema svim ortacima (čl. 46. ZOO-a).[75] Budući da ortaku nije bilo dopušteno isticati okolnosti iz njegova individualnog odnosa s vjerovnikom, ni vjerovnik neće moći provesti ovrhu na njegovoj odvojenoj imovini.

Subjektivne prigovore ortak bi mogao s uspjehom koristiti ako vjerovnik postavi zahtjev protiv njega, nekolicine ili čak svih ortaka, ali bez naznačivanja da zahtijeva ispunjenje iz zajedničke imovine. U tom slučaju ortaku uvijek prijeti opasnost da se vjerovnik namiri (i) iz njegove osobne, odvojene imovine.[76] Subjektivni su prigovori ortaka, primjerice, da

[72] Postavljanje zahtjeva protiv svih ortaka čini kvalitativnu, a ne samo kvantitativnu razliku jer omogućuje izravan zahvat u izdvojenu imovinsku masu. Primjera radi, ako postoje četiri „obična“ solidarna dužnika s približno jednakim imovinama, vjerovnik postavljanjem zahtjeva protiv svakog sljedećeg povećava proporcionalno imovinu koju može zahvatiti za 1/4. S druge strane, kod četiri solidarno odgovorna ortaka s približno jednakim imovinama, od kojih svaki s polovicom imovine sudjeluje u zajedničkoj imovini, postavljanjem zahtjeva protiv prva tri dužnika vjerovnik može izravno (bez pljenidbe udjela) zahvatiti maksimalno 3/8 imovine, dok obuhvaćanje posljednjeg ortaka tužbenim zahtjevom donosi povećanje raspoložive imovine za 5/8. Iz ekonomske perspektive granična dobit (u smislu sigurnosti namirenja) zahvaćanja posljednjeg ortaka daleko je iznadproporcionalna.

[73] Radi se, naravno, o oborivoj presumpciji. Budući da je tražbina dio vjerovnikove imovine, nema nikakva razloga zašto on ne bi mogao ugovoriti da pojedini ortak spomenutu osobitost ili oslobođenje ne može koristiti i ako je zahtjev usmjeren prema vanjskom ortaštvu. Moguće je, dapače, kao ugovor u korist trećega s pojedinim ortakom ugovoriti da se svi ortaci mogu koristiti navedenim osobitostima i oslobođenjima.

[74] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 154.

[75] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 156-158.

[76] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 155.

je obveza nastala nakon što je on prestao biti ortakom, da je s vjerovnikom ugovorio namirenje tražbine isključivo iz zajedničke imovine, da je s vjerovnikom ugovorio da će namirenje tražbine iz odvojene imovine ortaka uslijediti tek ako namirenje iz zajedničke imovine ne uspije, da je s vjerovnikom ugovorio da će prvo tražiti namirenje od nekog drugog ortaka, da prebija svoje tražbine iz ranijeg odnosa s vjerovnikom s vjerovnikovom tražbinom[77] (čl. 44. st. 2. ZOO-a), da mu je vjerovnik otpustio dug s individualnim učinkom (čl. 45. st. 2. ZOO-a), da je s vjerovnikom obnovu ograničio samo na dio obveza koji na njega otpada (čl. 46. st. 2. ZOO-a), da je s vjerovnikom sklopio nagodbu koju ostali ortaci nisu prihvatili (čl. 47. ZOO-a), da je tražbina zastarjela (čl. 51. ZOO-a), da na njega nema učinak zakašnjenje drugog ortaka (čl. 50. ZOO-a), da na njega nema učinak priznanje duga drugog ortaka (čl. 50. ZOO-a).[78] Podrazumijeva se da bi pojedini ortaci protiv kojih je postavljen zahtjev mogli koristiti i objektivne prigovore jer se oni odnose na samu narav tražbine, neovisno o subjektivnim svojstvima dužnika.

Razlikovanje zahtjeva usmjerenih prema zajedničkoj i odvojenoj imovini osobito je nužno ako se uzme u obzir praktična potreba primanja novih članova u ortaštvo, uz očuvanje njegova identiteta prema trećim osobama. Kad to ne bi bilo moguće, bile bi ugrožene tržišne pozicije mnogih vanjskih ortaštava koja imaju određeni krug stalnih klijenata (ortaštva koja vode poduzeće, npr. zajedničko obavljanje obrta). Iako bez izričitog zakonskog uporišta, u hrvatskoj sudskoj praksi i pravnoj znanosti zbog toga je nesporno da novi ortaci mogu stupiti u ortaštvo pristupom ili prijenosom udjela.[79]

Za kontinuitet vanjskog ortaštva ključno je da se zahtjev koji smjera na namirenje iz zajedničke imovine može postaviti i prema novom ortaku. U suprotnom, vjerovnik se više ne bi mogao izravno namiriti iz zajedničke imovine jer bi takva ovrha bila nedopuštena (čl. 59. OZ-a). Da nije došlo do promjene ortaka, još bi se moglo uzeti da je vjerovnik sam „kriv“ što zahtjevom nije obuhvatio sve ortake. Ovako bi se vjerovnik našao u znatno lošijem položaju, a da na to nije mogao nikako utjecati. Na taj bi se način jedna od funkcija zajedničke imovine[80] kao osiguranja vjerovnika vanjskog ortaštva pretvorila u svoju

---

[77] Ne i da je prijeboj već izvršen, što bi bio objektivni prigovor da je obveza prestala, koji mogu koristiti i drugi ortaci (čl. 44. st. 1. ZOO-a).

[78] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 158-161.

[79] Za sudsku praksu v. VSRH Rev 1783/2010-2 od 22. 5. 2012., preuzeto s www.iusinfo.hr dana 1. 8. 2014., koji prihvaća navode nižestupanjskih sudova da je došlo do promjene ortaka u zajedničkom obavljanju obrta u obliku ortaštva (sadašnji čl. 33. Zakona o obrtu, *NN* 134/13). Za pravnu znanost v. Barbić J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50-54.; Markovinović, H., *op. cit.* u bilj. 42, str. 113. Istog su stajališta i njemačko i austrijsko pravo.

[80] Zajednička imovina služi osiguranju vjerovnika jer onemogućuje raspolaganje pojedinih ortaka, a da za to nisu opunomoćeni. Kad bi ugovorom o ortaštvu bilo ugovoreno da ne nastaje zajednička imovina, vjerovnik bi za to znao jer, ako je ujedno i dužnik ortaštva, na to bi morao pristati (v. bilj. 9, kao i poglavlje 3.1.). Nastanak zajedničke imovine, naravno, ne pruža nikavu sigurnost da će ta zajednička imovina i dalje postojati. Dužnik ne može spriječiti ustup tražbina, ali ga štite cesijska pravila na način da zadržava prigovore koje bi imao prema ortacima (čl. 84. ZOO-a). Zaštitna funkcija zajedničke imovine vidljiva je i iz toga što se u fazi likvidacije iz zajedničke imovine najprije podmiruju dugovanja ortaštva, a ako su nedospjela ili sporna, u zajedničkoj se imovini ostavlja onoliko koliko je potrebno za njihovo podmirenje (čl. 658. st. 1. ZOO-a). Iako su te odredbe dispozitivne (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 182; VSRHRev-x 181/09-2 od 3. 6. 2009., preuzeto s pretraživača sudske prakse VSRH, http://sudskapraksa.vs

suprotnost. Vjerovnik bi se čak mogao naći u lošijem položaju nego da je u ugovornom odnosu sa samo jednim ortakom iz unutarnjeg ortaštva.[81]

Upitno je, međutim, po kojoj bi pravnoj osnovi novi ortak bio odgovoran za obveze nastale prije nego što je on stupio u ortaštvo, s obzirom na to da nikad nije stupio u kontakt s vjerovnikom.[82] Treba početi od već spomenutog razlikovanja zahtjeva kojim se može namiriti samo iz zajedničke imovine i zahtjeva kojim se može namiriti i iz odvojene imovine ortaka. U skladu s dispozitivnošću obveznih odnosa, vjerovnik i ortaci mogu svojim ugovorom te zahtjeve različito oblikovati. Ako to odgovara njihovim zajedničkim interesima, katkad se takvo različito oblikovanje može i presumirati. Kao što je objašnjeno, vjerovnik ulazi u obvezni odnos s ortacima upravo s obzirom na to njihovo svojstvo. Ako dođe do promjene ortaka, vjerovniku je u interesu da mu odgovaraju ne samo osobe s kojima je sklopio ugovor nego ortaci kao nositelji zajedničke imovine. Zbog toga je opravdano pretpostaviti da on konkludentno ugovara da će mu, osim konkretnih ortaka, svojim udjelom u zajedničkoj imovini odgovarati svakodobni ortaci. To je podjednako i u interesu ortaka koji sklapaju ugovor s vjerovnikom jer smanjuje vjerojatnost da će se u budućnosti vjerovnik namirivati iz njihovih odvojenih imovina, a oni onda imati tek regresni zahtjev prema zajedničkoj imovini.[83] Takva bi pogodba predstavljala ugovor na teret budućih ortaka, koji njome nisu vezani sve dok ne izraze svoj pristanak (čl. 341. ZOO-a, čl. 312. ZOO-a). Novi ortaci izražavaju svoj pristanak na navedene odredbe u trenutku ulaska u ortaštvo, što dovodi do valjanog pristupanja dugu

rh.hr/supra/Default.asp?Menu=Pocetna dana 1. 8. 2014.), one znače da je vjerovniku i nakon nastupa razloga za prestanak ortaštva najoportunije zajednički tužiti sve ortake.

[81] U slučaju unutarnjeg ortaštva vjerovnik nije ni mogao računati s namirenjem iz zajedničke imovine. Kod vanjskog ortaštva može se pretpostaviti da je vjerovnik računao s imovinom zajedničkog ortaštva, koja bi mu promjenom ortaka postala nedostupnom.

[82] Jedno od mogućih rješenja bilo bi pristupanje dugu u slučaju preuzimanja neke imovinske cjeline (čl. 102. ZOO-a). Njegova je privlačnost u tome što se radi o kogentnoj odredbi koja služi zaštiti vjerovnika u slučajevima kad dolazi do prijenosa imovine na novog nositelja. Ipak, pažljivije razmatranje pokazuje da ta odredba ne može poslužiti za učinkovito uspostavljanje odgovornosti novih ortaka zajedničkom imovinom. Preuzimatelj imovinske cjeline odgovarao bi isključivo do vrijednosti njezine aktive u trenutku preuzimanja, a ne i za vrijednost za koju se ta imovinska cjelina poveća nakon tog trenutka (to, među ostalim, sugeriraju Blagojević, B. T.; Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 63, str. 453, i Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 63, str. 155). U većini slučajeva nakon preuzimanja imovinska cjelina neće ni ostati izdvojena, nego će se stopiti s ostalom preuzimateljevom imovinom, npr. u slučaju prijenosa poduzeća, budući da jedan nositelj može imati samo jedno poduzeće, preneseno poduzeće postaje dijelom već postojećeg poduzeća. Za ortaštvo bi to značilo da se odgovornost novog ortaka poklapa s visinom njegova udjela u zajedničkoj imovini samo u trenutku ulaska u ortaštvo. Čim se vrijednost zajedničke imovine, a time i udjela, izmijeni, novi bi ortak s naslova čl. 102. ZOO-a odgovarao s manjom ili većom vrijednošću od svojeg udjela. Ako bi takva odgovornost bila manja, novi bi ortak opet mogao istaknuti izlučni prigovor da je ovrha na zajedničkoj imovini nedopuštena. U austrijskom se pravu za odgovornost novih ortaka djelomično zagovara primjena § 1409. ABGB-a, koji približno odgovara čl. 102. ZOO-a (Hofmann, T.; *op cit.* u bilj. 16, str. 132-139). Valja napomenuti da ABGB nepovoljnost te odredbe za preuzimatelja ublažava kvalifikacijom da stjecatelj imovine pristupa samo onim dugovima za koje je prilikom preuzimanja znao, odnosno morao znati. Teret dokaza da je preuzimatelj znao, odnosno morao znati na vjerovniku je (Mayrhofer, H., *Das Recht des Schuldverhältnisse, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1. Abteilung – Allgemeine Lehre*, Wien, 1986, str. 530). Njemačko je pravo ukinulo odgovarajuću odredbu § 419. BGB-a jer je smatralo da nerazmjerno privilegira vjerovnika (Möschel, W., u: Rebmann, K.; Säcker, F. J.; Rixecker, R. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. svezak, Verlag C. H. Beck, 2003, München, § 419. para. 2., 7.).

[83] Barbić, J., *op cit.* u bilj. 1, str. 153.

(čl. 101. ZOO-a). Pristupanje dugu samo po sebi njima nije u interesu, ali, budući da je ortaštvo zajednica ne samo imovine nego i osoba i njihovih dugova, samo na taj način mogu steći članstvo.[84]

Izložena analiza pokazuje da, iako su ortaci isključivi nositelji obveza kao solidarni dužnici, treba odvojeno promatrati njihovu odgovornost zajedničkom imovinom od odgovornosti odvojenom imovinom. Vjerovniku je od odlučujuće važnosti izravno namirenje iz zajedničke imovine i zbog toga na takav zahtjev načelno ne utječu prigovori iz njegovih odnosa s pojedinačnim ortacima kao ni promjena članske strukture ortaštva. Vjerovnik to može postići samo ako u svojem zahtjevu naznači da traži namirenje od ortaka u njihovu članskom svojstvu, odnosno iz zajedničke imovine. Takva odgovornost ortaka predstavlja paralelu zajedničarstvu na tražbinama kad ortaci nastupaju kao vjerovnici.

Hrvatsko pravo ne priznaje pravnu sposobnost ortaštvu kao takvom. Kad se, međutim, svi ortaci zajednički očituju kao vjerovnici ili dužnici, oni stječu drugačiji krug prava i obveza nego što bi ih stekli kao skup pojedinaca na istoj ugovornoj strani. Na taj se način ortaštvo i bez posebnog priznanja statusnog prava izdvaja kao oblik udruživanja koji ima čvrsto oblikovan identitet na obveznopravnoj razini.

4. PRIZNAVANJE STRANAČKE SPOSOBNOSTI ORTAŠTVU U HRVATSKOM PRAVU

Opisano stanje hrvatskog prava približno se poklapa s njemačkom tradicionalnom teorijom o naravi ortaštva prije nego što mu je priznata pravna sposobnost. Postavlja se pitanje postoji li u hrvatskom pravu mogućnost priznavanja pravne sposobnosti ortaštvu i postoji li uopće za tim potreba.

Već su izložene odredbe ZOO-a koje pravnu sposobnost vežu uz status fizičke ili pravne osobe, a ortaštvu nedvosmisleno odriču pravnu osobnost. Ondje gdje je statusno materijalno pravo restriktivno pravila postupovnog prava možda mogu ponuditi rješenje. ZPP u čl. 77. st. 3. predviđa „parnični sud može, iznimno, s pravnim učinkom u određenoj parnici, priznati svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koji inače ne bi imali stranačku sposobnost, ako utvrdi da, s obzirom na predmet spora, u suštini

[84] Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 48 i dalje. To se može povezati i s čl. 641. st. 5. ZOO-a i zabranom da ortak raspolaže samo svojim udjelom u zajedničkoj imovini. Radi se o prisilnom propisu jer ni svi ortaci zajedno ne bi nekom trećem mogli prenijeti udio u zajedničkoj imovini, a da ujedno ne postane članom ortaštva s odgovarajućim pravima i obvezama. To bi, među ostalim, bilo protivno čl. 57. st. 2. ZV-a, prema kojem stvar može biti u zajedničkom vlasništvu samo temeljem zakona. Može se postaviti pitanje bi li se ugovorom o ortaštvu moglo ugovoriti da novi ortak stekne takav članski udio koji ne bi uključivao odgovornost za već nastale, nego samo za buduće obveze? Takvo što ne bi se smjelo dopustiti jer ulaskom u ortaštvo ortak ulazi u ukupnost odnosa koji su, osobito prema trećim osobama, jedinstveni i nepodijeljeni (tako za njemačko pravo Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 60, § 719. para. 4.-7.; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 27, § 719. para. 2.-3.; slično i Flume, W., *op. cit.* u bilj. 6, str. 190). Treba imati na umu da je zajednička imovina i nastala *ex lege* upravo zajedničkim djelovanjem ortaka prema trećim osobama (čl. 638. st. 1. ZOO-a). Razdvajanje obveza od imovine bilo bi protivno samoj biti vanjskog ortaštva. Podjela odgovornosti unutar ortaštva izigrala bi vjerovnike, koji više ne bi mogli izravno zahvatiti zajedničku imovinu.

udovoljavaju bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti, a osobito ako raspolažu imovinom na kojoj se može provesti ovrha". ZPP, dakle, za razliku od ZOO-a, koji ne dopušta mogućnost novih pravno sposobnih entiteta, krug nositelja stranačke sposobnost ostavlja otvorenim.[85]

Na prvi se pogled može činiti da priznavanje stranačke sposobnosti, s učinkom u pojedinoj parnici, ne može utjecati na pravnu sposobnost. Stranačka sposobnost (*ius standi in iudicio*) u znanstvenoj se literaturi određuje isključivo u odnosu na postupovne posljedice, kao svojstvo nekog pravnog subjekta da bude nositeljem parničnih procesnih prava i dužnosti.[86] Priznaje se svim imateljima pravne sposobnosti (čl. 77. st. 1. ZPP-a), jer kad to ne bi bilo tako, neke kategorije građanskopravnih ovlaštenika ostale bi bez sudske zaštite, koja je jedno od ustavnih jamstava.[87] Utjecaj između pravne i stranačke sposobnosti, međutim, nužno je obostran jer imatelj stranačke sposobnosti mora moći sudjelovati u rezultatima konkretne parnice.[88] On je vezan pravomoćnošću presude koja stvara, utvrđuje ili nalaže ispunjenje određenih materijalnopravnih obveza. Ograničena stranačka sposobnost na taj će način dovesti do ograničene pravne sposobnosti tog oblika udruživanja.[89]

Najprije treba utvrditi udovoljava li ortaštvo pretpostavkama koje se traže po čl. 77. st. 3. ZPP-a. Ta se odredba može raščlaniti na dva osnovna dijela: mora se raditi o obliku udruživanju koji inače ne bi bio stranački sposoban (4.1.) i takav oblik udruživanja mora u suštini udovoljavati bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti, i to s obzirom na predmet spora (4.2.). Raspolaganje imovinom na kojoj se može provesti ovrha nije nužno, ali pomaže prilikom procjene udovoljava li oblik udruživanja bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti.[90] Nakon što se utvrdi da ortaštvo načelno udovoljava pretpostavkama čl. 77. st. 3. ZPP-a, treba objasniti kako priznavanje stranačke sposobnosti utječe na pravnu sposobnost ortaštva (4.3.). Osobito je važno razumjeti kako se takva ograničena pravna sposobnost može pomiriti s time da izvan konkretne parnice ortaci ostaju nositeljima prava i obveza.

Čl. 77. st. 3. ZPP-a određuje da i nakon udovoljavanja nužnim pretpostavkama sud samo „može" priznati stranačku sposobnost obliku udruživanja. Ostaje razmotriti koji bi argumenti išli u prilog priznavanju stranačke, a onda i pravne sposobnosti ortaštvu (4.4.). S obzirom na potrebe pravne sigurnosti i ujednačavanja sudske prakse treba zagovarati

[85] Zbog toga se u znanstvenoj literaturi smatra da je krug stranački sposobnih osoba širi od kruga pravno sposobnih osoba, v. Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 304; za primjere v. Dika, M., *Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 31. i dalje.
[86] V. i Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 303. Slična, još šira definicija nalazi se i u Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 28.
[87] Čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (*NN* 85/10). Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 303-304 i 8.
[88] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35, 36.
[89] Detaljnije objašnjenje tog zaključka u poglavlju 4.3.
[90] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35, bilj. 73.

konvergenciju kriterija tako da se priznavanje stranačke sposobnosti ne svede na sudsku samovolju.[91]

4.1. Oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti

Sintagma „oblik udruživanja" iz čl. 77. st. 3. ZPP-a sugerira kako nije dovoljno da se radi o skupu fizičkih osoba, nego da taj skup mora djelovati u nekom smjeru koji je prepoznao kao zajednički. Udruživanje podrazumijeva koordinirano djelovanje k ostvarenju zajedničkog cilja, a to je ujedno i osnova ortaštva te uopće svih društava.[92] Zajednički cilj ortaka jest *differentia specifica* ugovora o ortaštvu u odnosu na čiste ugovore obveznog prava i ono što tvori njegovu organizacijsku narav.[93] Nije teško zaključiti da će svako ortaštvo udovoljavati prvoj pretpostavci čl. 77. st. 3. ZPP-a u smislu da je oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti.

Ostaje još razmotriti je li oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti širi pojam od ortaštva ili se oni u potpunosti preklapaju. Drugim riječima, koji još oblici udruživanja ulaze u doseg čl. 77. st. 3. ZPP-a? Iako se oblik udruživanja može činiti širim pojmom od ortaštva, čija su obilježja prilično precizno uređena ZOO-om, detaljnija analiza pokazuje da se ti pojmovi u najmanju ruku približavaju.

Iz pojma oblik udruživanja trebalo bi u svakom slučaju isključiti sve tvorevine javnog prava. Javna se tijela mogu osnovati samo na temelju izričite zakonske ovlasti.[94] Moglo bi se pretpostaviti da je zakon, dajući stranačku sposobnost nekim javnim tijelima, svjesno isključio njezino postojanje za ostala. Javno pravo ne predviđa mogućnost da dođe do samoinicijativnog okupljanja koje bi tek naknadno tražilo priznavanje pravne osobnosti ili stranačke sposobnosti. Već i na jezičnoj razini teško bi se za članove javnog tijela moglo reći da se „udružuju". To se razlikuje od privatnopravnih tvorevina, kod kojih su dopušteni različiti, dotada nepredviđeni oblici povezivanja, dok god nisu protivni kogentnim propisima. S tim je suglasna i sudska praksa, koja je zauzela stav da veleposlanstvo,[95] ministarstvo[96] i mjesni odbor[97] ne mogu biti strankom u postupku jer ne ispunjavaju uvjete da im se to na temelju ZPP-a prizna. Stjecanje stranačke sposobnosti javnopravnih

[91] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 36.
[92] Čl. 637. st. 1. ZOO-a, Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 5, 133 i dalje.
[93] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 11.
[94] Čl. 5. st. 1. Ustava Republike Hrvatske određuje da u Republici Hrvatskoj svi zakoni moraju biti u skladu s Ustavom, a ostali propisi s Ustavom i zakonom. Čl. 19. Ustava određuje da akti tijela koja imaju javne ovlasti moraju biti utemeljeni na zakonu.
[95] VSRH, Revr 997/09-2, od 7. 9. 2011. (preuzeto s http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra dana 21. 11. 2012.).
[96] OS Krapina, P-277/97, od 18. 1. 2000. (preuzeto s http://www.sudacka-mreza.hr dana 21. 11. 2012.).
[97] ŽS Dubrovnik, Gž-2161/06, od 4. 1. 2007. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse, http://www.ingbiro.com/ dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 1.2007).

tvorevina, neovisno o pravnoj osobnosti, uvijek će se oslanjati na čl. 77. st. 2. ZPP-a, odnosno ona će im biti dodijeljena posebnim zakonom.[98]

Ostaje razmotriti koje se sve zajednice privatnoga prava mogu smatrati oblicima udruživanja bez pravne osobnosti. Osim društava, privatno pravo poznaje i različite druge entitete s pravnom osobnošću (npr. zaklade, fundacije) ili bez nje (suvlasništvo, zajedničko vlasništvo, nasljednička zajednica, bračna stečevina, stečajna masa nakon prestanka postojanja stečajnog dužnika).[99] Svima je njima zajedničko da se ne radi o udruživanju osoba, nego isključivo o imovinskim zajednicama.[100] Iako se katkad u znanstvenoj literaturi i za njih koristi naziv „udruženja", on se upotrebljava ponajprije kad im sam zakon dodjeljuje pravnu osobnost.[101] Bez izravnog zakonskog uporišta imovina podvrgnuta određenom režimu, koju ne prati koordinirano djelovanje imatelja te imovine, ne bi se mogla nazvati udruživanjem.[102] Udruživanje podrazumijeva djelovanje radi ostvarenja zajedničkog cilja, što upućuje na pravo društava.

Osim ortaštva, hrvatsko pravo poznaje i druga društva bez pravne osobnosti: tajno društvo, udrugu bez pravne osobnosti te preddruštva društava pravnih osoba.[103] Svako od tih društava po svojoj je strukturi blisko ortaštvu i na sva se propisi o ortaštvu primjenjuju podredno.[104] Moglo bi se reći da se ostala društva bez pravne osobnosti

[98] Čl. 77. st. 2. ZPP-a propisuje da se posebnim propisima određuje tko može biti stranka u postupku. Na taj su način u određenim slučajevima predviđena stranačka sposobnost državnog odvjetnika i Vlade Republike Hrvatske (detaljnije v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 33, 34).

[99] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 10, 134.

[100] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 134. V. čl. 2. Zakona o zakladama i fundacijama (*NN* 36/95, 64/01); čl. 36. ZV-a i dalje te čl. 57. ZV-a i dalje; čl. 248. i dalje Obiteljskog zakona (*NN* 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13); čl. 141. i dalje Zakona o nasljeđivanju (*NN* 48/03, 163/03, 35/05, 127/13); čl. 141. st. 7. i čl. 63. st. 5. Stečajnog zakona (*NN* 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 187/04, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13, dalje SZ).

[101] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 14, str. 134, 135. Čak i kad se radi o pravnoj osobi, imovinsku zajednicu ispravnije bi bilo nazvati „zajednicom stvari", kao prijevodom lat. *universitas rerum*, nego udruživanjem, jer samo se osobe mogu udružiti u pravom smislu te riječi.

[102] To potvrđuje i sudska praksa. VTS, Pž-5319/06, od 17. 9. 2008. (preuzeto s http://www.iusinfo.hr/Default.aspx dana 21. 11. 2012.); ŽS Dubrovnik, Gž-2/06, od 17. 1. 2008. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse s http://www.ingbiro.com/ dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.6, 1.2008); ŽS Koprivnica, Gž-1757/05-2, od 4. 11. 2005. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse s http://www.ingbiro.com/ dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.64, 1.2006) odbili su priznati stranačku sposobnost temeljem čl. 77. st. 3. ZPP-a suvlasničkoj zajednici. V. i VTS, Pž 2184/05-3, od 17. 8. 2005, (preuzeto s http://www.iusinfo.hr/Default.aspx dana 21. 11. 2012.) i ŽS Dubrovnik, Gž-435/09, od 9. 4. 2009. (preuzeto iz ING Pregled sudske prakse s http://www.ingbiro.com/ dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 1.2009), koji su odbili priznati stranačku sposobnost zajedničkoj pričuvi koja je u režimu zajedničkog vlasništva (čl. 90. ZV-a).

[103] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 73; Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 13, str. 154; Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 30. Kao primjer gdje je stranačka sposobnost priznata udruzi bez pravne osobnosti (savez sindikata kao udruga više razine u smislu čl. 229. st. 1. Zakona o radu, *NN* 149/09, 61/11, 82/12, 73/13. dalje: ZR, koja nije imala pravnu osobnost v. USRH, U-III-1199/97 od 5. 4. 2001., preuzeto iz: Gerkman-Rudec, R., Stranke u postupku - presjek prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Hrvatska pravna revija* 7-8 (2005), str. 200.

[104] Za tajno društvo v. čl. 149. st. 2. ZTD-a, za udrugu bez pravne osobnosti v. čl. 3. Zakona o udrugama, a za preddruštvo društava osoba v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 94. Moglo bi se, dapače, reći da su ta društva podvrsta ortaštva (tako npr. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 66, str. 79. za tajno društvo, kao i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 9 za preddruštvo društava osoba, iako na drugom mjestu (str. 32.) da je ortaštvo i preddruštvo bolje smatrati različitim oblicima društava).

odnose prema ortaštvu kao posebno prema općem. Prva pretpostavka iz čl. 77. st. 3. ZPP-a odnosi se, prema tome, u prvom redu na društva osoba bez pravne osobnosti, od kojih je ortaštvo najvažniji predstavnik.[105]

4.2. Suštinsko udovoljenje bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti s obzirom na predmet spora

Druga pretpostavka za priznavanje stranačke sposobnosti zakonski je formulirana kao „suštinsko udovoljenje bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti s obzirom na predmet spora". Lako je uočiti nedostatke takva izričaja. Upućuje se, naime, na bitne uvjete za stjecanje stranačke sposobnosti, koji se kao takvi nigdje ne navode, nego se stranačka sposobnost enumerativno daje dvjema kategorijama – fizičkih i pravnih osoba (čl. 77. st. 1. ZOO-a). Zbog toga što se radi o skupini osoba, oblik udruživanja iz čl. 77. st. 3. ZPP-a može udovoljiti uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti samo ako udovolji uvjetima za stjecanje pravne osobnosti.[106] Procesno pravo na taj način posredno upućuje na materijalno statusno pravo. Za tumačenje čl. 77. st. 3. ZPP-a, prema tome, bit će odlučujuća svojstva pravnih osoba. Pri tome je dovoljno da se tim svojstvima udovolji „u suštini", dakle u njihovim najvažnijim crtama.

Iako je u hrvatskom pravu krug pravnih osoba zatvoren, njihovi su oblici raznovrsni te je njihove zajedničke osobine moguće izdvojiti samo na najopćenitijoj razini. Izuzev službenog čina priznavanja pravne osobnosti, koji oblicima udruživanja iz čl. 77. st. 3. ZPP-a svakako nedostaje, kao najvažnije karakteristike pravnih osoba navode se čvrsta i trajna organizacija te imovina odvojena od imovine njihovih članova.[107] Značaj imovine izričito prepoznaje i čl. 77. st. 3. ZPP-a, kada kao jedan od bitnih uvjeta navodi raspolaganje imovinom na kojoj se može provesti ovrha. Pri tome se raspolaganje imovinom ne smije shvatiti u doslovnom smislu, budući da oblik udruživanja bez pravne osobnosti ne može biti formalnim nositeljem imovinskih prava. Smisleno protumačena, ta odredba znači da treba postojati imovina izdvojena iz osobne imovine osoba koje se udružuju, koja obliku

---

[105] Po pitanju tumačenja pojma „oblik udruživanja" sudska je praksa neujednačena i zakonske kriterije ne primjenjuje uvijek dosljedno. Iako se dijelovima već postojećih pravnih osoba, kao što su podružnice ili organi, ne bi mogla priznati stranačka sposobnost jer oni djeluju u ime te pravne osobe (tako VTS, Pž-3376/05-3 od 25. 5. 2005.; VTS, Pž-2588/04-3 od 6. 6. 2007., oboje preuzeto s http://www.sudacka-mreza.hr dana 21. 11. 2012.; ŽS Bjelovar, Gž-1316/05-2, od 26. 9. 2005., ING Pregled sudske prakse, preuzeto s http://www.ingbiro.com/ dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, 1.2011, za predstavništvo v. VSRH, Rev 828/2005-2 od 24. 1. 2006., preuzeto s http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra dana 21. 11. 2012.), ima i presuda gdje je podružnicama stranačka sposobnost priznavana (VSRH, Revr 287/06-2 od 5. 7. 2006. i VSRH, Gž 8/05-2 od 9. 6. 2005., oboje preuzeto s http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra dana 21. 11. 2012.; prema takvu stavu s pravom kritičan Dika, M., op. cit. u bilj. 85, str. 31 i 38).

[106] Tako i Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35.

[107] V. Klarić, P.; Vedriš, M.; *op. cit.* u bilj. 4, str. 48 i dalje. O različitim teorijskim koncepcijama pravne osobe u njemačkom pravu v. Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bügerlichen Rechts, Die Juristische Person*, Springer Verlag, 1983, str. 1-31. Iako se shvaćanja razlikuju, kao „realna osnova" pravne osobe, neovisno o dodjeljivanju pravne osobnosti, najčešće se spominju udruživanje osoba i odvojena imovina.

udruživanja stoji na raspolaganju radi ostvarenja njegova cilja. Samo se na taj način, uvjetno rečeno, može smatrati da oblik udruživanja „raspolaže“ imovinom.

Čak i kad to nije posebno ugovoreno, ortaštvo će uvijek imati određene organizacijske elemente, kakvi su svojstveni i pravnim osobama. Smatra se da je ugovor o ortaštvu ne samo obveznopravni nego i organizacijski ugovor, što, među ostalim, znači da je organizacija jedno od njegovih bitnih obilježja.[108] Razina organiziranosti i njezino trajanje proizlaze iz cilja ortaštva. Izuzev prigodnih ortaštava, uglavnom će se raditi o trajnom odnosu,[109] često i na neodređeno vrijeme (čl. 652. st. 1. ZOO-a). Ako vanjsko ortaštvo ima imovinu, ona će se nalaziti u režimu zajedničarstva (čl. 638. st. 3. ZOO-a) i postojat će za čitavo vrijeme njegova trajanja.[110] Kao što je objašnjeno, eventualna promjena članstva neće dovesti u pitanje kontinuitet te imovine. Na zajedničkoj imovini moći će se provesti ovrha ako se ishodi ovršna isprava protiv svih ortaka. Ortaštvo će, prema tome, u većini slučajeva udovoljavati bitnim uvjetima za stjecanje pravne osobnosti. To će se osobito odnositi na ortaštva čiji je cilj vođenje poduzeća,[111] na duže ili neodređeno vrijeme. S druge strane, prigodna ortaštva bez imovine uglavnom ne bi prolazila test čl. 77. st. 3. ZPP-a.

Od ostalih oblika udruživanja uvjete za stjecanje pravne osobnosti najpotpunije ispunjavaju preddruštva društava pravnih osoba.[112] Budući da je njihova registracija u sudskom registru samo završni čin dodjeljivanja pravne osobnosti, preddruštva će do toga trenutka morati udovoljiti svim zakonskim pretpostavkama, inače će sud odbaciti, odnosno odbiti prijavu.[113] To znači da preddruštvo u sadržajnom smislu ima sva svojstva koja će imati i nakon registracije. To se osobito odnosi na organizaciju[114] i imovinu preddruštva.[115] Tajno društvo, s druge strane, neće ispunjavati uvjete za stjecanje pravne osobnosti jer se radi o unutarnjem društvu koje kao takvo ne nastupa u pravnom prometu. Ono ne raspolaže imovinom izdvojenom iz osobne imovine njegovih članova, nego tajni član ulaže svoju imovinu u poduzetnikovo poduzeće (čl. 148. ZTD-a). Za udrugu bez pravne sposobnosti vrijede propisi o ortaštvu, što znači da postoji organizacija te da može

[108] Barbić, J.; *op. cit.* u bilj. 1, str. 5.
[109] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 37-39.
[110] To je vidljivo iz čl. 655. st. 1. toč. 3. ZOO-a, prema kojem ortaštvo prestaje propašću zajedničke imovine. Razumije se da na taj način ne bi prestalo ortaštvo kojem imovina nije potrebna za ostvarenje zajedničkog cilja.
[111] V. odluku ŽS Koprivnica, Gž-39/01-2, od 12. 7. 2001. (preuzeto s pretraživača sudske prakse VSRH, http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/Default.asp?Menu=Pocetna dana 1. 8. 2014.), u kojoj se radilo o ortaštvu za vođenje poduzeća.
[112] Slično i Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35, koji kao oblike udruživanja koji ispunjavaju uvjete za pravnu osobnost navodi oblike udruživanja koji ispunjavaju uvjete propisane za trgovačka društva osoba – javno trgovačko i komanditno društvo. Isti autor ipak, pomalo proturječno, smatra da čl. 77. st. 3. ZPP-a ne bi uključivao preddruštva jer su njihovi osnivači određeni kao nositelji prava i obveza (str. 37).
[113] Čl. 45. st. 4. Zakona o sudskom registru (*NN* 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13), koji određuje da će se prijava koja ne bude ispravljena odbaciti, odnosno odbiti u skladu sa zakonom.
[114] Što je vidljivo iz čl. 62. st. 4. ZTD-a, prema kojem prijavu za upis u sudski registar podnose članovi određeni za zastupanje, odnosno izabrani organi preddruštva.
[115] Koja je, prije registracije, zajednička imovina osnivača, čl. 6. st. 2. ZTD-a.

nastati zajednička imovina. Udruga ne smije djelovati s namjerom stjecanja dobiti (čl. 2. st. 1. Zakona o udrugama), što znači da imovina, osobito većeg opsega, uglavnom neće biti ključna za ostvarenje njezina cilja. Može se pretpostaviti da će takva udruga rjeđe proći test čl. 77. st. 3. ZPP-a nego preddruštvo ili ortaštvo koje vodi poduzeće.

Vrlo važan element čl. 77. st. 3. ZPP-a jest što se bitni uvjeti za stjecanje stranačke sposobnosti ne ocjenjuju apstraktno, nego s obzirom na predmet spora. U procesnopravnoj teoriji predmet spora određuje se kao „pravo" tužitelja da, s obzirom na rezultate konkretnog postupka, njegov zahtjev bude prihvaćen.[116] To mijenja uobičajeni odnos stranačke sposobnosti i procesne legitimacije.[117] Stranačka je sposobnost, inače, apstraktna sposobnost biti nositeljem procesnih prava i dužnosti, neovisna o pojedinoj parnici, a procesna legitimacija označava odnos stranke prema konkretnom predmetu spora.[118] To znači da će se ocjeni procesne legitimacije uobičajeno pristupiti tek nakon što se utvrdilo da navodna stranka ima stranačku sposobnost. Iz uloge predmeta spora u čl. 77. st. 3. ZPP-a proizlazi da se stranačka sposobnost može priznati samo u slučaju ako sud prethodno ocijeni da je stranka procesno legitimirana.[119]

Uloga predmeta spora u čl. 77. st. 3. ZPP-a ne ograničava se na postojanje procesne legitimacije. Zakon jasno kaže da u odnosu na predmet spora moraju biti zadovoljeni bitni uvjeti za stjecanje stranačke sposobnosti, koji su, kao što je pokazano, zapravo uvjeti materijalnog statusnog prava. Teško je zamisliti kako bi se svojstva pravnih osoba mogla dovesti u vezu s predmetom spora u njegovu čisto procesnom značenju. S obzirom na predmet spora, oblik udruživanja mogao bi se usporediti s pravnom osobom samo na način da se pojavi u ulozi tužitelja ili tuženika. Jasno je da puko stavljanje u pasivnu ili aktivnu procesnu poziciju, podizanje tužbe ili bivanje tuženim, bez dodatnih okolnosti, ne može dovesti do priznavanja stranačke sposobnosti. U suprotnom bi institut bio potpuno cirkularan pa bi netko zadovoljavao pretpostavku stranačke sposobnosti upravo time što je naveden kao stranka. Nameće se zaključak da je zakonodavac u čl. 77. st. 3. ZPP-a pod

---

[116] Dika, M., *Građansko parnično pravo, Tužba*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 177.

[117] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 69, aktivnu procesnu legitimaciju definira kao ovlaštenje da se u svojstvu tužitelja protiv određenog tuženika vodi parnica u kojoj je istaknut određeni kondemnatorni, konstitutivni ili deklaratorni tužbeni zahtjev, a pasivnu procesnu legitimaciju kao pravnu poziciju određenog tuženika protiv kojega je stanoviti tužitelj ovlašten voditi takvu parnicu.

[118] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 32, 58.

[119] Hrvatski su se sudovi u priznavanju stranačke sposobnosti znali i pretjerano osloniti na procesnu legitimaciju pa su na temelju nje, *praeter legem*, priznavali stranačku sposobnost nekim tvorevinama koje ne udovoljavaju ostalim pretpostavkama čl. 77. st. 3. ZPP-a. Tako je npr. VSRH, Gž 26/05-2 od 24. 10. 2005. (preuzeto s http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra dana 21. 11. 2012.), priznao stranačku sposobnost izbornom odboru za provođenje izbora za radničko vijeće, iako je njegov cilj jednokratan (čl. 143. i dalje ZR-a), nema trajnu organizaciju ni imovinu (osobito jer je nema ni radničko vijeće, čl. 154. st. 2. ZR-a) niti sliči društvu s obzirom na to da se ne osniva na temelju pravnog posla, nego prisilne odredbe zakona. Budući da odredbe ZR-a ne preciziraju tko može biti tužen u slučaju teške povrede obveza ZR-a o izborima za radničko vijeće (čl. 161. st. 1. ZR-a samo određuje da izborni odbor, među ostalima, može nastupiti u ulozi tužitelja), Vrhovni je sud priznao stranačku sposobnost izbornom odboru kao „onome koji teškim kršenjem odredaba ZR-a utječe na rezultate izbora". Iz toga je vidljivo da sud priznanje stranačke sposobnosti nije utemeljio na udovoljavanju bitnim uvjetima za stjecanje pravne osobnosti, nego na bliskoj povezanosti s posrednim predmetom spora. Sličnu je odluku donio i ŽS Koprivnica, GŽ-78/97-2, od 28. 8. 1997. (preuzeto s http://www.sudacka-mreza.hr dana 21. 11. 2012.).

predmetom spora mislio ne samo na tužbeni zahtjev kao neposredni predmet spora nego i na materijalna prava i obveze koji su obuhvaćeni tužiteljevim zahtjevom, odnosno na posredan predmet spora. To bi značilo da se oblik udruživanja mora moći usporediti s pravnim osobama upravo u pogledu prava i obveza o kojima se u parnici raspravlja. Drugim riječima, prava i obveze morali bi nastati u vezi s ciljem zbog kojeg je došlo do udruživanja,[120] a tražbine biti dijelom izdvojene imovine oblika udruživanja.

Ortaštvo će u većini slučajeva zadovoljiti kriterije čl. 77. st. 3. ZPP-a jer se radi o obliku udruživanja koji, iako nema pravnu osobnost, po svojim osobinama sliči pravnoj osobi, posebno ako ima trajnu organizaciju i zajedničku imovinu s kojima nastupa u pravnom prometu. Osim toga, u konkretnom će slučaju valjati ocijeniti ima li ortaštvo procesnu legitimaciju u odnosu na neposredan predmet spora te jesu li prava i obveze o kojima se raspravlja (posredan predmet spora) u vezi s ostvarenjem njegova cilja.

4.3. Utjecaj priznavanja stranačke sposobnosti na pravnu sposobnost ortaštva

Stranačka sposobnost znači da ortaštvo može biti nositeljem procesnih prava i dužnosti, što uključuje i posljedice pravomoćnosti sudske presude. Postavlja se pitanje znači li to da bi ortaštvo, kojem bi se priznala stranačka sposobnost, postalo i nositeljem materijalnih prava i obveza koji su posredan predmet spora. Procesna teorija u određenim slučajevima dopušta da netko bude ovlašten ne samo voditi postupak (procesna legitimacija) nego i ishoditi za sebe povoljnu presudu (stvarna legitimacija), a da sam nije ovlaštenik materijalnog zahtjeva (materijalnopravna legitimacija).[121] Primjer toga jest kad netko učini vjerojatnim svoj pravni interes da sud donese deklaratornu presudu o postojanju nekog pravnog odnosa u kojem on sam izravno ne sudjeluje, nego ga pogađa na neki drugi način. Moglo bi se protumačiti da je svrha čl. 77. st. 3. ZPP-a priznati stranačku sposobnost obliku udruživanja samo kad on i ne tvrdi da je nositelj materijalnih prava i obveza, nego traži njihovo ostvarenje za nekog drugog (u prvom redu svoje članove).[122]

Iako privlačnost takva shvaćanja leži u tome što ne bi došlo do promjene nositelja materijalnih prava, postoji nekoliko uvjerljivih razloga zašto se čl. 77. st. 3. ZPP-a ne može

[120] Vezivanje priznavanja stranačke sposobnosti uz cilj oblika udruživanja dobiva na važnosti u svjetlu promjena koje su se dogodile s donošenjem ZOO-a 2005. Do tad je čl. 54. Zakona o obveznim odnosima iz 1978. određivao da ugovori sklopljeni izvan okvira pravne osobnosti nemaju pravni učinak. Iako i ZOO iz 2005. propisuje da pravna osoba može sklapati ugovore samo u okviru svoje pravne sposobnosti, pravni su poslovi koje sklopi izvan toga valjani (čl. 274. st. 2. ZOO-a). Pravna osoba, prema tome, ima opću pravnu sposobnost. Čl. 77. st. 3. ZPP-a sugerira da bi za oblike udruživanja bez pravne osobnosti bilo drugačije i da bi prava i obveze koji su posredni predmet spora morali biti u skladu s ciljem oblika udruživanja. Takva ograničavajuća funkcija čl. 77. st. 3. ZPP-a potpuno je opravdana jer, iako su pravni poslovi sklopljeni izvan predmeta poslovanja pravne osobe valjani u svrhu zaštite trećih osoba, nema potrebe da to isto vrijedi u iznimnim situacijama priznavanja stranačke sposobnosti za potrebe konkretne parnice. U tim slučajevima ne štite se treće osobe jer, s obzirom na opće odredbe o odgovornosti, one ionako nisu mogle računati s odgovornošću i sa stranačkom sposobnošću oblika udruživanja bez pravne osobnosti, nego samo njegovih članova.

[121] O tome detaljnu raspravu v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 58-84, osobito str. 67-73.

[122] Ako se čl. 77. st. 3. ZPP-a shvati na takav način, a oblik udruživanja tvrdi da je sam nositelj prava i obveza, tužbu bi već na početku postupka trebalo odbiti zbog nedostatka stvarne legitimacije.

ograničiti na takav način.[123] U prvom redu to bi značilo da se obliku udruživanja može priznati stranačka sposobnost samo kada nastupa u ulozi tužitelja. On bi tada ostvarivao u svoje ime zahtjev svojih članova, dakle tuđi tužbeni zahtjev.[124] Oblik udruživanja ne bi se mogao pojaviti kao tuženik jer procesno pravo ne dopušta da tuženik bude netko na koga se tužbeni zahtjev ne odnosi. Čak i deklaratornim tužbenim zahtjevom moraju biti obuhvaćeni oni između kojih određeni pravni odnos navodno postoji (pozitivna deklaratorna tužba), odnosno ne postoji (negativna deklaratorna tužba).[125] Takvo ograničavanje čl. 77. st. 3. ZPP-a dovelo bi u pitanje svrhu čitavog instituta jer on u prvom redu ima smisla kada je oblik udruživanja tuženik. Tada se štiti tužitelja na način da se ne mora zamarati utvrđivanjem članstva oblika udruživanja koji mu se u pravnom prometu predstavljao kao jedinstvena cjelina.[126] Kad je oblik udruživanja tužitelj, nije značajna razlika hoće li tužbeni zahtjev njegovih članova biti postavljen u njegovo ili njihovo ime. Za ortaštvo je to posebno aktualno jer svaki od ortaka može postaviti vlastiti materijalni zahtjev za zajedničkim ispunjenjem (čl. 648. st. 2. ZOO-a).

Nadalje, izričaj čl. 77. st. 3. ZPP-a sugerira da bi upravo oblik udruživanja trebao postati nositeljem prava i obveza. Već je objašnjeno[127] da se traži da oblik udruživanja udovoljava pretpostavkama za pravnu osobu u odnosu na materijalna prava i obveze koji su posredan predmet spora, što znači da moraju biti u funkcionalnoj vezi s njegovim ciljem. Osim toga, čl. 77. st. 3. ZPP-a spominje mogućnost da oblik udruživanja „raspolaže imovinom". Jasno je, prema tome, da je odlučujući kriterij za priznavanje stranačke sposobnosti materijalnopravni, dakle odnos oblika udruživanja prema pravima i obvezama o kojima se u sporu raspravlja. Drugačije bi bilo da se stranačka sposobnost priznaje samo u svrhu procesne ekonomičnosti.

Naposljetku, povijest nastanka i sudska praksa potvrđuju da primjena čl. 77. st. 3. ZPP-a dovodi do toga da oblik udruživanja postaje nositeljem prava i obveza. Priznavanje stranačke sposobnosti jedan je od rijetkih instituta hrvatskoga prava koji je nastao kreativnim sudačkim djelovanjem i prije nego što je za to postojala zakonska osnova. Sudovi su samoinicijativno reagirali na nastanak različitih kolektivnih djelovanja, a zakonodavac je donošenjem ZPP-a 1976. legalizirao tu pravosudnu intervenciju.[128] Glavni

---

[123] Tako i Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 35-36, koji navodi da oblik udruživanja postaje nositeljem prava i obveza.

[124] Za kondemnatorni ili konstitutivni zahtjev stvarnu legitimaciju imaju samo oni koji tvrde da su sami ovlaštenici materijalnopravnog zahtjeva, odnosno kojima to zakon izričito priznaje (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 75 i dalje; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 396-409). Postoje, ipak, slučajevi u kojima su hrvatska praksa i doktrina dopustili postavljanje tuđeg materijalnopravnog zahtjeva u vlastito ime (po uzoru na „procesno namjesništvo" njemačkog prava, *die Prozessstandschaft*). Tako je član d. o. o.-a ovlašten u svoje ime ostvariti zahtjev društva prema drugom članu (*actio pro socio*, v. Barbić, J., *Društva kapitala – Svezak II.*, Organizator, Zagreb, 2013, str. 283; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 77). Moglo bi se analogno konstruirati i da je ortaštvo takav „procesni namjesnik" koji ostvaruje tužbeni zahtjev ortaka u vlastito ime.

[125] Primjere za to v. Triva, S.; Dika, M., op. cit. u bilj. 85, str. 398. Ne postoji nešto poput „procesnog namjesništva" na pasivnoj strani.

[126] O tome više u poglavlju 4.4. b).

[127] V. poglavlje 4.2.

[128] *NN* 4/77, *Službeni list SFRJ*; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 306. Posljedica je takva nastanka da se u usporedivim pravnim sustavima germanskoga kruga, na koje se naša procesnopravna teorija najviše

kriterij za kojim su se sudovi vodili bilo je sudjelovanje tih oblika udruživanja u pravnom prometu, što ih je praktički izjednačavalo s pravnim osobama.[129] Činjenica da je zakonodavac zadržao taj institut i nakon prestanka socijalističkog uređenja pokazuje da on ima svoju funkciju i u tržišnom gospodarstvu. I u novije vrijeme sudovi tumače čl. 77. st. 3. ZPP-a na sličan način, dodjeljujući oblicima udruživanja ograničenu pravnu sposobnost za potrebe konkretne parnice.[130] Može se zaključiti da je putem građanskog procesnog prava zakonodavac namjerno ostavio prostora proširenju kruga nositelja pravne sposobnosti.

Postavlja se pitanje kako uskladiti ograničenu pravnu sposobnost ortaštva, dodijeljenu za potrebe određene parnice, s općom pravnom sposobnošću koja pripada ortacima. Budući da se ortaci razlikuju od ortaštva kojem je priznata pravna sposobnost, radikalna bi posljedica bila da svatko od njih ostaje nositeljem vlastitog kruga prava i obveza. To bi značilo da postoje dvije imovine (imovina ortaštva i zajednička imovina ortaka), s tim da ortaštvo kao takvo svojom imovinom uopće više ne bi moglo raspolagati s obzirom na to da i ne postoji izvan spomenute parnice.

Jasno je da je takvo shvaćanje neodrživo. Čl. 77. st. 3. ZPP-a ima smisla samo ako se protumači da postoji identitet između oblika udruživanja kojem je dodijeljena pravna sposobnost i njegovih članova kao uobičajenih nositelja prava i obveza. To proizlazi iz čl. 77. st. 3. ZPP-a, koji sugerira da je oblik udruživanja „raspolagao imovinom“ i prije priznavanja stranačke sposobnosti (čl. 77. st. 3. ZPP-a). To se mora shvatiti u smislu da postoji izdvojena imovina kojom udružene osobe mogu raspolagati kad djeluju u tom svojstvu, u skladu s ciljem udruživanja.

U slučaju vanjskog ortaštva identitet između ortaštva kao pravno sposobnog i njegovih članova očit je. Već je objašnjeno da će zajednička imovina izravno nastati temeljem pravnih poslova samo ako se ortaci prema trećima predstave kao takvi.[131] Ako se u korist stranački sposobnog ortaštva donese presuda, imovina koju je ono steklo postaje dijelom

---

oslanja, ne može naići na slično rješenje. Tako npr. § 50. njemačkoga ZPO-a predviđa samo da je stranački sposoban tko je pravno sposoban (uz iznimku za udruge bez pravne osobnosti). Čl. 6. švicarskoga *Zivilprozessordnung* (AS 2012 1739) također stranačku sposobnost veže isključivo uz pravnu sposobnost.

[129] Tipični primjer oblika udruživanja kojima su sudovi priznavali stranačku sposobnost jesu odbori za elektrifikaciju sela i slične kolektivne akcije. Iako u socijalizmu nije postojala podjela između privatnog i javnog prava u današnjem smislu, oblici kolektivnih akcija najprije bi se mogli podvesti pod današnji pojam ortaštva jer su utemeljeni na privatnopravnom udruživanju. Osobito se to tiče oblika udruživanja kao što su udruženi korisnici prava mlinarenja (VsHRev 2754/87 – PSP 48/98 u: Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 306). Razlog priznavanja stranačke sposobnosti bilo je njihovo „aktivno sudjelovanje u pravnom prometu“, što znači da im je priznavana i pravna sposobnost (Triva, S.; Dika M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 306).

[130] VSRH, REV-110/1994-2 od 7. 2. 1999. (preuzeto s http://www.sudacka-mreza.hr dana 3. 12. 2012.). Iako je tamo tuženik bio „poslovna jedinica“, iz obrazloženja presude proizlazi da se ne radi o poslovnoj jedinici kao dijelu pravne osobe, nego o jedinici koja „sklapa pravne poslove, dakle, stječe prava i obveze“. U današnjoj sistematizaciji prava društava, s obzirom na to da je ono otvoreni razred, takva se poslovna jedinica najviše približava ortaštvu. V. i presudu VTS, Pž 7393/06-3 od 13. 2. 2007. (preuzeto s http://www.iusinfo.hr/Default.aspx dana 21. 11. 2012.), u kojoj se radilo o tužbi na predaju posjeda – iako je sud tek spomenuo mogućnost da prvostupanjski sud prizna stranačku sposobnost. Ako bi do toga došlo, bila bi priznata u tom pogledu i pravna sposobnost oblika udruživanja.

[131] V. poglavlje 3.1.

zajedničke imovine ortaka, kojom onda oni mogu raspolagati u skladu s općim pravilima.[132]

4.4. Prednosti priznavanja stranačke sposobnosti ortaštvu

Zadovoljenje pretpostavki iz čl. 77. st. 3. ZPP-a, kao što je već spomenuto, ima za posljedicu da sud ortaštvu „može" priznati stranačku sposobnost. Takav se izričaj mora shvatiti kao poziv na sudačko uspostavljanje dosljednih kriterija kada stranačku sposobnost priznati, a kada je otkloniti. Pri tome sudovi moraju podjednako uzeti u obzir interese ortaštva i njegova parničnog protivnika, neovisno o tome tko je postavio zahtjev za priznavanjem stranačke sposobnosti.[133] U suprotnom bi se moglo dogoditi da jedna od stranaka bude stavljena u lošiji položaj bilo u procesnom bilo u materijalnopravnom smislu, čak i da se naruše njezina stečena prava.[134]

U ovom će se dijelu razmotriti koje bi okolnosti išle u prilog priznavanju stranačke sposobnosti ortaštvu. Neke su od njih materijalnopravne prirode, tj. odnose se na posljedice koje će priznanje stranačke sposobnosti ortaštva imati na njegovu pravnu sposobnost. Druge su okolnosti čisto procesne prirode i odnose se na brže i jednostavnije vođenje postupka.

4.4.1. Odgovornost zajedničkom imovinom ortaštva razdvaja se od odgovornosti odvojenom imovinom ortaka

Imovina koju pravno sposobno ortaštvo stekne u parnici postaje dijelom zajedničke imovine na koju se primjenjuju opća pravila (čl. 642., 643., 648. ZOO-a). Iz toga se ne smije zaključiti da je priznavanje pravne sposobnosti samo naziv bez ikakvih stvarnih posljedica. Imovina ortaka ionako je dovoljno zaštićena režimom zajedničarstva te ne bi bilo velike razlike ni da je ortaštvo pravna osoba.[135] Materijalnopravna prednost priznavanja pravne sposobnosti postoji u odnosu na odgovornost za obveze nastale

---

[132] Primjera radi, ni u njemačkom pravu, priznajući pravnu sposobnost ortaštvu, BGH nije želio reći da je ortaštvo nešto drugo nego zajednica svojih članova. Samo je zato i bilo moguće priznati pravnu sposobnost ortaštvu, a da to ne izazove tektonske promjene u obliku kontinuiteta i stečenih prava dotadašnjih ortaka.

[133] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 36. ZPP ne sadrži posebne odredbe o inicijativi za priznavanje stranačke sposobnosti. Očito je da sam tužbeni zahtjev, u kojem je kao stranka imenovan oblik udruživanja bez stranačke sposobnosti, sadrži zahtjev za njezinim priznavanjem. Inicijativa će, prema tome, uglavnom biti na strani tužitelja. Bilo bi, međutim, zamislivo i da skupina tuženih suparničara postavi zahtjev za priznavanje jedinstvene stranačke sposobnosti njihovu kolektivu. Takav bi se zahtjev mogao uvažiti samo ako ni na koji način ne mijenja tužbeni zahtjev. Ortaštvo bi se, naravno, moglo nalaziti u obje procesne pozicije.

[134] Da obje stranke mogu imati interesa za priznavanjem stranačke sposobnosti, vidljivo je iz toga što bi obje imale pravo na žalbu protiv rješenja suda kojim odbija zahtjev za priznanje stranačke sposobnosti (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 36).

[135] Tako npr. ni imovina javnog trgovačkog društva nije ništa bolje „zaštićena" od zajedničke imovine ortaka. Dapače, imovinom javnog trgovačkog društva načelno će moći raspolagati svaki član društva (čl. 91. ZTD-a), dok će imovinom ortaštva, ako ne postoji punomoć, moći raspolagati samo svi ortaci zajednički (čl. 642., 643. ZOO-a).

poslovanjem ortaštva. Već je objašnjeno kako vjerovniku nije svejedno hoće li tužiti samo pojedine ortake, što će značiti namirenje na njihovim osobnim, odvojenim imovinama, uz eventualnu pljenidbu ortačkog udjela, ili će tužiti sve ortake, što će dovesti do izravne odgovornosti zajedničkom imovinom. Objašnjeno je također kako vjerovnik može izbjeći subjektivne prigovore pojedinih ortaka samo ako u tužbenom zahtjevu naznači da će se namirivati isključivo na zajedničkoj imovini.

To rješenje zamjetno odudara od općih pravila obveznog prava, prema kojima se prigovori vežu uz osobu, a ne uz odgovornost određenom imovinom. Nije uobičajeno da se tužbeni zahtjev ograničava na imovinsku masu. Dužnik načelno može birati kojim će dijelom svoje imovine ispuniti činidbu koju mu presuda nalaže. Tek u ovršnom prijedlogu ovrhovoditelj navodi konkretne predmete ovrhe (čl. 5. OZ-a). Pri njihovu izboru ovrhovoditelj je obično ograničen samo zakonom, ne i ovršnom ispravom.[136] Priznavanje pravne sposobnosti ortaštvu zahtjeve usmjerene prema različitim imovinskim masama vratilo bi u dogmatski prihvatljivije okvire. Vjerovnik bi otklonio sve nedoumice oko toga hoće li tužiti ortaštvo, pojedine ortake ili sve njih zajedno. Ovisno o tome, ovrha bi se provodila na imovinama koje pripadaju točno određenom pravnom subjektu.

U slučaju da vjerovnik želi u ovrsi imati na raspolaganju i zajedničku i odvojenu imovinu ortaka, priznavanje pravne sposobnosti nudi više od dogmatski čiste konstrukcije. Kao što je izloženo, po trenutno važećem rješenju, vjerovnik može zahvatiti i zajedničku i odvojenu imovinu samo ako tuži sve ortake, a da se u tužbenom zahtjevu pritom ne ograniči na namirenje iz zajedničke imovine.[137] U tom slučaju, međutim, ortaci mogu istaknuti i svoje subjektivne prigovore i, ako uspiju, spriječiti ovrhu na zajedničkoj imovini. Ako bi se ortaštvu priznala pravna sposobnost, ortaci bi subjektivnim prigovorima sprečavali osobnu odgovornost, a objektivnim prigovorima odgovornost ortaštva. Tek bi se tada vjerovniku nedvojbeno isplatilo tako široko postaviti tužbeni zahtjev.

Bitno je istaknuti da priznavanje takve ograničene pravne sposobnosti ne bi ugrozilo stečena prava ortaka. Dugovi ortaštva nastali su sudjelovanjem u pravnom prometu pa je opravdano vjerovniku pojednostavniti zahvat u zajedničku imovinu, koja je također nastala takvim poslovanjem. Ortaci koji uspiju sa subjektivnim prigovorima ionako bi morali dopustiti regresno namirenje iz zajedničke imovine ortacima koji su vjerovnika namirili iz svoje osobne, odvojene imovine.[138]

4.4.2. Osigurava se kontinuitet prava i obveza prilikom promjene članstva

Kontinuitet odnosa s trećim osobama kao vjerovnicima u slučaju promjene ortaka najveći je problem s kojim se suočava osobna, solidarna odgovornost ortaka. Izloženo je rješenje

[136] V. čl. 4. st. 2. OZ-a, koji definira da su predmeti ovrhe stvari na kojima se po zakonu može provesti ovrha.
[137] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 155.
[138] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 153.

prema kojem bi se kontinuitet mogao objasniti konkludentno ugovorenim pristupanjem dugu na teret budućih ortaka (čl. 101., čl. 341. ZOO-a), na koji bi oni davali svoj pristanak ulaskom u ortaštvo.[139] Takvo rješenje počiva na presumpciji izvedenoj iz objektivnih interesnih pozicija ugovornih strana, bez uporišta u njihovim očitovanjima. Budući da je riječ o sklapanju ugovora, interesi razumne osobe ne bi smjeli potpuno nadomjestiti konkretne izjave volje (čl. 249 ZOO-a).[140] Osim toga, pitanje je što bi se dogodilo ako bi, prilikom prijma u ortaštvo, novi ortaci ugovorili da odgovaraju samo za buduće obveze ortaštva. Iako je u ovom radu zauzet stav da bi takva klauzula bila ništetna,[141] u najmanju je ruku upitno kako bi se o tome očitovali hrvatski sudovi, što vjerovnika izlaže dodatnom riziku.

Poseban problem čini vjerovnikovo saznavanje za identitet novih ortaka, osobito ako se radi o većim ortaštvima koja brzo mijenjaju članstvo.[142] Može se pretpostaviti da će jednostavno utužiti svoje ugovorne partnere, što će zajedničku imovinu ostaviti izvan dosega ovrhe. Iako bi se iz načela savjesnosti i poštenja mogla izvesti obveza ortaka da obavještavaju vjerovnika o promjeni članstva,[143] lako su moguće zlouporabe. Vjerovnik bi takve zloporabe mogao ispravljati samo putem zahtjeva za naknadom štete, za ostvarenje kojeg bi mu opet bilo ključno da dozna identitet svih ortaka.

Priznavanjem stranačke, a onda i pravne sposobnosti za potrebe određene parnice, pružilo bi se uvjerljivije objašnjenje odgovornosti ortaštva zajedničkom imovinom neovisno o članskoj strukturi. Konstrukcija pristupanja svim dugovima i ustupa svih tražbina postala bi suvišna. Vjerovnikova očitovanja volje ne bi se morala pretpostavljati niti bi novi ortak internim ugovaranjem mogao izbjeći odgovornost zajedničkom imovinom. Vjerovnik u tužbi ne bi morao navoditi sve ortake kao tuženike, nego bi bilo dovoljno da naznači ortaštvo onako kako mu se očitovalo u pravnom prometu.[144]

---

[139] V. poglavlje 3.2.

[140] Za njemačko pravo da se pristupanje dugu načelno ne bi smjelo pretpostaviti v. Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 297.

[141] V. bilj. 84.

[142] U njemačkom pravu takva društva s velikim brojem članova, čije se sudjelovanje temelji ponajprije na ulaganju kapitala, a ne na osobnim odnosima, predstavljaju poseban pojavni oblik ortaštva (i općenito društava osoba) pod nazivom *die Publikumsgesellschaft* (Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 27, § 705., para. 192.).

[143] Za austrijsko pravo tako Hofmann, T., *op. cit.* u bilj. 16, str. 134, 138.

[144] Ovo otvara posebno pitanje kako bi tužba protiv ortaštva trebala biti naslovljena. Iako to prelazi doseg ovog rada, dostajat će spomenuti da se u stranoj literaturi smatra da bi bilo dovoljno navesti ime pod kojim se pojavljuje u prometu, tj. tvrtku ortaštva. Mogu se navesti i ortaci, ali nije nužno da su svi navedeni, kao kod nužnog suparničarstva (Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 17, str. 996). Neki autori smatraju da upravo ta potreba određivanja ortaštva, kao različitog od njegovih članova, ima za posljedicu da se pravna sposobnost može priznati ne svim vanjskim ortaštvima nego samo onima koja imaju „oblikovan identitet“ (*die Identitätsausstattung*) u smislu tvrtke, sjedišta i organa (Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 22, str. 589).

4.4.3. Izbjegava se vođenje postupka protiv više jedinstvenih, odnosno nužnih suparničara

Da bi se uvidjele postupovne prednosti koje donosi priznavanje stranačke sposobnosti, potrebno je razmotriti kako se trenutačno rješavaju postupci u kojima sudjeluju ortaci. U hrvatskoj znanstvenoj literaturi tradicionalno je stajalište da su ortaci kao tužitelji procesno legitimirani samo zajednički, kao nužni suparničari.[145] Nužni su suparničari oni koji moraju kao stranke sudjelovati u postupku da bi vođenje parnice bilo dopušteno, jer bi u suprotnom bilo povrijeđeno načelo saslušanja.[146] Ako svi ortaci nisu nastupili kao tužitelji, sud bi morao odbiti tužbu.[147] Nužno suparničarstvo proizlazilo bi iz zajedničkog raspolaganja imovinom ortaštva. Takvo je rješenje, čini se, napušteno novim čl. 648. st. 2. ZOO-a iz 2005., koji određuje da svaki ortak može zahtijevati od dužnika da obvezu ispuni svim ortacima zajedno. Ta odredba predstavlja važnu iznimku od pravila da, ako ugovorom o ortaštvu nije drugačije određeno, poslovodstvo i zastupanje pripadaju svim ortacima zajednički (čl. 642. st. 1. ZOO-a). Ona daje svakome od ortaka vlastiti materijalnopravni zahtjev da od dužnika traži zajedničko ispunjenje.[148]

Iz takva materijalnopravnog ovlaštenja slijedi da bi svaki od ortaka bio procesno legitimiran na podizanje tužbe, ali bi mogao ishoditi povoljnu presudu samo ako je tužbenim zahtjevom zahtijevao ispunjenje svim ortacima. I dalje bi se, dakle, tražilo navođenje imena svih ortaka, ali sad kao isključivo meritorna pretpostavka, o kojoj će ovisiti tužiteljeva stvarna legitimacija.[149] Spor se može riješiti samo na jednak način prema svim ortacima, a pravomoćnošću presude bit će vezani i oni koji nisu osobno sudjelovali u postupku. To ih čini jedinstvenim suparničarima.[150] Za razliku od nužnih suparničara, dovoljno je da jedinstveni suparničari budu potencijalne stranke, što znači da bi se u bilo kojem trenutku, pa i u žalbi, mogli uključiti u parnicu.[151] Mogućnost

---

[145] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1., str. 150. Do priznavanja stranačke sposobnosti ortaštvu takvo je stajalište postojalo i u njemačkom pravu, npr. Ulmer, P.; Schäfer, C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 319.

[146] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 166.

[147] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 169. Sud bi odbijao, a ne odbacivao tužbeni zahtjev jer se nedostatak procesne legitimacije samo nekih ortaka izvodi iz njihova nedostatka stvarne legitimacije.

[148] Više v. poglavlje 3.1. Ne radi se, dakle, o vrsti „procesnog namjesništva" u kojem tužitelj ostvaruje tuđi materijalnopravni zahtjev, v. bilj. 124.

[149] V. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 67 i dalje. Stvarna legitimacija vjerovnika koji tuži značila bi da je on ovlašten ishoditi povoljnu presudu samo ako zahtjev postavi u odnosu na sve ortake.

[150] Za definiciju jedinstvenih suparničara v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 162. Kada pravomoćnošću presude ne bi bili vezani svi ortaci, moglo bi se dogoditi da idući ortak postavi tužbeni zahtjev koji se, međutim, može riješiti samo na jednak način kao i već donesena presuda. To se razlikuje od solidarnosti vjerovnika, gdje dužnik može dugovati solidarnu obvezu svakom od vjerovnika pod drugačijim uvjetima, zbog čega bi bilo moguće donijeti drugačiju presudu.

[151] U hrvatskom pravu razlika između nužnih i jedinstvenih suparničara vrlo je tanka. Svi su nužni suparničari ujedno i jedinstveni. Postoji, međutim, potreba da svi jedinstveni suparničari ujedno budu i nužni jer im se tako najbolje osigurava načelo saslušanja (Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj 85, str. 445). I jedno i drugo suparničarstvo mogu proizaći iz prirode pravnog odnosa ako su sve strane tog odnosa ovlaštene samo zajednički raspolagati materijalnim zahtjevom (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 165, 167). Ipak, postoje određeni primjeri jedinstvenih suparničara gdje je na temelju zakona jasno da će presuda djelovati prema njima čak i ako nisu sudjelovali u postupku (npr. čl. 141. st. 7. SZ-a). To bi značilo da jedinstveni suparničari i ne moraju biti stvarne stranke, nego da je dovoljno da budu „potencijalni suparničari" (tako Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 163). Posljedice su takva potencijalnog suparničarstva da bi, kao jedinstveni suparničari,

raspravljanja pred sudom osigurava se time što bi ih sud morao obavijestiti o postupku, a propuštanje toga predstavljalo bi apsolutno bitnu povredu parničnog postupka (čl. 354. st. 2. toč. 6. ZPP-a). Procesna radnja koju je poduzeo jedan jedinstveni suparničar imala bi učinka prema ostalima samo ako je načelno povoljna za sve njih.[152] To znači da se ortak tužitelj ne bi mogao odreći tužbenog zahtjeva, sklopiti nagodbu, priznati činjenične navode niti bi se protiv njega mogla donijeti presuda zbog ogluhe ili izostanka.

Što se tiče ortaka kao tuženika, zbog njihove solidarne odgovornosti vjerovnik može birati hoće li svoj tužbeni zahtjev upraviti protiv jednoga, samo nekih ili svih ortaka.[153] Ako tuži više ortaka, oni bi bili samo obični materijalni suparničari (čl. 196. st. 1. toč. 1. ZPP-a) jer spor prema njima može biti drugačije riješen.[154] Iznimka od toga bio bi spomenuti tužbeni zahtjev, koji je usmjeren samo na zajedničku imovinu i protiv kojeg nisu dopušteni subjektivni prigovori. Tada bi ortaci bili nužni suparničari jer bi morali biti svi zajedno tuženi. U suprotnom se ovrha ne bi mogla provesti na zajedničkoj imovini (čl. 59. OZ-a), a tužitelju bi nedostajao pravni interes za vođenje takva postupka.

U odnosu na takvu aktivnu i pasivnu procesnu legitimaciju, priznavanje stranačke sposobnosti ortaštvu donosi određene prednosti koje ne narušavaju legitimne interese ortaštva ni njegova parničnog protivnika. Već je spomenut problem saznavanja identiteta ortaka zbog promjene članstva.[155] Tužitelju će u svakom slučaju biti lakše nasloviti tužbu na ortaštvo nego navoditi sve njegove članove s adresama stanovanja. Zatim, iako jedinstveno suparničarstvo podrazumijeva uračunavanje najpovoljnijih radnji ostalim suparničarima,[156] ono ne proizvodi iste učinke kao priznavanje stranačke sposobnosti.[157] Svaki suparničar prema postupovnim odredbama i dalje ima pravo samostalno poduzimati parnične radnje. Ako mu prizna stranačku sposobnost, sud će uvažavati samo volju ortaštva očitovanu prema njegovim internim pravilima o zastupanju.[158]

---

morali biti barem obaviješteni o postupku (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 163) te da bi mogli stupiti u postupak u bilo kojem trenutku, dok god je još moguće poduzimati parnične radnje (čl. 202. ZPP-a).

[152] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 170 i dalje; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 444.

[153] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 152.

[154] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 134, 159.

[155] U jednom takvom slučaju BGH je izišao u susret vjerovniku ortaštva time što je naknadno navođenje ortaka kao nužnih suparničara *praeter legem* ocijenio ne kao subjektivnu preinaku, nego kao ispravak oznake stranke (BGH od 12. 3. 1990., br. II ZR 312/88, objavljena u: NJW-RR 1990, 867).

[156] Povoljne radnje pojedinih jedinstvenih suparničara uračunavaju se svima ostalima (čl. 201. ZPP-a) te se svi mogu koristiti rokovima suparničara kod kojih najduže traju (čl. 202. ZPP-a). Nepovoljne, odnosno nepovoljnije radnje pojedinog suparničara sud uopće ne bi uzimao u obzir (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 174).

[157] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 170. Za njemačko pravo, za slučaj nužnog suparničarstva (iako su njemačke odredbe o nužnom suparničarstvu nešto drugačije) v. Weth, S. u: H. J. Musielak (ur.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, § 62., para. 13.

[158] O tome više u poglavlju 4.4. e).

4.4.4. Promjene članstva u ortaštvu za vrijeme trajanja postupka ne utječu na tužbeni zahtjev

Suparničarstvo ortaka dovodi do posebnih problema ako dođe do promjene članstva za vrijeme trajanja parnice. Što se tiče ortaštva na aktivnoj strani, kao što je objašnjeno, ortaci nisu nužni suparničari, ali tužbeni zahtjev mora biti usmjeren na zajedničko ispunjenje. Zbog toga subjektivna preinaka (čl. 192. ZPP-a) neće biti potrebna, ali će biti nužna objektivna preinaka tužbenog zahtjeva da bi se uključilo i ispunjenje novim ortacima. Objektivna je preinaka moguća sve do zaključenja prethodnog postupka (čl. 190. st. 1. ZPP-a). Iako bi se tuženik mogao protiviti preinaci nakon što mu je dostavljena tužba, u takvoj situaciji sud bi trebao dopustiti preinaku jer je to očito svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama (čl. 190. st. 2. ZPP-a). Problem nastaje ako bi se članstvo promijenilo nakon zaključenja prethodnog postupka, a prije trenutka zaključenja glavne rasprave. Budući da sud odlučuje na temelju stanja u vrijeme zaključenja glavne rasprave,[159] takav tužbeni zahtjev trebao bi odbiti zbog pomanjkanja stvarne legitimacije.

Što se tiče promjene ortaka na pasivnoj strani, za tužbeni zahtjev ograničen na namirenje iz zajedničke imovine bila bi nužna subjektivna preinaka, odnosno morali bi biti tuženi i novi ortaci. U obzir bi došla primjena odredaba o otuđenju stvari ili prava za vrijeme trajanja parnice,[160] po kojima se parnica dovršava među dotadašnjim strankama, a stjecatelj može stupiti na mjesto jedne od njih samo ako se one s time slože (čl. 195. ZPP-a).[161] Ako neki od potrebnih pristanaka izostane, sud bi trebao odbaciti tužbu zbog pomanjkanja pravnog interesa.[162]

---

[159] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 122; Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 580.

[160] Osim odredaba o otuđenju stvari i prava, u njemačkom se pravu za te slučajeve pokušalo konstruirati i da se radi o zakonskoj promjeni stranaka, poput one zbog smrti ili prestanka postojanja stranke, te da bi, dok novi ortak ne preuzme postupak, parnicu trebalo prekinuti (o tome raspravlja BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. II., 2.c). i Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 5.-6.). Tome se može staviti nekoliko prigovora. Teško da se može govoriti o univerzalnoj sukcesiji s obzirom na to da je člansko pravo jedinstvena pravna cjelina, iako se sastoji od drugih prava i obveza na koje se može razložiti. Jedinstveni karakter članstva u ortaštvu proizlazi iz toga što se pojedina prava i obveze ne mogu odvajati, nego se prenose uvijek zajedno s članstvom u ortaštvu (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 49). Univerzalna sukcesija označava prijelaz svih prava i obveza s dotadašnjeg na novi subjekt, dok je prijenos jednog prava, makar i složenog, i dalje singularna sukcesija. Čak i da se to prizna kao poseban slučaj univerzalne sukcesije, ZPP kao razlog za prekid i promjenu stranaka ne predviđa univerzalnu sukcesiju općenito, nego samo točno nabrojene oblike – smrt i prestanak postojanja pravne osobe (čl. 212. ZPP-a). Naposljetku i BGH je ocijenio takvu konstrukciju nezadovoljavajućom, pogotovo jer bi ortaci mogli konstantnom promjenom članstva odugovlačiti parnicu i šikanirati drugu stranku (BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22).

[161] Tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 154; za njemačko pravo Gummert, H., *op. cit.* u bilj. 20, § 19., para. 5.

[162] Pristanak drugih ortaka kao tuženika ne mogu nadomjestiti pravila o jedinstvenom suparničarstvu iako se jedinstveni suparničari inače i naknadno mogu uključiti u postupak (v. poglavlje 4.4.c)). Položaj jedinstvenih suparničara mora proizlaziti već iz tužbenog zahtjeva tako da se vidi da će presuda imati učinak i prema njima, što onda opravdava njihovo naknadno uključivanje. Ako netko tek naknadno stekne materijalni položaj koji bi ga činio jedinstvenim suparničarom, primjenjuju se ista pravila kao i kad netko naknadno stekne stvar ili pravo (čl. 195. ZOO-a).

Priznavanje stranačke sposobnosti ortaštvu riješilo bi te probleme utoliko što promjena članstva u ortaštvu ne bi utjecala na identitet ortaštva kao parnične stranke. Ne bi više bilo potrebe ni za objektivnom ni za subjektivnom preinakom tužbenog zahtjeva.

4.4.5. U postupku vrijede pravila o zastupanju ortaštva

U prilog priznavanja stranačke sposobnosti ortaštvu govori i nepodudarnost između građanskopravnih ovlaštenja na zastupanje iz odnosa ortaštva i ovlaštenja na zastupanje u parničnom postupku. ZOO predviđa mogućnost da se ugovorom o ortaštvu prenese ovlast na vođenje poslova na jednoga ili samo neke ortake, koji se smatraju opunomoćenicima (čl. 643. st. 1. ZOO-a). Iako takva punomoć podrazumijeva i ovlaštenje na zastupanje prema trećima,[163] pitanje je po kojoj bi osnovi takvi ortaci mogli zastupati ostale pred sudom budući da se ne radi o odvjetnicima, srodnicima niti o osobama u radnom odnosu (čl. 89. a) ZPP-a). Za razliku od pravnih osoba koje zastupaju njihovi organi,[164] procesno pravo ne poznaje zastupnike suparničara na temelju materijalnog odnosa iz kojeg njihovo suparničarstvo proizlazi. Protezanje građanskopravnog ovlaštenja na zastupanje ortaštva na parnični postupak predstavljalo bi, iako nepotpun, oblik priznanja stranačke sposobnosti ortaštva.[165] Ortaci ovlašteni na zastupanje tada bi nastupali ne kao opunomoćenici, nego u svojstvu organa ortaštva.[166]

Ortaštvo bi svakako imalo interes da ga zastupaju oni ortaci koje je ono samo odabralo.[167] To osobito dolazi do izražaja kad su ortaci tuženici jer na aktivnoj strani ionako bilo koji ortak koji je ovlašten na zastupanje ortaštva može kao tužitelj tražiti ispunjenje svim ortacima (čl. 648. st. 2. ZOO-a).[168] Međutim, i na aktivnoj strani postoji razlika između toga kad ortak u postupku zastupa ostale ortake ili samo u vlastito ime traži zajedničko ispunjenje. U potonjem slučaju ostali su ortaci jedinstveni suparničari, sud ih mora obavještavati o pokretanju postupka te ne priznavati radnje koje su za njih načelno nepovoljne. Priznavanjem stranačke sposobnosti ovlašteni bi ortaci djelovali u ime ortaštva te bi mogli poduzimati podjednako povoljne i nepovoljne radnje.

---

[163] Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 84, 87; Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 63, str. 982.
[164] Dika, M., *op. cit.* u bilj. 85, str. 178.
[165] Tako za njemačko pravo BGH od 29. 1. 2001., v. bilj. 22, toč. II., 2. a).
[166] U smislu čl. 308. st. 2. ZOO-a, oni bi zastupali ortaštvo ne više na osnovi očitovanja volje (punomoći), nego na osnovi društvenog ugovora.
[167] Za njemačko pravo v. Ulmer, P.; Schäfer C., *op. cit.* u bilj. 6, § 705., para. 319.
[168] Ako ortaci posebnom odlukom opunomoće za zastupanje samo neke od njih (čl. 643. st. 1. ZOO-a), trebalo bi smatrati da više nisu svi (čl. 648. st. 2. ZOO-a), nego samo ti ortaci ovlašteni zahtijevati od dužnika da obvezu ispuni svim ortacima. Davanje ovlaštenja za zastupanje implicitno u sebi nosi i prijenos zakonskog ovlaštenja zahtijevati od dužnika ispunjenje.

5. ZAKLJUČAK

Provedena analiza pokazuje da ortaštvo koje počiva na načelu zajedničarstva i sudjeluje u pravnom prometu ima tendenciju osamostaljivanja i stjecanja vlastitog kruga prava i obveza neovisno o tome je li mu zakonodavac namijenio pravnu sposobnost. Ta je tendencija posljedica toga što pravila o ortaštvu nužno pogađaju treće osobe prema kojima se ortaštvo očitovalo kao jedinstvena cjelina. Treće osobe moraju praviti razliku između toga imaju li posla s ortacima u njihovu pojedinačnom ili u njihovu ortačkom svojstvu. Između toga i priznavanja pravne sposobnosti ortaštva „kao takva" nedostaje još samo jedan korak.

Njemačko je pravo prije više od deset godina napravilo taj korak i danas se ortaštvo poima slično javnom trgovačkom društvu. Ortaci opunomoćeni voditi poslove ortaštva imaju svojstvo organa, a odgovornost ortaka njihovim osobnim, odvojenim imovinama akcesorne je naravi. Glavna razlika naspram javnog trgovačkog društva jest to što ortaštvo nije registrirano i nema prava koja iz toga proizlaze.

Hrvatsko se pravo i dalje drži tradicionalne teorije o naravi ortaštva, a usprkos određenim problemima koje to uzrokuje, do radikalnog zaokreta ne može doći dok god je zakonodavac na postojećim pozicijama o *numero clauso* pravno sposobnih entiteta. Ipak, znakovito je da je taj isti zakonodavac u okviru procesnog prava ostavio prostora za proširenje stranačke sposobnosti oblicima udruživanja koji udovoljavaju bitnim uvjetima za stjecanje pravne osobnosti. Već na prvi pogled čl. 77. st. 3. ZPP-a zvuči kao da je sastavljen upravo za ortaštvo, s tim da može obuhvatiti i još neka, ortaštvu slična, društva osoba bez pravne osobnosti.

Iako će se udovoljenje pretpostavkama čl. 77. st. 3. ZPP-a uvijek procjenjivati od slučaja do slučaja, u ovom su radu istaknuti neki razlozi zbog kojih bi ortaštvu načelno trebalo priznavati stranačku sposobnost. Imajući to u vidu, može začuditi relativno mali broj objavljenih sudskih odluka koje ortaštvu stranačku sposobnost uistinu i priznaju.[169] Iako nije zahvalno spekulirati o razlozima zašto je tako, čini se da se većina sporova između ortaštava i trećih osoba rješava bez pozivanja na odredbe o ortaštvu.[170] Takvoj procjeni u

[169] Npr. VSRH, REV-110/1994-2 od 7. 2. 1999. (preuzeto s http://www.sudacka-mreza.hr dana 3. 12. 2012.), već objašnjena u bilj. 130. Također, odlukom VTS, Pž-6617/06-3 od 29. 5. 2007. (preuzeto s http://www.sudacka-mreza.hr dana 3. 12. 2012.) priznata je stranačka sposobnost trajnoj radnoj zajednici samostalnih umjetnika, koja u vrijeme preuzimanja obveze koja je posredni predmet spora nije imala pravnu sposobnost. Iako u to vrijeme (25. 4. 1989.) ortaštvo još nije ni bilo uvedeno u hrvatsko pravo, iz perspektive današnjeg sustava radilo bi se ili o ortaštvu ili o udruzi bez pravne osobnosti (neovisno o tome što su pravni sljednici radnih zajednica pravne osobe, tj. umjetničke organizacije na temelju čl. 23. Zakona o pravima samostalnih umjetnika i poticanju kulturnog i umjetničkog stvaralaštva, NN 43/96, 44/96).

[170] Od stotinjak presuda VSRH, ŽS i VTS koje se odnose na ortaštvo i koje su uzete u obzir za potrebe ovog rada, samo u nekoliko njih bilo je riječi o sporu između ortaka i trećih osoba, dakle iz odnosa vanjskog ortaštva. U presudi VTS, Pž 940/05-3, od 12. 7. 2007. (preuzeto s www.iusinfo.hr dana 1. 8. 2014.) sud je zaključio da su ortaci solidarni dužnici prema trećima iz svih odnosa u kojima se pojavljuje njihov zajednički obrt; u presudi VTS, Pž 6789/08-3, od 31. 10. 2008. (preuzeto s www.iusinfo.hr dana 1. 8. 2014.) sud je odlučio da interno oslobođenje od odgovornosti nema učinka prema trećima koji su stupili u odnos s vanjskim ortaštvom; u presudi ŽS Varaždin, Gž.472/08-2, od 29. 4. 2008. (preuzeto s pretraživača sudske prakse VSRH http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/Default.asp?Menu=Pocetna dana 1. 8. 2014.) sud je našao da su ortaci solidarno odgovorni tužitelju za isplatu plaće; u presudi ŽS Dubrovnik, Gž-393/12, od 18. 7. 2012. (preuzeto s ING pregled sudske prakse, br. 0982 - S - 832.611, 2.2012), sud je ocijenio da tužitelj nije

prilog govori da se ortaštvo ne spominje ni u odlukama u kojima je stranačka sposobnost priznata oblicima udruživanja koji po svojoj pravnoj prirodi očito jesu ortaštvo.[171] Postoje također odluke koje su odbile priznati stranačku sposobnost određenim oblicima udruživanja, a da nije razmotreno radi li se o ortaštvu te jesu li zadovoljene pretpostavke iz čl. 77. st. 3. ZPP-a.[172] Neovisno o opravdanosti sudskih odluka u konkretnom slučaju, ostaje dojam da bi stranačka sposobnost mogla biti ortaštvima češće priznavana, osobito ako se uzme u obzir potreba ujednačavanja sudske prakse i stvaranja predvidljivih kriterija stranačke sposobnosti.

Sudačko priznavanje stranačke sposobnosti vrijedi samo za potrebe određene parnice. U tom opsegu to za sobom povlači i priznavanje ograničene pravne sposobnosti. To se ne može usporediti s općom pravnom sposobnošću koju ima ortaštvo u njemačkom pravu.[173] Ipak, ne znači da do postupne konvergencije ne može doći daljnjim razvojem sudske prakse. Ako bi se priznavanje stranačke sposobnosti ortaštva uobičajilo u određenim vrstama sporova, što je cilj prema kojem treba težiti, dokinuli bi se prigovori nepredvidljivosti. Podrazumijeva se da je to postupan razvoj, međutim, drugačije nije bilo ni sa samim institutom priznavanja stranačke sposobnosti, koji je uobličen sudačkom aktivnošću. Ustaljeno priznajući stranačku sposobnost nekom obliku udruživanja, moglo bi se reći da sudovi postupno „izgrađuju“ i njegovu pravnu sposobnost.

Posebno je pitanje postoji li stvarna društvena i gospodarska potreba za ortaštvom kao pravno sposobnim subjektom. Primjer njemačkog prava to bi sugerirao, međutim, ne treba zaboraviti da je i ondje taj razvoj trajao čitavo stoljeće, a intenzivno se o tome raspravljalo tridesetak godina otkako su se pojavili brojniji zagovornici takva rješenja. U Hrvatskoj dosadašnja sudska praksa pokazuje da nema puno sporova koji uključuju ortaštvo, osobito ne sporova između ortaštva i trećih osoba. U tom smislu vjerojatnije je da će redovito priznavanje stranačke sposobnosti ostati tek na razini mogućnosti. Ipak, ni ulogu takve mogućnosti ne treba podcjenjivati. Vrlo se često važne gospodarske aktivnosti obavljaju u pravnom obliku ortaštva, o čemu svjedoči postojanje konzorcija za izvođenje građevinskih radova, konzorcija banaka za davanje zajma, *poola*, zajedničkog pothvata (*joint venture*) i holdinga.[174] Kao što pokazuje primjer njemačkog prava, dovoljan je jedan važan slučaj da pitanje pravne i stranačke sposobnosti ortaštva stavi u prvi plan.

---

ni stupio u odnos s vanjskim ortaštvom jer je ortaštvo nastalo tek nakon sklapanja predmetnog ugovora. Budući da je, s obzirom na učestalost ortaštava, takvih sporova moralo biti znatno više, može se pretpostaviti da i stranke i sud često ne prepoznaju djelovanje vanjskog ortaštva u pravnom prometu.

[171] Presude pod bilj. 169.

[172] Tako je npr. VTS, Pž-3325/06, od 15. 9. 2009. (preuzeto iz Informatora, br. 5963 od 30. 4. 2011.) i VTS, Pž 4598/06-3, od 23. 7. 2007. (preuzeto s http://www.iusinfo.hr/Default.aspx dana 21. 11. 2012.) zaključio da zajednički odvjetnički ured nema stranačku sposobnost ne upustivši se u analizu čl. 77. st. 3. ZPP-a i bez osvrta na to da je zajednički odvjetnički ured zapravo ortaštvo (Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 12, 22). Također, stranačka sposobnost nije priznata ni glazbenoj skupini, a drugostupanjski sud samo je konstatirao da nema „obrazloženja u prvostupanjskom rješenju o tome temeljem čega je toj skupini priznato pravo *iudis standi in judicio* prema odredbi čl. 77. st. 3. ZPP-a“ (VTS, Pž-1872/00 od 24. 5. 2000., preuzeto s ING Pregled sudske prakse, http://www.ingbiro.com/ dana 21. 11. 2012., br. 0981 - S - 810.644, .2000).

[173] U hrvatskom pravu takvo što ne bi bilo moguće zbog toga što opća pravna sposobnost proizlazi iz fizičke ili pravne osobnosti. Za razliku od toga, njemačko pravo poznaje još i treću, „otvorenu“ kategoriju pravno sposobnog društva osoba (v. 2. Pravna sposobnost ortaštva u njemačkom pravu).

[174] Za detaljno razmatranje tih pojavnih oblika ortaštva v. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 184-303.

Summary

RECOGNITION OF LEGAL AND PARTY CAPACITY TO CIVIL LAW PARTNERSHIP

External partnership is a community that in legal transactions represents more than the sum of its members. In relations with third persons, legal capacity can only be bestowed on the partnership or the partners that act as members of the partnership. German law, after many long discussions, opted for the general legal capacity of partnerships, which is modelled on public companies. Such an interpretation is not possible in Croatian law due to the legislation in force. However, there are situations where the legal capacity of a partnership would be more suitable to respond to some problems that appear in practice. The legal capacity of partnerships would facilitate the access of creditors to common assets and would contribute to maintaining continuity if a change in membership occurs. This could be achieved by the judicial recognition of party capacity for the needs of a particular civil procedure pursuant to Article 77 paragraph 3 of the Civil Procedure Act. The recognition of party capacity leads to the recognition of limited legal capacity to the extent necessary to participate in the results of the civil procedure. The need to standardise judicial criteria and enhance their foreseeability could gradually lead to a result similar to the recognition of general legal capacity.

Keywords: *partnership, common assets, legal capacity, party capacity, legitimatio ad causam legitimatio ad processum (legal standing), unique joindership*

Antun Bilić, LLB,
Junior research assistant in the Department of Commercial Law and Company Law at the Faculty of Law, University of Zagreb