

PREINAČUJUĆA PRESUDA I PRESUDA IZNENAĐENJA

*Doc. dr. sc. Marko Bratković**

UDK: 347.951.2

347.958.01

DOI: 10.3935/zpfz.72.12.20

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2021.

*Nije svaka preinačujuća presuda žalbenog suda koja svojim sadržajem neugodno iznenadi koju od stranaka ujedno i presuda iznenađenja (njemački *Überraschungsurteil*). Štoviše, trebala bi biti riječ o neželjenoj iznimci. Preinačujuća bi presuda bila presuda iznenađenja ako bi je žalbeni sud donio na temelju pravne ocjene spora bitno različite od one o kojoj se u postupku raspravljalo, a koju ni savjesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti. Isto tako, o presudi bi iznenađenja bila riječ ako bi je žalbeni sud zasnovao na činjenicama i dokazima o kojima strankama nije bila pružena razumna mogućnost da se o njima izjasne. Presuda je iznenađenja zabranjena jer je u protivnosti s postulatima pravičnog postupka. Zato bi protiv preinačujuće presude žalbenog suda koja je ujedno i presuda iznenađenja Vrhovni sud u povodu prijedloga svakako trebao dopustiti reviziju, a iznenađenoj bi stranci pravnu zaštitu, ako bi to propustio učiniti revizijski sud, trebali pružiti Ustavni sud i Europski sud za ljudska prava.*

Ključne riječi: presuda iznenađenja, preinačujuća presuda, pravičan postupak, žalba, savjesna i brižljiva stranka

* Dr. sc. Marko Bratković, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; marko.bratkovic@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0003-0893-6682

1. UVOD

1.1. Tri slučaja¹

Bugarski slučaj. Gospodin Prikyan i gospođa Angelova podnijeli su 30. lipnja 1994. vlasničku tužbu za stan od 142 kvadratna metra u centru bugarskog grada Varne.² Taj je stan pripadao njihovim predcima koji su ga 1974. godine, u skladu s tadašnjim propisima, a zato što su živjeli u drugoj nekretnini, bili prisiljeni prodati trećim osobama. U kupoprodaju su, opet u skladu s tadašnjim propisima, bile uključene i gradske vlasti. Gospodin Prikyan i gospođa Angelova tužili su djecu kupaca koji su stan kupili 1974., a koji su taj stan naslijedili od svojih roditelja. Tužitelji su u tužbi naveli da je kupoprodajni ugovor iz 1974. ništetan zato što prodavatelji na nj nisu pristali i zato što je postupanje gradskih vlasti bilo neregularno te je stan dodijeljen kupcima koji nisu udovoljavali propisanim kriterijima.

U odgovoru na tužbu odvjetnik tuženika naveo je da je kupoprodaja provedena uredno, da je pristanak prodavatelja valjano izražen u zahtjevu upućenu gradskim vlastima, da su gradske vlasti djelovale u skladu s propisanom procedurom, da su tuženici udovoljavali kriterijima za stjecanje nekretnine te da su dobili odobrenje za dodjelu stana te veličine. Pri kraju podneska odvjetnik je naveo i da njegovi klijenti u tom stanu žive više od dvadeset godina.

Prvostupanjski je sud prihvatio tužbeni zahtjev utvrdivši da je kupoprodajni ugovor iz 1974. godine ništetan i naložio je posjednicima da stan vrate tužiteljima. Sud je, naime, zaključio da je akt gradskih vlasti na temelju kojeg je odobrena kupoprodaja stana ništav jer nije bio donesen u skladu s propisanom procedurom i jer kupci nisu udovoljavali kriterijima da dobiju stan te veličine. Ništavost upravnog akta, smatrao je sud, rezultirala je ništetnošću ugovora. Drugostupanjski je sud žalbu tuženika odbio te potvrdio prvostupanjsku presudu složivši se s obrazloženjem nižeg suda.

Tuženici su se stoga obratili Vrhovnom sudu koji je sve njihove argumente u vezi s kupoprodajom smatrao neosnovanima. Zaključio je, međutim, da su niži sudovi propustili razmotriti prigovor iz odgovora na tužbu da su tuženici u po-

¹ Inspiraciju za ovakav uvod, s opisom slučajeva, pronašao sam u radu profesora Paraća (Parać, Z., *Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti*, Pravo u gospodarstvu, vol. 40, br. 6, 2001., str. 97 sq.) u čiju je čast i napisan ovaj rad. *Ad multos annos*, profesore!

² Činjenični je opis sastavljen prema odluci Europskog suda za ljudska prava *Prikyan i Angelova protiv Bugarske*, br. 44624/98, 16. veljače 2006., dalje u bilješkama: *Prikyan i Angelova*. Sve sudske odluke citirane u ovom radu odluke su Europskog suda za ljudska prava, koji se u radu katkad kraće naziva i Strazburški sud.

sjednu stana više od dvadeset godina. Tuženici su, smatrao je Vrhovni sud, stan stekli dosjelošću jer je za to protekao propisani desetogodišnji rok. Na prigovor se dosjelošti, doduše, tijekom postupka nitko nije pozivao, barem ne izravno. Sud je razmatrao i odredbe posebnog zakona o prekidu dosjelošti i zaključio, očito, da do prekida dosjelošti nije došlo jer kupci nisu imali namjeru zaobići odredbe kupoprodajnog ugovora.³ Činjenice za to sud je smatrao dovoljno utvrđenima te je stoga sam odlučio o biti spora odbivši tužbeni zahtjev u cijelosti. Ta je presuda postala pravomoćna.

Gospodin Prikyan i gospođa Angelova ostali su iznenađeni presudom Vrhovnog suda.

Ruski slučaj. Gospodin Galich dao je gospodinu M u zajam određeni iznos novca, vežući iznos duga uz tečaj američkog dolara.⁴ Dužnik, međutim, o dospijeću nije u cijelosti podmirio svoj dug pa je gospodin Galich, kojega je u tom postupku zastupao odvjetnik, protiv njega pokrenuo parnični postupak tražeći od suda da dužniku naloži plaćanje preostalogo dospjelog duga u iznosu od 141 800 ruskih rubalja i zateznih kamata. Iznos zateznih kamata bio je obračunat po stopi refinanciranja ruske središnje banke. Tuženik je u odgovoru na tužbu tvrdio da je tužitelju vratio dio duga u iznosu od 45 000 ruskih rubalja, dok je ostatak duga priznao. Složio se i s načinom obračuna zateznih kamata.

Utvrdivši da je tuženik već podmirio dio duga, prvostupanjski je sud djelomično prihvatio tužbeni zahtjev naloživši tuženiku, nakon što je visinu duga uskladio s tečajem američkog dolara, da plati dug u iznosu od 106 000 ruskih rubalja (oko 3 970 eura) i zatezne kamate u iznosu od 34 611 ruskih rubalja (oko 1 290 eura) jer je tuženik 491 dan kasnio s plaćanjem. Iznos kamata obračunao je u skladu s člankom 395. ruskoga Građanskog zakonika i prema godišnjoj stopi refinanciranja ruske središnje banke koja je tada iznosila 25 posto.

Tužitelj je protiv te odluke podnio žalbu prigovorivši utvrđenju suda da je tuženik dio duga već otplatio. Drugostupanjski je sud žalbu odbio, ali je *proprio motu*, primjenjujući članak 333. ruskoga Građanskog zakonika, smanjio iznos dosuđenih zateznih kamata na 10 000 ruskih rubalja (oko 373 eura) smatrajući da je iznos zateznih kamata koji je dosudio prvostupanjski sud pretjeran i nerazmjern naravi povrede obveze.⁵ Ta je presuda postala pravomoćna.

³ U skladu s tim posebnim propisom, u slučajevima kakav je, čini se, i ovaj, kupac ne bi mogao steći vlasništvo dosjelošću ako bi ugovor o kupoprodaji bio utvrđen ništetnim.

⁴ Cf. *Galich protiv Rusije*, br. 33307/02, 13. svibnja 2008., dalje u bilješkama: *Galich*.

⁵ Ni Strazburški ni ruski sud nisu razmatrali je li riječ o povredi zabrane *reformationis in peius*.

Gospodin Galich ostao je iznenađen preinačujućom presudom žalbenog suda.

Slovački slučaj. Gospodin Barilik je u ulozi javnog ovršitelja u ovršnom postupku protiv jednoga trgovačkog društva zatražio odobrenje suda za provedbu ovrhe glavnog duga i troškova ovršnog postupka.⁶ Troškovi su bili obračunati u određenom postotku iznosa glavnog duga. Sporno je bi li ti troškovi, u slučaju da dužnik dobrovoljno ispuni svoj dug još za trajanja ovršnog postupka, trebali biti obračunati drukčije, na temelju broja sati koje je javni ovršitelj proveo radeći na tom predmetu. U ovom je slučaju dužnik platio glavni dug nakon što je javni ovršitelj zatražio odobrenje suda za provedbu ovrhe, ali prije negoli mu je sud to odobrenje izdao, te je o plaćanju dugu obavijestio javnog ovršitelja. Javni ovršitelj je, međutim, nakon što je sud odobrenje izdao, nastavio s provedbom ovrhe punog iznosa troškova, dakle iznosa na koji bi imao pravo da je doista provodio ovrhu duga. Ovrha troškova postupka uspješno je provedena.

Dužnik je zato protiv gospodina Barilika kao javnog ovršitelja podnio tužbu tražeći od suda da mu naloži plaćanje iznosa od oko 3 400 eura zbog stjecanja bez osnove. Sud je odbio njegov zahtjev uz obrazloženje da u vrijeme pokretanja ovršnog postupka glavni dug još nije bio plaćen. Dužnik je potom podnio žalbu koju je drugostupanjski sud prihvatio te je preinačio prvostupanjsku odluku uz obrazloženje da su troškovi javnog ovršitelja trebali biti obračunati po satu jer da je obračun troškova u postotku glavnog duga nerazmjeran poslu koji je ovršitelj obavio. Sud je smatrao da se javni ovršitelj neopravdano obogatio na račun dužnika.

Gospodin Barilik obratio se potom Vrhovnom sudu koji je njegov zahtjev odbio te se složio s odlukom drugostupanjskog suda. Smatrao je, međutim, da u predmetu nije riječ o stjecanju bez osnove nego o naknadi štete. Taj je sud, uostalom, već ranije zauzeo stajalište da su javni ovršitelji, kad obavljaju svoju dužnost, u službi države i da se tada ne mogu smatrati privatnim osobama. Iz tog razloga javni ovršitelji mogu zbog pogrešaka u svom radu odgovarati za štetu, u skladu s posebnim odredbama ovršnog zakona, a ne i biti odgovorni na temelju stjecanja bez osnove. Na Vrhovnom sudu nije održano nijedno ročište te nijedna stranka nije bila pozvana da se izjasni o novoj pravnoj kvalifikaciji spora.

Gospodin Barilik ostao je iznenađen odlukom Vrhovnog suda pa se ustavnim tužbom obratio i Ustavnom sudu koji ju je odbacio kao očito neosnovanu.

⁶ Cf. *Barilik protiv Slovačke*, br. 28461/10 (odluka o nedopuštenosti), 18. veljače 2014., dalje u bilješkama: *Barilik*.

1.2. Određenje teme

U svim je trima izloženim slučajevima (naj)viši sud iznio drukčije viđenje pravnih aspekata spora od nižih sudova, što je neugodno iznenadilo nezadovoljne stranke. Je li, međutim, u svim tim slučajevima ujedno riječ o presudama iznenađenja, koje su protivne postulatima pravičnog postupka? Koji su kriteriji za prosudbu je li riječ o presudi iznenađenja ili možda o dopuštenoj intervenciji višeg suda u skladu s pravilom *iura novit curia*? Odgovori na to pitanje iz perspektive prakse Europskog suda za ljudska prava, izloženi u drugom dijelu ovog rada, kontekst su za analizu osnovne teme rada – odnos preinačujuće presude žalbenog suda i presude iznenađenja u hrvatskom parničnom pravu – koja slijedi u trećem dijelu rada.

U tom je dijelu rada tema razmjerno usko postavljena, smještena u okvire hrvatskoga parničnog prava, i to među pravila žalbenog postupka u skladu s kojima je žalbeni sud ovlašten preinačiti prvostupanjsku presudu. Kod preinačujućih se presuda, naime, pitanje presuda iznenađenja nadaje posebno intrigantnim jer je mogućnost njihova preispitivanja na Vrhovnom sudu ograničena. Zato se katkad i u stručnim krugovima može čuti da su sve preinačujuće presude žalbenog suda zapravo presude iznenađenja. Nerijetko se ističe i da bi protiv svih preinačujućih presuda žalbenog suda *ex lege* trebala biti dopuštena revizija.⁷ No, je li to baš tako? Presude iznenađenja zabranjene su jer su protivne postulatima pravičnog postupka i žalbeni bi ih sud trebao moći prevenirati. Koji mu procesni mehanizmi pritom stoje na raspolaganju? Jesu li mu dostatni? Što bi u vezi s tim trebale poduzeti stranke? Kojim bi se pravnim sredstvom radi zaštite svojih prava eventualno mogle poslužiti? U zaključku su i na ta pitanja ponuđeni odgovori.

⁷ U prijedlozima izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku (*Službeni list SFRJ*, br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 26/91, 34/91, 35/91; *Narodne novine*, br. 53/91, 91/92, 112/99, 117/03, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19; dalje u tekstu: ZPP) koje je Hrvatska odvjetnička komora 9. travnja 2021. uputila Ministarstvu pravosuđa i uprave istaknuto je, među ostalim, da, „kad je presuda preinačena po žalbi, tada strana koja je izgubila spor zbog preinake, mora imati ustavno jamčeno pravo na pravni lijek. (...) Jasno je da stranka koja po preinaci izgubi spor nije imala pravo na pravni lijek u žalbenom postupku jer je tada uspjela u postupku. (...) Drugostupanjski sud ovako ima apsolutno pravo odlučivanja, koje u pravilu nije moguće ispitati.“

2. ZABRANA PRESUDE IZNENAĐENJA

Sam izraz presuda iznenađenja ili iznenađujuća presuda (njemački *Überraschungsurteil*)⁸ plod je njemačke i austrijske sudske prakse. Naziv je lako pamtljiv i intrigantan pa nema razloga da ga se ne koristi i u našem pravu ako se točno zna na što se odnosi. Nije, naime, svaka presuda koja iz nekog razloga (neugodno) iznenadi koju od stranaka ujedno i presuda iznenađenja. U njemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi tom je pojmu dano specifično značenje, što je postupno rezultiralo i važnim zakonodavnim intervencijama, upravo radi pojačane zaštite prava stranaka na kontradiktorno raspravljanje i radi prevencije presuda iznenađenja.⁹ S obzirom na to da su u hrvatskom pravu takve izmjene (zasad)¹⁰ izostale i s obzirom na to da se uređenja *žalbenog* postupka u njemač-

⁸ Iako je u ovom radu uglavnom riječ o presudi iznenađenja, moguće je, dakako, da iznenađujuće bude i rješenje, primjerice, rješenje žalbenog suda kojim se ukida prvostupanjska presuda i odbacuje tužba (*v. infra* bilj. 57) ili u nekim slučajevima rješenje kojim se žalba odbija i potvrđuje prvostupanjska presuda (*v. infra* bilj. 78). Utoliko izraz presuda iznenađenja u ovom radu treba shvatiti kao sinegdohu za odluke iznenađenja (njemački *Überraschungsentscheidungen*).

⁹ *V. amplius* za njemačko pravo (osobito u vezi s § 139 ZPO-a): Rosenberg, L.; Schwab, K. H.; Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, ¹⁷2010., § 77, t. 23 *sq.*, t. 27; § 82, t. 15; Thomas, H.; Putzo, H. (ur.), *Zivilprozessordnung. Kommentar*, ³⁰2009., § 139, t. 15–24; Galič, A., *Ustavno civilno procesno pravo*, 2004., str. 212; Galič, A., *Razlikovanje med pravnimi in dejanskimi vprašanji pri zbiranju procesnega gradiva*, u: *III. dnevi civilnega prava*, 2005., str. 117 *sq.*; za austrijsko pravo (osobito u vezi s § 182a ZPO-a): Rechberger, W. H.; Simotta, D. A., *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, ⁸2010., t. 608; Kodek, G. E.; Mayr, P. G., *Zivilprozessrecht*, ²2013., t. 90, t. 591; Rechberger, W. H. (ur.), *Kommentar zur ZPO*, ⁴2014., § 182a.

¹⁰ Na mrežnim stranicama e-Savjetovanja od 25. siječnja 2022. dostupan je Nacrtr Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a u kojem je zabrana presude iznenađenja istaknuta najprije među općim načelima parničnog postupka (izmijenjeni čl. 5. ZPP-a), a potom je među odredbama o žalbenom postupku predviđen mehanizam prevencije presuda iznenađenja žalbenog suda (novi čl. 367.a ZPP-a). Prijedlozi tih novih odredaba glase ovako:

U mjeri u kojoj je to potrebno, sud će omogućiti strankama da se izjasne o pravnim shvaćanjima suda koja se odnose na predmet spora (čl. 5., st. 2.). Sud ne može svoju odluku utemeljiti na pravnoj ocjeni spora koja je bitno različita od pravne ocjene o kojoj se u postupku raspravljalo i koju savjesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti (čl. 5., st. 4.).

Ako drugostupanjski sud smatra da bi odluku trebalo donijeti na temelju pravne ocjene spora koja se bitno razlikuje od one o kojoj se u postupku raspravljalo i koju savjesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti, pozvat će stranke da se izjasne o takvoj pravnoj ocjeni (čl. 367.a, st. 1.). Stranke se mogu o toj pravnoj ocjeni izjasniti na sjednici vijeća, ročištu ili u podnesku u roku koji odredi sud, a

kom, austrijskom i hrvatskom parničnom pravu nezanemarivo razlikuju¹¹, zbog čega translacija zaključaka iz konteksta njemačkog i austrijskog prava u hrvatsko pravo, bez dodatnih ograda i pojašnjenja, nije moguća, ovdje ta sudska praksa ni zakonski okviri nisu prikazani.

Činilo se korisnijim prikazati opće postulate pravičnog postupka kako ih je u interpretaciji čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹², posebice u vezi s pravom na kontradiktorno raspravljanje (*adversarial principle*)¹³, oblikovao Europski sud za ljudska prava, a koji su, dakako, obvezujući i za hrvatske sudove. Strazburški se sud izrazom presuda iznenađenja, doduše, ne koristi¹⁴, ali zabranu onoga što se u njemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi tako naziva izvodi iz prava stranke na kontradiktorno raspravljanje (*Audiatur et altera pars!*).

2.1. Pravo stranke na kontradiktorno raspravljanje

Svakoj stranci treba biti pružena razumna mogućnost (*reasonable opportunity*) da učinkovito sudjeluje (*effectively participate*) u postupku u kojem se odlučuje o njezinim građanskim pravima i obvezama¹⁵ i da se izjasni (*be heard*) o svim

koji ne može biti kraći od 15 dana (čl. 367.a, st. 2.). U mjeri u kojoj takva pravna ocjena traži utvrđivanje novih činjenica i izvođenje novih dokaza, stranke se u svome očitovanju mogu na njih pozvati (čl. 367.a, st. 3.). V. (<https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/Dashboard?TextFilterValue=zakon%20o%20parni%C4%8Dnom%20postupku&page=2>).

¹¹ Ovdje dostaje istaknuti da u njemačkom pravu, za razliku od hrvatskog parničnog prava, žalbeni sud u pravilu odlučuje na raspravi na kojoj su stranke u načelu ovlaštene iznositi nove činjenice i dokaze ako, primjerice, dokažu da to bez svoje krivnje nisu mogle učiniti ranije (§ 531 ZPO-a). Osim toga, u njemačkom je pravu (§ 321a ZPO-a) predviđeno i posebno pravno sredstvo za otklanjanje povrede prava stranke na kontradiktorno raspravljanje (*Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör*). U austrijskom je pravu u povodu žalbe također moguće održavanje drugostupanjske rasprave na kojoj stranke mogu iznositi nove činjenice ako sud utvrdi, primjerice, da su one relevantne u svjetlu nove pravne ocjene spora. Galič, A., *Ali mora sodišče stranki opozoriti na spregledane pravne podlage?* Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., 2. dio rada.

¹² Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Međunarodni ugovori*, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

¹³ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 2004., str. 148.

¹⁴ Sud, primjerice, u *Galich*, t. 23, u tom kontekstu govori o „ne očekivanoj preinaci procesnog materijala“.

¹⁵ U ovom je radu riječ o pravu na pravičan postupak u građanskim stvarima. U kaznenim stvarima postulati pravičnog postupka u pravilu su nešto stroži nego u građanskim. *Dombo Beheer B.V. protiv Nizozemske*, presuda od 27. listopada 1993., Series

relevantnim aspektima slučaja (*all relevant aspects of the case*).¹⁶ Što znači da je stranci bila pružena razumna mogućnost sudjelovanja u postupku? To, dakako, ovisi od slučaja do slučaja.¹⁷ Ako je stranci, primjerice, omogućeno da se izjasni u podnesku usprkos tomu što je ona to željela učiniti usmeno na ročištu, to ne znači da joj nije bila pružena razumna mogućnost da učinkovito sudjeluje u postupku.¹⁸ Ipak, ni to ne valja uzeti kao opće pravilo.¹⁹ Sve treba sagledavati u okolnostima konkretnog slučaja. Ključno je da stranci bude omogućeno da učinkovito, ne tek formalno, sudjeluje u postupku. Pravom na učinkovito sudjelovanje u postupku stranci se jamči položaj subjekta u postupku u odnosu prema drugoj stranci, ali i u odnosu prema sudu koji o njezinim pravima odlučuje.²⁰

Pravo na učinkovito sudjelovanje u postupku odnosi se na sve *relevantne* aspekte slučaja.²¹ Koje je sve aspekte slučaja sud smatrao relevantnima, bit će u konačnici vidljivo iz obrazloženja sudske odluke, koje služi i kao branič od arbitrarnosti. U svakom slučaju, relevantni aspekti slučaja nisu samo činjenice i dokazi, nego i pravni aspekti spora.²² I u odnosu na njih strankama treba osigurati pravo i mogućnost kritičkog osvrta i obrane.²³ Pravilo *iura novit curia*, doduše, vrijedi, ali ono nipošto ne bi smjelo služiti kao izlika da se strankama ne omogući da se izjasne (i) o pravnim pitanjima²⁴, ali ni kao izlika za izostanak primjerena stranačkog (uglavnom odvjetničkog) angažmana na pronalaženju i analizi sudske prakse te mogućih tumačenja relevantnih pravnih pravila.²⁵

A br. 274, t. 32.

¹⁶ Settem, O. J., *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings*, 2016., str. 89, 99 sq. Cf. Galič, *Ustavno ...*, op. cit. u bilj. 9, str. 211, 235; Galič, A., *Pravo na saslušanje i pravna pravila*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 482.

¹⁷ Galich, t. 25.

¹⁸ *Döry protiv Švedske*, br. 28394/95, t. 41–43, 12. studenog 2002.; Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 100 sq.

¹⁹ Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 101.

²⁰ Galič, op. cit. u bilj. 16, str. 482 sq.; Šagovac, A., *Zabrana presude iznenađenja u parničnom postupku*, *Odvjetnik*, br. 1-2, 2018., str. 20.

²¹ Galich, t. 25.

²² Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 104. Tako za njemačko pravo i Galič, *Ustavno ...*, op. cit. u bilj. 9, str. 235; Galič, op. cit. u bilj. 16, str. 483.

²³ Triva, S., *Esej o „otvorenom pravosuđenju“*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, vol. XXI, 1973., str. 345, 357. Cf. *Ruiz-Mateos protiv Španjolske*, 23. lipnja 1993., t. 63, Series A br. 262; *Vermeulen protiv Belgije*, 20. veljače 1996., t. 33, Reports of Judgments and Decisions 1996-I; Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 104.

²⁴ Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 104.

²⁵ Slično i Galič, op. cit. u bilj. 16, str. 489.

Strankama treba pružiti razumnu mogućnost da se izjasne ne samo o pravnim aspektima spora koje je iznijela protivna stranka, nego i o onima koje je *ex officio* iznio sud.²⁶ Za pravičnost postupka ključno je, naime, da savjesnoj i brižljivoj stranci (*diligent party*) bude razumno predvidivo (*reasonably foreseeable*), s obzirom na sve ono što su tijekom postupka iznijele stranke i sud, što će sve sud uzeti u obzir u odlučivanju.²⁷ Sud će, dakle, donijeti presudu iznenađenja i time povrijediti pravo stranke na kontradiktorno raspravljanje ako na spor, ne omogućivši prethodno strankama da se o tome izjasne, primijeni pravna pravila i/ili njihovo tumačenje razvijeno u sudskoj praksi koje savjesna i brižljiva stranka s obzirom na dotadašnji tijek postupka nije mogla razumno očekivati.²⁸

Presuda iznenađenja je, dakle, presuda zasnovana na činjenicama ili dokazima o kojima strankama nije bila pružena razumna mogućnost da se o njima izjasne²⁹ ili pak presuda zasnovana na pravnoj ocjeni spora koju savjesna i brižljiva stranka, s obzirom na dotadašnji tijek postupka, nije mogla razumno predvidjeti, a sud strankama prethodno nije pružio razumnu mogućnost da se o toj pravnoj ocjeni izjasne. I iz te je definicije vidljiv različit tretman činjenica i dokaza u odnosu na primjenu pravnih pravila u postupku. To je posljedica pravila *iura novit curia*, pravila da sud pravna pravila primjenjuje *ex officio* i da nije vezan na pravne ocjene spora koje bi tijekom postupka eventualno iznijele stranke.

Činjenice i dokaze, s druge strane, u parničnom su postupku u pravilu dužne iznijeti same stranke. Ipak, ako je nacionalnim pravom omogućeno sudu da dokaz izvodi *ex officio*, samim time nije povrijeđeno pravo stranke na kontradiktorno raspravljanje dokle god je objema strankama omogućeno da se o tom dokazu izjasne.³⁰ Strazburški sud je istaknuo da je žalbeni sud koji je *ex officio* doveo u pitanje je li ključan dokaz u postupku (*in casu*: polica ugovora o osiguranju) bio uopće izveden u prvostupanjskom postupku, iako to među strankama tijekom postupka uopće nije bilo sporno, strankama trebao omogućiti da se o tome izjasne. Kako to nije učinio, nego je sam utvrdio da taj dokaz nije bio izveden, povrijedio je načelo kontradiktornog raspravljanja u postupku.³¹

²⁶ *Clinique des Acacias i drugi protiv Francuske*, br. 65399/01 i dr., t. 39–43, 13. listopada 2005.

²⁷ *Cf. Drassich protiv Italije*, br. 25575/04, t. 33, 11. prosinca 2007.; *Settem, op. cit.* u bilj. 16, str. 99, 104 sq.; *Galič, Razlikovanje ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 116.

²⁸ *Cf. Čepek protiv Češke*, br. 9815/10, t. 51–58, 5. rujna 2013.

²⁹ *Cf. Galich*, t. 23; *Galič, Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 212.

³⁰ *Settem, op. cit.* u bilj. 16, str. 102.

³¹ *Duralijski protiv Bugarske*, br. 45519/06, t. 30–35, 4. ožujka 2014.

Ovdje je važno istaknuti još nešto. Iz iznesenih postulata pravičnog postupka ne proizlazi da bi sud svoju pravnu ocjenu spora bio dužan uvijek prethodno raspraviti sa strankama. Ako to i ne učini, savjesna i brižljiva stranka morala bi s obzirom na dotadašnji tijek postupka moći predvidjeti kako će sud pravno ocijeniti spor.³² Savjestan će i brižljiv tužitelj i prije podnošenja tužbe razmotriti moguće razumne pravne ocjene spora³³ i u skladu s tim iznositi činjenice i dokaze u postupku. Ako stranka nije savjesna i brižljiva te u pripremu za spor koji vodi ne uloži ni dužnu pažnju, to njoj samoj ide na teret.³⁴ Međutim, ako je pravna ocjena suda u konačnici bitno različita od one što bi je savjesna i brižljiva stranka s obzirom na dotadašnji tijek postupka mogla očekivati³⁵, sud treba najprije strankama pružiti razumnu mogućnost da se o njoj izjasne. Propusti li to učiniti, presuda iznenađenja koju će donijeti bit će protivna postulatima pravičnog postupka.

Dokle god, dakle, savjesna i brižljiva stranka može razumno predvidjeti pravnu ocjenu spora, sud je nije dužan raspravljati sa strankama. Naravno, savjesna i brižljiva stranka pravni je standard kojemu sadržaj daju kriteriji uspostavljeni u sudskoj praksi. Taj je standard svojevrstan branič od presuda iznenađenja³⁶ (jer da ga nema, sud bi o svakoj svojoj pravnoj ocjeni spora morao prethodno strankama pružiti mogućnost da se izjasne), ali – važnije – taj je standard ujedno i zahtjev strankama (i njihovim odvjetnicima) na to da se savjesno i brižljivo pripremaju za spor koji vode.³⁷ Što je (procijenjeni) standard savjesne i brižljive stranke niži, to je sud u većoj mjeri dužan o svojoj pravnoj ocjeni spora raspravljati sa strankama.

I kad bi savjesna i brižljiva stranka lako mogla predvidjeti pravnu ocjenu spora, sud nije ograničen u ovlaštenju da o tome raspravlja sa strankama. To, međutim, nije dužan učiniti.³⁸ Čak i ako o nekim pravnim pitanjima postoje

³² Cf. Galič, *Ustavno ...*, op. cit. u bilj. 9, str. 212–213; Galič, *Razlikovanje ...*, op. cit. u bilj. 9, str. 117; Galič, op. cit. u bilj. 16, str. 486 (u kontekstu njemačkog prava).

³³ Cf. Galič, *Razlikovanje ...*, op. cit. u bilj. 9, str. 104.

³⁴ Galič, op. cit. u bilj. 16, str. 489. Cf. *Pretto i drugi protiv Italije*, 8. prosinca 1983., Series A br. 71, str. 14–15, t. 33; *Bąkowska protiv Poljske*, br. 33539/02, t. 54, 12. siječnja 2010.

³⁵ Strazburški je sud, primjerice, u *Princ Hans-Adam II. od Lihtenštajna protiv Njemačke* [veliko vijeće], br. 42527/98, t. 71–76, ECHR 2001-VIII, smatrao da se pravna kvalifikacija njemačkoga Ustavnog suda ne bi mogla smatrati bitno različitom od one koju su tijekom postupka iznosile stranke.

³⁶ Slično i Bergant Rakočević, V., *Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., str. 1604.

³⁷ Cf. Galič, op. cit. u bilj. 11, 6. dio rada.

³⁸ Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 106, primjećuje da Strazburški sud postupno u sve većem broju slučajeva od nacionalnih sudova očekuje da o svojim pravnim ocjena-

različita stajališta u doktrini i sudskoj praksi, to ne obvezuje sud da se unaprijed izjasni koje će od njih prihvatiti u konkretnom slučaju.³⁹ Bilo bi previše (paternalistički) nalagati sudu da stranke upozorava i na one pravne aspekte spora koje su propustile uzeti u obzir samo zato što su bile nedostatno savjesne i brižljive u pripremi za spor.⁴⁰ Ako je, naime, pravo stranke na kontradiktorno raspravljavanje odraz priznavanja njezina subjektiviteta u postupku, onda je iz istih razloga opravdano zahtijevati od tog istog subjekta i njegov odgovoran odnos prema vlastitim pravima i obvezama.⁴¹ I na strankama je, dakle, da se savjesno i brižljivo pripremaju za svoj spor i tako pridonesu učinkovitosti postupka.⁴² Ako, naime, stranke, njihovi odvjetnici i sud zajednički, korektno i lojalno, teže razrješenju spora, izgledno je da će taj cilj i ostvariti.⁴³

2.2. Savjesna i brižljiva stranka

Savjesna i brižljiva stranka u obzir mora uzeti sve razumno predvidive pravne ocjene spora i u skladu s njima u postupku iznijeti sve relevantne činjenice.⁴⁴ Dokle god savjesna i brižljiva stranka razumno može predvidjeti pravnu ocjenu spora, sudska presuda neće biti presuda iznenađenja. Koje bi to pravne ocjene spora savjesna i brižljiva stranka mogla razumno predvidjeti? Svakako one koje nisu dvojbene jer jasno proizlaze iz zakonskih odredaba ili iz ustaljene sudske prakse. Isto tako, savjesna i brižljiva stranka mogla bi se osloniti i na pravnu kvalifikaciju o kojoj se u okvirima otvorenog pravosuđenja raspravljalo tijekom prvostupanjskog postupka ili na onu o kojoj su se tijekom postupka, izrijeком ili konkludentno, suglasile obje stranke. Savjesna i brižljiva stranka morala bi, međutim, uzeti u obzir i to da će sud u konačnici možda prihvatiti pravnu ocje-

ma pruže strankama mogućnost da se izjasne. Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 212, u kontekstu njemačkog prava ističe da takva obveza ne proizlazi iz njemačkog Ustava.

³⁹ U obzir valja uzeti i općeljudsko iskustvo da čovjek (i sudac) bitno lakše odstupi od svoga stajališta (i pravne ocjene) koje još nije priopćio drugima. Tako i Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 491, korigirajući u tom smislu Trivu i Diku, str. 153.

⁴⁰ Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 489 *sq.*; Zobec, J., u: Ude, L.; Galič, A. (ur.), *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, 2009., str. 430.

⁴¹ Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 489 *sq.*

⁴² Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 430.

⁴³ U hrvatskome parničnom zakonodavstvu, a još više u sudskoj praksi, nerijetko je izazov kako prežitke paternalističkog odnosa suda te pasivnosti stranaka i odvjetnika nadomjestiti njihovom aktivnom kolaboracijom u postupku. Slično i Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 493.

⁴⁴ Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 213; Galič, *Razlikovanje ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 118; Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 486 *sq.*, 491.

nu spora koja joj ne ide u prilog, a za koju se u tijeku postupka zalagao njezin protivnik. Isto tako, ako je sudska praksa u vezi s nekim pravnim pitanjem neujednačena, savjesna i brižljiva stranka morala bi i to uzeti u obzir i ne se oslanjati na to da će sud u njezinu slučaju nužno slijediti praksu koja joj ide u prilog.⁴⁵ U svakom slučaju, savjesna i brižljiva stranka morala bi učinkovito sudjelovati u postupku, redovito nazočiti ročištima i *očitovati se na argumente protivne stranke i suda*. U žalbenom bi se i revizijskom postupku od stranke mogla očekivati i veća savjesnost i brižljivost negoli u prvostupanjskom postupku.⁴⁶

Iz svega toga može se zaključiti da bi savjesna i brižljiva stranka morala imati i solidno pravničko znanje. Ako ga ona sama nema, savjesna i brižljiva stranka potražiti će stručnu pomoć odvjetnika. Standard savjesne i brižljive stranke ne bi se, naime, trebao mjeriti prema stranci nevještoj u pravu.⁴⁷ To ne bi bilo opravdano ni iz praktičnih razloga. Koliko bi stranka koja bi tada služila kao mjerilo zapravo morala biti u pravu nevješta? Bi li išta o pravu uopće trebala znati? Ne treba zaboraviti da niži standard savjesne i brižljive stranke podrazumijeva i to da bi sud, da prevenira presudu iznenađenja, strankama u većem broju slučajeva trebao omogućiti da se izjasne i o njegovoj (pravnicima posve očekivanoj) pravnoj ocjeni spora. Osim toga, time bi se srozavao standard kvalitete odvjetničkog zastupanja kojemu treba težiti.⁴⁸ Bez stručnih i odgovornih odvjetnika visokih etičkih nazora učinkovito je i racionalno vođenje parničnih postupaka više ili manje iluzorno.⁴⁹ Uostalom, viši standard savjesne i brižljive stranke ne ugrožava primjenu načela pomoći neukoj stranci u skladu s kojim bi sud neuku stranku trebao upozoriti koje parnične radnje može poduzeti (čl. 11., st. 1. ZPP-a), ali ne i umjesto nje koncipirati i voditi spor jer bi u protivnom izgubio svojstvo neutralnosti svojstveno sudu. Sud bi neuku stranku, ako ocijeni da je to potrebno, mogao upozoriti na to da bi bilo dobro da angažira odvjetnika (*cf. čl. 288.a, st. 3. ZPP-a*), a stranku koja je u financijskim poteškoćama i na koji bi način eventualno mogla ostvariti pravo na besplatnu pravnu pomoć (*čl. 172. ZPP-a*).

⁴⁵ Bergnat Rakočević, str. 1604.

⁴⁶ *Ibid.*; Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 430.

⁴⁷ Tako i Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 430, 432 *sq.*, koji se poziva i na Galiča, *ZPP s uvodnimi pojasnili*, 2008., str. 54. Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 490, međutim, navodi da bi standard savjesne i brižljive stranke za stranku nevještu u pravu koja je uz to još i slabijega imovinskog statusa trebao biti niži nego za stranku koju zastupa odvjetnik. Slično i Bergant Rakočević, *op. cit.* u bilj. 36, str. 1604, i Betetto, N., u: Ude, L.; Galič, A. (ur.), *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, 2010., str. 593.

⁴⁸ Valja primijetiti da, i kad se standard savjesne i brižljive stranke mjeri prema odvjetniku koji zastupa stranku, ne udovoljavaju tom standardu svi odvjetnici podjednako.

⁴⁹ Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 430.

Bilo kako bilo, još su važniji odgovori na pitanje što se razumno ne može očekivati *čak* ni od savjesne i brižljive stranke u postupku. To je svakako slučaj kad sud namjerava odstupiti od ustaljene sudske prakse⁵⁰, od pravnih stajališta koja je strankama ranije tijekom postupka bio nagovijestio⁵¹ ili pak od pravnih stajališta s kojima su obje stranke (a prešutno i sud) bile tijekom postupka suglasne. Isto bi vrijedilo i ako je riječ o pravno vrlo složenom predmetu ili o nekom specifičnom pravnom pitanju o kojem se u sudskoj praksi još nije zauzeo pravno stajalište.⁵² U tim će situacijama sud, da bi prevenirao presudu iznenađenja i povredu prava na pravičan postupak, morati prethodno strankama pružiti mogućnost da se o njegovoj pravnoj ocjeni izjasne.

Ako bi, dakle, sud u okvirima otvorenog pravosuđenja stranke „zaveo“ da će pravno ocijeniti spor na jedan način pa su stranke u skladu s tim iznosile činjenice i predlagale dokaze, a potom se iznenada odluči za drugu pravnu ocjenu za koju su relevantne druge činjenice, presuda koju bi donio bila bi presuda iznenađenja.⁵³ Isto tako, presudu bi iznenađenja donio žalbeni sud u povodu žalbe protiv presude kojom je odbijen tuženi zahtjev zbog naknade štete ako bi donio međupresudu kojom bi ipak utvrdio odgovornost tuženika za štetu, i to na osnovi krivnje iako se cijeli prvostupanjski postupak vrtio samo oko pitanja odgovara li tuženik za štetu objektivno ili ne, zbog čega tuženik nije ni prigovarao da nije kriv za štetu.⁵⁴ Slučajevi u kojima, dakle, ni savjesna i brižljiva stranka ne bi mogla razumno predvidjeti pravnu ocjenu spora, ne bi trebali biti prečesti.⁵⁵

⁵⁰ Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 213; Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 486 *sq.*; Galič, *op. cit.* u bilj. 11, 4. dio rada.

⁵¹ Slično i Šagovac, *op. cit.* u bilj. 20, str. 31.

⁵² Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 490 *sq.*; Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 430; Betetto, *op. cit.* u bilj. 47, str. 592.

⁵³ *Cf.* Triva, *op. cit.* u bilj. 23, str. 345 *sq.*; Galič, *op. cit.* u bilj. 11, 4. dio rada; Bergant Rakočević, *op. cit.* u bilj. 36, str. 1604.

⁵⁴ Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 428.

⁵⁵ Tako i Bergant Rakočević, *op. cit.* u bilj. 36, str. 1604, i Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 433.

3. PREINAČUJUĆA PRESUDA ŽALBENOG SUDA

Presuda iznenađenja nije vezana za pojedinu instanciju sudovanja. Ona je u načelu moguća, iako nikad nije dopuštena, na svim razinama sudovanja.⁵⁶ U ovom je radu fokus ipak samo na presude iznenađenja žalbenog suda, poglavito na njegove preinačujuće presude.⁵⁷ Dakle, nakon općih postulata pravičnog postupka u vezi sa zabranom presude iznenađenja iznesenih u prethodnom dijelu rada, ovdje je rakurs bitno uži te obuhvaća samo hrvatsko parnično pravo, i to ovlaštenje žalbenog suda da preinači prvostupanjsku presudu.⁵⁸ Kod preinačujućih je presuda pitanje presuda iznenađenja posebno zanimljivo jer je mogućnost njihova preispitivanja na Vrhovnom sudu nakon Novele ZPP-a iz 2019. godine⁵⁹ ograničena.⁶⁰

Razmotrimo u kojim je to slučajevima žalbeni sud uopće ovlašten preinačiti prvostupanjsku presudu. Tri su osnovne grupe tih slučajeva. Prva grupa (1) obuhvaća one u kojima žalbeni sud na činjenično stanje koje je prvostupanjski sud pravilno utvrdio primijeni materijalno pravo drukčije od prvostupanjskog

⁵⁶ O prvostupanjskoj presudi iznenađenja iz perspektive hrvatskog prava i u kontekstu načela otvorenog pravosuđenja v. Šagovac, *op. cit.* u bilj. 20. Autor, između ostalog, zaključuje (str. 25) da presuda iznenađenja sama po sebi predstavlja povredu odredaba o otvorenom pravosuđenju i da se zato može pobijati zbog relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka. Trebalo bi, međutim, istaknuti da zabrana presude iznenađenja proizlazi iz prava stranke na kontradiktorno raspravljanje o svim relevantnim aspektima spora pa bi se stranka u žalbi protiv takve presude mogla pozvati i na apsolutno bitno povredu načela saslušanja stranaka iz čl. 354., st. 2., t. 6. ZPP-a.

⁵⁷ U načelu bi i rješenje žalbenog suda kojim se ukida prvostupanjska presuda i odbacuje tužba (čl. 369., st. 2. i 3. ZPP-a) mogla biti odluka iznenađenja ako strankama ne bi bilo omogućeno da se o razlozima takve odluke izjasne. Tako Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 434. Međutim, razloge za takvu odluku na koje sud pazi *ex officio* (npr. apsolutna nenadležnost suda, prigovor litispendinge, prigovor *rei iudicatae*, neotklonjiv nedostatak u stranačkoj sposobnosti) savjesna i brižljiva stranka uglavnom bi morala moći razumno predvidjeti pa je utoliko manja vjerojatnost da doista bude riječ o odluci iznenađenja. U nekim dvojbjenim situacijama, primjerice, je li prije podnošenja tužbe trebao biti proveden zakonom predviđeni postupak mirnog ili drukčijeg ostvarivanja prava ili je li riječ o međunarodnoj nadležnosti hrvatskog suda, potencijal za odluku iznenađenja ipak postoji.

⁵⁸ Kod preinake presude ne bi se smjelo zaboraviti ni na zabranu *reformationis in peius*, dakle na zabranu preinake presude na štetu stranke koja se jedina žalila (čl. 374. ZPP-a), ali ta tema u ovom radu ipak nije posebno obrađena.

⁵⁹ Zakon o izmjenama i dopunama ZPP-a, *Narodne novine*, br. 70/19.

⁶⁰ O reviziji po dopuštenju v. *amplius* Bratković, M., *Revizija po dopuštenju: izazovi i dvojbe*, u: Barbić, J. (ur.), *Novine u parničnom procesnom pravu*, 2020., str. 179–209.

suda, druga (2) se odnosi na slučajeve kad žalbeni sud sam otklanja nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku, a trećoj grupi (3) pripadaju slučajevi u kojima je žalbeni sud ovlašten otkloniti čak i neke bitne povrede odredaba parničnog postupka. U kojima od tih slučajeva, koji u praksi nerijetko koincidiraju, tinja potencijal zabranjenih presuda iznenađenja?

3.1. Primjena materijalnog prava

Na pravilnu primjenu materijalnog prava žalbeni sud u povodu žalbe pazi po službenoj dužnosti (čl. 365., st. 2. ZPP-a)⁶¹, u skladu s načelom *iura novit curia*. Ako žalbeni sud ocijeni da je prvostupanjski sud na pravilno utvrđeno činjenično stanje pogrešno primijenio materijalno pravo, presudom će preinačiti prvostupanjsku presudu (čl. 373., t. 3. ZPP-a).⁶² Ako, međutim, utvrdi da je prvostupanjski sud, doduše, pogrešno primijenio materijalno pravo, ali da bi i pravilnom primjenom materijalnog prava trebalo o tužbenom zahtjevu odlučiti jednako, žalbeni će sud žalbu odbiti i potvrditi prvostupanjsku presudu (čl. 368., st. 2. ZPP-a).⁶³ Ako se te klasične odredbe ZPP-a sagledaju u kontekstu prava na kontradiktorno raspravljanje, nameću se zanimljivi zaključci.⁶⁴

(1) Ako u žalbi njezin podnositelj iznosi svoju pravnu ocjenu spora različitu od prvostupanjskog suda, a s kojom se u konačnici složi i žalbeni sud, odluka žalbenog suda neće biti odluka iznenađenja jer se protivna stranka na tu prav-

⁶¹ Od Novele ZPP-a iz 2019. žalbeni sud iznimno ne pazi na pravilnu primjenu materijalnog prava u odnosu na troškove postupka. Ta je (neopravdana) iznimka za sudove možda pragmatično rješenje, ali zapravo odraz kapitulacije Vrhovnog suda da u povodu revizije u vezi s troškovima postupka ujednači svoju praksu i praksu žalbenih sudova. Cf. Bratković, M., *De expensis non curat praetor supremus?* u: Šago, D. et al. (ur.) *Aktualnosti građanskog procesnog prava*, 2017., str. 427–448.

⁶² Triva i Dika, *op. cit.* u bilj. 13, str. 712, mogućnost preinačujuće presude u tom slučaju objašnjavaju time što bi vraćanje predmeta prvostupanjskom sudu na ponovno odlučivanje bilo u protivnosti s načelom sudačke neovisnosti ako bi prvostupanjski sud bio dužan prihvatiti pravna shvaćanja višeg suda. Ako pak niži sud ne bi za njih bio vezan, ukidanje bi bilo jalov posao jer ne bi bilo garancija da će prvostupanjski sud napustiti pravna shvaćanja zbog kojih je viši sud ukinuo njegovu presudu. Dika, M., *Građansko parnično pravo. Pravni lijekovi. X. knjiga*, 2010., str. 230, u objašnjenju mogućnosti preinačujuće presude radi sanacije pogrešne primjene materijalnog prava prednost daje razlozima procesne ekonomije i racionalne organizacije sudovanja koji u tom slučaju ni na koji način ne ugrožavaju ostvarivanje ni ostalih postupovnih načela, s čime se valja složiti.

⁶³ Tako bi, između ostalog, mogao odlučiti i zbog zabrane *reformationis in peius*.

⁶⁴ Ti su zaključci, radi preglednosti, u nastavku ovog dijela rada grupirani u cjeline označene brojkama.

nu ocjenu spora imala prigodu osvrnuti u odgovoru na žalbu. Osim toga, malo je vjerojatno da će stranka u žalbi iznositi pravnu ocjenu spora različitu od one u skladu s kojom je vodila prvostupanjski postupak pa će se stoga o toj pravnoj ocjeni spora protivna stranka u pravilu moći osvrnuti već i u prvostupanjskom postupku.

(2) Žalbeni sud, međutim, na pravilnu primjenu prava pazi i *ex officio*, i kad se stranke na tu povredu uopće ne pozivaju. U tome se krije potencijal da odluka žalbenog suda bude zabranjena odluka iznenađenja. Žalbeni bi sud zato, ako prosudi da je prvostupanjski sud pogrešno pravno ocijenio spor, morao najprije ustanoviti je li novu pravnu ocjenu spora s obzirom na dotadašnji tijek postupka mogla razumno predvidjeti savjesna i brižljiva stranka.⁶⁵ Ako je to slučaj, ovlašten je u skladu s citiranim odredbama ZPP-a, ovisno o tome kako promijenjena pravna ocjena spora utječe na odluku o tužbenom zahtjevu, donijeti preinačujuću presudu (čl. 373., t. 3. ZPP-a), odnosno rješenje kojim se žalba odbija i potvrđuje prvostupanjska presuda (čl. 368., st. 2. ZPP-a). Te odluke neće biti odluke iznenađenja jer su, dakle, savjesnoj i brižljivoj stranci bile predvidive.

(3) Ako pak žalbeni sud ustanovi da njegovu pravnu ocjenu s obzirom na dotadašnji tijek postupka nije mogla predvidjeti ni savjesna i brižljiva stranka, morao bi strankama omogućiti da se o toj pravnoj ocjeni izjasne. *De lege lata* sud bi stranke radi toga morao pozvati na sjednicu vijeća, odnosno drugostupanjsko ročište (čl. 362., st. 2. ZPP-a) ili na raspravu (čl. 373.b ZPP-a).⁶⁶ Tek pošto bi, dakle, strankama omogućio da se o novoj pravnoj ocjeni spora izjasne, bio bi ovlašten odlučiti kao i kad su stranke njegovu pravnu ocjenu mogle predvidjeti. Pozivom na drugostupanjsko ročište, odnosno raspravu sud bi zapravo prevenirao povredu prava stranke na kontradiktorno raspravljanje, koja je konstitutivni dio prava na pravičan postupak.⁶⁷ Situacije opisane od (1) do (3) odnose se na slučajeve u kojima je prvostupanjski sud, usprkos tomu što je pogrešno pravno ocijenio spor, pravilno utvrdio činjenično stanje, što u praksi nije osobito često.

⁶⁵ V. *supra* 2.2.

⁶⁶ Izraz *drugostupanjsko ročište*, koji se koristi u nastavku rada, čini se prikladnijim od zakonskog izraza *sjednica vijeća* s obzirom na to da o žalbi nerijetko odlučuje sudac pojedinac žalbenog suda (*v. infra* bilj. 107). Međutim, ni razlikovanje *drugostupanjskog ročišta* od *rasprave*, koja svakako podrazumijeva i ročište, nije posve primjereno (*v. infra* 3.2.). U Nacrtu novih izmjena ZPP-a (*v. supra* bilj. 10) predviđeno je da bi se stranke o novoj pravnoj ocjeni mogle izjasniti na sjednici vijeća, ročištu (vjerojatno se mislilo u okviru rasprave) ili u podnesku u roku koji odredi sud, a koji ne može biti kraći od 15 dana (prijedlog novog čl. 367.a, st. 2. ZPP-a).

⁶⁷ O otklanjanju bitnih povreda odredaba parničnog postupka u žalbenom postupku *v. infra* 3.3.

Pogrešna primjena materijalnog prava, naime, najčešće koincidira i s nepravilno utvrđenim činjeničnim stanjem pa u odlučivanju o žalbi sud treba voditi računa i o ovlastima koje ima u vezi s tim.⁶⁸ Bitno je istaknuti da je *de lege lata* žalbeni postupak kontrolne naravi te se zasniva isključivo na činjenicama koje su iznesene i dokazima koji su predloženi u prvostupanjskom postupku.⁶⁹ Stranke, naime, nakon zaključenja glavne rasprave nisu ovlaštene iznositi nove činjenične navode ni dokazne prijedloge.⁷⁰

(4) Zato, ako žalbeni sud ustanovi da je zbog pogrešne pravne ocjene spora ujedno i činjenično stanje nepotpuno utvrđeno⁷¹, treba razmotriti ne samo to je li riječ o pravnoj ocjeni koju je savjesna i brižljiva stranka s obzirom na dotadašnji tijek postupka mogla razumno predvidjeti nego i to jesu li stranke u prvostupanjskom postupku iznijele sve relevantne činjenice. Ako je odgovor na oba ta pitanja potvrđan, žalbeni bi sud nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja mogao otkloniti sam na temelju stanja spisa (čl. 373.a ZPP-a), na drugostupanjskom ročištu (čl. 362., st. 2. ZPP-a) ili na raspravi (čl. 373.b ZPP-a) te, ovisno o tome što bi utvrdio, preinačiti prvostupanjsku presudu ili pak žalbu odbiti i potvrditi prvostupanjsku presudu.⁷² Ako se žalbeni sud tim zakonskim ovlaštenjima radi otklanjanja nedostataka u utvrđivanju činjeničnog stanja ipak ne bi koristio, što je nerijetko slučaj, rješenjem će ukinuti prvostupanjsku presudu i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje (čl. 370. ZPP-a).⁷³ I ovdje, međutim, valja biti oprezan. U svjetlu raspravnog načela kao dominantnog načela parničnog postupka ukidanje prvostupanjske presude i vraćanje predmeta na ponovno suđenje opravdano je samo ako je stranka u prvostupanjskom postupku navodila činjenice koje su relevantne (i) u svjetlu nove pravne ocjene spora žalbenog suda, ali ih prvostupanjski sud nije utvrđivao jer je pogrešno pravno ocijenio spor.⁷⁴

⁶⁸ V. *infra* 3.2.

⁶⁹ Tako i Triva i Dika, *op. cit.* u bilj. 13, str. 669 *sq.*, i Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 426.

⁷⁰ U redovnom parničnom postupku stranke su u načelu već nakon zaključenja prethodnog postupka prekludirane u iznošenju novih činjenica i novih dokaza. Iznimno, stranke mogu nove činjenice i dokaze iznijeti na glavnoj raspravi ako to bez svoje krivnje nisu mogle učiniti ranije (čl. 299. ZPP-a). Stranka bi u žalbi mogla iznositi nove činjenice i dokaze samo ako se one odnose na bitne povrede odredaba parničnog postupka zbog kojih se žalba može izjaviti (čl. 352., st. 1. ZPP-a).

⁷¹ O ovlastima žalbenog suda da sanira (i) pogrešno utvrđeno činjenično stanje v. *infra* 3.2.

⁷² V. *infra* 3.2.

⁷³ Tako i Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 229.

⁷⁴ Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 246 *sq.* Ne bi, naime, bilo opravdano da žalbeni sud u ukidnoj odluci jednoj od stranaka, onoj kojoj nova pravna ocjena spora ide u prilog, daje *de facto* instrukcije kako bi ona zapravo trebala voditi spor. Savjesna

(5) Činjenično stanje, međutim, nije nepotpuno utvrđeno ako stranka relevantne činjenice u prvostupanjskom postupku nije ni iznijela.⁷⁵ Zato, ako stranke u prvostupanjskom postupku nisu iznijele činjenice koje su relevantne (i) u svjetlu nove, ali predvidive pravne ocjene spora žalbenog suda⁷⁶, žalbeni bi sud žalbu trebao odbiti i potvrditi prvostupanjsku presudu (*arg. ex 368.*, st. 2. ZPP-a).⁷⁷ Tomu je tako zbog raspravnog načela u vezi s činjenicama i dokazima, kontrolne funkcije žalbenog suda i apsolutne prekluzije iznošenja novota u žalbenom postupku kako je to *de lege lata* predviđeno ZPP-om.

(6) Ako, međutim, žalbeni sud prosudi da novu pravnu ocjenu spora, s obzirom na sve izneseno u dotadašnjem postupku, a posebno na aktivnost suda u okviru otvorenog pravosuđenja, nije mogla razumno predvidjeti ni savjesna i brižljiva stranka, žalbeni sud mora omogućiti strankama da se o njoj izjasne. Ako to ne bi učinio, presuda koju bi donio bila bi zabranjena presuda iznenađenja.⁷⁸ Žalbeni bi sud zato stranke morao pozvati na drugostupanjsko ročište ili raspravu. Međutim, ni ondje stranke *de lege lata* nisu ovlaštene iznositi nove činjenice ni predlagati nove dokaze. One bi se, dakle, na ročištu ili raspravi mogle izjasniti tek imaju li namjeru, u svjetlu nove pravne ocjene spora, u ponovljenom prvostupanjskom postupku dopuniti svoje činjenične navode i ponuditi dokaze. Ako stranke, što je mala vjerojatnost, takvu namjeru ne bi iskazale jer bi, primjerice, ocijenile da za relevantne činjenice ne mogu ponuditi dokaze, žalbeni bi sud mogao donijeti preinačujuću presudu, koja u tom slučaju ne bi bila presuda iznenađenja.⁷⁹ Ako bi, međutim, stranke iskazale namjeru da svoje činjenične navode dopune te ponude nove dokaze, žalbeni bi sud *de lege lata*

i brižljiva stranka, ako je o predvidivoj pravnoj ocjeni spora riječ, o tome je trebala voditi brigu sama.

⁷⁵ Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 247.

⁷⁶ Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 427, koji u tom kontekstu govori o nekonkluzivnosti tužbe odnosno prigovora.

⁷⁷ Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 428. U tom bi slučaju stranka eventualno mogla podnijeti novu tužbu u kojoj bi tužbeni zahtjev bio zasnovan na novom činjeničnom supstratu, izvan objektivnih granica pravomoćnosti odluke u ranijem postupku, ili pak podnijeti prijedlog za ponavljanje postupka zbog novih činjenica i dokaza, ako bi o njima bila riječ.

⁷⁸ I rješenje kojim se žalba odbija i potvrđuje prvostupanjska presuda jer je prvostupanjski sud pogrešno primijenio materijalno pravo, ali bi i pravilnom primjenom materijalnog prava trebalo o tužbenom zahtjevu odlučiti jednako (čl. 368., st. 2. ZPP-a), moglo bi biti odluka iznenađenja. Moguće je, naime, da bi stranka, da je za novu pravnu ocjenu spora znala ranije ili da ju je mogla predvidjeti, drukčije koncipirala spor. U tom slučaju *mutatatis mutandis* vrijedi isto što i za preinačujuću presudu.

⁷⁹ Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 426, 428.

morao prvostupanjsku presudu ukinuti i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje.⁸⁰ Tek bi u ponovljenom postupku⁸¹ stranka bila ovlaštena u svjetlu nove pravne ocjene spora dopuniti svoje činjenične navode i predložiti dokaze.⁸² Valja uzeti da bi to mogle biti samo činjenice i dokazi koje stranke bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti odnosno predložiti ranije. Novi činjenični supstrat ne bi smio dovesti do promjene istovjetnosti tužbenog zahtjeva.⁸³

Apsolutna prekluzija iznošenja činjenica i dokaza u žalbenom postupku predviđena *de lege lata* bitno ograničava žalbeni sud da u svjetlu nove pravne ocjene spora, a koju ni savjesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti, utvrđuje relevantne činjenice i izvodi dokaze. *De lege ferenda* valjalo bi strankama omogućiti ograničeni *beneficium novorum*, da u svjetlu nove pravne ocjene žalbenog suda, koju ni savjesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti, iznesu nove činjenice i dokaze koje bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti ranije. Ne bi se, dakako, krivnji stranke moglo pripisati to što nije ranije iznijela neke činjenice koje u svjetlu (pogrešne) pravne ocjene prvostupanjskog suda uopće nisu bile relevantne.

Ako je žalbeni sud kao viši sud, na kojem bi u pravilu trebala suditi tročlana vijeća iskusnijih sudaca, ovlašten pravno ocijeniti spor drukčije nego prvostupanjski sud, nema razloga da ne bude ovlašten sam utvrditi i činjenično stanje. S obzirom na to da bi stranke mogle iznijeti samo novote koje bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti ranije, žalbeni će sud činjenično stanje uglavnom moći utvrditi na temelju stanja ili pak izvođenjem pojedinog dodatnog dokaza na raspravi.

⁸⁰ U Nacrtu novih izmjena ZPP-a (*v. supra* bilj. 10) predviđeno je da bi se stranke, ako nova pravna ocjena traži utvrđivanje novih činjenica i izvođenje novih dokaza, u svom usmenom ili pisanom očitovanju o toj pravnoj ocjeni mogle pozvati i na nove činjenice i predložiti nove dokaze (prijedlog novog čl. 367.a, st. 3. ZPP-a). Na taj bi način, dakle, strankama bio otvoren put da u svjetlu nove pravne ocjene spora već u žalbenom postupku iznesu relevantne činjenice i predlažu dokaze, a žalbeni sud ne bi iz tog razloga trebao ukidati prvostupanjsku odluku i vratiti je prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. Valja uzeti da bi stranke mogle iznijeti samo činjenice i predložiti dokaze koje bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti odnosno predložiti ranije. To bi ujedno značilo da bi žalbeni sud postao ovlašten na (ročištu ili) raspravi izvesti i dokaz koji zbog pogrešne pravne ocjene spora prvostupanjskog suda nije bio predložen u prvostupanjskom postupku nego tek u žalbenom. Na temelju tih činjenica i dokaza sud bi, dakako, bio ovlašten, ako bi za to bile ispunjene pretpostavke, donijeti i preinačujuću presudu koja u tom slučaju ne bi bila presuda iznenađenja.

⁸¹ Prvostupanjski sud pravnom ocjenom žalbenog suda nije vezan iako će je u pravilu poštovati.

⁸² Tako i Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 427.

⁸³ Slično Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 429.

3.2. Otklanjanje nedostataka u utvrđivanju činjeničnog stanja

Na pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja žalbeni sud ne pazi *ex officio* pa će tu povredu žalbeni sud razmatrati tek ako se na nju u žalbi bila pozvala stranka. U žalbenom postupku stranke, već je istaknuto, nisu ovlaštene iznositi nove činjenice ni nove dokaze (čl. 352., st. 1. ZPP-a) pa će žalbeni sud *de lege lata* moći utvrđivati samo činjenice i izvoditi dokaze koje su stranke pravodobno iznijele u prvostupanjskom postupku. Zato potencijal za donošenje zabranjenih presuda iznenađenja zbog otklanjanja nedostataka u utvrđivanju činjeničnog stanja nije osobito velik.⁸⁴ Ako bi se stranka i u žalbi, primjerice, pozvala na kakvu relevantnu činjenicu iz prvostupanjskog postupka, koju bi žalbeni sud bio ovlašten sam utvrditi, stranka će na to imati mogućnost izjasniti se u odgovoru na žalbu.

Zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja žalbeni je sud u načelu ovlašten prvostupanjsku presudu ukinuti i predmet vratiti na ponovno suđenje (čl. 370. ZPP-a).⁸⁵ Jedna od intencija Novele ZPP-a iz 2008.⁸⁶ bila je da se smanji broj slučajeva u kojima je, prema ocjeni inicijatora te novele, dolazilo do nepotrebnog ukidanja prvostupanjskih odluka i vraćanja predmeta na ponovno suđenje.⁸⁷ Tom je novelom stoga bitno povećan broj slučajeva u kojima je žalbeni sud postao ovlašten sam otkloniti nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku. Nakon Novele iz 2011.⁸⁸ i iz 2019. žalbeni sud ima gotovo neograničene ovlasti da sam otkloni nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja, ali se njima razmjerno rijetko koristi.⁸⁹ Žalbeni je sud u načelu činjenično stanje ovlašten utvrditi koristeći se različitim mehanizmima, dijelom, primjerice, tako što bi našao da je prvostupanjski sud neke činjenice pravilno

⁸⁴ Slično i Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 427.

⁸⁵ Ako žalbeni sud nađe da bi prvostupanjsku presudu trebalo ukinuti i nakon što je ona već jednom u povodu žalbe bila ukinuta i predmet vraćen prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje, žalbeni bi sud sam trebao otkloniti nedostatke zbog koji bi prvostupanjsku odluku trebalo ponovno ukinuti i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje (čl. 366.a, st. 2. ZPP-a), dakle i nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja i bitne povrede odredaba parničnog postupka.

⁸⁶ Zakon o izmjenama i dopunama ZPP-a, *Narodne novine*, br. 123/08.

⁸⁷ Tako Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 224.

⁸⁸ Zakon o izmjenama i dopunama ZPP-a, *Narodne novine*, br. 57/11.

⁸⁹ Tomić, S. Ž., *Odlučivanje žalbenih sudova u građanskom postupku*, diplomski rad, 2020., str. 25 sq., 28 sq., navodi da su 2004. godine preinačujuće odluke žalbenog suda činile tek 6 % svih odluka koje su u povodu žalbe donijeli svi hrvatski županijski sudovi i tek oko 3 % odluka koje je u povodu žalbe donio Visoki trgovački sud. U 2017. godini taj je udio bio veći od 12 % kod županijskih sudova i veći od 5 % kod Visokog trgovačkog suda.

utvrdio, dijelom na temelju stanja spisa, a u preostalom dijelu na drugostupanjskom ročištu ili raspravi.⁹⁰ Sve to odnosi se, dakako, isključivo na činjenice i dokaze koje su stranke iznijele i predložile već u prvostupanjskom postupku.

Otklanjanje nedostataka u utvrđivanju činjeničnog stanja na temelju stanja spisa. Žalbeni sud je ovlašten nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku otkloniti uzimajući u obzir stanje spisa.⁹¹ Žalbeni je sud tako ovlašten činjenično stanje utvrditi na temelju isprava i drugih dokaza⁹² koje je već izveo prvostupanjski sud i koji se stoga nalaze u spisu, čak i ako prvostupanjski sud te dokaze u donošenju svoje presude uopće nije uzeo u obzir, primjerice, zato što je pogrešno pravno ocijenio spor (čl. 373.a, st. 1., t. 2. ZPP-a). Žalbeni je sud ovlašten u utvrđivanju činjeničnog stanja u obzir uzeti i činjenice koje među strankama nisu sporne pa ih ionako u pravilu nije potrebno dokazivati (čl. 373.a, st. 1., t. 1. i čl. 221., st. 1. ZPP-a).⁹³ O postojanju pojedinih činjenica žalbeni sud može zaključivati i na temelju indicija koje je prvostupanjski sud pravilno utvrdio, ali je iz njih potom izveo pogrešan zaključak o postojanju određenih činjenica (čl. 373.a, st. 2. ZPP-a).⁹⁴ Ako bi se, dakle, nedostaci u utvrđivanju činjeničnog stanja mogli otkloniti tako da se u obzir uzmu nesporne činjenice, već izvedeni dokazi ili pravilno utvrđeni indiciji sadržani u spisu predmeta, žalbeni bi ih sud trebao otkloniti sam.⁹⁵ Ako na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja utvrdi da je žalba osnovana, u pravilu će preinačiti prvostupanjsku presudu.⁹⁶ Ako pak utvrdi da žalba nije osnovana,

⁹⁰ Slično i Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 216, 229.

⁹¹ Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 211.

⁹² Od Novele ZPP-a iz 2011. to više ne moraju biti samo *posredno* izvedeni dokazi.

⁹³ Moguće je, primjerice, da je prvostupanjski sud utvrđivao kakvu činjenicu dokazivanjem previdjevši da je zapravo riječ o priznatoj činjenici koju nije bilo potrebno dokazivati. Moguće je i da je prvostupanjski sud propustio utvrditi koju relevantnu činjenicu, a za koju žalbeni sud ustanovi da je bila priznata tijekom prvostupanjskog postupka. Žalbeni bi sud svoje utvrđenje da relevantne činjenice nisu sporne mogao formirati i na temelju navoda stranaka u žalbi i odgovoru na žalbu, ali i na drugostupanjskom ročištu ili raspravi. Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 211 *sq.*

⁹⁴ Nepravilnost bi tog zaključka mogla biti uvjetovana primjenom pogrešnog pravila iskustva na pravilno utvrđene indicije ili, rijetko, pogrešnim zaključivanjem koja bi pravila iskustva trebalo primijeniti. Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 226.

⁹⁵ Na taj bi način žalbeni sud bio ovlašten sanirati i apsolutno bitnu povredu pravila o obliku i sadržaju presude iz čl. 354., st. 2., t. 11. ZPP-a koja je ionako dijelom vrlo bliska nepravilnom utvrđivanju činjeničnog stanja (čl. 373.a, st. 3. ZPP-a). *V. infra* 3.3.

⁹⁶ Bilo bi, međutim, moguće i da se žalbeni sud složi s podnositeljem žalbe da je prvostupanjski sud, primjerice, pogrešno ocijenio dokaz u spisu, ali da ipak odbije žalbu i potvrdi prvostupanjsku presudu jer bi primjenom materijalnog prava i na tako utvrđeno činjenično stanje odluka o tužbenom zahtjevu bila jednaka (*arg. ex* čl.

odbit će je i potvrditi prvostupanjsku presudu (čl. 373.a, st. 1. ZPP-a).

Čini se da je, nakon što je u ZPP uveden novi čl. 373.a⁹⁷, odredba čl. 373., t. 1.⁹⁸ postala suvišna jer je sadržajno obuhvaćena u znatno široj ovlasti koju u odnosu na dokaze žalbeni sud ima na temelju čl. 373.a, st. 1., t. 2. ZPP-a. Naime, odredba čl. 373.a se za razliku od odredbe čl. 373. ZPP-a ne odnosi samo na pogrešno ocijenjene isprave i posredno izvedene dokaze na kojima je isključivo utemeljena prvostupanjska presuda nego na sve dokaze u spisu, čak i one koje prvostupanjski sud uopće nije uzeo u obzir u odlučivanju. I odredba čl. 373., t. 2.⁹⁹ sadržajno je obuhvaćena u odredbi čl. 373.a, st. 2. ZPP-a. Razlika da je na temelju čl. 373.a žalbeni sud ovlašten ili odbiti žalbu i potvrditi prvostupanjsku presudu ili preinačiti presudu, a na temelju čl. 373. samo preinačiti presudu tek je prividna. Naravno da će žalbeni sud, i na temelju čl. 373. i na temelju čl. 373.a ZPP-a, u pravilu preinačiti prvostupanjsku presudu ako se složi sa žalbenim navodom da je prvostupanjski sud, primjerice, pogrešno ocijenio već izvedene isprave.¹⁰⁰ Ako pak žalbu bude smatrao neosnovanom jer se, primjerice, ne slaže s podnositeljem žalbe da je prvostupanjski pogrešno ocijenio ispravu u spisu, odbit će žalbu i potvrditi prvostupanjsku presudu. To, doduše, izrijeком piše u čl. 373.a ZPP-a, ali proizlazi i iz odredbe čl. 368., st. 1. ZPP-a kojom je određeno da se rješenjem žalba odbija i potvrđuje prvostupanjska presuda ako sud ustanovi da ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija, a ni razlozi na koje pazi po službenoj dužnosti. Zato ta ovlast žalbenog suda nije izrijeком navedena u čl. 373. ZPP-a.

Odredbe čl. 373. i 373.a ZPP-a nomotehnički su nedotjerane i teško razumljive. Inicijalna je zamisao očito bila da se tim odredbama omogući žalbenom sudu da otkloni nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u slučajevima kad bi se u odnosu na procesni materijal nalazio u istom položaju kao i prvostupanjski sud.¹⁰¹ Nakon Novele iz 2011. žalbeni je sud postao ovlašten samostalno (ponovno) ocjenjivati i dokaze koje je prvostupanjski sud sam neposredno

368., st. 2. ZPP-a). Tako i Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 213, 215.

⁹⁷ Taj je članak u ZPP uveden Novelom iz 2008., a izmijenjen Novelom ZPP-a iz 2011.

⁹⁸ Ako bi se prvostupanjska presuda temeljila isključivo na ispravama ili posredno izvedenim dokazima za koje je žalbeni sud ocijenio da ih je prvostupanjski sud pogrešno ocijenio, žalbeni će sud preinačiti prvostupanjsku presudu.

⁹⁹ Ako bi se prvostupanjska presuda temeljila na činjenicama o postojanju kojih je žalbeni sud pogrešno zaključio na temelju pravilno utvrđenih indicija, žalbeni će sud preinačiti prvostupanjsku presudu.

¹⁰⁰ Valja, međutim, ovdje uzeti u obzir i ono što je rečeno *supra* u bilj. 96.

¹⁰¹ Triva i Dika, *op. cit.* u bilj. 13, str. 711; Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 214, 216, 226, 229.

izveo (iskaze svjedoka, vještaka i stranaka ili rezultate provedenog uviđaja), i to na temelju sadržaja zapisnika iz spisa.¹⁰² Ovlast žalbenog suda da drukčije od prvostupanjskog ocjenjuje činjenične tvrdnje, oslanjajući se na zapisnike o neposrednom izvođenju dokaza u prvostupanjskom postupku, smatra se dopuštenim odstupanjem od načela neposrednosti radi ostvarenja osnovnih zadataka pravosuđa.¹⁰³

U svakom slučaju, žalbeni sud svoju odluku ne smije zasnovati na činjenicama i dokazima o kojima strankama nije bila pružena mogućnost da se izjasne (čl. 7., st. 3. ZPP-a).¹⁰⁴ U protivnom sud bi ne samo počinio apsolutno bitnu povredu načela saslušanja stranaka¹⁰⁵ nego i donio presudu iznenađenja, koja je protivna temeljnom ljudskom pravu na pravičan postupak.

Otklanjanje nedostataka u utvrđivanju činjeničnog stanja na drugostupanjskom ročištu ili na drugostupanjskoj raspravi. Iako žalbeni sud u nas u pravilu odlučuje bez rasprave (čl. 373.b, st. 1. ZPP-a), on bi bio dužan zakazati drugostupanjsku raspravu ako bi našao da je radi pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja potrebno a) da se ponovno izvedu već u prvostupanjskom postupku izvedeni dokazi ili, što je novina nakon Novele ZPP-a iz 2019., b) da se izvedu dokazi koji su pravodobno predloženi, a nisu izvedeni u prvostupanjskom postupku, primjerice, zato što prvostupanjski sud zbog pogrešne pravne ocjene spora nije smatrao relevantnom činjenicu koja se tim dokazom utvrđuje (čl. 373.b, st. 2. ZPP-a). Žalbeni sud bi mogao drugostupanjsku raspravu provesti i c) ako ocijeni da bi se tako mogle otkloniti bitne povrede odredaba parničnog postupka u prvostupanjskom postupku (čl. 373.b, st. 6. ZPP-a).¹⁰⁶

Na drugostupanjsku se raspravu pozivaju stranke, odnosno njihovi zakonski zastupnici ili opunomoćenici, a i oni svjedoci i vještaci za koje to sud odluči. Ako s rasprave izostane jedna ili obje stranke, sud će o žalbi raspravljati i donijeti odluku uzimajući u obzir osobito ono što je izneseno u žalbi i u odgovoru na žalbu. Rasprava počinje izvještajem sudca pojedinca¹⁰⁷ ili, ako sudi vijeće,

¹⁰² Drukčije Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 215, ali za uređenje prije Novele iz 2011.

¹⁰³ Triva i Dika, *op. cit.* u bilj. 13, str. 186 sq.

¹⁰⁴ Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 214.

¹⁰⁵ Tako Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 228.

¹⁰⁶ *V. infra* 3.3.

¹⁰⁷ Sudac pojedinac odlučuje o žalbi protiv presude u sporovima radi isplate novčane tražbine ako vrijednost predmeta spora ne prelazi 100.000,00 kn, odnosno u trgovačkim sporovima ako vrijednost predmeta spora ne prelazi 500.000,00 kn (čl. 44., st. 2. ZPP-a). O žalbi protiv rješenja uvijek odlučuje sudac pojedinac (čl. 44., st. 1. ZPP-a). O žalbi u sporovima male vrijednosti, u kojoj se stranke ionako nisu ovlaštene pozivati na nepravilno utvrđeno činjenično stanje, eventualno tek ako to vješto povežu s apsolutno bitnom povredom pravila o obliku i sadržaju presude iz čl. 354.,

sudca izvjestitelja, koji izlaže stanje stvari ne dajući svoje mišljenje o osnovanosti žalbe. Nakon toga čita se presuda ili njezin dio na koji se žalba odnosi, a prema potrebi i zapisnik o glavnoj raspravi na prvostupanjskom sudom. Podnositelj žalbe potom ima prigodu obrazložiti svoju žalbu, a protivna stranka svoj odgovor na žalbu (čl. 373.c ZPP-a).

Umjesto na drugostupanjskoj raspravi, dokazi koji bi na njoj trebali biti izvedeni mogu se izvesti u zgradi prvostupanjskog suda pred sudcem pojedincem ili pak sudcem izvjestiteljem žalbenog suda. Ako za to postoje važni razlozi, žalbeni sud može odlučiti čak i da se ti dokazi izvedu pred sudcem pojedincem ili predsjednikom vijeća prvostupanjskog suda (čl. 373.b, st. 3. ZPP-a). Ako su dokazi izvedeni izvan drugostupanjske rasprave, žalbeni sud na „sjednicu vijeća“, odnosno drugostupanjsko ročište¹⁰⁸ mora pozvati stranke. Žalbeni sud je na ročište, ako nađe da je to potrebno radi donošenja odluke o žalbi, i inače ovlašten pozvati stranke ili njihove zastupnike (čl. 362., st. 2. ZPP-a).

Sud će ročište održati i odlučiti o žalbi i ako s nje izostanu jedna ili obje stranke. Ročište na kojem je prisutna barem jedna od stranaka počinje izvještajem sudca izvjestitelja, odnosno sudca pojedinca koji izlaže stanje stvari ne dajući svoje mišljenje o osnovanosti žalbe. Nakon toga čita se presuda ili njezin dio na koji se žalba odnosi, a prema potrebi i zapisnik o glavnoj raspravi na prvostupanjskom sudu. Nakon toga podnositelj žalbe ima prigodu obrazložiti svoju žalbu, a protivna stranka svoj odgovor na žalbu (čl. 363. ZPP-a).

I odredbe čl. 373.b ZPP-a kao i odredbe na koje se u njima upućuje nototehnički su nedotjerane. Trebalo bi ih redakcijski srediti i pojednostavniti. Sadašnje je uređenje očito ne osobito uspio rezultat pokušaja kompromisa između toga da, s jedne strane, postoji mogućnost drugostupanjske rasprave i, s druge strane, nevoljkosti žalbenih sudova da te rasprave provode, dijelom i zbog neodgovarajućih prostornih uvjeta i organizacije rada na tim sudovima. Održavanje drugostupanjske rasprave dodatno je potkopano time što se žalbeni predmeti županijskim sudovima dodjeljuju u rad elektroničkom nasumičnom dodjelom, neovisno o pravilima nadležnosti općinskih sudova u prvostupanjskom postupku (čl. 5. Zakona o područjima i sjedištima sudova).¹⁰⁹ Kombinacija drugostupanjskog ročišta na žalbenom sudu i izvođenja pojedinog dokaza u zgradi prvostupanjskog suda umjesto drugostupanjske rasprave u tom se kontekstu također ne čini osobito s(p)retnim rješenjem.

st. 2., t. 11. ZPP-a (čl. 467., st. 1. ZPP-a), također uvijek odlučuje sudac pojedinac (čl. 467., st. 3. ZPP-a). Za kvalitetu suđenja, ali i za ujednačenje sudske prakse bilo bi bolje da o žalbama u što većem broju slučajeva odlučuje vijeće.

¹⁰⁸ V. *supra* bilj. 66.

¹⁰⁹ Zakon o područjima i sjedištima sudova, *Narodne novine*, br. 67/18.

Nadalje, odredbe o drugostupanjskom ročištu i drugostupanjskoj raspravi jednako su redigirane. Razlika između njih svodi se na to da na ročištu nema izvođenja dokaza, jer su oni izvedeni zasebno u zgradi prvostupanjskog suda, a da se na raspravi dokazi izvode. S obzirom na to da se mogu izvesti samo dokazi koji su već bili predloženi (ili čak i izvedeni) u prvostupanjskom postupku, stranka se o njima u pravilu već imala prigodu izjasniti u prvostupanjskom postupku. Ako to nije slučaj, osobito ako bi bila riječ o dokazima koje prvostupanjski sud nije izveo jer, primjerice, činjenicu koja se njime utvrđuje nije smatrao relevantnom, žalbeni sud strankama svakako treba omogućiti izjašnjavanje na ročištu ili raspravi. U protivnom odluka koju bi donio bila bi odluka iznenađenja. I uopće bi bilo poželjno da sud u okvirima otvorenog pravosuđenja na ročištu ili raspravi sa strankama (još jednom) razjasni činjenično stanje važno za odluku i svoju pravnu ocjenu spora. Izostane li koja od uredno pozvanih stranaka s ročišta ili rasprave, sama se odrekla prava da se na njima izjasni o procesnom materijalu. Njoj je, naime, pružena mogućnost koju nije iskoristila.¹¹⁰ Nakon što na ročištu ili raspravi sam utvrdi činjenično stanje otklanjajući nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku, žalbeni je sud, ovisno o tome što bi utvrdio, ovlašten preinačiti prvostupanjsku presudu ili žalbu odbiti i potvrditi prvostupanjsku presudu.¹¹¹

3.3. Otklanjanje nekih bitnih povreda odredaba parničnog postupka

Žalbeni sud je ovlašten, već je istaknuto, drugostupanjsku raspravu provesti i ako ocijeni da bi se tako mogle otkloniti bitne povrede odredaba parničnog postupka u prvostupanjskom postupku i da zbog toga ne bi bilo svrhovito presudu ukinuti i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje (čl. 373.b, st. 6. ZPP-a). Na taj bi način, dakle, žalbeni sud, otklanjajući nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku, mogao otkloniti ne samo apsolutno bitnu povredu pravila o obliku i sadržaju presude iz čl. 354., st. 2., t. 11. ZPP-a, koja je dijelom vrlo bliska nepravilnom utvrđivanju činjeničnog stanja (čl. 373.a, st. 3. ZPP-a), nego i apsolutno bitnu povredu načela saslušanja stranaka.¹¹²

Ako bi žalbeni sud zakazao drugostupanjsku raspravu radi otklanjanja bitnih povreda odredaba parničnog postupka u prvostupanjskom postupku, su-

¹¹⁰ Tako i Zobec, *op. cit.* u bilj. 40, str. 433. V. *supra* 2.2.

¹¹¹ To, doduše, nije izrijekom predviđeno u čl. 373.b ZPP-a, ali proizlazi iz logike stvari. Slično i Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 216, 228.

¹¹² Drukčije Dika, *op. cit.* u bilj. 62, str. 216, ali za pravno uređenje prije Novele iz 2011.

dac pojedinac ili sudac izvjestitelj tog suda može zatražiti od sudca pojedinca ili predsjednika vijeća prvostupanjskog suda da dâ objašnjenja o tim bitnim povredama ili da provede potrebne izviđaje radi provjere istinitosti navoda o tome jesu li počinjene (čl. 373.b, st. 7. ZPP-a). Primjerak objašnjenja, odnosno izvješća o obavljenom izviđaju¹¹³ prvostupanjski će sud dostaviti strankama, koje se mogu očitovati u roku od osam dana (čl. 360., st. 3. ZPP-a).¹¹⁴ Očitovanje stranaka prvostupanjski će sud dostaviti žalbenom sudu čak i ako budu podnesena nakon roka, ali će se uzeti u obzir ako to još bude moguće (čl. 360., st. 5. ZPP-a).

Specifična je preinačujuća presuda koju donosi žalbeni sud ako je stranka osnovano podnijela žalbu jer je prvostupanjski sud kvantitativno prekoračio tužbeni zahtjev (čl. 354., st. 2., t. 12. ZPP-a). Ako žalbeni sud utvrdi da je prvostupanjski sud počinio tu bitnu povredu odredaba parničnog postupka, rješenjem će ukinuti prvostupanjsku presudu u dijelu u kojem je tužbeni zahtjev prekoračen (čl. 369., st. 5. ZPP-a). Riječ je, dakle, tek o prividnoj preinaci jer dio odluke kojim zahtjev nije prekoračen ostaje neizmijenjen.¹¹⁵

4. ZAKLJUČAK

4.1. Strazburški sud o trima slučajevima

Gospodin Prikyan i gospođa Angelova, gospoda Galich i Barilik ostali su iznenađeni preinačujućim odlukama sudova u svojim državama.¹¹⁶ Obratili su se stoga i Europskom sudu za ljudska prava radi zaštite temeljnog ljudskog prava na pravičan postupak. Kako je preinačujuće odluke u njihovim slučajevima razmatrao Strazburški sud?

Bugarski slučaj. Preinačujuća presuda Vrhovnog suda presuda je iznenađenja i zato protivna pravu na pravičan postupak. Vrhovni je sud, naime, propustio omogućiti strankama da se izjasne o tome jesu li tuženici stekli vlasništvo stana

¹¹³ Ako ocijeni da je to potrebno, prvostupanjski sud može pozvati stranke da nazoče provedbi tih izviđaja (čl. 360., st. 4. ZPP-a).

¹¹⁴ Radi zaštite strankina prava na pravičan postupak i prevencije presude iznenađenja bitno je da objašnjenja, odnosno izvješća o obavljenom izviđaju budu dostavljena strankama na očitovanje. Tako i Galič, *op. cit.* u bilj. 16, str. 498. Cf. *Nideröst-Huber protiv Švicarske*, 18. veljače 1997., t. 21, 27, 31, Reports of Judgments and Decisions 1997-I. U tom je predmetu Strazburški sud istaknuo da načelo kontradiktornog raspravljanja traži da se strankama omogući da se izjasne i o takvim objašnjenjima i izvješćima nižeg suda jer i one mogu utjecati na ishod postupka.

¹¹⁵ Triva i Dika, *op. cit.* u bilj. 13, str. 712.

¹¹⁶ V. *supra* 1.1.

dosjelošću, što se pokazalo ključnim za konačan ishod postupka, to više što je dvojbeno je li na temelju posebnog propisa došlo do prekida dosjelosti. Savjesnosti i brižljivosti tužitelja pritom nije moguće prigovoriti jer se o dosjelosti tijekom cijelog postupka uopće nije raspravljalo. Osim toga, prigovor dosjelosti nije ni bio jasno istaknut u postupku, a na njega sud ne pazi *ex officio*, pa je i opravdano da se tužitelji, s obzirom i na to da im potencijalno ne bi išao u prilog, na nj nisu osvrtni.¹¹⁷

Ruski slučaj. Za stranke je bilo teško predvidivo da će žalbeni sud *proprio motu* smanjiti iznos dosuđenih zateznih kamata. Čak i ako je na to sud bio ovlašten, strankama je bilo uskraćeno pravo da se izjasne o tome je li dosuđeni iznos doista nerazmjern naravi povrede obveze, o čemu se tijekom dotadašnjeg postupka uopće nije raspravljalo.¹¹⁸ Zato je preinačujuća presuda žalbenog suda presuda iznenađenja, protivna pravu na pravičan postupak.

Slovački slučaj. Presuda Vrhovnog suda nije presuda iznenađenja. Strazburški sud odbacio je zahtjev gospodina Barilika kao očito neosnovan. Vrhovni je sud, doduše, promijenio pravnu kvalifikaciju spora, ali nju je savjesna i brižljiva stranka mogla i sama predvidjeti.¹¹⁹

4.2. Preinačujuća presuda i presuda iznenađenja

Presuda iznenađenja je ili presuda zasnovana na činjenicama ili dokazima o kojima strankama nije bila pružena razumna mogućnost da se o njima izjasne ili presuda zasnovana na pravnoj ocjeni spora bitno različitoj od one koju je savjesna i brižljiva stranka, s obzirom na dotadašnji tijek postupka, mogla razumno predvidjeti, a sud strankama prethodno nije pružio razumnu mogućnost da se o toj pravnoj ocjeni izjasne. Nije, dakle, svaka preinačujuća presuda žalbenog suda koja svojim sadržajem neugodno iznenadi koju od stranaka ujedno i presuda iznenađenja. Štoviše, trebala bi biti riječ o neželjenoj iznimci jer je presuda iznenađenja u protivnosti s postulatima pravičnog postupka.

Svakoj stranci mora, naime, biti omogućeno da se u postupku izjasni o svim relevantnim *činjeničnim i pravnim aspektima spora* koje je tijekom postupka iznijela protivna stranka, ali i sud *ex officio*. Međutim, dokle god savjesna i brižljiva stranka pravnu ocjenu spora može razumno predvidjeti, a to je najčešće slučaj, sud je ne mora unaprijed priopćiti strankama da bi prevenirao presudu iznenađenja. To bi ipak bio dužan učiniti ako, primjerice, namjerava odstupiti od

¹¹⁷ *Prikyan i Angelova*, t. 45–51.

¹¹⁸ *Galich*, t. 26–37.

¹¹⁹ *Barilik*, t. 29–32.

ustaljene sudske prakse ili od pravnih stajališta koja je ranije tijekom postupka, izrijeком ili konkludentno, bio nagovijestio, zatim u nekim pravno zamršenim predmetima ili u predmetima u kojima se javljaju pravna pitanja u vezi s kojima nema sudske prakse. Ako to ne bi učinio, presuda koju bi donio bila bi presuda iznenađenja. Nju, naime, nije mogla razumno predvidjeti ni savjesna i brižljiva stranka.

Zabrana se presude iznenađenja, dakako, podjednako odnosi na sve sudove, ne samo na žalbene, ali u vezi s preinačujućim presudama žalbenog suda ta zabrana ima posebno značenje jer one postaju pravomoćne trenutkom donošenja. Zabrana presude iznenađenja proizlazi iz temeljnog ljudskog prava na pravičan postupak koje su obvezni štiti svi sudovi. Zato bi protiv preinačujuće presude žalbenog suda koja je ujedno i presuda iznenađenja (a to, dakako, nije svaka preinačujuća presuda žalbenog suda) Vrhovni sud u povodu prijedloga svakako trebao dopustiti reviziju.¹²⁰ Ako bi to propustio učiniti revizijski sud, iznenađenoj bi stranci zaštitu trebali pružiti Ustavni sud i Europski sud za ljudska prava.¹²¹ Stranka bi pritom trebala sama voditi računa o tome da u vezi s tom povredom prethodno iscrpi dopušteni pravni put.¹²²

Ne bi se, međutim, trebalo složiti s onima koji ustavnim pravom na žalbu žele opravdati tezu da svaka odluka žalbenog suda, koji je nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku samostalno otklonio, mora biti podložna revizijskoj kontroli Vrhovnog suda.¹²³ Žalbenim sudovima, naime, kao višim sudovima, u kojima bi u pravilu trebala odlučivati vijeća iskusnijih, već etabliranih sudaca, hijerarhijski pripada određen stupanj povjerenja da na temelju stanja spisa ili rasprave sami otklone nedostatke u utvrđivanju činjeničnog stanja na prvostupanjskom sudu baš kao što su ovlaštteni izmijeniti pravnu ocjenu spora. Sve, dakako, pod uvjetom da su strankama zajamčena sva prava pravičnog postupka. Uostalom, ustavno pravo na žalbu¹²⁴ nitko, posve opravdano, ne tumači tako (široko) da bi ono zahtijevalo revizijsku kontrolu

¹²⁰ Bratković, M., Što je važno pravno pitanje u reviziji? Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 68, br. 5-6, 2018., str. 869 sq.

¹²¹ Cf. Bratković, op. cit. u bilj. 60, str. 200 sqq.

¹²² Cf. *Amirov protiv Azerbejdžana*, br. 25512/06 (odluka o nedopuštenosti), 18. siječnja 2011., gdje je Strazburški sud odbacio kao očito neosnovan zahtjev podnositelja koji se na uskratu prava da se izjasni o pravnim shvaćanjima žalbenog suda nije prethodno pozvao u pravnom lijeku kojim se obratio Vrhovnom sudu. Settem, op. cit. u bilj. 16, str. 105.

¹²³ Tako, primjerice, Dika, op. cit. u bilj. 62, str. 225, 271. V. supra i bilj. 7.

¹²⁴ Cf. Uzelac, A., *Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog pravosuđenja ili relikv prošlosti?* u: Uzelac, A.; Garašić, J.; Maganić, A. (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravničkom postupku*, 2013., str. 219-243.

odluke žalbenog suda kojom je on preinačio prvostupanjsku presudu na temelju nove pravne ocjene spora (čl. 373., t. 3. ZPP-a). Zašto bi onda pristup Vrhovnom sudu bio lakši zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja negoli zbog pogrešne primjene materijalnog prava?¹²⁵ Činjenice u postupku jednako su važne kao i pravo te nema razloga da se višem sudu *ex lege* vjeruje kad primjenjuje materijalno pravo, ali ne i kad utvrđuje činjenično stanje.¹²⁶ Osim toga, ako je točno (a nije) da je Ustavom uvijek zajamčena dvostupanjska kontrola utvrđivanja činjenica, kako to da u sporovima male vrijednosti žalba nije dopuštena zbog nepravilno utvrđenoga činjeničnog stanja (*arg. ex* 467., st. 1. ZPP-a)? Zato, ako preinačujuća presuda žalbenog suda nije, dakle, ujedno i presuda iznenađenja, revizijska kontrola takvih odluka ne bi trebala biti *ex lege* dopuštena pozivom na ustavno pravo na žalbu.¹²⁷

Odredbe o ovlastima žalbenog suda u otklanjanju nedostataka u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvostupanjskom postupku na temelju stanja spisa, drugostupanjskog ročišta ili rasprave valjalo bi nomotehnički dotjerati i sustavnije urediti. Apsolutna prekluzija iznošenja činjenica i dokaza u žalbenom postupku predviđena *de lege lata* bitno ograničava žalbeni sud da u svjetlu nove pravne ocjene spora, a koju ni savjesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti, utvrđuje relevantne činjenice i izvodi dokaze. Bilo bi opravdano da se u tom slučaju, dakle tek u slučaju kad pravnu ocjenu spora nije mogla razumno predvidjeti ni savjesna i brižljiva stranka, *de lege ferenda* strankama omogućiti ograničeni *beneficium novorum*, da u svjetlu nove pravne ocjene žalbenog suda iznesu nove činjenice i dokaze koje bez svoje krivnje nisu mogle iznijeti ranije. O tim bi činjenicama i dokazima kao i o pravnoj ocjeni spora žalbeni sud u okvirima otvorenog pravosuđenja mogao raspravljati sa strankama i time otkloniti mogućnost da presuda koju donese bude presuda iznenađenja.

I uopćeno se može reći da su na svim razinama sudovanja otvoreno pravosuđenje te aktivna kolaboracija suda i stranaka u razrješavanju svih činjeničnih i pravnih problema nekog spora najbolja prevencija presuda iznenađenja.

¹²⁵ Tako i Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 407.

¹²⁶ Galič, *Ustavno ...*, *op. cit.* u bilj. 9, str. 407 *sq.*

¹²⁷ Vrhovni sud i protiv njih će u povodu prijedloga dopustiti reviziju ako je u njima riječ o pitanjima koja su važna ne samo u konkretnom predmetu nego i za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava u sudskoj praksi (čl. 385.a ZPP-a). V. *amplius* Bratković, *op. cit.* u bilj. 120; Bratković, *op. cit.* u bilj. 60.

POPIS LITERATURE I SUDSKE PRAKSE

- Bergant Rakočević, V., *Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., str. 1597–1606
- Betetto, N., u: Ude, L.; Galič, A. (ur.), *Pravdni postopek: zakon s komentarjem. 2. knjiga (151.–305. člen)*, Ljubljana, 2010., 285. člen
- Bratković, M., *De expensis non curat praetor supremus?* u: Šago, D. et al. (ur.) *Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2017., str. 427–448
- Bratković, M., *Revizija po dopuštenju: izazovi i dvojbe*, u: Barbić, J. (ur.), *Novine u parničnom procesnom pravu*, 2020., str. 179–209
- Bratković, M., Što je važno pravno pitanje u reviziji? Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 68, br. 5-6, 2018., str. 853–880
- Dika, M., *Građansko parnično pravo. Pravni lijekovi. X. knjiga*, Narodne novine, 2010.
- Galič, A., *Ali mora sodišče stranki opozoriti na spregledane pravne podlage?* Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., str. 1586–1596
- Galič, A., *Pravo na saslušanje i pravna pravila*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 479–500
- Galič, A., *Razlikovanje med pravnimi in dejanskimi vprašanji pri zbiranju procesnega gradiva*, u: III. dnevi civilnega prava. Zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2005., str. 103–118
- Galič, A., *Ustavno civilno procesno pravo. Ustavna procesna jamstva. Ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek*, GV Založba, 2004.
- Kodek, G. E.; Mayr, P. G., *Zivilprozessrecht*, Facultas, ²2013.
- Parać, Z., *Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti*, Pravo u gospodarstvu, vol. 40, br. 6, 2001., str. 97–125
- Rechberger, W. H. (ur.), *Kommentar zur ZPO*, Verlag Österreich, ⁴2014.
- Rechberger, W. H.; Simotta, D. A., *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Manz, ⁸2010.
- Rosenberg, L.; Schwab, K. H.; Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, ¹⁷2010.
- Settem, O. J., *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings. With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency*, Springer International, 2016.
- Šagovac, A., *Zabrana presude iznenađenja u parničnom postupku*, Odvjetnik, br. 1-2, 2018., str. 19–31

- Thomas, H.; Putzo, H. (ur.), *Zivilprozessordnung. FamFG. Verfahren in Familiensachen. GVG, Einführungsgesetze, EG-Zivilverfahrensrecht. Kommentar*, C. H. Beck, ³⁰2009.
- Tomić, S. Ž., *Odlučivanje žalbenih sudova u građanskom postupku*, diplomski rad obranjen na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu u siječnju 2020.
- Triva, S., *Esej o „otvorenom pravosuđenju“*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, vol. XXI, 1973., str. 343–364
- Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, 2004.
- Uzelac, A., *Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog pravosuđenja ili relikv prošlosti?* u: Uzelac, A.; Garašić, J.; Maganić, A. (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravničnom postupku. Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe. Liber amicorum Mihajlo Dika*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 219–243
- Zobec, J., u: Ude, L.; Galič, A. (ur.), *Pravdni postopek: zakon s komentarjem. 3. knjiga (čl. 305.a do 503. člen)*, Ljubljana, 2009., str. 209–520
- Citirane odluke Europskog suda za ljudska prava
- Amirov protiv Azerbejdžana*, br. 25512/06 (odluka o nedopuštenosti), 18. siječnja 2011.
- Bąkowska protiv Poljske*, br. 33539/02, 12. siječnja 2010.
- Barilik protiv Slovačke*, br. 28461/10 (odluka o nedopuštenosti), 18. veljače 2014.
- Clinique des Acacias i drugi protiv Francuske*, br. 65399/01 i dr., 13. listopada 2005.
- Čepek protiv Češke*, br. 9815/10, 5. rujna 2013.
- Dombo Beheer B.V. protiv Nizozemske*, presuda od 27. listopada 1993., Series A br. 274.
- Döry protiv Švedske*, br. 28394/95, 12. studenog 2002.
- Drassich protiv Italije*, br. 25575/04, 11. prosinca 2007.
- Duralijski protiv Bugarske*, br. 45519/06, 4. ožujka 2014.
- Galich protiv Rusije*, br. 33307/02, 13. svibnja 2008.
- Nideröst-Huber protiv Švicarske*, 18. veljače 1997., Reports of Judgments and Decisions 1997-I
- Preto i drugi protiv Italije*, 8. prosinca 1983., Series A br. 71, str. 14–15
- Prikyan i Angelova protiv Bugarske*, br. 44624/98, 16. veljače 2006.
- Princ Hans-Adam II. od Lihtenštajna protiv Njemačke* [veliko vijeće], br. 42527/98, ECHR 2001-VIII
- Ruiz-Mateos protiv Španjolske*, 23. lipnja 1993., Series A br. 262
- Vermeulen protiv Belgije*, 20. veljače 1996., Reports of Judgments and Decisions 1996-I

Summary

Marko Bratković*

VARYING THE FIRST-INSTANCE JUDGMENT AND THE SURPRISE JUDGMENT

Not every decision of the appellate court varying the first instance judgement which comes as an unpleasant surprise to either party necessarily constitutes what is known as a surprise judgment (German: Überraschungsurteil). On the contrary, a surprise judgment should only be a rare, undesired exception. A varying judgment may be considered a surprised judgment only if the appellate court changed the legal classification of the case from that in the original case into one that a diligent party could not reasonably have foreseen. Also, a surprise judgment would also refer to cases in which the appellate court based its ruling on facts and evidence on which the parties had not been given a reasonable opportunity to comment. Surprise judgments are prohibited as they are in conflict with the postulates of fair trial.

According to the case of law of the European Court of Human Rights, each party must be given a reasonable opportunity to comment on all relevant aspects of the case, not only in respect of evidence, but also in respect of the legal issues, i.e. an opportunity to participate effectively in the proceedings. It is to be emphasised that this also refers to legal arguments raised ex officio by the court. The principle iura novit curia cannot be an excuse for not allowing the parties to participate in a debate concerning the legal issues. However, this is not to say that the court should necessarily declare its legal positions to the parties.

This duty exists only as an exception; for instance, in order to inform the parties of its intention to deviate from the case law or legal positions announced expressly or implicitly, or in legally intricate cases or cases involving issues with no relevant case law. The point is that the legal reasoning of the court must be reasonably foreseeable in view of the arguments which had been raised during the course of the proceedings by the opposing parties or by the court itself. Certainly, a party to civil proceedings is expected to display due diligence him/herself in that regard. If the legal classification of the case could not have been foreseen by the party as a diligent party, it constitutes a surprise judgment. If legal arguments which had been pursued by the court could not be regarded as substantially di-

* Marko Bratković, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; marko.bratkovic@pravo.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0003-0893-6682

fferent from the observations submitted by the parties during the course of the proceedings, there is no breach of the adversarial principle.

These postulates of fair trial refer to all courts, not only appellate ones, but the prohibition of surprise judgments bears special significance in the context of varying judgments of appellate courts considering their immediate effect of rendering the matter res iudicata. The Supreme Court should by all means allow a second appeal against a varying judgment of an appellate court which constitutes a surprise judgment, and if it should fail to provide a remedy to the surprised party, a remedy should invariably be provided by the Constitutional Court or the European Court of Human Rights.

Key words: surprise judgment, varying judgment, fair trial, appeal, diligent party.