

ISSN 1330-349X  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>



SVEUČILIŠTE U RIJECI  
PRAVNI FAKULTET

# ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 40

BROJ 1

RIJEKA, 2019.



## SADRŽAJ

*XXV. Savjetovanje pravnika*  
*“Petar Simonetti (Vlasništvo-Obveze-Postupak)”*  
*(Poreč, 10. – 12. travnja 2019.)*

**Prilozi za savjetovanje:***Mihajlo Dika,*

O razlozima za izuzeće i o pokretanju incidentalnog postupka za izuzeće  
 (izvorni znanstveni rad)..... 1

<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i>	<i>Adrijana Martinović,</i>
--------------------------------	-----------------------------

Izazovi pružanja usluga na digitalnom tržištu EU-a – usluge informacijskog društva i „pozadinske“ usluge  
 (izvorni znanstveni rad)..... 58

*Jozo Čizmić, Marija Boban,*

Tonsko snimanje ročišta pred sudovima Federacije Bosne i Hercegovine  
 (izvorni znanstveni rad)..... 59

*Antonija Zubović, Edita Čulinović-Herc,*

Piramidalne strukture i društva s uzajamnim udjelima kao oblik odstupanja od načela „jedna dionica – jedan glas“  
 (izvorni znanstveni rad)..... 81

*Dario Đerđa,*

Kvaliteta propisa upravnog prava u Hrvatskoj: ocjena stanja i prijedlozi za unaprjeđenje  
 (izvorni znanstveni rad)..... 113

*Aldo Radolović,*

„Biološka oporuka“ u pravu osobnosti i medicinskom pravu (pravo osobnosti i trgovačko-zdravstveni aspekti)  
 (izvorni znanstveni rad)..... 147

*Lucia Ruggeri, Sandra Winkler,*

Neka pitanja o imovinskim odnosima bračnih drugova u hrvatskom i talijanskom obiteljskom pravu  
 (izvorni znanstveni rad)..... 167

*Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,*

Sekvestracija nekretnine u svjetlu zaštite prava na mirno uživanje imovine  
 (izvorni znanstveni rad)..... 201

<i>Ana Pošćić,</i> Europsko pravo tržišnog natjecanja i ekonomija dijeljenja – odabrana pitanja (izvorni znanstveni rad).....	237
<i>Ines Matić, Anamari Petranović,</i> Antihreza <i>de lege ferenda</i> (izvorni znanstveni rad).....	261
<i>Maja Bukovac Puvača, Armando Demark,</i> Pravo na zaštitu osobnih podataka kao temeljno pravo i odgovornost za štetu zbog njegove povrede (prethodno priopćenje) .....	287
<i>Ante Perkušić,</i> Uspostavljanje etažnog vlasništva – otvorena pitanja tumačenja i primjene (prethodno priopćenje) .....	317
<i>Stjepan Gadžo, Nataša Žunić Kovačević,</i> Retroaktivna primjena pravila o proboju pravne osobnosti u poreznim stvarima: analiza upravnosudske i ustavnosudske prakse (prethodno priopćenje) .....	345
<i>Dinka Šago,</i> Zabilježbe pravnih činjenica u Ovršnom zakonu (prethodno priopćenje) .....	381
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Uloga upravnih sudova i Suda Europske unije u kreiranju pravnih propisa i upravnosudske prakse (pregledni znanstveni rad).....	399
<i>Lana Ofak, Marko Šikić,</i> Pravo na uvid u spis u upravnim stvarima (pregledni znanstveni rad).....	423
<i>Jakob Nakić, Loris Belanić,</i> Sličnosti i razlike naknade štete nastale pacijentima u zdravstvenoj ustanovi u Republici Sloveniji i Republici Hrvatskoj (kroz dva sudska predmeta) (pregledni znanstveni rad).....	445
<i>Davorin Pichler,</i> Novo stvarnopravno uređenje lovišta (pregledni znanstveni rad).....	481
<i>Paula Poretti, Martina Mišković,</i> Novine u revizijskom postupku (pregledni znanstveni rad).....	501

---

<i>Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i> Isticanje povreda konvencijskih i ustavnih prava u postupcima pred redovnim sudovima (pregledni znanstveni rad).....	535
<i>Jerneja Prostor,</i> Zaštita ovisnog društva – nedavni judikati Vrhovnog suda Republike Slovenije (stručni rad) .....	559
<i>Alen Rajko,</i> Odnos predsjednika suda sa sudskim strankama – pravno uređenje i pitanja iz prakse (stručni rad) .....	573
<i>Željka Zrilić Ježek,</i> Vještačenje u upravnom sporu (stručni rad) .....	591



## TABLE OF CONTENTS

### XXV. Conference “Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)” (Poreč, 10 – 12 April 2019)

#### Conference Texts:

*Mihajlo Dika,*

On the Reasons for Exemption and the Motion for Incidental  
Exemption Procedure ..... 1

*Nada Bodiroga-Vukobrat, Adrijana Martinović,*

Challenges of Providing Services on the EU Digital Market..... 37

*Jozo Čizmić, Marija Boban,*

Tone Recording of the Hearing Before the Courts of the Federation  
of Bosnia and Herzegovina ..... 59

*Antonija Zubović, Edita Čulinović-Herc,*

Pyramidal Structures and Cross-Shareholding - Mechanisms for  
Deviation from the Principle “One Share – One Vote” ..... 81

*Dario Đerđa,*

The Quality of the Administrative Law Rules in the Republic of  
Croatia: Current Situation and Suggestions for Improvement..... 113

*Aldo Radolović,*

Living Will in the Personality Law and Medical Law (Legal,  
Commercial and Health Care Aspects) ..... 147

*Lucia Ruggeri, Sandra Winkler,*

Some Issues Concerning the Matrimonial Property Regimes in the  
Croatian and Italian Family Law..... 167

*Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,*

Temporary Administration of Property in the Light of the Right to  
Peaceful Enjoyment of Property ..... 201

*Ana Pošćić,*

European Competition Law and Sharing Economy – Selected Issues..... 237

*Ines Matić, Anamari Petranović,*

Antichresis *De Lege Ferenda*..... 261

*Maja Bukovac Puvača, Armando Demark,*

The Right to the Protection of Personal Data as a Fundamental Right  
and Liability for Damage Due to its Infringement..... 287

<i>Ante Perkušić,</i> Establishment of Condominium – Open Issues Regarding Interpretation and Application .....	317
<i>Stjepan Gadžo, Nataša Žunić Kovačević,</i> Retroactive Application of the Rules on Piercing the Corporate Veil in Tax Matters: an Analysis of Croatian Administrative and Judicial Practice .....	345
<i>Dinka Šago,</i> Recordation Provided by Enforcement Rules and Insurance Regulations.....	381
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> The Role of Administrative Courts and the European Union Court in the Creation of Legal Regulations and Administrative Court Practice .....	399
<i>Lana Ofak, Marko Šikić,</i> The Right to Access to Case File in Administrative Matters .....	423
<i>Jakob Nakić, Loris Belanić,</i> Similarities and Differences of Compensation for Damages of Patients in Health Institution in the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia (the two Court Cases) .....	445
<i>Davorin Pichler,</i> New Property Law Regime of the Hunting Ground .....	481
<i>Paula Poretti, Martina Mišković,</i> Novelties in ‘Revision’ (Further Appeal on Points of Law) Procedure ....	501
<i>Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i> Stressing the Rights Guaranteed by the Constitution and Convention in the Proceedings Before Ordinary Courts .....	535
<i>Jerneja Prostor,</i> The Protection of the Controlled Company – Recent Judgements of the Supreme Court of the Republic of Slovenia.....	559
<i>Alen Rajko,</i> The Relationship Between the Court President and the Parties – Legal Regulation and Questions from Practice .....	573
<i>Željka Zrilić Ježek,</i> Expertise in Administrative Dispute .....	591



## INHALT

### XXV. Tagung „Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)“ (Poreč, 10. – 12. April 2019)

#### Tagungsbeiträge:

Mihajlo Dika,

Über die Gründe der Richterablehnung und die Einleitung des  
Zwischenverfahrens für Richterablehnung ..... 1

Nada Bodiroga-Vukobrat, Adrijana Martinović,

Herausforderungen der Erbringung von Dienstleistungen auf dem  
digitalen Markt der EU ..... 37

Jozo Čizmić, Marija Boban,

Tonaufnahme der Gerichtsverhandlung in der Föderation Bosnien  
und Herzegowina ..... 59

Antonija Zubović, Edita Čulinović-Herc,

Pyramidenstrukturen und wechselseitig beteiligte Unternehmen als  
eine Form der Abweichung vom Grundsatz „eine Aktie - eine Stimme“ ... 81

Dario Đerđa,

Qualität verwaltungsrechtlicher Vorschriften in Kroatien: Bewertung  
der vorhandenen Situation und Vorschläge für Verbesserung ..... 113

Aldo Radolović,

“Biologisches Testament” im Persönlichkeits- und Medizinrecht  
(Persönlichkeitsrecht und Handelsrechtliche und Gesundheitliche  
aspekte) ..... 147

Lucia Ruggeri, Sandra Winkler,

Manche Fragen zu den Vermögensbeziehungen der Ehegatten im  
kroatischen und italienischen Familienrecht ..... 167

Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,

Sequestration der Immobilie im Lichte des Schutzes des Rechts auf  
Achtung des Eigentums ..... 201

Ana Pošćić,

EU-Wettbewerbsrecht und Ökonomie des Teilens – ausgewählte  
Fragen ..... 237

Ines Matić, Anamari Petranović,

Antichresis *de lege ferenda* ..... 261

<i>Maja Bukovac Puvača, Armando Demark,</i> Schutz personenbezogener Daten als grundlegendes Recht und Schadenhaftung wegen dessen Verletzung.....	287
<i>Ante Perkušić,</i> Gründung des Wohnungseigentums – offene Fragen deren Auslegung und Anwendung .....	317
<i>Stjepan Gadžo, Nataša Žunić Kovačević,</i> Rückwirkende Anwendung der Regeln über die Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit in Steuersachen: Analyse der Verwaltungsrecht- und Verfassungsrechtsprechung .....	345
<i>Dinka Šago,</i> Vormerkungen der Rechtstatsachen laut Zwangsvollstreckungsgesetz ....	381
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Die Rolle der Verwaltungsgerichte und des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Kreierung von Rechtsvorschriften und Verwaltungsrechtsprechung .....	399
<i>Lana Ofak, Marko Šikić,</i> Das Recht auf Akteneinsicht in Verwaltungsrechtssachen.....	423
<i>Jakob Nakić, Loris Belanić,</i> Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen dem Ersatz des an Patienten verursachten Schaden in Gesundheitseinrichtungen der Republik Slowenien und Republik Kroatien (durch die Darstellung zwei Rechtssachen) .....	445
<i>Davorin Pichler,</i> Neue sachenrechtliche Regelung des Jagdreviers.....	481
<i>Paula Poretti, Martina Mišković,</i> Neuigkeiten im Revisionsverfahren .....	501
<i>Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i> Hervorhebung von Verletzungen der Konventions- und Verfassungsrechte vor ordentlichen Gerichten .....	535
<i>Jerneja Prostor,</i> Schutz der abhängigen Gesellschaft – die jüngste Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Republik Slowenien.....	559
<i>Alen Rajko,</i> Die Beziehung zwischen des Gerichtsvoritzenden und den Gerichtsparteien – Rechtsregelung und Fragen aus der Praxis .....	573
<i>Željka Zrilić Ježek,</i> Begutachtung in Verwaltungsstreitigkeiten.....	591

## INDICE

### *XXV. Convegno “Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)” (Poreč, 10 – 12 aprile 2019)*

#### **Contributi per il Convegno:**

*Mihajlo Dika,*

Delle cause di esonero e dell’attivazione del procedimento incidentale  
di esonero ..... 1

*Nada Bodiroga-Vukobrat, Adrijana Martinović,*

Le sfide legate alla prestazione di servizi sul mercato digitale dell’UE..... 37

*Jozo Čizmić, Marija Boban,*

La registrazione audio delle udienze dinanzi alle corti della  
Federazione di Bosnia ed Erzegovina ..... 59

*Antonija Zubović, Edita Čulinović-Herc,*

Strutture piramidali e società con partecipazioni reciproche quale  
esempio di eccezione rispetto al principio „una azione – un voto“ ..... 81

*Dario Đerđa,*

La qualità delle leggi di diritto amministrativo in Croazia: stato  
dell’arte e proposte di miglioramento ..... 113

*Aldo Radolović,*

“Il testamento biologico” nel diritto della personalità e nel diritto della  
medicina (profili legali, commerciali e sanitari) ..... 147

*Lucia Ruggeri, Sandra Winkler,*

Alcune questioni relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi nei diritti  
di famiglia croato ed italiano..... 167

*Gabrijela Mihelčić, Maša Marochini Zrinski,*

Il sequestro dell’immobile alla luce della tutela del diritto al pacifico  
godimento del patrimonio ..... 201

*Ana Pošćić,*

Il diritto europeo della concorrenza e la share economy – temi scelti ..... 237

*Ines Matić, Anamari Petranović,*

L’anticresi *de lege ferenda* ..... 261

*Maja Bukovac Puvača, Armando Demark,*

Il diritto alla tutela dei dati personali quale diritto fondamentale e  
responsabilità per i danni derivanti dalla sua violazione..... 287

<i>Ante Perkušić,</i> La costituzione del condominio – questioni aperte concernenti l’interpretazione e l’applicazione.....	317
<i>Stjepan Gadžo, Nataša Žunić Kovačević,</i> L’applicazione retroattiva della regola sul „piercing the corporate veil“ nelle questioni tributarie: l’analisi della prassi giurisprudenziale amministrativa e costituzionale.....	345
<i>Dinka Šago,</i> Le annotazioni di circostanze giuridiche nella Legge sull’esecuzione .....	381
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Il ruolo dei tribunali amministrativi e della Corte di Giustizia dell’Unione europea nella creazione delle norme giuridiche e della giurisprudenza amministrativa .....	399
<i>Lana Ofak, Marko Šikić,</i> Il diritto di accesso al fascicolo nelle questioni amministrative.....	423
<i>Jakob Nakić, Loris Belanić,</i> Similarità e diversità relative al risarcimento del danno dei pazienti nella strutturasanitaria nella Repubblica di Slovenia e nella Repubblica di Croazia (attraverso l’analisi di due casi giurisprudenziali).....	445
<i>Davorin Pichler,</i> La nuova disciplina di diritto reale della caccia .....	481
<i>Paula Poretti, Martina Mišković,</i> Le novità nel procedimento di revisione .....	501
<i>Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i> Il rilievo delle violazioni dei diritti convenzionali e costituzionali nei procedimenti dinnanzi ai tribunali ordinari .....	535
<i>Jerneja Prostor,</i> La tutela della società controllata – giurisprudenza recente della Corte Suprema della Repubblica di Slovenia.....	559
<i>Alen Rajko,</i> Il rapporto tra il presidente del tribunale e le parti – disciplina giuridica e questioni pratiche .....	579
<i>Željka Zrilić Ježek,</i> La perizia nel contenzioso amministrativo.....	591

## ***Prilozi za savjetovanje***

***(Conference Texts, Tagungsbeiträge, Contributi per il Convegno)***



## O RAZLOZIMA ZA IZUZEĆE I O POKRETANJU INCIDENTALNOG POSTUPKA ZA IZUZEĆE

Prof. emer. dr. sc. Mihajlo Dika\*

UDK: 347.962

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.1>

Ur.: 9. siječnja 2019.

Pr.: 10. veljače 2019.

Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*U radu se analiziraju dva segmenta instituta izuzeća sudaca u parničnom postupku - razlozi zbog kojih se može inicirati incidentalni postupak izuzeća i pitanje inicijative za pokretanje tog postupka. Razlozi za izuzeće izlažu se i obrađuju s obzirom na to imaju li značenje tzv. apsolutnih i tzv. relativnih razloga za izuzeće. Kad je riječ o tzv. apsolutnim razlozima, razlozima čija je lista taksativno utvrđena u Zakonu, preispituju se odredbe kojima su regulirane pojedine grupe tih razloga, način njihova određenja, međusobni odnos i struktura. U vezi s tzv. relativnim razlozima nastoji se odrediti sadržaj i domašaj opće klauzule prema kojoj značenje razloga za izuzeće može imati svaka okolnost koja može dovesti u sumnju nepristranost suca, a zatim se primjerice izlažu subjektivne i objektivne okolnosti koje su prema (domaćoj i komparativnoj) praksi i doktrini imale odnosno mogle imati značenje takvog razloga, odnosno one za koje se našlo da ga nemaju. Problemski kompleks inicijative za pokretanje incidentalnog postupka izuzeća istražuje se s obzirom na to pokreće li se taj postupak oficijelnom radnjom suca, predsjednika suda kao suca ili predsjednika suda kao tijela ovlaštenog odlučiti o izuzeću, odnosno zahtjevom stranke, te s obzirom na vrstu razloga zbog kojega je ta inicijativa poduzeta. Pritom se tumačenjem relativno zastarjelih, nedovoljno određenih i međusobno neusklađenih normi koje uređuju ovaj problemski kompleks pokušavaju već de lege lata ponuditi rješenja kojima bi se one uskladile s ustavnopravno i konvencijski utvrđenim pravima stranaka na neovisni i nepristrani sud, na zakonskog suca i na pravično suđenje. Zaključno se predlažu određena rješenja kojima bi se već de lege lata, ali de iure condendo unaprijedili normativna osnova i primjena obrađenih segmenata instituta.*

**Ključne riječi:** *izuzeće; apsolutni razlozi; relativni razlozi; de lege ferenda preporuke.*

---

\* Dr. sc. Mihajlo Dika, *professor emeritus*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; mihajlo.dika@pravo.hr.

## 1. UVOD

Sudovi sude na temelju Ustava, zakona i drugih izvora prava (čl. 118/3. URH).<sup>1</sup> Da bi tako sudili, oni moraju biti neovisni i nepristrani. Takvoj njihovoj kvaliteti posredno pridonosi ustavna odredba prema kojoj je sudbena vlast samostalna i neovisna (čl. 118/2. URH). Takvu kvalitetu sudova, međutim, izravno postulira i ustavna odredba prema kojoj svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama (čl. 29/1. URH, 6/1. EK,<sup>3</sup> 4/1. ZS<sup>4</sup>).

Sudačka dužnost povjerena je u Republici Hrvatskoj osobno sucima (čl. 121/1. URH). Zato se i zahtjev neovisnosti i nepristranosti sudova u pojedinim pravnim stvarima postavlja kao zahtjev koji mora biti ispunjen u odnosu na suce koji u njima sude. Stanovite ovlasti (i dužnosti) u postupku, osobito u postupku izuzeća, može imati i predsjednik suda, pa zato i on mora biti neovisan i nepristran pri njihovom ispunjavanju (čl. 72.-75.). Budući da pored sudaca određene radnje u postupku obavljaju i sudski savjetnici te zapisničari, zahtjev neovisnosti i nepristranosti postavlja se i u odnosu na njih (čl. 76.).

Neovisnost u kontekstu ustavnog postulata o neovisnosti i nepristranosti sudaca koji odlučuju u konkretnoj pravnoj stvari znači da nitko ne smije sucu ili sucima koji odlučuju u toj stvari određivati kako će suditi. U ispunjavanju svoje zadaće oni moraju biti slobodni, na njih se ne smije moći utjecati (*arg. ex* čl. 6/1. ZS).

Nepristranost u navedenom kontekstu znači da u pojedinim slučajevima ne smiju postojati okolnosti koje bi mogle dovesti u pitanje objektivnost suca koji sudjeluje u suđenju, okolnosti koje bi mogle utjecati na to da on svoju misiju ne ispuni u skladu s Ustavom i drugim izvorima prava.

Neovisnost i nepristranost suca/sudaca mogu međusobno interferirati. Ovisan sudac teško može biti objektivan. Međutim, neovisan sudac može biti pristran ako postoje drugi razlozi koji u pojedinom slučaju mogu dovesti u pitanje njegovu objektivnost, npr. osobni, etnički, lokalpatriotski, politički, vjerski itd. Budući da se neovisnost sudaca pretpostavlja – nju na normativnoj razini jamči Ustavom i zakonima impostiran status sudbene vlasti, problem objektivnosti sudaca se *in concreto* postavlja kao pitanje njihove nepristranosti.

---

1 URH: Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

2 U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili rečenice u istom stavku, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa rabit će se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu. Jedino će se odredbe Zakona o parničnom postupku (SL SFRJ 4/77 - 31/91, NN 53/91., 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 25/13, 89/14 ; ZPP; Zakon) navoditi bez naznake kratice toga zakona.

3 EK: Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950., NN MU proć. 6/99, 1/06, 2/10). Republika Hrvatske je ovu Konvenciju ratificirala 1997. (NN MU 18/97).

4 ZS: Zakon o sudovima, NN 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18.



Neovisnost i nepristranost u suđenju *in abstracto* ostvaruje se osiguranjem samostalnosti i neovisnosti sudbene vlasti – u organizacijskom, kompetencijskom i funkcionalnom smislu. Neovisnost i nepristranost, zapravo objektivnost u suđenju *in concreto* osigurava se, uz ostalo,<sup>5</sup> institutom izuzeća sudaca, predsjednika suda, sudskih savjetnika i zapisničara. U parničnom postupku zahtjev objektivnosti postavlja se i u odnosu na vještake i tumače, pa zbog toga i za njih vrijede pravila o izuzeću (čl. 254., 263.).<sup>6</sup>

*Sedes materiae* instituta izuzeća sudaca je u glavi trećoj ZPP-a (čl. 71.-76.). Odredbama te glave utvrđeni su razlozi za izuzeće i pretpostavke o postojanju kojih ovisi dopuštenost donošenja meritorne odluke o izuzeću, nadležnost za odlučivanje o izuzeću te postupak izuzeća.

Odredbe o izuzeću nalaze se, međutim, i u drugim dionicama ZPP-a, npr. u onima o pravnim lijekovima, kojima je povreda odredaba o izuzeću izrijekom sankcionirana kao jedan od razloga za te lijekove.

Pravila o izuzeću tiče se izravno izuzeća sudaca i predsjednika suda. Ona se tek na odgovarajući način primjenjuju na izuzeće sudskih savjetnika i zapisničara (čl. 76.). Sadržaj i struktura pravila o izuzeću dopušta da se pojedina od njih kvalificiraju kao “materijalna», kompetencijska i postupovna pravila o izuzeću. Materijalna pravila o izuzeću utvrđuju razloge za izuzeće, pretpostavke za donošenje meritorne odluke o izuzeću. Kompetencijska pravila o izuzeću određuju koja tijela i s kojim ovlastima poduzimaju određene radnje u incidentalnom postupku izuzeća. Postupovna pravila o izuzeću uređuju incidentalni postupak izuzeća.

Hrvatsko uređenje instituta izuzeća u parničnom postupku je relativno zastarjelo, a opterećeno je i određenim nekonzistentnostima i kontradikcijama te redakcijskim “nedotjeranostima” izazvanim, uz ostalo, nedovoljno osmišljenim sukcesivnim intervencijama u to uređenje. Upravo bi stoga prigodom revizije odnosno reforme instituta trebalo konceptijski preispitati te terminološki “modernizirati» i revidirati, između ostaloga, odredbe: - kojima se utvrđuju pojedini od tzv. apsolutnih razloga za izuzeće; - o pokretanju incidentalnog postupka izuzeća i s time povezane mogućnosti pozivanja na razloge za izuzeće tijekom postupka; - o dužnostima i općenito pravnom položaju suca u pogledu kojega bi mogli postojati razlozi za izuzeće odnosno čije je izuzeće zatraženo; - o pravima i dužnostima predsjednika suda u incidentalnom postupku izuzeća, osobito onih o odlučivanju o izuzeću; - o pravima stranaka u tom postupku, uključujući i o pravu na pravne lijekove: - o pravnim posljedicama povreda pravila o izuzeću. Polazna bi osnova takvog preispitivanja trebao biti ustavnopravno impostirani položaj sudbene vlasti te sudova i sudaca kao tijela te vlasti, zapravo ustavnopravni zahtjev da suci koji sude u pojedinim predmetima moraju biti neovisni i nepristrani. Pritom bi valjalo (više nego prema važećem uređenju) voditi računa i o tome da prihvaćena rješenja ne bi smjela dovesti u pitanje ostvarivanje (također ustavnopravno utvrđenih) prava stranaka na tzv. zakonskog suca i na pravično suđenje,

5 Nepristranosti sudaca trebala bi, svakako, pridonositi i kontrolna funkcija javnosti sudskih postupaka. Njoj bez sumnje pridonosi i odgovarajuća funkcija pravnih lijekova.

6 O odnosu neovisnosti i nepristranosti u ovom kontekstu usp. i Garašić, J., Institut izuzeća sudaca i novela Zakona o parničnom postupku 2003., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god., 53., 5/2003., str. 1190 i slj.

ali i na zakonito, efikasno i ekonomično suđenje u razumnom roku.

U ovom ogledu nastojat će se, u skladu s njegovim naslovom, od cjelokupnog problemskog kompleksa instituta izuzeća u parničnom postupku razmotriti njegove dionice o razlozima za izuzeće sudaca te o pokretanju incidentalnog postupka za njihovo izuzeće u okviru toga postupka. Pitanja vezana uz postupak koji se provodi nakon pokretanja incidentalnog postupka izuzeća, osobito ona vezana uz odlučivanje u povodu inicijative za izuzeće sudaca te pitanja koja se tiču pravnih lijekova protiv odluka koje se pritom mogu donositi kao i pravnih posljedica povrede pravila o izuzeću sudaca neće biti obrađena. Neće biti obrađeno ni izuzeće sudskih savjetnika i zapisničara te vještaka i tumača u parničnom postupku.

## 2. RAZLOZI ZA IZUZEĆE

### 2.1. *Općenito o razlozima za izuzeće*

Prema članku 71. ZPP-a, sudac ne može obavljati sudačku dužnost:

1. ako je sâm stranka, zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke, ako je sa strankom u odnosu suovlaštenika, suobveznika ili regresnog obveznika ili ako je u istom predmetu saslušan kao svjedok ili vještak;
2. ako stalno ili privremeno radi u pravnoj osobi koja je stranka u postupku;
3. ako mu je stranka ili zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stupnja, a u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja ili mu je bračni drug, izvanbračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stupnja, bez obzira na to je li brak prestao ili nije;
4. ako je staratelj, usvojitelj ili usvojenik stranke, njezina zakonskog zastupnika ili punomoćnika;
5. ako je u istom predmetu sudjelovao u postupku pred nižim sudom ili pred kojim drugim tijelom;
6. ako je u stečajnom postupku u povodu kojega je došlo do spora sudjelovao ili sudjeluje kao stečajni sudac ili član stečajnog vijeća;
7. ako postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost.

U doktrini se navedeni razlozi za izuzeće svrstavaju u dvije kategorije – u tzv. apsolutne razloge za izuzeće i u tzv. relativne razloge za izuzeće. Kao apsolutni kvalificiraju se razlozi navedeni u točkama 1. do 6. članka 71. ZPP-a, a oni pod točkom 7. kao relativni razlozi za izuzeće.<sup>7</sup>

Apsolutni razlozi za izuzeće su okolnosti izrijeком navedene u zakonu uz utvrđenje postojanja kojih se, kao uz utvrđenje svojevrzne presumptivne baze, veže neoboriva (implicirana) predmnjeva da je sudac kojega se tiču pristran i da stoga ne može u konkretnom predmetu obavljati sudačku dužnost, dakle, neovisno o tome je li zbog postojanja tih razloga zaista pristran u tom predmetu (čl. 71.1.-6.).<sup>8</sup> Dokaz

7 Usp.: Triva, S., Dika, M., Gradansko parničko procesno pravo, VII, izd., 2004., (dalje: Triva, S., Dika, M., GPPP), str. 227; Garašić, J., op. cit.; Jelčić, O., Izuzeće, u zborniku radova Novine u parničnom postupku, 2003., str. 91. i 93.

8 O presumiranosti sumnje u nepristranost suca u odnosu na koga postoji koji od tzv. apsolutnih

o protivnom nije dopušten. Lista ove kategorije razloga za izuzeće taksativno je određena. Ipak, razlozi iz te liste dopunjeni su i nekim drugim razlozima, od kojih su neki navedeni u ZPP-u, a neki i stanovitim drugim zakonima.

Relativni razlozi za izuzeće su okolnosti koje nisu na listi tzv. apsolutnih razloga za izuzeće (negativno određenje pojma), a koje dobivaju značenje razloga za izuzeće samo ako se u konkretnom slučaju učini barem vjerojatnim da njihovo postojanje dovodi u sumnju nepristranost suca (pozitivno određenje pojma) (čl. 71.7.). Pri formiranju takvog zaključka ulogu niže premise može imati bilo koja okolnost koja nije na listi apsolutnih razloga za izuzeće, na temelju koje se kao na temelju svojevrsnog indicija primjenom pravila iskustva kao više premise može, barem na razini vjerojatnosti, izvesti takav zaključak *in concreto*.

U domaćoj doktrini sudac koji ne može obavljati sudačku dužnost zbog postojanja kojeg od apsolutnih razloga za izuzeće kvalificira se kao isključeni sudac (*iudex inhabilis*), a sudac koji ne može obavljati takvu dužnost zbog postojanja relativnih razloga za izuzeće kao izuzeti sudac (*iudex suspectus*).<sup>9</sup> Iz citirane odredbe članka 71. ZPP-a proizlazi, međutim, da sudac zbog postojanja bilo kojeg od navedenih razloga za izuzeće ne može obavljati sudačku dužnost, da bi u tom smislu posljedica njihova postojanja bila ista. Razlike se tiču načina iniciranja postupka za izuzeće u povodu njihova postojanja, radnji koje su sudac i predsjednik suda ovlaštenu poduzimati nakon saznanja za njihovo postojanje, odnosno nakon iniciranja postupka, odluka koje se donose u povodu njih, pravnih lijekova protiv tih odluka; razlike se tiču i pravnih posljedica povrede pravila o njihovu postojanju kao razloga za pravne lijekove protiv odluke o glavnoj stvari.

## 2.2. Apsolutni razlozi za izuzeće

### 2.2.1. Općenito

Apsolutni razlozi za izuzeće, taksativno navedeni u članku 71. ZPP-a, razvrstani su u šest grupa, prema različitim kriterijima, od kojih neki od njih, ovisno o interpretaciji odredaba koje ih uređuju, mogu i interferirati. Neki od tih kriterija polaze od zakonodavnih rešenja koja su u međuvremenu parcijalno prevladana. Ta je prevladanost kod nekih od tih kriterija i terminološke naravi.

Lista apsolutnih razloga za izuzeće utvrđena u članku 71. ZPP-a dopunjena je i nekim drugim razlozima koji su utvrđeni u ZPP-u, ali i u nekim posebnim zakonima. Tako prema članku 186.e ZPP-a, ako mirenje koje je inicirano tijekom postupka u povodu pravnog lijeka ne uspije, izmiritelj koji je sudac suda nadležnog za odlučivanje o pravnom lijeku ne smije sudjelovati u donošenju odluke o tom lijeku. Izmiritelj općenito uzevši, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, ne može biti sudac ili arbitar u sporu koji je bio ili jest predmet postupka mirenja, ili u nekom drugom sporu koji je proizašao iz tog pravnog odnosa ili je s njim u vezi (čl. 16/1. ZMI).<sup>10</sup>

---

razloga za izuzeće usp. i Garašić, J., op. cit., str. 1194.

9 Triva S., Dika, M., GPP, str. 227. Zakon inače ne koristi izraze isključeni sudac, isključiti itd., u njemu se neizdiferencirano koriste samo izraz izuzeće i izvedenice glagola izuzeti.

10 ZMI: Zakon o mirenju, NN 18/11. Bila bi riječ o, tzv. izmiriteljskom inkompatibilitetu.

Ovoj bi listi trebalo dodati i odredbu prema kojoj sudac ne smije obavljati poslove člana upravnog ili nadzornog odbora trgovačkog društva ili druge pravne osobe (čl. 91/2. ZS). Značenje apsolutnog razloga za izuzeće trebala bi imati i okolnost da u suđenju sudjeluje sudac koji je odlukom predsjednika vijeća izuzet.

Prigodom normiranja pojedinih apsolutnih razloga za izuzeće pošlo se od određenih, izravnih ili posrednih, veza suca sa sudionicima u postupku ili s predmetom spora, a samo u nekim slučajevima od funkcije koju je sudac imao ili ima u konkretnom postupku, u postupku koji mu je prethodio ili koji paralelno teče, veza koje već zbog svoje prirode redovito dovode u pitanje objektivnost suca.

Apsolutni razlozi za izuzeće podvrgnuti su posebnom postupovnom režimu tijekom prvostupanjskog postupka, a povrede pravila o tim razlozima sankcionirane su na specifični način kao razlog za pravne lijekove (čl. 354/2.1.).

Ako bi se okolnosti zbog kojih bi sudac bio isključen ticale umješača, one bi mogle imati samo značenje relativnih razloga za izuzeće.

Iz taksativnosti navođenja razloga za izuzeće izvodi se i stav da se oni ne bi smjeli ekstenzivno tumačiti.<sup>11</sup> Iako se ovaj stav u načelu treba prihvatiti, prigodom interpretacije pojedinih od apsolutnih razloga za izuzeće, bit će ponekad potrebno radi određivanja njihovog "pravog značenje i domašaja" od njega odstupiti.

## 2.2.2. *Pojedine grupe apsolutnih razloga za izuzeće*

### 2.2.2.1. *Razlozi za izuzeće iz članka 71. točke 1. ZPP-a*

Prema odredbi članka 71. točke 1. ZPP-a, sudac ne može obavljati sudačku dužnost ako je sâm stranka, zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke, ako je sa strankom u odnosu suovlaštenika, suobveznika ili regresnog obveznika ili ako je u istom predmetu saslušan kao svjedok ili vještak (čl. 71.1). Razlozi navedeni u ovoj odredbi mogu se, prema osnovi po kojoj su u nju svrstani, razvrstati u tri podgrupe.

Prva podgrupa obuhvaća slučajeve u kojima je sudac u određenom predmetu sâm stranka, zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke. Riječ je o slučajevima u kojima se sudac nalazi u procesnom položaju koji ga u postupovnopравnom smislu identificira s jednom od stranaka odnosno s osobom koja je zastupa u određenoj parnici, u procesnom položaju u kojemu bi trebao suditi u vlastitoj stvari, odnosno u stvari u kojoj bi, zastupajući jednu od stranaka, trebao štiti njezine interese u sporu protiv druge stranke. Radilo bi se o takvim vezama između suca i spora koje *prima facie* dovode u pitanje njegovu nepristranost. Na ovu bi se podgrupu razloga, šire shvaćena, odnosila maksima *nemo iudex in causa sua*.

U literaturi je izneseno mišljenje, s kojim se treba složiti, da sudac ne bi mogao obavljati sudačku dužnost ne samo u predmetu u kojem je punomoćnik stranke, već ni ako je ranije u istom predmetu u tom svojstvu zastupao stranku, npr., ako je u određenom predmetu zastupao stranku kao odvjetnik, nakon izbora za suca ne bi u tom predmetu smio suditi.<sup>12</sup>

11 Usp.: Zuglia, S., Građanski parnični postupak FNRJ, 1957., (dalje: Zuglia, S., GPP), str. 135.; Garašić, J., op. cit., str. 1195.

12 Usp. Jelčić, O., op. cit., str. 94.

Iako to nije izrijekom predviđeno, u ovu podgrupu razloga za izuzeće trebalo bi, *per analogiam*, svrstati i tzv. organa zastupnika (zastupnika po zakonu, statutu)<sup>13</sup> - u onim slučajevima u kojima ta vrsta zastupnika ne bi mogla biti obuhvaćena grupom razloga iz članka 71. točke 2. ZPP-a (v. *ad* 2.2.2.2.).

Drugu podgrupu čine slučajevi u kojima je sudac sa strankom u odnosu suovlaštenika, suobveznika ili regresnog obveznika. Navedeni odnosi imaju značenje takve izvanprocesne imovinskopravne veze suca i stranke koja ga izravno kao suovlaštenika ili suobveznika, odnosno posredno kao regresnog obveznika pravno i interesno vežu za ishod spora na način koji, također, očito opravdava njegovo isključenje. Navedeni odnosi suovlaštenika, suobveznika ili regresnog dužnika sa navedenim zastupnicima stranke ne bi imali značenje apsolutnog razloga za izuzeće u određenom predmetu, već bi mogli biti uzeti u obzir samo kao relativni razlog za izuzeće.<sup>14</sup>

Treća podgrupa tiče se slučajeva u kojima je sudac koji sudi “u istom predmetu saslušan kao svjedok ili vještak”.

Pojam “isti predmet” u kontekstu treće podgrupe razloga za isključenje može se protumačiti u užem i širem smislu. U užem smislu taj bi se pojam odnosio na saslušanje suca u svojstvu svjedoka ili vještaka u postupku u kojemu sudi, do čega, npr., može doći u postupku koji je izvorno vodio sudac pred kojim je kao svjedok ili vještak bio saslušan sudac koji je, nakon što je ukinuta presuda koju je bio donio sudac koji je izvorno vodio postupak, preuzeo njegovo vođenje.<sup>15</sup> U širem smislu taj je pojam moguće shvatiti kao saslušanje suca koji vodi postupak u svojstvu svjedoka ili vještaka o istom stanju stvari i u bilo kojem drugom postupku. Treba uzeti da “prirodi” ove podgrupe razloga za isključenje odgovara drugo tumačenje.<sup>16</sup> Sudac koji je u vezi s određenim stanjem stvari iskazivao kao svjedok ili vještak je sudac koji ima predznanje o predmetu spora i koji zato “po prirodi stvari” ne može zadržati potrebnu kritičku distancu prema informacijama koje je već priopćio ili prema predznanju s kojim raspolaže. Sudac, naime, smije suditi samo na temelju onoga što je, ako se apstrahiraju tzv. općepoznate činjenice (čl. 221/4.), utvrdio tijekom postupka primjenom zakonom dopuštenih metoda utvrđivanja činjenica - korištenje privatnog znanja o činjenicama konkretnog spora nije jedna od tih metoda.<sup>17</sup>

13 O ovoj vrsti zastupnika usp.: Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 319-320.

14 Usp. Jelčić, O., op. cit., str. 94.

15 U tom je smislu suđeno da se odredba o izuzeću suca koji je saslušan kao svjedok odnosi i na suca drugostupanjskog suda koji treba odlučivati u povodu žalbe protiv prvostupanjske presude ako je u tom svojstvu saslušan u prvostupanjskom postupku (VS: Rev-2540/86 – Pregled sudske prakse/cit. PSP/ 35/144.).

16 U tom smislu i Vrhovni sud Republike Slovenije: VIII Ips 93/2002 od 22.4.203. Cit. prema Ude, L., Pravdni postopek, Zakon s komentarjem, 1., Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2005. (dalje: Ude, L., PP ZK), str. 302.

17 O tome *amplius* Dika, M., Građansko parnično pravo, VII., Utvrđivanje činjenica, 2018., (dalje: Dika, S., GPP, VII.), § 4/5.2. U doktrini je izraženo i mišljenje da bi trebalo smatrati isključenim ne samo suca koji je saslušan kao svjedok ili vještak, već i onog koji bi mogao biti saslušan u tom svojstvu (Poznić, B., Rakić-Vodinić, V., GPP, str. 105). Čini se da za takvo stajalište, ako se ono shvati u smislu da bi takav sudac bio apsolutno izuzet od suđenja, nema uporišta u važećem uređenju instituta. U tom je smislu suđeno da nije razlog za izuzeće suca okolnost da

*De lege ferenda*, sve bi tri navedene podgrupe valjalo izdvojiti u posebne grupe.<sup>18</sup>

*De lege ferenda*, značenje apsolutnog razloga za izuzeće trebalo bi pridati i okolnosti da je sudac umješač, zastupnik umješača ili da se nalazi u nekoj od navedenih imovinskoopravnih veza s umješačem.

#### 2.2.2.2. Razlozi iz članka 71. točke 2. ZPP-a

Sudac ne može obavljati sudačku dužnost ni ako stalno ili privremeno radi u pravnoj osobi koja je stranka u postupku (čl. 71.2.). Radi se o razlogu koji se temelji na vezi „po osnovi rada“ i po toj osnovi pretpostavljenoj ovisnosti suca o pravnoj osobi u kojoj radi kao stranci u postupku.

Pravni standard “stalno ili privremeno radi”, koji nije definiran u Zakonu, svakako bi obuhvaćao pojam rada po osnovi radnog odnosa. Međutim, budući da suci ne smiju obavljati odvjetničku ili javnobilježničku službu, poslove člana upravnog ili nadzornog odbora trgovačkog društva ili druge pravne osobe (čl. 91/2. ZS), ali ni drugu službu ili posao koji bi mogli utjecati na njihovu samostalnost, nepristranost i neovisnost ili umanjiti njihov društveni ugled ili su inače nespojivi s obnašanjem sudačke dužnosti (čl. 91/3. ZS), teško se može zamisliti da bi sudac paralelno s obnašanjem svoje dužnosti bio i u radnom odnosu s nekom drugom pravnom osobom. Sudac bi, eventualno, mogao biti u “specifičnom” radnom odnosu s nekim učilištem.

Pravni standard “stalno i povremeno radi” pokriva bi svakako odnose utemeljene na ugovoru o djelu prema kojemu bi sudac, npr., obavljao za stanovitu pravnu osobu određene poslove u izvjesnom razdoblju, npr. sudjelovao u nastavi.

Razlog o kojemu je riječ odnosio bi se i na slučajeve u kojima bi sudac obavljao poslove organa zastupnika pravne osobe koja nije trgovačko društvo, npr. udruge sudaca, neke zaklade, neovisno o tome bi li za to primao novčanu naknadu ili bi te poslove obavljao *pro bono*.<sup>19</sup> Važno je da bi on u takvim pravnim osobama “radio” obavljajući odgovarajuće poslove (funkciju).

Iako bi i fizičke osobe mogle angažirati suca za obavljanje odgovarajućih poslova, npr. odvjetnici ili javni bilježnici za honorarni rad u njihovim uredima bez svojstva pravne osobe, taj oblik veze „po osnovi rada“, zato što nije izrijekom kvalificiran kao apsolutni razlog za izuzeće, mogao bi biti osnovom za izuzeće suca samo kao relativni razlog za izuzeće (čl. 71.7.), osim ako se odredba članka 71. točke 2. ZPP-a ne bi protumačila u smislu da se odnosi i na radni angažman kod fizičkih osoba.

Okolnost da kod stranke radi bliski srodnik ili bračni drug suca ne bi imala značenje apsolutnog razloga za izuzeće prema odredbi o kojoj j riječ.<sup>20</sup>

Okolnost da je sudac prije pokretanja postupka radio kod stranke ne bi bila obuhvaćena razlogom iz članka 71. t. 2. ZPP -a bio bi relevantan samo aktualan rad.

je predložen za svjedoka (VSJ: Rev-70/72, cit. prema Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228). U tom smislu i Jelčić, O, op. cit., str. 94.

18 U njemačkom pravu je okolnost da je sudac saslušan kao svjedok ili vještak u nekom sporu o istom predmetu utvrđena u posebnoj točki na listi apsolutnih razloga za izuzeće (§ 41/5. ZPO).

19 O irelevantnosti obavljanja rada uz naknadu v. i Jelčić, O., op. cit., str. 94.

20 Loc. cit.

Razlog iz odredbe članka 71. točke 2. ZPP-a, s obzirom na vrijeme kad je ona redigirana, ticao se primarno sudaca porotnika. Budući da je taj institut napušten u građanskim sudskim postupcima, trebalo bi odredbu kojom je utvrđen iznova preispitati. „Zastarjelost» navedene odredbe očituje se i u tome što njome nisu obuhvaćeni slučajevi veza suca i drugih pravnih subjekata koje bi ih *in concreto* činili nepodobnima za obavljanje sudačke dužnosti, npr. članstvo, udioništvo, dioništvo itd. u trgovačkim društvima itd.

### 2.2.2.3. Razlozi iz članka 71. točke 3. ZPP-a

Sudac ne može obavljati sudačku dužnost ako mu je stranka ili zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke<sup>21</sup> srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stupnja, a u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja ili mu je bračni drug, izvanbračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stupnja,<sup>22</sup> bez obzira na to je li brak prestao ili nije (čl. 71.3.). Ovom grupom razloga za izuzeće proširen je krug razloga iz članka 71. točke 1. ZPP-a i na određene srodničke odnose suca sa strankom i njezinim zastupnicima.

Radi razumijevanja domašaja odredbe o kojoj je riječ, trebalo bi, najprije, razjasniti značenje pojmova brak i izvanbračna zajednica. Brak je zakonom uređena zajednicu života žene i muškarca (čl. 62/2. URH; 12. ObZ),<sup>23</sup> dok je izvanbračna zajednica životna zajednica neudane žene i neoženjenoga muškarca koja traje najmanje tri godine, a kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete ili ako je nastavljena sklapanjem braka (čl. 11/1. ObZ). Ako se uspoređi dio razmatrane odredbe koji se odnosi na veze po osnovi braka s onim koji se odnosi na veze po osnovi izvanbračne zajednice, može se konstatirati značajna razlika između tih veza. Naime, dok apsolutni razlog za izuzeće postoji i ako je sudac bivši bračni drug stranke ili njezinog zastupnika, odnosno ako je s njom bio u određenom tazbinskom odnosu, kad je riječ o izvanbračnoj zajednici, nije izrijeком propisano da je sudac isključen i ako je bivši izvanbračni drug stranke<sup>24</sup> ili njezina zastupnika, odnosno da je isključen i ako jest ili je bio u određenoj „izvanbračnoj tazbinskoj vezi” sa strankom ili njezinim zastupnikom. Zato bi te veze mogle biti samo relativnim razlogom za izuzeće.

Odredbom članka 71. točke 3. ZPP-a nije odgovoreno ni na pitanje treba li smatrati isključenim i suca koji je (neformalni ili formalni) životni istospolni partner stranke ili njenog zastupnika, odnosno suca koji se nalazi u odgovarajućem „tazbinskom srodstvu” po osnovi istospolnog životnog partnerstva sa strankom ili

21 Suđeno je da postoji razlog za izuzeće suca u predmetu u kojemu se njegov bračni drug pojavio kao punomoćnik jedne od stranaka, makar samo u dijelu postupka (VSRH: Rev-1104/99 - Izbor odluka VSRH /cit.: IO/ 1994/280; cit. prema Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228).

22 Suđeno je (ŽS RI: Gž-3428/2015-11.) da je razlog za izuzeće iz članka 71. točke 3. ZPP postojao i kad je u donošenju odluke u posesornoj parnici sudjelovao sudac čiji je brat suprug tuženikove sestre.

23 ObZ: Obiteljski zakon, NN 103/15.

24 U literaturi je izneseno mišljenje (Jelčić, O., op. cit., str. 95) da, budući da se uz izvanbračnu zajednicu vežu značajni pravni učinci (nasljeđivanje, izvanbračna stečevina, obveza uzdržavanja), i time ona u bitnome izjednačava s brakom, nema razloga da i u ovom slučaju ne važe posljedice prestanka braka, odnosno da bi bez obzira što je izvanbračna zajednica prestala, postojao razlog za isključenje suca od suđenja.

njenim zastupnikom, neovisno o tome traje li to partnerstvo ili je prestalo. Suca koji se nalazi u neformalnom životnom partnerstvu s osobom istog spola trebalo bi tretirati kao i suca koji se nalazi u izvanbračnoj zajednici (*arg. ex* čl. 3., 4. ZŽPOIS),<sup>25</sup> dok bi položaj suca koji se nalazi u sklopljenom životnom partnerstvu odgovarao položaju aktualnog ili bivšeg bračnog druga.<sup>26</sup>

*De lege ferenda* odgovarajućom bi intervencijom trebalo otkloniti moguće nedoumice glede toga koji sve odnosi povezani s izvanbračnom i istospolnom zajednicom mogu imati značenje apsolutnog razloga za izuzeće.

#### 2.2.2.4. Razlozi iz članka 71. točke 4. ZPP-a

Sudac ne može obavljati sudačku dužnost ako je skrbnik, usvojitelj (posvojitelj) ili usvojenik (posvojenik) stranke, njezina zakonskog zastupnika ili punomoćnika (čl. 71.4.).<sup>27</sup> Ova grupa razloga predstavlja zapravo proširenje prve podgrupe razloga za isključenje suca iz članka 71. točke 1. ZPP-a (v. *supra ad* 2.2.2.1.) uključivanjem u listu apsolutnih razloga za izuzeće i veze između suca i stranaka koje po svojim učincima u bitnome odgovaraju onima po osnovi srodstva. *De lege ferenda* ovaj bi razlog za isključenje trebalo sadržajno preispitati i vidjeti do koje bi se mjere njegov domašaj mogao proširiti i na srodnike posvojitelja odnosno posvojenika i njihove zastupnike.

#### 2.2.2.5. Razlozi za izuzeće iz članka 71. točke 5. ZPP-a

Sudac ne može obavljati sudačku dužnost ako je u istom predmetu sudjelovao u postupku pred nižim sudom ili pred kojim drugim tijelom (čl. 71.5.). Logiku ovog razloga za izuzeće treba tražiti u zaziranju od predznanja suca o predmetu u kojemu treba odlučiti u povodu pravnog lijeka, zbog čega bi se javljao i u svojstvu svojevrstnog svjedoka, što je samo po sebi također razlog za izuzeće (čl. 71.1.), ali, u onim slučajevima u kojima je sudjelovao u donošenju pobijane odluke, i u njegovoj pretpostavljenoj subjektivnoj vezanosti za tu odluku.

Ovaj se razlog zapravo temelji na logici devolutivnih pravnih lijekova. Sud koji preispituje odluku koja se pobija pravnim lijekom treba u pravilu biti sud višeg stupnja (i drukčijeg sastava) ili, iznimno, sud istog stupnja, ali drukčijeg (u pravilu kolegijalnog) sastava. Sudac ne bi trebao moći u povodu pravnog lijeka kontrolirati zakonitost i pravilnost vlastite odluke.<sup>28</sup>

Kad je riječ o ponavljanju postupka kao izvanrednom pravnom lijeku, iako se u povodu njega u pravilu remonstrativno postupuje i odlučuje (čl. 424.-428.) te premda to

25 ZŽPOIS: Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/14.

26 Naime, takvi životni partneri imaju jednaka postupovna prava i status u svim sudskim i upravnim postupcima kao i bračni drugovi (čl. 37/4. ZŽPOIS).

27 Terminologija koja se koristi u odredbi članka 71. točke 4. nije u cijelosti usklađena s važećim obiteljskopравnim nazivljem. Tako se u toj odredbi koristi izraz usvojitelj umjesto izraza posvojitelj, a izraz usvojenik umjesto izraza posvojenik (usp. čl. 181. i slj. ObZ).

28 Holzhammer, R., Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. izd., Wien, New York, Springer, 1976. (dalje: Holzhammer, R., ÖZPR), str. 39, logiku ovog razloga objašnjava stavom da stranka ne podnosi pravni lijek da bi joj isti sudac još jednom sudio.



nije izrijekom propisano, sudac koji je sudio u prvom stupnju ne bi smio odlučivati u povodu tog pravnog lijeka ako bi on bio izjavljen zbog povreda pravila o izuzeću koje se odnose na njega (čl. 421/1.1.), te, svakako, ako bi se prijedlogom pobijala odluka koju je donio zato što je do nje došlo zbog njegovog kaznenog djela (čl. 421/1.6.).

Pojam isti predmet u kontekstu razmatrane odredbe treba shvatiti u smislu iste pravne stvari, a ne u smislu istog predmeta u postupovnom smislu, predmeta čiji je objektivni identitet određen tužbenim zahtjevom istaknuo u tužbi kojom je postupak pokrenut, dok pojam sudjelovanja u postupku iz te odredbe treba shvatiti u smislu da bi obuhvaćao ne samo sudjelovanje u donošenju odluke u postupku pred nižim sudom ili drugim tijelom, već i drukčije sudjelovanje u tom postupku,<sup>29</sup> i to u svojstvu suca<sup>30</sup> ili osobe s oficijelnim ovlastima, npr. upravnog ili disciplinskog tijela čija se odluka preispituje u sudskom postupku.<sup>31</sup> Pojam sudjelovanja u istom predmetu obuhvaćao bi i sudjelovanje u svojstvu arbitra u postupku u kojemu je donesen pobijani pravorijek (čl. 36. ZA),<sup>32</sup> ali i izmiritelja (čl. 16. ZMI).<sup>33</sup>

Iako se u odredbi točke 5. članka 71. ZPP-a ne inzistira na tome da je sudac u istom predmetu sudjelovao u postupku pred nižim sudom ili pred kojim drugim tijelom u svojstvu suca ili osobe koja je u tom postupku bila ovlaštena voditi taj postupak i donijeti odluku, tu bi odredbu trebalo protumačiti u tom smislu. Drukčije sudjelovanje suca u postupku pred nižim sudom itd. bilo bi, eventualno, sankcionirano odredbama o drugim apsolutnim razlozima za izuzeće.

Suđeno je: - da to što je sudac primio na zapisnik tužbu nije razlog za njegovo izuzeće;<sup>34</sup> - da okolnost da je sudac sudjelovao u donošenju odluke žalbenog suda nije razlog koji ga sprečava da sudi o žalbi protiv nove odluke u istoj stvari,<sup>35</sup> - da nije sudjelovao u donošenju odluke nižeg suda sudac drugostupanjskog suda koji nije sudjelovao na ročištu na kojemu je donesena prvostupanjska odluka,<sup>36</sup> - da nema razloga za izuzeće drugostupanjskog suca od odlučivanja o žalbi protiv prvostupanjske odluke u čijem donošenju nije sudjelovao, iako je u istom predmetu bio donio prvostupanjsku odluku koja je, međutim, u povodu žalbe ukinuta.<sup>37</sup>

#### 2.2.2.6. Razlozi za izuzeće iz članka 71. točke 6. ZPP-a

Sudac ne može obavljati sudačku dužnost ako je u stečajnom postupku u povodu

29 Prema slovenskoj judikaturi takvo sudjelovanje postoji i u slučaju u kojemu je sudac u postupku pred sudom nižeg stupnja odlučio o preinaci tužbe (VSRSl: II Ips-281/2002, cit. prema Ude, L., PP ZK, 1., str. 303).

30 U konkretnom slučaju (VSRH: Revr 1701/15-2.) u prvostupanjskom postupku u svojstvu raspravne sutkinje sudjelovala je sutkinja koja ga je izvorno vodila i u njemu održala više ročišta, a potom, kao članica žalbenog vijeća, "premda je to izrijekom zabranjeno" (čl. 71.5.), sudjelovala u istom predmetu u postupku pred drugostupanjskim sudom.

31 Usp.: Jelčić, O., op. cit., str. 97.

32 Usp.: Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228; Jelčić, O., op. cit., str. 97.

33 Tako i Jelčić, O., op. cit., str. 97. V. i *supra ad 2.1.*

34 OS ZG: Gž-3452/81 - NZp 19/74 -134, cit. prema Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228.

35 VS Srb: Su-171/74, JJ KP 105, cit. prema Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 105.

36 VSRH: R-1675//90 - PSP 51/182, cit. prema Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228.

37 VSRH: R-2290/90 - PSP 50/127, cit. prema Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228.

kojega je došlo do spora sudjelovao ili sudjeluje kao stečajni sudac ili član stečajnog vijeća (71.1-6.).<sup>38</sup>

### 2.2.3. Potrebna razina utvrđenosti apsolutnih razloga za izuzeće

Iz načina na koji su redigirane odredbe o tzv. apsolutnim razlozima za izuzeće (čl. 71.1.-6.), može se izvesti da je zahtijevana razina utvrđenosti njihova postojanja sigurnost (*arg. iz 221.a.*).<sup>39</sup> Pritom neće biti osobito teško doseći tu razinu utvrđenosti zato što će se ti razlozi redovito moći utvrđivati na temelju javnih isprava, uz ostalo i uvidom u odgovarajuće spise i evidencije. Ako se u pojedinom slučaju ta razina ne bi mogla postići, okolnosti koje bi indicirale postojanje tih razloga mogle bi dobiti značenje relativnih razloga za izuzeće - ako bi razina vjerojatnosti na kojoj bi bile utvrđene opravdavala zaključak da *in concreto* dovode u sumnju sučevu nepristranost.

## 2.3. Relativni razlozi za izuzeće

### 2.3.1. Općenito

Uopćenom odredbom (*Generalklausel*)<sup>40</sup> članka 71. točke 7. ZPP-a, prema kojoj sudac ne može obavljati sudačku dužnost i ako postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost, otvorena je mogućnost da svaka okolnost, koja nema značenje jednog od apsolutnih razloga za izuzeće (71.1-6.), uz uvjet da *in concreto*, sama ili povezana s drugim okolnosti, dovodi u sumnju nepristranost suca, dobije značenje razloga za njegovo izuzeće.

Doslovno prema navedenoj odredbi, da bi se moglo uzeti da postoji ovaj razlog za izuzeće, bilo bi potrebno (1) utvrditi postojanje određene okolnosti (koja nije na listi apsolutnih razloga za izuzeće), koja (2) dovodi u sumnju nepristranost suca. To bi značilo, doslovno prema toj odredbi, da bi postojanje te okolnosti trebalo (u pravilu) utvrditi na razini sigurnosti kao standardnoj razini utvrđenosti činjenica u parničnom postupku (221.a), dok bi bilo dovoljno da ta okolnost dovede u sumnju nepristranost suca, da indicira na razini vjerojatnosti da sudac nije nepristran, da bi mogao biti pristran. Stvari, ipak, nisu tako jednostavne. U nekim će slučajevima okolnost koja bi mogla izazvati sumnju u sučevu nepristranost biti potrebno i moguće utvrditi na razini sigurnosti, npr. u slučaju u kojemu bi se izuzeće tražilo zato što je stranka sudac istog suda kao i sudac koji sudi (*v. infra ad 2.3.2.*) - tu bi okolnost bilo jednostavno sigurno utvrditi iz podataka o tome tko su sve suci nekog suda; ona bi mogla biti i općepoznata u određenoj sredini. U nekim će slučajevima, međutim, biti teško utvrditi na razini sigurnosti postojanje okolnosti koja bi, ako bi postojala, dovodila u sumnju sučevu nepristranost, kao npr. u slučaju u kojemu bi osnova za takvu sumnju bila

38 Ovaj razlog uveden je u listu tzv. apsolutnih razloga za izuzeće ZIDZPP 03 (NN 117/03) uz obrazloženje da su iskustva u praksi pokazala da se suci koji su stečajni suci ili članovi stečajnog vijeća nalaze u parnici koju treba voditi u povodu stečaja u analognoj poziciji kao i suci koji su u istom predmetu sudjelovali u postupku pred nižim sudom. Usp. Jelčić, O., op. cit., str. 97.

39 Članak 221.a ZPP glasi: Ako sud na temelju izvedenih dokaza (8.) ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o postojanju činjenice zaključit će primjenom pravila o teretu dokazivanja.

40 Usp.: Holzhammer, R., ÖZPR, str. 38; Ude, L., PP ZK, 1., str. 303.

sentimentalna veza između suca i zastupnika stranke (v. *infra ad* 2.3.2.). U ovom bi drugom slučaju postojanje takve veze moglo biti “općepoznato”, odnosno nesporno jer ju je priznao sam sudac (koji je inicirao svoje izuzeće). Ta bi veza, međutim, mogla biti i sporna, npr. zato što bi je negirali i sudac i zastupnik stranke, unatoč tome što bi postojale okolnosti, same po sebi indicirane na razini vjerojatnosti, koje bi indicirale, po prirodi stvari samo također na razini vjerojatnosti, da ona postoji. U ovom zadnjem slučaju okolnost koja bi izazivala sumnju bila bi “postojanje vjerojatnosti postojanja veze” o kojoj je riječ. Stav o tome da bi takva okolnost (postojanje vjerojatnosti postojanja veze) *in concreto* dovodila u sumnju sučevu nepristranost ovisio bi o tome bi li ona stvorila odgovarajući dojam kod onoga koji bi bio ovlašten odlučiti o izuzeću. U tom bi se smislu moglo tvrditi da bi realitet da je za postojanje relativnog razloga za izuzeće dovoljno da određena okolnost izazove *in concreto* sumnju<sup>41</sup> u sučevu nepristranost, da indicira na razini vjerojatnosti da sudac nije nepristran, mogao imati svoj “povratni učinak” na potrebnu razinu utvrđenosti te okolnosti. Zato što je dovoljno da zaključak da sudac nije nepristran bude formiran na razini vjerojatnosti, bilo bi, ponekad, dovoljno da na toj razini bude formirano i utvrđenje o postojanju okolnosti o kojoj bi on ovisio.

Sumnja (u smislu nepovjerenja) u nepristranost suca koju neka okolnost koja nije na listi apsolutnih razloga za izuzeće treba *in concreto* pobuditi da bi dobila značenje tzv. relativnog razloga za izuzeće morala bi biti opravdana (osnovana) sumnja,<sup>42</sup> sumnja do koje bi se dolazilo razumnim razmatranjem mogućeg utjecaja te okolnosti na subjektivni odnos suca prema strankama i predmetu spora. U doktrini je iznijeto mišljenje da bi kriteriji za prosudbu radi li se o razumnoj sumnji trebali biti kriteriji “prosječno razumnog čovjeka”.<sup>43</sup> Treba, međutim uzeti, da bi to, ipak, bili kriteriji razumnog suca (predsjednika suda), kriteriji za koje bi on smatrao da bi ih bilo razumno primijeniti, uvažavajući, eventualno, i kriterije za koje bi mogao smatrati da bi bili kriteriji “prosječnih ljudi”, kriteriji koji bi kao takvi mogli biti i izdiferencirani (stabilizirani) u sudskoj praksi (*prima facie* dokaz, sudskopravne predmnjeve). Teško je, naime, zamisliti da bi uopće bilo moguće utvrditi kriterije prosječno razumnog čovjeka za prosuđivanje postojanja razumne sumnje u nepristranost sudaca. Bile bi to fluidne impresionističke aproksimacije.

Iako bi sumnja o kojoj je riječ trebala biti sumnja koju bi opravdavali racionalni argumenti, moguće je, a to potvrđuje i praksa, da se u pojedinim slučajevima iz “metaracionalnih”, “političkih” razloga prihvate inicijative za izuzeće sudaca i zbog sumnji koje bi se temeljile na običnim predrasudama.<sup>44</sup> Ponekad će biti dovoljno da

41 Pojam sumnje se različito definira. Prema jednom određenju tog pojma, sumnja (skepsa) bila bi “teorijsko uvjerenje da se svakoj tezi može suprotstaviti protuteza, neodlučnost da se uz neku moguću tezu kaže: da ili ne (usp. Filozofijski rječnik, ur. V. Filipović, Zagreb, Matica hrvatska, 1984., str. 303). Prema jednom drugom, sumnja bi značila nepovjerenje u to da doista jest ono što se tvrdi ili misli da jest (usp. Rječnik hrvatskog jezika, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga, 2000., str. 1197). Čini se da riječi sumnja u kontekstu odredbe članka 71. t. 7. ZPP treba pridati ovo drugo značenje.

42 U članku 12. stavku 1. ZA u ovom kontekstu govori se o osnovanoj sumnji.

43 Usp. Garašić, J., op. cit., str. 1197.

44 V. bilj. 41. Tome svakako može pogodovati i okolnost da protiv odluke kojom se prihvaća

javnosti bude, eventualno uz posredovanje medija, “nametnut» dojam ozbiljne sumnje u nepristranost nekog suca ili čak suda kao organizacijske jedinice pa da se radi “mira u kući” optira za “politički mudro rješenje” i izuzme ne samo određeni sudac, već “cijeli sud» i time svi njegovi suci tako što će se predmet delegirati drugom sudu (čl. 68.).

U načelu bi trebalo poći od toga da nema razloga koji bi dovodili u sumnju sučevu nepristranost sve dok se ne bi supstancirala razumna mogućnost (vjerojatnost) njihova postojanja.<sup>45</sup> U tom bi smislu teret tvrdjenja i dokazivanja bio na onome tko bi dovodio u pitanje nepristranost suca - do razine (ozbiljnije) vjerojatnosti. Pritom bi bilo dovoljno na toj razini utvrditi postojanje okolnosti koja bi dovodila u sumnju sučevu nepristranost te na istoj razini i uzročnu vezu između njenog takvog utvrđenja i zaključka o mogućoj pristranosti.<sup>46</sup> Izvjesno utvrđenje da okolnosti uz koju se veže sumnja u sučevu nepristranost nema, odnosno da nema uzročne veze između te okolnosti i zaključka o pristranosti suca, svakako bi otklanjalo sumnju u nepristranost suca. U slučaju dvojbe trebalo bi uzeti da postoji razlog za izuzeće ako bi utvrđena okolnost na razini uvjerenosti na kojoj bi bila utvrđena izazivala “opravdanu” sumnju u nepristranost suca, sumnju koja bi mogla imati to svojstvo i kad bi bilo vjerojatnije da sudac nije pristran. U nekim bi slučajevima trebalo dopustiti izuzeće i kad bi se “izvjesno” utvrdilo da sudac nije pristran zato da bi se otklonile i moguće “nerazumne” sumnje (primisli) pa čak i predrasude stvorene u javnosti glede toga. Naime, nije dostatno da sudac koji sudi bude “objektivno” nepristran, već je potrebno da stranke i drugi sudionici u postupku, ali i možebitna (šira) javnost koja prati suđenje steknu taj dojam (*justice must be seen to be done*).<sup>47</sup> To bi, međutim, ovisilo o okolnostima konkretnog slučaja, ali i o “općoj situaciji u društvu”. “Politika” prihvaćanja zahtjeva za izuzeće trebala bi biti takva da sprečava dilatorno-šikanozne manevre nesavjesnih (ponekad i “paranoičnih”) ili samo “preosjetljivih” stranaka (njihovih zastupnika), ali i da ne dovede u pitanje osnovni dojam da suđenje u pojedinim slučajevima obavljaju neovisni i nepristrani suci. O provedbi takve politike ovisit će i opći dojam o sudovima i sudbenoj vlasti. Pritom bi, svakako, valjalo odoljeti raznim populističko-demagoškim iskušenjima. U načelu bi trebalo polaziti od stajališta da su suci osobe visokog moralnog integriteta i da bi redovito sami inicirali postupak za svoje izuzeće ako bi postojali razlozi koji bi dovodili u sumnju njihovu nepristranost. U Republici Hrvatskoj su nizom zakonskih intervencija u uređenje instituta izuzeća značajno ograničene mogućnosti “ometanja” provedbe postupaka postavljanjem nedopuštenih i neosnovanih zahtjeva za izuzeće (v. *infra ad* 3.3.).

---

inicijativa za izuzeće nije dopušten pravni lijek (*arg. iz* čl. 74/5.).

45 Tako za austrijsko pravo i Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 9. izd., Wien, MANZ, 2017. (dalje: Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., ZPR), str. 27-28.

46 Ulogu više premise u formiranju tog zaključka redovito će igrati pravila iskustva.

47 Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., ZPR, str. 28., ističu da je u interesu ugleda pravosuđa da se postavi stroži kriterij: izuzeće, prema novijoj austrijskoj judikaturi, ne smije strankama nuditi mogućnost da se riješe suca koji im ne odgovara. Prema starijoj judikaturi je, međutim, za to dostajala i vjerojatnost postojanja predrasude o tome da je sudac pristran. O ovom problemu v. i Garašić, J., *op. cit.*, str. 1196-1197, pozivajući se na praksu Europskog suda za ljudska prava.

U vezi s relativnim razlozima za izuzeće valja upozoriti da značenje takvih razloga mogu imati okolnosti koje dovode u sumnju sučevu nepristranost, a ne okolnosti na temelju kojih se može posumnjati da je on pristran. Utvrđenje da postoje okolnosti na temelju kojih se može posumnjati u nepristranost određenog suca nema značenje utvrđenja sumnje u njegovu pristranost. Suci se izuzimaju zbog sumnje u nepristranost, a ne zbog sumnje u pristranost. Kvantitativna i kvalitativna razlika između zaključaka o sumnji u nepristranost i sumnji u pristranost može u pojedinim slučajevima biti mala, ali je ipak bitna. Ona opravdava mogućnost izuzeća suca za koga je vjerojatnije da nije pristran nego da je pristran - ako ta razina vjerojatnosti opravdana "opravdanu" sumnja u njegovu nepristranost.

U doktrini je iznijet stav, utemeljen i na odgovarajućoj judikaturi, da bi trebalo uzeti da bi razlog za izuzeće uvijek postojao kada bi ga sudac sam prijavio, budući da on najbolje znade u kojoj mjeri postoji ili bi mogla nastati sumnja u njegovu nepristranost, da se on u konkretnom slučaju ne vodi samo objektivnim kriterijima.<sup>48</sup> Ovaj stav ne bi trebalo prihvatiti. U suprotnom bi se pristalo i na pravo sudaca na "samoizuzeće" ne samo zbog apsolutnih, već i zbog relativnih razloga za izuzeće. Oficijelna inicijativa suca za izuzeće mora biti obrazložena i kontrolabilna. O njoj treba odlučiti tek nakon što se strankama omogući da se o njoj izjasne (čl. 7/3., 72.-75.).

U domaćoj se sudskoj praksi dosta rijetko prihvaćaju zahtjevi za izuzeće sudaca zbog pristranosti.<sup>49</sup> Slično vrijedi i za austrijsku sudsku praksu.<sup>50</sup>

Okolnosti koje mogu dovesti u pitanje nepristranost suca mogu biti subjektivne, ticati se izravnog ili posrednog odnosa suca s kojom od stranaka ili s njima povezanim osobama, ili objektivna, ticati se predmeta spora. U određenim slučajevima dojam o pristranosti bi se mogao izvesti i iz načina na koji se vodi postupak.

### 2.3.2. *Subjektivne okolnosti*

Značenje subjektivnih okolnosti koje dovode u sumnju nepristranost suca, prema (domaćoj i komparativnoj) judikaturi i doktrini, imali su, npr.: prijateljstvo ili neprijateljstvo suca sa strankom<sup>51</sup> ili njezinim zastupnikom,<sup>52</sup> prijateljstvo ili neprijateljstvo s njima bliskim osobama odnosno prijateljstvo ili neprijateljstvo

48 Usp.: Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., ZPR, str. 28; Fasching, H. W., *Zivilprozeßrecht*, 2. izd., Mainz 1990., (dalje: Fasching, H. W., ZPR), str. 95, koji ističe da bi opetovano neutemeljeno traženje (vlastitog) izuzeća trebalo povući disciplinske posljedice.

49 Čizmić, J., *Izuzeće suca zbog relativnih razloga s osvrtnom na praksu Općinskog suda u Splitu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 28, 1-2/1991., str. 249. i slj., daje u tom smislu izvanredno zanimljivu prezentaciju prakse navedenog suda u periodu od 1.1.1988. do 30.6.1990.

50 Usp. Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., ZPR, str. 28; Fasching, H. W., ZPR, str. 95.

51 Tako Holzhammer, R., *ÖZPR*, str. 39 i Fasching, H. W., ZPR, str. 94, pozivajući se na austrijsku judikaturu, te Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, 17. izd., C. H. Beck, 2009. (dalje: Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR), str. 129, pozivajući se na njemačku judikaturu.

52 Usp.: Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., ZPR, str. 28; Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 130.

takvih osoba; napeti odnos s odvjetnikom jedne od stranaka; brak, dalje srodstvo ili tazbinstvo, zaruke;<sup>53</sup> ljubavni odnos sa zastupnikom stranke;<sup>54</sup> političko ili konfesionalno protivništvo;<sup>55</sup> okolnost da se sudac nalazi sa strankom u privatnom ili službenom odnosu utemeljenom na pukom kolegijalitetu,<sup>56</sup> kao, npr., u slučaju u kojemu je sudac koji sudi istog suda kao i stranka, a osobito ako je još i član vijeća koje treba suditi;<sup>57</sup> okolnost da je sudac savjetovao (npr. davanjem privatnog pravnog mišljenja)<sup>58</sup> jednu od stranaka prije pokretanja ili tijekom postupka<sup>59</sup> (treba uzeti izvan granica onoga što bi se moglo smatrati prihvatljivom primjenom načela otvorenog pravosuđenja, čl. 288.a/2.); - okolnost da se na mjesto uviđaja dovezao u automobilu jedne od stranaka;<sup>60</sup> ekonomska ovisnost o jednoj od stranaka;<sup>61</sup> mogućnost posrednog utjecaja ishoda spora na suca,<sup>62</sup> npr. u slučaju u kojemu sudac sudi u predmetu u kojemu se pojavljuje pravno pitanje identično s pitanjem koje se javlja u nekom drugom predmetu u kojemu je on direktno zainteresiran.<sup>63</sup> Navedenim okolnostima bilo bi moguće dodati i: okolnost da je sudac dioničar ili udioničar u društvo kapitala koje je uključeno u parnicu, član drugog tipa trgovačkog društva, ortaštva ili udruge (u vodećoj funkciji) kao stranke u sporu; neslaganje osobne naravi sa zastupnikom stranke (ali ne i ono koje se tiče biti stvari); bilješke uz podneske stranke koje se ne tiču biti stvari,<sup>64</sup> treba uzeti takve da bi indicirale odgovarajući osobni stav prema stranci.

Suđeno je da se okolnost da je zastupnik jedne od stranaka krsni kum sučevoj djeci treba smatrati razlogom koja dovodi u sumnju njegovu nepristranost.<sup>65</sup>

Značenje relativnog razloga za izuzeće mogao bi imati i odgovarajući odnos suca s umješačem na strani jedne od stranaka, i to ne samo ako bi on imao položaj jedinstvenog suparničara, što bi ga izjednačavalo sa strankom (čl. 201., 209.), već i ako bi bila riječ o tzv., običnom umješaču (čl. 206.).

53 U pogledu zaruka, daljnijeg srodstva i tazbinstva usp.: Holzhammer, R., ÖZPR, 39; Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129; Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228. Fasching, H. W., ZPR, str. 94 navodi kao primjer i razvrgnute zaruke suca s jednom od stranaka ili s njenim bliskim srodnikom.

54 Usp.: Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 130; Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228 za zaruke i daljnje srodstvo.

55 Usp.: Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.; Rechberger, W. H., Simotta, D.-A., ZPR, str. 28; Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 28 glede ljubavne veze.

56 Usp. Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.

57 Loc. cit. O pravnom shvaćanju GO VSRH da ova okolnost ima značenje drugog važnog razloga za tzv. svrhovitu delegaciju (čl. 68.) v. *infra ad* 2.3.5.

58 Fasching, H. W., ZPR, str. 94-95.

59 Holzhammer, R., ÖZPR, str. 39., Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129, Fasching, H. W., ZPR, str. 94.

60 Holzhammer, R., ÖZPR, str. 39, pozivajući se na austrijsku judikaturu.

61 Usp. Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.

62 Loc. cit.

63 Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228.

64 Fasching, H. W., ZPR, str. 94-95.

65 ŽS BJ: Gž-1520/2015-4.

### 2.3.3. "Objektivne" okolnosti

S obzirom na predmet spora, što bi uključivalo i način vođenja postupka, sučevu je nepristranost, prema stajalištima zauzetim (u komparativnoj i domaćoj) judikaturi i doktrini dovela u pitanje okolnost: da je sudac sudjelovao kao državni odvjetnik u kaznenom postupku koji se još uvijek vodi protiv stranke; da je sudac uspješno izuzet u tri druga postupka koja su u tijeku u kojima sudjeluje ista stranka; da je sudac upozorio stranku na mogućnost isticanja prigovora s pravostvarajućim učinkom, npr. na prigovor zastare,<sup>66</sup> treba uzeti izvan granica pomoći neukoj stranci (čl. 11.); da se sudac neslužbeno povoljno ili nepovoljno izjašnjavao o ishodu spora u kojemu sudi ili o podnescima stranke;<sup>67</sup> da je sudac određivao neprimjereno duge rokove za pripremu podnesaka jednoj od stranaka; da je sudac podnio kaznenu prijavu protiv stranke; da je sudac "brzopleto" proslijedio spis državnom odvjetništvu; da sudac nije postupao, npr. da nije reagirao u povodu prijedloga stranke; da je sudac neprimjereno odugovlačio s postupkom u slučaju u kojemu je trebalo osobito brzo postupiti; da sudac dugotrajnije nije postupao u povodu zahtjeva za pružanje besplatne pravne pomoći.<sup>68</sup>

Kad je riječ o načinu na koji sudac vodi (prvostupanjski) postupak kao o relativnom razlogu za izuzeće, trebalo bi uzeti u obzir ovlaštenja koja on ima u materijalnom upravljanju postupkom, ali i njegovu dužnost da ga provede (u skladu sa zakonom) bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova, onemogućavajući moguće zloupotrebe prava u postupku (čl. 10/1.). Upravo bi stoga naglašena i dugotrajnija neopravdana neaktivnost suca mogla (i trebala) biti shvaćena kao njegov svojevrsan negativan stav prema jednoj ili prema objema strankama i/ili predmetu spora, kao "pristranost" koja bi "išla na štetu" jedne od stranaka, ali i kao pristranost koja bi "išla na štetu" obiju stranaka. Pritom, mogućnost korištenja sredstava koja stranke imaju na raspolaganju radi osiguranja suđenja u razumnom roku (čl. 63.-70. ZS) ne bi trebala isključiti mogućnost da se zbog neaktivnosti suca ili zbog "nestandardnog" načina vođenja postupka ne zatraži njegovo izuzeće - zato što postoje okolnosti koje dovode u sumnju njegov spremnost da riješi određeni spor u skladu sa zakonom, sumnju u postojanje njegovog "rezerviranog" stava prema jednoj ili objema stranama, odnosno prema predmetu spora. Iako bi se kad je riječ o sumnji u nepristranost suca u odnosu prema objema strankama moglo u izvjesnom smislu govoriti o "pomaknutom" određenju pojma (ne)pristranosti, koje bi "po prirodi stvari" trebalo implicirati naklonost suca jednoj od njih, kao da neki od navedenih slučajeva iz komparativne sudske prakse opravdavaju stav da bi se pojam nepristranosti trebao dopuniti i takvim određenjem njegova značenja. U prilog izloženom stavu govorila bi i potreba osiguranja suđenja u razumnom roku od strane suca čiju spremnost da to učini dovode u sumnju opravdani razlozi. Izuzeće bi u takvim slučajevima dobilo značenje dopunskog instrumenta za osiguranje takvog suđenja,<sup>69 70</sup> a zapravo bi neobavljanje

66 Usp. Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.

67 Usp.: Holzhammer, R., ÖZPR, str. 39; Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.

68 Loc. cit.

69 Drukčije, s aspekta slovenskog prava, Ude, L., PP ZK, 1., str. 303.

70 Moglo bi se, svakako, zastupati i stajalište da zakonski utvrđeni mehanizam osiguranja suđenja

ili neuredno obavljanje sudačke dužnosti dobilo značenje jednog posebnog razloga za izuzeće suca.<sup>71</sup>

Okolnost da je predmet dodijeljen u rad sucu kojemu prema unaprijed utvrđenim kriterijima za distribuciju predmeta nije smio biti dodijeljen, imala bi svakako značenje povrede prava na zakonskog suca, a mogla bi dovesti u sumnju ne samo razloge zbog kojih je do toga došlo, već i nepristranost suca kojemu je predmet dodijeljen. U načelu bi suca koji bi bio "kontaminiran" povredom prava na zakonskog suca, trebalo smatrati sucem u čiju bi se nepristranost moglo opravdano posumnjati. Bila bi, riječ o stavu koji bi mogao dobiti i značenje sudskopravne predmnjeve o pristranosti suca - ako bi ga u tom smislu "verificirala" sudska praksa, ako bi mu pridala značenje *prima facie* dokaza.

#### 2.3.4. Okolnosti za koje se ocijenilo da ne dovode u sumnju nepristranost suca

Prema stavovima izraženim (u domaćoj i komparativnoj) judikaturi i doktrini nije se smatralo da je nepristranost dovedena u pitanje u slučaju: opravdanog neproduženja roka za protutužbu ili opravdanog neodgađanja ročišta;<sup>72</sup> iznošenja mišljenja na stručnim seminarima<sup>73</sup> ili pravnog stajališta u članku objavljenom u stručnom časopisu;<sup>74</sup> prekida postupka zbog sumnje na kazneno djelo;<sup>75</sup> braka između suca suda nižeg i suca suda višeg stupnja; - zajedničkog predstojništva suca i zastupnika stranke u privatnoj udruzi kao i pukog članstva u istoj udruzi;<sup>76</sup> pripadnosti nekoj religijskoj zajednici; zauzimanja pravnog stajališta koje odstupa od sudske prakse;<sup>77</sup> očitovanja predsjednika vijeća o dokaznoj vrijednosti ranijeg pismenog iskaza svjedoka; poticanja stranke da podnese nesamostalnu žalbu; iznošenja pravnog shvaćanja u nekom prethodnom incidentalnom postupku.<sup>78</sup>

S aspekta hrvatskog prava nastojanja suca da sa strankama razmotri i raspravi ključne pravne i činjenične elemente spora (čl. 288.a/2., načelo otvorenog pravosuđenja) u načelu se ne bi smjelo smatrati razlogom koji bi dovodio u pitanje sučevu nepristranost.

Suđeno je da okolnost da je sudac prema uputi stranke sastavio tužbu u obliku sudskog zapisnika nije razlog za njegovo izuzeće,<sup>79</sup> odnosno da ne postoji razlog za

---

u razumnom roku ima značenje jedinog dopuštenog pravnog puta zbog nepostupanja suda (sudaca), da bi postojanje takvog puta isključivalo mogućnost korištenja izuzeća kao pravnog sredstva za zaštitu tog prava.

71 U prilog takvom tumačenju posredno bi govorila mogućnost razrješenja arbitra zbog neobavljanja dužnosti arbitra (čl. 13/1., 43. ZA).

72 Usp. Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.

73 Loc. cit., Ude, L., PP ZK, 1., str. 303.

74 Fasching H., W., ZPR, str. 95.

75 Usp. Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129.

76 Loc. cit.

77 Usp. Fasching, H. W., ZPR, str. 95.

78 Usp. Rosenberg L., Schwab, K. H., Gottwald, P., ZPR, str. 129. Od pravnih stajališta zauzetih u prethodnim postupcima u hrvatskoj bi praksi posebnu važnost mogla dobiti ona zauzeta u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa i prava (čl. 502.a- 502.h).

79 OS Zgb: Gž-3452/81 – PSP 19/189.



izuzeće (čl. 71.7.) u slučaju u kojemu je stranka zatražila izuzeće sutkinje zato što joj je na ročištu uskratila pitanja koja su, prema njenom mišljenju, bila vezana za predmet spora.<sup>80</sup>

Okolnost da je sudac već odlučivao u konkretnom sporu, ali je kasnije njegova odluka bila ukinuta i predmet vraćen sudu prvog stupnja na ponovno suđenje, u načelu ne bi bila razlog za izuzeće,<sup>81</sup> već zato što se, iz razloga postupovnog oportuniteta, predmet u pravilu vraća sudu u istom sastavu (čl. 371.). Ipak, u slučaju u kojemu bi pobijana presuda bila ukinuta i predmet vraćen istom sudu na ponovno suđenje i bilo naređeno da se nova rasprava održi pred drugim sucem pojedincem, odnosno pred drugim vijećem, okolnost da bi unatoč tome predmet bi dodijeljen u rad istom sucu pojedincu ili istom vijeću trebala bi imati značenje razloga za izuzeće.

Ako bi viši sud ukinuo pobijanu presudu i predmet vratio na ponovni postupak sudu nižeg stupnja, čak i kad u odluci višeg suda ne bi bilo naređeno da se rasprava provede pred sudom u drugom sastavu, taj bi sastav trebalo izmijeniti ako bi razlog zbog kojega je presuda ukinuta bio takav da bi dovodio u sumnju pristranost suca ili vijeća suda nižeg stupnja, npr. ako bi presuda bila ukinuta jer je u njenom donošenju sudjelovao izuzeti sudac (čl. 354/2.1., 369.).

Suđeno je i da se neslaganje podnositelja zahtjeva s odlukom predsjednika županijskog suda ne može prihvatiti kao razlog za njegovo izuzeće zato što pravno stajalište izraženo u odluci o izuzeću ne može samo po sebi biti dokaz pristranosti predsjednika suda.<sup>82</sup>

### *2.3.5. Izuzeće i svrhovita delegacija nadležnosti*

Za zauzimanje stajališta o tome koje bi okolnosti mogle imati značenje relativnih razloga za izuzeće indicijsku osnovu mogu pružiti i neki od razloga zbog kojih su u praksi prihvaćani prijedlozi za tzv. svrhovitu delegaciju nadležnosti.<sup>83</sup>

Građanski odjel Vrhovnog suda<sup>84</sup> zauzeo je pravno shvaćanje da je okolnost da je stranka sudac nadležnog suda važan razlog da se za postupanje odredi drugi stvarno nadležni sud. Iz tog bi pravnog shvaćanja proizlazilo da bi primjena instituta svrhovite delegacije, već prema razlozima zbog kojih bi bila određena, mogla posredno dovesti do izuzeća svih sudaca određenog suda u pojedinom predmetu.

## **3. POKRETANJE POSTUPKA ZA IZUZEĆE**

### **3.1. Uvod**

Iniciranje postupka za izuzeće različito je uređeno ovisno o tome je li riječ o

80 ŽS ST: Gžo-329/2012.

81 Tako s aspekta slovenskog prava i Ude, L., PP ZK, 1., str. 303.

82 VSRH: Su-IV-432/12.

83 Sud prvog stupnja može sam ili na prijedlog stranke zatražiti od najvišeg suda određene vrste da odredi da u pojedinom predmetu postupa drugi stvarno nadležni sud s njegova područja ako je očito da će se tako lakše provesti postupak ili ako za to postoje drugi važni razlozi (čl. 68/1.).

84 Su-IV-432/12 (5/18, 4.10.2018.).

apsolutnim ili relativnim razlozima za izuzeće te o tome tko inicira taj postupak: po službenoj dužnosti sudac, predsjednik suda kao sudac ili predsjednik suda kao tijelo koje odlučuje o izuzeću suca - onda kad smatraju da postoji neki od tih razloga za njihovo izuzeće, odnosno stranka postavljanjem zahtjev za izuzeće njihovo izuzeće.

O mogućnosti da predsjednik suda *ex officio* pokrene postupak za izuzeće suca v. *infra ad* 3.5.

### **3.2. Pokretanje postupka za izuzeće na inicijativu samog suca**

#### *3.2.1. Općenito*

Sudac je dužan *ex officio* poduzeti radnje predviđene Zakonom kad sazna da postoji koji od razloga za njegovo izuzeće, odnosno kad ocijeni da bi mogao postojati koji od takvih razloga - neovisno o tome radi li se o kojem od apsolutnih ili relativnih razloga za izuzeće (v. *infra ad* 3.2.2., 3.2.3.). Razlike u pravnom položaju suca kad sam inicira postupak za svoje izuzeće zbog navedenih dviju vrsta razloga tiču se radnji koje je ovlašten poduzimati nakon što sazna za njihovo postojanje, ali i postupka koji se provodi u povodu takvih inicijativa.

#### *3.2.2. Pokretanje postupka zbog apsolutnih razloga za izuzeće*

Sudac je dužan, čim sazna da postoji koji od apsolutnih razloga za izuzeće (čl. 71.1-6.), prekinuti svaki rad na predmetu i o tome obavijestiti predsjednika suda, koji će mu "odrediti zamjenika iz reda sudaca toga suda" (čl. 72/1.1.), dok će predsjednik suda (kao sudac) "odrediti sebi zamjenika iz reda sudaca tog suda, a ako to nije moguće", inicirati će postupak za određivanje tzv. nužne delegacije (čl. 67.) (čl. 72/1.2.). Posebno o izuzeću predsjednika suda kao suca v. *infra ad* 3.2.5.

Navedene odredbe prema kojima će predsjednik suda samo odrediti zamjenika sucu koji je isključen zbog postojanja kojeg od apsolutnih razloga za izuzeće, odnosno prema kojima će sam sebi kao sucu odrediti zamjenika iz reda sudaca suda kad utvrdi da u odnosu na njega postoji takav razlog (čl. 72/1.), su zastarjele i, doslovno protumačene,<sup>85</sup> ne bi bile u skladu s nizom Ustavom impostiranih postupovnih postulata. One, naime, potječu iz vremena u kojemu se nije posebno inzistiralo na pravu na zakonskog suca i u kojemu nisu postojali objektivizirani kriteriji za raspodjelu predmeta u sudu. Te bi odredbe zbog toga, najprije, trebalo, već *de lege lata*, njihovim odgovarajućim tumačenjem, dovesti u sklad s važećim kriterijima za raspodjelu predmeta u sudu, te i u slučaju izuzeća suca ili predsjednika suda kao suca dodjelu predmeta drugim sucima obavljati prema tim kriterijima.<sup>86</sup> Te bi odredbe,

85 U tom smislu eksplicitno Juhart, J., *Civilno procesno pravo FLRJ*, Ljubljana, Univerzitetna založba, 1961., (dalje: Juhart, J., CPP) str. 121, a čini se i Garašić, J., op. cit., str. 1204 za važeće uređenje instituta, premda podvrgava kritici takvo rješenje.

86 Poslovi u sudu raspoređuju se na kraju svake kalendarske godine za sljedeću godinu (čl. 86/1. ZS). Predmeti se u rad sucima dodjeljuju automatskom nasumičnom dodjelom, primjenom odgovarajućeg algoritma (čl. 86/2. ZS). Ako u sudu nije u primjeni sustav za automatsku dodjelu predmeta, predmeti se sucima dodjeljuju ručno, po redoslijedu njihovog primitka, slijedeći abecedni red prezimena sudaca (čl. 86/2.). Prilikom dodjele predmeta u rad (čl. 86/2.,

zatim - radi isključenja mogućnosti “samoizuzeća”<sup>87</sup> sudaca i predsjednika suda kao suca zbog apsolutnih razloga za izuzeće te radi uvođenja nužne kontrole postojanja tih razloga *in concreto*, analogno kao kad se zbog tih razloga odlučuje u povodu zahtjeva stranke, odnosno u povodu oficijelne inicijative za izuzeće zbog relativnih razloga za izuzeće - trebalo *de lege ferenda* “dopuniti» i postupanje u povodu apsolutnih razloga za izuzeće eksplicitno izjednačiti s onim koje je predviđeno za relativne razloge za izuzeće (v. *infra ad* 3.2.3.),<sup>88</sup> odnosno već *de lege lata* (*arg. a cohaerentia, a minori ad maius, per analogiam ex* 7 čl. 2/2., 7571.), zauzeti takav stav. U prilog takvog rješenja govorila bi potreba osiguranja prava stranaka na zakonskog suca, prava koje implicira i pravo na kontrolu razloga zbog kojih sudac kojemu je predmet dodijeljen u rad prema unaprijed utvrđenim kriterijima za raspodjelu predmeta u sudu neće suditi, prava koje bi, povezano s pravom na pravično suđenje (čl. 29/1. URH, 6/1. EK, 7/3. ZPP<sup>89</sup>), zahtijevalo da se strankama mora omogućiti da se očituju i o oficijelnoj inicijativi za izuzeće zbog postojanju apsolutnih razloga prije nego što se o tome odluči. Takvo bi rješenje omogućavalo nužnu transparentnost i kontrolabilnost rada sudaca i u takvim slučajevima izuzeća - u interesu ne samo stranačke već i opće javnosti. I razlozi procesne ekonomije i ekspeditivnosti nametali bi takvo rješenje. Zbog izuzeća će se, naime, postupak često morati vratiti na početak i stoga će postati neupotrebljiv procesni materijal koji je kontaminiran sudjelovanjem izuzetog suca. Zato bi strankama moglo biti u interesu da dokažu da nema razloga za izuzeće.

### 3.2.3. Pokretanje postupka zbog relativnih razloga za izuzeće

Ako sudac smatra da postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost (čl. 71.7.), dužan je o tome obavijestiti (“obavijestit će”) predsjednika suda, koji će odlučiti o izuzeću (čl. 72/2.1.). U takvom slučaju, do donošenja rješenja predsjednika suda, sudac može poduzimati samo one radnje za koje postoji opasnost od odgode (čl. 72/2.2.).<sup>90</sup>

- 
3. ZS) vodit će se računa o ravnomjernoj podjeli predmeta te vrsti i složenosti predmeta (čl. 86/4. ZS).
- 87 Prihvatiti mogućnost “samoizuzeća” značilo bi priznati sucima pravo da sami definitivno nekontrolabilno odlučuju o tome da postoje razlozi za njihovo izuzeće.
- 88 O argumentiranoj opravdanoj kritici mogućnosti da se o izuzeću suca zbog apsolutnih razloga za izuzeće ne donosi posebna odluka, već samo odluka o određivanju zamjenika takvom sucu, v. i Garašić, J., op. cit., str. 1204-1207.
- 89 Prema odredbi članka 7. stavka 3. ZPP, sud ne može svoju odluku utemeljiti na činjenicama i dokazima o kojima strankama nije dana mogućnost da se izjasne, odredbi koja je zapravo izraz prava stranaka na pravično suđenje. Akt “samoizuzeća” suca odnosno predsjednika suda kao suca imao bi zapravo značenje odluke u parničnom postupku prije donošenja koje bi se strankama trebalo omogućiti da se izjasne o razlozima za njezino donošenje. Tek bi akt o dodjeli predmeta novom sucu imao značenje akta sudske uprave. U tom smislu i Juhart, J., CPP, str. 121 i Garašić, J., op. cit., str. 1206.
- 90 U domaćoj doktrini (Triva, S., Belajec, V., Dika, M., GPPP, 6. izd., Zagreb, Pravni fakultet, 1986., str. 181-182), bilo je izneseno stajalište da o “razlozima relativnog izuzeća sud vodi računa ako to traže stranke”, ali i da “sucu treba priznati pravo da traži da bude izuzet zbog postojanja jednog od relativnih razloga izuzeća, kad on sam smatra da bi njegova objektivnost mogla biti stavljena na kušnju (čl. 72/2.)”. U 7. izdanju navedenog sustava (Triva, S., Dika, M.,

Iako to u vezi s ovom vrstom razloga za izuzeće nije izrijekom propisano, i sudac koji bi saznao da postoji okolnost koja dovodi ili koja bi mogla dovesti u sumnju njegovu nepristranost bio bi dužan o tome obavijestiti predsjednika suda čim bi za to saznao i (u načelu) prekinuti svaki rad u konkretnom predmetu - jednako kao što je tako dužan postupiti kad sazna da postoji koji od apsolutnih razloga za izuzeće (čl. 72/1.1., v. *supra ad* 3.2.2.), odnosno kad sazna da je zatraženo njegovo izuzeće (čl. 75/1.), ipak uz određene razlike (v. *infra ad* 3.3.4.).

Sudac bi bio dužan *ex officio* obavijestiti predsjednika suda o postojanju „drugih okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost“ i, u načelu, prekinuti svaki rad u konkretnom predmetu ne samo kad bi osobno smatrao da te okolnosti zaista dovode u sumnju njegovu nepristranost,<sup>91</sup> već i kad bi ocijenio da bi one mogle navesti stranke i predsjednika suda da (opravdano) posumnjaju u njegovu nepristranost, iako bi smatrao da one do toga ne dovode. Naime, nije dovoljno da sudac sebe smatra nepristranim, već ni stranke, koje su ovlaštene podnijeti zahtjev za izuzeće, a ni osoba koja treba odlučiti o njegovoj nepristranosti ne smiju osnovano posumnjati u njegovu nepristranost. U tom bi smislu sudac bio dužan otkriti strankama i predsjedniku suda sve okolnosti koje bi ih mogle navesti da opravdano (razumno) posumnjaju u njegovu nepristranost i da poduzmu odgovarajuće radnje u vezi s time (načelo transparentnosti), dok bi predsjednik suda odluku donosio uzimajući u obzir očitovanje stranaka o tome, potkrijepljeno možebitnim dokazima, ali i očitovanje samog suca koje bi on dao u “prijavi” o njihovu postojanju ili naknadno.

O pokretanju postupka za izuzeće predsjednika suda kao suca zbog relativnih razloga za izuzeće v. *infra ad* 3.2.5.

### 3.2.4. Razlike u pravnom položaju suca kad postoje apsolutni i kad postoje relativni razlozi za izuzeće

Razlika u pravnom položaju suca u odnosu na koga postoji koji od apsolutnih razloga za izuzeće i suca u odnosu na koga postoji ili bi mogao postojati koji od relativnih razloga za izuzeće jest u tome što je prvi sudac, doslovno po Zakonu, dužan obustaviti svaki rad na predmetu i o postojanju razloga obavijestiti predsjednika suda, koji bi mu bio dužan odrediti zamjenika (čl. 72/1.), dok je drugi sudac, doslovno po Zakonu, dužan o postojanju razloga koji dovodi ili bi mogao dovesti u sumnju njegovu nepristranost o tome obavijestiti predsjednika suca i poduzimati samo one radnje za koje postoji opasnost od odgode – sve dok predsjednik suda ne donese svoje rješenje o njegovu izuzeću (čl. 72/2.).<sup>92</sup> Iz navedenih odredaba bi, doslovno protumačenih,

---

GPPP, str. 228-229) izrijekom je naglašeno da bi “sudac bio ne samo ovlašten već i dužan tražiti da bude izuzet zbog postojanja jednog od relativnih razloga izuzeća kad on sam ocijeni da bi njegova objektivnost mogla biti stavljena na kušnju”. O opravdanoj kritici stajališta navedenog u 6. izdanju sustava usp. Garašić, J., op. cit., str. 1199-1204.

91 Tako Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228-229.

92 O razlozima zbog kojih bi *de lege ferenda* i sudac koji je sam inicirao svoje izuzeće ili čije je izuzeće zatraženo zbog apsolutnih razloga za izuzeće trebao biti ovlašten i dužan poduzimati radnje za koje postoji opasnost od odgode analogno kao i sudac koji je sam inicirao svoje izuzeće ili čije je izuzeće zatraženo zbog relativnih razloga za izuzeće v. Garašić, J., op. cit., str. 1208.

proizlazilo da bi se sudac zbog postojanja apsolutnih razloga “samoizuzimao”, da bi o tome definitivno sam odlučivao, a da bi bio samo dužan o tome obavijestiti predsjednika suda, koji bi mu bio dužan odrediti zamjenika, dok bi do izuzeća zbog postojanja relativnih razloga do izuzeća dolazilo tek na osnovi odluke predsjednika suda. Iz navedenih bi odredaba proizlazilo, iako to nije u njima izriječno propisano, i da bi i sudac u odnosu na koga bi postojao ili bi mogao postojati koji od tzv. relativnih razloga za izuzeće bio, u načelu, dužan obustaviti svaki rad na predmetu čim bi saznao da postoje takvi razlozi, ali da bi, ipak, bio dužan (i ovlašten) poduzimati one radnje za koje bi postojala opasnost od odgode. Zabrana poduzimanja radnji kod apsolutnih razloga za izuzeće bila bi apsolutna, a kod relativnih uz određene iznimke. O potrebi isključenja mogućnosti “samoizuzeća” suca zbog apsolutnih razloga za izuzeće v. *supra ad 3.2.2.*

### 3.2.5. Izuzeće predsjednika suda kao suca

Za pokretanje po službenoj dužnosti postupka za izuzeće predsjednika suda kao suca trebala bi vrijediti u biti ista pravila kao i za suca, ipak uz određene razlike koje su, doslovno po Zakonu, uvjetovane time što on u takvim slučajevima nije samo sudac koga treba izuzeti, već i predsjednik suda.

Kad je riječ o apsolutnim razlozima za izuzeće (čl. 71.1.-6.), predsjednik suda koji je sudac u postupku u kojemu postoji takav razlog, dužan je, doslovno po Zakonu, odrediti sebi zamjenika iz reda sudaca toga suda, dakle, “samoizuzeti” se i odrediti sebi zamjenika, a ako to nije moguće, dužan je (prekinuti svaki rad na tom predmetu - *arg. per a cohaerentia, a competudine ex* čl. 72.1.1, v. *supra ad 3.2.2.*, i) inicirati postupak tzv. nužne delegacije (čl. 67.) (čl. 71.1.2).<sup>93 94</sup>

Dok je za predsjednika suda (kao suca) izriječno određeno kako će postupiti kad utvrdi da u odnosu na njega postoji koji od apsolutnih razloga za izuzeće (čl. 71.1.2., v. *supra ad 3.2.2.*), nema, i u tome je redakcijski nedostatak važećeg uređenja, odgovarajuće odredbe za slučaj u kojemu predsjednik suda kao sudac nađe da glede njega postoji (ili da bi mogao postojati) koji od relativnih razloga za izuzeće. Stoga se postavlja pitanje treba li on u takvom slučaju postupiti analogno kao sudac kad ocijeni da u odnosu na njega postoji koji od takvih razloga za izuzeće (čl. 72/2.1., v. *supra ad 3.2.3.*), s time da bi o tome bio dužan obavijestiti predsjednika višeg suda koji bi odlučio o njegovom izuzeću, ili postupiti kao kad postoji koji od apsolutnih razloga za izuzeće (čl. 72/1.2., v. *supra*). Treba uzeti da bi funkcija u kojoj bi se nalazio predsjednik suda kao sudac nalagala da bi se trebalo opredijeliti za prvu navedenu mogućnost. Na to upućuju, najprije, *per analogiam*, odredba po kojoj je na

93 Ako nadležni sud zbog izuzeća ili drugih razloga ne može postupiti, obavijestit će o tome neposredno viši sud, koji će odrediti da u tom predmetu postupa drugi stvarno nadležni sud s njegova područja (čl. 67.).

94 Odluka o prijedlogu za nužnu delegaciju ovisila bi o tome hoće li predsjednik višeg suda, koji odlučuje o inicijativi za takvu delegaciju, naći da postoje razlozi za izuzeće predsjednika nižeg suda, odnosno da on ne može sebi odrediti zamjenika iz reda sudaca svoga suda, osim ako se ne bi zauzeo stav da bi predsjednik nižeg suda imao pravo definitivno odlučiti o svom “samoizuzeću”.

taj način dužan postupiti sudac kad ocijeni da postoji relativni razlog za izuzeće, sudac u čijoj se ulozi nalazi i predsjednik suda kad nastupa kao sudac, zbog čega bi on bio dužan od predsjednika višeg suda zatražiti da odluči o njegovom izuzeću (čl. 72/2.), a zatim, *per analogiam*, *arg. a cohaerentia*, odredbe prema kojima se kod izuzeća suca zbog relativnih razloga za izuzeće inzistira na tome da posebno, nadređeno tijelo treba provjeriti postoje li ti razlozi i odlučiti o tome - neovisno o tome pokreće li se postupak za izuzeće *ex officio* ili na zahtjev stranke (*arg. ex* čl. 73/2., 74/1., 2.).

Ono što je rečeno o izuzeću predsjednika suda kao suca trebalo bi vrijediti i na odgovarajući način za izuzeće predsjednika suda kao tijela koje treba odlučiti o izuzeću suca.

### 3.2.6. Moment do kojega se izuzeće može inicirati *ex officio*

Sudac je ovlašten pokrenuti postupak za svoje izuzeće dok ne obavi svoju dužnost suđenja u konkretnom predmetu, dakle, sve dok se ne donese odluka kojom se okončava stadij postupka u kojemu je u tom svojstvu sudjelovao. Ako bi (prvostupanjski) sudac saznao za razlog za izuzeće nakon toga, mogao bi tražiti da ga se izuzme od poduzimanja radnji u vezi s objavom, otpremom i dostavom te odluke (čl. 335., 336.), ali i od sudjelovanja u postupku u povodu pravnih lijekova koji bi protiv nje bili ili bi mogli biti podneseni (čl. 357.- 360., 361/2., 399.). Odgovarajuće bi vrijedilo i za izuzeće od sudjelovanja u postupku u povodu drugih pravnih sredstava, npr. u postupku za povrat u prijašnje stanje (čl. 117-122.).

## 3.3. Pokretanje postupka za izuzeće zahtjevom stranke

### 3.3.1. O pravu stranke da traži izuzeće

Svoje pravo da traže izuzeće suca stranke ostvaruju postavljanjem odgovarajućeg zahtjeva (prijedloga). Riječ je o pravu stranaka kojim one operacionaliziraju svoje ustavno i konvencijski zajamčeno pravo na to da im sudi neovisni i nepristrani sud (čl. 29/1. URH, 6/1. EK). To je pravo višestruko je ograničeno, najprije s obzirom na osobe čije se izuzeće može tražiti te vrstu razloga zbog kojih se i, s time povezano, do kada se tijekom postupka zbog njih izuzeće može tražiti, a zatim i s obzirom na formu i sadržaj zahtjeva kojim se ono može tražiti.

Navedena ograničenja mogućnosti traženja izuzeća utemeljena su na pravno-političkom stavu koji je artikuliran u pravilu prema kojemu je sud dužan provesti postupak bez odugovlačenja, u razumnom roku, sa što manje troškova te onemogućiti svaku zloupotrebu prava u postupku (10/1.), osobito postavljanjem šikanozno-dilatornih zahtjeva za izuzeće. Ta ograničenja mogu svoje opravdanje naći i u pravno-političkom stavu da su suci redovito nepristrani te da bi u slučajevima u kojima za to postojali razlozi, sami inicirali svoje izuzeće.

Ograničenja o kojima je riječ ne bi smjela dovesti u pitanje ostvarivanje ustavnog postulata da suditi smiju samo neovisni i nepristrani suci (*arg. ex* čl. 29/1. URH, 6/1. EK), postulata koji je postavljen ne samo u interesu stranaka, već i u javnom interesu. Stav da je taj postulat postavljen i u javnom interesu potvrđuje okolnost da povreda

pravila o izuzeću zbog apsolutnih razloga za izuzeće ima značenje tzv. apsolutno bitne povrede određaba parničnog postupka zbog koje se mogu podnijeti žalba (čl. 354/2.1.),<sup>95</sup> tzv. redovna revizija (čl. 382/1., 385/1.1.) i prijedlog za ponavljanje postupka (čl. 421/1.1.), ali i da povreda pravila o izuzeću zbog relativnih razloga za izuzeće može također imati, ako je sudac koji je zbog tih razloga bio izuzet ipak sudio, značenje apsolutno bitne povrede određaba parničnog postupka (čl. 354/2.1.), odnosno da može imati značenje tzv. relativno bitne povrede zbog koje se može izjaviti žalba i, uz određena ograničenja, tzv. redovna revizija (čl. 385/1.2.) - ako je bila ili mogla biti od utjecaja na donošenje zakonite i pravilne odluke (čl. 354/1.). V. *infra ad* 3.3.7.

Stranke se ne bi smjele moći odreći svog prava da im sudi nepristrani sudac - odredbe o izuzeću su prisilne naravi.<sup>96</sup> Na to upućuju oficijelna dužnost suca da se izuzme kad sazna da postoji koji od razloga za njegovo izuzeće, odnosno, ako se prihvati stajalište koje se glede toga ovdje zastupa, dužnost predsjednika suda da *ex officio* izuzme suca kad sazna da za to postoje razlozi (v. *infra ad* 3.4.). Na to upućuje i izložena mogućnost pobijanja odluke suda zbog povrede pravila o izuzeću zbog apsolutnih razloga za izuzeće, ali, uz određena ograničenja, i zbog relativnih razloga za izuzeće.

### 3.3.2. Pretpostavke dopuštenosti zahtjeva za izuzeće

Da bi zahtjev za izuzeće bio dopušten, moraju, najprije, biti ispunjene tzv. opće pozitivne procesne pretpostavke o kojima u načelu ovisi dopuštenost svakog zahtjeva stranaka u postupku, odnosno ne bi smjele postojati takve negativne pretpostavke.<sup>97</sup> U tom smislu zahtjev za izuzeće mora, uz ostalo, ispunjavati i opće zahtjeve koji su propisani u pogledu forme i sadržaja parničnih radnji stranaka (čl. 14.), odnosno podnesaka u postupku (čl. 106.-109.).

Dopuštenost zahtjeva za izuzeće uvjetovana je i ispunjenjem nekih posebnih procesnih pretpostavaka. Nije, naime, dopušten zahtjev za izuzeće: (1) kojim se uopćeno traži izuzeće svih sudaca nekoga suda ili svih sudaca koji bi mogli suditi u nekom predmetu ili (2) o kojem je već odlučeno, odnosno (3) u kojem nije naveden obrazloženi razlog zbog kojeg se traži izuzeće (čl. 73/2.). O pravovremenosti zahtjeva kao pretpostavke o kojoj ovisi njegova dopuštenost v. *infra ad* 3.3.7.

95 Treba uzeti da je zakonodavnom intervencijom (ZIDZPP 03), kojom je apsolutno bitnoj povredi pravila o izuzeću sudaca iz članka 354. stavka 2. točke 1. ZPP oduzeto značenje povrede na koju drugostupanjski sud u povodu žalbe pazi po službenoj dužnosti (*arg. ex* čl. 365/2.), učinjen korak natrag u zakonskoj impostaciji instituta izuzeća, da ta intervencija nije bila u skladu s općim značenjem toga instituta u kontekstu ustavnih normi koje neovisnost i nepristranost sudova i pravično suđenje određuju kao temeljna načela postupovnopopravnog sustava - ne samo u interesu stranaka, već i u javnom interesu.

96 Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 227.

97 O procesnim pretpostavkama usp. Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 28 i slj.

### 3.3.3. Osobe koje mogu tražiti izuzeće

Izuzeće mogu tražiti stranke,<sup>98</sup> ali i njihovi umješači<sup>99</sup> (*arg. ex* čl. 208.), a njihovi zastupnici samo u ime zastupanih stranaka odnosno umješača. Jedinstveni suparničari mogu tražiti izuzeće ako pretpostavke za to budu ispunjene u odnosu na makar jednoga od njih zato što se oni smatraju jednom parničnom strankom (*arg. ex* čl. 101.). Obični suparničari ne mogu tražiti izuzeće zbog razloga koji se tiču drugih takvih suparničara. Njihov je pravni položaj u parnici u načelu samostalan i zbog toga njihove radnje ili propuštanja niti koriste niti štete drugim suparničarima (čl. 200.).

### 3.3.4. Osobe čije se izuzeće može tražiti

Stranke mogu tražiti izuzeće samo suca (i predsjednika suda kao suca) koji sudjeluje u određenom postupku, odnosno predsjednika suda koji o zahtjevu za izuzeće treba odlučiti (čl. 73/1.)<sup>100</sup> - neovisno o tome obavljaju li svoju funkciju u nižem ili višem sudu (*arg. ex* čl. 73/6., 7.). Nije, međutim, dopušten zahtjev za izuzeće kojim se uopćeno traži izuzeće svih sudaca nekoga suda ili svih sudaca koji bi mogli suditi u nekom predmetu (čl. 73/2.1.). Kad sudi vijeće, može se tražiti izuzeće samo poimenično određenih članova vijeća, svakako uz navođenje razloga za izuzeće koji se posebno tiču svakog od njih. Tek nakon što ishodi izuzeće određenog suca i nakon što predmet bude povjeren u rad drugom sucu, stranka može tražiti izuzeće tog drugog suca.

Zahtjev za izuzeće sudaca višeg suda koji trebaju odlučiti u povodu pravnog lijeka bilo bi moguće i anticipirano eventualno, postaviti (*v. infra ad* 3.3.7.2.).

### 3.3.5. Ponovno postavljanje zahtjeva o kojemu je odlučeno

Nije dopušten zahtjev za izuzeće o kojemu je odlučeno (čl. 73/2.2.).

Zahtjev za izuzeće o kojemu je odlučeno bio bi zahtjev koji bi se ticao određenog suca (predsjednika suda) i razloga zbog kojega bi njegovo izuzeće bilo zatraženo, ali i stranke koja je izuzeće zatražila. U tom bi smislu trebao postojati bitni subjektivni i objektivni identitet zahtjeva o kojemu je odlučeno i novog zahtjeva. Upravo stoga, ako bi zahtjev jednog od običnih suparničara bio odbijen, novi bi zahtjev zbog istog razloga mogao podnijeti drugi takav suparničar - između tih zahtjeva ne bi postojao subjektivni identitet jer je pravni položaj svakog od običnog suparničara samostalan (čl. 200.).

Okolnost da je odbijen zahtjev za izuzeće jednog suca zbog određenog razloga ne bi priječila da se zbog istovrsnog razloga zatraži izuzeće suca koji bi predmet

98 Garašić, J., op. cit., str. 1209-1210 ističe da izuzeće može zahtijevati i stranka koja smatra da sudac neobjektivno vodi postupak njoj u korist, naglašavajući, između ostalog, da će stranka koja je u pravu u pravilu htjeti da postupak u kojem će uspjeti bude provede na zakonit i *fair* način.

99 Tako Garašić, J., op. cit., str. 1209 i Jelčić, O., op. cit., str. 99.

100 Garašić, J., op. cit., str. 1211 ističe da zahtjev za izuzeće u kojemu ne bi bilo navedeno ime suca čije se izuzeće traži ne bi trebalo odbaciti ako bi bila riječ o sucu pojedincu ili sucu koji je na drugi način odrediv.



preuzeo umjesto njega. Ni u ovom slučaju ne bi postojao subjektivni, ali ni objektivni identitet zahtjeva.

Objektivni identitet zahtjeva o kojemu je odlučeno i novog zahtjeva određivao bi se s obzirom na razlog zbog kojega su ti zahtjevi postavljeni, zapravo s obzirom na činjenice koje bi određivale identitet tog zahtjeva.

Neovisno o rečenom, trebalo bi, međutim, *praeter legem*, prihvatiti stajalište da bi ponovno postavljanje zahtjeva bilo dopušteno i kad bi u prilog tome govorile nove činjenice i novi dokazi, analogno kao kad se zbog njih može tražiti ponavljanje postupka (čl. 421/1.10., 422.). Naime, ako bi stranka tijekom postupka stekla mogućnost iznijeti nove činjenice i predložiti nove dokaze radi supstanciranja razloga za izuzeće na kojemu se temeljio prethodni zahtjev, trebalo bi uzeti da bi se i u tom slučaju radilo o novom zahtjevu i da bi on bio dopušten. Izloženo tumačenje pojma novi zahtjev svoje bi uporište moglo pronaći u potrebi da se već *de lege lata* osigurati ostvarenje prava na nezavisnog suca kao ljudskog procesnog prava, ali i u okolnosti da se zbog novota ne može tražiti ponavljanje incidentalnog postupka za izuzeće.

Okolnost da je u povodu zahtjeva zbog određenog razloga za izuzeće odlučeno trebala bi priječiti i da se zbog tog razloga inicira postupak za izuzeće *ex officio*. Ipak, to ne bi priječilo da se zbog postojanja tog razloga u pravnom lijeku protiv konačne odluke pobija i odluka kojom je odbijen zahtjev za izuzeće (čl. 74/5., 378., 400.).

### 3.3.6. Neobrazloženi zahtjev

Nije dopušten zahtjev za izuzeće u kojem nije naveden obrazloženi razlog zbog kojeg se traži izuzeće - neovisno o tome radi li se o apsolutnom ili relativnom razlogu (čl. 73/2.3.). Zato ne bi bilo dovoljno općenito uputiti na članak Zakona u kojemu su utvrđeni razlozi za izuzeće ili se samo uopćeno pozvati na neki od razloga koji su sadržani u toj članku. Zahtjev bi u pogledu razloga zbog kojega se izuzeće traži morao činjenično biti tako supstanciran da bi se na temelju navoda koje sadrži, uz pretpostavku da su istiniti, moglo određeno utvrditi zbog kojeg se apsolutnog ili relativnog razloga ono traži (hipotetska konkluzivnost zahtjeva). Dokazi kojima bi zahtjev bio potkrijepljen ne moraju biti likvidni - bilo bi dostatno da budu navedeni i da se njihovim izvođenjem može provjeriti istinitost činjeničnih navoda na kojima se zahtjev temelji.

Treba uzeti da u odnosu na zahtjev za izuzeće ne bi bilo mjesta primjeni odredaba o ispravljanju i dopuni podnesaka (čl. 109.) - zbog mogućih zloporaba instituta i dilatornih učinaka podnesenog zahtjeva, ali i zato što stranka može u slučaju odbacivanja zahtjeva za izuzeće može podnijeti novi dopunjeni i ispravljeni zahtjev.<sup>101</sup>

Suđeno je da treba smatrati obrazloženim zahtjev za izuzeće koji je postavljen zato što sutkinja (i istodobno predsjednica suda) (navodno) ima dionice tuženika, zbog čega ima interes da on uspije u sporu.<sup>102</sup>

101 U tom smislu i Garašić, J., op. cit., str. 1212.

102 ŽS RI: Gž-195/2010-3.

### 3.3.7. Moment do kojega se zahtjev može podnijeti

#### 3.3.7.1. Zahtjev za izuzeće suca prvostupanjskog suda

Stranka je dužna podnijeti zahtjev za izuzeće suca (prvostupanjskog suda) čim sazna da postoji razlog za izuzeće, a najkasnije do završetka rasprave pred prvostupanjskim sudom, odnosno ako nije bilo rasprave, do donošenja odluke<sup>103</sup> - neovisno o tome je li riječ o apsolutnom ili relativnom razlogu za izuzeće (čl. 73/6.).<sup>104</sup>

Izraz „čim sazna“ u navedenoj odredbi treba shvatiti u smislu “bez odgode”, čim podnositelj bude mogao podnijeti zahtjev za izuzeće nakon što je saznao za postojanje razloga za njegovo isticanje.

Treba uzeti da su navedena vremenska ograničenja prekluzivna jer bi zahtjev koji bi bio podnesen nakon njihova isteka trebalo smatrati nedopuštenim.<sup>105</sup> To svakako vrijedi i za apsolutne razloge za izuzeće, s time da se, ipak, nakon isteka mogućnosti da zbog tih razloga izravno traži izuzeće, stranka može posredno pozivati na njihovo postojanje u žalbi (čl. 354/2.1.), redovnoj reviziji (čl. 385/1.1.) i prijedlogu za ponavljanje postupka (čl. 421/1.1.), i to zato što okolnost da je u donošenju odluke sudjelovao sudac koji je apsolutno izuzet ima značenje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka (čl. 354/2.1.). Ona bi svakako svojim naknadnim denuncijacijama o postojanju nekog od takvih razloga mogla potaknuti suca da *ex officio* inicira postupak svoga izuzeća, odnosno predsjednika suda da tako postupi.

Nakon završetka rasprave pred prvostupanjskim sudom, odnosno donošenja prvostupanjske odluke stranka, doslovno po Zakonu, ne može tražiti izuzeće prvostupanjskog suca. Ipak, neovisno o toj izričitoj odredbi, treba uzeti da njome nije stranci oduzeto pravo da traži izuzeće suca u postupku objave i dostave donesene odluke (čl. 335.), odnosno u postupku u povodu pravnih lijekova koji bi mogli biti podneseni (čl. 360., 361.). Sudac koga treba izuzeti ne bi smio poduzimati radnje ni u tim stadijima postupka. Tome u prilog govori i to da sam sudac može nakon naznačenih momenata zatražiti svoje izuzeće (v. *supra ad* 3.2.), odnosno da predsjednik suda može pokrenuti po službenoj dužnosti postupak za njegovo izuzeće (v. *infra ad* 3.4.).

103 U doktrini (Jelčić, O., op. cit., str. 100) se kao takve odluke navode presuda zbog ogluhe i presuda bez održavanja rasprave. Značenje takve odluke može, međutim, imati i rješenje kojim se tužba odbacuje te druga rješenja kojima se postupak okončava bez prethodnog održavanja rasprave.

104 U domaćoj doktrini (Triva, S., Dika, M., GPPP, str. 228-229) iznesen je stav da se ograničenja o kojima je riječ odnose samo na tzv. relativne razloge za izuzeće. Ipak, navedena odredba članka 73. stavka 6., ne distingvirajući između pojedinih kategorija razloga za izuzeće, govorila bi protiv tog stava. Tako i Garašić, J., op. cit., str. 1213-1214, 1231 i slj., koja iznosi za to uvjerljive argumente, uz ostalo, pozivajući se i na potrebu sprečavanja zloupotrebe procesnih ovlaštenja (9.), ali i na to da prekluzija prava na traženja izuzeća ne dovodi i do gubitka prava na nepristranog suca, i to zato što stranke mogu potaknuti suca da sam inicira svoje izuzeće, ali i zato što imaju pravo - uz određena ograničenja - pobijati odluku zbog povrede tog prava.

105 O tome da istek navedenih ograničenja ne bi bio prekluzivan usp. za uređenje prema ZPP 56. Zuglia, S., GPP, str. 136, bilj. 1., a za uređenje prema ZPP-u 1976., nakon Novele iz 2003., Jelčić, O., op. cit., str. 100.

### 3.3.7.2. Zahtjev za izuzeće suca višeg suda

Doslovno po Zakonu, stranka može staviti zahtjev za izuzeće suca višeg suda u pravnom lijeku ili odgovoru na taj lijek (čl. 73/7.). Ovom se zakonskom rješenju može uputiti više prigovora, uključujući i onaj o njegovoj neustavnosti jer se njime bitno ograničava ostvarivanje prava na nepristranog suca u postupku pred višim sudovima. Naime, u vrijeme podnošenja devolutivnog pravnog lijeka stranka ne može unaprijed znati koji će sudac pojedinac višeg suda odnosno u kojem će sastavu vijeće tog suda odlučivati o tom lijeku, a, nakon što je uvedena algoritamska distribucija predmeta u povodu žalbi pojedinim županijskim sudovima u nekim vrstama sporova (čl. 4., 5. ZPSS),<sup>106</sup> koji će to sud uopće biti. Čak i kad bi o žalbi trebao odlučivati županijski sud na čijem se području nalazi općinski sud čija se odluka pobija žalbom, stranka bi mogla zatražiti samo izuzeće nekog od sudaca tog suda za koga ne bi mogla unaprijed znati hoće li sudjelovati u postupku u povodu žalbe, dakle prije nego što predmet bude dodijeljen u rad odgovarajućem tijelu višeg suda (anticipirani eventualni zahtjev). To, međutim, ne bi bilo u skladu s općom odredbom o izuzeću prema kojoj stranke mogu tražiti izuzeće samo suca koji sudjeluje u određenom postupku, odnosno predsjednika suda koji o zahtjevu za izuzeće treba odlučiti (čl. 73/1.). Neovisno o navedenom ograničenju, da bi stranka mogla zatražiti izuzeće određenog suca višeg suda već u pravnom lijeku, morala bi u to vrijeme znati koji su suci suci tog suda, što bi od nje zahtijevalo dodatni angažman u pribavljanju tih podataka. Budući da se sastav sudaca višeg suda, ali i vijeća kojem će predmet biti dodijeljen u rad može vremenom mijenjati, npr. zbog odlaska nekih sudaca sa suda ili uslijed imenovanja novih sudaca, u vrijeme podnošenja pravnog lijeka stranka ne bi mogla zatražiti izuzeće suca koji će tek naknadno postati sucem tog suda. *De lege lata*, ona to ne bi mogla učiniti ni kad bi na sjednici vijeća (čl. 362/2.) ili na raspravi pred drugostupanjskim sudom (čl. 366.a) utvrdila da u suđenju sudjeluje sudac čije bi izuzeće trebalo zatražiti. Za «probijanje» ovog ograničenja bio bi potreban odgovarajući iskorak sudske prakse, koja bi osnovu za to mogla naći u potrebi da se osigura efikasno ostvarenje prava stranke na neovisnog suca (čl. 29/1. URH). *De lege ferenda*, trebalo bi, svakako, intervenirati u važeće uređenje izuzeća sudaca viših sudova kako bi se otklonili naznačeni nedostaci.

Valjalo bi razmisliti i o uvođenju pravila po kojemu bi se stranke obavještavale o sastavu vijeća višeg suda ili o sucu pojedincu toga suda kojemu je njihov predmet dodijeljen u rad i dopustiti im da nakon toga zatraže izuzeće. Njima bi trebalo priznati pravo i da na sjednici vijeća višeg suda odnosno na raspravi pred tim sudom zatraže izuzeće kojeg od članova vijeća ili suca pojedinca - ako im prije toga ne bi bila pružena mogućnost da to učine.<sup>107</sup> Ono što je rečeno za viši sud vrijedilo bi, *mutatis mudantis*, i za Vrhovni sud kao revizijski.

Neovisno o izloženom, nepravovremena denuncijacija stranke o postojanju razloga za izuzeće mogla bi potaknuti suca na koga bi se ona odnosila ili predsjednika njegovog suda (v. *infra ad* 3.4.) da *ex officio* iniciraju postupak za izuzeće.

<sup>106</sup> ZPSS: Zakon o područjima i sjedištima sudova, NN 67/18.

<sup>107</sup> Zanimljivo je da je još Zuglia, S., GPP, str. 137, zastupao stav da se zahtjev za izuzeće suca višeg suda prema ZPP-u iz 1956. mogao podnijeti sve do odluke višeg suda u povodu pravnog lijeka, odnosno do zaključenja usmene rasprave ako bi ona bila određena.

Ono što je rečeno o vremenskim granicama za postavljanje zahtjeva za izuzeće suca vrijedilo bi i za postavljanje zahtjeva za izuzeće predsjednika suda koji bi trebao odlučiti o zahtjevu za izuzeće suca. Stranka bi zahtjev za izuzeće predsjednika suda mogla postaviti već u zahtjevu kojim bi zatražila izuzeće suca, ali i naknadno, ako bi o razlogu za njegovo izuzeće saznala nakon toga.

### **3.4. O ovlaštenju predsjednika suda da *ex officio* pokrene postupak za izuzeće suca**

U Zakonu nije izrijeком utvrđeno ovlaštenje (i dužnost) predsjednika suda da *ex officio* pokrene postupak za izuzeće suca. Međutim, iz odredbe prema kojoj je sudac koji je saznao za postojanje razloga koji bi opravdavali njegovo izuzeće dužan po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za izuzeće (čl. 72/1.) te iz odredbe po kojoj o izuzeću odlučuje predsjednik suda - valjalo bi izvesti stav da bi i predsjednik suda bio dužan *ex officio* pokrenuti postupak za izuzeće suca ako bi saznao za okolnosti koje bi indicirale postojanje razloga koji bi to opravdavali. Takav bi stav bio u skladu s ustavno-konvencijskim postulatом da suđenje smiju obavljati samo neovisni i nepristrani suci (*arg. ex* čl. 29/1., 118/2. URH, 6/1. EK). Bilo bi, naime, protivno tom postulatu stajalište prema kojemu predsjednik suda, koji bi saznao za okolnosti koje bi ozbiljno indicirale postojanje nekog od razloga za izuzeće, ne bi smio ništa poduzeti radi provjere osnovanosti tih sumnji – samo zato što postupak ne bi pokrenula na to izrijeком ovlaštena osoba.

I u slučajevima u kojima bi sam sudac odnosno stranka pokrenuli incidentalni postupak za izuzeće, predsjednik bi suda bio ovlašten po službenoj dužnosti odrediti pribavljanje i izvođenje dokaza za koje bi ocijenio da su važni, odnosno odrediti provedbu drugih izviđaja (*arg. ex* čl. 7/2., 74/4., 153/6.).

### **3.5. Više inicijativa za pokretanje postupka za izuzeće**

Ako bi postupak za izuzeće suca pokrenuli i sudac i stranka, bilo bi potrebno da obje te inicijative ispunjavaju formalne i sadržajne zahtjeve propisane za njihovo poduzimanje i u povodu svake od njih odlučiti, eventualno istom odlukom.

### **3.6. O odbacivanju nedopuštenih zahtjeva**

Nedopuštene zahtjeve (čl. 73/2.) dužan je odbaciti sudac pojedinac ili predsjednik vijeća pred kojim teče postupak u povodu kojeg je izuzeće zatraženo (čl. 73/3.), i to rješenjem protiv kojega posebna žalba nije dopuštena (čl. 73/4.). Kontrola pravilnosti odluke o odbacivanju ostvaruje se u povodu pravnih lijekova protiv konačne odluke (čl. 378/2.) - u mjeri u kojoj pogrešna odluka o izuzeću može utjecati na zakonitost i pravilnost te odluke.

#### 4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Na temelju prethodno izložene analize dvaju segmenata instituta izuzeća sudaca - razloga za izuzeće i inicijative za pokretanje incidentalnog postupka za izuzeće, bilo bi moguće izvesti, uz ostalo, sljedeće zaključne konstatacije.

Podjela razloga za izuzeće na tzv. apsolutne i tzv. relativne razloge za izuzeće odgovara pravnoj tradiciji hrvatskog građanskog procesnog prava i njegovoj pripadnosti srednjoeuropskom procesnopravnoj kulturi i trebalo bi je, svakako, zadržati.

Postojeća lista apsolutnih razloga za izuzeće u grubome odgovara hrvatskoj i srednje europskoj pravnoj tradiciji. Nju bi, međutim, valjalo višestruko preispitati. restrukturirati i reartikulirati. Najprije, trebalo bi, polazeći od jasnih kriterija za određenje pojedinih od tih razloga, intervenirati u odredbe koje ih utvrđuju i neke od tih razloga izdvojiti u posebne točke te liste, npr. iz liste razloga navedenih u točki 1. članka 71. ZPP-a izdvojiti kao razloge za izuzeće okolnost da je sudac u istom predmetu saslušan kao svjedok ili vještak. Zatim, trebalo bi pojedine od tih odredaba tako preredigirati da se izbjegnu moguće interferencije razloga koje utvrđuju, npr. odredbe točke 1. i 2. članka 71. ZPP-a kad se tiču suca kao zastupnika stranke koji u njoj (kod nje) radi. Dalje, bilo bi nužno domašaj nekih odredaba proširiti tako da obuhvaćaju i situacije koje nisu bile aktualne u vrijeme kad su redigirane. To osobito vrijedi za srodničke odnose kao razlog za izuzeće po osnovi izvanbračne zajednice, ali i neformalne i formalne istospolne zajednice. Započeto terminološko usklađivanje odredaba koje utvrđuju pojedine apsolutne razloge za izuzeće s nazivljem koje je prihvaćeno u zakonima koji uređuju obiteljskopravne, trgovačkopravne i druge odnose trebalo bi nastaviti pa i dovršiti. Svakako bi bilo ne samo korisno već i potrebno, slijedeći u tome rješenja prihvaćena u nekim drugim postjugoslavenskim i srednjeeuropskim državama, proširiti listu apsolutnih razloga za izuzeće i s nekim drugim vezama suca sa strankama i predmetom spora, npr. s članstvom itd. u nekim trgovačkim društvima, itd. Domašaj odredaba koje se tiču odnosa suca sa strankama, njihovim zastupnicima i srodnicima, trebalo bi na odgovarajući način proširiti i na njegove odnose s umješačem, njegovim zastupnicima i srodnicima. To bi vrijedilo i za odnose suca kao umješača prema predmetu spora.

Kad je riječ o inicijativi za pokretanje incidentalnog postupka za izuzeće, trebalo bi izrijekom napustiti mogućnost "samoizuzimanja" sudaca (i predsjednika suda) zbog apsolutnih razloga za izuzeće, i za slučajeve u kojima bi suci sami inicirali svoje izuzeće predvidjeti dužnost predsjednika suda (odnosno predsjednika višeg suda, ako bi svoje izuzeće inicirao predsjednik nižeg suda) da omogućiti strankama da se o tome izjasne i da tek nakon toga, ako utvrdi postojanje razloga za izuzeće (na potrebnoj razini utvrđenosti), o tome odluči. Mogućnost "samoizuzeća" suca protivno je pravu stranaka na zakonskog suca, ali i postupovnom postulatu da sve oficijelne inicijative tijekom postupka trebaju biti kontrolabilne; ta mogućnost, naime, dovodi u pitanje i ostvarivanje prava stranaka na izjašnjenje o svim pitanjima koja se tiču provedbe postupka, prava na pravično suđenje. U načelu bi za sve razloge za izuzeće, kako apsolutne tako i relativne - trebao vrijediti istovrsni postupovni režim, neovisno o tome od koga je inicijativa potekla - suca ili stranaka. Valjalo bi i eksplicitno utvrditi pravo predsjednika suda da po službenoj dužnosti inicira izuzeće sudaca.

## LITERATURA

*Knjige i članci:*

1. Čizmić, Jozo, Izuzeće suca zbog relativnih razloga s osvrtno na praksu Općinskog suda u Splitu, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 28, 1-2/1991., str. 249-256.
2. Dika, Mihajlo, Građansko parnično pravo, Utvrđivanje činjenica, VII. knj., Zagreb, Narodne novine, 2018.
3. Fasching, Hans Walter, Zivilprozeßrecht, 2. izd., Mainz 1990. (cit. ZPR).
4. Filozofijski rječnik, ur. Vladimir Filipović, Zagreb, Matica hrvatska, 1984.
5. Garašić, Jasnica, Institut izuzeća sudaca i novela Zakona o parničnom postupku 2003., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 53, 6/2003., str. 1189-1256.
6. Holzhammer, Richard, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. izd., Wien, New York, Springer, 1976. (cit. ÖZPR).
7. Jelčić, Olga, Izuzeće, u zborniku radova Novine u parničnom postupku, 2003.
8. Juhart, Jože, Civilno procesno pravo FLRJ, Ljubljana, Univerzitetna založba, 1961. (cit. CPP).
9. Poznić, Borivoj, Rakić-Vodinić, Vesna, Građansko procesno pravo, Beograd, Pravni fakultet, Službeni glasnik, (cit. GPP).
10. Rechberger, Walter H., Simotta, Daphne-Ariane, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 9. izd., Wien, MANZ, 2017. (cit. ZPR).
11. Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz, Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 17. izd., C. H. Beck, 2009. (cit. ZPR).
12. Triva, Siniša, Belajec, Velimir, Dika, Mihajlo, Građansko procesno parnično pravo, 6. izd., Zagreb, Pravni fakultet, 1986. (cit. GPPP)
13. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, VII. izd., Zagreb, Pravni fakultet, 2004. (cit. GPPP)
14. Ude, Lojze, Galič, Aleš, Pravdni postopek, Zakon s komentarjem, 1., Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2005. (cit. PP ZK).
15. Zuglia, Srećko, Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb, Školska knjiga, 1957., (cit. GPP).

*Pravni propisi:*

1. Konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, NN MU proć. 6/99, 1/06, 2/10).
2. Obiteljski zakon, NN 103/15.
3. Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
4. Zakon o mirenju, NN 18/11.
5. Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77 - 31/91, NN 53/91., 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 25/13, 89/14.
6. Zakon o sudovima, NN 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18.
7. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN 92/14.

*Sudska praksa:*

1. OS ZG: Gž-3452/81 - NZp 19/74 -134.
2. OS Zgb: Gž-3452/81 – PSP 19/189..
3. Su-IV-432/12 (5/18, 4.10.2018.)
4. Vrhovni sud Republike Slovenije: VIII Ips 93/2002 od 22.4.203.
5. VS Srb: Su-171/74, JJ KP 105.
6. VS: Rev-2540/86 – Pregled sudske prakse /cit. PSP/ 35/144.
7. VSJ: Rev-70/72
8. VSRH: R-1675//90 - PSP 51/182.
9. VSRH: R-2290/90 - PSP 50/127

10. VSRH: Rev-1104/99 - Izbor odluka VSRH /cit.: IO/ 1994/280.
11. VSRH: Revr 1701/15-2
12. VSRH: Su-IV-432/12.
13. VSRSl: II Ips-281/2002
14. ŽS RI: Gž-195/2010-3.
15. ŽS RI: Gž-3428/2015-11.
16. ŽS ST: Gžo-329/2012.

**Mihajlo Dika\***

Summary

## **ON THE REASONS FOR EXEMPTION AND THE MOTION FOR INCIDENTAL EXEMPTION PROCEDURE**

The paper analyses two segments of the institute of disqualification of judges in civil proceedings - the reasons for initiating the incidental disqualification procedure and the issue of an initiative to initiate this procedure. The reasons for the exemption are examined and explained by taking into consideration whether they have the meaning of the so-called absolute or relative reasons for the disqualification. When it comes to the so-called absolute reasons, whose list is exhaustively determined by law, the provisions that regulate certain groups of these reasons, the manner of their determination, the relationship between each other and the structure are reviewed. In connection with the so-called relative reasons, an attempt is made to determine the content and scope of the general clause according to which any circumstance which questions the impartiality of a judge is a reason for disqualification. Furthermore, the paper also addresses subjective and objective circumstances which according to (domestic and comparative) case law and doctrine, could constitute such reason, that is, those that were found not to contain it. The complex of problems concerning the initiative for the initiation of an incidental disqualification procedure is investigated by taking into account whether this procedure is initiated by an *ex officio* action of the judge, the president of the court as a judge or the president of the court as the body authorized to decide on the disqualification or upon the request of the party. In addition, the type of reason why these initiatives are undertaken is also considered. By interpreting the relatively obsolete, insufficiently determined and mutually uncoordinated norms regulating this problem, the paper offers solutions, which would harmonize these norms with the rights of the parties to an independent and impartial tribunal and a fair trial, hence, rights guaranteed by the Constitution and the Convention. In conclusion, certain solutions are proposed that would improve the normative basis and the application of this institute.

**Keywords:** *disqualification; absolute reasons; relative reasons; de lege ferenda recommendations.*



Zusammenfassung

## ÜBER DIE GRÜNDE DER RICHTERABLEHNUNG UND DIE EINLEITUNG DES ZWISCHENVERFAHRENS FÜR RICHTERABLEHNUNG

Der Beitrag analysiert zwei Segmente der Richterablehnung im Zivilprozess – die Gründe für die Einleitung des Zwischenverfahrens für Richterablehnung und die Frage der Initiative für die Einleitung dieses Verfahrens. Die Ablehnungsgründe werden erläutert, indem man in Betracht zieht, ob sie die sog. absoluten oder relativen Gründe für Richterablehnung darstellen. Bei den absoluten Gründen, deren Liste im Gesetz erschöpfend bestimmt ist, prüft man die Bestimmungen, die einzelne Gruppen dieser Gründe, die Art deren Bestimmung, die Beziehung der Gründe untereinander und ihre Struktur regulieren. Bei den relativen Gründen versucht man, den Inhalt und den Anwendungsbereich der allgemeinen Klausel zu bestimmen, laut welcher jeder Umstand, der die Unbefangenheit der Richter in Frage stellt, ein Grund für Richterablehnung ist. Anschließend erklärt man die subjektiven und objektiven Gründe, die der (heimischen oder rechtsvergleichenden) Rechtsprechung und Doktrin nach als relative Gründe galten, gelten konnten oder nicht galten. Die Initiative für die Einleitung des Zwischenverfahrens für Richterablehnung wird andererseits erklärt, indem man in Betracht zieht, ob das Verfahren durch eine von Amts wegen vorgenommene Handlung des Richters, des Gerichtsvorsitzenden als Richters oder des Gerichtsvorsitzenden als der für das Entscheiden über Richterablehnung zuständigen Körperschaft oder auf Antrag einer Partei eingeleitet wird. Ebenfalls wird die Art des Grundes für diese Initiative berücksichtigt. Dabei versucht man durch die Auslegung relativ veralteter, ungenügend festgelegter und nicht aneinander angepasster Normen, die diesen Problemkomplex regeln, die Lösungen *de lege lata* anzubieten, durch welche diese Normen an die durch die Verfassung und Konvention gewährleisteten Rechte der Parteien auf ein unabhängiges und unbefangenes Gericht, auf einen gesetzlichen Richter und auf ein faires Verfahren angepasst würden. Abschließend werden einige Lösungen vorgeschlagen, durch welche man schon *de lege lata* aber auch *de iure condendo* die normative Grundlage und die Anwendung genannter Segmente dieser Institute verbessern würden.

**Schlüsselwörter:** *Richterablehnung; absolute Gründe; relative Gründe; de lege ferenda Empfehlungen.*

## Riassunto

**DELLE CAUSE DI ESONERO E DELL'ATTIVAZIONE DEL  
PROCEDIMENTO INCIDENTALE DI ESONERO**

Nel lavoro di analizzano due segmenti dell'istituto dell'esonero del giudice nel processo civile – le cause per le quali si può iniziare un procedimento incidentale di esonero e la questione dell'iniziativa per l'attivazione di tale procedimento. Le cause di esonero di espongono e si disaminano in ragione del fatto se abbiano una valenza di cause di esonero c.d. assolute o relative. Quando si tratta di c.d. cause assolute, cause cioè la cui lista sia tassativamente statuita dalla legge, si disaminano le disposizioni che regolano i singoli gruppi di cause, la modalità della loro determinazione, il loro rapporto reciproco e la struttura. Con riferimento alle c.d. cause relative si tenta di determinarne il contenuto e la portata della clausola generale in base alla quale la valenza della causa di esonero può essere ricompresa in qualsiasi circostanza che può generare un dubbio nell'imparzialità del giudice. Di seguito si espongono a titolo esemplificativo le circostanze soggettive e oggettive che nella prassi domestica e comparata, come anche nella dottrina, risultano o potrebbero risultare in dette cause e allo stesso modo quelle che le escludono. S'indaga sulla complessa questione dell'iniziativa per l'attivazione del ricorso incidentale di esonero in considerazione del fatto se il procedimento venga attivato mediante un'attività ufficiale del giudice, del presidente del tribunale, nella veste di giudice, o del presidente del tribunale nella veste di organo deputato a decidere dell'esonero, oppure su richiesta della parte, come pure in base al tipo di causa per la quale l'iniziativa viene intrapresa. Inoltre, attraverso l'interpretazione delle norme che disciplinano la questione, le quali sono relativamente datate, non sufficientemente determinate né mutuamente armonizzate si tenta di offrire già *de lege lata* delle soluzioni con le quali queste si potrebbero conformare ai diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti alle parti ad una giustizia indipendente ed imparziale, ad un giudice legale ed a un giusto processo. In conclusione si propongono determinate soluzioni con le quali già *de lege lata*, ma *de iure condendo* si migliorerebbe il fondamento normativo e l'applicazione di determinati segmenti dell'istituto.

**Parole chiave:** *esonero; cause assolute; cause relative; raccomandazioni de lege ferenda.*

## IZAZOVI PRUŽANJA USLUGA NA DIGITALNOM TRŽIŠTU EU-A – USLUGE INFORMACIJSKOG DRUŠTVA I „POZADINSKE“ USLUGE

Prof. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat\*  
Doc. dr. sc. Adrijana Martinović\*\*

UDK: 339.923:061.1](4)EU  
004:061.1](4)EU  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.2>  
Ur.: 29. siječnja 2019.  
Pr.: 26. veljače 2019.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Pružanje usluga putem internetskih platformi u ekonomiji suradnje realnost je digitalnog tržišta. Razvijaju se novi poslovni modeli, koji dovode u pitanje postojeće zakonodavstvo namijenjeno prvenstveno „tradicionalnom“ ili „analognom“ pružanju usluga te izazivaju čitav niz prijevora u praksi u različitim pravnim područjima, od radnog prava do prava tržišnog natjecanja. Ovaj poslovni model temelji se na triangularnom odnosu između internetske platforme, pružatelja i primatelja usluge. Iako internetska platforma pruža specifičan oblik digitalne usluge koja odgovara definiciji „usluge informacijskog društva“ u skladu s relevantnim sekundarnim pravom Unije, u sudskoj praksi Suda EU-a ta je usluga podređena pravnom režimu primjenjivom na „pozadinsku“ (materijalnu) uslugu koju pružatelj usluge pruža primatelju usluge, ako platforma ima „odlučujući utjecaj“ na pružanje usluge te ako bez pozadinske usluge ne bi bilo ni digitalne usluge. U radu će se kritički analizirati postojeći pravni okvir i recentna sudska praksa Suda EU-a te iznijeti prijedlozi mogućih alternativnih rješenja koja ne koče inovacije i razvoj digitalnih tehnologija i usluga.*

**Ključne riječi:** *internetske platforme; sloboda pružanja usluga; jedinstveno digitalno tržište; usluge informacijskog društva; „pozadinska“ usluga.*

\* Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, redovita profesorica u trajnom zvanju, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet.

\*\* Dr. sc. Adrijana Martinović, docentica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; [adrijana@pravri.hr](mailto:adrijana@pravri.hr). Ovaj je rad izrađen u okviru projekta „Pravni aspekti digitalne transformacije društva“, kojeg financira Sveučilište u Rijeci, uniri-drustv-18-252.

## 1. UVOD

Ubrzani razvoj digitalnih tehnologija i novih poslovnih modela koji se na njima temelje omogućuju razvoj i pružanje specifičnih vrsta usluga te nameću preispitivanje tradicionalno dvostranog odnosa između pružatelja i primatelja usluge.

Ovdje se ne bavimo tradicionalnim prekograničnim uslugama, poput dostave paketa niti inovativnim digitalnim uslugama omogućenih razvojem informacijsko-komunikacijske tehnologije poput računalstva u oblaku (*cloud computing*), velikih nizova podataka (*Big Data*) ili internet stvari (*Internet of Things*). Fokus ovog rada su usluge internetskih platformi u ekonomiji suradnje, odnosno dijeljenja.

Sloboda pružanja usluga podrazumijeva zabranu ograničenja u državama članicama. Članak 56. Ugovora o funkcioniranju Europske unije smjera otvaranju tržišta usluga u svim državama članicama pružateljima usluga s poslovnim nastanom u drugim državama članicama.<sup>1</sup> Pod pojmom usluga podrazumijevaju se usluge koje se uobičajeno pružaju uz naknadu, osobito djelatnosti industrijske, komercijalne ili obrtničke prirode te usluge profesija.<sup>2</sup> Naknada se sastoji od protuvrijednosti za dobivenu uslugu sukladno sporazumu između pružatelja i primatelja usluge.<sup>3</sup> Naknadu ne mora izravno platiti onaj kome je usluga namijenjena.<sup>4</sup>

Za slobodu pružanja usluga karakterističan je prekogranični element i privremeni karakter. Prekogranični element vrlo se široko tumači: dovoljan je i potencijalni utjecaj na mogućnost pružanja usluga od strane pružatelja usluga s nastanom u drugoj državi članici. To znači da se i nacionalni propisi koji se jednako primjenjuju na domaće i strane pružatelje i primatelje usluga mogu smatrati preprekom slobodi pružanja usluga, ako imaju veze s razmjenom između država članica.<sup>5</sup>

Usluge imaju privremeni karakter, koji se ocjenjuje ne samo u svjetlu trajanja

1 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena inačica), SL C 202, 7.6.2016. (dalje u tekstu: UFEU). O razvoju slobode pružanja usluga i sudske prakse v. više u: Enchelmaier, S., *Always at Your Service (Within Limits): The ECJ's Case Law on Article 56 TFEU (2006-2011)*, E.L.Rev. 36/2011, str. 615-650.

2 Čl. 57. st. 1. UFEU.

3 Sud, Predmet 263/86 Belgijiska država protiv René Humbel i Marie-Thérèse Edel (*Humbel*), EU:C:1988:451, t.17; Predmet C-109/92 Stephan Max Wirth protiv Landeshauptstadt Hannover (*Wirth*), EU:C:1993:916, t. 15; Predmet C-355/00 Freskot AE protiv Elliniko Dimosio (*Freskot*), EU:C:2003:298, t. 54 i 55; Predmet C-169/08 Presidente del Consiglio dei Ministri protiv Regione Sardegna, EU:C:2009:709, t. 23.

4 Sud, Predmet 352/85 Bond van Adverteerders i dr. protiv države Nizozemske (*Bond*), EU:C:1988:196, t. 16; Predmet C-422/01 Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) i Ola Ramstedt protiv Riksskatteverket (*Skandia*), EU:C:2003:380, t. 22, 24.

5 U predmetu C-98/14 riječ je bila o mađarskim nacionalnim pravilima o automatima za igre na sreću. Sud je prekogranični element pronašao u činjenici da se jedan dio tužitelja u glavnom postupku sastoji od građana Unije koji su na odmoru u Mađarskoj, kao i u činjenici da „nikako se ne može isključiti da subjekti nastanjeni u državama članicama različitim od Mađarske ne bi bili ili da nisu zainteresirani za otvaranje igraničnica na području Mađarske“. V. predmet C-98/14 Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft i dr. protiv Magyar Állam, EU:C:2015:386, t. 17. Jednako i u spojenim predmetima C-570/07 i C 571/07 (*Blanco Pérez i Chao Gómez*), EU:C:2010:300, t. 40. i C 470/11 SIA „Garkalns” protiv Rīgas Dome, EU:C:2012:505, t. 21.

pružanja usluge, već i njene učestalosti, periodičnosti ili kontinuiranosti.<sup>6</sup> To je činjenično pitanje koje omogućuje i razgraničenje slobode pružanja usluga u odnosu na ostale temeljne gospodarske slobode, osobito slobodu poslovnog nastana.<sup>7</sup>

Sloboda pružanja usluga načelno pokriva tri situacije: aktivnu slobodu pružanja usluga,<sup>8</sup> pasivnu slobodu pružanja usluga<sup>9</sup> i situaciju kada sama usluga prelazi granicu.<sup>10</sup>

Sva su ova tumačenja iz ustaljene sudske prakse Suda važna i danas, kada se javljaju nove vrste usluga pojačane digitalnim tehnologijama. Između ostalog, primjer takvih vrsta usluga su usluge posredovanja putem internetskih platformi u ekonomiji suradnje, odnosno dijeljenja. One služe kao tržište za povezivanje ponude i potražnje i olakšavaju transakcije između pružatelja i primatelja materijalne usluge (npr. vožnje, smještaja, i sl.). Kod ove vrste usluga svi prethodno navedeni elementi koji karakteriziraju pružanje usluga načelno su ispunjeni. Osim toga u zakonodavstvu Europske unije (dalje: EU ili Unije) postoje i posebni propisi koji definiraju takve usluge kao usluge informacijskog društva čija se sloboda kretanja mora jamčiti. Međutim, ove su usluge nužno u interakciji s materijalnom uslugom koja je u pozadini transakcije putem platforme. Tu se onda javlja čitav niz pitanja povezanih s pravnim statusom i režimom primjenjivim na uslugu platforme s obzirom na pitanje je li riječ o samostalnim uslugama ili o nekoj vrsti „hibrida“ elektroničke i neelektroničke usluge.

## **2. INTERNETSKE PLATFORME I JEDINSTVENO DIGITALNO TRŽIŠTE**

Prije nego se analizira pravni okvir i sudska praksa Suda EU-a o ovim pitanjima, bitno je napomenuti kako se prepoznaje važnost internetskih platformi i njihovih aktivnosti na unutarnjem tržištu. Poboljšanje regulatornog okvira i uvjeta za njihovo djelovanje dio je strategije za stvaranje jedinstvenoga digitalnog tržišta EU-a. Polazeći od ubrzane digitalizacije svjetskog gospodarstva i činjenice da su informacijske i komunikacijske tehnologije „temelj svih modernih inovativnih gospodarskih sustava“, Europska komisija je razradila i u svibnju 2015. godine objavila Komunikaciju o Strategiji jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu.<sup>11</sup> Jedinstveno digitalno tržište u

6 Sud, Predmet C-215/01 Bruno Schnitzer, EU:C:2003:662, t. 28.

7 Sud, Predmet C-55/94, Reinhard Gebhard protiv Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (*Gebhard*), EU:C:1995:411, t. 39. Niti jedna odredba ugovora ne određuje na apstraktan način trajanje ili učestalost pružanja usluge preko kojeg se više ne može smatrati da je riječ o slobodi pružanja usluga. V. Predmet C-215/01 Bruno Schnitzer, EU:C:2003:662, t. 31.

8 Tj. kada pružatelj usluge prelazi granicu. To je i izričito predviđeno u čl. 57. st. 3. UFEU: „(...) osoba koja pruža neku uslugu može, u svrhu pružanja te usluge, privremeno obavljati svoju djelatnost u državi članici u kojoj se usluga pruža (...)“.

9 Tj. kada primatelj usluge odlazi u drugu državu. V. npr. Spojene predmete 286/82 i 26/83 Graziana Luisi i Giuseppe Carbone protiv Ministero del Tesoro (*Luisi i Carbone*), EU:C:1984:35; Predmet 186/87 Ian William Cowan protiv Trésor public (*Cowan*), EU:C:1989:47.

10 Kada sama usluga prelazi granicu. V. npr. Predmet C-384/93, Alpine Investments BV protiv Minister van Financiën (*Alpine Investments*), EU:C:1995:126.

11 Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom

osnovi je unutarnje tržište „pojačano“ internetom odnosno digitalnim tehnologijama.<sup>12</sup> Strategija jedinstvenoga digitalnog tržišta počiva na trima stupovima: (i) boljem pristupu potrošača i poduzeća robi i uslugama na internetu u cijeloj Europi, što podrazumijeva uklanjanje ključnih razlika između okruženja na internetu i izvan njega kako bi se uklonile prepreke za prekogranične aktivnosti na internetu; (ii) osiguravanje odgovarajućih ravnopravnih uvjeta za napredne digitalne mreže i inovativne usluge, što zahtijeva prilagodbu regulatornog okvira za telekomunikacije, medije, platforme i posrednike te jačanje sigurnosti digitalnih usluga i uporabe osobnih podataka te (iii) iskorištavanje punog potencijala rasta europskoga digitalnog gospodarstva, što zahtijeva ulaganja u infrastrukturu i informacijsko-komunikacijske tehnologije te istraživanje i inovacije za poticanje konkurentnosti.<sup>13</sup>

Drugim riječima, unutarnje tržište ulazi u digitalno doba što zahtijeva regulatornu intervenciju i stvaranje uvjeta koji će omogućiti iskorištavanje njegovih prednosti europskim građanima, poduzetnicima i gospodarstvu u cjelini.

Procjenjuje se da bi potpuno funkcionalno jedinstveno digitalno tržište moglo pridonijeti rastu europskog BDP-a za 415 milijardi EUR-a.<sup>14</sup> Dokazi upućuju na zaključak kako regulatorna rascjepkanost, ali i nedostatak interoperabilnosti u digitalnom okruženju najviše šteti razvoju e-trgovine (poput neopravdanog uskraćivanja pristupa na temelju lokacije, tzv. *geo-blocking* i *geo-filtering*)<sup>15</sup> te pratećih usluga, poput prekogranične dostave paketa.<sup>16</sup> E-trgovina nije nova pojava, ali na jedinstvenom digitalnom tržištu može dosegnuti svoj puni potencijal putem inovativnih digitalnih alata. Ne samo e-trgovina, već i napredne digitalne mreže i inovativne usluge ostvaruju koristi od internetskih platformi. Internetske platforme kao relativno novi fenomen obuhvaćaju vrlo široki spektar različitih internetskih digitalnih rješenja, od web tražilica i društvenih mreža, preko platformi za e-trgovinu, trgovinu aplikacijama, web mjesta za usporedbu cijena, audiovizualnih i glazbenih platformi, pa sve do platformi za plaćanje i platformi u ekonomiji dijeljenja.<sup>17</sup> Platforme omogućuju prikupljanje, akumulaciju i nadzor nad velikom količinom

---

gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru Regija „Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu“, COM(2015) 192 final, Bruxelles, 6.5.2015. Komunikacijom i pratećim dokumentima ostvaruju se prioritete Europske komisije pod predsjedavanjem Jean Paul Junckera (v. Političke smjernice za novu Europsku komisiju – Novi početak za Europu: moj program za zapošljavanje, rast, pravednost i demokratske promjene (15. srpnja 2014.), dostupno na: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_en.pdf), posjećeno 26.01.2019.).

12 „Na jedinstvenom digitalnom tržištu osigurano je slobodno kretanje robe, osoba, usluga i kapitala, a pojedinci i poduzeća mogu neometano pristupati aktivnostima na internetu i obavljati ih u uvjetima poštenog tržišnog natjecanja te uz visoku razinu zaštite potrošača i osobnih podataka, bez obzira na njihovo državljanstvo ili mjesto boravišta.“ V. Europska komisija, COM(2015) 192 final ... cit., str. 3.

13 Ibid., str. 3-4.

14 Europska komisija, Commission Staff Working Document „A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence“, SWD(2015) 100 final, Bruxelles, 6.5.2015., str. 5.

15 Ibid., str. 12.

16 Europska komisija, COM(2015) 192 final, ... cit., str. 5.

17 V. ibid., str. 11 i Europska komisija, SWD(2015) 100 final ... cit., str. 52.

podataka o svojim korisnicima te koriste algoritme kako bi te podatke pretvorili u korisne informacije.<sup>18</sup> Internetska platforma u ekonomiji dijeljenja ili suradnje djeluje kao posrednik, odnosno organizira „susret“ pružatelja i korisnika sadržaja, robe i usluga stvarajući tako dvostrana ili višestrana tržišta.<sup>19</sup> Što je veći broj korisnika, više je i podataka te tako raste i vrijednost platforme (tzv. mrežni učinak).<sup>20</sup>

Usluge internetskih platformi u ekonomiji dijeljenja došle su u središte pozornosti u većini država članica EU-a ulaskom UBER-a, internetske platforme namijenjene povezivanju vozača i putnika u gradskom prijevozu, na europsko tržište.

Prije nego pojasnimo regulatorni okvir i sudsku praksu vezanu za pružanje usluga internetskih platformi, potrebno je osvrnuti se na pojam „ekonomija dijeljenja“<sup>21</sup> ili „ekonomija suradnje“.<sup>22</sup> Ideja ekonomije dijeljenja počiva na dijeljenju raspoloživih resursa, uobičajeno unutar manje, lokalne zajednice i ne nužno s elementom ili ciljem stjecanja dobiti.<sup>23</sup> Kratkoročni najam stana, prijevoz automobilom u gradskim sredinama, sitni popravci u kući tipični su primjeri resursa (dobara, rada, usluga) koje je uz minimalne transakcijske troškove moguće učinkovito iskoristavati u ekonomiji dijeljenja. Internetske platforme savršeno se uklapaju i podupiru ovaj poslovni model, jer omogućuju učinkovito povezivanje ponude i potražnje i stvaraju „otvoreno tržište za privremenu uporabu robe ili usluga“.<sup>24</sup> Kroz ovaj model stvara se trokut odnosa između tri kategorije dionika: pružatelja usluga (koji to ne moraju nužno činiti na profesionalnoj osnovi), korisnika usluga te internetskih platformi kao posrednika koji olakšavaju transakcije između pružatelja i primatelja usluge. U ovom odnosu internetska platforma je pružatelj digitalne usluge posredovanja i u odnosu na primatelja usluge i u odnosu na pružatelja usluge.<sup>25</sup> Tradicionalni regulatorni okviri za pružanje usluga u državama članicama nisu prilagođeni uslugama internetskih platformi u ekonomiji suradnje. Iako bi se svaki odnos trebao promatrati odvojeno (platforma – primatelj usluge; platforma – pružatelj usluge; pružatelj usluge – primatelj usluge), činjenica je da je usluga posredovanja usko povezana s pružanjem tzv. „pozadinske“ usluge,<sup>26</sup> što onda može utjecati na pravni režim koji se primjenjuje na uslugu internetskih platformi.

18 Europska komisija, COM(2015) 192 final ... cit., str. 11.

19 Europska komisija, SWD(2015) 100 final ... cit., str. 52.

20 Loc. cit.

21 Engl.: *sharing economy*.

22 Engl.: *collaborative economy*.

23 V. npr. Hatzopoulos, V., *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2018.; Kassan, J., Orsi, J., *The Legal Landscape of the Sharing Economy*, J. Envtl. Law and Litigation, vol. 27, 1/2012, str. 3; Calo, R., Rosenblat, A., *The Taking Economy: Uber, Information and Power*, Columbia Law Review 117/2017, str. 1623-1690; Teubner, T., *Thoughts on the Sharing Economy*, in Kommers, P. i dr. (ur.) *Proceedings of the International Conferences ICT 2014, WBC 2014, EC 2014, ISPCM 2014 and EH 2014*, 2014, str. 322-326. Usluge u okviru ekonomije suradnje ili dijeljenja mogu se nuditi besplatno, na temelju podjele troškova ili uz naknadu. V. Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija „Europski program za ekonomiju suradnje“, COM(2016) 356 final, Bruxelles, 2.6.2016., str. 3.

24 Europska komisija, COM(2016) 356 final ... cit., str. 4.

25 Ova „digitalna“ usluga posredovanja u pravu EU-a se može kategorizirati kao usluga informacijskog društva. V. više o tome u nastavku.

26 O pojmu „pozadinske“ usluge više u nastavku.

Posebno je sporno pitanje konkurencije s tradicionalnim pružateljima usluga kada se putem internetske platforme kao pružatelji usluga pojavljuju neprofesionalci (pitanje nacionalnih pravila o licencama, koncesijama ili registriranju obavljanja djelatnosti, odnosno zahtjevima za pristup tržištu).

### **3. IZAZOVI PRUŽANJA USLUGA PREKO INTERNETSKIH PLATFORMI U EKONOMIJI DIJELJENJA**

Sloboda pružanja usluga jedna je od temeljnih gospodarskih sloboda na unutarnjem tržištu. Zabrana ograničenja slobode pružanja usluga odnosi se na pružatelje usluga s poslovnim nastanom u državi članici koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene.<sup>27</sup> Iako bi se iz izričaja čl. 57. st. 1. UFEU-a dalo naslutiti kako sloboda pružanja usluga ima rezidualni karakter u odnosu na ostale temeljne gospodarske slobode (slobodu kretanja robe, kapitala i osoba),<sup>28</sup> to ipak nije slučaj. Ostvarenje ove temeljne gospodarske slobode itekako je važno za funkcioniranje unutarnjeg tržišta, jer sektor usluga danas obuhvaća oko 70 % ukupnog BDP-a Europske unije.<sup>29</sup>

Kao i u drugim područjima, regulatorna fragmentacija jedna je od glavnih prepreka ostvarenju ove slobode. Osim negativne integracije kroz sudsku praksu Suda EU-a i ukidanja nacionalnih ograničenja, ostvarenje ove slobode počiva i na sektorskoj regulaciji pojedinih područja, odnosno aktivnosti. Uz odredbe primarnog prava o slobodi pružanja usluga,<sup>30</sup> za slobodu pružanja usluga važna je horizontalna Direktiva o uslugama<sup>31</sup> te direktive u pojedinim spedičnim područjima.<sup>32</sup> Kada je riječ o novim modelima pružanja usluga putem internetskih platformi, najvažniji regulatorni instrumenti na razini Unije su Direktiva 2000/31<sup>33</sup> i Direktiva 2015/1535.<sup>34</sup>

27 Čl. 56. st. 1. UFEU. Dalje u tekstu: UFEU.

28 Uslugama se smatraju one „... koje se uobičajeno obavljaju uz naknadu, u mjeri u kojoj nisu uređene odredbama koje se odnose na slobodu kretanja robe, kapitala i osoba“.

29 V. European Commission, Single Market for Services, [https://ec.europa.eu/growth/single-market/services\\_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market/services_en), posjećeno 27.01.2019.

30 Čl. 56.–62. UFEU-a.

31 Direktiva 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, SL L 376, 27.12.2006.

32 Npr. financijske usluge, telekomunikacijske usluge, zdravstvene usluge, itd. V. više u domaćoj literaturi o pravnom okviru za slobodu pružanja usluga općenito: Horak, H., Bodiřoga-Vukobrat, N., Dumančić, K., Sloboda pružanja usluga na unutarnjem tržištu EU, Zagreb, Školska knjiga, 2015.; Horak, H., Dumančić, K., Problemi implementacije direktive o uslugama u pravo RH – odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou? Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 2/2011, str. 703-725; Rodin, S., Direktiva Europske unije 123/2006 o uslugama – doseg i opravdanja. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu vol. 59, 1/2009, str. 33-61.

33 Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini) SL L 178, 17.7.2000.

34 Direktiva (EU) 2015/1535 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. rujna 2015. o utvrđivanju postupka pružanja informacija u području tehničkih propisa i pravila o uslugama informacijskog društva, SL L 241, 17.9.2015.



Cilj je Direktive o elektroničkoj trgovini doprinijeti pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta osiguranjem slobodnoga kretanja usluga informacijskog društva između država članica.<sup>35</sup> Države članice moraju osigurati da početak obavljanja i obavljanje djelatnosti davatelja usluga informacijskog društva ne bude uvjetovano prethodnim ovlaštenjem niti bilo kojim drugim zahtjevom jednakog učinka. Riječ je o direktivi minimalne harmonizacije.

Direktiva 2015/1535 kolokvijalno se naziva i Direktivom o transparentnosti na unutarnjem tržištu (engl. *Single Market Transparency Directive*), jer obvezuje države članice da Komisiji notificiraju nacrt tehničkih propisa o proizvodima te uslugama informacijskog društva prije njihovog donošenja. Tehnički propisi odnose se na tehničke specifikacije za proizvode ili zahtjeve i pravila za pružanje usluga, koji po svojoj prirodi mogu biti prepreka trgovini, odnosno pružanju usluga. Ovim se postupkom Komisiji i ostalim zainteresiranim dionicima daje mogućnost iznijeti mišljenje i komentare o nacrtu propisa, koje država članica može uzeti u obzir prije njegovog donošenja.

Direktiva 2015/1535 definira „uslugu informacijskog društva“ kao uslugu koja se obično pruža uz naknadu, na daljinu, elektroničkim sredstvima te na osobni zahtjev primatelja usluga.<sup>36</sup> Usluga se pruža „na daljinu“ ako strane nisu istodobno prisutne, „elektroničkim sredstvima“ ako se na početku šalje i prima na određitu pomoću elektroničke opreme za obradu (uključujući digitalnu kompresiju) i pohranu podataka te u potpunosti šalje, prenosi i prima telegrafski, radio vezom, optičkim sredstvima ili ostalim elektromagnetnim sredstvima te „na osobni zahtjev“ prijenosom podataka na osobni zahtjev primatelja usluga.<sup>37</sup> U kontekstu ove direktive propis o uslugama znači zahtjev opće naravi koji se odnosi na uspostavljanje i obavljanje uslužnih djelatnosti, posebno ako se odnosi na pružatelja usluga, usluge i primatelja usluga.<sup>38</sup> Smatra se kako se propis izričito odnosi na usluge informacijskog društva ako iz njegovog obrazloženja, praktičnog dijela, cilja i svrhe svih ili pojedinih odredbi proizlazi kako je cilj regulirati takve usluge na eksplicitan i ciljani način, a ne ako na te usluge utječe samo posredno i usputno.<sup>39</sup> Donošenje propisa bez notifikacije ili protivno stavu Komisije o sukladnosti s unutarnjim tržištem ne znači njegovu automatsku ništetnost. Međutim, može dovesti do pokretanja postupka pred Sudom EU-a zbog povrede prava EU-a u skladu s člankom 258. UFEU-a. Osim toga, ovaj specifični propust države prema sudskoj praksi Suda EU-a može dovesti do tzv. incidentalnog učinka direktiva prema pojedincima, odnosno može onemogućiti primjenu takvoga nacionalnog propisa u sudskom sporu između privatnih stranaka.<sup>40</sup>

35 Čl. 1. st. 1. Direktive o elektroničkoj trgovini. Za definiciju usluga informacijskog društva Direktiva o elektroničkoj trgovini upućuje na Direktivu 98/34/EZ kako je izmijenjena Direktivom 98/48/EZ. Danas je na snazi njihova kodificirana verzija – Direktiva 2015/1535.

36 Čl. 1. st. 1.(b) Direktive 2015/1535.

37 Čl. st. 1.(b) (i), (ii) i (iii) Direktive 2015/1535. Indikativna lista usluga koje nisu pokrivene ovom definicijom daje se u Prilogu I. Direktive.

38 Čl. 1. st. 1.(e) al. 1 Direktive 2015/1535.

39 Čl. 1. st. 1.(e) al. 2 Direktive 2015/1535.

40 V. Predmet C-194/94 CIA Security International SA protiv Signalson SA i Securitel SPRL (*CIA Security*), EU:C:1996:172 i C-443/98 Unilever Italia SpA protiv Central Food SpA (*Unilever*),

Pri ulasku „platformi za suradnju“<sup>441</sup> na tržište u većini država članica nisu postojala posebna pravila koja su specifično namijenjena za takvu kategoriju pružatelja usluga.<sup>42</sup> To ni ne čudi, jer je nagli razvoj ovoga poslovnog modela „preduhitrio“ pravnu regulaciju.<sup>43</sup> Međutim, usluge koje oni pružaju potpadaju pod pojam „usluga informacijskog društva“, pa se njihovom pružanju ne bi smjela nametati ograničenja. Ono što je dovelo u pitanje aktivnosti platformi za suradnju, odnosno slobodu pružanja njihovih usluga su postojeći propisi i zahtjevi za, tzv. „pozadinske“ usluge, tj. one koje se pružaju u odnosu primatelj usluge – pružatelj usluge (npr. prijevoz, smještaj, dostava, usluga kućnih popravaka ili čišćenja itd.). I u Komunikaciji Komisije iz 2016. godine ističe se kako se može smatrati kako mnoge „platforme za suradnju“ zapravo pružaju „pozadinsku“ uslugu, u kojem slučaju bi mogle podlijegati relevantnim propisima za pružatelje usluga u tom sektoru (npr. koncesije, ovlaštenja za poslovanje).<sup>44</sup> Moramo istaknuti kako „pozadinska“ usluga nije pravni pojam, niti najsretniji prijevod,<sup>45</sup> jer se stječe dojam kako je riječ o usluzi iz pozadine ili manje važnoj usluzi. Zapravo je riječ o materijalnoj usluzi koja je u podlozi transakcije putem platforme. Hoće li biti riječ o platformi za suradnju koja pruža samo uslugu informacijskog društva ili o platformi za suradnju koja pored usluge informacijskog društva pruža i pozadinsku uslugu, procijenit će se u konkretnom slučaju. Komisija ističe tri ključna kriterija presudbe, koja se u osnovi svode na stupanj nadzora odnosno utjecaja platforme nad pozadinskom uslugom, tj. njenim pružateljem: određivanje cijene, uvjeta pružanja usluge te vlasništvo nad ključnim sredstvima za pružanje pozadinske usluge.<sup>46</sup> Postojanje sva tri kriterija prema Komisiji je dobra indikacija da je riječ o platformi koja pruža i pozadinsku uslugu. Ova razmatranja u najvećem je dijelu slijedio i Sud EU-a u svojim presudama u slučajevima *Uber*,<sup>47</sup> iako se u doktrini ova podjela često kritizira, jer prilično komplicira pitanje primjenjivoga pravnog režima.<sup>48</sup>

EU:C:2000:496.

- 41 Tj. internetskih platformi koje pružaju usluge u ekonomiji dijeljenja.
- 42 V. npr. De Franceschi, A., *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*, EuCML 5, 1/2016, str. 56-61; Terryn, E., *The Sharing Economy in Belgium – a case for regulation?*, EuCML 5, 1/2016, str. 45-51; Solmecke, C., Lengersdorf, B., *Rechtliche Probleme bei Sharing Economy. Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt*, MMR 8/2015, str. 443- 497.
- 43 V. više o tome u Bodiroga-Vukobrat, N., Martinović, A., *Disruption and the Law in the Digital World: Some Thoughts on the CJEU Uber Spain Judgment*, EDT Conference Proceedings, 2019.
- 44 Europska komisija, COM(2016) 356 final, ... cit., str. 6.
- 45 Engl. *underlying service*; njem. *die zugrunde liegende Dienstleistung*; franc. *service sous-jacent*; tal. *il servizio sottostante*; slo. *zadavne storitve*.
- 46 Europska komisija, COM(2016) 356 final ... cit., str. 6.
- 47 V. više o tome u nastavku.
- 48 V. npr. Hatzopoulos, V., Roma, S., *Caring for Sharing? The collaborative economy under EU Law*, CML Rev 54/2017, str. 127; Schaub, M. Y., *Why Uber is an information society service*, EuCML 3/2018, str. 109-115; Busch, C., *The sharing economy at the CJEU: Does Airbnb pass the ‘Uber test’?*, EuCML 4/2018, str. 172-174. De Franceschi ističe kako se Sud ipak ispravno usmjerio samo na elemente u vezi s odlučujućim utjecajem na pružatelja usluge, a ne na vlasništvo ključnih sredstava. V. de Franceschi, A., *Uber Spain and the “Identity Crisis” of Online Platforms*, Editorial, EuCML 7/2018, 1, str. 2.

Naime, činjenica da postoje vrlo različite vrste internetskih platformi koje je teško definirati multiplicira regulatorne izazove u „gospodarstvu platformi“.<sup>49</sup> U potrazi za odgovarajućim regulatornim okvirom, od ostalih platformi izdvajaju se internetske platforme u ekonomiji suradnje.<sup>50</sup> U fokusu je odnos takve platforme za suradnju i pružatelja usluge. Međutim, specifičnost platformi za suradnju je i u tomu što pružatelji usluga ne moraju nužno biti profesionalci. U tom je slučaju riječ o uzajamnom pružanju usluga pojedinaca, tzv. *peer-to-peer*, gdje je cilj nadoknaditi trošak pojedincu, a ne platiti naknadu za pruženu uslugu.<sup>51</sup> Iako za svojstvo pružatelja usluge prema pravu EU-a nije nužno pružanje usluga na profesionalnoj osnovi,<sup>52</sup> to nameće čitav niz pitanja vezano uz dopuštenost postojećih ograničenja u državama članicama, poput licenci, ovlaštenja, registracije, i sl. U nedostatku jasnih kriterija, pitanje kada usluga posredovanja prerasta u „pozadinsku“ uslugu može izazvati nedoumice u praksi i ugroziti pravnu sigurnost te umanjiti koristi digitalnog tržišta.

### **3.1. Pravni režim primjenjiv na platforme za suradnju koje pružaju „pozadinske“ usluge**

#### **3.1.1. Pozadinska usluga: prijevoz**

Iako se ne može govoriti o posebnoj pravnoj kategoriji pružatelja usluga, a pogotovo ne o posebnoj kategoriji usluga, presuda Suda u predmetu *Uber Spain*<sup>53</sup> imat će dalekosežan utjecaj na razvoj platformi za suradnju i njihov inovativni potencijal na digitalnom tržištu. Naime, Sud je utvrdio kako se usluga posredovanja, koja čini sastavni dio ukupne usluge čiji je glavni element usluga prijevoza, ne može kvalificirati kao usluga informacijskog društva.<sup>54</sup> Drugim riječima, usluga pružena u digitalnom okruženju primjenom inovativnoga poslovnog modela omogućenog razvojem novih tehnologija prelazi u fizički svijet i podliježe njegovim ograničenjima, kao da digitalna komponenta niti ne postoji. Tako je i dalje prihvatljivo primjenjivati 28<sup>55</sup> različitih nacionalnih pravnih režima i u njima predviđenih zahtjeva i eventualnih ograničenja za pružanje te usluge, jer je područje prijevoza izuzeto iz slobode pružanja usluga.

Predmet *Uber Spain* prvi je slučaj u kojem je Sud meritorno odlučivao o prirodi usluga koje pruža platforma *Uber*. Profesionalno udruženje taksi vozača iz

49 Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija „Internetske platforme i jedinstveno digitalno tržište. Mogućnosti i izazovi za Europu“, COM (2016) 288 final, 25.5.2016., str. 2.

50 Njima je posvećena posebna Komunikacija Komisije „Europski program za ekonomiju suradnje“, COM(2016) 356 final; dok se Komunikacija „Internetske platforme i jedinstveno digitalno tržište. Mogućnosti i izazovi za Europu“, COM(2016) 288 final, odnosi općenito na sve internetske platforme.

51 V. Europska komisija, COM(2016) 356 final ... cit., str. 5.

52 V. čl. 4. st. 2. Direktive o uslugama.

53 Sud, Predmet C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi protiv Uber Systems Spain, SL (*Uber Spain*) EU:C:2017:981.

54 *Uber Spain*, t. 40. Odluka Suda u ovom predmetu ima dodatnu težinu jer je o njoj odlučivalo Veliko vijeće u sastavu 13 sudaca.

55 U trenutku predaje ovog rukopisa Ujedinjeno Kraljevstvo još uvijek je država članica Europske unije.

Barcelone pred španjolskim je sudom podnijelo tužbu zbog povrede španjolskih propisa o zavaravajućoj praksi i nepoštenom tržišnom natjecanju protiv poduzetnika *Ubers Systems Spain*, povezanog s društvom *Uber Technologies Inc.* U središtu spora je inovativni poslovni model platforme, koji je potresao sektor tradicionalnog taksi prijevoza širom svijeta. Riječ je o poslovnom modelu karakterističnom za internetske platforme u ekonomiji suradnje: usluga internetske platforme sastoji se od aplikacije za pametni telefon koja omogućuje povezivanje uz naknadu vozača, u konkretnom slučaju onih koji se prijevozom bave neprofesionalno i pritom se koriste vlastitim vozilom i osoba koje traže gradski prijevoz.<sup>56</sup> Sporno je bilo to što ni vozači ni platforma nisu posjedovali upravne dozvole i ovlaštenja za tu vrstu prijevoza.<sup>57</sup> To je ugrozilo taksi prijevoznike i dovelo u pitanje tradicionalna, desetljećima netaknuta nacionalna ograničenja pristupu ovom tržištu. Sud je najprije utvrdio kako uslugu posredovanja treba razlikovati od fizičke usluge prijevoza. Prema Sudu: „(...) usluga posredovanja koja putem aplikacije za pametni telefon omogućuje prijenos informacija koje se odnose na rezervaciju usluge prijevoza između putnika i vozača koji se prijevozom ne bavi profesionalno i koji će prijevoz obaviti koristeći se svojim vlastitim vozilom načelno ispunjava kriterije za kvalifikaciju kao „usluga informacijskog društva“ (...)“.<sup>58</sup> To bi značilo da *Uberova* usluga, kao usluga informacijskog društva, uživa puni opseg zaštite u okviru slobode pružanja usluga na unutarnjem tržištu na temelju čl. 56. UFEU-a, Direktive o uslugama i Direktive o elektroničkoj trgovini. Svako ograničenje slobode pružanja usluga podliježe provjeri opravdanosti – služi li zadovoljenju legitimnih javnih interesa i je li razmjerno. Međutim, ovaj pravni režim mogao bi se promijeniti ako usluga posredovanja preraste u nešto drugo. Prema Sudu, u ovoj situaciji: „(...) pružatelj te usluge posredovanja istodobno nudi usluge gradskog prijevoza, koje čini dostupnima osobito putem informatičkih alata, poput aplikacije o kojoj je riječ u glavnom postupku (...)“.<sup>59</sup>

To znači da je primjenjivi pravni režim onaj za usluge u području prijevoza. To je područje isključeno iz primjene slobode pružanja usluga u smislu čl. 58. st. 1. UFEU-a i potpada pod poglavlje UFEU-a koje regulira promet. Također, „usluge u području prijevoza“ isključene su iz polja primjene Direktive o uslugama.<sup>60</sup> Usluga posredovanja je „neodvojivo povezana“ i čini sastavni dio ukupne usluge čiji je glavni element usluga prijevoza.<sup>61</sup> Stoga se više ne može kvalificirati kao usluga

56 Da bi koristili ovu uslugu, i vozači i putnici moraju se registrirati na platformi. Putnik preko aplikacije provjerava vrijeme čekanja, veličinu automobila i cijenu prijevoza, a nakon što potvrdi lokaciju preuzimanja i odredišta njegov je odabir u aplikaciji vidljiv i vozačima. Vozač koji je u blizini može odlučiti prihvatiti vožnju, a aplikacija putniku javlja kada je vozačevo vozilo udaljeno približno jednu minutu. Naknada za vožnju plaća se u obliku bezgotovinske transakcije (platforma tereti bankovnu karticu putnika za iznos transakcije te uz odbitak provizije za uslugu iznos prenosi na račun vozača), a nakon vožnje i vozači i korisnici mogu putem aplikacije međusobno ocijeniti zadovoljstvo vožnjom. V. *Uber*, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/about/how-does-uber-work/>, posjećeno 27.1.2019.

57 *Uber Spain*, t. 14.

58 *Uber Spain*, t. 35.

59 *Uber Spain*, t. 38.

60 Čl. 2. st. 2. (d) Direktive o uslugama.

61 *Uber Spain*, t. 40 i 46.

informativnog društva, već kao usluga u području prijevoza.<sup>62</sup> Kako u tom području (gradski nejavni putnički prijevoz) nije bilo zakonodavnoga djelovanja Unije, države članice slobodne su same urediti uvjete pružanja takvih usluga.<sup>63</sup>

Iz presude proizlaze dva temeljna argumenta kojima je Sud potkrijepio svoje stajalište da fizička usluga prijevoza prevladava nad digitalnom uslugom posredovanja: prvo, bez *Ubera* ne bi bilo usluge prijevoza (tj. stvoreno je novo tržište, jer vozači ne bi nudili uslugu niti bi putnici imali pristup uslugama tih vozača bez aplikacije) i drugo, *Uber* ima odlučujući utjecaj na uvjete pod kojima ti vozači pružaju uslugu (određuje najvišu cijenu, provodi naplatu, ima kontrolu nad kvalitetom vozila i vozača).<sup>64</sup>

### 3.1.1.1. „Miješana“, „pozadinska“ ili „ukupna“ usluga?

Važno je napomenuti kako je Sud u presudi izbjegao koristiti pojam „miješana“ usluga kako je to sugerirao nezavisni odvjetnik Szpunar u svom mišljenju.<sup>65</sup> Iako nije riječ o pravnom pojmu, nezavisni odvjetnik ga uvodi kako bi opisao usluge koje „(...) uključuju elektroničke i neelektroničke elemente“.<sup>66</sup> Prema njemu, kod takvih se usluga može smatrati da se usluga u potpunosti šalje elektroničkim sredstvima kada je usluga koja se ne pruža elektroničkim sredstvima gospodarski neovisna o usluzi koja se pruža tim sredstvima.<sup>67</sup> Drugim riječima, element koji usluzi daje gospodarski smisao može se smatrati glavnim elementom koji definira narav usluge. Nažalost, niti pojam „miješana“ usluga koji koristi nezavisni odvjetnik, niti pojam „ukupna“ usluga koji rabi Sud ne pogađaju srž pružanja usluga putem platformi u ekonomiji suradnje.<sup>68</sup> Internetska usluga posredovanja, bez obzira na to posreduje li u pružanju usluga u području prijevoza, smještaja, kućnih popravaka, dostave ili nekom drugom usluga je koja je u cijelosti prenesena elektroničkim sredstvima i novi je oblik usluge i tržišta. Vrijednost ove usluge leži u posredovanju, čime se olakšava povezivanje ponude i potražnje i pružanje druge usluge.<sup>69</sup> Ona predstavlja posebnu, samostalnu vrijednost primateljima usluga, jer mogu lakše i učinkovitije pronaći, rezervirati i platiti drugu uslugu. Predstavlja i posebnu, samostalnu vrijednost pružateljima usluga, jer im olakšava pristup tržištu i ponudu usluga. Posebni uvjeti za pružanje određenih vrsta usluga u pojedinim državama članicama i dalje se mogu primjenjivati na pružatelje usluga (uz uvjet da su u skladu s pravom Unije), ali ne na platformu. U protivnom, podvrgavanje digitalne, nematerijalne usluge fizičkoj, materijalnoj usluzi znači i primjenu ograničenja koja su predviđena za takve usluge. Time se poništava učinak digitalnih inovacija na tržištu. Danas i mnoge tradicionalne taksi kompanije koriste mobilne aplikacije kako bi lakše došle do svojih klijenata. Tu je jasno da se digitalna aplikacija koristi kao informatički alat za pružanje usluge prijevoza. Kod

62 *Uber Spain*, t. 40 i 48.

63 *Uber Spain*, t. 46-47.

64 *Uber Spain*, t. 15, t. 39.

65 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Macieja Szpunara, predmet C-434/15, EU:C:2017:364, t. 37.

66 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Macieja Szpunara, predmet C-434/15, EU:C:2017:364, t. 33.

67 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Macieja Szpunara, predmet C-434/15, EU:C:2017:364, t. 33.

68 O kritici u literaturi v. npr. Adamski, D., *Lost on the digital platform: Europe's legal travails with the digital single market*, CML Rev 55/2018, str. 743; Schaub, op. cit.

69 V. više Schaub, op. cit., str. 113.

usluga platformi za suradnju postojeći argumenti ne opravdavaju takav zaključak.

### 3.1.1.2. Usluga „nerazdvojivo“ povezana s prijevozom

Dodatni argument na koji se Sud poziva kako bi podredio uslugu posredovanja usluzi prijevoza i „oduzeo“ joj elektroničku komponentu i vrijednost je sudska praksa u kojoj se tumači što se podrazumijeva pod pojmom usluga u području prijevoza. To su: „(...) sve usluge koje su nerazdvojivo povezane s fizičkom radnjom premještanja osoba ili robe prijevoznim sredstvom s jednog mjesta na drugo (...)“<sup>70</sup>

Mišljenja smo kako je ovo pogrešan smjer argumentacije. U predmetu *Grupo Itevelesa i dr.*<sup>71</sup> na koji se Sud poziva kako bi potkrijepio ovu tvrdnju utvrđeno je kako je djelatnost tehničkog pregleda vozila uzgredna djelatnost prijevoza, ali je neraskidivo povezana s njom, jer je prethodan i nužan uvjet za obavljanje glavne djelatnosti koju predstavlja prijevoz.<sup>72</sup> Također, vezano za izuzimanje prometa od opće slobode pružanja usluga ističe se predmet *Yellow Cab*.<sup>73</sup> U predmetu *Yellow Cab* sporan je bio austrijski nacionalni propis, prema kojem je za izdavanje dozvole za obavljanje javnoga gradskog autobusnog prometa s definiranim stajalištima i redom vožnje uvjet da gospodarski subjekt, bez obzira na to ima li poslovni nastan u nekoj drugoj državi članici, ima sjedište odnosno neku drugu vrstu trajnog nastana u Austriji. Uvjet posjedovanja poslovnog nastana pružatelja usluga u državi u kojoj želi pružiti neku uslugu klasični je primjer ograničenja slobode pružanja usluga. Međutim, iz činjeničnog stanja u ovom predmetu jasno je proizlazilo kako je riječ o usluzi u području prometa. Sloboda pružanja usluga u tom području izrijeком je prema čl. 58. st. 1. UFEU-a podvrgnuta odredbama ugovora koje se odnose na promet (tj. Glava VI. UFEU-a, čl. 90.-100.). Stoga se primjena načela kojima se rukovodi sloboda pružanja usluga u ovom području treba postići u okviru zajedničke prometne politike.<sup>74</sup> Promet, kao i unutarnje tržište područja su podijeljene nadležnosti između Unije i država

<sup>70</sup> *Uber Spain*, t. 41.

<sup>71</sup> Sud, Predmet C-168/14 *Grupo Itevelesa SL i dr. protiv Oca Inspección Técnica de Vehículos SA i Generalidad de Cataluña (Grupo Itevelesa i dr.)*, EU:C:2015:685, t. 45 i 46.

<sup>72</sup> *Grupo Itevelesa i dr.*, t. 47.

<sup>73</sup> Sud, predmet C-338/09 *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH protiv Landeshauptmann von Wien (Yellow Cab)*, EU:C:2010:814.

<sup>74</sup> Tako i u stalnoj sudskoj praksi, vidi npr. Predmet 13/83, *Europski parlament protiv Vijeća Europskih zajednica*, EU:C:1985:220, t. 62; C-17/90 *Pinaud Wiegier Spedition GmbH protiv Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (Wiegier)*, EU:C:1991:416, t. 7. Međutim u svim ovim predmetima riječ je nedvojbeno bila o „čistim“ uslugama u području prometa (npr. održavanje javne gradske autobusne linije (*Yellow Cab*); prijevoz robe teretnim vozilima unutar jedne države (*Wiegier*); pomorski promet (Predmet C-379/92 *Kazneni postupak protiv Matteo Peralta*, EU:C:1994:296). Odredbe Glave VI. UFEU o prometu odnose se na željeznički, cestovni i promet unutarnjim plovnim putevima (čl. 100. st. 1. UFEU), dok se za pomorski i zračni promet „mogu utvrditi odgovarajuće odredbe“ (čl. 100. st. 2. UFEU-a). Iz sudske prakse Suda EU-a proizlazi kako primjena ove odredbe ne isključuje primjenu Ugovora na promet, a pomorski promet, kao i ostali oblici prometa podvrgnut je općim pravilima Ugovora. V. *Peralta*, C-379/92, t. 14 i 167/73 *Komisija Europskih zajednica protiv Francuske Republike*, EU:C:1974:35, t. 31 i 32.

članica.<sup>75</sup> Oba područja počivaju na načelu zabrane diskriminacije i međusobno se dopunjuju: politika prometa nadopunjuje unutarnje tržište stvaranjem prometnih mreža i uklanjanjem tehničkih i administrativnih prepreka u prometnim sustavima te sprječavanjem narušavanja tržišnog natjecanja ili uklanjanjem prepreka pristupu tržištu koje mogu nastati zbog primjene različitih nacionalnih propisa. Međutim, u ta dva područja dominiraju različiti pristupi odnosno tehnike integracije: dok je za unutarnje tržište ključna negativna integracija (npr. normativna deregulacija, ukidanje postojećih prepreka, načelo uzajamnog priznavanja), u području prometa nužna je pozitivna integracija, tj. zadaća je zakonodavca Unije oblikovati i usvojiti zajedničku prometnu politiku usvajanjem i primjenom zajedničkih pravila, mjera i uvjeta.<sup>76</sup> Kada takva pravila ne postoje (kao što je npr. slučaj u području autotaksi prijevoza putnika), različita nacionalna pravila i dalje se mogu primjenjivati u državama članicama.

Stoga kategorizacija usluge kao usluge u području prometa itekako utječe na mogućnost primjene nacionalnih propisa koji ograničavaju obavljanje takve djelatnosti i nameću posebne uvjete (npr. izdavanje prethodnog odobrenja, posjedovanje određenih dozvola), u nedostatku instrumenata harmonizacije na razini Unije.<sup>77</sup>

U predmetu *Uber France*,<sup>78</sup> u kojem je Sud imao priliku odlučivati vrlo brzo nakon presude donesene u predmetu *Uber Spain*, jednako je tako brzo i kratko odbacio svaku raspravu i ponovio argumente iz presude *Uber Spain*. U predmetu *Uber France* sporno je bilo je li francuski propis o uvjetima obavljanja nejavnoga gradskog putničkog prijevoza, tj. taksi usluga tehnički propis koji je prije usvajanja trebao biti notificiran Komisiji u skladu s tada na snazi Direktivom 98/34 (danas Direktiva 2015/1535). Francuski propis predviđa kaznene sankcije za nezakonito organiziranje sustava povezivanja vozača koji se prijevozom ne bave profesionalno i koriste se vlastitim vozilom i osoba koje traže gradski prijevoz.<sup>79</sup> Sporna je bila ista usluga platforme kao i u predmetu *Uber Spain* te je Sud i ovdje zaključio kako je riječ

75 V. čl. 4. st. 2.(a) i (g) UFEU-a.

76 Sekundarno pravo Unije usvojeno u tom području mora se tumačiti „u svjetlu“ slobode kretanja usluga, što ipak ne znači izravnu provjeru usklađenosti sa slobodom pružanja usluga. V. Kainer, F., Persch, J., *Der Verkehr im Binnenmarktrecht: Sonderfall oder Dienstleistung? – Anstöße für eine Reform der Art. 90 ff. AEUV*, EuR 2018, str. 34, 54.

77 Djelomično se ovo razgraničenje i njegove posljedice mogu zaobići ako u obzir dolazi primjena odredbi o slobodi poslovnog nastana, na koje se ne odnosi poseban status sektora prijevoza. Međutim, u sudskoj su praksi razvijeni kriteriji razgraničenja između slobode pružanja usluga i slobode poslovnog nastana (v. npr. predmet *Gebhard*, C-55/94) zbog kojih u nekim slučajevima ovakva strategija neće biti moguća. U predmetu *Yellow Cab*, C-338/09 je tako pojašnjeno da bi zahtjev poslovnog nastana za poduzeće koje želi zatražiti dozvolu za obavljanje javnoga gradskog autobusnog prometa predstavljalo ograničenje pružanja usluga, ali riječ je o sektoru prometa, pa se sloboda pružanja usluga ne primjenjuje. Međutim, Sud je ovaj zahtjev ispitao isključivo sa stajališta ograničenja slobode poslovnog nastana, smatrajući kako je ovaj zahtjev postojanja nastana i prije nego što se uopće izda dozvola ograničenje slobode poslovnog nastana. S druge strane, zahtjev da poduzeće mora imati poslovni nastan nakon što se dozvola izda, a prije početka obavljanja djelatnosti prometa nije protivan slobodi poslovnog nastana.

78 Predmet C-320/16 Kazneni postupak protiv Nabila Bensalema (*Uber France*), ECLI:EU:C:2018:221.

79 *Uber France*, t. 15.

o dijelu „sveobuhvatne“<sup>80</sup> usluge čiji je glavni element prijevoz, što znači da se ne može primijeniti opći okvir slobode pružanja usluga.

Čini se kako je sudbina usluga koje se pružaju putem *Uberove* platforme zapečaćena, barem što se tiče Suda. Iako je i u predmetu *Uber Spain*, kao i u predmetu *Uber France* riječ bila o modelu u kojem su usluge pružali nelicencirani, neprofesionalni vozači, to je odredilo sudbinu i pravni režim primjenjiv i na ostale vrste usluga, odnosno poslovnih modela koje pruža *Uber*. Naime, nakon što je donesena presuda *Uber Spain*, jedini preostali zahtjev za prethodnu odluku kojeg je u vezi s djelatnošću Ubera podnio njemački *Bundesgerichtshof* taj je sud odlučio povući.<sup>81</sup> Šteta, jer je to jedini slučaj u kojem je riječ bila o uslugama licenciranih vozača u vozilima za najam bez oznake taksi. Sporan je bio propis njemačkog zakona o prijevozu putnika koji nalaže da zahtjev za prijevoz mora najprije pristići u sjedište prijevoznika, prije nego se prebaci vozaču te da se vozač mora vratiti u sjedište nakon vožnje, osim ako tijekom vožnje iz sjedišta ne primi novi nalog za vožnju. Nove tehnologije u stanju su takav korak eliminirati, što je i bio slučaj s *Uberovom* uslugom, ali time se krši njemački zakon.<sup>82</sup> Osim toga, ovdje je tužba u Njemačkoj bila podnesena protiv nizozemskoga društva *Uber Systems BV*, pa je tako vrlo jasno došao do izražaja i prekogranični element, za razliku od ostala dva slučaja vezana za *Uber* o kojima je odlučivao Sud.

### 3.1.2. Pozadinska usluga: kratkoročni najam/smještaj

Najnoviji izazov uslugama platformi za suradnju odnosi se na *Airbnb*, digitalnu platformu koja povezuje pružatelje i primatelje usluga kratkoročnog najma. Praktički svaki posjednik kuće ili stana (ili sobe) može taj prostor iznajmiti putem platforme osobama koje su na njoj registrirane i traže smještaj.<sup>83</sup> Svira se triangularni odnos između neprofesionalnog pružatelja usluge smještaja (u terminologiji *Airbnba* „domaćina“), platforme i gosta. Domaćin kontrolira dostupnost objekta, cijene, kućna pravila, vrijeme prijave i odjave gosta, itd., a na njemu je i odgovornost ispunjenja svih lokalnih propisa i uvjeta (ako postoje) za obavljanje ove djelatnosti. Naravno da je ovaj poslovni model izazvao dosta prijepora u određenim lokalnim zajednicama, poglavito velikim gradovima, jer je zbog isplativosti kratkoročnog najma na tržištu gotovo nemoguće pronaći raspoložive nekretnine za dugoročni najam u svrhu stanovanja po povoljnim cijenama.<sup>84</sup>

Činjenica je da *Airbnb* kao platforma ne udovoljava lokalnim zahtjevima

80 Engl. *overall service* termin je koji se koristi u obje presude, u hrvatskoj inačici prijevod je nekonzistentan („ukupna“ usluga u predmetu *Uber Spain*; „sveobuhvatna“ usluga u predmetu *Uber France*).

81 Sud, Predmet C-371/17, *Uber BV* protiv Richarda Leipolda, Rješenje Predsjednika Suda od 12. travnja 2018., EU:C:2018:313.

82 Više o ovome slučaju v. u Bodiroga-Vukobrat, N.; Martinović, A., op. cit.

83 V. *Airbnb*, dostupno na: [https://www.airbnb.com/host/homes?from\\_footer=1](https://www.airbnb.com/host/homes?from_footer=1), posjećeno 28.01.2019.

84 V. npr. <https://www.citylab.com/life/2018/03/berlin-airbnb-vacation-rental-regulation-law/556397/>, i <https://www.theguardian.com/world/2018/may/21/berlin-and-barcelona-use-sleuths-to-root-out-illegal-holiday-lets>, posjećeno 27.01.2019.



kratkoročnoga najma smještaja za odmor, poglavito što se tiče registracije za pružanje takvih usluga kod nadležnih tijela. Prvi predmet u vezi s ovim spornim pitanjem pred Sudom dolazi iz Francuske i trenutačno je u tijeku.<sup>85</sup> *Tribunal de grande instance Paris* uputio je zahtjev za prethodnu odluku Sudu 13. lipnja 2018. s pitanjem potpadaju li usluge koje u Francuskoj pruža društvo *Airbnb Ireland UC* putem elektroničke platforme iz Irske pod slobodu pružanja usluga u skladu s Direktivom o elektroničkoj trgovini. Iz činjenica slučaja proizlazi kako je pritužbu javnom tužitelju uputilo francusko profesionalno udruženje za hotelijstvo i turizam, smatrajući da *Airbnb* krši francuski zakon koji regulira djelatnosti posredovanja u prometu nekretninama.<sup>86</sup> Propisima su predviđene kaznene sankcije za subjekte koji obavljaju djelatnost posredovanja u prometu nekretnina bez dozvole i ispunjavanja drugih uvjeta propisanih zakonom.<sup>87</sup>

Hoće li u ovom slučaju biti riječ o usluzi informacijskog društva ili će se ona smatrati sastavnim dijelom „ukupne“ usluge? Vjerujemo kako će Sud ponovno primijeniti test „odlučujućeg utjecaja“ razvijen u predmetu *Uber Spain*. Sud je određivanje cijene u predmetu *Uber Spain* smatrao ključnim elementom zbog kojeg je zaključio kako odlučujući utjecaj platforme na pružatelja usluga postoji. U poslovnom modelu *Airbnba* domaćin sam određuje cijene (uz moguće sugestije od strane platforme s obzirom na lokaciju, sezonu, događanja u blizini itd.) i općenito zadržava visok stupanj kontrole nad samom uslugom. Ako bi se ipak smatralo kako je riječ o „ukupnoj“ ili složenoj usluzi, postavlja se pitanje koja je njena glavna komponenta (posredovanje u prometu nekretninama, iznajmljivanje smještaja turistima)? Ovisno o tomu, može se odrediti pravni režim primjenjiv na takvu uslugu. Usluge najma, kao i posredovanja u prometu nekretninama pokrivena su općim režimom za slobodu pružanja usluga.<sup>88</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Možda najveća zamjerka postojećoj sudskoj praksi odnosi se na činjenicu da se zanemaruje specifičan oblik pružanja usluga putem platformi za suradnju. Platforma za suradnju pojavljuje se kao pružatelj usluge i u odnosu na pružatelja materijalne usluge, ali i u odnosu na primatelja te iste usluge. Pritom platforma i jednoj i drugoj strani pruža specifičnu uslugu, koja prema svojoj definiciji udovoljava pojmu usluge informacijskog društva u pravu Unije. Jamči se sloboda kretanja takvih usluga na unutarnjem tržištu, bez prepreka i ograničenja, osim ako je to opravdano zbog važnih

85 Sud, Predmet C-390/18, Kazneni postupak protiv YA i AIRBNB Ireland UC, Zahtjev za prethodnu odluku, SL C 294, 20.8.2018. V. Busch, C., op. cit. i Bodiroga-Vukobrat, N., Pošćić, A., Martinović, A., ‘Old Economy’ restrictions in the digital market for services, *InterEULawEast*, V, 2/2018, str. 169-188.

86 Tzv. *Loi Hoguet* (Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d’exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce).

87 V. Busch, C., op. cit., str. 172-174.

88 Osim što je u nekim državama članicama posredovanje u prometu nekretninama regulirana profesija. V. <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm>, posjećeno 27.1.2019.

razloga u javnom interesu.

Umjesto da se odvojeno promatraju odnosi na relacijama platforma – pružatelj usluge – primatelj usluge, pri čemu sve tri strane ulaze u obostrane interakcije i transakcije, fokus prema postojećoj sudskoj praksi je na odnosu platforma – pružatelj materijalne usluge. Podvrgavanjem usluge koja se pruža u digitalnom okruženju usluzi koja se pruža u materijalnom okruženju izjednačava se položaj platforme s položajem pružatelja usluge. Time se negira poseban doprinos i vrijednost koju usluga posredovanja putem platforme ima na tržištu i u odnosu na primatelja i u odnosu na pružatelja materijalne usluge. To također ne odgovara realnosti, jer platforma, odnosno poslovni subjekt koji je osnovan u određenoj državi članici najčešće ima jednog ili vrlo mali broj zaposlenih i nije niti registriran za obavljanje materijalne djelatnosti, odnosno usluge u čijem pružanju posreduje. Riječ je o povezanim društvima, odnosno društvima kćeri subjekta koji je nositelj platforme.<sup>89</sup> Ne može se izbjeći dojam kako je stajalište sudske prakse na neki način sankcija za ponekad vrlo agresivan način poslovanja takvih platformi, koje omogućavaju neprofesionalnim pružateljima usluga ulazak na tržište u izravnoj konkurenciji s profesionalnim pružateljima usluga koji udovoljavaju svim zahtjevima i posjeduju upravna ovlaštenja ili koncesije za obavljanje usluge. Kriterij odlučujućeg utjecaja razvijen u praksi Suda nije testiran u situaciji kada profesionalni pružatelji usluga sa svim potrebnim ovlaštenjima stupaju u odnose s primateljima usluga putem platforme.

Digitalno društvo počinje se dijeliti na one države koje mogu iskoristiti prednosti digitalnih tržišta i one koje ne mogu, a pravna regulacija tu može odigrati odlučujuću ulogu. Čini nam se kako Sud svojim stajalištem u predmetima usluga platformi za suradnju pridonosi ovom rascjepu.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci*

1. Adamski, Dariusz, Lost on the digital platform: Europe's legal travails with the digital single market, *CML Rev*, 55/2018, str. 719-752.
2. Bodioga-Vukobrat, Nada, Pošćić, Ana, Martinović, Adrijana, 'Old Economy' restrictions in the digital market for services, *InterEULawEast*, V, 2/2018, str. 169-188.
3. Bodioga-Vukobrat, Nada, Martinović, Adrijana, Disruption and the Law in the Digital World: Some Thoughts on the CJEU Uber Spain Judgment, *EDT Conference Proceedings*, 2019.
4. Busch, Christoph, The sharing economy at the CJEU: Does Airbnb pass the 'Uber test'?, *EuCML* 4/2018, str. 172-174.
5. Calo, Ryan, Rosenblat, Alex, The Taking Economy: Uber, Information and Power, *Columbia Law Review* 117/2017, str. 1623-1690.
6. De Franceschi, Alberto, The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy, *EuCML* 5, 1/2016, str. 56-61.
7. De Franceschi, Alberto, Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms, *Editorial*, *EuCML* 7, 1/2018, str. 1-4.

<sup>89</sup> Tako su npr. i *Airbnb* i *Uber* američke kompanije koje u Europi posluju preko povezanih društava. *Uber* u Europi najvećim dijelom posluje preko društva *Uber International Holding BV* sa sjedištem u Nizozemskoj te po potrebi osniva društva kćeri u pojedinim državama članicama, dok *Airbnb* održava tvrtku sa sjedištem u Dublinu.

8. Enchelmaier, Stefan, Always at Your Service (Within Limits): The ECJ's Case Law on Article 56 TFEU (2006-2011), E.L.Rev. 36/2011, str. 615-650.
9. Hatzopoulos, Vassilis, The Collaborative Economy and EU Law, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2018.
10. Hatzopoulos, Vassilis, Roma, Sofia, Caring for Sharing? The collaborative economy under EU Law, CML Rev 54/2017, str. 81-128.
11. Horak, Hana, Bodiroga-Vukobrat, Nada, Dumančić, Kosjenka, Sloboda pružanja usluga na unutarnjem tržištu EU, Zagreb, Školska knjiga, 2015.
12. Horak, Hana, Dumančić, Kosjenka, Problemi implementacije direktive o uslugama u pravo RH – odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou? Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci vol. 32, 2/2011, str. 703-725.
13. Kainer, Friedemann, Persch, Johannes, Der Verkehr im Binnenmarktrecht: Sonderfall oder Dienstleistung? – Anstöße für eine Reform der Art. 90 ff. AEUV, EuR 2018, str. 33-62.
14. Kassan, Jenny, Orsi, Janelle, The Legal Landscape of the Sharing Economy, J. Envtl. Law and Litigation vol. 27, 1/2012, str. 1-20.
15. Rodin, Siniša, Direktiva Europske unije 123/2006 o uslugama – doseg i opravdanja. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu vol. 59, 1/2009, str. 33-61.
16. Schaub, Martien Y., Why Uber is an information society service, EuCML 3/2018, str. 109-115.
17. Solmecke, Christian, Lengersdorf, Bonny, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy. Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, MMR 8/2015, str. 443- 497.
18. Teubner, Timm, Thoughts on the Sharing Economy, in Kommers, Piet i dr. (ur.) Proceedings of the International Conferences ICT 2014, WBC 2014, EC 2014, ISPCM 2014 and EH 2014, 2014., str. 322-326.
19. Terryn, Evelyine, The Sharing Economy in Belgium – a case for regulation?, EuCML 5, 1/2016, str. 45-51.

### Sudska praksa

#### Sud EU-a

1. 167/73 Komisija Europskih zajednica protiv Francuske Republike, EU:C:1974:35.
2. 286/82 i 26/83 Graziana Luisi i Giuseppe Carbone protiv Ministero del Tesoro (*Luisi i Carbone*), EU:C:1984:35.
3. 13/83, Europski parlament protiv Vijeća Europskih zajednica, EU:C:1985:220.
4. 352/85 Bond van Adverteerders i dr. protiv države Nizozemske (*Bond*), EU:C:1988:196.
5. 263/86 Belgijska država protiv René Humbel i Marie-Thérèse Edel (*Humbel*), EU:C:1988:451.
6. 186/87 Ian William Cowan protiv Trésor public (*Cowan*), EU:C:1989:47.
7. C-17/90 Pinaud Wiegier Spedition GmbH protiv Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (*Wiegier*), EU:C:1991:416.
8. C-109/92 Stephan Max Wirth protiv Landeshauptstadt Hannover (*Wirth*), EU:C:1993:916
9. C-379/92 Kazneni postupak protiv Matteo Peralta, EU:C:1994:296.
10. C-384/93, Alpine Investments BV protiv Minister van Financiën (*Alpine Investments*), EU:C:1995:126.
11. C-55/94, Reinhard Gebhard protiv Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (*Gebhard*), EU:C:1995:41.
12. C-194/94 CIA Security International SA protiv Signalson SA i Securitel SPRL (*CIA Security*), EU:C:1996:172.
13. C-443/98 Unilever Italia SpA protiv Central Food SpA (*Unilever*), EU:C:2000:496.
14. C-355/00 Freskot AE protiv Elliniko Dimosio (*Freskot*), EU:C:2003:298.
15. C-215/01 Bruno Schnitzer, EU:C:2003:662.

16. C-422/01 Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) i Ola Ramstedt protiv Riksskatteverket (*Skandia*), EU:C:2003:380.
17. C-570/07 i C 571/07 José Manuel Blanco Pérez i María del Pilar Chao Gómez protiv Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) i Principado de Asturias (C-571/07) (*Blanco Pérez i Chao Gómez*), EU:C:2010:300.
18. C-169/08 Presidente del Consiglio dei Ministri protiv Regione Sardegna, EU:C:2009:709.
19. C-338/09 Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH protiv Landeshauptmann von Wien (*Yellow Cab*), EU:C:2010:814.
20. C-470/11 SIA „Garkalns” protiv Rīgas Dome, EU:C:2012:505.
21. C-98/14 Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft i dr. protiv Magyar Állam, EU:C:2015:386.
22. C-168/14 Grupo Itevelesa SL i dr. protiv Oca Inspección Técnica de Vehículos SA i Generalidad de Cataluña (*Grupo Itevelesa i dr.*), EU:C:2015:685.
23. C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi protiv Uber Systems Spain, SL (*Uber Spain*) EU:C:2017:981.
24. C-320/16 Kazneni postupak protiv Nabila Bensalema, (*Uber France*), ECLI:EU:C:2018:221.
25. C-371/17, Uber BV protiv Richarda Leipolda, Rješenje Predsjednika Suda od 12. travnja 2018., EU:C:2018:313.

#### *Pravni izvori:*

1. Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini), SL L 178, 17.7.2000.
2. Direktiva 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, SL L 376, 27.12.2006.
3. Direktiva (EU) 2015/1535 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. rujna 2015. o utvrđivanju postupka pružanja informacija u području tehničkih propisa i pravila o uslugama informacijskog društva, SL L 241, 17.9.2015.
4. Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce (*Loi Hoguet*).
5. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena inačica), SL C 202, 7.6.2016.

#### *Službene publikacije:*

1. Europska komisija, Commission Staff Working Document „A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence“, SWD(2015) 100 final, Bruxelles, 6.5.2015.
2. Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru Regija „Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu“, COM(2015) 192 final, Bruxelles, 6.5.2015.
3. Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija „Internetske platforme i jedinstveno digitalno tržište. Mogućnosti i izazovi za Europu“, COM (2016) 288 final, 25.5.2016.
4. Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija „Europski program za ekonomiju suradnje“, COM(2016) 356 final, Bruxelles, 2.6.2016.

#### *Vrela s interneta:*

1. *Airbnb*, dostupno na: [https://www.airbnb.com/host/homes?from\\_footer=1](https://www.airbnb.com/host/homes?from_footer=1), posjećeno 28.01.2019.
2. European Commission, Single Market for Services, dostupno na: [https://ec.europa.eu/growth/single-market/services\\_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market/services_en), posjećeno 27.01.2019.
3. Političke smjernice za novu Europsku komisiju – Novi početak za Europu: moj program

- za zapošljavanje, rast, pravednost i demokratske promjene (15. srpnja 2014.), dostupno na: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_en.pdf), posjećeno 26.01.2019.
4. *Uber*, dostupno na: <https://www.uber.com/hr/about/how-does-uber-work/>, posjećeno 27.1.2019.

**Nada Bodiřoga-Vukobrat\***  
**Adrijana Martinović\*\***

Summary

## **CHALLENGES OF PROVIDING SERVICES ON THE EU DIGITAL MARKET – INFORMATION SOCIETY SERVICES AND “UNDERLYING” SERVICES**

Online platform services in the sharing economy represent an important segment of the digital market. New, emerging business models challenge the existing regulations which are primarily designed for ‘traditional’ or ‘analogue’ provision of services. This tension results in numerous practical issues in different legal areas, from labour law to competition. The business model of the sharing economy online platforms is based on a triangular relationship between the platform, the service provider and the service recipient. Online platforms provide specific forms of digital services which basically correspond to the definition of ‘information society service’ in accordance with the relevant secondary law instruments at EU level. However, the Court of Justice of the EU subjects these services to the legal regime applicable to the ‘underlying’ (material) service provided by the service provider to service recipient, if it is established that the platform has a ‘decisive influence’ over the underlying service provider and if there would be not digital service without the ‘underlying’ service. This paper aims to critically evaluate the existing regulatory framework and recent case law of the Court of Justice of the EU and propose potential alternative solutions which might not hinder innovation and development of digital technology and services.

**Keywords:** *online platforms; free provision of services; digital single market; information society services; “underlying” service.*

---

\* Nada Bodiřoga-Vukobrat, Ph.D., Full Professor, University of Rijeka, Faculty of Law.

\*\* Adrijana Martinović, Ph.D., Assistant Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; adrijana@pravri.hr.

## Zusammenfassung

# HERAUSFORDERUNGEN DER ERBRINGUNG VON DIENSTLEISTUNGEN AUF DEM DIGITALEN MARKT DER EU

Die Erbringung von Dienstleistungen über Internetplattformen in der kollaborativen Wirtschaft ist die Realität des digitalen Marktes. Neue Geschäftsmodelle werden entwickelt, die die bestehende der „traditionellen“ oder „analogen“ Erbringung von Dienstleistungen gewidmeten Gesetzgebung in Frage stellen und eine Reihe von Kontroversen in Praxis auflösen, und zwar in unterschiedlichen Rechtsgebieten, vom Arbeits- bis zum Wettbewerbsrecht. Dieses Geschäftsmodell stützt sich auf die trianguläre Beziehung zwischen der Internetplattform, dem Dienstleistungsgeber und dem Dienstleistungsnehmer. Obwohl die Internetplattform eine spezifische Form der Dienstleistung, die der Definition der „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ gemäß dem relevanten Sekundärrecht der Europäischen Union entspricht, bietet, ist diese Dienstleistung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der Rechtsordnung des „Hintergrunddienstes“ (der materiellen Dienstleistung), welchen der Dienstleistungsgeber dem Dienstleistungsnehmer bietet, untergeordnet, falls die Plattform „einen entscheidenden Einfluss“ auf die Erbringung der Dienstleistung ausübt und falls es ohne diesen Hintergrunddienst keine digitale Dienstleistung gäbe. Dieser Beitrag analysiert den bestehenden Rechtsrahmen und die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und stellt die Vorschläge für mögliche Alternativlösungen, welche die Innovationen und die Entwicklung der digitalen Technologie und Dienstleistungen nicht bremsen würden.

***Schlüsselwörter:** Internetplattformen; Dienstleistungsfreiheit; digitaler Binnenmarkt; Dienstleistungen der Informationsgesellschaft; „Hintergrunddienst“.*

## Riassunto

# LE SFIDE LEGATE ALLA PRESTAZIONE DI SERVIZI SUL MERCATO DIGITALE DELL'UE

La prestazione di servizi attraverso le piattaforme internet nella *share economy* è una realtà del mercato digitale. Si stanno sviluppando nuovi modelli, che mettono alla prova la normativa vigente, la quale disciplina principalmente la prestazione „tradizionale“ ed „analogica“ di servizi e solleva diverse questioni nella pratica in differenti settori del diritto, partendo dal diritto del lavoro per giungere al diritto della concorrenza. Questo modello si fonda su un rapporto trilaterale tra la piattaforma

internet, il prestatore ed il fruitore del servizio. Benché la piattaforma internet presti una forma specifica di servizio digitale che corrisponde alla definizione di “servizio della società dell’informazione” conforme al diritto secondario dell’Unione, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia tale servizio è subordinato alla disciplina giuridica applicabile al servizio “sullo sfondo” (materiale), che il prestatore offre al fruitore, se la piattaforma abbia una “influenza determinante” sulla prestazione del servizio e qualora senza il servizio “sullo sfondo” non esisterebbe nemmeno il servizio digitale. Nel lavoro si disaminerà criticamente il quadro normativo esistente, come anche la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE e si proporranno delle possibili soluzioni alternative che non frenano le innovazioni e lo sviluppo della tecnologia digitale e dei servizi.

**Parole chiave:** *Piattaforme internet; libera prestazione di servizi; mercato digitale unico; servizi della società dell’informazione; servizio “sullo sfondo”.*



## TONSKO SNIMANJE ROČIŠTA PRED SUDOVIMA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Prof. dr. sc. Jozo Čizmić\*  
Izv. prof. dr. sc. Marija Boban\*\*

UDK: 347.91/.95  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.3>  
Ur.: 7. siječnja 2019.  
Pr.: 26. siječnja 2019.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

Člankom 98. Novele Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine iz 2015. godine dopunjen je postojeći zakonski tekst novim člancima 375a, 375b. i 375c. kojima se uvodi mogućnost tonskog snimanja ročišta u parničnom postupku. Predloženim člancima regulira se način postupanja suda pri provođenju tonskog snimanja, a svrha je unapređenje učinkovitosti sudskog postupka i veća vjerodostojnost dokaznog postupka. U radu su se autori osvrnuli na: razloge i cilj reguliranja tonskog snimanja ročišta u parničnom postupku, način i postupak donošenje odluke o tonskom snimanju ročišta, pohranu snimljenog tonskog zapisa, izradu prijepisa tonskog zapisa i mogućnost prigovora stranke te druge relevantne propise kojima se uređuje tonsko snimanje sudskih rasprava (Zakon o kaznenom postupku, upute sudova i sudski poslovnik). U zaključku je ukazano na niz problema koji otežavaju i onemogućavaju tonsko snimanje ročišta u parničnom postupku s prijedlozima kako takav način dokumentiranja tvrdnji o činjenicama, iskazima i izjavama sudionika u parničnom postupku učiniti učinkovitijim.

**Ključne riječi:** tonsko snimanje; ročište; informacijsko-komunikacijska tehnologija (IKT); parnični postupak.

### 1. UVOD

Parlament Federacije Bosne i Hercegovine na sjednici Predstavničkog doma od 27. listopada 2015. godine i na sjednici Doma naroda održanoj 19. studenog 2015. godine usvojio je Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (dalje - Novela), a objavljen je u Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine<sup>4</sup>, broj 98/15, od 23. prosinca 2015. godine, te je stupio na snagu 31. prosinca 2015. godine.

\* Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor u trajnom zvanju, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; [jozo.cizmic@pravst.hr](mailto:jozo.cizmic@pravst.hr).

\*\* Dr. sc. Marija Boban, izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; [marija.boban@gmail.com](mailto:marija.boban@gmail.com).

Što se razloga za donošenje Novele tiče, zakonodavac je, analizirajući postojeće zakonsko rješenje u području provođenja parničnog postupka, te uzevši u obzir sve činjenice koje ukazuju na određene nejasnoće i nepreciznosti u postojećim zakonskim odredbama, pristupio izradi Novele kako bi se postiglo kvalitetno zakonsko rješenje. Kako je sam predlagatelj tvrdio, pritom su uzete u obzir mnoge primjedbe i preporuke proizašle iz konkretnih slučajeva u sudskoj praksi, a posebno one koje su se odnosile na neprecizne formulacije pojedinih zakonskih normi, pri čemu je dolazilo do mnogih dvojbi u primjeni i odugovlačenja postupka. Potreba za doradom i unaprjeđenjem važećeg zakonskog teksta proizašla je iz njegove višegodišnje primjene, s obzirom na to da se je kroz duže vremensko razdoblje pokazalo nedostatnim važeće zakonsko rješenje za pojedine životne probleme koji se stavljaju pred sudove radi njihovog rješavanja u parničnom postupku, a koji nisu normirani ili su djelomično normirani u važećem tekstu.<sup>1</sup>

Ipak, neke su od novina uvedene bez uvažavanja postojećeg stanja u pravosuđu, ponajprije kadrovskog, materijalnog, financijskog i informatizacijskog potencijala pravosudnog aparata, te činjenice postojanja velikog broja zaostalih neriješenih predmeta pa je za neke odredbe unaprijed moglo biti jasno da ih sudovi neće moći učinkovito primjenjivati (primjerice, neke odredbe o rokovima, dostavi, tonskom snimanju i sl.).<sup>2</sup>

Jedno od područja u građanskom procesnom pravu koje prije donošenja Novele nije bilo regulirano je upravo tonsko snimanje ročišta u parničnom postupku. S druge strane, tonsko snimanje ročišta u kaznenim predmetima bilo je regulirano davno prije toga. Novelom je omogućeno i snimanje ročišta u parničnim predmetima. Novim člancima se modernizira Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, broj 53/03, 73/05 i 19/06, 98/15., dalje – FZPP) koji do sada nije sadržavao odredbe o mogućem fotografskom, filmskom i drugom snimanju sudskog postupka. Držalo se kako će se time zasigurno odgovoriti na probleme koji su se pojavili u praksi, a koji se odnose na: mogućnost snimanja parničnog sudskog postupka, osobe koje su ovlaštene odobriti takva snimanja, zaštitu osobnih podataka o strankama i drugim sudionicima u postupku uz propisano korištenje za potrebe sudskog postupka kako bi se onemogućile zlouporabe.<sup>3</sup>

1 Treba napomenuti da je i u Republici Srpskoj 2013. godine donesen Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, objavljen u „Službenom glasniku RS“, broj 61/13 od 19. 7. 2013., koji je gotovo istovjetnog sadržaja i rješenja kao i ova novela ZPP-a Federacije iz 2015. godine. Odredbe novele ZPPRS i Novele FZPP-a su gotovo identične, uz neznatne pojmovne, jezične i nomotehničke razlike te razlike uvjetovane drukčijom organizacijom i nazivljem u pravosudnim sustavima entiteta.

2 Vidi Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa Obrazloženjem, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, juni 2015. godine, dalje - Prijedlog Novele, str. 36.

3 Tako Uprava za građansko pravo, Odjel za propise građanskog procesnog prava, Radnoj grupi za izradbu Nacrta prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Obrazloženje uz čl. 42, str. 31.

## **2. RAZLOZI I CILJ REGULIRANJA TONSKOG SNIMANJA ROČIŠTA**

Kao jedan od mogućih i zakonom dopuštenih načina dokumentiranja iznesenih činjenica, izjava i iskaza tijekom ročišta, moguće je dokumentiranje putem unošenja iznesenih činjenica, izjava i iskaza usmeno na zapisnik i to na način da stranke u postupku iznose svoje činjenične tvrdnje, koje tehničko osoblje (zapisničar) uz dopuštenje postupajućega suca, zapisničarskim tipkanjem unosi na zapisnik. Sve te činjenice, informacije i izjave vrlo se često unose po načelu interpretacije na način da postupajući sudac u pravilu interpretira ono što su stranka, njezin punomoćnik, svjedok ili vještak rekli ili imali namjeru kazati, na način da sudac usmeno diktira na zapisnik prepričavajući dati iskaz koji se unosi u zapisnik. Prilikom interpretacije iskaza ostavlja se mogućnost i prostor za ponekad pogrešnom interpretacijom koja za posljedicu može imati i zapisničko evidentiranje onoga što je suprotno od onoga što su stranka ili svjedok željeli misaono istaknuti. Stranke na kraju ročišta potpisom potpisuju zapisnik kao znak da su upoznate sa sadržajem zapisnika i istim tim potpisom potvrđuju da sve ono što je navedeno u zapisniku je autentično s onim što je usmeno izneseno tijekom ročišta. Međutim praksa je pokazala da stranke u postupku potpisuju zapisnik a da ga uopće nisu prethodno ni pročitale, a tek kasnije naknadnim uvidom u spis utvrde da je nešto što smatraju bitnim ispušteno iz zapisnika ili eventualno je neka iznesena činjenica pogrešno interpretirana, što stvara probleme i sudu i strankama. Stoga se slobodno može konstatirati da je ovakav način dokumentiranja na zapisnik izjava i činjenica iznesenih tijekom ročišta nedovoljno odgovarajući i navedeni način ostavlja prostor za sumnju i manipulaciju. Međutim, također se sa žaljenjem mora konstatirati da je upravo ovakav način dokumentiranja svih usmeno iznesenih činjenica, izjava iskaza tijekom ročišta masovno zastupljen pred sudovima u parničnim postupcima. Za razliku od usmenog interpretiranja iznesenih činjenica izjava i iskaza upisivanjem u zapisnik, drugi način evidentiranja izjava iskaza te činjeničnih tvrdnji usmeno iznesenih tijekom ročišta moguće je i putem tonskog snimanja, koje također predstavlja jedan od zakonom dopuštenih načina evidentiranja i dokumentiranja kronologije događanja tijekom pripremnog ročišta ili ročišta za glavnu raspravu. Tonskim snimanjem, kao jednim od načina tehničkog dokumentiranja, vrši se zapis svih činjenica, navoda i iskaza iznesenih tijekom ročišta.

Člankom 98. Novele dopunjen je zakonski tekst FZPP-a novim člancima 375a, 375b. i 375c. kojima se uvodi mogućnost tonskog snimanja ročišta. Predloženim člancima regulira se način postupanja suda prilikom provođenja tonskog snimanja, a svrha je unapređenje učinkovitosti sudskog postupka i veća vjerodostojnost dokaznog postupka.<sup>4</sup> Diktiranje u zapisnik tijekom rasprave znatno odugovlači njezino trajanje i iscrpljuje sve sudionike, a posebno predsjednika vijeća koji, nakon praćenja izjava sudionika i iskaza osoba koje ispituje, u zapisnik mora unijeti njihov bitni sadržaj pa bi snimanje rasprave, ako ne postoji obveza „paralelnog“ vođenja zapisnika kao da se rasprava ne snima, nedvojbeno dovelo do skraćivanja njezinog trajanja, a time i do

4 Usp. Prijedlog Novele, Obrazloženje, str. 51.

povećanja učinkovitosti sudstva.<sup>5</sup>

Cilj ove nove mogućnosti je ubrzanje postupka na način da se sud rastereti od unošenja izjava datih na ročištu na zapisnik, te ujedno da se omogući što točnije bilježenje onoga što je rečeno na ročištu, što doprinosi vjerodostojnosti dokaznog postupka.<sup>6</sup> Snimanje rasprave trebalo bi omogućiti odražavanje njezinog stvarnog tijeka i registriranje svih zbivanja u sudnici, što sa zapisnikom često nije slučaj. Kao što dvije osobe nikad ne bi istim riječima i na isti način opisale jedan događaj, tako niti dva suca ne bi na jednaki način reproducirali u zapisnik bitni sadržaj jednog iskaza ili neko drugo zbivanje u sudnici, zbog čega se nerijetko događa i da stranke (u pravilu već tijekom diktiranja zapisnika) stavljaju prigovore na sadržaj zapisnika, bilo o tome što bi iz iskaza ispitane osobe trebalo unijeti u zapisnik pošto stranka smatra da se radi o važnom dijelu iskaza a predsjednik vijeća to nije našao, bilo o tome što je ispitana osoba zapravo iskazala. Snimanje rasprave otklonilo bi takve primjedbe.<sup>7</sup> Snimanje tijeka rasprave omogućilo bi i provjeru pravilnosti i potpunosti procesnih upozorenja sudionicima u postupku i stvarnog sadržaja njihovih procesnih izjava. Drži se da tonsko snimanje bitno ubrzava odvijanje ročišta zbog otpadanja potrebe za ponavljanjem - diktiranjem pa je moguća učinkovitija koncentracija raspravnog gradiva, odnosno moguće je smanjiti broj ročišta. Osim toga, snimljeni materijal omogućava drugostupanjskom sudu točniji uvid u raspravno gradivo, što u većoj mjeri omogućava i suđenje u drugom stupnju. Dakle, realna je pretpostavka da je uvođenje tonskog snimanja kvalitetan pomak naprijed u pokušajima poboljšanja učinkovitosti građanskopravnog sudovanja.<sup>8</sup>

Financijskim ulaganjem od strane domaćih vlasti i stranih država, kao oblika pomoći BiH u reformi pravosuđa, sudovi su opremljeni suvremenim tehničkim sredstvima (računala, računarske mreže i serveri, pojedinačni i mrežni printeri, skeneri i dr.), bazični programi (*software*) su licencirani, omogućen je pristup internetu, a svaki sudac i službenik suda ima kompletnu PC konfiguraciju i osobnu e-mail adresu. Glavni ciljevi prema kojima je proces informatizacije pravosuđa Bosne i Hercegovine kontinuirano težio su pravodobno i učinkovito pružanje kvalitetnih usluga, i povećanje transparentnosti rada bosanskohercegovačkih sudova i tužiteljstava. Sve inovacije, aktivnosti i radnje su realizirane s namjerom donošenja dodatne koristi krajnjim korisnicima. Kako bi unaprijedili ove opće ciljeve, definirani su i konkretni podciljevi: povezivanje pravosudnih institucija sa drugim relevantnim tijelima, brza i učinkovita podatkovna razmjena, jeftinije sudske usluge; smanjenje broja osnovnih sudskih pogrešaka; standardizacija podataka; podsjetnici za sudsko

5 Vidi Tripalo, D., Snimanje ispitivanja osumnjičenika i snimanje rasprave prema prijedlogu ZID ZKP iz 2017. (7. Novela), rad u zborniku ur. A. Garačić i dr., *Novine u kaznenom zakonodavstvu - 2017.*, Opatija, 11.-12. svibnja 2017., str. 82.

6 Tako Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku, Radna grupa za izmjene i dopune ZPP U BiH, RS, FBiH i Brčko Distriktu BiH, Ilidža – 4. i 5. 2012. godine, dalje – Prijedlog 2012., str. 68.

7 Usp. Tripalo, D., op. cit., str. 82.

8 Vidi Bilić, V., Troškovi postupka, dostava i tonsko snimanje glavne rasprave prema Zakonu o izmjenama i dopunama ZPP-a 2011., u knjizi: Bilić, V. i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Zagreb, Novi informator, 2011, str. 80.

osoblje; zamjena papirnatih spisa elektroničkim; kreiranje baze podataka; efikasnije pružanje informacija i osnovne pravne pomoći građanima; fleksibilnije radno vrijeme i implementacija sustava za audio i vizualno snimanje.<sup>9</sup>

Svaki sud ima opremu za tonsko snimanje u kaznenom postupku. Zbog postojanja tehničkih i tehnoloških uvjeta za snimanje tijekom rasprave, zakonodavac se opredijelio zakonom urediti to pitanje i u parničnom postupku.<sup>10</sup> Primjenom informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku ostvaruju se brojne prednosti od kojih su najvažnije povećanje transparentnosti, brža dostupnost informacijama, olakšani pristup pravosuđu i ubrzanje postupka. Osim toga, informatizacijom parničnog postupka, odnosno informatizacijom svih građanskih sudskih procedura postižu se brojni racionalizirajući učinci za pravosuđe u cjelini i ostvaruju se značajne uštede. Naime, uspješnost primjene informacijske tehnologije ovisi o nizu elemenata kao što su odabrani zakonodavni okvir, jedinstveno (zemaljski ili kantonalno nepodijeljeno) uređenje, osiguranje znatnih financijskih sredstava za opremu, obrazovanje, pohranu i elektronički potpis.<sup>11</sup> Iako je svrha tonskog snimanja ročišta ubrzati proceduru, u primjeni su se mogle očekivati poteškoće u početnom uhdavanju - rukovanju s novom opremom, preraspodjeli poslova zapisničara i sl.

Tonsko snimanje kao procesna mogućnost poznata je u većini europskih zemalja i znatno olakšava i čini vjerodostojnijim dokazni postupak. Dakako, za to trebaju postojati tehnički preduvjeti te se ova mogućnost uvodi postupno, odnosno nakon što pojedini sud stekne uvjete za to.<sup>12</sup> Tonsko snimanje rasprava otvoreno je tek kao mogućnost - ono nije obvezatno. Operacionalizacija određaba o tonskom snimanju

- 9 Neposredno prije uvođenja informacijsko-komunikacijskih tehnologija (IKT) u pravosudni sistem, sudovi i tužiteljstva su imali tek nešto više od 500 kompjutera na kojima skoro uopće nije bilo licenciranog softvera. Evidencije u predmetima vođene su ručno, a da bi se dobila neka informacija bilo je neophodno pregledati brdo papirnatih spisa. VSTV BiH je 2004. godine, usvajanjem Strategije informatizacije pravosuđa BiH, započeo proces mijenjanja načina funkcioniranja pravosudnih institucija koji se nije važnije promijenio od početka 20. stoljeća. Motiv iza donošenja ove strategije je bio utemeljen na činjenici da bez IKT-a pravosuđe ne bi bilo u mogućnosti pružiti kvalitetne i moderne usluge, koje bi mogle odgovoriti potrebama društva, zbog čega je VSTV BiH pokrenuo proces informatizacije pravosuđa kroz uspostavu neophodne infrastrukture, te uvođenja suvremenih i potrebnih pravosuđa prilagođenih IKT rješenja. Provodeći proces informatizacije pravosuđa u BiH, VSTV je uvijek bio rukovođen krajnjim ciljevima ovog procesa, točnije: pravodobnim i učinkovitim pružanjem kvalitetnih usluga, i povećanjem transparentnosti rada bih sudova i tužilaštava. Sve inovacije i aktivnosti u procesu informatizacije pravosuđa realizirane su s namjerom da donesu dodatnu korist krajnjim korisnicima, odnosno građanima Bosne i Hercegovine. Vidi Počeci informatizacije pravosuđa u Bosni i Hercegovini, podatak na stranici: <https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=68508>; posjet 27. 12. 2018
- 10 Usp. Kulenović, Z., *Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Domaća i strana sudska praksa - stručni i informativni časopis*, godina XI, 60/2014, str. 43.
- 11 Tako Maganić, A., *Elektroničko vođenje postupka*, u knjizi: Mihajlo D. i dr., *Novosti u parničnom postupku - Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku* (NN br. 57/11), Zagreb, Organizator d.o.o., 16. lipnja 2011, str. 73. Inače, u Sloveniji se pokazalo da je jedan sat rasprave šest sati za prepisivače, pa se može očekivati porast opsega posla zapisničara.
- 12 Vidi Kontrec, D., *Žalba protiv presude*, u knjizi Bilić, V. i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Zagreb, Novi informator, 2011, str. 84.

višestruko je uvjetovana. Ponajprije takvo snimanje je potrebno razraditi odredbama Sudskog poslovnika,<sup>13</sup> kao što je i predviđeno odredbom st. 2. čl. 375b. FZPP-a.

### **3. DONOŠENJE ODLUKE O TONSKOM SNIMANJU ROČIŠTA**

Odredbom članka 375a. FZPP-a uvodi se u parnični postupak mogućnost tonskog snimanja ročišta, o čemu odlučuje sud rješenjem, svojom inicijativom ili na prijedlog stranke. Također se određuje da protiv toga rješenja nije dopuštena žalba, te da se tonska snimke mora dostaviti strankama.

Specifičnost ovog načina tehničkog dokumentiranja ogleđa se u vrlo bitnoj činjenici što se tonskim zapisom na autentičan i izvoran način dokumentira svaka usmeno iznesena činjenična tvrdnja parničnih stranaka i iskaz tijekom postupka, upravo onakav kakav je stranka u postupku i istaknula. Upravo ta autentičnost i izvornost tehničkog dokumentiranja činjeničnih tvrdnji i izjava putem tonskog snimanja daju jamstvo izvornosti i istovjetnosti onih činjenica koje su stranke u postupku iznijele a koje dokazuju osnovanim tužbeni zahtjev ili isti osporavaju kao neutemeljen. Stoga se može zaključiti da tonsko snimanje kao način tehničkog dokumentiranja svih iznesenih činjenica tijekom ročišta predstavlja odgovarajući i prihvatljiv način zapisničkog evidentiranja svega onoga što su stranke iznijele tijekom parničnog postupka.

Tonska snimke (ročišta) ima višestruku važnu ulogu u parničnom postupku. On je pomoćno sredstvo suda pri sastavljanju zapisnika, kao dokazno sredstvo on je predmet očevida, pretpostavlja prihvaćanje i primjenu europskih standarda u bosanskohercegovačkom procesnom pravu, kao procesna mogućnost poznato je u većini europskih zemalja, olakšava i čini vjerodostojnijim dokazni postupak i sl.

Ročišta pred sudom mogu se tonski snimati, a o tonskom snimanju rješenjem odlučuje sud sam ili na prijedlog stranke. Dakle, radi se o opciji, mogućnosti koju sudac može (a ne mora) koristiti,<sup>14</sup> a ne o procesnoj dužnosti. Hoće li se ta mogućnost realizirati ili ne, ovisi o odluci suca pojedinca ili predsjednika vijeća koji će o tome odlučiti rješenjem *ex officio* ili u povodu prijedloga stranke.<sup>15</sup> Držimo dobrim rješenjem što je zakonodavac u st. 2. ostavio mogućnost da sud odlučuje o tonskom

13 Tako i podrobnije kod Dika, M., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011. - Opći pregled*, u knjizi Bilić V. i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Zagreb, Novi informator, 2011, str. 24.

14 Usp. Bilić, V., op. cit., str. 79.

15 Tako je u jednom predmetu pred Višim (Apelacijskim) sudom u Novom Sadu pripremno ročište zakazano za 20. 11. 2014. godine "ali nije održano zbog protesta i obustave rada advokata, kao ni naredno ročište zakazano za 20. 01. 2015. godine. Po okončanju protesta advokata, ročište je zakazano za 07. 04. 2015. godine ali je prekinuto na zahtev tužioca jer nije udovoljeno njegovom zahtevu za tonsko snimanje, za koje sud nije imao tehničkih uslova. Proverom u upravi Višeg suda u Novom Sadu postupajući sudija je utvrdio da ne postoje tehnički uslovi za audio i video snimanje ročišta o čemu je obavješten i tužilac. I naredno ročište zakazano za 19.06.2015. godine je takođe odloženo na predlog tužioca, koji je insistirao na tonskom snimanju, zahtevajući da sud nakon obezbeđenja tonskog snimanja, odluči o dinamici izvođenja dokaza". Vidi odluku: Apelacioni sud u Novom Sadu, Broj: Ržr-1/17, Datum: 19. 06. 2017. godine.

snimanju ročišta i na prijedlog „stranke“, a ne „stranaka“ kao što je to odredio hrvatski zakonodavac. Naime, kako se čl. 126a. st. 2. hrvatskog ZPP-a prilikom određivanja mogućnosti stranaka da predlože tonsko snimanje ročišta koristi formulacijom prijedlog „stranaka“, sudac pojedinac ili predsjednik vijeća ne može odrediti tonsko snimanje ročišta na zahtjev samo jedne stranke. To ujedno implicira potrebu da su u slučaju tonskog snimanja ročišta iniciranom na prijedlog stranaka obje stranke suglasne s tonskim snimanjem. Kada bi tonsko snimanje ročišta određivao sud *ex officio*, suglasnost stranke ili stranaka s tonskim snimanje bila bi irelevantna.<sup>16</sup>

Strankama ne bi trebalo biti dopušteno tonsko ni video snimanje ročišta vlastitim uređajima.<sup>17</sup>

#### 4. POHRANA TONSKOG ZAPISA

Odredbom st. 1. članka 375b. FZPP-a izrijekom je propisano da je tonska snimke ročišta dio spisa sudskog predmeta. To znači da će se tonski zapis unijeti u spis predmeta kronološkim redom i označiti rednim brojem u «popis spisa predmeta». Tonske/audio zapise s ročišta trebalo bi uložiti u omote spisa predmeta koristeći plastične košuljice koje se pričvršćuju na odgovarajući način (*arg.* Pravilnik o unutrašnjem sudskom poslovanju („Službeni glasnik BiH“ broj 66/12 i 40/14, dalje - Pravilnik, članak 44. st. 7.)

Odredbom članka 375b. FZPP-a uređuje se i način pohranjivanja tonske snimke te se istovremeno nalaže da se sudskim poslovnikom detaljnije urede način pohranjivanja, prijenosa tonske snimke, tehnički uvjeti i način snimanja.

To znači da odredbe o tonskom snimanju nisu izravno primjenjive u praksi. Potrebno je prije primjene ispuniti određene tehničke (faktične) i pravne pretpostavke. Osim toga, to znači da nisu svi problemi riješeni, neki niti naznačeni. Može se tako spomenuti povećani volumen spisa (zapisnik obuhvaća sve izgovoreno), povećanu potrebu za prepisivanjem, otežanu drugostupajnsku provjeru materijala i sl.<sup>18</sup> Ostaje otvorena mogućnost odabira hoće li se snimati cijela rasprava ili ročište ili samo točno određeni dijelovi ročišta. S jedne strane, izbjegne li se tonsko snimanje cijele rasprave pa se snimaju točno određeni dijelovi ročišta (u skladu s odredbom članka 374. FZPP-a), udovoljilo bi se zakonskim pretpostavkama nužnim za sastavljanje zapisnika. S druge strane, budu li se rasprava ili ročište snimali od početka ročišta za raspravu do njegova okončanja, uzimajući u obzir obvezu da tonska snimke u pisanom obliku mora sadržavati sve što je tonski snimljeno, postupanje suda nakon provedenog tonskog snimanja iziskivalo bi dodatne personalne troškove potrebne radi pravodobnog prijenosa tonske snimke u pisani oblik i moguće stvaralo zbrku.<sup>19</sup>

16 Vidi Maganić, A., op. cit., str. 81.

17 U tom smislu vidi Smjernice općinskog suda u Sarajevu za postupanje u parničnom postupku, članak 26.

18 Vidi Bilić, V., op. cit., str. 80.

19 Tako Maganić, A., op. cit., str. 83.

## **5. NAČIN I OBLIK SAČINJAVANJA PISANOG OBLIKA TONSKOG ZAPISA**

Odredbama članka 375c. FZPP-a propisuju se način i rokovi sačinjavanja pisanog oblika tonske snimke, pravo stranaka na pisani prijepis te postupak ispravka prijepisa tonske snimke.

Tijekom ročišta parnične stranke i drugi sudionici u postupku usmeno iznose svoje činjenične tvrdnje, daju izjave i iskaze na okolnosti predmeta raspravljanja. Sve te usmeno iznesene činjenične tvrdnje, iskazi i izjave, koje su bitne za tijek parničnog postupka moraju na određeni način biti pisano dokumentirane u zapisnik s održanog ročišta. Odredbom čl. 375c. propisano je da sud mora tonska snimke prenijeti i u pisani oblik u roku osam dana od dana snimanja. Pisani oblik mora biti sačinjen u skladu s odredbama člana 374. FZPP-a kojima se uređuje sadržaj zapisnika, što znači da mora sadržavati: naziv suda, mjesto gdje se obavlja radnja, dan i sat kad se obavlja radnja, naznaka predmeta spora i imena nazočnih stranaka, odnosno trećih osoba (primjerice, umješači, svjedoci, vještaci), i njihovih zakonskih zastupnika, odnosno punomoćnika (FZPP, čl. 374. st. 1).<sup>20</sup> Pisani oblik tonske snimke mora sadržavati mora sadržavati sve što je snimljeno u tonskoj snimci, a posebno bitne podatke o sadržaju poduzetih radnji (arg. FZPP, čl. 374. st. 2).<sup>21</sup>

## **6. PRIJEPIS TONSKOG ZAPISA I PRIGOVOR STRANKE**

Stranke su ovlaštene tražiti prijepis tonske snimke u roku osam dana od dana kada je tonska snimke sačinjen. FZPP ne propisuje na koji način sud treba omogućiti strankama uvid u tonski zapis (kopija pisanog prijepisa, pravo na uvid u prostorijama suda i sl.) niti je propisan rok u kojemu sud mora udovoljiti tom zahtjevu, a nije predviđena mogućnost i razlozi zbog kojih sud eventualno ne bi udovoljio zahtjevu stranke. Iz dikcije odredbe st. 5. čl. 375c. FZPP-a dalo bi se zaključiti da bi sud strankama ipak trebao dostaviti prijepis tonske snimke. U svakom slučaju ove i druge dvojbe trebat će se detaljnije urediti u sudskom poslovníku.

Ako se prijepis tonske snimke i tonska snimke u bitnome razlikuju, stranka ima pravo podnijeti obrazloženi prigovor u roku osam dana od dana dostave prijepisa, a sud je o prigovoru dužan u roku od tri dana odlučiti rješenjem protiv kojega nije dozvoljena posebna žalba, a kojim sud može prigovor odbiti ili prihvatiti. Ako sud prihvati prigovor, dužan je izmijeniti prijepis tonske snimke (FZPP, čl. 375c.).

20 Iako je u odredbi čl. 374. st. 1. FZPP-a izostavljena sintagma „i sastav suda“ iz čl. 113. st. 1. SFZPP-a, vjerojatno zbog toga jer se smatrala nepotrebnom s obzirom na odredbu čl. 13. FZPP-a prema kojoj u prvostupanjskom postupku sudi sudac pojedinac, držimo ipak bitnim da se u zapisniku navodi podatak o osobama koje su prisutne od strane suda (sudac, zapisničar), jer taj podatak može biti značajan, među ostalim, i za kontrolu je li u donošenju odluke sudjelovao sudac koji nije sudjelovao na glavnoj raspravi, koji se po zakonu morao izuzeti ili je rješenjem suda bio izuzet. Čizmić, J., Komentar Zakona o parničnom postupku, 2. izdanje, Sarajevo, Privredna štampa, 2016., str. 1079-1081.

21 U st. 2. vjerojatno je došlo do redakcijske pogreške jer bi, radi smislenog tumačenja i primjene ovoga stavka, iza riječi „ovog zakona“ trebalo ubaciti slovo „i“.



## **7. ZAKON O KAZNENOM POSTUPKU, UPUTE SUDOVA I SUDSKI POSLOVNIK**

1. Odredbom čl. 88. st. 1. Pravilnika o unutrašnjem sudskom poslovanju (u daljnjem tekstu: Pravilnik), koji je donijelo Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine na sjednici održanoj 11. srpnja 2012. godine, regulirano je da se, u skladu s odredbama Zakona o kaznenom postupku, audio odnosno video snimanje glavnih pretresa vrši u skladu s uputom o snimanju glavnih pretresa i načinu rukovanja s audio odnosno video opremom u sudnici (koje je trebalo biti sastavni dio Pravilnika). Tako Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13“) u članku 155. i Zakon o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine, FBiH br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10) u članku 169. na gotovo istovjetan način uređuju snimanje radnji poduzetih tijekom postupka uređajima za optičko i zvučno snimanje. Propisuju da se sve radnje poduzete tijekom kaznenog postupka u pravilu snimaju uređajem za zvučno snimanje o čemu tužitelj (državni odvjetnik) ili ovlaštena službena osoba prethodno trebaju obavijestiti osobu koja se ispituje i poučiti je da ima pravo zatražiti reprodukciju snimke kako bi provjerila svoju izjavu. Snimke mora sadržavati sve podatke koje mora sadržavati i pisani zapisnik (naziv organa pred kojim se obavlja radnja, mjesto gdje se obavlja radnja, dan i sat kad je radnja započeta i završena, imena i prezimena prisutnih osoba i u kojem svojstvu radnji prisustvuju, kao i oznaku kaznenog predmeta po kojem se poduzima radnja, sadržavati bitne podatke o toku i sadržaju poduzete radnje), kao i podatke potrebne za utvrđenje istovjetnosti osobe čija se izjava snima i podatak u kojem svojstvu ta osoba daje izjavu. Na zahtjev ispitane osobe snimke će se odmah reproducirati, a ispravke ili objašnjenja te osobe će se snimiti. U zapisnik treba unijeti da je obavljeno zvučno snimanje, tko je snimanje obavio, da je osoba koja se ispituje prethodno obaviještena o snimanju, da je snimke reproducirana i gdje se zvučna snimke čuva ako nije priložena spisima predmeta. Tužitelj (državni odvjetnik) može odrediti da se zvučna snimke u cjelini ili djelomično prepíše, te će prijepis pregledati, ovjerovati i priključiti zapisniku. Zvučna snimke čuva se do vremena do kojeg se čuva i kazneni spis. Tužitelj (državni odvjetnik) može dozvoliti da osobe koje imaju opravdani interes snime izvođenje istražne radnje uređajem za zvučno snimanje. Snimke se ne mogu javno izvoditi bez pisanog odobrenja stranaka i sudionika snimljene radnje.

Za razliku od parničnog postupka, tijekom kaznenih postupaka u većini slučajeva osigurano je tonsko snimanje suđenja na način da se sve izjave i iskazi stranaka tijekom kaznenog postupka tonski snimaju i nakon toga se preslušavaju i pretpikavaju u autentičnom obliku u zapisnik s ročišta. Razlog zašto je tonsko snimanje zastupljeno u kaznenom postupku ali ne i u parničnom postupku, jeste taj što organizacijski na razini suda na kaznenom referatu radi znatno manji broj sudaca u odnosu na parnični referat, tako da je postupajućim sucima koji sude u kaznenom postupku moguće osigurati i odgovarajuću sudnicu kao i sva potrebna tehnička pomagala za tonsko snimanje tijekom kaznenog postupka, dok je na parničnom referatu potreban angažman

većeg broja sudaca parničara pa samim time potrebne su i odgovarajuće sudnice i tehnička pomagala koja trenutno pravosudna zajednica nije u mogućnosti osigurati. Zbog toga tonsko snimanje ročišta još uvijek nije zaživjelo u sudovima, a parnični suci zbog nedostatka sudnica, prema našim saznanjima, suđenja organiziraju u vlastitim uredima površine oko 10 m<sup>2</sup>, u kojim ponekad ne mogu stati sve stranke i vještaci u postupku, a javnost, iako nije isključena, zbog tehničkih i organizacijskih razloga je u većini slučajeva spriječena ostvariti pravo na pristup ročištu tijekom suđenja (sukladno načelu javnosti).

2. Pravilnikom je nadalje posebno određeno da svaki sud može odlučiti snimati rasprave i u drugim sudskim predmetima (Pravilnik, čl. 88. st. 2.). U tom smislu predsjednici više sudova donijeli su uputstva/pravilnike o izradi i čuvanju audio i video snimki sačinjenih tijekom sudskog postupka (primjerice, Kantonalni sud u Livnu, Okružni sud u Banja Luci, Osnovni sud u Novom Gradu, Osnovni sud u Bijeljini, Općinski sud u Sarajevu i dr.). Njima se uređuje način izrade i čuvanja audio i video snimki sačinjenih tijekom sudskog postupka. Konkretno, tko obavlja snimanje, kada počinje i završava snimanje, rješavanje eventualnih tehničkih problema, upozorenja sudionicima postupka od strane postupajućeg suca, provjera tehničke ispravnosti snimljenog materijala, pohranjivanje i čuvanje snimljenog materijala te mogućnost izrada kopija snimljenog materijala. Tako se određuje da audio ili video snimanje sudskog postupka ili njegovih pojedinih faza (ročišta) obavljaju zapisničar (negdje asistent) i sudac u skladu sa zakonom. Zapisničar je dužan najmanje dvadeset minuta prije započinjanja radnje koja se snima provjeriti tehničku ispravnost opreme za audio ili video snimanje i o stanju te opreme odmah obavijesti postupajućeg suca. Ako to potrebe u pojedinom slučaju zahtijevaju, zapisničar i sudac mogu zatražiti stručnu i tehničku pomoć službenika za informacijsko-komunikacijske tehnologije u sudu – tehničkog operatera koji im je dužan u svakom slučaju pružiti traženu stručnu i tehničku pomoć.

Audio ili video snimanje počinje kada sudac ili članovi sudskog vijeća sjednu u sudnicu ili drugu prostoriju gdje se snimanje ima obaviti, a završava se njihovim izlaskom iz sudnice ili druge prostorije.

U slučaju kada dođe do tehničkog problema koji onemogućava snimanje sudskog postupka zapisničar je dužan o tome odmah obavijestiti postupajućeg suca ili predsjednika vijeća koji o tehničkom problemu trebaju odmah obavijestiti tehničkog operatera i zatražiti njegovu pomoć radi otklanjanja tehničkog problema. Za vrijeme otklanjanja tehničkog problema sudac ili predsjednik vijeća dužni su odrediti prekid u poduzimanju procesne radnje do otklanjanja tehničkog problema, a nakon otklanjanja tehničkog problema sudac ili predsjednik vijeća trebaju nastaviti prekinutu radnju u skladu sa zakonom. U slučaju kada se tehnički problem ne može otkloniti, a snimanje je već bilo započeto, sudac odnosno predsjednik vijeća može odlučiti da se započeta radnja odloži do otklanjanja tehničkog problema ili da se započeta radnja ponovo obavi bez audio ili video snimanja u slučaju kada je to zakonom dopušteno.

Prije poduzimanja radnje snimanja postupajući sudac dužan je upozoriti sve prisutne osobe čije izjave će se snimati da su prilikom davanja izjave dužni govoriti glasno u mikrofonski, odnosno da su dužni šutjeti za vrijeme davanja izjave, te da mogu

dobiti riječ tek nakon odobrenja suca ili predsjednika vijeća.

Zapisničar je dužan po završetku snimanja provjeriti tehničku ispravnost snimljenog materijala. U slučaju tehničke neispravnosti snimljenog materijala zapisničar je dužan o tome odmah obavijestiti postupajućeg suca i tehničkog operatera.

Audio ili video snimci čuvaju se u predmetnom spisu u posebnoj zatvorenoj omotu-koverti. Na omotu zapisničar označava: da se radi o audio ili video snimku, datum sačinjavanja snimke, poslovni broj spisa te kratki sadržaj snimke. Kratki sadržaj snimke označava se i na mediju, uz naznaku datuma i poslovnog broja spisa. Prije stavljanja snimke u omot zapisničar je dužan na samom mediju za pohranu podataka (CD i mini disk) označiti poslovni broj spisa kojem pripada taj medij ili datum prve radnje koja je snimljena na mediju. Nakon toga zapisničar je dužan omot pričvrstiti za spis. Otvaranje omota u kom se nalazi snimke može se obaviti samo uz prethodnu dozvolu postupajućeg suca, i o tome u spisu treba sačiniti službenu zabilješku.

Na zahtjev stranke, branitelja, punomoćnika stranke ili njezinog zakonskog zastupnika sud može, po odobrenju postupajućeg suca, dozvoliti izradu kopije audio materijala na CD. Osoba koja traži kopiju dužna je prethodno platiti novčanu naknadu. Kopiranje snimljenog materijala obavlja IKT-e tehničar suda. Izvorni snimljeni materijal po okončanom kopiranju treba vratiti u spis pri čemu postupajući sudac u spisu treba sačiniti službenu zabilješku o tome da je obavljeno kopiranje i na čiji zahtjev.

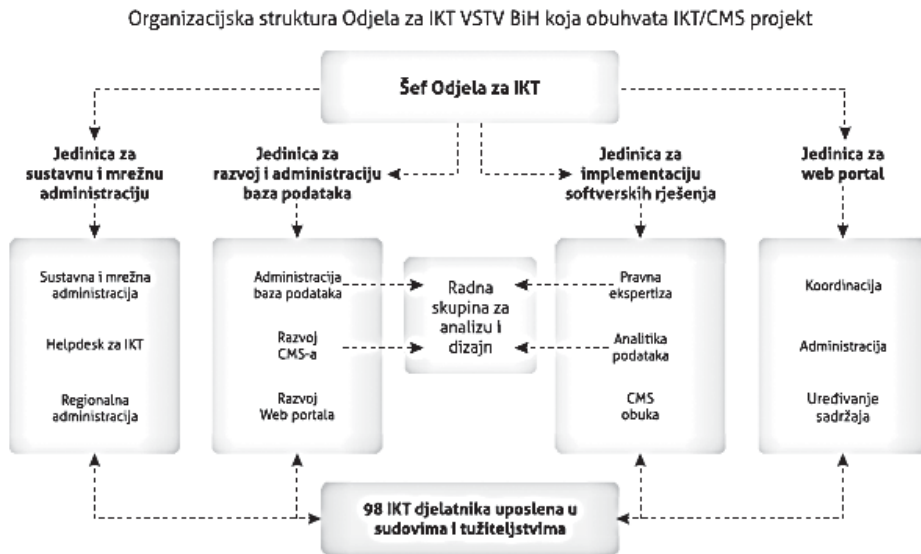
Kako su navedene upute u velikoj mjeri unificirane mogla bi poslužiti kao predložak za izmjene i dopune Pravilnika o unutrašnjem sudskom poslovanju (Sudskog poslovnika) te izradu uputa o snimanju glavnih pretresa i načinu rukovanja s audio, odnosno video opremom u sudnici koje je dužno izraditi VTSV (arg. Pravilnik, čl. 88. st. 1.).

3. Na temelju članka 17. točka 19. i 30. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 25/04, 93/05, 48/07, 15/08), članka 37. stav 1. Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, broj 38/05, 22/06, 63/10, 72/10) i članka 33. stav 1. Zakona o sudovima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, broj 19/07, 20/07), Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, na sjednici održanoj 11. 07. 2012. godine, donijelo je Pravilnik kojim se uređuje organizacija i način unutrašnjeg poslovanja općinskih i kantonalnih sudova, Osnovnog i Apelacijskog suda Brčko Distrikta BiH i Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: sud) i druga pitanja značajna za unutrašnje sudsko poslovanje (Pravilnik, čl. 1.). Odredbom čl. 88. Pravilnika propisano je da se, sukladno odredbama Zakona o kaznenom postupku, audio odnosno video snimanje glavnih pretresa vrši u skladu s uputstvom o snimanju glavnih pretresa i načinu rukovanja s audio odnosno video opremom u sudnici (koje je trebalo biti sastavni dio Pravilnika). Usto, svaki sud ovlašten je odlučiti hoće li snimati rasprave i u drugim sudskim predmetima, i to na način koji treba biti predviđen navedenim uputstvom.

Pravilnik sadrži zasebni dio - poglavlje XVI – upotreba informacijsko-komunikacijskih tehnologija u sudovima – u kojemu se uređuje: organizacija informacijsko-komunikacijskog sustava (dalje -IKT); načela korištenja IKT-a;

uvođenje IKT-a u pravosudni sustav; pravosudni informacijski sustav; administracija pravosudnog informacijskog sustava;<sup>22</sup> nadležnosti za administraciju; održavanje pravosudnog informacijskog sustava;<sup>23</sup> korisnička podrška;<sup>24</sup> elektronička pošta;<sup>25</sup> pristup internetu.<sup>26</sup> Bez informacijske i komunikacijske tehnologije nemoguće je pružiti visokokvalitetne i moderne sudske usluge koje će odgovoriti svim potrebama društva.<sup>27</sup>

- 
- 22 Administracija Pravosudnog informacijskog sustava je kontinuirana djelatnost Sekretarijata i sudova, a podrazumijeva: instalaciju, konfiguraciju, nadzor i pravljenje rezervnih kopija svih komponenti sistema (Pravilnik, čl. 95.).
- 23 Pravosudni informacijski sustav obuhvaća sve IKT-e koje se uvode u sudove na osnovu propisa koje donese VSTV. Korisnici Pravosudnog informacijskog sustava su suci i drugi zaposlenici u sudu, članovi VSTV-a i zaposlenici u Sekretarijatu VSTV-a (u daljnjem tekstu: Sekretarijat). Federalno ministarstvo pravde Federacije BiH, kantonalna ministarstva pravde te Pravosudna komisija Brčko Distrikta BiH kao korisnici pravosudnog informacijskog sustava imaju pravo pristupa statističkim izvještajima o radu sudova iz svoje nadležnosti u skladu s aktima VSTV-a kojima se regulira korištenje pravosudnog informacijskog sustava (Pravilnik, čl. 94.).
- 24 „(1) Korisnička podrška predstavlja skup procesa i ljudskih potencijala angažiranih na pružanju podrške svim korisnicima Pravosudnog informacionog sistema u evidentiranju, analiziranju i rješavanju hardverskih i softverskih problema.  
(2) VSTV posebnim uputstvom utvrđuje organizaciju, način pružanja i principe funkcioniranja sistema korisničke podrške.  
(3) Ovlaštena lica u sudovima dužna su se pridržavati procedura iz uputstva iz stava (2) ovog člana, te izvještavati sekretara suda i VSTV o svim važnim problemima u funkcioniranju IKT sistema i mjerama poduzetim za njihovo rješavanje“ (Pravilnik, čl. 98.).
- 25 „(1) Elektronska pošta Pravosudnog informacionog sistema omogućava razmjenu informacija i službenih podataka između sudaca, stručnih suradnika i ostalih zaposlenika u svim sudovima u BiH i VSTV-u.  
(2) Putem ove elektronske pošte omogućena je i razmjena informacija i podataka sa svim ostalim korisnicima elektronske pošte na internetu.  
(3) Sva interna obavještenja i informacije upućene sucima, stručnim suradnicima i ostalim zaposlenicima u sudu distribuiraju se elektronskom poštom Pravosudnog informacionog sistema.  
(4) Suci, stručni suradnici i ostali zaposlenici dužni su svakog radnog dana provjeravati svoj pretinac elektronske pošte“ (Pravilnik, čl. 99.).
- 26 “Sekretarijat kreira funkcionalan i siguran pristup internetu za sve sudove” (Pravilnik, čl. 100.).
- 27 O razvoju prava u području ICT-a vidi Rosonoer, J., *Cyber Law: The Law of the Internet*, New York, Springer-Verlag, 1996.



Slika 1. Organizacijska struktura Pravosudnog informacijskog sustava BiH (preuzeto sa [https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet.jsessionid...?p\\_id\\_doc=1649-02.01.2019.](https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet.jsessionid...?p_id_doc=1649-02.01.2019.))

Pravilnik se, dakle, detaljno bavi upotrebom informacijsko-komunikacijskih tehnologija u sudovima definirajući njihovo uvođenje, principe korištenja u sudovima i administraciju nadležnosti informacijsko-komunikacijskih tehnologija u sudovima u okviru pravosudnog informacijskog sustava Federacije Bosne i Hercegovine i Distrikta Brčko BiH.<sup>28</sup> IKT (*engl.* kratica – *ICT*) se definiraju kao djelatnost i oprema koja čini tehničku osnovu za sustavno prikupljanje, pohranjivanje, obradbu, širenje i razmjenu informacija različita oblika, tj. znakova, teksta, zvuka i slike. Donedavno izolirana računala danas najvećim dijelom međusobno povezana u jedinstvenu računalnu mrežu, preko koje se velikom brzinom mogu razmjenjivati informacije, tekst, slike, zvuk i dr.<sup>29</sup>

Primjena informacijske tehnologije u pravu može se razmatrati u odnosu na pojedina pravna područja, kao što su pravosuđe, zakonodavstvo i javna uprava. Proces obrade pravnih podataka je pronalaženje osnovnih pravnih izvora. Ti izvori nalaze se kao pisana pravila u raznim zakonima, propisima i sudskim odlukama. Najnovija dostignuća na području primjene informacijske tehnologije u pravu kreću se u pravcu konstruiranja visoko sofisticiranih, tj. inteligentnih pravnih informacijskih sustava

28 O razvoju informacijskih sustava u tijelima javne vlasti vidi više u Šimundić, S., Boban, M., Development And Informatization Of Regional And Local Governments, Proceeding Vol. V. DE & ISS & miproBIS & LG & SP, Čišić, D., et al. editor(s), Zagreb: Croatian Society for Information and Communication Technology, Electronics and Microelectronics - MIPRO, 2009., str. 263-267.

29 Definicija informacijsko-komunikacijskih tehnologija prema Brozović, D., Hrvatska enciklopedija, vol 5., Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, 1999., str. 111.

primjenom tzv. umjetne inteligencije uz tehnološku podršku računala.<sup>30</sup>

U posljednjih nekoliko godina uložen je ogroman napor u razvoj i poboljšanje informacijskih sustava u pravosuđu koji omogućavaju lakše prikupljanje, dostupnost i obradu podataka čime se uspostavlja standardizacija pravosudnog sustava i osigurava pravna sigurnost građana.<sup>31</sup> Informatizacija poslovnih procesa u pravosuđu podrazumijeva izgradnju integralnih informacijskih sustava s ključnim elementima koji daju podršku udaljenim lokacijama, omogućavaju dostupnost informacija u realnom vremenu, njihovu pouzdanost te sigurnost pristupa i sigurnost podataka.<sup>32</sup>

Što se nadležnosti VTSV-a u ovom području tiče, ono vodi, koordinira i nadgleda korištenje IKT-a u sudovima kako bi se u tom pogledu postigla i održala uniformnost u upotrebi IKT-a u Pravosudnom informacijskom sustavu Bosne i Hercegovine u svim sudovima. VSTV donosi pravilnike, upute i instrukcije kojima se regulira način korištenja IKT-a u sudovima, sigurnosne procedure, organizacija IKT podrške i druga pitanja u svezi s primjenom IKT-a u sudovima (Pravilnik, čl. 91.).<sup>33</sup> VTSV odobrava i uvođenje novih softverskih i sistemskih rješenja u sudovima (Pravilnik, čl. 93.). VSTV utvrđuje pravila pristupa i korištenja interneta u službene svrhe (Pravilnik, čl. 100. st. 2.).

Administracija Pravosudnog informacijskog sustava<sup>34</sup> definirana je kao kontinuirana djelatnost tajništva i sudova. Pravilnik pod administracijom podrazumijeva: instalaciju, konfiguraciju, nadzor i izradu rezervnih kopija svih komponenti sustava (Pravilnik, čl. 95.). Nadležnost za administraciju delegirana je Tajništvu, službenicima zaduženim za ICT u matičnim sudovima i višim sudovima (Pravilnik, čl. 96.). Rad administracije informacijskog sustava temelji se na zaštiti i

30 Vidi Raharanab, V., Introduction to information technology, PHI Learning Pvt. Ltd., 2018., str. 1-19; Evans, C., Kompjutorski izazov, Zagreb, 1982., str. 10.; Grbavac, V., Zagreb, Informatika, 1995., str. 1-8.

31 Vidi više u Council of Europe, Design of Court Systems and Legal Information Systems: Methods for Setting Up, Managing and Re-designing Systems in a Cost-effective Manner, Proceedings, 13th Colloquy on Legal Data Processing in Europe, Vienna (Austria), 15-17 April 1998, vol. 457, Council of Europe, 2000.

32 Preuzeto s mrežne poveznice <https://pravosudje.gov.hr/pravosudni-sustav-11207/ministarstvo-pravosudja-11355/informacijski-sustavi-u-pravosudnim-tjelima/11393> (posjet 03. 01. 2018.).

33 „(1) Sekretarijat administrira: a) servise u data centrima, b) opremu za povezivanje na pravosudnu mrežu širokog pojasa (ruteri, sistemi za obranu mreže od neovlaštenog upada, detekciju i prevenciju upada itd.), c) sisteme za autentifikaciju korisnika i infrastrukturnih servisa na serverima smještenim u sudovima, d) aktivne mrežne opreme (preklopnika) u LAN mrežama sudova.

(2) IKT službenici u matičnim sudovima administriraju: a) korisničke naloge za suci i administrativno osoblje, b) podatke pohranjene na serverima datoteka, c) radne stanice i print servere.

(3) IKT službenici u višim sudovima ovlaštene su da vrše administraciju iz stava (2) u sudovima sa svog područja, uz prethodno odobrenje predsjednika višeg suda i suda u kojem se administracija treba provesti“ (Pravilnik, čl. 96.).

34 Metodologija zaštite informacijskih sustava značajna je aspekt zaštite i sigurnosti svakog informacijskog sustava. O administraciji informacijskih sustava općenito vidi Portela, I. M., Organizational, Legal, and Technological Dimensions of Information System Administration, IGI Global, 2013.

očuvanju sigurnosti podataka umreženih sustava i uklanjanju izvora opasnosti kojima je sustav izložen. Potrebno je istaknuti da apsolutna zaštita sustava i podataka ne postoji. Zato je korektnije smatrati da sustav zaštite ne omogućuje apsolutnu zaštitu podataka, već da se prije svega radi o metodama koje u velikoj mjeri umanjuju opasnosti kojima su izloženi.<sup>35</sup>

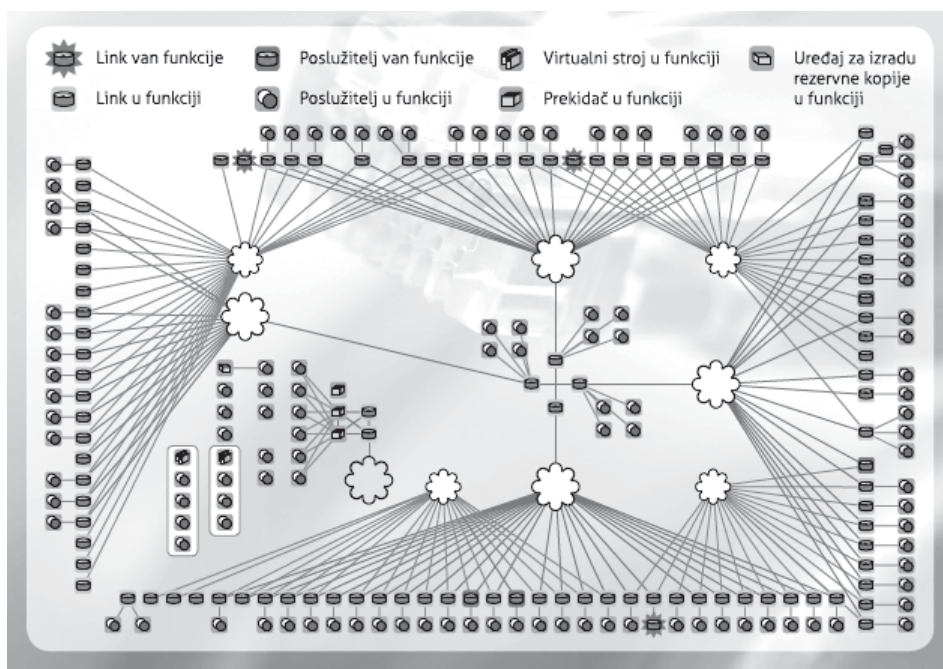
IKT se koriste u sudovima radi unaprjeđenja učinkovitosti njihovog rada. Korisnici IKT-a u sudovima dužni su poduzimati sve nužne mjere radi zaštite integriteta i sigurnosti IKT sustava pravosuđa i podataka koji su u njemu pohranjeni.<sup>36</sup> IKT se koriste isključivo u službene svrhe u skladu s propisima koje donosi VSTV, a samo iznimno IKT se mogu koristiti u privatne svrhe ako takva upotreba ne ugrožava IKT sustav i ukoliko su za nju potrebni minimalni dodatni troškovi (Pravilnik, čl. 92.).

Pravilnik predviđa i korisničku podršku za osiguranje kontinuiranog rada pravosudnog informacijskog sustava. U tom smislu, korisnička podrška predstavlja skup procesa i ljudskih potencijala angažiranih na pružanju podrške svim korisnicima pravosudnog informacijskog sistema u evidentiranju, analiziranju i rješavanju hardverskih i softverskih problema.<sup>37</sup> (Pravilnik, čl. 98., st. 1.) VSTV posebnom uputom utvrđuje organizaciju, način pružanja i principe funkcioniranja sistema korisničke podrške. (Pravilnik, čl. 98., st. 2.) prema kojoj su ovlaštene osobe u sudovima dužne postupati, te izvještavati tajnika suda i VSTV o svim važnim problemima u funkcioniranju IKT sustava i mjerama poduzetim za njihovo rješavanje. (Pravilnik, čl. 98., st. 3.)

35 Također, osnovne i potencijalne izvore opasnosti za opremu i podatke možemo svrstati u četiri kategorije: elementarne nepogode i druge slične pojave (požar, poplava, oluja, potres, i sl.), hardversko-softverske pogreške (pad sustava, tehničke pogreške i nedostatke na mrežnoj opremi i dr.), čovjeka s atributom nenamjernosti (loša organizacija, nehaj, nemar, ...) i čovjeka s atributom namjernosti (sabotaža, kriminal, špijunaža, vandalizam,...). Samim time temeljne prijetnje u pravilu temeljene su upravo na faktoru ljudskih potencijala koji predstavljaju temeljnu prijetnju sigurnosti informacijskih sustava. Vidi šire Akmadžić, Z., str. 54-56.

36 U području prava, porast informacijskog okruženja predstavlja izazov pravnoj doktrini, ne samo u područjima kao što su ugovorno, stvarno, patentno i autorsko pravo, već i na novim područjima kao što je privatnost, zaštita osobnih podataka u računalnim informacijskim sustavima, međunarodni prijenos podataka i sama obrada podataka. Računala predstavljaju pravni izazov jer prenose obradu podataka u virtualni prostor koji donosi nove izazove kako za informacijsku tako i za pravnu znanost u obliku sigurnosti i zaštite podataka. U svakom slučaju, računala mogu pohranjivati podatke i obrađivati ih, a da to nije „vidljivo“. Upravo ta činjenica čini ih potencijalno nepredvidljivim, a samim time i izvorom sigurnosnih ugroza u smislu čuvanja povjerljivosti i integriteta podataka. Mogućnost računala da praktično, bez ograničenja u vremenu i prostoru, reproducira podatke i to u beskonačnim varijantama zapravo je izazov. Pravna regulativa pak pokušava determinirati izvore opasnosti (primjerice, u obliku računalne prijevare ili krađe identiteta) i sankcionirati sve oblike neovlaštenog pristupa kako informacijama tako i informacijskim sustavima u ovom slučaju s naglaskom na pravosudne informacijske sustave. O razvoju pravosudnih informacijskih sustava vidi Bankowski, Z., White, I., Hahn, U., *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Springer Science & Business Media, 9. ožujak 2013.

37 Vidi Council of Europe, *Information Technology and Law: Linking Systems and Their Users: Modern Communication Techniques in the Legal Field Proceedings*, Council of Europe, 2001.



Slika 2. Shematski prikaz između informacijskih sustava sudova i tužiteljstava u Bosni i Hercegovini- infrastrukturna potpora: centralizirano upravljanje mrežom (preuzeto sa [https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet.jsessionid...?p\\_id\\_doc=1649-02.01.2019.](https://www.pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet.jsessionid...?p_id_doc=1649-02.01.2019.))

Poseban naglasak stavljen je i na elektroničku poštu (engl. *e-mail*) Pravosudnog informacijskog sustava kojom se omogućava razmjena informacija i službenih podataka između sudaca, stručnih suradnika i ostalih zaposlenika u svim sudovima u BiH i VSTV-u. (Pravilnik, čl. 99., st. 1.) Putem elektroničke pošte omogućena je i razmjena informacija i podataka sa svim ostalim korisnicima elektroničke pošte na internetu. (Pravilnik, čl. 99., st. 2.) kao i sve interne obavijesti i informacije upućene sucima, stručnim suradnicima i ostalim zaposlenicima u sudu koje se distribuiraju elektroničkom poštom Pravosudnog informacijskog sustava. (Pravilnik, čl. 99., st. 3.) Pravilnik nalaže i redovitu provjeru elektroničke pošte svakog radnoga dana za suce, stručne suradnike i ostale zaposlenike. (Pravilnik, čl. 99., st. 4.)

Održavanje Pravosudnog informacijskog sustava provodi tajništvo i sudovi kroz organizacijom i financiranjem redovitog servisiranja hardverskih komponenti i obnavljanja softverskih licencija, te otklanjanje hardverskih kvarova na svim komponentama sustava.<sup>38</sup> Tajništvo održava sve hardverske i softverske komponente u podatkovnim centrima, a sudovi osiguravaju održavanje IKT opreme i softverskih licencija koje se nalaze u vlasništvu suda. Također, tajništvo i sudovi dužni su voditi urednu dokumentaciju o stanju IKT opreme i njezinom servisiranju, a tajništvo po

38 O načinima održavanja suvremenih pravosudnih sustava i o implementaciji pravosudnih sustava općenito vidi više u Wyner, A., Casini, G., *Legal Knowledge and Information Systems, JURIX 2017: The Thirtieth Annual Conference*, IOS Press, 2017., str. 142-144



potrebi pruža tehničku pomoć sudovima u pogledu organizacije servisiranja opreme. Svi su sudovi dužni izraditi i dostaviti godišnji izvještaj za prethodnu godinu o stanju IKT opreme (Pravilnik, čl. 97.).

## 8. ZAKLJUČAK

Postojeći način tonskog snimanja u sudovima odvija se na način da se najprije izvrši tonski audio zapis svih izjava i iskaza stranaka u postupku, nakon čega osoblje suda vrši preslušavanje audio snimke a potom njegov prijepis. Tako pretipkana tonska snimke zajedno s izvornom audio snimkom postaje sastavni dio zapisnika s održanog ročišta. Ovakav način tonskog snimanja ne isključuje u potpunosti grešku u pogledu autentičnosti zapisa u odnosu na audio snimke, s obzirom na to da nakon tonskog snimanja dolazi do fizičkog preslušavanja audio snimke i njegova prijepisa u pisani tekst, a taj način ostavlja mogućnost da se prilikom preslušavanja i prijepisa neka riječ ispusti ili pogrešno prepíše što može ponekad promijeniti smisao onoga što je stranka željela i imala namjeru istaknuti kao bitno tijekom postupka. Kako bi se izbjegle sve moguće situacije koje dovode u pitanje autentičnost iskaza i tvrdnji tijekom ročišta, idealno bi bilo da pravosudna zajednica svake države osigura računalni program namijenjen za potrebe pravosuđa, a koji bi imao mogućnost pretvarati glas u tekst.<sup>39</sup> U tom slučaju sve izjave, iskazi te činjenične tvrdnje istaknute tijekom ročišta bi po automatizmu računalno bili pretvarani u tekst, što bi dovelo do potpune autentičnosti usmeno iznesenog iskaza kako parničnih stranaka u postupku i drugih sudionika. S druge strane, ročište bi trajalo znatno kraće što bi u pogledu radnog vremena rasteretilo sud od poslova organizacijske prirode. Takvo snimanje suđenja između ostalog uspostavilo bi i red u sudnici te bi osiguralo elementarnu pristojnost u ponašanju stranaka i suda. Tada bi se stranke suzdržavale od ekscesnih postupaka jer takvo tonsko snimanje bi omogućilo sankcioniranje svake zlouporabe procesnih prava. Također, stupanj sumnje u pristranost postupajućeg suca i zapisničara bio bi sveden na minimum. Poznato je da stranke u sudskom postupku na razne načine opstruiraju njegov tijek. Tonsko snimanje suđenja na opisani način doprinijelo bi da u postupcima bude uveden red. Također ako bi tonsko snimanje bilo uvedeno kao obvezatni način održavanja i vođenja ročišta, u potpunosti bi bila postignuta autentičnost onoga što su stranke iznijele tijekom postupka, a što je kvalitetna pretpostavka za donošenje ispravne odluke.

Nedvojbeno je da u Federaciji Bosne i Hercegovine postoji pravni okvir za tonsko snimanje ročišta u parničnom postupku, ali je nedostatan. Istina je da postoje odredbe članaka 375a, 375b. i 375c. FZPP-a kojima se uređuje tonsko snimanje ročišta, ali je za njihovu pravilnu i svrsishodnu primjenu, što se pravnog okvira tiče, još potrebno donijeti ili dopuniti i neke podzakonske propise. Tako bi VTSV treba

<sup>39</sup> U tom smislu na Konferenciji “Pravosuđe – trenutno stanje i perspektiva” održanoj u Mostaru 5. i 6. 12. 2018., u okviru Radne grupe 1 - Učinkovitost i kvalitet sudova i tužilaštava, donesen je, među ostalim, i zaključak broj 8, da se s ciljem učinkovitijeg vođenja postupaka razmotri unapređenje postojećih i uvođenja novih tehnologija, kao npr. aplikacija za prevođenje govora u tekst te stvaranja uvjeta za tonsko snimanje svih postupaka koji se vode pred sudovima.

donijeti upute o snimanju glavnih pretresa i načinu rukovanja s audio odnosno video opremom u sudnici, kao što je to najavljeno u članku 88. Pravilnika, a i odredbama članka 375b. FZPP-a kojima se uređuje način pohranjivanja tonske snimke, nalaže se da se sudskim poslovnikom detaljnije urede način pohranjivanja, prijenosa tonske snimke, tehnički uvjeti i način snimanja. U tom smislu trebat će dopuniti i odredbe Pravilnika (Sudskog poslovnika) u dijelu kojim se uređuje upotreba informacijsko-komunikacijske tehnologija u sudovima jer se njima sada ova materija uređuje na općenit način i postojeće odredbe ne razrađuju detaljnije institut tonskog snimanja ročišta u parničnom postupku, što je razumljivo budući da odredbe članaka 375a, 375b. i 375c. FZPP-a o tonskom snimanju ročišta donesene nakon donošenja Pravilnika.

Ovaj je zadatak ponajprije u nadležnosti VTSV-a jer ono koordinira uporabu informacijskih tehnologija u sudovima radi ostvarivanja ujednačenosti, a sud može uvesti automatizirani sustav praćenja ili registracije predmeta, ili drugi sustav upravljanja predmetima, uključujući sustave sigurnosne pohrane i čuvanja podataka, samo uz prethodno odobrenje VTSV-a.<sup>40</sup>

Osim nužnog uređenja pravnog okvira, niz je drugih problema tehničke, organizacijske i financijske prirode koje je potrebno riješiti kako bi se mogle učinkovito primjenjivati odredbe FZPP-a o tonskom snimanju.

Naime, unatoč odredbama FZPP-a kojima se uvodi mogućnost tonskog snimanja ročišta u parničnom postupku, takva praksa još uvijek nije zaživjela na parničnom referatu, pa se rasprave tonski ne snimaju, ponajprije zbog toga što sudnice još uvijek nisu odgovarajuće opremljene. Prema našim saznanjima jedino se na općinskom sudu u Sarajevu i to samo iznimno (kada ima velik broj stranaka, svjedoka i drugih sudionika u postupku) rasprave tonski snimaju, s time da je i takva mogućnost snimanja ograničena jer se unaprijed mora rezervirati i organizirati sudnica koja je opremljena za tonsko snimanje. Stoga je nužno osigurati da na svakom sudu bude opremljena barem jedna sudnica za tonsko snimanje, jer bi se na takav način rasprave puno lakše i brže završavale, a to bi dovodilo i do racionalnijeg iskorištavanja radnog vremena i na koncu do bržeg i učinkovitijeg postupanja suda.

Kada su u pitanju parnični postupci može se slobodno konstatirati da način vođenja ročišta putem tonskog snimanja nije uopće zaživio upravo iz razloga što u sudovima nedostaju nužne prostorije, odnosno dostatan broj sudnica, a ne postoji ni potrebna tehnička oprema za tonsko snimanje ročišta, zbog čega se sva ročišta odvijaju i dalje na način da stranke, svjedoci, vještaci usmeno na zapisnik iznose svoja zapažanja nakon čega zapisničar uz pomoć postupajućeg suca te usmeno iznesene činjenice, izjave i druge iskaze zapisničarskim tipkanjem unosi u zapisnik, u pravilu u njihovom izvornom obliku i sadržaju. Međutim ponekad su ti iskazi, izjave i tvrdnje takve da je nužna intervencija suca kako bi interpretirao što je stranka željela i htjela tijekom ročišta kazati i istaknuti.

Neki razlog neprimjenjivanja odredbi o tonskom snimanju ročišta vide i u tomu što suci to ne žele budući da suci sada, pogotovo u parnicama gdje nema vijeća, sami interpretiraju u zapisnik iskaze svjedoka i stranaka i lako mogu njima manipulirati,

40 Arg. Zakon o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 38/05, 22/06 i 63/10, s ispravkom u br. 72/10, 7/13. 52/14, članak 67.

odnosno unositi izjave kakve oni žele. Drže da je apsurdno ostaviti sudu odluku o tonskom snimanju ročišta, a da stranke nemaju na takvu odluku pravo na žalbu.<sup>41</sup> U tom smislu u jednom zahtjevu za izuzeće suca tuženik kao razloge za izuzeće navodi to „što je Ministarstvo pravosuđa RH osiguralo sredstva za tonsko snimanje ročišta, a koje nije postavljeno, niti omogućeno, što omogućava pojedinim sucima i sudskim savjetnicima da sastavljaju zapisnike na način kako im to određuju pojedini punomoćnici stranaka, što je vidljivo iz zapisnika“.<sup>42</sup>

Za učinkovitu primjenu odredaba FZPP-a o tonskom snimanju ročišta trebalo bi dodatno educirati osobe odgovorne za tonsko snimanje (zapisničare, asistente pa i postupajuće suce), na svakom sudu treba zaposliti IKT tehničare te prilagoditi sudnice tonskom snimanju. Naime, uočeno je da sudski zapisničari nisu do kraja obučeni za rad na tom sustavu, da na sudovima nedostaje potpuna i odgovarajuća oprema za tonsko snimanje, da postoje tehničke teškoće poput velike jেকে u sudnicama i sl.<sup>43</sup>

Niz problema vezan je za prepisivanje snimke rasprave. Nema dvojbi da je, kada se rasprava snima i kada se u zapisnik koji se vodi uz takvo snimanje unose samo najvažniji podaci o tijeku rasprave, a ne i bitan sadržaj izjava stranaka i provedenih dokaza (pri čemu se ponajprije misli na one personalne – iskaze svjedoka, vještaka i optuženika), potrebno izraditi i prijepis takve snimke koji će sadržavati cjelovite izjave i iskaze svih sudionika u tom dijelu postupka. Pritom, naravno, treba uzeti u obzir i činjenicu da prepisivanje snimke rasprava, ako bi se češće koristilo takvo snimanje, iziskuje novu organizaciju rada sudova.<sup>44</sup>

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci:*

##### *- knjige:*

1. Akmadžić, Zoran, Zagreb, Informacijski sustav MUP-a RH, 1998.
2. Bankowski, Zenon, White, Ian, Hahn, Ulrike, Informatics and the Foundations of Legal Reasoning, Springer Science & Business Media, 2013.
3. Brozović, Dalibor, Hrvatska enciklopedija, vol. 5, Zagreb, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, 1999.
4. Evans, Christopher, Kompjutorski izazov, Zagreb, 1982.
5. Grbavac, Vitomir, Zagreb, Informatika, 1995.

41 Vidi: Potrošili više od milijun eura na opremu za snimanje, a suci je uporno odbijaju koristiti! Podatak na mrežnoj stranici: <https://slobodnadalmacija.hr/novosti/hrvatska/clanak/id/275210/potrosili-vise-od-milijun-eura-na-opremu-za-snimanje-a-suci-je-uporno-odbijaju-koristiti>; posjet 27. 12. 2018.

42 Odlučujući o zahtjevu za izuzeće predsjednik suda je našao da tvrdnje tuženika nisu takve naravi da bi dovele u sumnju nepristranost i objektivnost suca te ne mogu predstavljati razlog za njegovim izuzećem. Rješenje predsjednika suda, Broj: Su-IV-191/17-2., podatak na stranici: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionText?id=090216ba8073f86a&q=tonsko+snimanje>; posjet 27. 12. 2018.

43 Tako Potrošili više od milijun eura na opremu za snimanje, a suci je uporno odbijaju koristiti! Podatak na stranici: <https://slobodnadalmacija.hr/novosti/hrvatska/clanak/id/275210/potrosili-vise-od-milijun-eura-na-opremu-za-snimanje-a-suci-je-uporno-odbijaju-koristiti>; posjet 27. 12. 2018.

44 Usp. Tripalo, D., op. cit., str. 82.-83.

6. Portela, Irene Maria, *Organizational, Legal, and Technological Dimensions of Information System Administration*, IGI Global, 2013.
7. Rosenoer, Jonathan, *Cyber Law: The Law of the Internet*, New York, Springer-Verlag, 1996.

*- članci*

1. Bilić, Vanja, Troškovi postupka, dostava i tonsko snimanje glavne rasprave prema Zakonu o izmjenama i dopunama ZPP-a 2011., u knjizi: Vanja Bilić i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011*, Zagreb, Novi informator, 2011.
2. Council of Europe, *Design of Court Systems and Legal Information Systems: Methods for Setting Up, Managing and Re-designing Systems in a Cost-effective Manner*, Proceedings, 13th Colloque on Legal Data Processing in Europe, Vienna (Austria), 15-17 April 1998, vol. 457, Council of Europe, 2000.
3. Council of Europe, *Information Technology and Law: Linking Systems and Their Users: Modern Communication Techniques in the Legal Field Proceedings*, Council of Europe, 2001.
4. Čizmić, Jozo, *Komentar Zakona o parničnom postupku, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Sarajevo, Privredna štampa, 2016.
5. Dika, Mihajlo, *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011. - Opći pregled*, u knjizi Vanja Bilić i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Zagreb, Novi informator, 2011.
6. Kontrec, Damir, *Žalba protiv presude*, u knjizi Vanja Bilić i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Zagreb, Novi informator, 2011.
7. Kulenović, Z., *Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Domaća i strana sudska praksa - stručni i informativni časopis*, god. XI, 60/2014.
8. Maganić, Aleksandra, *Elektroničko vođenje postupka*, u knjizi Mihajlo Dika i dr., *Novosti u parničnom postupku - Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (NN br. 57/11)*, Zagreb, Organizator d.o.o. 2011.
9. Rajaraman, V., *Introduction to information technology*, PHI Learning Pvt. Ltd., 2018., str. 1-19.
10. Šimundić, Slavko, Boban, Marija, *Development and Infomatization of Regional and Local Governments*, Proceeding Vol. V. DE & ISS & miproBIS & LG & SP, Dragan Čišić et al. editor(s). Zagreb: Croatian Society for Information and Communication Technology, Electronics and Microelectronics - MIPRO, 2009., str. 263-267.
11. Tripalo, Dražen, *Snimanje ispitivanja osumnjičenika i snimanje rasprave prema prijedlogu ZID ZKP iz 2017. (7. Novela)*, *Zbornik Novine u kaznenom zakonodavstvu - 2017.*, ur. Ana Garačić, Opatija, 11.-12. svibnja 2017., str. 82-83.
12. Wyner, Adam, Casini, Giovanni, *Legal Knowledge and Information Systems*, JURIX 2017: The Thirtieth Annual Conference, IOS Press, 2017., str. 142-144.

*Vrela s interneta*

1. *Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, službene mreže stranice*, <https://pravosudje.gov.hr/pravosudni-sustav-11207/ministarstvo-pravosudja-11355/informacijski-sustavi-u-pravosudnim-tijelima/11393>

*Pravni akti*

*- pravni izvori različitih država*

*Bosna i Hercegovina*

1. *Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku*, Radna grupa za izmjene i dopune ZPP u BiH, RS, FBiH i Brčko Distriktu BiH, Ilidža – 4. i 5. 2012. godine
2. *Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa obrazloženjem*, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2015.
3. *Procjena zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini*, OSCE, Sarajevo 2011.

**Jozo Čizmić\***  
**Marija Boban\*\***

Summary

## **TONE RECORDING OF THE HEARING BEFORE THE COURTS OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

According to Article 98 of the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina in 2015, the existing legal text has been supplemented by the new articles 375a, 375b. and 375c. which introduces the possibility of tone recording of litigation. The proposed articles regulate the manner in which the court proceeds in conducting the tone recording, and their purpose is to improve the efficiency of court proceedings and to increase the credibility of presenting evidence in litigation proceedings. In this paper, the authors referred to: the reasons and aim of regulating the tone recording of litigation, the manner and procedure of making a decision on the tone recording of the hearing, the storage of the recorded tone, the making of the transcript of the tone and the possibility of the party's objection, other relevant regulations regulating the sound recording (The Criminal Procedure Act, Courts Instructions, Courts rules of procedure), and in conclusion have pointed out a number of issues that make it difficult and disable the tone recording of litigation with suggestions that such a way of documenting factual allegations, statements and statements of litigants in civil proceeding will make more efficient.

**Keywords:** *tone recording; hearing; information and communication technology (ICT); litigation.*

Zusammenfassung

## **TONAUFNAHME DER GERICHTSVERHANDLUNG IN DER FÖDERATION BOSNIEN UND HERZEGOWINA**

Durch Artikel 98 der Novelle des Zivilprozessgesetzes der Föderation Bosnien und Herzegowina aus dem Jahr 2015 wurde der bestehende Gesetzestext durch neue Artikel 375a, 375b und 375c ergänzt, welche die Tonaufnahme der Verhandlung im Zivilprozess ermöglichen. Die vorgeschlagenen Artikel regulieren das

\* Jozo Čizmić, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, University of Split; jozo.cizmic@pravst.hr.

\*\* Marija Boban, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Split; marija.boban@gmail.com.

Vorgehen des Gerichts bei der Durchführung der Tonaufnahme mit dem Ziel, die Effizienz des Gerichtsverfahrens und die Glaubwürdigkeit des Beweisverfahrens zu verbessern. Der Beitrag bespricht die Gründe und das Ziel der Regulierung der Tonaufnahme der Verhandlung im Zivilprozess, die Art und Weise und das Verfahren der Entschlussfassung über die Tonaufnahme der Verhandlung, die Bewahrung der Tonaufnahme, die Erstellung der Abschrift der Tonaufnahme und die Möglichkeit des Einspruchs der Partei sowie auch andere relevante Vorschriften, durch welche die Tonaufnahme von Verhandlungen geregelt wird (Strafprozessordnung, Gerichtsanweisungen und Verfahrensordnung des Gerichts). Abschließend wird auf zahlreiche Probleme, welche die Tonaufnahme der Verhandlung im Zivilprozess erschweren oder unmöglich machen, hingewiesen. Es werden auch Vorschläge gegeben, wie man solche Dokumentation von Aussagen über Tatsachen und Erklärungen von Zeugen im Zivilprozess effizienter machen kann.

**Schlüsselwörter:** *Tonaufnahme; Verhandlung; Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT); Zivilprozess.*

Riassunto

## **LA REGISTRAZIONE AUDIO DELLE UDIENZE DINANZI ALLE CORTI DELLA FEDERAZIONE DI BOSNIA ED ERZEGOVINA**

Con l'articolo 98 della novella della legge sul processo civile della Federazione di Bosnia ed Erzegovina del 2015 è stato integrato il testo legislativo esistente con i nuovi articoli 375a, 375b e 375c con i quali viene introdotta la possibilità della registrazione audio delle udienze nel processo civile. Gli articoli proposti disciplinano la modalità di operato del tribunale in occasione della registrazione audio nell'intento di migliorare l'efficienza del procedimento giudiziale ed una maggiore affidabilità del procedimento probatorio. Nel lavoro gli autori si sono concentrati su: motivi e scopi della disciplina della registrazione audio delle udienze nel processo civile; modalità e processo decisionale circa la registrazione audio; conservazione delle registrazioni audio; redazione della trascrizione della registrazione audio e possibilità di reclamo della parte; altre rilevanti disposizioni di legge che regolano la registrazione audio di dibattimenti giudiziali (Legge sulla procedura penale, istruzioni dei tribunali e regolamento del tribunale). Nelle conclusioni si illustrano dei problemi che rendono difficoltoso ed impossibile la registrazione audio nel processo civile con delle proposte su come rendere più efficaci tali metodi di documentazione di affermazioni, circostanze e dichiarazioni dei soggetti inclusi nel processo civile.

**Parole chiave:** *registrazione audio; udienza; tecnologie informatiche e della comunicazione; processo civile.*

## PIRAMIDALNE STRUKTURE I DRUŠTVA S UZAJAMNIM UDJELIMA KAO OBLIK ODSUPANJA OD NAČELA „JEDNA DIONICA – JEDAN GLAS“

Doc. dr. sc. Antonija Zubović\*  
Prof. dr. sc. Edita Čulinović-Herc\*\*

UDK: 347.72.034  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.4>  
Ur.: 28. siječnja 2019.  
Pr.: 25. veljače 2019.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*U dioničkim društvima se ponekad koriste dionice koje daju nejednako pravo glasa, piramidalne strukture i drugi mehanizmi jačanja kontrole, koji predstavljaju odstupanje od načela proporcionalnosti. Uspostavljeni mehanizmi za jačanje i/ili zadržavanje kontrole, u čemu prednjači uporaba piramidalnih struktura relevantni su za situacije u kojima nad uvrštenim društvom dolazi do promjene kontrole (preuzimanje). U radu se nakon izlaganja taksonomije mehanizama za povećanje kontrole, posebna pozornost usmjerava na ona odstupanja od načela proporcionalnosti koja su nastala na tržištu kapitala, a to su piramidalne strukture i društva s uzajamnim udjelima. Prije njihove analize, ispituju se njihovi učinci na ponašanje unutarnjih dionika korporativnog upravljanja u uvrštenim društvima, do kojih dolazi pri dobrovoljnom i neprijateljskom preuzimanju, ali i u scenariju kada preuzimanja nema, vodeći pritom računa radi li se o društvu s disperziranom ili koncentriranom dioničarskom strukturom. Također se iznose i analiziraju empirijski pokazatelji instrumenata za pojačanje kontrole u pojedinim europskim državama. U posljednjem dijelu rada posebno se analiziraju metode izračunavanja glasačke snage kod piramidalnih struktura i društva s uzajamnim udjelima, nakon čega se iznose zaključna razmatranja.*

**Ključne riječi:** *piramidalne strukture; društva s uzajamnim udjelima; odstupanje od načela proporcionalnosti; uvrštena dionička društva.*

\* Dr. sc. Antonija Zubović, docentica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; azubovic@pravri.hr.

\*\* Dr. sc. Edita Čulinović-Herc, redovita profesorica u trajnom zvanju, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; edita@pravri.hr.

Ovaj rad je financiralo Sveučilište u Rijeci projektom Pravni aspekti restrukturiranja trgovačkih društava i tranzicija prema novoj kulturi korporativnog upravljanja (uniri-drustv-18-43).

## 1. UVOD

U dioničkim društvima, uobičajeno postoji većinski dioničar ili dioničar koji nad društvom ima kontrolu. Najčešće se radi o tomu da taj položaj zauzima neka osoba ili obitelj,<sup>1</sup> ali kontrola može biti i u rukama države. To društvo ima koncentriranu dioničarsku strukturu, za razliku od disperzirane, kojoj je svojstveno da u društvu ne postoji dominantan dioničar. Opće je poznata činjenica da je prvi oblik držanja dionica, (odnosno udjela) karakterističan za kontinentalnu Europu,<sup>2</sup> države Latinske Amerike i Azije,<sup>3</sup> dok je drugi više prisutan u trgovačkim društvima anglosaksonskoga kruga.<sup>4</sup> No, čak i kada se radi o uvrštenim društvima kojima je svojstvena disperziranija struktura s obzirom na to da se određenim blokom dionica slobodno trži (engl. *free float*) vrlo su često i ta društva pod kontrolom obitelji.<sup>5</sup>

U pravu društava, posebno u dijelu koji se bavi financijskim korporativnim pravom, niz je autora istraživalo na koji način korištenje jednog ili drugog modela dioničarstva (koncentriranog ili disperziranog) utječe na stil upravljanja društvom, način donošenja odluka u društvu te upravljanje sukobima interesa.<sup>6</sup> Polazi se od toga

- 1 Članovi obitelji mogu biti zastupljeni kao dioničari, imati položaj člana uprave, odnosno drugih organa društva, odnosno na druge načine biti uključeni u korporativno upravljanje društvom. Vidi opširnije Uhlaner, L. M., *Family Business and Corporate Governance*, u: Wright, M., Siegel, D. Keasey., Filatochev, I. *The Oxford Handbook of Corporate Governance*, OUP, 2013., str. 389. U ovom radu se razmatra samo sudjelovanje "obitelji" u korporativnoj strukturi.
- 2 Vidi analizu uzorka piramidalnih struktura u Poljskoj na primjeru društava uvrštenih na varšavsku burzu. Aluchna, M., Kuszewski, T., *Pyramidal structures: The evidence from Poland*, *South African Journal of Business Management*, vol 49, 1/2018., dostupno na: <https://sajbm.org/index.php/sajbm/article/view/1/802> (posjećeno 10. 1. 2019). U radu je analiziran uzorak 168 nefinancijskih uvrštenih društava na varšavskoj burzi od 2010. do 2014. Autori su zaključili da su piramidalne strukture korištene kao sredstvo za ekspanziju poslovne grupe u uvjetima gdje su resursi vanjskog kapitala vrlo skupi.
- 3 Morck, R., *A history of corporate governance around the world: Family business groups to professional managers*, University of Chicago Press, 2005., Morck, R., *The riddle of the great pyramids*, u: Colpan, A. M., Hikino, T., Lincoln, J.R. (eds.), *The Oxford Handbook of Business Groups*, 2009., str. 602–628.
- 4 Villalonga, B., Amit, R. H., *How are U.S. Family Firms Controlled?* (July 1, 2007). *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 131/2006*, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=891004> (posjećeno 10. 1. 2019.)
- 5 Uhlaner, L. M., op. cit., str. 390. Autorica citira jednu kanadsku studiju prema kojoj je na uzorku od 1200 kanadskih uvrštenih društava utvrđeno da je više od polovice pod kontrolom obitelji. Vidi studiju kod Gadhoum, Y., *Power of Ultimate Controlling Owners: a Survey of Canadian Landscape*, *Journal of Management Governance*, 10, 2006, str. 179-204. Ginglinger, E., Hamon, J., *Ownership, Control and Market Liquidity* (June 1, 2012). *Finance*, 2012, 33, 2, str. 61-99. Dostupno na <https://ssrn.com/abstract=2097795>, str. 10., iznose podatak da je u Francuskoj 64,82 % uvrštenih društava pod kontrolom obitelji. Masulis, R. W., Pham, P. K., Zein, J., *Family Business Groups around the World: Financing Advantages, Control Motivations and Organizational Choices* (April 21, 2011). *Review of Financial Studies*, Forthcoming; ECGI - Finance Working Paper No. 240/2009. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=1363878>, str. 3., koristeći uzorak od 28.635 društava u 45 država iznose podatak da je 19 % uvrštenih društava pod kontrolom obitelji. Dalje ističu da na pojedinim tržištima taj postotak doseže i do 40 % (posjećeno 10. 1. 2019).
- 6 Aluchna, M., Kuszewski, T., op. cit., str. 1; Castañer, X., Kavadis, N., *Does good corporate*



da dioničari, ovisno o tomu radi li se o društvu kojem je svojstvena koncentrirana, odnosno disperzirana struktura, imaju različite investicijske ciljeve pri ulaganju u društvo (npr. dugoročni ili kratkoročni investicijski horizont). Ti njihovi ciljevi utječu na njihovo ponašanje pri oblikovanju investicijskih strategija unutar društva,<sup>7</sup> ili revidiranja strateških ciljeva društva,<sup>8</sup> politiku upravljanja dobiti<sup>9</sup> i sl.

Tako autori navode da u društvima disperzirane dioničarske strukture, odnosno društvima gdje ne postoji dominantni dioničar, postoji intenzivna napetost između članova uprave i dioničara.<sup>10</sup> Dioničari tih društava uobičajeno su usmjereni na maksimizaciju dobiti i isplatu dividende te su spremni „izaći iz tog ulaganja“, ako ono nije ispunilo njihova investicijska očekivanja. Manje su skloni reinvestiranju dobiti, primjerice u razvoj i istraživanje i operativne djelatnosti, za razliku od većinskih dioničara u društvima koja imaju koncentriranu dioničarsku strukturu, čiji je vremenski horizont ulaganja u pravilu dulji.<sup>11</sup> Štoviše, kada je u pitanju društvo s koncentriranom dioničarskom strukturom, njegovi većinski dioničari, odnosno dioničari koji imaju kontrolu, ne samo da nastoje ostvariti, odnosno (trajno) zadržati kontrolu nad tim društvom putem držanja većinskog ili kontrolnog bloka dionica, već uvode i dodatne mehanizme kojima nastoje ojačati tu kontrolu, a koji se jednim imenom nazivaju odstupanja od načela proporcionalnosti. Također se za te mehanizme rabi izraz prekomjerna kontrolna prava (engl. *excess control rights*), koja se susreću i kod uvrštenih društava koja se nalaze, primjerice pod kontrolom obitelji.<sup>12</sup>

---

governance prevent bad strategies? An empirical analysis of non-value creating financial diversification in French companies, 2000–2006, *Strategic Management Journal*, vol. 34, 7/2013, str. 863–876; Combs, J., Commentary: The servant, the parasite, and the enigma: A tale of three ownership structures and their affiliate directors, *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 32, 6/2008, str. 1027–1033; Van Essen, M., Carney, M., Gedajlovic, E., Heugens, P., How does family control influence firm strategy and performance? A meta-analysis of US publicly listed firms, *Corporate Governance: An International Review*, vol. 23, 1/2015, str. 3–24; Van Essen, M., Heugens, P., Van Oosterhout, H., Otten, J., An institution-based view of executive compensation: A multilevel meta-analytic test, *Journal of International Business Studies*, vol. 43, 3/2012, str. 396–423; Shleifer, A., Vishny, R., A survey of corporate governance, *Journal of Finance*, vol. 52, 2/1997, str. 737–783; Carlin, W., Mayer, C., Finance, investment and growth, *Journal of Financial Economics*, vol. 69, 1/2003, str. 191–226; Franks, Julian R., Mayer, Colin, *Ownership and Control of German Corporations* (July 2001). CEPR Discussion Paper No. 2898, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=279387> (posjećeno 10. 1. 2019.).

7 Castañer, X., Kavadis, N., op. cit., str. 863-876; Combs, J., op. cit., str. 1027-1033; Van Essen et al., op. cit., str. 3-24.

8 Castañer, X., Kavadis, N., op. cit., str. 863-876; Van Essen et al., op. cit., str. 3-24.

9 Shleifer, A., Vishny, R., op. cit., str. 737–783.

10 Loc. cit.

11 Carlin, W., Mayer, C., op. cit., str. 191–226.

12 Uhlaner, L. M., op. cit., str. 390. Autori Shyu i Lee objašnjavaju kako pojačana prava većinskog dioničara ostvaruju na uštrb manjinskih dioničara, stavljajući naglasak na utjecaj na kontrolu novčanih tijekova. Vidi Shyu, Y.-W., Lee, C.I., *Excess Control Rights and Debt Maturity Structure in Family-Controlled Firms*, *Corporate Governance, An International Review*, vol. 17, 5/2009, str. 611-628. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8683.2009.00755.x> (posjećeno 10. 1. 2019.) Vidi još Michiels, A., Vincent, M., *Financing Decisions in Family Businesses: A Review and Suggestions for Developing the Field*, *Family Business Review*, vol. 30, 4/ 2017, str. 369-399. <https://journals.sagepub.com/doi/>

Uspostavljeni mehanizmi za jačanje kontrole dolaze posebno do izražaja u postupcima preuzimanja tih (uvrštenih) društava, bilo da se preuzimanje odvija kao prijateljsko ili „neprijateljsko“ (engl. *hostile takeover*). Ako je riječ o prijateljskom preuzimanju, mehanizmi odstupanja od načela proporcionalnosti utječu na ponašanje ponuditelja na sljedeći način. Ponuditelj će varirati iznos ponuđen u ponudi za preuzimanje, ovisno o tomu na koji način su u njoj kalibrirana (glasačka) prava u dionicama koje su predmet ponude, a svako sniženje ili povišenje ponuđene cijene otkupa dionice izravno će utjecati na njegov ukupni trošak preuzimanja ciljnog društva. Ako se radi o ponudi za preuzimanje koja dolazi od neprijateljskog ponuditelja, tada većinski dioničar koji je već primjenom navedenih mehanizama ojačao svoju glasačku poziciju, otežava preuzimanje neprijateljskom ponuditelju pa taj mehanizam jačanja kontrole ima funkciju i protupreuzimateljske mjere. Kako su pri preuzimanju društva u posebno osjetljivom položaju članovi uprave koji s promjenom kontrole mogu očekivati prestanak mandata, uprava ciljnog društva uobičajeno je više usredotočena na zaštitu svog položaja, nego na širu sliku dobrobiti društva. Osim na upravu, mehanizmi odstupanja od načela proporcionalnosti također utječu na ponašanje dioničara pri preuzimanju koji nastoje pri „izlasku“ ostvariti što je moguće veću cijenu (engl. *takeover premium*).

No, i u situacijama kada društvo nije predmet preuzimanja, odstupanja od načela proporcionalnosti mijenjaju ponašanje svih unutarnjih dionika korporativnog upravljanja – većinskog dioničara, manjinskih dioničara i članova uprave, što posebice dolazi do izražaja u društvima koncentrirane korporativne strukture, a neki od tih mehanizama mogu biti i *de facto*, odnosno funkcionalne mjere obrane od preuzimanja.<sup>13</sup>

Prije nego što se u ovom radu usustave odstupanja od načela proporcionalnosti prema usvojenoj taksonomiji, potrebno je podsjetiti se što zapravo znači načelo proporcionalnosti. To načelo koje se još naziva i načelo „jedna dionica – jedan glas“ (engl. *one share-one vote*) polazi od toga da dioničarima koji drže jednaki udio u temeljnom kapitalu društva treba dati jednako pravo glasa i time im omogućiti jednaki utjecaj na donošenje ključnih odluka u društvu. Još je Visoka skupina stručnjaka za pravo društava u izvješću podnesenom 2002. godine<sup>14</sup> inzistirala na primjeni načela proporcionalnosti u postupku preuzimanja pri donošenju odluke o primjeni protupreuzimateljske mjere. Međutim, zbog protivljenja država članica stavljenom prijedlogu, u usvojenom tekstu Direktive o ponudama za preuzimanje, kod

---

abs/10.1177/0894486517736958?journalCode=fbra. (posjećeno 10. 1. 2019.) Villalonga, B., Amit, R., How Do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value? *Journal of Financial Economics*, vol. 80, 2/2006, str. 385-417. Ehrhardt, O., Nowak, E., Private Benefits of Control in Founding-Family Owned Firms: An Analysis of the Dynamics of Disproportionate Ownership and Control in Family Firm IPOs (July 1, 2015), dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=423506> (posjećeno 10. 1. 2019.)

13 Posebno se to odnosi na takve mehanizme kojima se uvode ograničenja u stjecanju dionica ili ograničenja u izvršavanju glasačkih prava.

14 Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Brussels, 10 January 2002, dostupno na: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf) (posjećeno 10. 1. 2019.).

odlučivanja o primjeni protupreuzimateljske mjere, nije propisana obvezna primjena načela proporcionalnosti.<sup>15</sup> Zbog toga se i dalje u društvima vrlo često koriste dionice koje daju nejednako pravo glasa, piramidalne strukture i drugi mehanizmi jačanja kontrole,<sup>16</sup> koji svi predstavljaju odstupanje od načela proporcionalnosti.

Korporativni hrvatski milje, neovisno o tomu govorimo li o uvrštenim ili neuvrštenim dioničkim društvima (koja su pritom dio poslovnih grupacija), slijedi primjer kontinentalnog modela koncentriranog dioničarstva, a kao dominantni dioničari pojavljuju se pojedinci, obitelji, ali i država.<sup>17</sup> Kada se radi o pojedincima ili obiteljima koji zauzimaju položaj dominantnih dioničara, jačanje glasačke snage uporabom mehanizama kojima se odstupa od načela proporcionalnosti, osim što smanjuje količinu kapitala kojeg je potrebno angažirati pri širenju poslovne grupacije, istodobno otvara prostor za povećanje pritiska na profesionaliziranu upravu,<sup>18</sup> kako ista ne bi bila u iskušenju zanemariti interes društva na uštrb svog vlastitog interesa, u situacijama prijetnje promjene kontrole, ali i inače. No, ako je u tim društvima položaj većinskog dioničara i člana uprave sjedinjen u istoj osobi, tada motiv uvođenja mehanizama odstupanja od načela proporcionalnosti nije jačanje kontrole naspram

- 
- 15 Ferrarini, G., One Share - One Vote: A European Rule? (January 2006). ECGI - Law Working Paper No. 58/2006., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=875620>, gdje se posebno osvrtće na (ne)primjenu načela proporcionalnosti kod primjene pravila proboja, sukladno odredbama Direktive o ponudama za preuzimanje. Međutim, nužno je naglasiti da su načelno odstupanja od načela "jedna dionica-jedan glas" obuhvaćena pravilom o obvezi objavljivanja ponude za preuzimanje (engl. *mandatory bid rule*). Tako primjerice ako dioničar drži dionice s višestrukim pravom glasa, svi će se glasovi uzeti u obzir kod utvrđivanja nastanka obveze objavljivanja ponude za preuzimanje. Valja istaknuti da Direktiva o ponudama za preuzimanje ne propisuje metode za izračunavanje kontrolnog praga, niti propisuje što se sve uračunava u kontrolni prag, već ta pitanja prepušta državama članicama. O tome više vidjeti kod Čulinović-Herc, E., Zubović, A., Is there a need for a revision of the control threshold in Croatian takeover law?, SGEM 2016 Conference Proceedings on Political Sciences, Law, Finance, Economics & Tourism, Volume II, Book 2, Bulgaria, 2016., str. 669 – 676.
- 16 Vidi Almeida, H., Wolfenzon, D., A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups, *Journal of Finance*, vol. 61, 2006., str. 2637-2681. Morck, R., The riddle of the great pyramids, cit., str. 602–628.
- Zattoni, A., The structure of corporate groups: The Italian case, *Corporate Governance*, vol. 7, 1/1999., str. 38–48. U studiji pod nazivom Report on the Proportionality Principle in the EU, koju su proveli ECGI, Shearman & Sterling i Institutional Shareholder Services a koja je analizirala mehanizme za pojačanje kontrole u uvrštenim društvima iznosi se podatak da su najzastupljeniji "pojačivači" kontrole piramidalne strukture, External Study Commissioned by the European Commission 18 MAY 2007, [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 22 (posjećeno 16. 1. 2019.).
- 17 Državni portfelj je znatno zastupljen. Bajo, A., Zuber, L., Primorac, M., Uspješnost financijskog poslovanja poduzeća (trgovačkih društava) u vlasništvu države, *Fiscus*, 5/ 2017, str. 2. Autori iznose podatak da je prema podatcima RGFI, Hrvatska 2016. u većinskom državnom vlasništvu imala 1.149 poduzeća. Od ukupnog broja poduzeća u 2017. navedenom u Prijedlogu plana za upravljanje državnom imovinom za 2017., više od 600 poduzeća je pod kontrolom opće države, ali u pretežnom vlasništvu jedinica lokalne i područne samouprave. Dostupno na: <http://www.ijf.hr/upload/files/file/FISCUS/5.pdf> (posjećeno 16. 1. 2019.).
- 18 Radi se o članovima uprave koji nisu ujedno većinski dioničari, već su angažirani zbog svojih stručnih kompetencija da bi vodili društvo.

uprave društva, već služi kao mehanizam održavanja kontrole, odnosno ima funkciju preventivne protupreuzimateljske mjere, kako bi poslovna grupacija uvijek ostala u rukama dominantnog/dominantnih dioničara. Ono što je potvrđeno i u istraživanjima, jest da takav model otvara mogućnost prekomjernoga korištenja privatnih osobnih koristi većinskog dioničara na uštrb imovine društva, zbog faktične nemogućnosti da se manjina tomu suprotstavi. Pritom ta manjina, pogotovo ako su u pitanju društva koja su uvrštena, (opravdano) ima za cilj maksimizaciju dobiti. Prekomjerna kontrola svih funkcija u društvu koje kontrolira većinski dioničar povećava rizik moralnog hazarda i računovodstvenih manipulacija, no ovaj rad nema za cilj istražiti, tzv. abuzivne piramide koje se vrlo često pojavljuju ruku pod ruku s računovodstvenim manipulacijama.<sup>19</sup>

Zadatak je ovog rada kao prvo, smjestiti piramidalne strukture u širi kontekst mehanizama za povećanje kontrole, odnosno u taksonomiju mehanizama za povećanje kontrole. Nakon toga, s obzirom na to da se radi o mehanizmu koji je klasificiran kao mehanizam za povećanje kontrole koji je nastao na tržištu kapitala, u predmet istraživanja ovog rada će se uključiti i drugi takav mehanizam, a to su društva s uzajamnim udjelima. Prije detaljnije analize oba „mehanizma“ objasniti će se učinci koji se postižu kada se koriste mehanizmi jačanja kontrole u odnosu na uvrštena društva i to u scenariju dobrovoljnog i neprijateljskog preuzimanja, kao i u scenariju kada preuzimanja nema, vodeći pritom računa radi li se o društvu s disperziranom ili koncentriranom strukturom. Također će se iznijeti empirijski pokazatelji u kojoj mjeri se u pojedinim europskim državama koriste piramidalne strukture, odnosno društva s uzajamnim udjelima. Pri detaljnijoj analizi tih dvaju mehanizama odgovarajuća pozornost usmjerit će se na pitanje na koji način se izračunava glasačka snaga u

19 Od niza primjera velikih računovodstvenih manipulacija i financijskih prijevara iz prošlog stoljeća koji su protresli svijet, izdvajamo tri kojima je svojstveno da se društvo nalazilo pod kontrolom jedne osobe (pojedince) što ilustrira problem moralnog hazarda i ulazak u kazneni prostor. Najpoznatiji je svakako Madoff skandal no on je specifičan zbog toga jer graniči s Ponzijevom shemom i podrazumijeva primjenu sofisticiranih manipulativnih investicijskih tehnika. Više o tome vidi: Čulinović-Herc, E., Grković, N., Odjeci financijskog skandala Madoff u parničnoj praksi zemalja članica Europske unije na primjeru fonda Luxalpha SICAV, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 63, br. 3-4, 2013., str. 593-615., <https://hrcak.srce.hr/109721> (posjećeno 16. 1. 2019.). Za potrebe ovog rada interesantan je slučaj *Maxwell Communications*. Robert Maxwell, medijski mogul, bio je s članovima svoje obitelji 100 % dioničar svog poslovnog carstva *Maxwell Communication* u čijem su se portfelju nalazili vrlo poznati časopisi. Cijeli konglomerat bio je organiziran kroz tri holding kompanije koje su svaka za sebe imale na desetke ovisnih društava, također pod kontrolom obitelji. Kompanija je bila predmet istrage s obje strane Atlantika zbog prijevare, a istraga je pokrenuta kada je 2001. godine Maxwell, iznenada preminuo utopivši se u Atlantskom oceanu. Ispostavilo se da je istu imovinu davao više puta kao zalog za razne kredite raznim bankama, otuđio nezakonito 767 milijardi USD-a iz mirovinskog fonda svojih zaposlenika, što nije bilo računovodstveno evidentirano. Vjerovnici *Maxwella* nisu bili u potpunosti upoznati s korporativnom strukturom njegovog poslovnog carstva. Sve ključne transakcije obavljale su se putem obiteljskog trusta osnovanog u Lihtenštajnu, čiji su poredni propisi i propisi o objavi računovodstvenih gotovo da i nisu postojali. Vidi više McCarroll, T. Scandal Maxwell's Plummet, *Time Magazine*, June 24, 2001, dostupno na: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,156074,00.html> (posjećeno 16. 1. 2019.).

situacijama kada postoji odstupanje od načela proporcionalnosti.

## 2. TAKSONOMIJA MEHANIZAMA ODSUPANJA OD NAČELA PROPORCIONALNOSTI

Piramidalne strukture spadaju u odstupanja od načela proporcionalnosti jer pribavljaju imatelju kontrole „više kontrole“ nego što bi je imao svojim sudjelovanjem u osnivačkom kapitalu, odnosno omogućavaju dioničaru da poveća svoju kontrolu, a da istodobno (proporcionalno) poveća svoje sudjelovanje u temeljnom kapitalu društva. Prema jednoj podjeli, piramidalne strukture identificirane su kao jedan od ukupno trinaest pojava oblika mehanizama odstupanja od načela proporcionalnosti. Tako u studiji pod nazivom *Report on the Proportionality Principle in the European Union* iz 2007. godine<sup>20</sup> piramidalne strukture su opisane kao odstupanje od načela „jedna dionica - jedan glas“, odnosno mehanizam koji služi kao „pojačivač“ kontrole (engl. *control-enhancing mechanisms, CEMs*).<sup>21</sup> U studiji su opisani sljedeći mehanizmi:

1. Dionice s višestrukim pravom glasa (engl. *multiple voting rights shares*).
2. Dionice bez prava glasa koje ne spadaju u povlaštene dionice (engl. *non-voting shares-without preference*).
3. Povlaštene dionice bez prava glasa (engl. *non-voting preference shares*), koje se od prethodnih razlikuju po tomu što se imatelje tih dionica zbog nepostojanja prava glasa „nagrađuje“ pojačavanjem financijskih prava – višom ili garantiranom dividendom.
4. Piramidalne strukture (engl. *pyramid structures*) koje se temelje na ideji da se učinak razdvajanja „vlasništva od kontrole“ (engl. *separation of ownership and control*) može postići primjenom lančanog pristupa, pa što je lanac držanja udjela/dionica duži, odnosno piramida „viša“, to dolazi do većeg odstupanja od načela proporcionalnosti, koje ponekad može grančiti i sa zlouporabom. Visoka skupina stručnjaka za pravo društava opisala je abuzivne piramide kao holding društva čija se jedina ili glavna imovina sastoji u držanju kontrolnih udjela u drugim uvrštenim društvima.<sup>22</sup>

20 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007. Dostupno na [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf) (posjećeno 16. 1. 2019.).

21 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007. Dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf) (posjećeno 16. 1. 2019.).

22 Iako su abuzivne piramide rijedak primjer, jedna je takva bila povod izradi UCITS V Direktive, odnosno opširnijim konzultacijama koje je provela ESMA, krovni regulator europskog tržišta kapitala u povodum izrade mjera implementacije AIFM Direktive. Vidi: Consultation paper ESMA's draft technical advice to the European Commission on possible implementing measures of the Alternative Investment Fund Managers Directive July 2011 | ESMA/2011/209. Riječ je o prijevernoj shemi Madoffovih *master-feeder* fondova koja je imala globalne razmjene.

5. Dionice s pravom prvenstva koje daju njihovom imatelju posebno pravo veta neovisno o količini dionica koje imatelj drži (engl. *priority shares*).

6. Depozitarni certifikati, odnosno potvrde o dionicama u depozitu (engl. *depository (share) certificates*), radi se o financijskom instrumentu koji predstavlja dionice društva kojeg za dioničara drži depozitna institucija koja upravlja glasačkim pravima, s obzirom na to da u tom slučaju dioničar ne izvršava pravo glasa.

7. Dionice kod kojih se pravo glasa može izvršavati samo do određenog praga, iako dioničar može imati i više od toliko dionica (engl. *voting right ceilings*), pri čemu taj prag može biti izražen u postotku svih dionica koje imaju pravo glasa (npr. ne više od 3 % svih dionica s pravom glasa) ili u postotnom iznosu svih glasova dioničara koji su glasovali na održanoj glavnoj skupštini.

8. Ograničenja u prijenosu dionica (engl. *share transfer restrictions* ili *ownership ceilings*), gdje nije moguće u određenom društvu steći više od određenog postotka dionica s pravom glasa, odnosno preko određenog praga.

9. Odredbe o odlukama koje se moraju donijeti kvalificiranom većinom (engl. *supermajority provisions*), odnosno većinom većom od 50 % prava glasa + jedan glas.

10. Države koje poznaju komanditna društva na dionice (engl. *partnerships limited by shares*), s obzirom na to da se radi o društvu s dvije vrste članova, pri čemu oni koji ulažu kapital (komanditori) imaju samo pravo nadzora, ali ne i pravo glasa, koje pripada komplementarima koji odgovaraju neograničeno za obveze društva.

11. Zlatne dionice (engl. *Golden shares*) opisane su kao takav mehanizam jačanja kontrole u kojem takve dionice imaju posebna prioritetna prava u korist države ili institucija lokalne samouprave putem kojih država ili lokalna samouprava kontrolira privatizirane kompanije jer su u tim dionicama sadržana prava koja daleko premašuju uobičajen sadržaj prava iz redovite dionice.

12. Društva s uzajamnim udjelima (engl. *Cross-shareholdings*).

13. Sporazumi dioničara (engl. *Shareholders agreements*).

Prema drugoj podjeli (ECGF) mehanizmi odstupanja od načela proporcionalnosti svrstavaju se u četiri skupine. Prvom skupinom obuhvaćeni su mehanizmi sadržani u temeljnim aktima kojima se izravno utječe na pravo glasa dioničara, poput dionica s višestrukim pravom glasa, dionica bez prava glasa i dionica uz ograničenje prava glasa. Drugom skupinom obuhvaćeni su mehanizmi sadržani u temeljnim aktima društva kojima se izravno ne utječe na pravo glasa koje proizlazi iz dionice, već daju posebna prava koja smanjuju ili zabranjuju proporcionalno ostvarivanje prava glasa, primjerice dionice koje daju pravo na imenovanje članova upravljačkih tijela društva. Treća skupina mehanizama obuhvaća mehanizme koji su sadržani u temeljnim aktima društva, a kojima se smanjuje ili zabranjuje ostvarivanje kontrole korištenjem pravom glasa. Ovom su skupinom obuhvaćena ograničenja prijenosa dionica kao i postojanje stupnjevanog odbora u društvu. Četvrta skupina mehanizama kojom se utječe na proporcionalnost prava glasa i udjela u temeljnom kapitalu društva obuhvaća mjere

---

Više vidi: Čulinović-Herc, E., Grković, N., *Impact of the Madoff Scandal on the Forthcoming UCITS V Directive*, u: V. Kandžija, A. Kumar, (ur.), *Economic integrations, competition and cooperation: Accession of the Western Balkan Countries to the EU*, Rijeka, Ekonomski fakultet u Rijeci, 2013., str. 168-182.

koje nisu sadržane u temeljnim aktima društva, već su se razvile na tržištu kapitala, primjerice piramidalne strukture i uzajamni udjeli kao i mjere koje dovode do neproporcionalnog odnosa upravljačkih i imovinskih prava kroz tržišne instrumente, poput pozajmljivanja dionica (engl. *securities lending*), *equity swaps*<sup>23</sup> i opcija (engl. *options*).<sup>24</sup> Riječ je o mehanizmima koji dovode do pojava koje se nazivaju *empty voting* i *hidden (morphable) ownership*.<sup>25</sup> Prema podatku koji se iznosi u Studiji *International Shareholder Services, ECGI i Sherman & Sterling*, odstupanja koja su ulagatelji ocijenili kao najnegativnija su redom: izdavanje prioriternih dionica (engl. *priority shares*), zatim kao negativna odstupanja slijede *zlatne dionice*, piramidalne strukture, dionice s višestrukim pravom glasa te dionice uz ograničenje prava glasa.<sup>26</sup>

### **3. KOJI SE UČINCI POSTIŽU PRIMJENOM NAVEDENIH ODSTUPANJA OD NAČELA PROPORCIONALNOSTI?**

Učinci navedenih mehanizama ogledaju se u mnogim scenarijima koji su mogući u poslovnom ciklusu društva. U prvom redu ti mehanizmi snažno utječu na postupke prijateljskog ili neprijateljskog preuzimanja (uvrštenog) društva, odnosno na situacije kada dolazi do promjene kontrole. Pritom treba razlikovati radi li se o ciljnom društvu s disperziranom ili koncentriranom korporativnom strukturom. No, učinci ovih mehanizama vidljivi su i izvan preuzimateljskog scenarija. Oni se posebno prelamaju na odnose između većinskih dioničara i uprave, a također utječu na promjenu odnosa između većinskih i manjinskih dioničara. Kada se radi o neprijateljskom preuzimanju, pojavljuju se kao vid odvratajuće protupreuzimateljske mjere, odnosno instrumenti za, tzv. „zaključavanje“ kontrole.

- 23 Čulinović-Herc, E., Zubović, A., Cash Settled Derivatives and Their Role in Companies' Takeovers, u Bodiroga-Vukobrat, N., Rodin, S., Sander, G. G. (eds.), *Europeanization and Globalization, New Europe – Old Values?, Reform and Perseverance*, vol. 1, Springer, 2016., str. 235-267.
- 24 Paper of the European Corporate Governance Forum Working Group on Proportionality, June 2007, dostupno na: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/ecgforum/workinggroup\\_proportionality\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/workinggroup_proportionality_en.pdf), (posjećeno 16. 1. 2019.), str. 1 i 10, gdje se ističe da ne postoji striktna podjela mehanizama u navedene četiri skupine, već određeni mehanizam kojim se odstupa od načela proporcionalnosti može biti obuhvaćen u više skupina.
- 25 Više o tome vidi: Čulinović-Herc, E., Zubović, A., Tackling Empty Voting in EU – Shareholders' Rights Directive and Revised Transparency Directive, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 11, 2015., str. 133-160. Hu, Henry, T. C., Black, B., Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership: Taxonomy, Implications, and Reforms, *The Business Lawyer*, vol. 61, 3/2006, str. 1011-1070. Hu, Henry, T. C., Black, B., The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership, *Southern California Law Review*, vol. 79, 2006., str. 811; Ringe W.-G., Hedge Funds and Risk-Decoupling: The Empty Voting Problem in the European Union, *Oxford Legal Studies Research Paper No 52*, 2012., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=2135489> (posjećeno 16. 1. 2019.).
- 26 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007. Dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 9. (posjećeno 16. 1. 2019.).

### 3.1. Učinci pri promjeni kontrole nad uvrštenim društvom (preuzimanje)

Znanstvena istraživanja o učincima odstupanja od načela „jedna dionica – jedan glas“ u postupcima preuzimanja iznose zaključak da ti učinci ovise o strukturi dioničara u društvu.<sup>27</sup> Ako se radi o ciljnom društvu s disperziranom korporativnom strukturom, a u postupku preuzimanja se natječu dva ponuditelja, načelo „jedna dionica – jedan glas“ osigurava da najbolji ponuditelj odnosi pobjedu.<sup>28</sup> Ako se radi o jednom ponuditelju, okolnost da postoje dionice koje daju različito pravo glasa „ruši“ cijenu dionice po kojoj su postojeći dioničari voljni prodati. Time se (jedinom) ponuditelju smanjuju troškovi preuzimanja, što povećava njegovu korist i što ga dodatno motivira na preuzimanje. Dakle, načelo proporcionalnosti je optimalno rješenje u situaciji kada postoje dva ili više ponuditelja, a ciljno društvo ima disperziranu strukturu. Iz kuta interesa dioničara koji su adresati ponude, ako postoje dva ponuditelja, dioničarima će više odgovarati odstupanje od načela proporcionalnosti jer se vode mišlju da će za svoje dionice s pravom glasa dobiti veću premiju od takmaca koji pobjeđuje jer će on svojom pobjedom zadobiti jaču kontrolu. Ako je riječ o scenariju s jednim ponuditeljem, tada se pri donošenju odluke o prihvatanju ponude za preuzimanje, dioničari ionako ne rukovode ponuditeljevim motivima (uštede/koristi), već u prvom planu imaju jedino svoju korist.<sup>29</sup>

S druge strane, ako je riječ o ciljnom društvu koje ima koncentriranu dioničarsku strukturu, načelo proporcionalnosti potiče takvu promjenu kontrole koja donosi povećanje vrijednosti i učinkovito zatire takvu promjenu kontrole koja bi dovela do smanjenja vrijednosti (engl. *value decreasing*),<sup>30</sup> no općenito ne osigurava učinkovitu alokaciju kontrole. Zbog toga jer pri promjeni kontrole ponuditelj ne promišlja na koji način će se promjena kontrole odraziti na „bogatstvo“ manjinskih dioničara. Ako postoje konkurentne ponude, odstupanja od načela proporcionalnosti pogoduju ostvarenju bolje cijene, odnosno veće premije, pa su stoga optimalna za dioničare.<sup>31</sup>

27 Geens, K., Clottens, C., One Share - One Vote: Fairness, Efficiency and (the Case for) EU Harmonisation Revisited, u: Hopt, K., J., Geens, K., (eds.) The European Company Law Action Plan Revisited, Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission, Leuven University Press, 2010., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1547842> (posjećeno 14.1.2019.). Khachaturyan, A., The One-Share-One-Vote Controversy in the EU, ECMI Paper No. 1/2006, August 2006, <http://ssrn.com/abstract=908215> (posjećeno 14.1.2019.).

28 Khachaturyan, A., The One-Share-One-Vote Controversy in the EU, ECMI Paper No. 1/2006, August 2006, str. 11-12., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=908215> (posjećeno 14.1.2019.).

29 External Study Commissioned by the European Commission 18.05.2007, dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 15 (posjećeno 16. 1. 2019.).

30 loc. cit.

31 loc. cit. Vidi još: Bennedsen, M., Nielsen, K. M., The Principle of Proportional Ownership, Investor Protection and Firm Value in Western Europe, 2008., str. 35, iznose podatak da zapadnoeuropska uvrštena društva koja ne odstupaju od načela proporcionalnosti imaju veću “firm value”. dostupno na: <https://pdfs.semanticscholar.org/1135/a33bb5598adb88127dce380388229d8f437e.pdf> (posjećeno: 21.01.2019.)



### **3.2. Utjecaj na jačanje položaja većinskog dioničara u odnosu na upravu (i manjinske dioničare)**

U društvima disperzirane strukture odstupanja od načela proporcionalnosti najviše dolaze do izražaja pri preuzimanju. Izvan tog scenarija disperzirani dioničari općenito su nemotivirani nadzirati upravu i izvršavati svoje pravo glasa. Za razliku od njih, veliki dioničari u društvima koncentrirane dioničarske strukture su itekako voljni i u mogućnosti nadzirati upravu.<sup>32</sup> S obzirom na to da držanje velikog udjela nosi sa sobom i troškove, veliki dioničari u pravilu žele ograničiti svoj većinski blok. S jačanjem glasačke snage (odnosno odstupanjem od načela proporcionalnosti) veliki dioničar povećava sebi mogućnost discipliniranja članova uprave. U tom je smislu uvođenje mehanizma za povećanje kontrole dobrodošlo, jer ublažava sukob interesa između većinskog dioničara i uprave te se pozitivno odražava na opću dobrobit svih dioničara. Većinski dioničar može koristiti polugu jačanja glasačke snage ne samo da ojača svoj položaj u odnosu na upravu, već i da poduzme akcije koje su isključivo u njegovom interesu.<sup>33</sup> Dakle, iako dolazi do ublažavanja sukoba interesa između većinskog dioničara i uprave, pojačava se sukob interesa između manjinskih i većinskog dioničara.<sup>34</sup> Naprotiv, ako se društvo drži načela proporcionalnosti, to štiti manjinske dioničare od toga da se većinski dioničar prekomjerno koristi imovinom društva za svoje osobne koristi, ali ostavlja i upravi veću dozu diskrecije u slijeđenju svojih vlastitih ciljeva.<sup>35</sup>

### **3.3. Utjecaj na prijetnju promjene kontrole, odnosno težnja zadržanja kontrole kada je dovedena u pitanje**

Situacije u kojima ciljnom društvu „prijeti“ preuzimanje mogu imati disciplinatorni učinak na ponašanje svih unutrašnjih dionika u društvu koji su

32 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007, str. 15. Dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf) str. 15 (posjećeno 16. 1. 2019.).

33 Loc. cit.

34 Edwards, J., Weichenrieder, Alfons J., How Weak is the Weakest-Link Principle? On the Measurement of Firm Owners' Control Rights (August 2004). CESifo Working Paper Series No. 1255., str. 3, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=591902> (14.1.2019.), ističu da je kod odstupanja od načela proporcionalnosti upravo najveći problem sukoba interesa između većinskog i manjinskih dioničara društva. Ringe, W.-G., Deviations from Ownership-Control Proportionality—Economic Protectionism Revisited, u Bernitz, U., Ringe, W.-G., (eds), Company Law and Economic Protectionism, Oxford University Press, 2010., str. 221, ističe da je takav sukob osobito izražen u društvima u kojima prevladava koncentrirana struktura dioničara.

35 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007, str. 15. Dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 15. (posjećeno 16. 1. 2019.).

ujedno i upućene osobe, jer im je zabranjeno poduzimati radnje kojima bi doveli do smanjenja vrijednosti ciljnog društva, u želji da „spase ključnu imovinu“ i osujete ponuditeljeve neprijateljske namjere. Ako se radi o društvu u kojem se poštuje načelo proporcionalnosti to dovodi do usklađivanja interesa između dioničara koji su ujedno korporativni *insideri* i oni koji to nisu jer glasačka i imovinska prava iz dionice dolaze u proporciji.<sup>36</sup>

Ako glasačka i imovinska prava nisu razmjerna, pa *insider* ima više glasačkih prava od prava na dividendu, tada ga to bolje štiti od preuzimanja, ali ga udaljava od interesa drugih dioničara *outsidera*, s kojima nije više usklađen.<sup>37</sup> Razdioba glasačkih prava može biti i drukčije postavljena, tako da uprava ima veliki blok dionica, ali bez prava glasa. U poslovnoj praksi to ovisi o stilu vođenja. Društva ili vode *insideri* koji imaju veliki blok glasačkih prava pa su na taj način zaštićeni od neprijateljskih preuzimanja ili se radi o tomu da ciljno društvo disperzirane strukture vodi profesionalna uprava koja je itekako osjetljiva na neprijateljsko preuzimanje.<sup>38</sup> Čini se da je pravo pitanje upravljaju li učinkovitije društvima profesionalni menadžeri (koji mogu biti otpušteni) ili veliki ukorijenjeni „vlasnici“. Činjenica je da su se najveći skandali korporativnog upravljanja dogodili i u disperziranom *Enronu* i *Parmalatu* - društvu s dominantnim dioničarima.<sup>39</sup> No, ako postoji prijetnja preuzimanja uobičajen odgovor na to je poduzimanje protupreuzimateljskih mjera,<sup>40</sup> što definitivno može utjecati na promjenu strateških ciljeva specifičnih za društvo, planova dugoročnih investicija, pa je uobičajena percepcija da preuzimanje više smanjuje, odnosno redistribuira vrijednost društva, nego što ga povećava.<sup>41</sup>

Korištenje mehanizama odstupanja od načela proporcionalnosti uočeno je kod obiteljskih društava u situacijama kada u korporativnu strukturu ulaze novi članovi. Tada najčešće postojeći članovi društva (obitelj) korištenjem nekoga od mehanizma odstupanja od načela proporcionalnosti, primjerice dionice s višestrukim pravom glasa ili dionice koje daju neka posebna prava, nastoje zadržati kontrolu nad društvom.<sup>42</sup>

---

36 Loc. cit.

37 Loc. cit.

38 Loc. cit.

39 Prikaz navedenih skandala s njihovim posljedicama vidi: Jurić, D., Uloga revizora u dioničkom društvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, 1/2004., str. 323-352.

40 Jurić, D., Zubović, A., Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljnog društva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, 1/2009., str. 291-331.

41 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007, str. 16. Dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 15 (posjećeno 16. 1. 2019.).

42 Ehrhardt, O., Nowak, E., Private Benefits of Control in Founding-Family Owned Firms: An Analysis of the Dynamics of Disproportionate Ownership and Control in Family Firm IPOs (July 1, 2015), str. 13, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=423506>, na uzorku od 105 obiteljskih društava u Njemačkoj koja su uvrstila svoje dionice na uređeno tržište kapitala (od siječnja 1970. godine do prosinca 1991. godine), 20 godina nakon uvrštenja, od njih 90 koja su još poslovala, obitelji su zadržale kontrolu nad 37 društava.

### **3.4. Utjecaj na ograničenje prenosivosti dionice**

Ovi mehanizmi ponajprije služe za, tzv. zaključavanje kontrole.<sup>43</sup> Postoji ograničenje stjecanja određenog broja dionica do nekoga praga i ograničenje glasovanja do nekog praga, neovisno o broju dionica koje se drže. Iako ti najviši dopustivi pragovi držanja dionica ili korištenja prava glasa strogo gledano nisu odstupanje od načela proporcionalnosti, oni sprječavaju pojedine dioničare da akumuliraju znatan udio i glasačku moć, čime se ograničava njihova mogućnost utjecaja na donošenje korporativnih odluka. Nasuprot prethodnim mehanizmima bildanja glasačke kontrole ovi mehanizmi služe, tzv. razrjeđivanju kontrole,<sup>44</sup> odnosno njima se ometa nastajanje i djelovanje velikih dioničara te time praktički čine preuzimanja nemogućim. Ovi se mehanizmi smatraju opravdanim u situacijama kada bi neki dioničar htio steći kontrolu i tako „opljačkati“ manjinske dioničare.<sup>45</sup> No, s „razrjeđivanjem kontrole“ većinskog dioničara raste moć uprave, jer ona počinje izmicati učinkovitu nadzoru velikog dioničara.<sup>46</sup> Time se istodobno potkopavaju dva modaliteta discipliniranja uprave: vanjsko praćenje i strah od promjene kontrole.

## **4. EMPIRIJSKI POKAZATELJI U EUROPSKIM DRŽAVAMA O Odstupanju od načela proporcionalnosti**

*Institutional Shareholder Services* u suradnji s *European Corporate Governance Institute* i društvom *Sherman & Sterling*, proveli su istraživanje o zastupljenosti mehanizama odstupanja od načela proporcionalnosti na uzorku od 464 društava u 16 europskih država.<sup>47</sup> Rezultati istraživanja objavljeni su 2007. godine kao dio opsežne studije Europske komisije.<sup>48</sup> U studiji se iznosi podatak da niti jedan od ispitanih pravnih poredaka nije u cijelosti prihvatio načelo „jedna dionica – jedan glas“ te podatak da je 44 % od ispitanih europskih društava usvojilo barem jedan način odstupanja

43 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, *Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union*, 18 May 2007, str. 16. Dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 15 (posjećeno 16. 1. 2019.).

44 Loc. cit.

45 Burkart, M., Lee, S., *The One Share - One Vote Debate: A Theoretical Perspective Finance Working Paper N° 176/2007*, May 2007, dostupno na: [http://ssrn.com/abstract\\_id=987486](http://ssrn.com/abstract_id=987486), str. 33. (posjećeno 16. 1. 2019.).

46 Vidi više: Goergen, M., Martynova, M., Renneboog, L., *Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe*, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 21, br. 2, str. 243-268.

47 Istraživanje je provedeno u Belgiji, Danskoj, Estoniji, Finskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Mađarskoj, Irskoj, Italiji, Luksemburgu, Nizozemskoj, Poljskoj, Španjolskoj, Švedskoj i Velikoj Britaniji. Rezultati istraživanja obuhvaćaju i podatke iz SAD-a, Japana i Australije.

48 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, *Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union*, 18 May 2007., dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf), str. 1-216. (posjećeno 16. 1. 2019.).

od načela „jedna dionica - jedan glas“. Najčešći način odstupanja su piramidalne strukture (27 % ispitanih društava),<sup>49</sup> zatim slijede dionice s višestrukim pravom glasa (24 % ispitanih društava) te sporazumi dioničara (12 % ispitanih društava). Međutim, nužno je istaknuti postojanje razlika unutar pojedinih država. Dok su piramidalne strukture najčešće u Belgiji (34 %) i Švedskoj (48 %) samo nekolicina društava u Velikoj Britaniji primjenjuje ovu mjeru (3 %), dok je društva sa sjedištem u Danskoj ne primjenjuju. Dionice s višestrukim pravom glasa uobičajene su u Švedskoj (59 %), Francuskoj (58 %) i Nizozemskoj (41 %). Društva s uzajamnim udjelima egzistiraju u 31 % država koje su sudjelovale u istraživanju. Najveća je zastupljenost u Švedskoj (25 %), zatim slijede Francuska (20 %), Nizozemska (11 %) te Njemačka (10 %). Na uzorku od 464 društava na 3 % društava odstupanje od načela proporcionalnosti učinjeno je kroz uzajamne udjele. Sumarno se iznosi podatak da najveći broj društava koja primjenjuju odstupanja imaju sjedište u Francuskoj, Švedskoj, Mađarskoj, Italiji i Španjolskoj.

Do sličnih se rezultata došlo u znanstvenom istraživanju kojega su proveli Bennedsen i Nielsen,<sup>50</sup> a koje je provedeno na uzorku većem od 4.000 društava u 14 zapadnoeuropskih zemalja. Ključna je razlika u podatku o broju društava koja koriste piramidalne strukture i dionice koje daju različita prava, kao načini odstupanja od načela proporcionalnosti u Velikoj Britaniji. Tako se iznosi da se piramide koriste u 22 % društava, dok dionice s različitim pravima izdaje 25 % društava, što je mnogo viši postotak od onog navedenog u Studiji ISS-a, kao i općeprihvaćenom stajalištu da su odstupanja od načela „jedna dionica - jedan glas“ u Velikoj Britaniji rijetka.

Rezultati istraživanja provedenoga u Italiji pokazuju da je broj piramidalnih struktura 1993. godine iznosio 56,5 %, dok je 2005. godine iznosio 45,8 %.<sup>51</sup> Dakle, provedeno istraživanje iznosi zaključak da je došlo do pada zastupljenosti piramidalnih struktura.

Istraživanje kojega su u Francuskoj proveli Ginglinger i Hamon<sup>52</sup> na uzorku od 1.550 društava iznosi podatak da broj piramidalnih struktura u Francuskoj iznosi 18,5 %.<sup>53</sup>

Masulis, Pham, i Zein<sup>54</sup> iznose podatak da je od 28.635 društava iz 45 država,

49 Za određivanje radi li se o piramidalnoj strukturi u studiji je primijenjen prag od 5 % držanja dionica kod izravnog držanja dionica, odnosno prag od 20 % za neizravno držanje dionica.

50 Bennedsen, M., Nielsen, K. M., *The Principle of Proportional Ownership, Investor Protection and Firm Value in Western Europe* (October 2006). ECGI - Finance Working Paper No. 134/2006, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=941054> (posjećeno 16. 1. 2019.).

51 Bianchi, M., Bianco, M., *Italian Corporate Governance in the Last 15 Years: From Pyramids to Coalitions?* (November 2006). ECGI - Finance Working Paper No. 144/2006., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=952147> (posjećeno 16. 1. 2019.).

52 Ginglinger, E., Hamon, J., *Ownership, Control and Market Liquidity* (June 1, 2012). *Finance*, 2012, vol. 33, 2, str. 61-99, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2097795>, str. 13.

53 U istraživanju je primijenjeno načelo “najslabije karike”, pri čemu je za određivanje radi li se o piramidalnoj strukturi korišten prag od 20 % glasačkih prava u društvu.

54 Masulis, R. W., Pham, P. K., Zein, J., *Family Business Groups around the World: Financing Advantages, Control Motivations and Organizational Choices* (April 21, 2011). *Review of Financial Studies*, Forthcoming; ECGI - Finance Working Paper No. 240/2009., dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=1363878>, str. 3 (posjećeno 16. 1. 2019.).

koja su korištena kao uzorak njihova istraživanja, 19 % uvrštenih društava pod kontrolom obitelji,<sup>55</sup> pri čemu na pojedinim tržištima taj postotak doseže i do 40 %. Ističu da se društva povezuju na dva načina. Jedna trećina društava povezana je kroz horizontalne strukture u kojima kontrolni dioničar (društvo) izravno drži udio u svim društvima u koncernu (grupaciji), dok je dvije trećine društava povezano kroz piramidalne strukture. Dalje se iznosi podatak da se u obiteljskim društvima koriste različiti mehanizmi odstupanja od načela proporcionalnosti od čega najviše društva s uzajamnim udjelima (10 % grupe) i dionice koje daju različita prava (15 % grupe).

## **5. POSEBNO O MEHANIZMIMA KOJI SU SE RAZVILI NA TRŽIŠTU KAPITALA**

### **5.1. Piramidalne strukture**

O piramidalnim strukturama (engl. *Pyramid structures*) je riječ kada određeni pravni subjekt ostvaruje kontrolu nad društvom koje drži kontrolni udjel u drugome društvu, što se može ponavljati više puta. Ova se metoda temelji na tomu da se disproporcionalan odnos između upravljačkih prava i udjela u temeljnom kapitalu može postići povezivanjem nekoliko društava.<sup>56</sup> Što je više društava uključeno u piramidalnu strukturu veće je odstupanje od proporcionalnosti odnosa upravljačkih prava i udjela u temeljnom kapitalu društva. Piramidalne strukture svojstvene su koncentriranom modelu dioničarstva u kojem većinski dioničar često ima velike osobne pogodnosti, smanjen je pritisak za isplatu dividende te su povećani izgledi reinvestiranja dobiti u istraživanje i razvoj jer se radi o dioničaru s dugoročnim horizontom ulaganja.

Ako je pojedinačni dioničar ili obitelj ta koja kontrolira društvo, odnosno povezana društva, učinak piramidalne strukture postiže se ako se držanje udjela / dionica u tim društvima strukturira „lančano“. Obitelj, primjerice, izravno kontrolira jedno društvo, a to društvo kontrolira neko drugo u istoj grupaciji, koje opet kontrolira treće društvo i tako dalje. I u hrvatskom korporativnom miljeu, veliki broj uvrštenih, ali i neuvrštenih dioničkih društava nalazi se pod kontrolom pojedinaca ili obitelji, uobičajeno organiziranih kao niz povezanih društava. U tom smislu hrvatski korporativni model nimalo ne odstupa od dominantnog modela koji je prisutan u kontinentalnoj Europi. U literaturi se postojanje piramidalnih struktura objašnjava na način da one služe odvajanju glasačkih prava od utjecaja na novčane tokove društva, s obzirom na to da obitelj koristi piramidu tako da društvo koje ona izravno kontrolira osniva drugo društvo.<sup>57</sup> Tako se navodi primjer obitelji koja ima izravni udio u društvu u visini od 50 %. Ako to izravno kontrolirano društvo ima udio u drugom društvu u iznosu od 50 %, tada obitelj koja kontrolira prvo društvo ostvaruje (neizravnu)

55 U istraživanju je primijenjen prag od 20 % glasačkih prava za određivanje ima li dioničar položaj kontrolnog dioničara.

56 Denis, D. K., McConnell, J. J., *International Corporate Governance*, Purdue CIBER Working Papers, Paper 17, 2007., <http://docs.lib.purdue.edu/ciberwp/17>, str. 35, Almeida, H., Wolfenzon, D., op. cit., str. 2637-2681.

57 Almeida, H., Wolfenzon, D., op. cit., str. 2637-2681.

kontrolu i nad drugim društvom već i činjenicom neizravnog unosa 25 % temeljnog kapitala u to drugo društvo „putem društva kojeg izravno kontrolira“. Zbog toga se još i navodi da je smisao piramida, odvajanje „vlasništva“ od kontrole.<sup>58</sup> No, nasuprot tome postoje mnogi primjeri u kojima je učinak odvajanja toliko neznatan da se njime ne može opravdati uporaba piramide.<sup>59</sup>

Piramidalne strukture jedno su od najčešćih i najšire primjenjivih odstupanja od načela proporcionalnosti. Ovo odstupanje podložno je određenim ograničenjima, pa povezivanje može biti ograničeno ili zabranjeno.<sup>60</sup> U cilju ograničavanja piramidalnih struktura, u SAD-u su još tridesetih godina prošloga stoljeća doneseni propisi o dvostrukom oporezivanju unutarkorporativnih dividendi (engl. *double taxation of inter-corporate dividends*). Temeljni razlog za taj regulatorni zahvat ciljao je upravo na smanjenje, odnosno uklanjanje piramida.<sup>61</sup> Piramidalne strukture opisivane su kao višerazinski korporativni lanci u kojima su investitori na vrhu piramide uspjeli iskoristiti relativno mala ulaganja u jedno društvo kako bi ostvarili moć i utjecaj nad velikom skupinom društava (kćeri i unuka) na dnu piramide. Iako porezni udar na piramide nije bio dovoljno jak da bi odmah proizveo promjene u organizacijskoj strukturi<sup>62</sup> to je bio samo jedan od pravaca zakonodavne kampanje protiv piramida, koja je okrunjena donošenjem *Public Utility Holding Company Acta*, nakon koje su uslijedile strukturne promjene.<sup>63</sup> Donesenim propisima postigli su se namjeravani ciljevi, odnosno došlo je do znatnoga smanjenja broja piramidalnih struktura u SAD-u.<sup>64</sup>

Iz navedenog primjera SAD-a vidljivo je da se smisao piramidalnih struktura

- 
- 58 Stijn, C., Djankov, S., Lang, L. H. P., The separation of ownership and control in East Asian Corporations, *Journal of Financial Economics*, vol. 58., str. 81-112.
- 59 Franks, J., Mayer, C., Ownership and control of German corporations, *Review of Financial Studies*, vol. 14., 2001., str. 943-977.
- 60 Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality Between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study, Exhibit C, (Part I), Legal Study for Each Jurisdiction. str. 330 iznosi se primjer Italije koja zabranjuje uvrštenje društvima koja koriste tzv. *multi-layer listing*, odnosno uvrštenje takvih društava čija se glavna imovina ili prihodi sastoje iz dionica drugih uvrštenih društava, dostupno na: [http://www.ecgi.org/osov/documents/study-exhibit\\_c\\_part1\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/study-exhibit_c_part1_en.pdf) (posjećeno 16. 1. 2019.).
- 61 Morck, R., How to Eliminate Pyramidal Business Groups: The Double Taxation of Intercorporate Dividends and Other Incisive Uses of Tax Policy, 19 *TAX POL'Y & ECON.* 135, 136 (2005). Ferrarini, G., One Share - One Vote: A European Rule? (January 2006). ECGI - Law Working Paper no. 58/2006., str. 16, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=875620> (posjećeno 16. 1. 2019.).
- 62 Bank, A., S., Cheffins, R., B., The Corporate Pyramid Fable, 84 *Business History Review*, 2010., str. 435, 443-445.
- 63 Public Utility Holding Company Act of 1935, Pub. L. No. 74-333, 49 Stat. 803. Vidi povijesni pregled razvoja Bank, A., Steven, When We Taxed the Pyramids, *Florida State University Law Review*, vol 41, 1/2013., dostupno na <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol41/iss1/3>, str. 40, 41. (posjećeno 16. 1. 2019.).
- 64 Promjene su se dogodile početkom četrdesetih godina prošlog stoljeća nakon što su društva reorganizirana prema Public Utility Holding Company Act iz 1935. godine. Vidi detaljnije, Bank, A., S., When We Taxed the Pyramids, *Florida State University Law Review*, vol 41, 1/2013., str. 41., dostupno na: <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol41/iss1/3> (posjećeno 16. 1. 2019.).

ne može objasniti samo putem separacijskog učinka „vlasništva“ od kontrole, već nedvojbeno postoje i porezni motivi. To se može povezati s činjenicom da se isti separacijski efekt može postići s uvođenjem dionica s različitim pravom glasa, no opet ostaje pitanje zbog čega se piramidalne strukture koriste više od dionica koje daju različito pravo glasa. Iako prema pravu društava postoje ograničenja u korištenju dionica koje daju različito pravo glasa, ipak, ta ograničenja nisu tako stroga da bi bila razlog toliko veće zastupljenosti piramidalnih struktura, pa se opravdanim dade zaključiti da njihovo postojanje ispunjava još neke svrhe.<sup>65</sup> Almeida i Wolfenzon<sup>66</sup> smatraju da su piramide atraktivne ako su vanjski izvori financiranja osnivanja društva skuplji od unutrašnjih, a od obitelji se očekuje pribavljanje znatnoga dijela financiranja. Također smatraju da poslovne grupe koje nastaju kao poslovne grupacije pod kontrolom jedne obitelji vrlo često usvajaju model piramidalne strukture. Pri pokušaju da odgovore na pitanje zbog čega se obiteljska imovina usitnjava u pravno odvojene poslovne subjekte te koji su razlozi odabira hoće li obitelj usvojiti piramidalnu (ili horizontalnu, odnosno kompleksnu) strukturu autori nalaze razloge u nedostatnoj zaštiti ulagatelja i financijskim prednostima za obitelj koja se sastoji u smanjivanju iznosa osnivačkog kapitala, gdje se kao poluga koriste društva koja obitelj izravno kontrolira. Na taj način objašnjavaju širu primjenu piramidalnih struktura u odnosu na model gdje se isti separacijski efekat postiže primjenom dionica koje daju različito pravo glasa. Autori upućuju i na normativne implikacije ovih praksi koje su „dobre za obitelj“, ali ne pridonose u istoj mjeri društvenoj dobrobiti. Stoga ih se često optužuje da time dovode do neučinkovite alokacije korporativne kontrole kroz pravila o nasljeđivanju,<sup>67</sup> štete razvoju (eksternog) tržišta kapitala<sup>68</sup> te lobiraju za regulaciju koja koči financijski razvoj.<sup>69</sup>

U piramidalnim strukturama neproporcionalan odnos upravljačkih prava i udjela u temeljnom kapitalu veći je nego kod primjene ostalih načina odstupanja od načela „jedna dionica – jedan glas“. Piramidalne strukture mogu se kombinirati s izdavanjem dionica koje daju različita prava glasa ili i s ostalim mehanizmima odstupanja od načela „jedna dionica – jedan glas“. To otežava izračunavanje utjecaja neproporcionalnog odnosa upravljačkih prava i udjela u temeljnom kapitalu društva, pogotovo ako objava podataka u svezi s držanjem blokova glasačkih prava nije transparentna. Takvi su slučajevi u Izvješću Visoke skupine stručnjaka za pravo društava iz 2002. godine<sup>70</sup> definiraju kao *abusive pyramids*.

65 La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Corporate ownership around the world, *Journal of Finance*, vol. 54., 1999., str. 471-517.

66 Almeida, H., Wolfenzon, D., op. cit., str. 2637-2681.

67 Morck, R., Stangeland, D., Yeung, B., Inherited wealth, corporate control and economic growth: The Canadian disease, 2000., str. 41, dostupno na: <https://www.nber.org/papers/w6814.pdf>.

68 Almeida, H., Wolfenzon, D., op. cit., str. 2637-2681.

69 O tome više vidi: Raghuram, G., R., Zingales, L., The great reversals: The politics of financial development in the 20th Century, *Journal of Financial Economics*, vol. 69., 2003., str. 5–50. Isto: Morck, R., Yeung, B., Family control and the rent-seeking society, *Entrepreneurship: Theory and Practice*, vol. 28, 2004., str. 391–409.

70 Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Brussels, 10 January 2002, dostupno na: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf), str. 3.

## 5.2. Uzajamni udjeli

Kod uzajamnih se udjela (engl. *cross-shareholdings*) radi o slučaju kada društvo A drži dionice u društvu B, a društvo B drži dionice u društvu A, kao i kada društvo A drži dionice u društvu B, društvo B drži dionice u društvu C, a društvo C drži dionice u društvu A.<sup>71</sup> Najviše se primjenjuje u Švedskoj (25 % društava). Najčešće ograničenje kome je podvrgnuta primjena uzajamnih udjela je oduzimanje prava glasa prilikom prelaska određenog praga koji u Italiji iznosi 2 %, Belgiji, Španjolskoj, Francuskoj i Finskoj 10 % te Njemačkoj, Japanu i Mađarskoj 25 %.

U hrvatskom zakonodavstvu izričito se uređuju društva s uzajamnim udjelima. Hrvatski zakonodavac razlikuje obično i kvalificirano uzajamno sudjelovanje. O običnom uzajamnom sudjelovanju riječ je kad jedno društvo sudjeluje u drugome s više od četvrtine udjela, a društvo ne može ostvarivati prevladavajući utjecaj, dok kod kvalificiranog uzajamnog sudjelovanja postoji odnos ovisnosti društva.

Obično uzajamno sudjelovanje uređeno je odredbom članka 511. ZTD-a sukladno kojoj, ako društvo kapitala i neko drugo takvo društvo imaju udjele jedno u drugome, mogu, ako im je poznato takvo sudjelovanje u udjelima, odnosno ako im je ono priopćeno u skladu s odredbom članka 478. ZTD-a, koristiti prava iz udjela koja jedno društvo ima u drugome, najviše do četvrtine svih udjela drugoga društva.<sup>72</sup> Ako je društvo sa svoje strane poslalo drugome društvu obavijest o uzajamnim udjelima, propisano ograničenje ne vrijedi prije nego što ono primi takvu obavijest od drugoga društva, odnosno prije nego što mu postojanje međusobnih udjela postane poznato. Dalje je propisana obveza društvima s uzajamnim udjelima o obvezi međusobnoga obavještanja o visini vlastitoga udjela i o svim nastalim promjenama koje su s time u vezi.

Kvalificirano uzajamno sudjelovanje uređuje odredba članka 477. ZTD-a koja izričito propisuje da su društva s uzajamnim udjelima društva kapitala sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koja su povezana tako da svako društvo ima više od četvrtine udjela u drugome društvu.<sup>73</sup> Hrvatski zakonodavac propisuje neoborivu pretpostavku postojanja odnosa ovisnosti ako se radi o društvima povezanim uzajamnim udjelima, a ispunjene su pretpostavke za postojanje većinskog sudjelovanja jednog društva u drugom. Time je zakonodavac odstupio od članka 475. st. 2. gdje je propisao oborivu pretpostavku za postojanje odnosa ovisnosti.<sup>74</sup>

Temeljem odredbe članka 478. st. 1. ZTD-a čim jedno društvo stekne više od četvrtine dionica u drugom dioničkom društvu sa sjedištem u Republici Hrvatskoj

71 U doktrini se ovakvo sudjelovanje naziva prstenasto ili cirkularno sudjelovanje (njem. *ringformige oder zirkulare Beteiligung*, engl. *circular ownership links*). Jurić, D., *Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava* Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, 2/2006, str. 946.

72 To ne vrijedi za pravo da se steknu nove dionice pri povećanju temeljnoga kapitala iz sredstava društva.

73 Za utvrđenje pripada li nekome društvu više od četvrtine udjela u drugome društvu primjenjuju se odredbe članka 474. stavka 2. i 4. ZTD-a.

74 Jurić, D., *Hrvatsko pravo povezanih društava s prikazom njemačkog, francuskog i engleskog prava* (magistarski rad), Pravni fakultet u Rijeci, 2002., str. 30.



mora o tomu bez odgađanja pismeno obavijestiti to društvo.<sup>75</sup> Odredbom članka 478. st. 3. ZTD-a određuje se da čim društvo stekne većinsko sudjelovanje u drugome društvu, sukladno članku 474. st. 1. ZTD-a, mora o tome bez odgađanja pismeno obavijestiti to društvo. Ako udio u društvu postane manji od onoga zbog kojega je postojala obveza obavješćavanja, društvo se o tomu mora pismeno obavijestiti bez odgađanja. Društvo kojemu je dostavljena obavijest mora sudjelovanje, o kojemu je obaviješteno, bez odgađanja objaviti u svome glasilu i navesti društvo koje u njemu drži dionice. Na isti se način i u istome roku mora objaviti i da više nema sudjelovanja. Društvo koje je steklo više od četvrtine dionica u drugom dioničkom društvu sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, društvo koje je o njemu ovisno, kao i onaj tko drži dionice i udjele za račun tih društava ne mogu ostvarivati prava iz dionica u drugome društvu sve dok ga o tomu ne obavijeste.

### 5.3. Problemi izračuna broja glasova kod piramidalnih struktura i uzajamnih udjela

U slučaju postojanja piramidalnih struktura i uzajamnih udjela pojavljuje se problematika izračunavanja konačnog broja glasova koje pripadaju pojedinom dioničaru.

Kod *piramida* uobičajena metoda za izračunavanje konačnog broja glasova je primjena tzv. načela *najslabije karike* (engl. *weakest-link principle*), prema kojem ako dioničar drži dionicu s određenim brojem glasova ( $x$ ) u društvu A koje drži dionice s određenim brojem glasova ( $y$ ) u društvu B, pretpostavlja se da ovaj dioničar drži minimum  $x$  i  $y$  broja glasova u društvu B.<sup>76</sup> Ova je metoda izložena brojnim kritikama. Tako se mogu usporediti dva slučaja. U prvom slučaju dioničar drži 26 % glasačkih prava u društvu A, koje drži 25 % glasačkih prava u društvu B. U drugom slučaju dioničar drži 90 % glasačkih prava u društvu C koje drži 25% glasačkih prava u društvu D. U oba se slučaja, primjenom načela *najslabije karike*, dolazi do istoga rezultata, međutim, utjecaj kojega *de facto* ostvaruje dioničar u prvom i u drugom slučaju znatno se razlikuje. Ujedno, daljnji problem koji se pojavljuje kod primjene načela *najslabije karike* jest postojanje dva ili više dioničara koji zajednički ostvaruju kontrolu.<sup>77</sup> Tako primjerice u društvu X dioničar A drži 17 % glasačkih prava, dok

75 Za utvrđenje ima li društvo više od četvrtine dionica primjenjuju se odredbe članka 474. stavka 2. i 4. ZTD-a. Ujedno među dionice o čijem se stjecanju mora obavijestiti drugo društvo pripadaju i dionice i udjeli 1. koje društvo, od njega ovisno društvo ili netko tko ih drži za njegov račun ili za račun društva koje je od njega ovisno može tražiti da mu se prenesu, 2. za čije preuzimanje je u obvezi društvo, neko društvo koje je ovisno o njemu ili netko tko djeluje za račun društva ili društva koje je o njemu ovisno.

76 U *piramidama* se imovinska prava množe. Ako dioničar drži određeni broj dionica ( $x$ ) u društvu A koje drži određeni broj dionica u društvu B tada je taj dioničar ovlašten na  $x*y$  imovinskih prava u društvu B. O tome više vidi kod Adams, R., Ferreira, D., One Share-One Vote: The Empirical Evidence, Finance Working Paper no. 177/2007, str. 7, dostupno na: [http://ssrn.com/abstract\\_id=987488](http://ssrn.com/abstract_id=987488) (posjećeno 14.1.2019.).

77 Edwards, J., Weichenrieder, A., Control Rights, Pyramids, and the Measurement of Ownership Concentration, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1354580>, str. 6 (posjećeno 20.11.2011.), dolaze do apsurdnih rezultata u izračunavanju postotka držanja glasačkih prava primjenom

dioničar B drži 33 % glasačkih prava. Struktura dioničara društva A je takva da 40 % drži jedan dioničar (dioničar C), dok tri dioničara drže po 20 % glasačkih prava. Dioničarska struktura dioničara društva B je takva da jedan dioničar drži 10 % dionica (dioničar D), dok je ostala dioničarska struktura disperzirana. Primjenom načela najslabije karike dolazimo do rezultata da dioničar C drži 17 % glasačkih prava u društvu X, dok dioničar D drži 10 % glasačkih prava u društvu X.<sup>78</sup>

Alternativna metoda za izračunavanje broja glasova je uzimanje u obzir samo broja glasova u posljednjem društvu (društvu B) sve dok dioničar drži dionice u društvu A. Ovdje je riječ o načelu *posljednje karike*.<sup>79</sup>

Pokazano na primjeru dioničkog društva *Volkswagen AG*, 2007. godine *Porsche Family* je držao 100 % glasačkih prava u uvrštenom društvu *Porsche AG* koje je držalo 25,1 % glasačkih prava u *Volkswagenu* (minimum od 100 % i 25,1 %). Sukladno načelu *posljednje karike* pravo glasa koje je držao *Porsche Family* u *Volkswagenu* također je 25,1 %. Kao što je prikazano na navedenom primjeru, oba pristupa daju isti rezultat. Međutim, oni se isto tako mogu i uvelike razlikovati, npr. ako društvo A drži 25 % prava glasa u društvu B koje drži 100 % prava glasa u društvu C, primjenjujući načelo *najslabije karike* dolazi se do rezultata od 25 % prava glasa, dok se primjenjujući načelo *posljednje karike* dolazi do rezultata od 100 % prava glasa.

Pitanje izračunavanja broja glasova koji pripadaju pojedinom dioničaru javlja se i kod postojanja uzajamnih udjela. Iako je to relativno jednostavno kada dva društva drže dionice jedno u drugome, problem je kompleksniji kada je riječ o tri ili više društava.

U hrvatskom pravu za izračunavanje broja glasova kod povezanih društava primjenjuje se članak 474. ZTD-a gdje je propisano da se broj glasova koji pripada nekome društvu određuje prema odnosu broja glasova koje ono može koristiti na temelju dionica koje mu pripadaju, prema ukupnom broju svih glasova. Od ukupnog broja glasova moraju se odbiti glasovi koji pripadaju po vlastitim dionicama i dionicama koje netko drugi drži za račun toga društva. Iz navedene formulacije proizlazi da se ne isključuju glasovi temeljeni na udjelima koje drži društvo koje je ovisno u odnosu na društvo u kojem se izračunava većinsko sudjelovanje. Međutim, člancima 235. i 237. ZTD-a iz tih se udjela ne bi moglo ostvarivati pravo glasa. Primjerice, ako je društvo A vladajuće u odnosu na društvo B, a društvo B drži ujedno i 15 % udjela u društvu A, tada se glasovi koji se temelje na tih 15 % udjela ne odbijaju od ukupnog broja glasova. Ako bi društvo C imalo 45 % udjela u društvu A, ono ako se uzimaju u obzir svi glasovi, ima svega 45 % glasova, dakle nema većinsko sudjelovanje. No, budući

---

načela *najslabije karike*, primjerice dolaze do rezultata da se drži 165 % glasačkih prava u društvu.

78 Edwards, J., Weichenrieder, A. J., How Weak is the Weakest-Link Principle? On the Measurement of Firm Owners' Control Rights (August 2004). CESifo Working Paper Series no. 1255, str. 9, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=591902> (14.1.2019.), navode primjer društva Linotype-Hell, ističući nedostatke u primjeni načela *najslabije karike*.

79 Renneboog, L., Ownership, Managerial Control and the Governance of Companies Listed on the Brussels Stock Exchange (July 1996), Working Paper 9635, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2115>, str. 14, ističe da 56 % uvrštenih belgijskih društava u izračunavanju broja glasova primjenjuje načelo *posljednje karike* (engl. *ultimate shareholder criterion*).

da kod glasovanja, na temelju članka 235. i 237. ZTD-a društvo B ne bi moglo glasovati s 15 % glasova, proizlazi da bi se ukupno moglo glasovati s 85 % glasova u odnosu na ukupni broj glasova iz čega proizlazi da bi društvo C kod glasovanja imalo sada ukupno 52 % glasova, a ne više svega 45 %.<sup>80</sup>

Na temelju odredbe članka 10. stavka 1(c) Direktive o ponudama za preuzimanje države članice su dužne osigurati da ciljna društva objave detaljne informacije o bitnom izravnom ili neizravnom sudjelovanju u temeljnom kapitalu, uključivši neizravno sudjelovanje u temeljnom kapitalu putem piramidalnih struktura i uzajamnih udjela, prema članku 85. Direktive 2001/34/EZ. Nužno je istaknuti da piramidalne strukture nisu obuhvaćene primjenom pravila proboja, što je izričito istaknuto u Izvješću visoke skupine stručnjaka za pravo društava.<sup>81</sup> Pravilo proboja se ne primjenjuje niti na uzajamne udjele (engl. *cross-shareholdings*).

Sukladno odredbi članka 272.p. stavka 1. t. d. ZTD-a nadzorni, odnosno upravni odbor društva dionicama kojeg se trguje na uređenom tržištu dužni su osigurati da uprava, odnosno izvršni direktori društva u posebnom odjeljku godišnjeg izvješća o stanju društva navedu podatke o značajnim neposrednim i posrednim imateljima dionica u društvu, uključujući posredno držanje dionica u piramidalnim strukturama i uzajamnim udjelima.

Svakako valja spomenuti i odredbe Kodeksa korporativnog upravljanja koji su izradili HANFA i Zagrebačka burza,<sup>82</sup> a koji se primjenjuje od 1. siječnja 2011. godine, koji u pravilu 2.5.2. *Uzajamno dioničarstvo* nameće obvezu društvu javno objavljivati podatke o uzajamnom dioničarstvu. Pritom će se smatrati da između dva dionička društva postoji odnos uzajamnog dioničarstva kada su ta društva povezana na način da svako od njih ima više od 5 % udjela u temeljnom kapitalu u drugom društvu.

## 6. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Uzajamno držanje udjela kao metoda pojačanja kontrole, odnosno odstupanja od načela proporcionalnosti, iako je svrstana u metode koje su nastale na tržištu kapitala, bilježi pad značenja u Europi, kao i u Aziji, gdje je bila tradicionalno najzastupljenija.<sup>83</sup> Društva s uzajamnim udjelima bila su nekad vrlo česta u njemačkoj populaciji uvrštenih društava, gdje su financijske institucije držale udjele/dionice u

80 Primjer je preuzet iz Gorenc, V., Slakoper, Z., Filipović, V., Brkanić, V., Komentar Zakona o trgovačkim društvima, RRIIF, Zagreb, 2004., str. 798.

81 Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Brussels, 10 January 2002, dostupno na: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf), str. 6.

82 Tekst novog Kodeksa korporativnog upravljanja dostupan je na: <http://www.ripe.hanfa.hr/hr/vijesti/objavljen-novi-kodeks-korporativnog-upravljanja/>.

83 Tako, primjerice, japanska uvrštena društva ubrzano bježe od tradicionalne prakse *cross-shareholdinga* koja postoji između povezanih društava koja jedno u drugom drže udjele u cilju "to solidify their business ties". Oshino, S., Japan's cross-held shares fall below 10% of all holdings, Nikkei Asian Review, 16.07. 2017., dostupno na: <https://asia.nikkei.com/Business/Japan-s-cross-held-shares-fall-below-10-of-all-holdings2> (posjećeno: 17.01.2019.).

industrijskim društvima, što je dovelo do toga da su u nadzornim odborima bili zastupljeni predstavnici banaka.<sup>84</sup> Držanje uzajamnih udjela garantiralo je stabilnu korporativnu strukturu i kontinuitet u upravljanju. No, ipak se radi o pojavnom obliku koji ograničava pristup tržištu „korporativne kontrole“, s obzirom na to da su to ipak bila uvrštena društva. Iako se situacija u Njemačkoj još u prvom desetljeću ovog tisućljeća počela mijenjati, jer su banke prodale svoje blokove dionica industriji, zastupljenost bankara u članstvu nadzornih odbora je i dalje ostala vrlo velika.<sup>85</sup> Banke su osim kroz članstvo u nadzornom odboru, vršile utjecaj i kao glasački aktivni skrbnici dionica iako su te dionice bile dio tržišnog *free-floata*. U upravljanju društvom stvorilo se ozračje gdje dominira prijateljsko, ali ujedno i neprobojno okruženje, gdje se strategija društva razvija prvenstveno kroz suradnju uprave i nadzornog odbora, dok su odnosi s ulagateljima manje važan cilj korporativne kulture. No, ta je strategija s jačanjem tržišta kapitala postala stvar prošlosti. Što se tiče empirijskih pokazatelja jasno je da su uz društva sa uzajamnim udjelima piramidalne strukture i dalje dosta zastupljen mehanizam pojačanja kontrole, osobito kod obiteljskih uvrštenih društava.

Sasvim praktično pitanje ovih mehanizama za pojačanje kontrole pitanje je načina računanja glasova i duž piramidalne kaskade i kod uzajamnog držanja udjela, s obzirom na to da se glasačka snaga kumulira. Ako je u piramidalnu strukturu ili u društva s uzajamnim udjelima uključeno ciljno društvo (potencijalni objekt preuzimanja), način računanja itekako utječe na procjenu je li u tom društvu došlo do promjene u glasačkoj kontroli,<sup>86</sup> jer ako jest, navedeno bi bilo okidač za dužnost objave ponude za preuzimanje dionica tog uvrštenog društva. Zbog toga ima smisla što se ovi mehanizmi pojačanja kontrole tumače kao svojevrsne odvrćajuće protupreuzimateljske mjere, pa je cilj da podatci o tomu postoje i da su dostupni ulagateljskoj javnosti.

Ako promatramo je li došlo do promjene glasačke kontrole nad ciljnim društvom koje je dio piramide ili je jedno od društava s uzajamnim udjelima valja kao ključne uzeti u obzir dvije odredbe ZPDD-a. Članak 5. stavak 4. ZPDD-a poznaje neoborivu predmnijevu zajedničkog djelovanja između društava koja su povezana u smislu odredbi ZTD-a o povezanim društvima, a prema članku 8. stavku 1. ZPDD-a glasačka prava osoba koje djeluju zajednički (a društva s uzajamnim udjelima to jesu) zbrajaju se da bi se utvrdilo je li došlo do prelaska kontrolnog praga, koji je okidač za obvezu objave ponude za preuzimanje.

Kada su u pitanju piramidalne strukture, one se mogu, ali i ne moraju uklopiti u koncept povezanih društava. Najčešće se po kaskadi piramide radi o odnosu ovisnog i vladajućeg društva ili društva koje u drugom ima većinu udjela ili većinsko pravo odlučivanja. No s obzirom na to da dionice mogu držati i fizičke osobe (članovi obitelji), odnosno entiteti koji nisu trgovačka društva (npr. obiteljski trustovi), neoboriva presumpcija zajedničkog djelovanja koja vrijedi za povezana društva i koja

84 Onetti, A., Pisoni, A., Ownership and control in Germany: Do cross-shareholdings reflect bank control on large companies?. *Corporate Ownership & Control / Corporate Ownership & Control*, vol. 6, 4/2009., str. 54-77.

85 Ibid., str. 73.

86 Zubović, A., Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom, Zagreb, doktorska disertacija, Zagreb, 2012., str. 1-570.

propisuje uračunavanje glasova ne može se primijeniti u potpunosti na piramidu u kojoj osim trgovačkih društava sudjeluju i drugi entiteti. Tada je po mišljenju autorica osnova za uračunavanje glasova kriterij izravne ili neizravne kontrole koji je sadržan u članku 5. stavku 4. ZPDD-a, iako treba naglasiti da za taj kriterij ne postoji neoboriva presumpcija zajedničkog djelovanja za razliku od društava s uzajamnim udjelima. Dakle piramidalne strukture i onda kada ne udovoljavaju kriteriju iz članka 5. stavka 4. ZPDD-a (ako je u piramidu uključena fizička osoba ili entitet koji nije trgovačko društvo) mogle bi na temelju kontrole ostvariti odnos zajedničkog djelovanja koji daje osnovu za pribiranje glasova na način kako to propisuje ZPDD. To je relevantno za preuzimateljski scenarij, a on postoji samo ako je društvo u odnosu na koje se pokušava izračunati glasačka snaga - uvršteno društvo.

Upravo zbog zahtjeva jasnoće i transparentnosti odnosa kontrole gospodarski povezanih subjekata, europski zakonodavac u članku 10. stavku 1(c) Direktive o ponudama za preuzimanje stavlja u zadatak državama članicama da osiguraju da ciljna društva objave detaljne informacije o bitnom izravnom ili neizravnom sudjelovanju u temeljnom kapitalu, uključivši neizravno sudjelovanje u temeljnom kapitalu putem piramidalnih struktura i uzajamnih udjela.

Kako niti jedan oblik „povezanosti“ povezanih društava prema ZTD-u nije vidljiv iz sudskog registra, osim poduzetničkih ugovora, transparentnost podataka o navedenim kapitalnim povezivanjima u populaciji uvrštenih društava ima svoju normativnu podršku u odredbama ZTK-a koje obvezuju uvrštena društva da objavljuju podatke o svojoj unutrašnjoj korporativnoj strukturi (prelaskom i padom određenih glasačkih pragova, nakon što ih stjecatelji tih blokova dionica o tomu obavijeste), pa je to ujedno i jedini izvor podataka o frekvenciji takvih kapitalnih povezivanja na razini uvrštenih društava. Naime, prema ZTK-u u dužnost objave ubrajaju se i izravni i najrazličitiji načini neizravnog držanja dionica (glasačkih prava). Jedan od njih relevantan za ovu temu je onaj opisan u članku 485. stavku 5. ZTK-a, a to je takav oblik držanja kod kojeg glasačka prava drži ili može ostvarivati kontrolirano društvo neke fizičke osobe ili pravnog subjekta pa se i ti glasovi ubrajaju za potrebe izračuna broja glasova koji podliježu dužnosti objave odnosno, tzv. obavijesti o promjenama u glasačkim pravima.<sup>87</sup> Navedeni propis svakako doprinosi transparentnosti piramidalnih struktura u populaciji uvrštenih društava, budući da po svim kaskadama piramide nisu trgovačka društva već i fizičke osobe, odnosno drugi pravni entiteti. Nije na odmet spomenuti i to da članak 457. ZTK-a<sup>88</sup> ima i vlastitu definiciju kontroliranog društva,

87 Tako prema čl. 482. st. 1. ZTK-a fizička osoba ili pravni subjekt koji neposredno ili posredno dosegne, prijeđe ili padne ispod praga od 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 50 % i 75 % glasačkih prava u izdavatelju dionica obavezan je o takvom doseganju, prelasku ili padu ispod praga glasačkih prava dostaviti izdavatelju i Agenciji (...), a izdavatelj je dužan tu obavijest objaviti.

88 Prema tom članku (st. 1.) kontrolirano društvo je pravni subjekt: 1. u kojem fizička osoba ili drugi pravni subjekt ima većinu glasačkih prava; 2. u kojem je fizička osoba ili drugi pravni subjekt dioničar ili član te u kojem istodobno ima pravo imenovati ili opozvati većinu članova upravnog, upravljačkog ili nadzornog organa; 3. u kojem je fizička osoba ili drugi pravni subjekt dioničar ili član te u kojem samostalno kontrolira većinu glasačkih prava dioničara ili članova na temelju sporazuma sklopljenog s drugim dioničarima ili članovima toga pravnog subjekta ili 4. nad kojim fizička osoba ili drugi pravni subjekt može ostvarivati ili ostvaruje prevladavajući

koji pojam je bitan za uračunavanje glasova temeljem članka 485. stavka 5. ZTK-a.

Ako se problematika piramidalnih struktura i društava s uzajamnim udjelima promatra na razini neuvrštenih društava kao instrument pojačanja ili zaključavanja kontrole, tada bi, što se tiče hrvatskoga prava, za društva s uzajamnim udjelima bila mjerodavna metodologija obračuna koju propisuje članak 474. u stavcima 2 i 4. ZTD-a s obzirom na to da na njega upućuje članak 477. ZTD-a koji se primjenjuje na društva s uzajamnim udjelima. Analogno bi rješenje po mišljenju autorica trebalo primijeniti i na piramidalne strukture (koje će najčešće biti u formi odnosa vladajućeg i ovisnog društva, društva s većinskim udjelom ili većinskim pravom u odlučivanju). Naravno, situacija se usloženjuje ako se u piramidalnom odnosu ili odnosu uzajamnosti pojavljuje više društava, od kojih je svatko s drugim društvom na drugi način povezano ili se u piramidi pojavljuju entiteti koji nisu trgovačka društva, što je vrlo često slučaj kod obiteljskih društava. Treba naglasiti i to da ako je piramida visoka i zaustavlja se na pravnoj osobi koja nije trgovačko društvo nego neki drugi entitet čija unutrašnja struktura nije namijenjena transparentnom prikazivanju, potraga za osobom koja ima stvarnu korporativnu kontrolu izmiče očima javnosti.<sup>89</sup> To je posebno relevantno za uvrštena društva kod kojih postoji interes javnosti i tržišta kapitala za utvrđivanjem osoba koje imaju stvarnu kontrolu, pa zbog toga i postoji dužnost uvrštenog društva da objavljuje podatke o svojoj korporativnoj strukturi.

Iako se piramidalne strukture *per se* ne mogu osuditi, osim ako se ne koriste za ispunjenje nekih nelegitimnih ciljeva (porezne evazije i sl.), nameće se konačni zaključak da ova dva mehanizma pojačanja kontrole barem u odnosu na uvrštena društva treba učiniti vidljivima, za što postoji zakonsko uređenje iz ZTK-a koje podupire i Kodeks korporacijskog upravljanja. Zakonodavcu svakako uvijek ostaje na raspolaganju manevarski prostor da mjerama porezne politike i promjenom poreznih propisa utječe na jačanje ili slabljenje piramida, ocijeni li da su one abuzivne, no takav bi regulatorni korak morao imati svoju empirijsku podlogu.

#### LITERATURA

1. Adams, Renée, Ferreira, Daniel, One Share-One Vote: The Empirical Evidence, Finance Working Paper No. 177/2007, dostupno na [http://ssrn.com/abstract\\_id=987488](http://ssrn.com/abstract_id=987488) (posjećeno 14.1.2019.)
2. Almeida, Heitor, Wolfenzon, Daniel, A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups, *Journal of Finance*, vol. 61, 2006., str. 2637-2681.
3. Aluchna, Maria, Kuszewski, Tomasz, Pyramidal structures: The evidence from Poland, *South African Journal of Business Management*, vol 49, 1/2018, dostupno na; <https://sajbm.org/index.php/sajbm/article/view/1/802> (posjećeno 10. 1. 2019).
4. Bajo, Anto, Zuber, Lana, Primorac, Marko, Uspješnost financijskog poslovanja poduzeća (trgovačkih društava) u vlasništvu države, *Fiscus*, br. 5/2017, dostupno na: <http://www.ijf.hr/upload/files/file/FISCUS/5.pdf> (posjećeno 16. 1. 2019.)

---

utjecaj ili kontrolu. U st. 2. istog članka se fizička osoba ili drugi pravni subjekt iz prethodnog smatra vladajućom osobom.

89 Ranije navedeni primjer ustroja *Maxwell Communication* gdje je sve ključne odluke donosio obiteljski trust.

5. Bank, Steven A., Cheffins, Brian R., The Corporate Pyramid Fable, 84 *Bus. Hist. Rev.* 435, 443-45 (2010).
6. Bank, Steven A., When We Taxed the Pyramids, 41 *Florida State University Law Review*. vol 41, 1/2013, <http://ir.law.fsu.edu/ir/vol41/iss1/3> str. 40-41. (posjećeno 16. 1. 2019.)
7. Bennedsen, Morten, Nielsen, Kasper Meisner, The Principle of Proportional Ownership, Investor Protection and Firm Value in Western Europe (October 2006). ECGI - Finance Working Paper No. 134/2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=941054> (posjećeno 16. 1. 2019.)
8. Bianchi, Marcello, Bianco, Magda, Italian Corporate Governance in the Last 15 Years: From Pyramids to Coalitions? (November 2006). ECGI - Finance Working Paper No. 144/2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952147> (posjećeno 16. 1. 2019.)
9. Burkart, Mike, Lee, Samuel, The One Share - One Vote Debate: A Theoretical Perspective Finance Working Paper N°. 176/2007, May 2007, [http://ssrn.com/abstract\\_id=987486](http://ssrn.com/abstract_id=987486) dostupno na: [www.ecgi.org/wp](http://www.ecgi.org/wp) str. 33. (posjećeno 16. 1. 2019.)
10. Carlin, Wendy, Mayer, Colin, Finance, investment and growth, *Journal of Financial Economics*, vol. 69, 1/2003, str. 191-226.
11. Castañer, Xavier, Kavadis, Nikolaos, Does good corporate governance prevent bad strategies? An empirical analysis of non-value creating financial diversification in French companies, 2000-2006, *Strategic Management Journal*, vol. 34, 7/2013, str. 863-876.
12. Combs, James, J., Commentary: The servant, the parasite, and the enigma: A tale of three ownership structures and their affiliate directors, *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 32., 6/2008, str. 1027-1033.
13. Čulinović-Herc, Edita, Grković, Nikolina. Impact of the Madoff Scandal on the Forthcoming UCITS V Directive, u: V. Kandžija, A. Kumar, (ur.), *Economic integrations, competition and cooperation: Accession of the Western Balkan Countries to the EU*, Ekonomski fakultet u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 168-182.
14. Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, Cash Settled Derivatives and Their Role in Companies' Takeovers, u Bodiroga-Vukobrat, Nada, Rodin, Siniša, Sander, Gerald G., (eds.), *Europeanization and Globalization, New Europe – Old Values?, Reform and Perseverance*, vol. 1, Springer, 2016., str. 235-267.
15. Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, Is there a need for a revision of the control threshold in Croatian takeover law?, *SGEM 2016 Conference Proceedings on Political Sciences, Law, Finance, Economics & Tourism, Volume II, Book 2, Bulgaria, 2016*, str. 669-676.
16. Čulinović-Herc, Edita, Zubović, Antonija, Tackling Empty Voting in EU – Shareholders' Rights Directive and Revised Transparency Directive, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 11, 2015., str. 133-160.
17. Čulinović-Herc, Edita., Grković, Nikolina. Odjeci financijskog skandala Madoff u parničnoj praksi zemalja članica Europske unije na primjeru fonda Luxalpha SICAV. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, 3-4/2013, str. 593-615. <https://hrcak.srce.hr/109721> (posjećeno 16. 1. 2019.)
18. Denis, Diane K., McConnell, John J., "International Corporate Governance" (2001). Purdue CIBER Working Papers. Paper 17, <http://docs.lib.purdue.edu/ciberwp/17>, 1-56.
19. Edwards, Jeremy, Weichenrieder, Alfons J., How Weak is the Weakest-Link Principle? On the Measurement of Firm Owners' Control Rights (August 2004). CESifo Working Paper Series No. 1255., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=591902> (14.1.2019.)
20. Edwards, Jeremy, Weichenrieder, Alfons, Control Rights, Pyramids, and the Measurement of Ownership Concentration, <http://ssrn.com/abstract=1354580>, str. 6. (posjećeno 20.11.2011.)
21. Ehrhardt, Olaf, Nowak, Eric, Private Benefits of Control in Founding-Family Owned Firms: An Analysis of the Dynamics of Disproportionate Ownership and Control in Family Firm IPOs (July 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=423506>

22. Ferrarini, Guido, One Share - One Vote: A European Rule? (January 2006). ECGI - Law Working Paper No. 58/2006., str. 16., dostupno na <https://ssrn.com/abstract=875620> (posjećeno 16. 1. 2019.)
23. Franks, Julian, Colin Mayer, Ownership and control of German corporations, Review of Financial Studies, vol. 14, 2001., str. 943-977. Isto: CEPR Discussion Paper No. 2898, dostupno na <https://ssrn.com/abstract=279387> (posjećeno 10. 1. 2019.).
24. Gadhoom, Yoser, Power of Ultimate Controlling Owners: a Survey of Canadian Landscape, Journal of Management Governance, 10/2006, str. 179-204.
25. Geens, Koen, Clottens, Carl, One Share - One Vote: Fairness, Efficiency and (the Case for) EU Harmonisation Revisited, u: Hopt, Klaus, J., Geens, Koen, (eds.) The European Company Law Action Plan Revisited, Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission, Leuven University Press, 2010, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1547842>; (posjećeno 14.1.2019.).
26. Ginglinger, Edith, Hamon, Jacques, Ownership, Control and Market Liquidity (June 1, 2012). Finance, 2012, 33, 2, str. 61-99. Dostupno na <https://ssrn.com/abstract=2097795>, str. 10.
27. Goergen, Marc., Martynova, Marina, Renneboog, Luc. Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 21, br. 2, str. 243-268.
28. Gorenc, Vilim, Slakoper, Zvonimir, Filipović, Vladimir, Brkanić, Vlado, Komentar Zakona o trgovačkim društvima, RRiF, Zagreb, 2004, str. 798.
29. Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership: Taxonomy, Implications, and Reforms, The Business Lawyer, vol. 61, br. 3/2006., str. 1011-1070.
30. Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership, Southern California Law Review, vol. 79, 2006., str. 811.
31. Institutional Shareholder Services, ECGI, Shearman & Sterling LLP, Proportionality between ownership and control in EU listed companies: External study commissioned by the European Commission, Report on the Proportionality Principle in the European Union, 18 May 2007, str. 1-216. Dostupno na [http://www.ecgi.org/osov/documents/final\\_report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/osov/documents/final_report_en.pdf) (posjećeno 16. 1. 2019.)
32. Jurić, Dionis, Hrvatsko pravo povezanih društava s prikazom njemačkog, francuskog i engleskog prava (magistarski rad), Pravni fakultet u Rijeci, 2002, str. 1-163
33. Jurić, Dionis, Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci v. 27, 2/2006, str. 939-984.
34. Jurić, Dionis, Uloga revizora u dioničkom društvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, 1/2004, str. 323-352.
35. Jurić, Dionis, Zubović, Antonija, Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljnog društva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, 1/2009, str. 291-331.
36. Khachaturyan, Arman, The One-Share-One-Vote Controversy in the EU, ECMI Paper No. 1/2006, August 2006, str. 11.-12., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=908215> (posjećeno 14.1.2019.).
37. Kodeks korporativnog upravljanja <http://www.ripe.hanfa.hr/hr/vijesti/objavljen-novi-kodeks-korporativnog-upravljanja/>.
38. La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Corporate ownership around the world, Journal of Finance, vol. 54, 1999., str. 471-517.
39. Masulis, Ronald W., Pham, Peter Kien, Zein, Jason, Family Business Groups around the World: Financing Advantages, Control Motivations and Organizational Choices (April 21, 2011). Review of Financial Studies, ECGI - Finance Working Paper No. 240/2009. Dostupno na <https://ssrn.com/abstract=1363878>, str. 3., (posjećeno 10. 1. 2019.)



40. McCarroll, Thomas. Scandal Maxwell's Plummet, *Time Magazine*, June 24, 2001, dostupno na stranici: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,156074,00.html> (posjećeno 16. 1. 2019.)
41. Michiels, Anneleen, Vincent, Molly, Financing Decisions in Family Businesses: A Review and Suggestions for Developing the Field, *Family Business Review*, Vol. 30, br. 4, 2017., str. 369-399. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0894486517736958?journalCode=fbra>. (posjećeno 10. 1. 2019.)
42. Morck, Randall, A history of corporate governance around the world: Family business groups to professional managers, University of Chicago Press, 2005.,
43. Morck, Randall, and Bernard Yeung, 2004, Family control and the rent-seeking society, *Entrepreneurship: Theory and Practice* 28, str. 391–409.
44. Morck, Randall, David Stangeland, and Bernard Yeung, 2000, Inherited wealth, corporate control and economic growth: The Canadian disease, str. 41, dostupno na: <https://www.nber.org/papers/w6814.pdf>
45. Morck, Randall, How to Eliminate Pyramidal Business Groups: The Double Taxation of Intercorporate Dividends and Other Incisive Uses of Tax Policy, 19 *TAX POL'Y & ECON.* 135, 136 (2005).
46. Morck, Randall, The riddle of the great pyramids, u: Colpan, A. M., Hikino, T., Lincoln, J.R. (eds.), *The Oxford Handbook of Business Groups*, 2009., str. 602–628.
47. Onetti, Alberto, Pisoni, Alessia. Ownership and control in Germany: Do cross-shareholdings reflect bank control on large companies?. *Corporate Ownership & Control / Corporate Ownership & Control / Vol.6, 4/2009*, str. 54-77
48. Oshino, Shinya, Japan's cross-held shares fall below 10% of all holdings, *Nikkei Asian Review*, 16.07. 2017., dostupno na: <https://asia.nikkei.com/Business/Japan-s-cross-held-shares-fall-below-10-of-all-holdings2> (posjećeno: 17.01.2019.)
49. Public Utility Holding Company Act of 1935, Pub. L. No. 74-333, 49 Stat. 803.
50. Rajan, Raghuram G., Zingales, Luigi, The great reversals: The politics of financial development in the 20th Century, *Journal of Financial Economics* 69, 2003, 5–50.
51. Renneboog, Luc, Ownership, Managerial Control and the Governance of Companies Listed on the Brussels Stock Exchange (July 1996), Working Paper 9635, dostupno na <https://ssrn.com/abstract=2115>
52. Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Brussels, 10 January 2002, dostupno na [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf), str. 3.
53. Ringe Wolf-Georg, Hedge Funds and Risk-Decoupling: The Empty Voting Problem in the European Union, *Oxford Legal Studies Research Paper No 52*, 2012, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=2135489> (posjećeno 16. 1. 2019.)
54. Ringe, Wolf-Georg, Deviations from Ownership-Control Proportionality—Economic Protectionism Revisited, u knjizi Bernitz, U., Ringe, Wolf-Georg (eds), *Company Law and Economic Protectionism*, Oxford University Press, 2010., str. 221.
55. Shleifer, Andrei., Vishny, Robert, W., A survey of corporate governance, *Journal of Finance*, vol. 52, 2/1997., str. 737–783.,
56. Shyu, Yih-Wen, Lee, Chun I., Excess Control Rights and Debt Maturity Structure in Family-Controlled Firms, *Corporate Governance, An International Review*, Vol. 17., br. 5/2009., str. 611-628. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8683.2009.00755.x> (posjećeno 10. 1. 2019.)
57. Stijn, Claessens, Djankov, Simeon, Lang, Larry H.P., The separation of ownership and control in East Asian Corporations, *Journal of Financial Economics*, vol. 58., str. 81-112.
58. Uhlaner, Lorraine M., Family Business and Corporate Governance, u: Wrihgt, M., Siegel, D. Keasey., Filatochev, I. *The Oxford Handbook of Corporate Governance*, OUP, 2013., str. 389.

59. Van Essen, M., Carney, Michael., Gedajlovic, Eric., Heugens, Pursey, How does family control influence firm strategy and performance? A meta-analysis of US publicly listed firms, *Corporate Governance: An International Review*, vol. 23, 1/2015., str. 3–24.,
60. Van Essen, Mark, Heugens, Pursey, Van Oosterhout, H., Otten, J., An institution-based view of executive compensation: A multilevel meta-analytic test, *Journal of International Business Studies*, vol. 43, 3/2012, str. 396–423.
61. Villalonga, Belen, Amit, Raphael H., How are U.S. Family Firms Controlled? (July 1, 2007). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 131/2006, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=891004> (posjećeno 10. 1. 2019.)
62. Villalonga., Belen, Amit., Raphael. How Do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value? *Journal of Financial Economics*, Volume 80, Issue 2, May 2006, str. 385-417.
63. Zattoni, Alessandro., The structure of corporate groups: The Italian case, *Corporate Governance*, vol. 7, 1/1999., str. 38–48.
64. Zubović, Antonija, *Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom*, Zagreb, doktorska disertacija, 2012., str. 1-570.

**Antonija Zubović\***  
**Edita Čulinović-Herc\*\***

Summary

## **PYRAMIDAL STRUCTURES AND CROSS-SHAREHOLDING - MECHANISMS FOR DEVIATION FROM THE PRINCIPLE “ONE SHARE – ONE VOTE”**

Shares in joint stock companies may sometimes carry unequal voting rights or other mechanisms of strengthening control (control enhancing mechanisms: CEM), such as pyramidal structures. All those represent a deviation from the principle of proportionality. The CEMs, and among them, especially widely used pyramidal structures, play important role in corporate takeovers. In this paper, after the taxonomy of the CEMs is provided, special attention is devoted to those that are widely used on the capital market, i.e. pyramidal structures and companies that hold each other's shares (cross-shareholding). Before going into detailed analysis into each of the two, the paper investigates how those particular CEM's generally might affect behaviour of (minor and major) shareholders and board members, in case when the target company is experiencing voluntary or hostile takeover bid and whether the behaviour of mentioned stakeholders differs in companies with dispersed or concentrated ownership. Empirical data relevant for CEMs in some European countries are also presented and analyzed. In last chapter special attention is devoted to problem of calculation of the voting power when pyramidal structures and cross-shareholdings are used, followed by authors' final remarks.

**Keywords:** *pyramidal structure; cross-shareholding; deviation from proportionality principle; control enhancing mechanisms; CEM's, listed companies.*

---

\* Antonija Zubović, Ph.D., Assistant Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; azubovic@pravri.hr.

\*\* Edita Čulinović-Herc, Ph.D., Full professor, University of Rijeka, Faculty of Law; edita@pravri.hr.

## Zusammenfassung

**PYRAMIDENSTRUKTUREN UND WECHSELSEITIG  
BETEILIGTE UNTERNEHMEN ALS EINE FORM DER  
ABWEICHUNG VOM GRUNDSATZ „EINE AKTIE - EINE  
STIMME“**

In Aktiengesellschaften werden sehr oft Aktien mit ungleichen Stimmrechten, Pyramidenstrukturen und andere Mechanismen der Stärkung von Kontrolle benutzt, die eine Abweichung vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darstellen. Die zur Stärkung und/oder Aufrechterhaltung der Kontrolle eingerichteten Mechanismen, von denen die Pyramidenstrukturen am meisten benutzt werden, sind relevant für die Situationen, in denen es zur Änderung der Kontrolle (Übernahme) über die börsennotierte Gesellschaft kommt. Nach der Darstellung der Taxonomie von den zur Stärkung der Kontrolle eingerichteten Mechanismen legt der Beitrag besonderen Wert gerade auf die am Kapitalmarkt entstandenen Abweichungen vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, und zwar auf die Pyramidenstrukturen und wechselseitig beteiligte Unternehmen. Vor deren Analyse werden die Auswirkungen dieser Abweichungen auf das Benehmen der Aktionäre und Vorstandsmitglieder in börsennotierten Gesellschaften geprüft, welche bei der freiwilligen oder feindlichen Übernahme entstehen, aber auch in Szenarien, wo es keine Übernahmen gibt. Dabei legt man Wert darauf, ob es sich um einen Streubesitz oder konzentrierten Besitz handelt. Die für die Stärkung der Kontrolle relevanten empirischen Daten aus manchen europäischen Staaten werden auch dargestellt. Im letzten Teil des Beitrags werden die Methoden der Stimmrechtsberechnung bei Pyramidenstrukturen und wechselseitig beteiligten Unternehmen dargestellt, wonach abschließende Bemerkungen folgen.

*Schlüsselwörter:* *Pyramidenstrukturen; wechselseitig beteiligte Unternehmen; Abweichung vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; börsennotierte Aktiengesellschaften*

## Riassunto

**STRUTTURE PIRAMIDALI E SOCIETÀ CON  
PARTECIPAZIONI RECIPROCHE QUALE ESEMPIO DI  
ECCEZIONE RISPETTO AL PRINCIPIO „UNA AZIONE –  
UN VOTO“**

Nelle società commerciali alcune volte vengono utilizzate azioni che conferiscono un diritto al voto diseguale, strutture piramidali ed altri meccanismi di aumento del

controllo, che rappresentano delle eccezioni rispetto al principio di proporzionalità. Tali impostati meccanismi di rafforzamento e/o detenzione del controllo, tra i quali primeggia l'utilizzo delle strutture piramidali, sono rilevanti per le situazioni nelle quali si verifichi un cambiamento nel controllo delle società quotate nei casi di offerte pubbliche d'acquisto. Nel lavoro, dopo l'illustrazione della tassonomia dei meccanismi di aumento del controllo, particolare attenzione viene diretta proprio verso quelle eccezioni rispetto al principio di proporzionalità che sorgano sul mercato dei capitali. Si tratta delle strutture piramidali e delle società con partecipazioni reciproche. Prima della loro analisi, ci si interroga circa i loro effetti sul comportamento dei soggetti interni alla corporate governance delle società quotate, ai quali si giunge in occasione di una offerta pubblica di acquisto amichevole o ostile, ma anche nello scenario in cui l'offerta pubblica di acquisto non avvenga, tenendo conto se si tratti di una società che abbia una struttura azionaria dispersiva o concentrata. Altresì si espongono ed esaminano gli indicatori empirici comprovanti gli strumenti di controllo rafforzato in alcuni ordinamenti europei. Nella parte conclusiva del lavoro si analizzano in particolare modo i metodi di calcolo della forza dei voti nelle strutture piramidali e nelle società con partecipazioni reciproche, esponendo alla fine delle considerazioni conclusive.

**Parole chiave:** *strutture piramidali; società con partecipazioni reciproche; eccezione rispetto al principio di proporzionalità; offerta pubblica di acquisto; società per azioni quotate.*



## KVALITETA PROPISA UPRAVNOG PRAVA U HRVATSKOJ: OCJENA STANJA I PRIJEDLOZI ZA UNAPRJEĐENJE

Prof. dr. sc. Dario Đerđa\*

UDK: 342.924

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.5>

Ur.: 19. prosinca 2018.

Pr.: 27. veljače 2019.

Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Cilj je ovoga rada ocijeniti kvalitetu propisa upravnoga prava u Hrvatskoj te skrenuti pozornost na mehanizme njihova poboljšanja. U tu svrhu u radu se najprije na konkretnim primjerima ukazuje na česte nedostatke pravne regulacije u zakonima kojima se uređuje postupanje javnopravnih tijela i neka posebna upravna područja značajna zbog učinka na gospodarstvo ili život građana uopće. Analiziraju se mehanizmi koje Hrvatska danas poduzima u svrhu izrade kvalitetnijih pravnih propisa, a zatim se razlažu pretpostavke kojima je potrebno udovoljiti pri izradi prijedloga i donošenju propisa. Ukazuje se na znanja, vještine i kompetencije kojima redaktor propisa treba raspolagati te aktivnosti koje je nužno poduzeti pri izradi prijedloga i usvajanju propisa.*

**Ključne riječi:** *upravno pravo; propis; opći akt; kvaliteta; legistika; nomotehnika; Hrvatska.*

### 1. UVOD

Pravni propisi čine središnji mehanizam definiranja vrijednosti u svakom demokratskom društvu zasnovanom na vladavini prava. Oni postavljaju granicu između poželjnog i nepoželjnog ponašanja i usmjeravaju postupanje građana i drugih subjekata u zajednici. Potiču pojedince poduzeti neku radnju ili se od nje suzdržati te štite njihova prava i pravne interese koji mogu biti povrijeđeni postupcima drugih osoba javnoga ili privatnoga prava. Zakonodavstvo je temeljno sredstvo distribucije javnih funkcija među tijelima državne, područne (regionalne) i lokalne vlasti te jednako obvezuje tijela izvršne i sudske funkcije, kao i zakonodavca, na striktno pridržavanje propisanih pravila. Time su sve osobe u društvu podređene pravu, kao skupu apstraktnih pravnih pravila koja uređuju odnose među pojedincima doprinoseći tako miru, sigurnosti, produktivnijem društvu te slobodi raspolaganja vlastitim pravima uz uvjet da se ne vrijeđaju prava trećih osoba. Napredak nekoga društva nerijetko se mjeri upravo kvalitetom njegova pravnoga sustava.

\* Dr. sc. Dario Đerđa, redoviti profesor, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; [dariod@pravri.hr](mailto:dariod@pravri.hr).

Potreba za pravnom regulacijom u današnjem je društvu sve prisutnija. Javljaju se nova, ranije neprepoznata pravna područja, kao što su pravo zaštite okoliša, pravo telekomunikacija, pravo intelektualnog vlasništva ili pravo zaštite potrošača. Također, razvijaju se nove tehnologije i znanja, poput računalstva, softvera i interneta. Suvremeno društvo suočava se i s brojnim etičkim izazovima poput otkrića u području biotehnologije ili s potrebom očuvanja obnovljivih izvora energije za buduće naraštaje. Globalizacija nužno zahtijeva gospodarsko širenje tržišta izvan granica država, a sve su prisutnije gospodarske, ali i političke migracije. Ujedno, posljednjih desetljeća države nastoje uspostaviti čvrste gospodarske i fiskalne mehanizme nadzora nad nekim dionicima na tržištu, pa tako npr. strogo reguliraju rad financijskih institucija poput banki i osiguravajućih društava. Svi ovi procesi pred države postavljaju izazov reguliranja područja koja još prije dva desetljeća nisu bila predmetom ozbiljnije pravne regulacije.<sup>1</sup> S druge strane, država se sve više rasterećuje uslužnih funkcija, a neke od njih preuzimaju subjekti civilnoga društva, obavljajući time djelatnosti od esencijalne važnosti za građane. Tako su, primjerice, javne ustanove koje djeluju u zdravstvu i obrazovanju, udruge u području kulture i sporta ili zaklade koje financiraju djelatnosti općekorisne ili dobrotvorne svrhe sve brojnije i aktivnije, a njihovi proračuni dosežu velike razmjere. Stoga, država treba povesti računa da i ovi subjekti djeluju u odgovarajućem normativnome okviru.

Veliki broj područja koja u suvremenim zajednicama treba regulirati postupno je doveo do distribucije regulatornih ovlasti s nacionalnog zakonodavca, na razna tijela izvršne i upravne funkcije koja provedbenim i delegiranim općim aktima uređuju mnoga pravna pitanja znatno više negoli to čini sam zakonodavac. Ujedno, ustavom zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu razlog je donošenju znatne količine propisa koji se odnose na izvršavanje samoupravnih ovlasti ovih jedinica. Konačno, na subjekte civilnoga društva, npr. javne ustanove, udruge, zaklade, ali i pojedina trgovačka društva koja obavljaju javnu službu, zakonodavac je prenio ovlast samostalnoga normiranja nekih pitanja koja se tiču njihova rada, ali i ostvarivanja i zaštite prava njihovih zaposlenika, članova i korisnika.

Danas pravne sustave ne opterećuje samo kvantiteta pravnih propisa, već i njihova nestabilnost. Razumljivo je kako su pojave u suvremenom društvu dinamične te se sve češće javlja potreba izmjene stavova o određenome pitanju, baš kao i pravnih instituta, čime se nastoji odgovoriti novim izazovima koji se svakodnevno javljaju u zajednici.<sup>2</sup> Pritom, nestabilna sredina često otežava sagledavanje mogućih događaja u budućnosti, a time i procjenu učinka donesenog propisa na rješavanje željenoga društvenog problema. Upravo stoga, u pojedinim slučajevima propis uopće ne uspijeva riješiti problem zbog kojega je donesen.<sup>3</sup> To je onda razlogom sve češćih izmjena i dopuna važećih propisa, što unosi pravnu nesigurnost i dovodi do

1 O ovome van Aeken, K., From vision to reality: ex post evaluation of legislation, *Legisprudence*, vol. 5., 1/2011, str. 49.

2 Kako poduzimanje nekih normativnih mjera, radi dinamike pojava, ne trpi odlaganje, donositelju takvih propisa stoji sve manje vremena na raspolaganju za odgovarajuću pripremu normativnoga teksta, a što onda utječe i na kvalitetu takvih propisa.

3 Van Aeken, op. cit., str. 42.



nepovjerenja građana prema državi i pravnom sustavu uopće.<sup>4</sup> Sve ovdje navedeno čini nedostižnim osnovni cilj postavljen u pravnoj teoriji – smanjiti kvantitetu pravnih propisa i povećati njihovu kvalitetu.<sup>5</sup>

Inzistiranje na kvaliteti pravnih propisa relativno je nova pojava u svijetu, potaknuta u prvom redu znatnim uvećanjem broja propisa te sve većim brojem propisa koji ne ostvaruju željeni cilj, u praksi izazivaju dvojbe ili se uopće ne primjenjuju. Na potrebu smanjenja broja pravnih pravila u društvu uz inzistiranje na njihovoj transparentnosti, razumljivosti i međusobnoj usklađenosti, ukazivali su subjekti uključeni u obavljanje gospodarskih aktivnosti, jer veliki broj propisa te njihova međusobna suprotnost i netransparentnost uvelike utječe na tržišno natjecanje i gospodarski razvoj uopće.<sup>6</sup>

Jasno je kako niti Hrvatska nije imuna na ovdje naznačene procese. Hrvatski pravni sustav posljednja dva desetljeća višestruko se povećao, a što je često razlog otežanog pronalaženja odgovarajućih pravnih odredbi i njihovog tumačenja i primjene u konkretnim slučajevima ne samo laicima, već i pravnicima. Hrvatsko pravo vjerno prati svjetske trendove pa se nije povećala samo normativna produkcija zakonodavca, već i Vlade te tijela državne uprave, koji brojnim uredbama, pravilnicima i poslovnica, stvaraju okvir za provedbu zakona. Povećala se i normativna aktivnost lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba koje imaju javnu ovlast ili obavljaju javnu službu, koje donose veliki broj vlastitih općih pravnih akata. Članstvo Hrvatske u Europskoj uniji razlogom je nužnosti implementacije propisa ove međunarodne organizacije, ali i prihvaćanja cjelokupne pravne stečevine kao pozitivnopravnoga okvira kojeg se trebaju držati državna tijela, druge osobe javnoga prava, kao i pojedinci.

No, povećanje broja pravnih propisa u Hrvatskoj nažalost ne prati i odgovarajući porast njihove kvalitete. Stoga se čini nužnim poraditi na unaprjeđenju sustava pravnih propisa uopće. Kako u suvremenim uvjetima nije realno očekivati kvantitativno reduciranje propisa, trebalo bi barem pokušati utjecati na njihovu kvalitetu, čineći time pravni sustav usustavljenim i usklađenim te razumljivim i jednostavnim za primjenu. No, kako bi se postigao ovaj cilj, nužna su odgovarajuća znanja kojima trebaju raspolagati donositelji pravnih propisa, predlagatelji ovih propisa i, naravno, redaktori normativnih tekstova. Drugim riječima, u tu svrhu potrebno je u javnome sektoru imati zaposlene redaktore-profesionalce, tj. službenike koji se usko bave normativnim aktivnostima te imaju razvijena znanja o aktivnostima koje je pri izradi prijedloga i donošenju propisa nužno poduzeti, baš kao i nomotehničkim vještima u izradi ovih akata.

Cilj je ovoga rada ocijeniti kvalitetu propisa upravnoga prava u Hrvatskoj te skrenuti pozornost na mehanizme njihova poboljšanja. U tu svrhu u radu se najprije na konkretnim primjerima ukazuje na učestale nedostatke pravne regulacije u zakonima

4 Banić, S., Procjena učinka kao sredstvo poboljšanja kvalitete propisa i boljeg upravljanja, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., s. 4., 2006., str. 8.

5 Karpen, U., Comparative law: perspectives of legislation, *Legisprudence*, vol. 6., 2/2012, str. 155.

6 Mousmouti, M., Operationalising quality of legislation through the effectiveness test, *Legisprudence*, vol. 6., 2/2012, str. 192.

kojima se uređuje postupanje javnopravnih tijela i neka posebna upravna područja važna zbog učinka na gospodarstvo ili život građana uopće. Analiziraju se mehanizmi koje Hrvatska danas poduzima u svrhu izrade kvalitetnijih pravnih propisa, a zatim se razlažu pretpostavke kojima je potrebno udovoljiti pri izradi prijedloga i donošenju propisa. Ukazuje se na znanja, vještine i kompetencije kojima redaktor propisa treba raspolagati te aktivnosti koje je nužno poduzeti pri izradi prijedloga i usvajanju propisa, a kako bi kvaliteta propisa upravnoga prava u Hrvatskoj u budućnosti bila unaprijeđena.

## **2. NEKI NEDOSTATCI PROPISA UPRAVNOGA PRAVA U HRVATSKOJ**

Propisi upravnoga prava imaju posebnu važnost za pojedince, jer se njima uređuje odnos osoba javnoga prava i pojedinaca. Drugim riječima, na temelju propisa upravnoga prava pojedinci ostvaruju prava u društvu te im se nalaže izvršavanje brojnih obveza kojima doprinose funkcioniranju zajednice u kojoj žive, bez obzira na to radi li se o državi ili jedinici područne (regionalne) odnosno lokalne samouprave. Stoga je iznimno važno da su ovi propisi razumljivi, pravno određeni te učinkoviti u postizanju željenih ciljeva. Međutim, neki propisi upravnoga prava ne zadovoljavaju očekivane standarde te građanima, ali i javnopravnim tijelima, znatno otežavaju njihovu primjenu, što vodi pravnoj nesigurnosti i protivi se vladavini prava.<sup>7</sup>

Zbog ograničenoga opsega ovoga rada, daje se samo nekoliko primjera loše pravne regulacije, a koji se tiču upravnoga postupanja u cjelini ili upravnih područja koja su iznimno financijski važna ili se primjenjuju na široki krug adresata.<sup>8</sup> Svi naznačeni nedostaci, prema mišljenju autora, rezultat su ponajprije nedovoljne pripreme prijedloga tih propisa te njihove nomotehničke nesavršenosti, a što su nedostaci koji se sustavnim radom na donošenju pravnih propisa uspješno mogu otkloniti.

U pravnom sustavu treba voditi računa o dosljednom korištenju pravne terminologije. Time se doprinosi pravnoj sigurnosti, predvidljivosti te razumljivosti propisa. Međutim, u Hrvatskoj se nerijetko uočava neujednačeno korištenje istoga pravnog pojma u različitim propisima, pa čak i onima koji uređuju istovjetne institute, što nikako ne doprinosi njihovoj razumljivosti. Posebno je sporno neujednačeno

7 Vladavina prava i pravna sigurnost smatraju se jednim od najvažnijih vrednota pravnoga sustava. Pojam vladavine prava označava sustav političke vlasti utemeljen na poštovanju ustava, zakona i drugih propisa i od strane građana, tj. adresata pravnih normi, i od samih nositelja državne vlasti, tj. adresanata pravnih normi. Sukladno ovome načelu svi zakoni, drugi propisi, kao i postupci nositelja vlasti moraju biti zasnovani na zakonu, odnosno na zakonu utemeljenom propisu. Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, 2013., Zagreb, Narodne novine, str. 8. S druge strane, pravna sigurnost je stanje lišeno neizvjesnosti o sadržaju i primjeni pravnih normi koje čine pravni poredak ili njegov dio. *Pravni leksikon*, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007., str. 1199.

8 U ovome radu pozornost nije usmjerena na kvalitetu zakonskih rješenja, tj. odabir najbolje mjere koja će dovesti do promjene u društvu, a upravo koju je želio ostvariti donositelj propisa, jer takvoj temi treba posvetiti posebno znanstveno istraživanje.

korištenje pojma kojim se označava temeljna odluka kojom javnopravno tijelo u okviru ovlasti povjerenih zakonom na jednostran i autoritativan način u konkretnoj upravnoj stvari, primjenom materijalnih normi upravnog prava rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima određenog pojedinca, tj. upravni akt.<sup>9</sup> Tako se, primjerice, u *Zakonu o općem upravnom postupku*, sistemskom općem propisu koji uređuje pravila na temelju kojih tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe koje imaju javne ovlasti, u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona, postupaju i rješavaju u upravnim stvarima, za označavanje ove odluke koristi pojam „rješenje“.<sup>10</sup> Kako nije nužno da se pravnoteorijski pojam, što je u ovome slučaju „upravni akt“, rabi i u normativnim tekstovima, takvo odstupanje pravnodoktrinarno nije sporno. Međutim, ovu istu odluku *Zakon o upravnim sporovima*, koji uređuje postupak sudskoga nadzora zakonitosti rada javne uprave, oslanjajući se time na radnje poduzete sukladno ili protivno *Zakonu o općem upravnom postupku*, označava pojmom „pojedinačna odluka“.<sup>11</sup> Nema nikakvoga opravdanja za upotrebu različitih pojmova koji označavaju isti pravni institut u ova dva propisa, posebno s obzirom na vrlo kratko razdoblje u kojemu su doneseni. No, u drugim propisima donesenim u pojedinim upravnim područjima, pored ovih pojmova u istom se značenju vrlo često primjenjuje i pravnoteorijski pojam „upravni akt“, kao npr. u *Zakonu o vodama*, *Zakonu o željeznici* ili *Zakonu o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka*.<sup>12</sup> Korištenje različitih pojmova za označavanje istoga pravnog instituta najčešće su razlog nedovoljnog praćenja predlagatelja onih propisa koji su u resoru nekoga drugog tijela.

U praksi mnogo ozbiljnije probleme ipak izazivaju suprotne odredbe, a koje dovode javnopravna tijela u velike probleme pri tumačenju i primjeni takvih propisa. Iako se sadržajno suprotne odredbe najčešće javljaju u različitim propisima, posebno je problematično kada se one jave u istome. Takav se primjer susreće u *Zakonu o koncesijama*, koji bi, s obzirom na financijske učinke koje koncesije trebaju imati na gospodarstvo, ali i pružanje javnih usluga uopće, trebao biti primjerom razumljivog i pravno određenog propisa. Ovdje se poseban problem javlja, jer se antinomije javljaju u odredbama o izmjeni ugovora o koncesiji, što se smatra jednim od praktično najspornijih dijelova koncesijskoga prava. Značajnija antinomija susreće se u svezi s određivanjem granice od 50% vrijednosti prvotne koncesije koju ne smije premašiti

9 Borković, I., *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 360.

10 Članak 96. stavak 1. *Zakona o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

11 Članak 3. stavak 1. podstavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17. I sam svjestan uvođenja novoga pojma u pravni sustav, a koji se do tada nije koristio u tome značenju, zakonodavac je uz njegovu definiciju u zagradi stavio naznaku „(upravni akt)“ pokušavajući time riješiti potencijalne dvojbe koje se mogu javiti u praksi.

12 Tako primjerice članak 141. stavak 5. *Zakona o vodama*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13., 14/14. i 46/18., utvrđuje kako je vodopravna dozvola „upravni akt“, članak 4. podstavak 4. *Zakona o željeznici*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13., 14/14. i 46/18., utvrđuje kako je dozvola za obavljanje usluga u željezničkom prijevozu također „upravni akt“, baš kao što to utvrđuje i članak 34. stavak 3. *Zakona o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka*, Narodne novine, br. 42/18., propisujući kako rješenje Agencije za zaštitu osobnih podataka o utvrđivanju povrede prava predstavlja tu istu vrstu akta.

nekoliko uzastopnih izmjena ugovora o koncesiji, osim u slučaju koncesije koja se obavlja na temelju isključivog prava. *Zakonom o koncesijama* najprije je propisano kako je ugovor o koncesiji, između ostaloga, dopušteno izmijeniti uz četiri taksativno propisane pretpostavke koje moraju biti kumulativno ispunjene. Jedna od njih zabrana izmjene ugovora o koncesiji ako povećanje vrijednosti koncesije, osim kod koncesije koja se obavlja na temelju isključivog prava, premaši 50% vrijednosti prvotne koncesije, uz određenje da se u slučaju učinjenih nekoliko uzastopnih izmjena ugovora o koncesiji to ograničenje primjenjuje na vrijednost svake pojedine izmjene.<sup>13</sup> Međutim, dva stavka niže propisano je suprotno, tj. da kada „se vrši više uzastopnih izmjena ugovora o koncesiji vrijednost izmjena u novčanom iznosu određuje se kao zbroj vrijednosti svake pojedine izmjene koncesije“.<sup>14</sup> Suprotnost ovih odredbi izmjenu ugovora o koncesiji čini potpuno neprovedivom, jer se ne može razumjeti kolika vrijednost izmjene ugovora smije biti, osim u slučajevima koncesija koje se obavljaju na temelju isključivoga prava. Danas je s obzirom na obuhvat pravne regulacije uistinu teško izbjeći antinomije u pravnome sustavu, no dobar početak njihova reduciranja može se ogledati upravo u njihovu izbjegavanju unutar istoga propisa, kao i područja koje takav propis regulira.

Pored antinomija, posebnim problemom u propisima pokazuju se sadržajno netočne odredbe, tj. odredbe koje su suprotne pravnoteorijskim postavkama pojedinoga pravnog instituta. Takve odredbe narušavaju usklađenost teorije i prakse te ukazuju na redaktorovo, ali i donositeljevo nedovoljno poznavanje prava, posebno pravnoga područja u kojemu se propis donosi. Primjer sadržajno pogrešnoga normiranja susreće se u *Zakonu o komunalnom gospodarstvu*, u svezi s institutom ništavosti rješenja te određivanja davatelja koncesije. Iako je pravna teorija ne samo hrvatskoga, već i usporednoga prava precizno utvrdila značenje ništavosti rješenja, baš kao i slučajeve koji se smatraju dostatno opravdanim kako bi se posegnulo za ovim izvanrednim pravnim sredstvom, a koje može koristiti svaka osoba i bez ikakvoga vremenskog ograničenja, s pravnim učinkom *ex tunc*,<sup>15</sup> ovaj je *Zakon* slučaj ništavosti proširio i na

- 13 Članak 62. stavak 5. podstavak 3.c) *Zakona o koncesijama*, Narodne novine, br. 69/17. Potpuno istovjetna odredba sadržana je i u stavku 8. istoga članka, a koja je istaknuta kao opće ograničenje koje se primjenjuje pri izmjeni svakoga ugovora o koncesiji. Ako ova odredba obvezuje stranke ugovora o koncesiji u svim slučajevima, nije jasno zašto je posebno navedena uz jedan propisani slučaj u kojem se ugovor o koncesiji može izmijeniti. Stoga se čini kako se na jednom od ovih mjesta našla pogreškom. Ili je najprije unesena u stavak 5. podstavak 3.c) prijedloga teksta *Zakona* te je zakonodavac zaključio kako bi je trebalo primjenjivati u svim slučajevima te je propisao kao opću stavkom 8. ili je ona najprije u *Zakon* uvrštena kao opća pa je zakonodavac uočio kako je njezina primjena preširoka te ju je izmjestio u stavak 5. podstavak 3.c), istodobno je zaboravivši brisati iz stavka 8.
- 14 Dakle, uzevši ovu odredbu u obzir zaključuje se kako ukupno sve izmjene ugovora o koncesiji učinjene tijekom važenja ovoga ugovora ne smiju premašiti 50% vrijednosti prvotne koncesije. Ova odredba imala bi svoje značenje kada u istom članku ne bi postojao sadržajno suprotni stavak 8. Tada bi ona bila opća u odnosu na odredbu stavka 5. podstavka 3.c), a koji bi se primjenjivao jedino u slučajevima određenim podstavkom 3.
- 15 U pravnoj doktrini ističe se da su ništavi upravni akti opterećeni „pogreškom najjačeg intenziteta“ te da ništavo rješenje nikada ne postaje pravomoćno. Više o ništavosti kao pogrešnosti upravnih akata vidi u: Krbek, I., *Upravni akt, Hrestomatija upravnog prava*, Zagreb, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2003., str.

sadržajne propuste rješenja o komunalnoj naknadi i rješenja o komunalnom doprinosu koji se ne čine dostatno ozbiljnim povredama biti razlogom oglašavanju rješenja ništavim.<sup>16</sup> Propuštanje naznake prikaza načina obračuna komunalnoga doprinosa za građevinu koja se gradi ili je izgrađena s iskazom obujma, odnosno površine građevine i jedinične vrijednosti komunalnoga doprinosa ili naznake iznosa komunalne naknade po četvornome metru nekretnine trebalo bi smatrati propustom koji dovodi do pobjonosti, a ne ništavosti rješenja. Stoga dopuštenost stavljanja takvoga rješenja izvan snage na inicijativu ne samo stranke, već i svake treće osobe i to bez vremenskog ograničenja, kao i pravne posljedice ove povrede zakonitosti, a koje se odnose na naknadu uplaćenoga iznosa sa svim pripadajućim zateznim kamatama zasigurno nije razmjerna učinjenom propustu. Nadalje, *Zakon o komunalnom gospodarstvu* sadržajno pogrešno propisuje kako je davatelj koncesije za obavljanje komunalnih djelatnosti i pravo korištenja komunalne infrastrukture radi obavljanja komunalnih djelatnosti „predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave“,<sup>17</sup> što je pogrešno, jer davatelj koncesije može biti jedino pravna osoba javnoga prava, tj. država, županija, grad ili općina. Predstavničko tijelo je ovlašteno tijelo koje poduzima radnje u ime i za račun davatelja koncesije, u ovome slučaju jedinice lokalne samouprave, a ne davatelj koncesije kako je ovdje pogrešno propisano.<sup>18</sup>

U nekim propisima susreću se i pravni instituti koji u praksi uopće nisu zaživjeli,

---

73-86, Borković, I., *Upravno*, op. cit., str. 394-395 te Ivančević, V., *Institucije upravnog prava, knj. 1.*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983., str. 334-340. U zakonodavstvima se upravo zbog zaštite prava stranaka, ali i zaštite javnog interesa slučajevi ništavosti izričito propisuju. Koliko je ništavost rješenja teška povreda, označava i obveza drugostupanjskog tijela, ali i upravnog suda da na slučajeve ništavosti rješenja u drugostupanjskom postupku, odnosno u upravnom sporu paze po službenoj dužnosti. Članak 128. stavak 1. *Zakona o općem upravnom postupku* propisuje kako će se rješenje oglasiti ništavim ako je doneseno u stvari iz sudske nadležnosti, ako je doneseno u stvari o kojoj se ne može rješavati u upravnom postupku, ako njegovo izvršenje nije pravno ili stvarno moguće, ako se njegovim izvršenjem čini kazneno djelo, ako je doneseno bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje stranka naknadno izričito ili prešutno nije pristala ili ako takvo rješenje sadržava nepravilnost koja je po izričitoj zakonskoj odredbi razlog za ništavost rješenja.

16 Članak 85. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 68/18. i 110/18., propisuje kako rješenje o komunalnom doprinosu treba sadržavati podatke o obvezniku komunalnog doprinosa, iznos sredstava komunalnog doprinosa koji je obveznik dužan platiti, obvezu, način i rokove plaćanja komunalnog doprinosa i prikaz načina obračuna komunalnog doprinosa za građevinu koja se gradi ili je izgrađena s iskazom obujma, odnosno površine građevine i jedinične vrijednosti komunalnog doprinosa. Članak 101. stavak 1. istoga *Zakona* propisuje kako se rješenjem o komunalnoj naknadi utvrđuje iznos komunalne naknade po četvornome metru (m<sup>2</sup>) nekretnine, obračunska površina nekretnine, godišnji iznos komunalne naknade, mjesečni iznos komunalne naknade, odnosno iznos obroka komunalne naknade ako se naknada ne plaća mjesečno i rok za plaćanje mjesečnog iznosa komunalne naknade, odnosno iznosa obroka komunalne naknade ako se naknada ne plaća mjesečno.

17 Članak 45. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

18 U koncesijskom odnosu osoba koja dodjeljuje koncesiju je država ili jedinica lokalne ili područne samouprave. Nije dakle, koncedent tijelo koje donosi odluku o davanju koncesije, niti je to tijelo koje s budućim koncesionarom sklapa ugovor o koncesiji, već pravna osoba u čije ime i za čiju korist se koncesija dodjeljuje. Đerđa, D., *Upravnopравни aspekti koncesija, doktorska disertacija*, Split, Sveučilište u Splitu, 2005., str. 133.

a što ukazuje na pogrešnu procjenu donositelja propisa o potrebi, ali i mogućnosti njihove primjene. Jedan od takvih instituta uočava se na primjeru jedinstvenoga upravnog mjesta, propisanog *Zakonom o općem upravnom postupku* još 2010. godine. Ovaj institut u praksi nije zaživio već više od devet godina.<sup>19</sup> Postavlja se pitanje iz kojega razloga niti jedna vlada od 2010. godine do danas nije uspješno ustanovila ova mjesta, a za što su bile zakonom obvezane. U ne tako ekstremnom obliku, no svakako nedostatno iskorištenima u hrvatskom upravnom pravu smatraju se i upravni ugovori. Također, ozakonjeni još 1. siječnja 2010. godine, stupanjem na snagu *Zakona o općem upravnom postupku*, do danas su zaživjeli tek sporadično, jer zakonodavac nije našao većeg prostora za njihovo propisivanje.<sup>20</sup> Upravni ugovori ozakonjeni su jedino *Općim poreznim zakonom*, *Zakonom o koncesijama*, *Zakonom o lovstvu* i *Zakonom o stambenom zbrinjavanju na potpomognutim područjima*, a koji su doneseni u posljednje dvije godine.<sup>21</sup> No, propuštanje utvrđivanja upravnim ugovorom i nekih ugovora u drugim upravnim područjima, a koji bi prema pravnoj prirodi svakako ispunjavali sve pretpostavke biti ovim institutom, kao što je npr. ugovor o javnoj nabavi, već je odavno trebalo učiniti.<sup>22</sup> U pravnoj teoriji propis koji se

- 19 Člankom 22. *Zakona o općem upravnom postupku* propisuje se da ako je za ostvarenje nekog prava stranke potrebno voditi više upravnih ili drugih postupaka, stranci se treba omogućiti na jedinstvenom upravnom mjestu u javnopravnom tijelu podnijeti sve zahtjeve, koji će se po službenoj dužnosti bez odgode dostaviti nadležnim javnopravnim tijelima. Također je propisano kako na jedinstvenom upravnom mjestu stranke i druge zainteresirane osobe mogu dobiti propisane obrasce, obavijesti, savjete i drugu pomoć iz nadležnosti javnopravnog tijela. Međutim, do danas takva mjesta nisu ustrojena, već se mogućnost njihova osnivanja u vrijeme pisanja ovoga rada predviđa prijedlogom *Zakona o sustavu državne uprave*, koji člankom 17. stavak 2. i člankom 49. stavak 2. propisuje kako se pojedine ustrojstvene jedinice i ispostave tijela državne uprave mogu uredbom Vlade odrediti kao jedinstveno upravno mjesto te da se pri obavljanju poslova neposredne provedbe zakona strankama može omogućiti podnošenje zahtjeva putem jedinstvenog upravnog mjesta sukladno odredbama *Zakona o općem upravnom postupku*.
- 20 Člancima 150. do 154. *Zakona o općem upravnom postupku* propisano je kako će javnopravno tijelo i stranka sklopiti upravni ugovor o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar, ako je zakonom propisano sklapanje takvog ugovora. Ovim *Zakonom* ujedno su propisani uvjeti za sklapanje i predmet upravnog ugovora, razlozi njegove ništetnosti te oglašavanje ugovora ništetnim, dopuštenost izmjene ovoga ugovora, pretpostavke i postupak raskida te pravna zaštita u svezi s upravnim ugovorima.
- 21 Tako primjerice *Opći porezni zakon*, Narodne novine, br. 115/16., člancima 101. do 103. propisuje slučajeve i način sklapanja upravnih ugovora u poreznom pravu te njihov sadržaj. *Zakon o koncesijama* člankom 3. stavci 3. do 5. te člankom 5. podstavak 7. definira kako je ugovor o koncesiji upravni ugovor. *Zakon o lovstvu*, Narodne novine, br. 99/18., člancima 24. do 29. propisuje kako su ugovor o koncesiji prava lova i ugovor o zakupu prava lova upravni ugovori te utvrđuje njihov sadržaj, način sklapanja, dopuštenost izmjene, jednostrani opoziv te slučajeve prestanka važenja. Konačno *Zakon o stambenom zbrinjavanju na potpomognutim područjima*, Narodne novine, br. 106/18., člankom 18. stavak 2. te člankom 34. stavci 1. i 2., utvrdio je kako su ugovor o najmu stambene jedinice i ugovor o darovanju građevinskog zemljišta odnosno neuseljive obiteljske kuće i građevnog materijala također upravni ugovori.
- 22 Ugovor o javnoj nabavi, sukladno trenutnoj regulaciji *Zakona o javnoj nabavi*, Narodne novine, br. 120/16., ne može se smatrati upravnim ugovorom. Međutim, odredbe članaka 314. do 322. ukazuju na diferencirani režim ovoga ugovora u odnosu na prethodne verzije istoimenoga zakona, iz čega se daje zaključiti kako bi ovaj ugovor s vremenom također mogao biti prepoznat

ne izvršava ocjenjuje se nepotrebnim te ukazuje na nedovoljno razvijenu projekciju redaktora propisa te slabost njegova donositelja, ali i izvršnih tijela osigurati provedbu prava, što postupno dovodi do gubitka legitimiteta tijela javne vlasti pred građanima.<sup>23</sup>

U hrvatskim propisima upravnoga prava nerijetko se nepotrebno ponavljaju odredbe koje su već sadržane u općem zakonu, a koji se u tim slučajevima podredno primjenjuje.<sup>24</sup> Kako bi se ovo uočilo dostatno se zadržati na već spomenutom *Zakonu o komunalnom gospodarstvu* i *Zakonu o općem upravnom postupku*. *Zakon o komunalnom gospodarstvu* propisuje slučaj u kojemu je komunalni redar po službenoj dužnosti rješenjem obavezan obustaviti postupak izvršenja rješenja, iako istovjetna obveza komunalnome redaru proizlazi iz podredne primjene *Zakona o općem upravnom postupku*.<sup>25</sup> Time *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, ne utvrđuje ništa što već nije propisano *Zakonom* o općem upravnom postupku, čime se takva odredba *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ne može ocijeniti korisnom. Nepotrebne odredbe općenito narušavaju pravni sustav u cjelini, jer ga čine kvantitativno opsežnijim, a kvalitativno ga oslabljuju. Prepisivanje istih odredbi u dva ili više zakona ne pridonosi pravnoj sigurnosti, već je izvor problema u slučaju izmjene jednoga propisa i važenja drugog u neizmijenjenom obliku. Razlog je tomu što ponekad stavljanje izvan snage neke odredbe nije popraćeno stavljanjem izvan snage i analogne odredbe u drugome, često posebnom zakonu, a koja onda otvara brojne dvojbe u primjeni. Stoga se u pravnoj teoriji također naglašava da ako iznimka koja se propisuje nije nužna, mnogo ju je bolje niti ne unositi u propis.<sup>26</sup>

U pravnom sustavu, sukladno pravnoj teoriji, ne bi trebale postojati niti odredbe koje reguliraju ista pitanja ili institute. U ovu skupinu mogu se ubrojiti i one koje, iako sadržajno nisu istovjetne, propisuju dopuštenja ili zabrane koje jasno proizlaze iz drugih postojećih odredaba u pravnome sustavu, čime se također pokazuju potpuno bespotrebnima. Takav primjer susreće se u *Zakonu o koncesijama* koji propisuje kako je zabranjeno obavljanje svake djelatnosti za koju je potrebna koncesija, a obavlja se bez dane koncesije. Kako ovo proizlazi iz logike stvari, nije potrebno biti i zasebno propisano. Isto se može ustvrditi i za odredbu kojom se propisuje kako je koncesionaru koji izvršava ugovor o koncesiji zabranjeno obavljanje djelatnosti koncesije izvan opsega djelatnosti koncesije koji je određen takvim ugovorom.<sup>27</sup> Ovakve odredbe nemaju primjerenu normativnu važnost te samo opterećuju tekst propisa čineći ga

---

upravnim ugovorom.

23 Karpen, U., op. cit., str. 173. i Henle, R., Principles of Legality: Qualities of Law - Lon Fuller, St. Thomas Aquinas, St. Isidore of Seville, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 39., 1/1994, str. 60-61.

24 U područjima u kojima postoje posebni propisi o poduzimanju nekih postupovnih radnji u upravnom postupku podredno se primjenjuju pravila općeg upravnog postupka, dakle *Zakona o općem upravnom postupku*. Podredna primjena znači da se odredbe *Zakona o općem upravnom postupku* primjenjuju na ona pitanja upravnog postupka koja u posebnom upravnom području nisu uređena posebnim zakonom. Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Inženjerski biro, 2010., str. 26-27.

25 Članak 115. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* te članak 146. *Zakona o općem upravnom postupku*.

26 Vidi Karpen, U., op. cit., str. 156-157.

27 Vidi članak 12. stavci 1. i 2. *Zakona o koncesijama*.

dužim.

Konačno, iako one ne dovode do izravnih poteškoća u primjeni prava, doktrinarno neispravnim smatraju se odredbe propisa koje nemaju obvezujući pravni učinak, već samo instruktivnu važnost. Primjer takve odredbe nalazi se u *Zakonu o koncesijama*, koji primjerično pobraja dopuštene predmete koncesije.<sup>28</sup> Unatoč taksativnom nabranju predmeta koncesije, iz riječi „a osobito“ jasno proizlazi kako katalog ovdje propisanih aktivnosti i područja nije zatvoren. Time ova odredba nema nikakav pravni značaj, osim što je njome zakonodavac samome sebi ukazao u kojim se sve područjima koncesija može dodijeliti. No, kako *Zakon o koncesijama* nije ustavni zakon, ako zakonodavac odluči otvoriti mogućnost podjele koncesije i u nekom, ovdje nenaznačenome području, nema zapreke da to učini zakonom koji uređuje posebno upravno područje, a čime ova, relativno duga odredba samo opterećuje pravni sustav. Primjera nepotrebnog kvantificiranja teksta u hrvatskim propisima upravnog prava ima još. Tako, primjerice, *Zakon o komunalnom gospodarstvu* propisujući obvezno prekršajno kažnjavanje osobe koja potroši sredstva komunalnog doprinosa protivno njihovoj namjeni, u prvom stavku istoga članka propisuje obvezu kažnjavanja, tzv. „odgovorne osobe“, a u idućem kako za prekršaj „iz stavka 1. ovoga članka odgovorna osoba je gradonačelnik odnosno općinski načelnik“, umjesto da ovu formulaciju unese izravno u prethodni stavak. Time je ovaj članak *Zakona* ne samo iznimno nespretno sročeno, već i nepotrebno dug, jer sadrži čak dva stavka umjesto samo jedne rečenice, a što je nomotehnički neprihvatljivo.<sup>29</sup>

Svi ovdje naznačeni primjeri iz vrlo ograničenoga broja zakona pokazuju koliko je u hrvatskom pravnom sustavu nužno poraditi na kvaliteti pravnih propisa. Stoga je potrebno razmotriti što je do sada učinjeno, a kako bi se unaprijedila kvaliteta propisa.

### **3. POSTOJEĆI MEHANIZMI UNAPRJEĐENJA KVALITETE PROPISA U HRVATSKOJ**

Približiti stvarnu kvalitetu propisa idealnom konceptu razvijenom u pravnoj teoriji, jedan je od najtežih zadataka pravne struke uopće. Najvjerodostojniji odraz kvalitete nekoga propisa uočava se tek u njegovoj praktičnoj primjeni. Iz rezultata provedbe propisa donositelji akata mogu ocijeniti je li propis doveo do željenih ili neželjenih posljedica. Iako se ovo pokazuje apsolutno sigurnom metodom, čekati da

28 Članak 8. stavak 1. *Zakon o koncesijama* izričito propisuje da se koncesija daje u različitim područjima i za različite djelatnosti, a osobito za eksploataciju mineralnih sirovina, za korištenje voda, za pravo lova na državnim lovištima i uzgajalištima divljači, na pomorskom dobru, u području zaštite prirode, u području energetike, za obavljanje djelatnosti linijskog i obalnog pomorskog i riječnog prijevoza, za luke, za građenje i upravljanje autocestom i pojedinim cestovnim objektima na državnoj cesti (most, tunel i drugi), za pružanje usluga javnog prijevoza, za zračne luke, u području sporta, na kulturnim dobrima, za komunalne djelatnosti, u području željeznica, u području žičara, za djelatnosti gospodarenja otpadom, u području turizma, u području zdravstva, za pružanje medijskih usluga televizije i radija, za slobodne zone, za uzgoj riba i drugih morskih organizama te u području veterinarskoga javnog zdravstva.

29 Članak 122. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.



propis stupi na snagu i započne s primjenom nije ni ekonomičan ni funkcionalan način ocjene njegove kvalitete.<sup>30</sup> Stoga su se u praksi razvili različiti mehanizmi kojima se nastoji ostvariti ovaj ideal. U nastavku se analiziraju neki od njih, koji bi trebali pridonijeti kvaliteti propisa upravnoga prava u Hrvatskoj, ali i kvaliteti propisa uopće.

Najčešća metoda unaprjeđenja kvalitete propisa ogleđa se u donošenju uputa za njihovu izradu. U različitim državama svijeta, u pravilu vlade, redovito usvajaju smjernice za izradu propisa, a koje najčešće sadrže taksativno pobrojana načela ili detaljna pravila izrade propisa te primjere „dobre“ i „loše“ prakse. Takve smjernice imaju zadaću pomoći redaktorima prijedloga propisa izraditi nomotehnički savršeniji propis. S njima bi svakako trebao biti upoznat te ih se držati i donositelj propisa. One su najčešće kodifikacija „dobre prakse stvaranja pravnih propisa“ te imaju samo *soft law* učinak.<sup>31</sup> Neke države otišle su i korak dalje pa su pravila izrade propisa utvrdile zakonom.<sup>32</sup> Međutim, unatoč ovdje navedenim mjerama, u pravnoj se literaturi ističe kako veliki broj propisa donesen u državama koje njeguju takve mehanizme unaprjeđenja njihove kvalitete i dalje ne zadovoljava očekivanja struke.<sup>33</sup>

Smjernice za izradu propisa, pod nazivom *Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor*, postoje i u Hrvatskoj. Donio ih je Sabor 2015. godine.<sup>34</sup> Njima je uređen način tehničke izrade zakona i drugih propisa koje donosi Hrvatski sabor, no na odgovarajući način primjenjuju se i na druge propise koje donose državna tijela te opće akte koje donose tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Njima je propisana struktura svakoga propisa te sadržaj uvodnoga dijela propisa, sadržaj glavnoga dijela propisa i sadržaj prijelaznog i završnog dijela propisa. Uređuju unutrašnju raspodjelu propisa na dijelove, glave, poglavlja i odjeljke, članke, stavke, podstavke, točke i podtočke. Ona, također, upućuju na jezik, stil i način pisanja propisa, a poseban dio ovih smjernica odnosi se na izmjene i dopune propisa, amandmane na konačni tekst prijedloga propisa, ispravke propisa, izradu pročišćenoga teksta te vjerodostojno tumačenje pojedinih njegovih odredbi. Postavljaju opća načela koja treba poštovati pri izradi pravnih

30 O ovome vidi Banić, S., Procjena, cit., str. 7-8.

31 Takve smjernice usvojene su, primjerice, u Belgiji, Nizozemskoj, Njemačkoj, Francuskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu, Švedskoj, Italiji, Švicarskoj i Kanadi. Radi poboljšanja kvalitete zakonodavstva odgovarajuće poteze poduzela je i Europska unija, a koja je usvojila niz različitih dokumenata, npr. *Međuinstitucionalni sporazum od 22. prosinca 1998. o zajedničkim smjernicama za kvalitetu izrade zakonodavstva Zajednice*, Službeni list Europskih zajednica, C 73/1, 1999., *Međuinstitucionalni sporazum o boljoj izradi zakonodavstva*, Službeni list Europske unije, C/321/1, 2003. ili *Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija o pametnom reguliranju u Europskoj uniji*, *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions: Smart Regulation in the European Union*, COM (2010) 543.

32 Ovo je, primjerice, slučaj u Bugarskoj.

33 Xanthaki, H., *Quality of legislation: Is achievable universal concept or a utopian pursuit?*, *Quality of Legislation*, Baden-Baden, Nomos, 2011., str. 76.

34 *Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor*, Narodne novine, br. 74/15.

propisa, čime ih u hrvatskom pravnom sustavu i normativno utvrđuju.<sup>35</sup> Iako ideja kodifikacije pravila koja treba poštovati pri izradi prijedloga propisa zaslužuje svaku pohvalu, u pravnoj se literaturi ističe kako ona sadržavaju neke očigledne pogreške i na mnogim mjestima odstupaju od nomotehničkih tradicija, načela, standarda i pravila koja su propisana u većini relevantnih usporednih pravnih poredaka, zbog čega njihova stroga primjena neće postići željeni rezultat, tj. pridonijeti kvaliteti i primjenjivosti svih vrsta propisa.<sup>36</sup> Stoga se u pravnoj literaturi ističe kako ona čine podlogu koja zahtijeva bitnu doradu u što skorije vrijeme.<sup>37</sup>

Unaprjeđenju kvalitete propisa uvelike doprinose analize i evaluacije koje se obavljaju u postupku njegova donošenja. Mnoge države analiziraju učinak propisa prije negoli se pristupi njegovu usvajanju u tijelu donositelja. Svrha je takvih analiza ispitati na metodološki, sustavan i objektivan način promjene u društvu, koje se potencijalno ili stvarno mogu pripisati nekome propisu te rezultate takve analize koristiti kako bi se sadržaj propisa unaprijedio. U ovome postupku izrađuju se detaljne snimke postojećeg stanja te projekcije utjecaja propisa na društveni život, gospodarstvo, financiranje, zaštitu okoliša, prava pojedinaca i sl.<sup>38</sup> U pravilu se provodi kao „procjena učinka propisa“, koja obuhvaća skup logičkih koraka odnosno postupak kojim se donositelju propisa pripremaju dokazi o prednostima ili nedostacima određenih normativnih opcija, kojima se procjenjuju njihovi potencijalni učinci. Ova metoda podrazumijeva transparentan postupak oblikovanja propisa, s posebnim naglaskom na konzultacije, uporabu empirijskih dokaza i standarda u skladu s prirodnim i društvenim znanostima te posebne metodologije analize različitih opcija reguliranja, kao što su „cost-benefit“ analize, „rizik-rizik“ analize, „multi-criteria“ analize itd. Procjena učinka, dakle, daje detaljnu analizu posljedica koje bi mogao proizvesti određeni propis, pomažući u identificiranju pozitivnih i negativnih ishoda, njegovih popratnih učinaka, kao i skrivenih troškova koji mogu nastati propisivanjem.<sup>39</sup> U europskim državama ova se procjena uglavnom provodi, no s nejednakim učinkom.<sup>40</sup>

35 Tako primjerice, određuju kako je stil pisanja propisa uvjetovan nomotehničkim pravilima, pravopisom, gramatikom i semantikom jezika u službenoj uporabi, kako se propis piše jasnim stilom, jednostavnim riječima te precizno i razvidno izraženim namjerama donositelja propisa te da nazivlje odnosno terminologija koja se koristi u propisima mora biti jasna, dosljedna, precizna i potrebna, kako se u propisu treba koristiti precizan izričaj, čije pravne posljedice su nedvojbeno jasne, dok upotrebu uobičajenih, ali nepreciznih odrednica u pisanju propisa treba što više izbjegavati i sl. Članci 35., 39. i 41. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila*.

36 Livaja, A., Milotić, I., *Komentar jedinstvenih nomotehničkih pravila*, Zagreb, RRiF, 2015., str. III.

37 Đerđa, D., Antić, T., Izrada pravnih propisa u Hrvatskoj – studija slučaja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 38., 1/2017, str. 102.

38 Procjena učinka propisa kao sredstvo unaprjeđenja kvalitete zakonodavstva započela je u državama s najrazvijenijim gospodarstvima, konkretno Sjedinjenim Američkim Državama, Australiji, Kanadi, Ujedinjenom Kraljevstvu, Danskoj i Nizozemskoj, a koje se i danas smatraju predvodnicima dobre prakse u ovome području.

39 O ovome vidi Banić, Procjena, cit., str. 9. te 12-14. Mousmouti naglašava kako je upravo ocjena kvalitete propisa postupak koji osigurava odgovornost donositelja propisa prema društvenoj zajednici. Mousmouti, op. cit., str. 198-199.

40 Primjerice, u Italiji, koja se godinama nosi s problemom prevelike regulacije, obveza procjene učinka propisa uvedena je zakonom iz 1999. godine, no provedba ipak nije zaživjela u željenom

Procjena učinka propisa provodi se i u Hrvatskoj. Ovaj je postupak uređen *Zakonom o procjeni učinka propisa*.<sup>41</sup> Opći je cilj ovoga postupka razmatranje prijedloga mogućih normativnih ili drugih rješenja kojima se potiče poslovno okruženje, jača vladavina prava i smanjuju troškovi provedbe propisa, uz istodobno osiguranje zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, osobnih i političkih sloboda i prava te gospodarskih, socijalnih i kulturnih prava. Posebni ciljevi postupka procjene učinaka propisa su osiguranje otvorenosti i transparentnosti zakonodavnog postupka, uključivanjem zainteresirane javnosti u izradu propisa, utvrđivanje mogućih prepreka za poslovanje poduzetnika i status građana te poticanje suradnje i međuresorne koordinacije središnjih tijela državne uprave u postupku izrade zakona. Postupak procjene učinaka propisa postupak je pripreme i izrade prijedloga zakona analizom izravnih učinaka, radi odabira optimalnoga zakonskog rješenja. U okviru ovoga instrumenta provodi se prethodni postupak procjene učinaka propisa, koji se još naziva i prethodna procjena, i procjena učinaka propisa, ovisno o rezultatima analize izravnih učinaka propisa.<sup>42</sup> Sukladno ovome *Zakonu* u postupku procjene učinaka propisa važni izravni učinci analiziraju se prema vrstama učinaka i obuhvaćenim adresatima prijedloga zakona.<sup>43</sup> U postupku procjene učinaka propisa sudjeluju Ured za zakonodavstvo Vlade Republike Hrvatske, resorna ministarstva u čijem je djelokrugu izrada prijedloga zakona, nadležna središnja tijela državne uprave te druga državna tijela i pravne osobe koje imaju javne ovlasti, a koja daju mišljenja na analizu

---

smjeru. U Francuskoj je obvezna provedba procjene učinka uvedena 1993. godine, ali je također bez željenih učinaka. Iskustvo Ujedinjenoga Kraljevstva na tom području je najzavidnije, jer je regulacija gotovo u potpunosti popraćena procjenom učinka. Banić, S., *Perspektive procjene učinaka propisa u hrvatskom sustavu državne uprave, Hrvatska javna uprava*, god. 9., 4/2009, str. 950-951.

41 *Zakon o procjeni učinka propisa*, Narodne novine, br. 44/17. Sustav procjene učinaka propisa u pravni sustav Republike Hrvatske prvi put uveden je 1. siječnja 2012. godine istoimenim *Zakonom o procjeni učinaka propisa*, Narodne novine, br. 90/11. Iako se procjenu učinaka propisa u Hrvatskoj smatra novim pristupom u izradi zakona, ona ima osnovu u nenormativnom dijelu nacrta prijedloga zakona, u kojima su zastupljena osnovna načela procjene učinaka propisa i načini razmišljanja o različitim opcijama i rješenjima u samome zakonodavnom aktu. Pogarčić, Zdenka, *Procjena učinaka propisa u funkciji stvaranja boljeg zakonodavstva i gospodarskog rasta, Porezni vjesnik*, vol. 24., br. 12., 2015., str. 44. Normativni i strateški okvir procjene učinaka propisa danas još čine *Uredba o provedbi postupka procjene učinaka propisa*, Narodne novine, br. 52/17. te *Odluka o donošenju Strategije procjene učinaka propisa za razdoblje od 2018. do 2023. godine*, Narodne novine, br. 129/17.

42 Vidi članke 2. i 3. *Zakona o procjeni učinka propisa*.

43 Sukladno članku 9. *Zakona o procjeni učinka propisa* pritom se analiziraju sljedeći izravni učinci: procjena gospodarskih učinaka, procjena socijalnih učinaka, procjena učinaka na rad i tržište rada, procjena učinaka na zaštitu okoliša, procjena učinaka na zaštitu ljudskih prava i procjena učinaka na tržišno natjecanje. Izravni učinci analiziraju se osobito prema sljedećim adresatima: mikro, mali, srednji i veliki poduzetnici, obiteljska poljoprivredna gospodarstva, zadruge; građani; obitelji i kućanstva; radnici i umirovljenici; pružatelji uslužnih djelatnosti u pojedinoj gospodarskoj grani i potrošači; hrvatski branitelji; manjine; socijalne skupine s posebnim interesima i potrebama; udruge i zaklade; središnja tijela državne uprave, druga državna tijela, pravosudna tijela, javne ustanove, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima, trgovačka društva u vlasništvu Republike Hrvatske i trgovačka društva u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.

učinaka u skladu s propisanim djelokrugom.<sup>44</sup> Resorna ministarstva zadužena su za izradu prijedloga zakona te su obvezatna provoditi savjetovanje i, prema potrebi, međuresorne konzultacije s nadležnim tijelima i drugim zainteresiranim dionicima. Međutim, unatoč postojanju *Zakona o procjeni učinka propisa* ovaj se postupak u Hrvatskoj provodi nedosljedno i neredovito. Stoga je ispunjavanje *Godišnjeg plana normativnih aktivnosti za 2013. i 2014. godinu* iznosilo 32%, dok je za 2015. godinu taj postotak iznosio samo 19%. Najveći broj provedenih postupaka procjene učinka propisa zabilježen je 2013. godine, kada je proveden 21 postupak. Tijekom 2014. godine broj postupaka smanjen je na deset, a 2015. na samo sedam postupaka procjene učinka propisa.<sup>45</sup>

Prethodnoj analizi postojećega stanja, baš kao i učinka propisa svakako bi trebale doprinijeti i odredbe *Poslovnika Hrvatskoga sabora*, koji utvrđujući sadržaj prijedloga zakona i konačnoga prijedloga zakona, posebno naglašava kako oni prijedlozi, između ostaloga, trebaju sadržavati ocjenu stanja, osnovna pitanja koja se trebaju urediti zakonom, posljedice koje će donošenjem zakona nastupiti te ocjenu i izvore potrebnih sredstava za provođenje zakona. *Poslovnik Hrvatskog sabora* doprinosi i transparentnosti izrade prijedloga zakona, propisujući kako se uz prijedlog zakona obvezatno treba dostaviti izvješće o provedenom savjetovanju sa zainteresiranom javnošću te iskaz o procjeni učinaka propisa u skladu sa *Zakonom o procjeni učinka propisa*. O nomotehničkoj korektnosti vodi računa propisujući kako tekst prijedloga zakona mora biti izrađen u skladu s jedinstvenim metodološko-nomotehničkim pravilima za izradu akata koja donosi Sabor te da treba biti jezično pregledan, odnosno ispravljen. Iznimno je važno napomenuti kako *Poslovnik* određuje da prijedlog zakona mora sadržavati obrazloženje u kojem se daje objašnjenje pojedinih odredbi koje sadrži prijedlog zakona. Ujedno, propisuje kako se konačni prijedlog zakona treba podnijeti u obliku u kojem se donosi zakon te da njegovo obrazloženje treba obuhvaćati razloge zbog kojih se zakon donosi, pitanja koja se njime rješavaju, objašnjenje odredbi predloženog zakona, podatke o financijskim sredstvima potrebnim za provođenje zakona i o načinu osiguranja tih sredstava te druge okolnosti važne za pitanja koja se uređuju zakonom.<sup>46</sup> Kako bi udovoljilo ovdje propisanim uvjetima, prijedlog zakona valja detaljno razmotriti, pravilno nomotehnički oblikovati, u obrazloženju raščlaniti sva sadržana rješenja te procijeniti učinke zakona u praksi. Nažalost, unatoč, kvalitetno propisanim pretpostavkama, u praksi se one prečesto zanemaruju, a što se posebno odnosi na obrazloženja propisa, koja najčešće samo deskriptivno opisuju odredbe zakona ili ukazuju u kojim je odredbama što određeno, umjesto da navode razloge radi kojih su odredbe sadržajno predložene upravo na taj način. Time obrazloženja

44 Članak 19. *Zakona o procjeni učinka propisa*.

45 Pogarčić, Z., op. cit., str. 47. Za godine 2016. i 2017. autor nije pronašao javno dostupne podatke.

46 Članak 174. i članak 175. stavak 3. *Poslovnika Hrvatskog sabora*, Narodne novine, br. 81/13., 113/16., 69/17. i 29/18. Ovaj *Poslovnik* ujedno utvrđuje obvezu predlagatelju zakona da u obrazloženju konačnog prijedloga zakona navede razlike između rješenja koja predlaže u odnosu na rješenja iz prijedloga zakona, razloge zbog kojih su te razlike nastale te prijedloge, primjedbe i mišljenja koji su bili dani na prijedlog zakona, a koje predlagatelj nije prihvatio, uz navođenje razloga zbog kojih ih nije prihvatio.

prijedloga zakona u Hrvatskoj danas nemaju nikakvo interpretativno značenje te ih u ovome obliku nema nikakvoga smisla niti izrađivati.

Unaprjeđenju kvalitete propisa doprinosi i praćenje stanja u pojedinom upravnom resoru, a koje je zadaća tijela državne uprave, u prvome redu ministarstva i drugih središnjih tijela. Prema *Zakonu o sustavu državne uprave* ona su obvezatna pratiti stanje u okviru svojega djelokruga prikupljanjem potrebnih podataka i obavijesti, izradom odgovarajućih stručnih podloga te na druge prikladne načine. Na temelju izrađenih stručnih podloga, kao što su izvješća, elaborati, analize itd., i na drugi način prikupljenih saznanja o stanju u svom djelokrugu, tijela državne uprave poduzimaju mjere i radnje za koje su zakonom i drugim propisima ovlašteni te predlažu nadležnim državnim tijelima donošenje propisa i drugih akata iz njihove nadležnosti.<sup>47</sup> Time se vodi računa treba li u nekom području urediti pitanje koje ranije nije bilo uređeno, odnosno treba li izmijeniti postojeću pravnu regulaciju i time bitno utjecati na kvalitetu pravnoga sustava u cjelini.

Kvaliteta propisa, posebno sadržajna, nastoji se očuvati i mehanizmima ocjene ustavnosti zakona te zakonitosti propisa i drugih općih akata. Neustavni zakon, odnosno nezakoniti propis ustavni sud, odnosno drugo nadležno tijelo staviti će izvan snage i tako ga ukloniti iz pravnog sustava. Ovom mehanizmu očuvanja kvalitete propisa uvelike doprinosi široko podijeljena aktivna legitimacija za pokretanje ovih postupaka, čime se svaki pojedinac može staviti u ulogu potencijalnoga inicijatora korekcije nezakonitosti. Kvaliteta propisa viša je u državama koje aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka ocjene ustavnosti, odnosno zakonitosti dodjeljuju ne samo osobama čija su prava i pravni interesi povrijeđeni pojedinačnim aktom donesenim na osnovi takvoga propisa, već i tijelima državne uprave te područne (regionalne) i lokalne samouprave, državnim odvjetnicima, pučkom pravobranitelju i sl.<sup>48</sup>

U Republici Hrvatskoj u potpunosti je zajamčena ocjena ustavnosti zakona te ocjena zakonitosti propisa i drugih općih akata. *Ustav Republike Hrvatske* propisuje kako Ustavni sud između ostaloga ocjenjuje ustavnost zakona te ustavnost i zakonitost

47 Članci 34. i 35. *Zakona o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11., 12/13., 93/16. i 104/16. Ovi su poslovi pojedinačno stavljani u nadležnost pojedinim tijelima državne uprave brojnim odredbama *Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i drugih središnjih tijela državne uprave*, Narodne novine, br. 93/16. i 104/16. Tako primjerice članak 165. *Zakona o općem upravnom postupku* propisuje kako nadzor nad provedbom toga *Zakona* obavlja središnje tijelo državne uprave nadležno za poslove opće uprave, članak 38. *Zakona o državnim službenicima*, Narodne novine, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 34/11., 49/11., 150/11., 34/12., 38/13., 37/13., 1/15., 138/15. i 61/17., propisuje kako središnje tijelo državne uprave nadležno za službeničke odnose odgovorno za provedbu toga *Zakona*, prati stanje i predlaže mjere za razvoj državne službe i obavlja nadzor nad provedbom *Zakona*, članak 72. stavak 1. *Zakona o šumama*, Narodne novine, br. 68/18., propisuje kako upravni nadzor nad provedbom toga *Zakona* i propisa donesenih na temelju njega, u dijelu povjerenih javnih ovlasti, obavlja ministarstvo nadležno za obavljanje upravnih i drugih poslova u području šumarstva, a članak 86. stavak 1. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 20/18., propisuje kako isti nadzor nad provedbom ovoga *Zakona* i propisa donesenih na temelju njega obavlja ministarstvo nadležno za poljoprivredu.

48 Karpen, U., op. cit., str. 177.

drugih propisa.<sup>49</sup> Legitimacija za pokretanje postupka ocjene suglasnosti zakona s *Ustavom* i suglasnosti drugih propisa s *Ustavom* i zakonom u Hrvatskoj postavljena je vrlo široko. Ovaj se postupak može pokrenuti na zahtjev posebnih ovlaštenika, a među koje se ubrajaju jedna petina zastupnika Hrvatskoga sabora, radna tijela Hrvatskog sabora, predsjednik Republike Hrvatske, Vlada Republike Hrvatske u slučaju ocjene suglasnosti propisa s *Ustavom* i zakonom, ali ne i zakona, Vrhovni sud ili drugi sud, ako se pitanje ustavnosti i zakonitosti javi u postupku pred sudom, pučki pravobranitelj koji štiti ustavna i zakonska prava u postupku pred državnim upravom, tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i tijelima koje imaju javne ovlasti, kada se pitanje ustavnosti i zakonitosti javi u njegovu postupanju te predstavnička tijela jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave u stvarima iz područja ustrojstva, djelokruga ili financiranja lokalne samouprave. Pored ovdje navedenih ovlaštenika, pokretanje postupka ocjene ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti propisa može predložiti i svaka fizička ili pravna osoba. Međutim, takva inicijativa ne obvezuje Ustavni sud, već povodom prijedloga odlučuje hoće li postupak pokrenuti. Konačno, Ustavni sud takav postupak može pokrenuti i po službenoj dužnosti.<sup>50</sup> Kada Ustavni sud utvrdi da zakon, odnosno njegove pojedine odredbe nisu u suglasnosti s *Ustavom*, odnosno da drugi propis ili njegove pojedine odredbe nisu u suglasnosti s *Ustavom* i zakonom, ukida takav zakon odnosno propis. Iznimno, Ustavni sud propis odnosno njegove pojedine odredbe može i poništiti, uzimajući u obzir sve okolnosti važne za zaštitu ustavnosti i zakonitosti, te imajući u vidu osobito težinu povrede *Ustava* ili zakona i interes pravne sigurnosti ako se njime vrijeđaju ljudska prava i temeljne slobode zajamčene *Ustavom* ili ako se njime pojedinci, skupine ili udruge neosnovano stavljaju u povoljniji ili nepovoljniji položaj.<sup>51</sup>

Ocjena zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i pravne osobe koja obavlja javnu službu, *Zakonom o upravnim sporovima* stavljena je u nadležnost Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske.<sup>52</sup> Za razliku od legitimacije za pokretanje postupka ocjene

49 Članak 129. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

50 Članci 35. i 36. *Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 99/99. i 29/02. O ovome vidi Smerdel, B., Sokol, S., *Ustavno pravo*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2006., str. 188-190.

51 Sukladno članku 55. stavci 1. i 3. te članku 58. stavci 2. i 3. *Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske* svaka fizička i pravna osoba koja je Ustavnom sudu podnijela prijedlog za ocjenu suglasnosti pojedine odredbe zakona s *Ustavom*, odnosno pojedine odredbe drugog propisa s *Ustavom* i zakonom, a Ustavni sud njezin prijedlog prihvatiti i ukine odredbu zakona, odnosno ukine ili poništi odredbu drugog propisa, ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom tijelu za izmjenu pravomoćnoga pojedinačnog akta kojim joj je povrijeđeno pravo, a koji je donesen na temelju ukinute zakonske odredbe, odnosno ukinute, tj. poništene odredbe drugog propisa, odgovarajućom primjenom odredaba o ponavljanju postupka.

52 Nadzor zakonitosti općih akata jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i pravne osobe koja obavlja javnu službu u Hrvatskoj uveden je tek stupanjem na snagu novoga *Zakona o upravnim sporovima*, 1. siječnja 2012. godine. Do tada je zakonitost nekih općih akata koje nije smatrao „propisima“ ocjenjivao Ustavni sud Republike Hrvatske, vodeći se načelom „nužde“. O ovome vidi Omejec, J., Banić, S., Diferencijacija propisa i općih akata u budućoj praksi Ustavnog suda i upravnog suda u povodu Zakona o

suglasnosti zakona s Ustavom i suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom, legitimacija za pokretanje ovoga postupka nije postavljena toliko široko. Visoki upravni sud ovaj postupak pokreće na zahtjev fizičke ili pravne osobe ili skupine osoba povezanih zajedničkim interesom, ako je pojedinačnom odlukom javnopravnog tijela koja se temelji na općem aktu došlo do povrede njihova prava ili pravnog interesa. Drugim riječima, da bi neka fizička ili pravna osoba bila ovlaštena inicirati pokretanje ovoga postupka, njezina prava ili pravni interes najprije moraju biti povrijeđeni pojedinačnim aktom koji se zasniva na općem aktu čija se zakonitost osporava, čime se povreda već mora dogoditi da bi stranka bila legitimirana ukazivati na nezakonitost općega akta. Tako postavljena legitimacija ne može se ocijeniti zadovoljavajućom s aspekta pravodobne zaštite prava pojedinaca. Postupak ocjene zakonitosti općeg akta Visoki upravni sud može pokrenuti i na zahtjev suda, kao i po službenoj dužnosti, na temelju obavijesti građana ili pučkog pravobranitelja.<sup>53</sup> Ako Sud utvrdi da opći akt ili njegove pojedine odredbe nisu u suglasnosti sa zakonom ili statutom, ukinut će ih.<sup>54</sup> Iako ovi postupci omogućuju uklanjanje nezakonitih propisa iz pravnog sustava, njihova je uloga tek kurativna te se time pravodobno ne osigurava kvaliteta propisa u pravnome sustavu. Konačno, oni su usmjereni jedino na uklanjanje neustavnosti i nezakonitosti, dok se drugi nomotehnički nedostaci propisa njima ne mogu korigirati.

Može se zaključiti kako se broj mehanizama u Hrvatskoj, a i njihova obvezatnost, ne čini dostatnima za unaprjeđenje kvalitete propisa upravnoga prava. Ideja *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* je dobra, no njihovo pridržavanje u praksi, posebice na područnoj (regionalnoj) i lokalnoj razini, baš kao i na razini pravnih osoba s javnim ovlastima i onih koje obavljaju javnu službu, nije redovita. S druge strane, postupak procjene učinka propisa danas prolazi tek manji broj zakona koji se donose. Obvezni oblik sadržaja prijedloga i konačnog prijedloga zakona formalno se poštuje, no obrazloženja sadržana u njima, a ponekad i ocjena stanja te procjena učinka ne zadovoljavaju niti nižu kvalitativnu ocjenu. Konačno, mehanizmi ocjene ustavnosti zakona te ustavnosti i zakonitosti propisa, kao i općih akata postoje, no prilično su spori te ne omogućuju preventivno djelovanje u smjeru unaprjeđenja kvalitete propisa upravnoga prava. Od navedenih, ostvarivanju ovoga cilja još najviše doprinosi obveza tijela državne uprave pratiti stanje u svojem resoru, odnosno voditi računa o provedbi pojedinih zakona i time utjecati na unaprjeđenje propisa, iako fokusu ovih tijela izmiču brojni propisi koji nisu doneseni na državnoj razini. Stoga, čini se kako bi najučinkovitija mjera unaprjeđenja kvalitete propisa upravnoga prava bila izgraditi sustav izrade prijedloga i donošenja propisa sukladno pravilima koja utvrđuje pravna znanost i koji se primjenjuje u nekim usporednim sustavima. Takva

---

upravnim sporovima (2010.), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49., 2/2012, str. 311 i 313.

53 Članak 3. stavak 2. te članak 83. *Zakona o upravnim sporovima*.

54 Sukladno članku 86. stavak 3. i članku 87. *Zakona o upravnim sporovima* u tom slučaju podnositelj zahtjeva za pokretanje ovoga postupka ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom javnopravnom tijelu za izmjenu pojedinačne odluke javnopravnog tijela kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes odgovarajućom primjenom odredaba o obnovi upravnog postupka u roku od tri mjeseca od dana objave presude, kojom se opći akt ili pojedine njegove odredbe ukidaju.

se pravila najčešće ne mogu utvrditi jedino smjernicama, uputama pa čak niti pravnim propisima, već ovise i o odabiru zaposlenika tijela javne uprave pri zasnivanju radnih odnosa, njihovim kvalifikacijama, ali i cjeloživotnom usavršavanju u ovome smjeru.

#### 4. TEHNIKA STVARANJA „BOLJIH PROPISA“

Znanost o zakonodavstvu, koja se još naziva legistika ili legisprudencija, u usporednim državama razvija se već nekoliko desetljeća, time nastojeći dati obol kvalitetnijem normativnom okviru u državi. Ona istražuje složen postupak izrade i donošenja općih pravnih akata radi poboljšanja normativnoga pravnog okvira.<sup>55</sup> Analizira stvaranje teksta propisa, od uočavanja potrebe za reguliranjem nekoga pravnog pitanja ili područja, pa sve do izrade prijedloga propisa koji se upućuje donositelju na daljnje postupanje. No, njezina zadaća ovdje ne prestaje, već prati i provedbu propisa u praksi, procjenjujući njegov učinak u društvu. Cilj je praćenja primjene propisa ukazati donositelju na potrebu potencijalne izmjene toga propisa, a radi uklanjanja uočenih nedostataka, čime započinje nov ciklus regulacije istoga pravnog pitanja ili područja.<sup>56</sup> U Hrvatskoj, primjerice, izučavanje ove znanosti nije predmetom znanstvene i stručne literature što bi svakako valjalo promijeniti.

Ova znanost donošenje „boljih propisa“ nastoji potaknuti inzistiranjem na kvaliteti svakoga važećega propisa u pravnom sustavu, o čemu treba voditi računa već u fazi izrade njihova prijedloga. No, sam pojam „kvalitete“ pravnoga propisa nije jednoznačno određen. Europska komisija naglašava kako se kvalitetnim treba smatrati onaj „pravni okvir koji je jednostavan, učinkovit i lako razumljiv“.<sup>57</sup> U pravnoj teoriji ističe se kako apsolutni standard kojim se kvaliteta dokazuje ipak ne postoji, jer kvaliteta propisa ovisi o njegovoj svrsi, prioritetima u društvu, polazištima dionika i sl. Stoga, pravna doktrina sugerira kako je za unaprjeđenje kvalitete pravnoga sustava u svakoj državi nužno postaviti standarde prema kojima se ona vrednuje, a koji se posebno primjenjuju na sadržajnu kvalitetu propisa i na kvalitetu postupka donošenja propisa. Sukladno tomu, kvaliteta u bitnome ovisi o postupku donošenja propisa, njegovu sadržaju i strukturi te o učincima u praksi, kao i o stupnju postizanja njegovih ciljeva.<sup>58</sup> U pravnoj teoriji kao standardi mjerenja kvalitete propisa uobičajeno se uzimaju njegova djelotvornost, učinkovitost i ekonomičnost.<sup>59</sup> Ističe se kako je propis

55 Pojam legisprudencija izveden je iz latinskih pojmova „legis/lex“ i „prudentia“ koji imaju značenje „zakon/propis“ i „znanost“, označujući na taj način znanost o zakonodavstvu ili teoriju zakonodavstva, kao novi teorijski pristup analiziranju i izučavanju zakonodavstva. Definira se kao sustavna analiza propisa u okviru pravne znanosti i filozofije, posebno prirode propisa i svrhe kojoj oni trebaju služiti. Vidi *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Thomson/West, 2004.

56 Karpen, U., op. cit., str. 152-153.

57 *European Governance: Better Lawmaking (Communication)*, COM (2002) 275 final.

58 Mousmouti upućuje na važnost zakonodavne metodologije, nomotehnike, sociologije i teorije zakonodavstva, kao i teorije pravne znanosti uopće, koje trebaju biti cijelo vrijeme primjenjivane pri izradi prijedloga propisa, ali naglašava i gospodarsku važnost propisa koja se ne smije izgubiti iz vida. Ona zaključuje kako su ovi pristupi uvjetovani, jer dobro ustrojen postupak donošenja propisa u pravilu rezultira i kvalitetnim sadržajem takvoga propisa. Mousmouti, M., op. cit., str. 192-194 i 197.

59 Ovom stavu priklonili su se Mousmouti, M., op. cit., str. 194. te van der Meulen, D. H., *The use*



djelotvoran ako se njegovom primjenom ostvaruje izvorna namjera donositelja, a radi koje je takav propis i donesen. S druge strane, propis se smatra učinkovitim ako ga se pridržava velika većina adresata. Konačno, ekonomičan je, ako se njime postiže namjera donositelja na jeftiniji način, negoli kojom drugom mjerom.<sup>60</sup> Među ovim vrijednostima autori uglavnom najvažnije mjesto pridaju djelotvornosti, ističući da je dobar propis onaj kojeg se pridržavaju adresati u društvu, slijedom čega je sposoban postići regulatornu svrhu radi koje je i donesen.<sup>61</sup>

Kako bi se unaprijedila kvaliteta propisa, a posebno kako bi propis bio djelotvoran, učinkovit i ekonomičan, državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, baš kao i pravne osobe kojima su povjerene javne ovlasti i pružatelji javnih usluga, trebali bi voditi računa o „četiri životna ciklusa svakoga propisa“ te svakome od njih posvetiti zasluženu pozornost. Prvi čini inicijativa za donošenje propisa i izrada prijedloga propisa, drugi je postupak usvajanja propisa u nadležnom tijelu, treći je njegova provedba u praksi, a četvrti ocjena kvalitete radi unaprjeđenja teksta za slučajeve buduće primjene.<sup>62</sup>

Prvi „životni ciklus“ propisa dugotrajan je i zahtjevan. Obuhvaća davanje

---

of impact assessments and the quality of legislation, *Theory and Practice of Legislation*, vol. 1., 2/2013., str. 306 te Leeuw, Frans L., Can legal research benefit from evaluation studies?, *Utrecht Law Review*, vol. 7., 1/2011, str. 53.

60 Karpen ove kriterije objašnjava na sljedećem primjeru. Obvezno korištenje sigurnosnog pojasa u cestovnom prometu teži smanjenju prometnih nesreća sa smrtnim ili ozbiljnim ozljedama kao posljedicama nesreća, tj. zaštititi života, zdravlja i imovine od posljedica izazvanih cestovnim motornim vozilima. Slijedom toga, propisivanje obveze korištenja sigurnosnog pojasa u cestovnom prometu djelotvorno je, jer prema statističkim podatcima u automobilskim nesrećama strada daleko manji broj osoba vezanih sigurnosnim pojasevima, negoli onih koje nisu bile vezane. S druge strane, u rutinskim policijskim kontrolama utvrđeno je da najveći broj putnika u cestovnim motornim vozilima koristi sigurnosni pojas, čime se zaključuje da je propis učinkovit. Konačno, zaštita života i zdravlja ljudi i očuvanje imovine koji mogu biti ugroženi cestovnim motornim vozilima, jeftinije se postiže propisivanjem obveze korištenja sigurnosnog pojasa, negoli kojom drugom mjerom, poput npr. izgradnje tehnički sigurnijih cesta ili ulaganja u željeznički umjesto cestovni promet. Karpen, U., op. cit., str. 178.

61 Djelotvornost kao obilježje pravnoga propisa koje je pretpostavka njegovu važenju isticao je još Kelsen. Vidi Kelsen, H., *Opšta teorija prava i države*, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1951., str. 127. Xanthaki smatra kako je upravo djelotvornost kriterij i konačni cilj kvalitete. Tvrdi kako je kvaliteta djelotvornost i, kao takva, univerzalni koncept isti i u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu. Zaključuje kako kvaliteta propisa „ipak nije samo utopija“. Xanthaki, H., op. cit., str. 80 i 84. Iako brojne teorije smatraju djelotvornost temeljnom pretpostavkom pravne kvalitete nekog propisa, pobornici škole prirodnog prava uopće ne obraćaju pozornost na ovaj standard, smatrajući da valjanost pravnih normi treba biti potpuno neovisna o rezultatu koji one ostvaruju u praksi. O ovome Burazin, L., *The Concept of Law and Efficacy*, *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, dostupno na: [https://www.researchgate.net/publication/317872826\\_The\\_Concept\\_of\\_Law\\_and\\_Efficacy](https://www.researchgate.net/publication/317872826_The_Concept_of_Law_and_Efficacy) (05.11.2018.). S druge strane, postoje i organizacije koje djelotvornost definiraju isključivo u ekonomskom značenju, kao što to čini Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), koja se bavi razmatranjem zakonodavstva s ciljem uspostave kompetitivnoga tržišta oslobođenog nepotrebnih regulatornih barijera te pri ocjeni djelotvornosti propisa u obzir uzima primarno gospodarske ciljeve. van der Meulen, D. H., op. cit., str. 309.

62 Karpen, U., op. cit., str. 171.

inicijative za reguliranje određenoga pravnog pitanja ili područja, analizu postojeće situacije, definiranje politika koje će se ostvariti propisom, definiranje ciljeva i instrumenata regulacije, izradu prijedloga propisa te raspravljanje toga prijedloga u nadležnim tijelima. Ako se ove zadaće kvalitetno odrade, velika je vjerojatnost kako će propis biti djelotvoran, učinkovit i ekonomičan te ga u skorije vrijeme neće trebati mijenjati. Kako su ovi poslovi stručno vrlo zahtjevni, valjalo bi ih povjeriti osobi odnosno tijelu, tzv. redaktoru, koji je posebno osposobljen obaviti ih. Ova osoba izrađujući prijedlog propisa stvara pravnu normu, nastojeći time oživotvoriti politički cilj predlagatelja propisa. Iako propis odražava volju njegova donositelja, strukturu i sadržaj propisa u pravilu određuje upravo redaktor. Njegov je zadatak nezahvalan, jer oblikujući tekst prijedloga propisa treba osigurati da se u praksi provedu sve ideje donositelja.<sup>63</sup> Ujedno, zadatak mu je predvidjeti sve potencijalne slučajeve koji se u praksi mogu dogoditi te ih propisom anticipirati. Upravo predviđanje budućih slučajeva redaktoru ukazuje treba li u neku pravnu odredbu ugraditi naredbu, zabranu, deklaraciju, uvjet ili rok te hoće li korišteni pojmovi pravilno izraziti namjeru donositelja.<sup>64</sup> Ova osoba ujedno treba pronaći, a zatim i predložiti najučinkovitiji koncept za ostvarivanje volje donositelja, koji je usklađen s drugim pravnim vrijednostima i institutima.<sup>65</sup> Međutim, izrađujući prijedlog propisa redaktor je, ujedno, u mogućnosti izravno savjetovati donositelja koje bi mjere bilo korisno unijeti u propis ili iz njega izostaviti. Stoga, ne samo da redaktor stvara prijedlog propisa, već i izravno savjetuje donositelja te u nekim slučajevima čak može ojačati njegove stavove ili ih dovesti u sumnju. U pravnoj se literaturi ističe kako redaktori ne samo da pretaču političke odluke u normativni tekst, već i preispituju takve odluke, nudeći prijedloge za njihovo poboljšanje. No, redaktor ipak ne može izmijeniti političku volju donositelja propisa, a koja je najčešće i razlogom donošenja takvoga propisa. Proaktivnom ulogom ne samo u izradi prijedloga, već i u postupku njegova donošenja, redaktor ima snažan utjecaj na osnaženje vladavine prava te je najčešće upravo zaslužan za nastanak jasnog, preciznog, nedvosmislenog, razumljivog i predvidljivog propisa.<sup>66</sup>

Redaktori su obično zaposlenici izvršnih tijela, koja u pravilu raspolažu i normativnom inicijativom. Stoga je iznimno važno u ovim tijelima imati zaposlene stručnjake posebno osposobljene za izradu prijedloga pravnih propisa. Takve osobe nužno trebaju raspolagati znanjima, vještinama i kompetencijama za obavljanje ove vrlo zahtjevne zadaće. U pravnoj literaturi ističe se kako one moraju udovoljavati svojevrsnim „subjektivnim pretpostavkama“, a u koje se ubrajaju pravna svijest i znanje te vještina pripremanja prijedloga propisa i svih popratnih materijala nužnih za razumijevanje ciljeva propisa. Kako bi bio u stanju sastaviti kvalitetan prijedlog

63 Stoga Cormacain naglašava kako se redaktora još treba smatrati i „prevoditeljem politike u propis“. Cormacain, R., *Legislation, legislative drafting and the rule of law, Theory and practice of legislation*, vol. 5., 2/2017, str. 130.

64 Kirk, M. B., *Legal Drafting: some elements of technique, Texas Tech Law Review*, vol. 4., 2/1973/1974 str. 301 te Kirk, M. B., *Legal Drafting: curing unexpressive language, Texas Tech Law Review*, vol. 3., 1/1971/1972, str. 54.

65 Dickerson, R., *The Fundamentals of Legal Drafting*, Little Brown, Boston, 1965., str. 7.

66 Vidi Cormacain, R., op. cit., str. 130-132.

pravnoga propisa redaktor mora imati široko opće obrazovanje koje je nužno, jer pravna pravila uređuju različita područja društvenoga života i različite odnose među subjektima. Ono se, primjerice, odnosi na sociološka, ekonomska, filozofska, psihološka, logička znanja, ali i na kulturu i povijest, a katkad i neka znanja iz područja prirodnih i tehničkih znanosti. Pored općega obrazovanja redaktor mora imati visoko pravno obrazovanje. Kako bi propisi bili društveno prihvatljivi i kako bi se mogli uklopiti u postojeći pravni sustav, on mora iznimno dobro poznavati temelje i načela pravnoga i političkoga uređenja. U tom smislu mora poznavati ustavnu materiju, sve grane materijalnog prava, a posebno granu u kojoj se pravni propis donosi, baš kao i pravila postupovne prirode, poznavati međusobne odnose u strukturi pravnih propisa i zahtjeve njihove usklađenosti. Ujedno, treba biti dobro upoznat s pravilima logike o pojmovima, sudovima i zaključcima, treba poznavati pravnu terminologiju, znanstvenu i stručnu pravnu literaturu, jednako kao i pravnu praksu.<sup>67</sup> Uz ova pravna znanja, dobro mora poznavati i načela nomotehnike, jer se ona primjenjuju pri izradi svih pravnih propisa. Vještine redaktora u prvom redu odnose se na njegovu sposobnost jezičnoga izražavanja, tj. dobro poznavanje jezika i pravopisa. Kako je teško očekivati da redaktor, pored vrsnoga pravnog znanja raspolaže i visokom razinom poznavanja jezika i pravopisa, korisno je da prijedlog propisa pregledaju jezični stručnjaci te ga uredi, obvezatno u suradnji s redaktorom, kako mu ne bi izmijenili smisao.<sup>68</sup>

Nestručno kreiranje propisa, kao i kreiranje propisa „po logici zdravog razuma“ neizbježno vodi do pretjeranoga opsega propisa, pravnih praznina, izmjena i dopuna propisa, neuvjerljivih obvezatnih tumačenja i svega onoga što u primjenu propisa unosi dvojbe, a u pravni sustav nesigurnost. Pritom, rezultat takve normativne aktivnosti nije „optimalno sredstvo za ostvarivanje društvenih ciljeva“. Kako se pravnim propisima ostvaruju glavni ciljevi društvene politike, nestručna izrada prijedloga propisa onemogućuje čak i najbolje političke zamisli te oslabljuje pravni poredak, a što onda rezultira teškoćama u životu građana i poduzetnika.<sup>69</sup> Stoga je zadaća svake države posebno voditi računa o stručnosti redaktora propisa na svim razinama reguliranja. Nikako se ne smije smetnuti s uma nužnost cjeloživotnog usavršavanja njihovih znanja, vještina i kompetencija, kako bi mogli odgovoriti novim društvenim zbivanjima koja su u posljednje vrijeme sve dinamičnija i složenija. Usavršavanje nomotehničkih znanja i vještina uključuje rad na izradi prijedloga propisa, kritičko iščitavanje izabranih pravnih izvora, raspravu o kvaliteti ovih tekstova, izučavanje određenih pravnoteorijskih spoznaja o stvaranju propisa te simuliranje, propitivanje

67 Samuels ističe kako redaktor i sve ostale osobe koje sudjeluju u izradi prijedloga propisa, kao i oni koji takav propis usvajaju, trebaju razvijati specijalistička znanja u posebnim područjima prava. Samuels, A., *Improving the Quality of Legislation*, *Anglo-American Law Review*, vol. 3., 4/1974, str. 542.

68 O svemu ovome Vuković, M., Vuković, Đ., *Znanost o izradi pravnih propisa – nomotehnika*, Zagreb, Informator, 1997., str. 112-113. i Borković, I., *Nomotehnika*, Split, Pravni fakultet u Osijeku, Pravni fakultet u Splitu, 1996., str. 59-61. Na važnost jezičnih stručnjaka pri izradi prijedloga propisa ukazuje i Pennisi, ističući kako kvalitetan propis ne može biti izrađen bez pomoći lingvistike. Pennisi, G. A., *Legislative Drafting and Language: Legal Language in Context*, *Statute Law Review*, vol. 37., 2/2016, str. 98.

69 Vuković, M., Vuković, Đ., op. cit., str. 8.

i kritički osvrt na pravne, gospodarske, društvene i druge odnose koji se ustanovljuju u zajednici.<sup>70</sup>

U postupku donošenja propisa prvi korak svakako čini davanje inicijative za njegovo donošenje. Iako, tehnički gledajući, inicijativu najčešće daju službenici koji prate stanje u nekom upravnom području ili službenici koji neposredno primjenjuju propis, odluka u pristupanju izradi novoga propisa ili izmjeni postojećega uvijek je političke naravi. Donošenje takve političke odluke uvelike ovisi o analizi postojeće pravne i društvene situacije. Stoga je davanje inicijative za donošenje ili izmjenu propisa usko povezano s analizom stanja u pojedinom upravnom području te je ona nužna pretpostavka donošenja takve odluke.<sup>71</sup> Analiza postojeće situacije treba se temeljiti na utvrđenim činjenicama relevantnim za donošenje zaključka o trenutnoj društvenoj situaciji, pravnom uređenju i njegovim nedostacima, a koji su ujedno osnova za donošenje zaključka treba li uopće u konkretnom slučaju pristupiti donošenju propisa kako bi se riješio društveni problem. Takvom analizom ponekad se zaključi kako se uočeni problem može riješiti i nenormativnim putem ili, primjerice, dosljednijom primjenom instrumenata koja tijelima javne uprave već stoje na raspolaganju, jer postoje drugi, pogodniji instrumenti za njegovo rješavanje.<sup>72</sup> Veća je vjerojatnost prepoznavanja potrebe reguliranja nekog pitanja ili područja, ako je inicijativa za donošenje ili izmjenu propisa popraćena detaljnom snimkom stanja s istaknutim neželjenim učincima koje takvo stanje ima u praksi, a što znatno ubrzava cjelokupan postupak donošenja propisa.

Ako analizom postojećega stanja donositelj prihvati inicijativu za donošenjem ili izmjenom nekoga propisa, najprije je potrebno definirati politike koje će se propisom ostvariti te ciljeve i instrumente regulacije. Politika podrazumijeva jasnu viziju donositelja što se propisom želi postići i jasnu projekciju društvene situacije koja se želi ostvariti. Definiranje politike obuhvaća razmatranje potencijalno mogućih modela rješavanja aktualnoga društvenog problema normativnim putem te njihovo uspoređivanje i vrednovanje, kako bi se zaključilo koja mjera jamči postizanje najboljega rezultata u praksi. Pritom je bitno voditi računa da su ciljevi koji se žele ostvariti jasni i izvedivi te da nisu ni preširoki niti preuski. Ujedno, računa treba voditi da tako utvrđena politika ne dovede do anomalije – stanja u društvu u kojem se neke

70 Cook, R. N., *The Teaching of Legal Drafting*, *Western Reserve Law Review*, vol. 4., 4/1953, str. 314. Kirk naglašava kako je unaprjeđivanje znanja i vještina osobna zadaća, ali i profesionalna odgovornost svakoga redaktora propisa. On ujedno ističe kako je vještina izrade propisa individualni talent, ali koji permanentno treba unaprjeđivati. Kirk, M. B., *Legal Drafting: curing*, cit., str. 24 i 54.

71 Donošenje ili izmjena propisa bez detaljne analize stanja u pravilu prijeti propuštanjem reguliranja nekih važnih problema koji se javljaju u praksi, pogrešnim odabirom metoda za postizanje svrhe te samo fragmentarnim reguliranjem određenoga pravnoga pitanja ili područja.

72 Takav zaključak smatra se pravno opravdanim, jer se normativni okvir u državi ne povećava, a društveni problem razrješava. Vidi van Aeken, K., op. cit., str. 45. Tako primjerice donositelj može posegnuti za poticanjem ili osuđivanjem nekih postupanja putem mehanizama civilnoga društva i sl. U praksi se često priskače donošenju novoga propisa kada se uoči kako adresati ne postupaju prema važećem propisu, umjesto da se primijene mjere njegove prinudne provedbe. Takvo postupanje ni u kom slučaju ne može se smatrati opravdanim.

norme prestaju primjenjivati, jer njihovo kršenje prolazi nekažnjeno.<sup>73</sup> Takvi slučajevi dovode do gubitka povjerenja građana u pravni sustav te do poticanja nepoštivanja prava, a što ima odraz na svijest cijele zajednice. Definiranje politike često zahtijeva koordinaciju s drugim tijelima i resorima, baš kao i predstavnicima adresata propisa. Dobro iskomunicirana politika u ovoj fazi postupka može bitno utjecati na usvajanje, ali i provedbu propisa.

Nakon donošenja politike slijedi faza određivanja opsega normiranja određenoga pravnog instituta ili određenoga pravnog područja. Ovdje treba voditi računa o tomu jesu li institut, odnosno, područje već normirani ili nisu te treba li ih normirati u cijelosti ili djelomično. Ujedno, potrebno je odlučiti i o vrsti propisa kojim se normiranje planira provesti, tj. o hijerarhijskoj razini toga propisa te korelaciji s drugim važećim propisima u pravnome sustavu. U ovoj fazi definiraju se potencijalni adresati, tijela nadležna provoditi propis, mjere koje ovim tijelima stoje na raspolaganju u svrhu provedbe, potencijalne sankcije i mehanizmi zaštite prava pojedinaca i druga konceptualna pitanja propisa. Također je važno odmah odlučiti hoće li se propis provoditi uz određene provedbene akte, kao što su npr. pravilnici, poslovnici i drugi opći akti ili oni nisu potrebni za provedbu određenoga propisa, a kako bi se moglo isplanirati osnove i rokove njihova donošenja.<sup>74</sup>

Po definiranju politike te najvažnijih ciljeva i instrumenata regulacije izrada prijedloga propisa povjerava se redктору. Redaktor može biti pojedinac, no u slučaju izrade prijedloga zakona, najčešće se formiraju kolegijalna tijela, tzv. stručne radne skupine. U Hrvatskoj takva tijela opravdano uključuju predstavnike donositelja, predstavnike civilnoga društva i akademske zajednice. Zadaća je kolegijalnih tijela, detaljno raspraviti mjere za ostvarivanje politika, a u okviru definiranih ciljeva i instrumenata regulacije. Takva tijela u funkciji redaktora najčešće i operativno izrađuju prijedlog propisa. Prvi prijedlog propisa usmjeren je na uspostavu strukture i osnovnih rješenja koja propis treba sadržavati. On je osnova za rad na sljedećoj fazi normiranja, a koja smjera razradi teksta propisa te njegovu sadržajnom i jezičnom dotjerivanju. Ova faza obično uzima najviše vremena te traje sve dok redaktor tekstom propisa nije u potpunosti zadovoljan. Konačno, u posljednjoj fazi izrade prijedloga propisa pristupa se pronalaženju pravnih praznina, nedorečenosti i drugih nejasnoća u tekstu propisa, a koji se istodobno ispravljaju. Tako dotjeran tekst prijedloga upućuje se donositelju propisa na daljnje postupanje.<sup>75</sup>

Prva zadaća redaktora jest utvrditi obuhvat društvenih odnosa koji su predmet regulacije propisa prijedlog kojega izrađuje, tj. sva pitanja koja njime trebaju biti uređena. Vodeći računa o ovom zahtjevu izbjegavaju se posljedice nepotpunoga normiranja, pravne praznine te nužnost preuranjenih izmjena i dopuna toga propisa.<sup>76</sup> Propisi se donose jedino u slučaju promjene stava u zajednici prema onome što

73 Primjer takve pojave jest toleriranje nezakonite gradnje, zbog čega ona poprima razmjere koji priječe državu da novčanim kaznama i nalaganjem rušenja bespravno sagrađenih objekata uspostavi zakonito stanje.

74 O ovome vidi Karpen, U., op. cit., str. 174-175. i Mousmouti, M., op. cit., str. 205.

75 Swisher, P. N., *Techniques of legal drafting: a survival manual, University of Richmond Law Review*, vol. 15., 4/1981, str. 879-881.

76 Borković, I., *Nomotehnika*, cit., str. 70.

se događa. Ako se nešto događa samo po sebi, takvo što nije potrebno regulirati. Predmetom regulacije su upravo pojave koje se inače ne događaju, a donositelj želi da nastanu ili pojave koje izazivaju štetu u zajednici pa donositelj želi isključiti njihovo nastupanje. Zajednica vrlo često tek kroz štetu i posljedicu nepostojanja nekoga pravila otkriva potrebu za pravom, a koje će biti uobličeno propisom.<sup>77</sup>

U izradi prijedloga propisa redaktor vjerno treba slijediti pravila nomotehnike, kao znanstvene discipline koja analizira i uspostavlja načela izrade pravnih pravila, upućujući redaktora u tehniku normiranja, način izražavanja sadržaja pravne odredbe, korištenje pojmova u izradi pravnih propisa, logiku u oblikovanju propisa i sl.<sup>78</sup> Ona je razvila četiri opća načela koja se trebaju primjenjivati pri izradi svakoga propisa: načelo ukupnosti sadržaja pravnog propisa, načelo jasnoće, kvalitete i kvantitete stila pravnog propisa, načelo odnosa jezičnih izraza i logičkog smisla pravnog propisa te načelo utvrđivanja i izražavanja egzistencijske i sadržajne ovisnosti nižeg propisa o višem.<sup>79</sup>

Cilj je nomotehnike izraditi razumljiv, pravno određen i nedvosmislen propis.<sup>80</sup> Razumljivosti propisa svakako doprinosi jezik koji se u njemu koristi. Takav jezik mora biti jasan, precizan i u funkciji propisa. Jasnoća stila pravnoga propisa zahtijeva da se misao redaktora stilski izrazi tako da osoba koja propis treba primijeniti niti jednoga trenutka ne sumnja u ono što je donositelj želio propisati.<sup>81</sup> Pri izradi pravnih propisa treba se koristiti posebnim stilom, jezikom i pojmovima. Treba težiti upotrebi uobičajenih izraza, tj. izraza razumljivih širokom krugu osoba. Pri izradi propisa preporučljivo je, upravo zbog njihove preciznosti, koristiti pravne pojmove. Treba izbjegavati izraze koji su s vremenom promijenili značenje, zastarjele izraze i izraze koji se više ne upotrebljavaju. Na najmanju moguću mjeru treba svesti i upotrebu difuznih izraza, tj. izraza kojima se ne može precizno odrediti pravo značenje.<sup>82</sup> Preporučljivo je u propis uključiti i potrebne definicije kako bi se što više olakšalo razumijevanje. Definicije moraju biti pozitivne, a dvostruke negacije svakako treba izbjeci. Važno je pojmovima i frazema uvijek dati isto značenje i to ne samo u propisu, već i u svim povezanim normativnim tekstovima.<sup>83</sup>

Međutim, u pravnoj se literaturi ističe kako razumljivost propisa nije univerzalna

77 O ovome vidi Kregar, J., *Legitimnost prava*, *Studia lexicographica*, god. 5., 1/2011, str. 23.

78 Borković, I., *Nomotehnika*, op. cit., str. 8.

79 O ovim načelima više vidi u: Đerđa, D., Antić, T., op. cit., str. 100-102. Livaja i Milotić naglašavaju kako se normiranjem neizostavno još moraju afirmirati načela ustavnosti i zakonitosti, ali i druga načela, kao što su načelo javnosti i dostupnosti propisa, načelo jasnoće normativnoga jezika i stila, načelo dosljednosti normiranja te načelo povezivanja i usklađenosti pravnoga poretka. Livaja, A., Milotić, I., op. cit., str. 71.

80 U pravnoj literaturi ističe se kako nerazumljiv propis „nije podoban biti propisom“. Henle, R., op. cit., str. 58.

81 Vidi Cory R. L., *Textualism and the presumption of reasonable drafting*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 38., 2/2014, str. 727. Pravni praktičari nekoj odredbi nerijetko nastoje dati značenje ovisno o interesu koji temeljem takve odredbe žele ostvariti, a što bi redaktor svakako trebao nastojati izbjeći primjenom pravila nomotehnike pri formuliranju odredbi nekog propisa. Kirk, M. B., *Legal Drafting: some, cit.*, str. 299-300.

82 Borković, I., *Nomotehnika*, cit., str. 66-67 te Livaja, A., Milotić, I., op. cit., str. 36.

83 Samuels, A., op. cit., str. 539.

kategorija, već treba ponajprije biti prilagođena adresatima propisa i tijelima koja ga primjenjuju.<sup>84</sup> Postoje propisi koji moraju biti dostupni i razumljivi svim osobama, kao što je *Zakon o komunalnom gospodarstvu* ili *Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira*, a koji se odnose na sve građane. S druge strane, propisi o granicama onečišćenja zraka, imisijama buke, štetnim materijalima, zaštiti od ionizirajućeg zračenja mogu biti oblikovani i stručnim jezikom, a često su popraćeni matricama, grafikonima, formulama i planovima.<sup>85</sup> Iz takvoga pristupa jasno proizlazi kako nije uvijek nužno zamijeniti neku složenu riječ ili frazu jednostavnim jezikom, jer se time može dovesti u pitanje njezino razumijevanje. Stoga je u brojnim slučajevima u propisu bolje koristiti stručni pojam, posebno ako je konkretan propis namijenjen stručnjacima u određenom području, kao što su npr. arhitekti ili liječnici. Mijenjanje izričaja pojma može dovesti do narušavanja djelotvornosti propisa, a zbog njegova težega razumijevanja.<sup>86</sup> Iako, sukladno ovim stajalištima jasnoća neke odredbe pa i cijeloga propisa može varirati, ipak postoji minimalni stupanj jasnoće koji treba biti postignut radi kvalitete propisa uopće, a koji se ogleda u ravnoteži „pravnosti“ i „jednostavnosti“.<sup>87</sup>

Pri donošenju propisa ne pokazuje se dostatnom pozornost posvetiti samo mototehničkim pitanjima, kao što su struktura propisa, stil izražavanja, jasnoća jezika i sl., već ju treba usmjeriti i na njegov sadržaj. Sadržaj propisa trebao bi biti odraz pravičnih odnosa u društvu, tj. trebao bi imati moralnu dimenziju. Moral, kao unutrašnje, socijalizacijom internalizirano pravilo ne može se odvojiti od pravnoga sustava, kao elementa vanjskoga prinudnog poretka, jer on čini kvalitativni sustav vrijednosti u ljudskome društvu, kojim se prosuđuje „što je dobro, a što loše“, tj. „idealni skup pravila koja u određenim situacijama poštuju svi razumni ljudi“. Moral i pravo služe istome cilju, očuvanju sigurnosti i pravednosti u društvu. Stoga bi pravo u zajednici trebalo biti predodređeno moralnim vrijednostima te zajednice.<sup>88</sup>

84 Cook, R. N., op. cit., str. 301.

85 Karpen, U., op. cit., str. 184-185.

86 Xanthaki navodi kako će redaktor u slučaju da mora birati između jasnoće i preciznosti izraza morati posegnuti za onim koji bolje služi djelotvornosti propisa. U izboru vrijednosti iste hijerarhijske razine redaktor treba dati prednost svojem subjektivnom stavu, koji mora biti zasnovan na djelotvornosti kao prevladavajućem kriteriju u odabiru. Xanthaki, H., op. cit., str. 79.

87 Kirk smatra kako je važno prikloniti se jednostavnosti, jer su adresati propisa u pravilu nepravnici, pa propis načinom izrade ne smije biti više „pravni“ negoli je to nužno. Vidi Kirk, U., *Legal Drafting: curing*, op. cit., str. 52-53. Pobornici „jednostavnosti“ propisa ujedno ističu kako korištenje jednostavnoga jezika može pomoći pojednostavljenju složenosti nekih instituta, kao i da „jednostavni“ propisi rjeđe rezultiraju sporovima. Vidi Watson-Brown, A., *In Search of Plain English—The Holy Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting*, *Statute Law Review*, vol. 33., 1/2012, str. 9 i 11 te Allen, L. E., *Symbolic logic: a razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents*, *The Yale Law Journal*, vol. 66., 6/1957, str. 855. Drugi ističu kako iz razloga jer je propis primarno usmjeren na tijela koja ga primjenjuju i njegove adresate, treba biti razumljiv u prvome redu njima pa makar i ako je izrazima i sintaksom nejasan širem krugu osoba. Ujedno, naglašavaju kako je iznimno teško složene pravne odnose regulirati na jednostavan način. Driedger, E. A., *Public Administrators and Legislation*, *Canadian Public Administration*, vol. 1., 2/1958, str. 14 i 19.

88 Kizza, J. M., *Ethical and Social Issues in the Information Age*, Berlin, Heidelberg, Springer,

Propuštanje da se pravo zasnuje na moralnim vrijednostima dovodi do shvaćanja propisa normativno neracionalnim, a slijedom toga i do gubitka legitimnosti takvoga propisa.<sup>89</sup>

Pri stvaranju sadržaja propisa treba poći od svrhe koja se njime želi ostvariti, a zatim spriječiti svaku moguću zlouporabu instituta koji se propisuje, ali uz što manje ograničenja koja bi teretila pojedince. Pritom je radi izbjegavanja upotrebe pogrešnih pravnih mehanizama, korisno primijeniti iskustva koja su rezultat primjene usporednih instituta u pravnome sustavu ili iskustva iz usporednoga prava. Ne smije se smetnuti s uma niti učinak propisa na financijska pitanja, a koja izravno ili neizravno mogu pogađati građane, poduzetnike, ali i osobe javnoga prava. Pri oblikovanju sadržaja propisa, konačno, treba voditi računa i o usklađenosti tog propisa s drugim propisima u pravnome sustavu, posebno u odnosu na sadržajna određenja hijerarhijski viših pravnih propisa. Sadržajni odnos nižeg propisa o višem znači da sadržaj nižeg propisa mora obuhvatiti samo one odnose koje predviđa viši propis i kako to predviđa viši propis. Pritom treba još voditi računa da je sadržaj nižeg propisa u potpunosti usklađen sa sadržajem višega, tj. da nije u suprotnosti s njime. Propis treba biti usklađen ne samo sa zakonima, već i s ustavnim vrijednostima te međunarodno preuzetim obvezama države, ali i s nekodificiranim društvenim vrijednostima i pravnom kulturom, kao izvornim vrijednostima stvaranja prava u nekoj zajednici.<sup>90</sup>

Vrlo je korisno, a u nekim slučajevima i obvezatno, da prijedlog propisa sadrži obrazloženje razloga za njegovo donošenje, objašnjenje svrhe pojedine odredbe te njezinog učinka na druge odredbe toga, ali i drugih propisa u pravnome sustavu te procjenu učinka propisa na društvo u cjelini. Tijekom izrade prijedloga propisa u mnogim se državama za pojedine vrste općih akata provodi i prethodna procjena učinka, radi usuglašavanja propisa s postojećim normativnim standardima i postupovnim načelima te kako bi se ispitali svi predvidivi učinci planiranih normativnih intervencija.<sup>91</sup> Prethodnu procjenu učinka propisa u pravilu obavlja tijelo kojem je povjerena izrada prijedloga propisa, no u nekim slučajevima može ju obaviti i neko vanjsko ili neovisno tijelo. Procjena učinka zakona zadaća je svih parlamentarnih tijela, uključujući i osobe koje se bave znanstveno-stručnim radom u parlamentu.<sup>92</sup>

Prijedlog propisa, odnosno konačni prijedlog propisa u pravilu se zatim raspravlja s vanjskim dionicima relevantnim za primjenu propisa, odnosno predstavnicima adresata takvoga propisa. Ova dvosmjerna komunikacija može uključivati i javno savjetovanje, pri čemu je otvorena svim zainteresiranim osobama. Važno je pri izradi prijedloga propisa uzeti u obzir primjedbe stručnjaka i vanjskih dionika, jer unatoč potrebnim kvalifikacijama redaktora, može se dogoditi da mu koji važan segment

---

2010., str. 17 i 26.

89 Cormacain ističe kako je pravo institucijski način da se u zajednici odraze moralni izbori za koje se društvo opredijelilo. Cormacain, R., op. cit., str. 124. O odnosu prava i morala više vidi u: Bickenbach, J. E., *Law and Morality, Law and Philosophy*, vol. 8., 3/1989, str. 291-300.

90 Vidi Borković, I., *Nomotehnika*, cit., str. 70.

91 Ova je procjena pretpostavka ili nužan element u donošenju svih ili barem većine novih propisa u mnogim europskim državama, ali i u Sjedinjenim Američkim Državama, Kanadi itd. Mousmouti, M., op. cit., str. 199.

92 Karpen, U., op. cit., str. 156-180.



normiranja promakne ili da kojom odredbom povrijedi nečija prava. Konačno, propis se upućuje donositelju na raspravu i usvajanje. U slučaju usvajanja prijedloga propisa u predstavničkom tijelu, ovaj postupak uključuje stavljanje amandmana na predložene odredbe. Usvajanje propisa, kao i predloženih amandmana izmiče pravnoj i ulazi u političku sferu nastanka propisa. Stoga, u toj fazi redaktor može utjecati na svijest donositelja o potrebi usvajanja propisa s predloženim sadržajem jedino snagom svojih argumenata. Usvojeni propis objavljuje se sukladno pravilima o objavi pojedine vrste općega akta, a slijedom čega stupa na snagu.<sup>93</sup>

Konačno, legistika sugerira kako je korisno pratiti provedbu propisa u praksi, a radi ispravljanja neželjenih učinaka koje njegova provedba može imati u zajednici. Ovaj se postupak još naziva i „naknadna procjena učinka propisa“. Zadaća mu je “otkriti stvarni učinak propisa u društvu” i time ukazati na njegove mane te eventualno dovesti do izmjene ili njegova ukidanja.<sup>94</sup> Hoće li se ovaj postupak provoditi nerijetko je stvar tijela koje ga primjenjuje ili po njemu postupa. Na manjkavosti propisa, kao, primjerice, i na visoke troškove koji su potrebni za njegovu provedbu često će ukazivati pojedinci koji sukladno tim propisima postupaju, javnopravna tijela koja ih provode, ali i mediji.<sup>95</sup> Naknadno praćenje procjene učinka propisa prilično je složeno te zahtijeva dosljedno i sustavno prikupljanje podataka i njihovu analizu, koju u većini slučajeva obavlja vlada ili nadležno državno tijelo. Najčešći alati za mjerenje učinkovitosti propisa uključuju postzakonodavno praćenje i izvješćivanje o procjeni učinka propisa ili evaluaciju koju provodi neko neovisno tijelo. Iako se naknadna procjena učinka propisa često smatra nužnom, ona se, nažalost, rijetko provodi sustavno.<sup>96</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Izgraditi pravni sustav s manje propisa, a koji su razumljivi, pravno određeni i nedvosmisleni te koji odražavaju pravične odnose u društvu trebao bi biti cilj svake države. Međutim, taj se cilj svakim danom čini sve nedostižnijim, jer je normativna djelatnost intenzivnija nego ikada. Ne samo da se normiraju nova pravna područja, već se i sve detaljnije propisuju standardi postupanja i ostvarivanja prava i nametanja obveza. Također, u zajednici se javlja sve više subjekata koji raspoložu stanovitim normativnim ovlastima, kao što su jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javnu ovlast i koje obavljaju javnu službu. Sve ovo za posljedicu ima povećanje broja pravnih propisa te suprotnosti koje se među

93 Iako se propisi redovito objavljuju u službenim glasilima, neki, posebno, tzv. samoupravni propisi pravnih osoba s javnim ovlastima, odnosno pravnih osoba koje obavljaju javnu službu često nisu dostatno dostupni svojim adresatima. Ovo je u Hrvatskoj posebno slučaj s nekim aktima kao što su pravilnici o sistematizaciji radnih mjesta i sl.

94 Vidi van Aeken, K., op. cit., str. 45. te Mousmouti, op. cit., str. 199.

95 Karpen, U., op. cit., str. 156-180.

96 Tek nekoliko zemalja, poput Švicarske i Njemačke, imaju razrađen formalni sustav vrednovanja i izmjene zakona. Druge, poput npr. Francuske, usredotočile su se uglavnom na ocjenu politika, a ne na procjenu učinka zakona. U Ujedinjenom Kraljevstvu nadzor kvalitete donesenih zakona nesustavan je i s mnogo praznina. Mousmouti, M., op. cit., str. 199-200.

nekima od njih mogu javiti, nepotrebno propisivanje prava i obveza koja već proizlaze iz logičkog tumačenja nekoga propisa, uključivanje u pravni sustav velikoga broja instruktivnih normi, propisa koji propisuju postupanja koja se odvijaju i bez posebne regulacije, korištenje različitih pojmova u svrhu označavanja istoga pravnog instituta i sl. Ovo dovodi do znatnoga pada kvalitete pravnoga sustava u cjelini, zbog čega on postaje otežan za primjenu, gubi na predvidivosti, ne doprinosi pravnoj sigurnosti, već vodi k narušavanju vladavine prava, kao posebne vrijednosti inkorporirane u svaku društvenu zajednicu.

Nesporno je kako države posežu za najraznovrsnijim mjerama, a kako bi unaprijedile kvalitetu svojega pravnog sustava. Neke od tih mjera usmjerene su upravo ostvarivanju ovoga cilja, npr. donošenje posebnih smjernica za izradu pravnih propisa, koje obvezuju parlamentarna, ali i druga tijela koja donose provedbene i druge opće akte. Takva mjera svakako je i procjena učinka propisa, koja bi trebala doprinijeti projekciji njegovih učinaka na društvo prije negoli on stupi na snagu i time isključiti potencijalne negativne učinke koje može imati. Radi boljega razmatranja odabranih rješenja, propisuje se i obveza detaljnog obrazlaganja normativnoga dijela propisa, ali i razloga za njegovo donošenje, već u vrijeme izrade prvoga prijedloga toga propisa. Konačno, za unaprjeđenje kvalitete propisa koriste se i druge mjere, poput praćenja stanja u pojedinom resoru i primjene propisa od središnjih tijela državne uprave, a koja onda predlažu otklanjanje nedostataka u društvu koji proizlaze iz primjene propisa. Ovdje, valja spomenuti i institut ocjene ustavnosti zakona te ocjene ustavnosti i zakonitosti propisa i drugih općih akata, a kojima se iz pravnoga sustava mogu ukloniti sadržajno neustavni i nezakoniti propisi.

Potencijalni izlaz iz ove situacije nudi znanost o zakonodavstvu, koja se još naziva i legistika ili legisprudencija. Nažalost, ona do sada nije prepoznata u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj literaturi. Međutim, neke postavke ove znanosti, ipak se primjenjuju u odgovarajućim mehanizmima izrade propisa. Ona zahtijeva posebnu obučenosť redaktora prijedloga posebnim znanjima, vještinama i kompetencijama propisa za obavljanje ove važne zadaće, a koje treba kontinuirano usavršavati. Ujedno razlikuje četiri „životna ciklusa“ svakoga propisa. Prvi se odnosi na nastanak takvoga propisa u tijelu predlagatelja. Obuhvaća davanje inicijative za normiranje nekoga pravnog pitanja ili područja, analizu postojeće društvene i pravne situacije, definiranje politika koje se propisom namjeravaju ostvariti te postavljanje temeljnih konceptualnih elemenata propisa. Ovaj ciklus obuhvaća i izradu prijedloga propisa u skladu s pravilima nomotehnike, uz vođenje računa o njegovu sadržaju koji mora odražavati vrijednosti usvojene u tom društvu te biti usklađen s drugim pravnim pravilima, posebno onima više hijerarhijske razine. Izrada prijedloga propisa obuhvaća i procjenu njegova učinka te postupak savjetovanja s javnosti i raspravljanja ovoga prijedloga s drugim kompetentnim dionicima javnoga i privatnog prava. Drugi ciklus obuhvaća usvajanje takvoga propisa od donositelja, a koji postupak u pravilu uključuje raspravu, stavljanje amandmana te glasovanje. Kako je ovaj ciklus više političke negoli pravne prirode, nerijetko struka ovdje uzmiče pred interesom. Treći je ciklus provedba propisa u praksi te se na njega nadovezuje i četvrti, praćenje učinaka koje propis ostvaruje te ocjenu njihove poželjnosti. Ovo se čini radi donošenja odluke je li propis postigao cilj koji mu je donositelj namijenio ili ga valja izmijeniti kako bi

se željeni cilj ostvario, u kojem se slučaju daje inicijativa za njegovu izmjenu.

Insistiranje na ovako razrađenoj tehnici donošenja propisa te kompetentnim redaktorima doprinijelo bi kvantitativno manjem te kvalitetnijem pravnome sustavu, a veći dio kojega čine propisi upravnoga prava. Time bi službenicima u javnopravnim tijelima obavljanje poslova postalo jednostavnije, prava i pravni interesi građana bili bi bolje zaštićeni, pravni sustav predvidiv, a pravna sigurnost i vladavina prava ojačani.

#### LITERATURA

1. Aeken van, Koen, From vision to reality: ex post evaluation of legislation, *Legisprudence*, vol. 5., 1/2011, str. 41-68.
2. Allen, Layman E., Symbolic logic: a razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents, *The Yale Law Journal*, vol. 66., 6/1957, str. 833-879.
3. Banić, Slavica, Perspektive procjene učinaka propisa u hrvatskom sustavu državne uprave, *Hrvatska javna uprava*, god. 9., 4/2009, str. 949-964.
4. Banić, Slavica, Procjena učinka kao sredstvo poboljšanja kvalitete propisa i boljeg upravljanja, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., 4/2006, str. 7-18.
5. Bickenbach, Jerome E., Law and Morality, *Law and Philosophy*, vol. 8., 3/1989, str. 291-300.
6. *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Thomson/West, 2004.
7. Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Split, Pravni fakultet u Osijeku, Pravni fakultet u Splitu, 1996.
8. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002.
9. Burazin, Luka, The Concept of Law and Efficacy, *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, dostupno na: [https://www.researchgate.net/publication/317872826\\_The\\_Concept\\_of\\_Law\\_and\\_Efficacy](https://www.researchgate.net/publication/317872826_The_Concept_of_Law_and_Efficacy) (05.11.2018.)
10. Cook, Robert N., The Teaching of Legal Drafting, *Western Reserve Law Review*, vol. 4., 4/1953., str. 299-317.
11. Cormacain, Ronan, Legislation, legislative drafting and the rule of law, *Theory and practice of legislation*, vol. 5., 2/2017., str. 115-135.
12. Cory R. Liu, Textualism and the presumption of reasonable drafting, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 38., 2/2014., str. 711-727.
13. Dickerson, Reed, *The Fundamentals of Legal Drafting*, Boston, Little Brown, 1965.
14. Driedger, Elmer A., Public Administrators and Legislation, *Canadian Public Administration*, vol. 1., 2/1958, str. 14-26.
15. Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Inženjerski biro, 2010.
16. Đerđa, Dario, *Upravnopравни aspekti koncesija, doktorska disertacija*, Split, Sveučilište u Splitu, 2005.
17. Đerđa, Dario, Antić, Teodor, Izrada pravnih propisa u Hrvatskoj – studija slučaja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 38., 1/2017, str. 93-130.
18. Henle, Robert, Principles of Legality: Qualities of Law - Lon Fuller, St. Thomas Aquinas, St. Isidore of Seville, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 39., 1/1994, str. 47-70.
19. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, knj. 1., Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983.,
20. Karpen, Ulrich, Comparative law: perspectives of legislation, *Legisprudence*, vol. 6., 2/2012, str. 149-189.
21. Kelsen, Hans, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1951.
22. Kirk, Maurice B., Legal Drafting: curing unexpressive language, *Texas Tech Law Review*, vol. 3., 1/1971/1972, str. 23-54.

23. Kirk, Maurice B., Legal Drafting: some elements of technique, *Texas Tech Law Review*, vol. 4., 2/1973/1974, str. 297-316.
24. Kizza, Joseph M., *Ethical and Social Issues in the Information Age*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2010.
25. Krbek, Ivo, Upravni akt, *Hrestomatija upravnog prava*, Zagreb, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2003.
26. Kregar, Josip, Legitimnost prava, *Studia lexicographica*, god. 5., 1/2011, str. 17-43.
27. Leeuw, Frans L., Can legal research benefit from evaluation studies?, *Utrecht Law Review*, vol. 7., 1/2011, str. 52-65.
28. Livaja, Anamarija, Milotić, Ivan, *Komentar jedinstvenih nomotehničkih pravila*, Zagreb, RRiF, 2015.
29. Meulen van der, Dirk H., The use of impact assessments and the quality of legislation, *Theory and Practice of Legislation*, vol. 1., 2/2013, str. 305-325.
30. Mousmouti, Maria, Operationalising quality of legislation through the effectiveness test, *Legisprudence*, vol. 6., 2/2012, str. 191-205.
31. Omejec, Jasna, Banić, Slavica, Diferencijacija propisa i općih akata u budućoj praksi Ustavnog suda i upravnog suda u povodu Zakona o upravnim sporovima (2010.), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49., 2/2012, str. 309-324.
32. Pennisi, Giulia Adriana, Legislative Drafting and Language: Legal Language in Context, *Statute Law Review*, vol. 37., 2/2016, str. 97-100.
33. Pogarčić, Zdenka, Procjena učinaka propisa u funkciji stvaranja boljeg zakonodavstva i gospodarskog rasta, *Porezni vjesnik*, vol. 24., 12/2015, str. 43-48.
34. *Pravni leksikon*, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007.
35. Samuels, Alec, Improving the Quality of Legislation, *Anglo-American Law Review*, vol. 3., 4/1974, str. 523-544.
36. Smerdel, Branko, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb, Narodne novine, 2013.
37. Smerdel, Branko, Sokol, Smiljko, *Ustavno pravo*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2006.
38. Swisher, Peter Nash, Techniques of legal drafting: a survival manual, *University of Richmond Law Review*, vol. 15., 4/1981, str. 873-893.
39. Vuković, Mihajlo, Vuković, Đuro, *Znanost o izradi pravnih propisa – nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1997.
40. Watson-Brown, Anthony, In Search of Plain English—The Holy Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting, *Statute Law Review*, vol. 33., 1/2012, str. 7-23.
41. Xanthaki, Helen, Quality of legislation: na achievable universal concept or a utopian pursuit?, *Quality of Legislation*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

#### Pravni izvori

1. *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions: Smart Regulation in the European Union*, COM (2010) 543.
2. *European Governance: Better Lawmaking (Communication)*, COM (2002) 275 final.
3. *Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor*, Narodne novine, br. 74/15.
4. *Međuinstitucionalni sporazum o boljoj izradi zakonodavstva*, Službeni list Europske unije, C/321/1, 2003.
5. *Međuinstitucionalni sporazum od 22. prosinca 1998. o zajedničkim smjernicama za kvalitetu izrade zakonodavstva Zajednice*, Službeni list Europskih zajednica, C 73/1, 1999.
6. *Odluka o donošenju Strategije procjene učinaka propisa za razdoblje od 2018. do 2023. godine*, Narodne novine, br. 129/17.
7. *Opći porezni zakon člancima*, Narodne novine, br. 115/16.

8. *Poslovnik Hrvatskog sabora*, Narodne novine, br. 81/13., 113/16., 69/17. i 29/18.
9. *Uredba o provedbi postupka procjene učinaka propisa*, Narodne novine, br. 52/17.
10. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.
11. *Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 99/99. i 29/02.
12. *Zakon o državnim službenicima*, Narodne novine, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 34/11., 49/11., 150/11., 34/12., 38/13., 37/13., 1/15., 138/15. i 61/17.
13. *Zakon o javnoj nabavi*, Narodne novine, br. 120/16.
14. *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 68/18. i 110/18.
15. *Zakon o koncesijama*, Narodne novine, br. 69/17.
16. *Zakon o lovstvu*, Narodne novine, br. 99/18.
17. *Zakon o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.
18. *Zakon o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 20/18.
19. *Zakon o procjeni učinka propisa*, Narodne novine, br. 44/17.
20. *Zakon o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka*, Narodne novine, br. 42/18.
21. *Zakon o stambenom zbrinjavanju na potpomognutim područjima*, Narodne novine, br. 106/18.
22. *Zakon o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11., 12/13., 93/16. i 104/16.
23. *Zakon o šumama*, Narodne novine, br. 68/18.
24. *Zakon o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17.
25. *Zakon o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i drugih središnjih tijela državne uprave*, Narodne novine, br. 93/16. i 104/16.
26. *Zakon o vodama*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13., 14/14. i 46/18.
27. *Zakon o željeznici*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13., 14/14. i 46/18.

**Dario Đerđa\***

Summary

## **THE QUALITY OF THE ADMINISTRATIVE LAW RULES IN THE REPUBLIC OF CROATIA: CURRENT SITUATION AND SUGGESTIONS FOR IMPROVEMENT**

This paper evaluates the quality of the administrative law rules in the Republic of Croatia by focusing on the mechanisms for their improvement. Frequent insufficiencies of the legal regulation are analysed on the example of the law regulates public authorities' acting and the laws which regulate special administrative areas significant to the economy and life of the citizens. The mechanisms that are actually taking in Croatia to the purpose of the drafting better regulations are analysed. After that, the paper directs to the other methods necessary to reach that goal. It especially puts emphasis on the special knowledge, skills and competences that redactors should possess, as well as actions necessary to be taken in the process of drafting and adopting laws and other regulations.

*Keywords: administrative law; regulations; quality; nomotechnics; Croatia.*

Zusammenfassung

## **QUALITÄT VERWALTUNGSRECHTLICHER VORSCHRIFTEN IN KROATIEN: BEWERTUNG DER VORHANDENEN SITUATION UND VORSCHLÄGE FÜR VERBESSERUNG**

Ziel dieses Beitrags ist, die Qualität von verwaltungsrechtlichen Vorschriften in Kroatien zu bewerten und auf die Mechanismen deren Verbesserung hinzuweisen. Deshalb stellt man im Beitrag konkrete Beispiele dar, durch welche man auf fehlende Regulierung in Gesetzen hinweist, die das Vorgehen öffentlich-rechtlicher Körper und besondere Verwaltungsbereiche, die für die Wirtschaft und das Leben der Bürger wichtig sind, regulieren. Es werden die von Kroatien angewandten Mechanismen bei der Abfassung von Rechtsvorschriften besserer Qualität analysiert. Anschließend bespricht man die Voraussetzungen, die man bei der Abfassung der Legislativvorschläge und der Erlassung der Vorschriften erfüllen sollte. Ebenfalls wird auf Kenntnisse, Fähigkeiten und Kompetenzen, über welche der Redakteur

\* Dario Đerđa, Ph.D., Full Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; dariod@pravri.hr.

von Vorschriften verfügen sollte sowie auch auf die Handlungen, die man bei der Abfassung des Legislativvorschläge und der Verabschiedung von Vorschriften vornehmen sollte, hingewiesen.

**Schlüsselwörter:** *Verwaltungsrecht; Vorschrift; allgemeiner Akt; Qualität; Legistik; Nomotechnik; Kroatien.*

Riassunto

## **LA QUALITÀ DELLE LEGGI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO IN CROAZIA: STATO DELL'ARTE E PROPOSTE DI MIGLIORAMENTO**

Lo scopo di questo lavoro è quello di valutare la qualità delle leggi di diritto amministrativo in Croazia e porre in rilievo i possibili margini di miglioramento. A tale fine nel lavoro si offrono degli esempi pratici che mettono in luce frequenti lacune della disciplina giuridica nella legislazione che regola le procedure dell'amministrazione pubblica ed alcuni campi amministrativi speciali importanti per il loro impatto sull'economia o sulla vita dei cittadini in generale. Si analizzano i meccanismi che la Croazia oggi attua al fine di una legiferazione migliore e successivamente si evidenziano i presupposti necessari per la redazione e l'emanazione delle leggi. Si pongono in rilievo le conoscenze, le capacità e le competenze di cui il redattore della legge deve disporre, come pure le attività che è necessario intraprendere in occasione della redazione di una proposta di legge e dell'approvazione della legge.

**Parole chiave:** *diritto amministrativo; legge; atto; qualità; legistica; tecnica normativa; Croazia.*





## „BIOLOŠKA OPORUKA“ U PRAVU OSOBNOSTI I MEDICINSKOM PRAVU (PRAVO OSOBNOSTI I TRGOVAČKO-ZDRAVSTVENI ASPEKTI)

Prof. dr. sc. Aldo Radolović\*

UDK: 347.426.4:342.721

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.6>

Ur.: 17. siječnja 2019.

Pr.: 12. veljače 2019.

Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Biološka oporuka nije oporuka u smislu nasljednog prava. To je anticipirana izjava (naredba) koju neka osoba daje u odnosu na njen medicinski tretman ako zapadne u stanje nesposobnosti za rasuđivanje. Ima, dakle, učinak za života te osobe. Isto tako to nije eutanazija ako se pod tim misli na umjetan, ljudskom odlukom određen prekid nečijega života. Ima, međutim, veze s eutanazijom ako se pod tim (a što je jedino pravilno) misli na „dobru, toplu i mirnu smrt“ ako do nje dođe tijekom medicinskoga tretmana u kojem ta osoba može pristajati, ali može i odbijati neki dijagnostički ili terapijski postupak. Smrt nije primaran ni glavni cilj nego samo jedna od mogućih posljedica. Bitan je cilj dostojanstveno življenje i starenje. U radu su opisana stanja pravne regulacije u Italiji (koja je nedavno donijela poseban zakon) i u RH. Također su opisane mogućnosti i oblici primjene cijelog instituta.*

**Ključne riječi:** *pravo osobnosti; medicinsko pravo; prava osobnosti; raspolaganje pravima osobnosti; oporuka; biološka oporuka; anticipirane izjave i naredbe; anticipirana izjava o medicinskom tretmanu; oblici i mjesta primjene „biološke oporuke“.*

### 1. UVOD

Pravo je osobnosti sredinom 20. stoljeća u svijetu (a djelomice i kod nas) dobilo svoj pravi uzlet, da bi na kraju tog istog stoljeća (a sada već i u 21. stoljeću) došlo u ozbiljnu krizu.

Premda se kod nas spominje „prava ličnosti“ (kako su se ta prava tada nazivala) još 1958. godine,<sup>1</sup> prvi put je ovaj izraz u bivšoj SFRJ uveden 1978. godine u Zakonu

\* Dr. sc. Aldo Radolović, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske i redoviti profesor u mirovini, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; [radolovic47@gmail.com](mailto:radolovic47@gmail.com).

1 Te je 1958. godine slovenski profesor Alojzij Finžgar u Zborniku znanstvenih rasprava, str. 59-83 objavio rad „Osebnostne pravice“ i to bi se moglo označiti kao početak učenja o pravu osobnosti na bivšem jugoslavenskom prostoru. Prof. Finžgar je pritom ipak bio gotovo isključivo u sferi javnog prava, što danas nije bitna osobina učenja o pravu osobnosti. Kasnije je

o obveznim odnosima. Opća, pa i stručno-znanstvena javnost gotovo se u čudu pitala što uopće znači ta do tada nepoznata „prava ličnosti“.

U Europi je, međutim, bio mnogo ranije poznat i razvijen, ali je svoj pravi *boom* doživio nakon Drugog svjetskog rata (kao pravna reakcija na grozote tog rata) i napose na valovima pokreta o „ljudskim pravima“ (osamdesete godine 20. stoljeća) gdje se učenje o „pravu osobnosti“ pojavljuje kao građanskopravna realizacija i dimenzija tih prava.<sup>2</sup>

Bivša Jugoslavija, mada je tijekom čitavog postojanja bila čvrsto u gabaritima ideologije socijalizma, objektivno je – u odnosu na ostale zemlje komunističkog bloka - ipak imala određenu samostalnost pa i samosvojnost i mogla si je dopustiti „luksuz“ impostacije učenja o pravu osobnosti.<sup>3</sup>

Samostalna Republika Hrvatska je 2005. godine donijela svoj, novi Zakon o obveznim odnosima i tu je regulacija prava osobnosti dosta proširena. Poblježe je navedeno koja prava osobnosti postoje (čl. 19. st. 2), prvi je put izravno rečeno da su i pravne osobe nositelji prava osobnosti (čl. 19. st. 1. i 3.), izjednačava se pojam „prava osobnosti“ i „neimovinske štete“ (čl. 1046.) što bitno proširuje polje primjene prava osobnosti i neimovinske štete, određuje se da se za neimovinsku štetu odgovara i kod povrede ugovora (čl. 346. st. 1.) i konačno, na crti zaštite prava osobnosti olakšava se i proširuje mogućnost prijenosa i nasljeđivanja prava na naknadu neimovinske štete (čl. 1105.).

Sociološka kretanja, međutim, i u svijetu i kod nas na početku 21. stoljeća ne pokazuju očekivani daljnji napredak na području prava osobnosti, čak bi mogli reći da je splasnula atmosfera optimizma iz osamdesetih godina prošlog stoljeća i da smo u stanju ozbiljnog zastoja za kojeg se možemo samo nadati da neće dugo potrajati.

Svijet je u krizi i to nije ambijent za primjenu prava osobnosti. Prvo, npr. strada važno pravo na privatnost koje je danas ugroženo do te mjere da se na trenutke čini kao da je nestalo (snima se radnik dok radi, snimaju se sudionici javnog prometa dok voze i dok plaćaju cestarinu, snima se sve i svašta, s dozvolom ili bez dozvole suda). Svatko svakoga „šamara“ i u općoj socijalnoj kakofoniji zaštita ljudskog dostojanstva postaje nemoguća. Dodamo li tome i to da je sudbeni sustav (napose kod nas) ostao gotovo potpuno nepripremljen za zaštitu prava osobnosti, prava slika zaštite prava osobnosti postaje dosta tmurna.

Jedan dio prava osobnosti ipak ne samo da opstaje nego čak doživljava svoje pravo proljeće, medicinsko pravo.

Tu su u razvijenom svijetu, barem načelno, neki grubo aspekti komercijalizacije

---

Finžgar objavio civilistički orijentirano djelo *Osebnostne pravice*, Ljubljana, 1985. i tu je autor potpuno na poziciji učenja o pravu osobnosti u okviru građanskog prava.

- 2 Pokret o ljudskim pravima je, nedvojbeno, „otvorio vrata“ učenju o pravu osobnosti, ali je ujedno bio nedostatan za učinkovitu realizaciju subjektivnih prava osobnosti koja samo mehanizmom građanskog prava (materijalnog i postupovnog) mogu biti ispunjenja.
- 3 Prvu i vodeću ulogu u tomu imao je beogradski profesor Mihajlo Konstantinović (profesor građanskog prava). On je bio francuski student i doktorand, koji je bio u bliskom doticaju s francuskim pravom (avangardnim u pravu osobnosti) i mogao je svojim znanjem (a i svojim autoritetom) „progurati“ makar i u vrlo ograničenom opsegu ono što je demokratski svijet razvijao pod pravom osobnosti.

zdravlja i medicine dosta pametno izbjegnuti (liječnici i medicinsko osoblje su dobro plaćeni, sustav socijalnog i privatnog osiguranja dobro je koordiniran, životni standard je veći pa dio tereta mogu preuzeti i sami pacijenti) što otvara doista nove mogućnosti razvoja. Uz to medicina ipak ostaje (barem većinom ili čak najvećim dijelom) „nedodirljiva“ i stoga je zaobilaze populistički nasrtaji koji beskrupulozno jurišaju na druga područja prava osobnosti. Tomu se može dodati i važna činjenica da se na području medicinskog prava nude rješenja koja i nositeljima medicinske djelatnosti u potpunosti odgovaraju.

Povijesni razvoj (pa i relativno kasna pojava prava osobnosti) dosta zorno pokazuju čudnu ironiju povijesti i povijesti čovjeka: čovjek je, naime, u razvoju svijeta sve (ili gotovo sve) „pokrio“ svijetom pravnih normi, samo je u tome zaboravio jedan „detalj“- sebe.

Svaki pokušaj da se to povijesno zaostajanje nekako ispravi nailazi, međutim, na prvi važan problem: Je li zaštita čovjeka (pojedince) doista toliko važna da mu se organizira posebna pravna zaštita?

Negativni odgovori, oni u malo blažoj formi, polaze od toga da je to primarno stvar morala i da je tu pravna regulacija nepotrebna pa čak moguće i štetna. U svakom slučaju da pravo tu ništa dobrog ne može postići.

U čitavom je društvu i u čitavom je pravu moral važan društveni regulator. No, isto tako nigdje i nikad moral ne može „pokriti“ sve konfliktne socijalne situacije i određen prostor nužno ostaje „nepokriven odn. treba ga popuniti određenom pravnom regulacijom. Za pravo osobnosti i medicinsko pravo kao njegov važan dio ova je konstatacija vrlo važna, uključujući tu i pitanje biološke oporuke što je konkretni predmet ovog rada.

Druga grupa negativnih odgovora na pitanje smisla, domašaja i značaja prava osobnosti, ide u smjeru prava pravne malignosti i ukazuje na ideološke otpore prava osobnosti. Po tome ne treba pravno štititi pojedinca jer je pojedinac u društvu nebitan (bitan je kolektivitet, društvo, masa). Lako je locirati mjesta takvih prigovora (sva totalitarna društva), ali ni demokratska društva nisu bez deficita u tom pogledu.

Pravo biološke oporuke, koje ovdje predstavljamo, zalazi u najtananije pitanje čovjekove osobnosti - pravo na život, na miran i dostojanstven život, na mirnu i dostojanstvenu smrt.

Pravo na život (a i pravo na smrt kao jedan od izraza prava na život) i pravo na ljudsko dostojanstvo su „nosivi stupovi“ prava osobnosti, pa ako biološka oporuka dotiče ta pitanja samim je time postala dio prava osobnosti.

Priča o biološkoj oporuci nije nikakva nekrofilna priča,<sup>4</sup> nije glorifikacija puta prema smrti i same smrti, ona je, naprotiv, poziv na život u dostojanstvu od početka do kraja. Priča je, dakle, sasvim biofilna i kao takva (jedino kao takva) mora biti i postavljena.

4 Pojmove „biofilno“ i (tome suprotno) „nekrofilno“ preuzimamo od E. Fromma, Anatomija ljudske destruktivnosti, 1973. U tom smislu biofilno je ono što promiče i voli život, a nekrofilno je ono što veliča smrt.

## 2. BITNI TEORIJSKI POJMOVI I SMISAO „BIOLOŠKE OPORUKE“

Institut biološke oporuke je nov i u europskim i svjetskim razmjerima.

Svaki takav institut mora stoga biti predstavljen *ab ovo*, po prastarom metodološkom pravilu da stvari trebamo čak i karikirati da bi ih mogli pravilno razumjeti.

### 2.1. Opći pojam „biološke oporuke“

Uz uvijek mogući rizik pogrješke koju nosi svaka pojednostavljena definicija nekoga pojma, moramo istaći i neke prednosti ovakvog postupanja: time način opća (pa i stručna) javnost lakše shvaća nit problema.

U tom smislu „biološka oporuka“, po onome što je s tim u svezi do sada napisano i propisano, znači u biti sljedeće:

To je izjava volje kojom punoljetna i za rasuđivanje sposobna osoba određuje kakav medicinsko-zdravstveni tretman želi imati od trenutka kada izgubi sposobnost za rasuđivanje, a treći i sanitarne vlasti posebno su po tome dužni postupati.

Iz ovog možemo izdvojiti i naglasiti napose ova pitanja:

- osoba koja sastavlja „biološku oporuku“ mora biti punoljetna, pravno poslovno sposobna i sposobna za rasuđivanje;<sup>5</sup> otvoreno je pitanje da li to može sačiniti i osoba s navršениh 16 godina života (to kod nas može kod klasične nasljednopravne oporuke) odnosno što je s maloljetnicima i osobama lišenih ili ograničenih u poslovnoj sposobnosti) ako bi se to i dopustilo, dodatno je pitanje tko može u ime tih osoba izjavljivati „biološku oporuku“ - roditelj, zakonski zastupnik ili samo uz dozvolu suda?),

- „biološka oporuka“ je izjava volje i kao za svaku građanskopravno relevantnu izjavu volje i tu mora vrijediti temeljno pravilo građanskog prava da volja mora biti izjavljena „slobodno i ozbiljno“ (čl. 249. st. 3 ZOO RH),<sup>6</sup>

- gubitak sposobnosti za rasuđivanje (prirodne poslovne sposobnosti, mentalne sposobnosti) može biti definitivna ili samo privremena; u slučaju vraćanja te sposobnosti „oporučitelj“ može (ali i ne mora) mijenjati svoju „oporuku“;

- oblik (forma) „biološke oporuke“ može i treba slijediti strogost predviđenu za nasljednopravnu oporuku,<sup>7</sup> čak postoje i razlozi za višu razinu pravnog formalizma (radi se o raspolaganju pravima osobnosti),

- „biološka oporuka“, osim što je to, naravno, pravo, ne i obveza „oporučitelja“, sastavlja se u trenutku kada je ta osoba već očito (premda više ili manje mjeri) suočena s određenim zdravstvenim problemima ali (načelno i čak najčešće) ta osoba još nije

5 „Sposobnost za rasuđivanje“ možemo još zvati „mentalna sposobnost“ ili „prirodna poslovna sposobnost“ (za razliku od pravno-sudske poslovne sposobnosti).

6 U području prava osobnosti, zbog naravi ovih prava usko povezanih s osobom i osobnosti čovjeka, uvjeti valjanosti izjave volje moraju biti strože i detaljnije predviđeni.

7 No, ni tu predviđeni oblici oporuke nisu uvijek besprijekorni, a najveći je rizik svakako kod usmene poruke koja zapravo odlučuje zavisi li o savjesnosti svjedoka takve oporuke.

podvrgnuta sanitarnoj vlasti i stoga postojanje ugovora o liječenju<sup>8</sup> nije pretpostavka „biološke oporuke“ niti ona nužno prati ugovor o liječenju,

- koncept „biološke oporuke“ nije ostvariv ako sanitarne vlasti ne moraju postupati po toj izjavi i ako im ona (po naravi stvari) nije predstavljena; posljedično to otvara pitanje obvezatnog prihvaćanja ponude odnosno obvezatnog sklapanja ugovora,<sup>9</sup>

- „biološka oporuka“ nije nikakva oporuka (stoga i koristimo navodne znakove), ne radi se o oporuci u tradicionalnom građanskom (nasljednom) smislu te riječi, jer „biološka oporuka“, kako je danas općenito koncipirana, djeluje *inter vivos* (za života „oporučitelja“) a klasična nasljednopravna oporuka djeluje samo *mortis causa* (po smrti oporučitelja); treba zapravo uložiti važne napore u iznalaženju prikladnog naziva i čini se da bi najbliži suštini stvari bio naziv „anticipirani namet (ili izjava) za medicinsko postupanje“.<sup>10</sup>

## 2.2. Anticipirana izjava o medicinskom tretmanu (AIT) (ni)je eutanazija?

Najveći broj prigovora protiv „biološke oporuke“ svodi se na to da se radi o eutanaziji ili da barem „vuče“ na eutanaziju.

Pritom se, međutim, zanemaruje i gubi iz vida pravo i odlučujuće značenje riječi „eutanazija“, što ponekad ide čak i tako daleko da se eutanazija naziva „namjernim skraćivanjem života“.<sup>11</sup>

U tom smislu valja i doslovno i stvarno istaknuti da eutanazija znači „dobra, blaga smrt“ i podrazumijeva mjere koje vode tome.<sup>12</sup>

„Biološka oporuka“ ne dokida, ne prekida život nego ga u starosti i bolesti (samo) usmjerava u njegovu posljednju ili pretposljednju fazu.<sup>13</sup>

Sastavljač „biološke oporuke“ planira svoj život, zadnju fazu svog života pa tako i smrt. On želi tu fazu provesti dostojanstveno i po svom ukusu, ne određuje kada će i kako smrt nastupiti.

Stoga i autori koji inače o „biološkoj oporuci“ pišu pozitivno, griješe kada ju stavljaju isključivo u kontekst smrti.

8 Njemački Građanski zakonik (čl. 630a) izrijekom regulira ugovor o liječenju (*Behandlungsvertrag*) kao ugovor o djelu; u ovdje razmatranoj problematici to znači da „biološka oporuka“ nastaje neovisno o tomu je li već sklopljen ugovor o liječenju kao ugovor o djelu, ali se mora uočiti i priznati da će se u završnoj fazi ova dva ugovora najčešće spojiti. To će izostati ako se sadržaj „biološke oporuke“ ostvaruje izvan bolnice, ali to je ipak rjeđa situacija.

9 Čl. 248. ZOO RH.

10 Talijanska skraćenica može biti DAT (*Dicharazione anticipata del trattamento sanitario*), Hrvatska bi mogla biti AIT (*Anticipirana izjava o medicinskom tretmanu*).

11 To se, npr. navodi u hrvatskom Kodeksu medicinske etike, čl.4, st. 2 (Narodne novine, br. 129/95, 55 /08).

12 Riječ eutanazija doslovno znači „dobra, blaga smrt“. No to je još pred skoro 40 godina s pravom ukazao talijanski profesor Giusti, G., *L'Eutanasia*, Padova, CEDAM, 1982., str. 13.

13 Naravno, ljudi ponekad umiru i naprasno, naglo, nepredviđeno, čak protivno svim medicinskim predviđanjima. No, svjetske statistike ipak nedvojbeno potvrđuju da se ne samo živi duže, nego i da se pretežito umire od kroničnih bolesti koje dugo traju i koje se medicinski mogu kontrolirati.

U tom smislu, može se reći da napadi na biološku oporuku s pozicije napada na mogućnosti eutanazije nisu opravdani i da se na tomu ne može opravdano graditi protivljenje ovom novom pravnom institutu.

To ne znači da je konstrukcija biološke oporuke lišena baš svake rasprave. Tiče se to, npr. prirodne poslovne sposobnosti (sposobnosti za rasuđivanje, mentalne sposobnosti) koja je isključivo pitanje fakticiteta (postoji ili ne postoji bez nekoga sudskog ili drugoga formalnog akta). Ključan je problem možda u činjenici što (doslovno) nitko ne može reći da bi osoba koja je anticipirano izjavila da ne želi neki medicinski tretman (npr. operaciju bez koje više nema života) to isto htjela i da je mentalno sposobna u času kada treba obaviti taj zahvat.<sup>14</sup>

No, to su ipak pitanja provedbe instituta biološke oporuke i nemaju veze s općim problemima eutanazije.

### **2.3. AIT kao izraz (kojeg?) prava osobnosti**

Izvan dvojbe je da je pravo osobnosti pravni okvir za impostaciju „biološke oporuke“ i da se bez toga ovaj institut ne može pravilno regulirati i provoditi. U tom su smislu u pitanju barem tri pojedinačna prava osobnosti koja zaokružuju razmotreni problem:

- pravo na život (koje uključuje i pravo na smrt),<sup>15</sup>
- pravo na slobodu (napose pravo na slobodu samostalnog odlučivanja o svom životu) i
- pravo na ljudsko dostojanstvo (ovo pravo starost i bolest - po naravi stvari i po ljudskom iskustvu - posebno se ugrožavaju).

To su, kako je općepoznato, manje-više i javna, ustavna također i međunarodna prava, ali im pravo osobnosti kao sastavni dio građanskoga prava (materijalnog i formalnog) jedino (ili barem pretežito) daje mogućnost neposredne i subjektivno kontrolirane pravne realizacije.

Živimo u vremenu kada ljudi žive sve duže, kada ima sve više starih pa i vrlo starih ljudi (ali kada i mladi mogu biti zahvaćeni teškim bolestima), kada sve statistike pokazuju da pretežu kronične nad akutnim bolestima kao neposredni uzroci smrti.

Sve to omogućuje, čak i zahtijeva, neko kontrolirano i planirano starenje, neko usmjeravanje zadnje ili predzadnje faze svog života. Prava osobnosti ne mogu se izgubiti ni umanjiti jer je čovjek star ili se približava starosti, naprotiv u toj fazi neka njegova prava osobnosti dobivaju dodatnu potrebu za njihovo puno i djelotvorno ostvarivanje.

Tamo gdje pravo osobnosti „šteka“ nema uvjeta za primjenu biološke oporuke. Nerazvijeno pravo osobnosti uvijek je pokazatelj nerazvijenosti društva.

14 U svakom je čovjeku ugrađen nekakav teško shvatljiv, ali jasno uočljiv „termostat života“ koji, kao želja da se živi (ponekad i pod svaku cijenu) održava ljudski život čak i onda kad se čini da je on nemoguć ili da nema smisla. Ovo objektivno nalaže oprez u konstrukciji „biološke oporuke“.

15 To je, naravno, u nekim dijelovima dosta sporno, napose u odnosu na pitanja eutanazije i prekida trudnoće. No, to ovdje nije predmet rasprave.

#### **2.4. Neki sociološki-pravni učinci „biološke oporuke“**

Višestruki su sociološko-pravni učinci „biološke oporuke“.

„Biološka oporuka“ u središnji položaj stavlja čovjeka kao pacijenta, on određuje „strategiju“ liječenja: hoće li se liječiti, hoće li se podvrći nekom dijagnostičkom ili terapijskom zahvatu ili će sve to ili nešto od toga odbiti. Tzv. „decisionalna autonomija“ je u njegovim rukama i bilo kakva posljedica (uključujući i onu smrtnu) nije više u odgovornosti liječnika, ni penalnoj ni civilnoj.

Odgovornost liječnika prebacuje se isključivo na profesionalno područje: on mora raditi *lege artis* u okviru „strategije“ dobivene od pacijenata.

Sadrži li, npr. „biološka oporuka“ neke objektivno iznadprosječne zahtjeve, liječnik ih ne mora poštovati jer ga taj dio „biološke oporuke“ ne može obvezivati.

Liječniku ostaje i pravo na prigovor savjesti, ali zdravstveno-sanitarna ustanova ne može imati pravo na prigovor savjesti.

Postupanja po željama pacijenata bilo je i ranije, čak i takvih da je to imalo za posledicu smrt pacijenata koja su inače (i bar u tom trenutku) mogla izbjeći: sada se situacija mijenja utoliko što je uređeno propisom, što to onda pravno jasno ekskulpira liječnika (prije mu je prijetila puna odgovornost). Stoga liječničkoj struci odgovara uvođenje „biološke oporuke“.

Neki drugi sociološki učinci „biološke oporuke“ idu čak i do nekih bizarnih morbidnosti kao što su npr. tvrdnje da društvena zajednica ima manje troškova (valjda jer ljudi „brže“ umiru) ili da, obrnuto, mnogi od takvih pacijenata čak žive duže jer su si regulirali starost i kraj života, pa mirno i bez stresa čekaju „zadnji poziv“.

Zagovaratelji „biološke oporuke“, čini se, ipak ponekad u svom nekritičkom zanosu pretjeruju kada ovaj institut (od njegova početka do kraja) prikazuju kao potpuno besplatni pravni posao. To će doista ići teško, jer pretežiti dio sastavljača „biološke oporuke“ završi u bolnicama (ili nekoj srodnoj sanitarnoj ustanovi). Tu se zapravo i realizira smisao biološke oporuke i pritom valja imati na umu da je svaki ugovor o liječenju naplatan pravni posao (bez obzira na to plaća li se račun socijalno ili sam čovjek).

Otvoreno je, konačno, i pitanje je li moguće sastaviti „biološku oporuku“ u stanju bilo kakve bolesti, čak i pri zdravom stanju. Čini se da opća kretanja idu u smjeru da bi to trebalo biti moguće samo za teže bolesti, pri čemu postoji opći rizik relativnosti ovih pojmova (napose u uvjetima kada medicina silno napreduje, pa nešto što je jučer bila smrtna bolest sada postaje obična kronična bolest koja se uspješno liječi medikamentima). Takva orijentacija vodi u smjeru eutanazije, a potencijalno jače dovodi u pitanje valjanost izjave biološke oporuke (ako je već nastalo ili se bar immanentno stanje ozbiljne bolesti pretpostavka toga).

#### **2.5. (Važna) uloga zastupnika („povjerenika“) u realizaciji sadržaja „biološke oporuke“**

Iz opisanih, bitnih kontura sadržaja „biološke oporuke“ vidljivo je da se ona faktički otvaranje u stadiju u kojem sastavljač takve „oporuke“ nije više sposoban za rasuđivanje i ne može sam ništa određivati.

Nužna je stoga ovdje interpolacija neke treće osobe koja u ime pacijenta komunicira s liječnikom, odnosno s bilo kojom angažiranom zdravstvenom ustanovom.

Posebno je tu važan problem što ta osoba u takvoj fazi donosi odluke i općenito određuje pravila ponašanja koja se tiču zdravlja pa čak i prestanka života pacijenata. Treća osoba, doduše, samo slijedi ono što je pacijent odredio u „biološkoj oporuci“, ali i to su vrlo važne odluke.

Takvu osobu mora izabrati pacijent (sastavljač „biološke oporuke“), potpuno slobodno. Po naravi stvari se razumije da ta određena osoba mora na to pristati.

Ovakva odluka pacijenata mora biti opoziva, baš kao što je opoziva i čitava „biološka oporuka“, jasno pod uvjetom da sastavljač „biološke oporuke“ ima sačuvanu (ili barem privremeno vraćenu sposobnost za rasuđivanje).

Tako se određena osoba može nazvati „zastupnikom“, može i „punomoćnikom“ ali se čini da bi najprikladniji izraz bio „povjerenik“ („fiduciario“ u Italiji). Prva dva izraza zvuče previše imovinski i možda je zato ovaj treći (povjerenik) doista najadekvatniji.

Odnos sastavljača „biološke oporuke“ i njegova povjerenika je *par excellance* odnos povjerenja, gotovo školski primjer pravnog posla *intuitu personae*.

Nekako se po naravi stvari čini da bi to trebao biti i besplatan pravni posao, ali ne treba unaprijed zatvoriti mogućnost da i naplatan (npr. ako se za povjerenika određuje odvjetnik).

## 2.6. Bitne pravne karakteristike „biološke oporuke“ (DAT u Italiji, AIT po našem prijedlogu za RH)

Iz do sada navedenog možemo deducirati sljedeće bitne karakteristike pojma kojeg se već općenito kolokvijalno naziva „biološka oporuka“ a stvarno je to „anticipirana izjava o medicinsko-sanitarnom tretmanu“:

- to je izjava volje u punom građanskopravnom smislu ove riječi
- to je strogo osobna izjava volje (može je redigirati i netko treći, ali samo po diktatu sastavljača)
- ona je uvijek opoziva (revokabilna) izjava volje, jasno uz uvjet da je osoba u trenutku opoziva sposobna za rasuđivanje i
- to je strogo formalna izjava volje, gdje je forma (oblik) „oporuke“ propisana zakonom i služi kao jamstvo toga da je prikazani sadržaj stvarno izraz volje osobe koja je dala takvu izjavu.

Nije teško zamijetiti da su ovo inače i opće karakteristike oporuke iz nasljednog, građanskog (imovinskog) prava.

Time se pokazuje (vrlo zorno!) ne samo srodnost nego i puno jedinstvo građanskog imovinskog i građanskoga neimovinskog prava (prava osobnosti).

No, na ovom mjestu u odnosu na „biološku oporuku“ valja istaknuti i nekoliko razlika između ova dva dijela građanskog prava:

- nasljednopravna oporuka uvijek djeluje *mortis causa* (tj. po smrti sastavljača), a „biološka oporuka“ djeluje *inter vivos* (tj. dok je on još živ, ali je u stanju nesposobnosti za rasuđivanje),
- predmet raspolaganja je u nasljednopravnoj oporuci, barem pretežno (ako



ne baš i uvijek), imovina, a kod biološke oporuke su to neimovinska prava, tj. prava osobnosti (nema, međutim, načelnih zapreka da i nasljednopravna oporuka ima neki neimovinski dodatak, baš kao što i „biološka oporuka“ može npr. odrediti da se nešto plati povjereniku) i

- „biološka oporuka“ se realizira uz nužno sudjelovanje trećeg (sanitarne vlasti u pravilu) kojeg valja prikladnim putem upozoriti na postojanje takve izjave volje, a tom trećem je „biološka oporuka“ obvezujući pravni dokument (obvezatno prihvaćanje ponude, obvezatno zaključivanje ugovora, nalog kojeg valja ispuniti bez obzira što inače u građanskom imovinskom pravu važi dodatak da se nalog može dodavati samo besplatnom pravnom poslu).

### **2.7. Mjesto ostvarenja „biološke oporuke“**

U ovom smo radu već izrazili sumnju u pretjerani zanos i optimizam pristalica „biološke oporuke“ da će sve s tim u svezi s tim ići besplatno i bez posebnih troškova. Socijalno (zdravstveno) osiguranje može pokrivati dio toga, ali je ono i inače vrlo ograničeno.

Slično se može reći i za tijela socijalne skrbi i socijalne zaštite koja raspolažu još manjim mogućnostima.

Ostaje treće rješenje – komercijalizacija prava i obveza iz „biološke oporuke“. Nad tim se uistinu ne treba zgražati jer je to objektivna realnost i ne mora, barem ne uvijek, davati negativne rezultate. Pritom se otvaraju različiti modaliteti: da je obveznik iz „biološke oporuke“ (koji od pacijenta izravno naplaćuje svoje usluge) bolnica (javna ili privatna), je posebna zdravstvena ustanova (opet državna ili privatna), a nema načelnih razloga da to nije i privatna osoba koja se obrtimice bavi davanjem takvih usluga.

Ljudski gledano najbolje bi bilo da se sadržaj i smisao „biološke oporuke“ ostvaruje u obitelji njenog sastavljača. Velikih obitelji, međutim, više nema, a u ovim malim, sa svega nekoliko članova, sve je teže naći onoga koji je spreman pomoći ostarjelom ili oboljelom članu (ponekad to ni stvarno ne može jer radi, jer je odsutan ili je već i sam opterećen godinama života i bolestinama).

## **3. REGULACIJA „BIOLOŠKE OPORUKE“ U PRAVU REPUBLIKE ITALIJE**

Republika Italija krajem 2017. godine, nakon duge i polemične rasprave (i višestrukih odgoda) donijela je Zakon o biotestamentu koji je stupio na snagu 31. siječnja 2018.<sup>16</sup>

Način i proces donošenja ovoga zakona odražavaju sva bitna pitanja koja se i inače postavljaju oko biološke oporuke. Javnost, i opća i stručno-znanstvena, ostala je, međutim, podijeljena i nakon donošenja zakona.<sup>17</sup>

16 Italija se time pridružila većem broju razvijenijih zemalja Europe i svijeta koji već imaju (premda dosta različitu) regulaciju „biološke oporuke“. Sami Talijani su rekli da dosta kasne, ali je to ujedno omogućilo dobro korištenje tuđih iskustava.

17 Nakon objave Zakona, tadašnji je premijer Gentiloni (socijaldemokrat) izjavio da je donošenje

Talijanska literatura odmah je ocijenila da Italija već kasni u odnosu na druge razvijene zemlje Zapada, kao i da se donošenjem zakona u biti samo potvrđuje praksa koja se već godinama razvijala i koja sada (samo) dobiva puno pravo javnosti.<sup>18</sup>

Vrlo je zanimljiva nomotehnička strana donesenog Zakona. On sadrži (rekli bi) „svega“ osam članaka, ali nije ni kvantitativno baš toliko karentan (kratak) jer svaki članak sadrži više stavaka, neki čak i do deset.

Kompletna rasprava koja je prethodila donošenju zakona bila je jako opterećena prigovorom da je riječ o prikrivenoj eutanaziji i da je previše usmjerena na smrt čovjeka, što ne spada u pravnu nego etičku (moralnu) sferu čovjekova života.<sup>19</sup>

Italija je zemlja s vrlo starom populacijom koja je istodobno opterećena sve brojnijim i dužim kroničnim bolestima. Nagle, brze i trenutačne smrti postale su jaka iznimka. To otvara mogućnosti i potrebu planiranja, kontrole i usmjeravanja završne faze čovjekova života.<sup>20</sup>

Gotovo je jednoduššan stav talijanske pravne teorije da je „biološka oporuka“ (*biotestamento*) samo kolokvijalan, popularan naziv za pojam koji se krije pod tim nazivom i da treba govoriti o „*anticipiranoj izjavi o medicinskom tretmanu*“ (*Dichiarazione anticipata di trattamento* - DAT).

Ponovno ističemo da talijanski zakoni ni inače nemaju svoj poseban naziv a međusobno se razlikuju po broju i godini donošenja. Javnost ipak govori o Zakonu o biotestamentu.

Vrlo je zanimljivo naglasiti bitne dijelove toga Zakona:

- ustavne osnove donošenja Zakona - čl. 2, 13. i 32. Ustava Republike Italije, ali i čl. 1., 2. i 3. Europske Konvencije o ljudskim pravima (pravo na život, zdravlje, dostojanstvo i slobodu odlučivanja),
- DAT se svodi na odnos čovjeka kao pacijenta i liječnika, odnosno zdravstvene ustanove,
- informirani pristanak (*consenso informato*) je uvijek (osim za slučajeve kada poseban zakon predviđa iznimku) prvi i glavni uvjet za pripremu i sastavljanje DAT-a i Zakon (čl. 4. st. 3) daje bliži opis nužnog sadržaja takva pristanka (liječnička informacija na koju pacijent pristaje mora biti kompletna, ažurirana i pacijentu osobno razumljiva),

---

Zakona važan korak unaprijed u zaštiti dostojanstva ljudske osobe i jedan važan civilizacijski izbor. Predsjednica Parlamenta Boldini (također iz socijaldemokratske stranke) je tomu dodala da će starije i bolesne osobe biti manje napuštene u dramatičnim trenucima života. No, A. Gambino (katolik), predsjednik Znanosti i života naveo je da je to teška politička i kulturna pogriješka, jedan pravi sumrak razuma, s izvjesnim teškim socijalnim posljedicama. Za Zakon su inače glasale lijeve stranke (a nova 5 zvijezda - *Cinque stelle* koja je tada bila u opoziciji, a sada je na vlasti). *Forza Italia* S. Berlusconi (sljednica bivše Demokršćanske stranke) ostavila je svojim zastupnicima glasovanje po savjesti (većina je podržala zakon), a protiv su bili samo zastupnici krajnje desnice (*Legha nord* i neke manje centrističke stranke).

18 No, to je tada bilo ili *praeter legem* ili čak *contra legem* Zanimljivo je da je slična situacija postojala i u drugim zemljama prije nego su ove regulirale „biološku oporuku“.

19 Talijanska Katolička Crkva je na početku čak davala tihu potporu Zakonu, uz zahtjev da ne ide u pravcu eutanazije. Na kraju Zakon napada, što znači da je ili Crkva promijenila mišljenje ili je Zakon ipak išao previše u sporan problem eutanazije.

20 Casonato, C., *Commentario della legge n. 219/2017*, Milano, Giulfre, 2018., str. 1-20.

- odnos pacijent-liječnik mora se zasnivati na načelima suradnje i povjerenja i u tomu se moraju susretati decizionalna autonomija pacijenta i visoka profesionalna kompetencija liječnika koje ne smiju biti u međusobnoj suprotnosti,
- uvjet za valjano sastavljanje DAT-a je djelatna sposobnost (*capacita' di agire*),
- DAT je uvijek opoziv (čak i ako je već započela primjena mjere određene u izjavi),
- liječnik mora poštovati volju pacijenata izraženu u DAT-u, ali ne ako traži prekomjernu medicinsku zaštitu (čl. 1. st. 6.),
- antidolorična terapija uvijek se podrazumijeva i u DAT-u se pacijent toga ne može odreći (čl. 2. st. 1.),
- ako je smrt pacijenata immanentna (očito je da će skoro nastupiti) liječnik nema pravo produžavati život takvog pacijenta (čl.2. st. 2.),
- pacijent koji više nije djelatno sposoban predstavlja treća osoba koju Zakon različito naziva „*amministratore di sostegno*“ (čl. 2. st. 4.), „*rappresentante*“ (čl. 2. st. 5.) kao i „*fiduciario*“ (čl. 6. st. 2), tj. pomoćnik, predstavnik i povjerenik,
- ni u kojoj fazi liječnik nema pravo na „forsiranje“ liječenja (*accamimento terapeutico*), ni ako bi to moglo biti dobro za pacijenta (čl. 3., čl. 5.); uvijek je dužan i ovlašten davati pacijentu antidoloričnu terapiju bez obzira na to želi li ju ili ne,
- liječnik ima pravo na prigovor savjesti (čl. 4.), što znači da može odbiti ne provoditi mjere koje je pacijent u DAT-u zabranio (i udaljiti se od pacijenta ali bolnica nema pravo na prigovor savjesti, čak i ako je u pitanju katolička bolnica),
- DAT mora biti redigiran u pisanoj formi, uvijek je opoziv i izmjenjiv (jasno ako je sačuvana djelatna sposobnost ); iznimno u stanju krajnje nužde (*emergenza*) vrijedi i usmena izjava (st. 6. čl. 2.),
- sve DAT izjave pohranjuju se kod određene javne vlasti i dostupne su zdravstveno-sanitarnim ustanovama,
- DAT nije obveza nego pravo svakoga punoljetnog čovjeka (iznimno i maloljetnog) koji je djelatno sposoban, a još se dodaje da mora imati i sposobnost za rasuđivanje (*capacita di intendere e di volere*) kao i sposobnost razumnog predviđanja buduće nesposobnosti za rasuđivanje (nakon dobivenog liječničkog izvješća o stanju zdravlja i bolesti (st. 1. čl. 2.),
- Zakon za svoju provedbu ne predviđa posebno i daljnje opterećenje javnih financija i
- Ministarstvo zdravlja nadzire provedbu Zakona i svake godine do 30. travnja mora o tomu izvijestiti oba doma Parlamenta (čl. 8.).

Opća i stručno-znanstvena javnost podržale su, ponajviše, donošenje ovoga Zakona i sadržaja koji je objavljen.

No, ističu se i njegove određene slabije točke.

Ostaje, kaže se, temeljna sjena (dubioza) bi li pacijent u stanju nesposobnosti za rasuđivanje stvarno želio ono što je prethodno izjavio u DAT-u ili bi od toga odustao, a sada to više ne može reći.<sup>21</sup>

Isto tako da pod sumnju stavlja stvarnu spremnost talijanskih liječnika da s pacijentom dogovaraju način liječenja, bez obzira na to što liječnicima DAT inače odgovara jer ih oslobađa penalne i civilne odgovornosti, ako su postupali po zahtjevima pacijenta izraženih u DAT-u.<sup>22</sup>

I. Zambottolo<sup>23</sup> naglašava da Zakonom bolest i smrt dobivaju svoj ljudski i prirodni oblik (str. 11), da središnja osoba čitavog sanitarnog tretmana postaje pacijent i da on konačno postaje subjekt liječenja (str. 12), da su DAT i eutanazija različiti pojmovi jer da DAT nema za glavni i poseban cilj smrt pacijenta, a da eutanazija ide primarno i ciljano baš na to (str. 26.) i da DAT dokida staru, ali još uvijek postojeću religijsku dogmu da su bol i žrtva uvjet spasenja i da ih u tom smislu valja tolerirati pa čak i prihvaćati (str. 30).

Čini se da se Zakonu mogu uputiti i neke dodatne primjedbe:

- svodi li se DAT isključivo na odnos pacijent-liječnik (što ako, npr. pacijent uopće ne želi u bolnicu?!) i
- vezivanje DAT-a za prethodno dobivenu informaciju o stanju zdravlja, odnosno bolesti može omogućiti (čini se) netočnu interpretaciju da je takva informacija uvjet za sastavljanje DAT-a, odnosno da bez toga DAT nije valjan.

#### **4. MOGUĆNOST „BIOLOŠKE OPORUKE“ U HRVATSKOM PRAVU**

Uvodno je istaknuto da je pojam „biološke oporuke“ nov u svijetu što implicira zaključak da se to odnosi i na stanje kod nas (u RH). Zapravo, kod nas bilježimo tek početak ovoga pravnog fenomena, njegove prve „znakove života“. „Biološka oporuka“ svakako je sastavni dio šireg pojma koji nam dolazi pod nazivom „anticipirane izjave“ ili „anticipirane“ naredbe.

O tomu u hrvatskom pravu postoji više respektabilnih znanstvenih radova,<sup>24</sup> a pojava se prenosi i prema svijetu prakse.<sup>25</sup>

21 Piciocchi, C., Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare „forma al vuoto“ in attesa di una legge, Rivista AIC 2/2016 i 29/05/2016, str. 11.

22 Casonato, C., op. cit. str. 18.

23 Zambottolo, I., Le disposizioni anticipate di trattamento: dal dibattito culturale alla legge n. 219/2017, Trento 2018.

24 Vidjeti o tome: Hršić, D., Anticipirano odlučivanje pacijenata, Zagrebačka pravna revija, elektronički časopis poslijediplomskih studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2016.; Milas-Klarić, I., Anticipirane naredbe, Hrestomatija hrvatskog obiteljskog prava, Zagreb, 2010. Izjave za slučaj nesposobnosti u: Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2010. Zanimljivo je da obje autorice (kao mogućnost) navode i naziv „oporuka s učincima za život“. Čini se da taj put razmišljanja ipak valja napustiti s obzirom na čvrstu percepciju oporuke kao posla s učinkom *mortis causa* pa bi „oporuka s učinkom za života“ djelovala kao teško prihvatljiv pravni i jezični oksimoron (npr. nešto kao „zimsko ljetovanje“).

25 Godine 2012. održana je u Zagrebu, u organizaciji Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, tribina posvećena anticipiranim naredbama pod nazivom: Anticipirane

Svakako je točna konstatacija da na tom planu ne samo da općenito zaostajemo za Europom nego slabašnom, nedostatnom i fragmentarnom regulacijom ne ispunjavamo ni obveze iz međunarodnih izvora koje smo preuzeli i ratificirali.<sup>26</sup>

Činjenica je, međutim, da pravne regulacije onog što spada pod kolokvijalan pojam „biološke oporuke“ mi uopće nemamo.

Propisi o zdravstvenoj zaštiti i zaštiti pacijenata tradicionalno govore o tomu da će liječnik poštovati želje pacijenata, ali to je, prvo, stadij u kojem pacijent ima zadržanu sposobnost rasuđivanja i odlučivanja (kod „biološke oporuke odlučujuće je stanje kada on tu sposobnost izgubi) i, drugo, poštovanje želje pacijenta nema razinu subjektivnog (i pravno zaštićenog) prava pacijenta.

Prvi put se o anticipiranim naredbama (i to u općenitom smislu ove riječi) govori o Obiteljskom zakonu iz 2014., ali najviše u dijelu vezanom za lišavanje poslovne sposobnosti i određivanje šticećenika.

Zapravo, nešto što ide prema „biološkoj oporuci“ (u smislu koji je predmet ovog rada) nalazimo u čl. 260. st. 2 ovog Obiteljskog zakona. Tu se navodi da šticećenik može anticipirano odlučiti o pet pitanja među kojima su (peto po redu) i „mjere za održavanje života“.

Neki dijelovi opće javnosti u tome vide „zeleno svjetlo“ čak za eutanaziju gdje (eto!) samo treba skoknuti do javnog bilježnika i pribaviti ispravu o tome.

Takav je zaključak višestruko netočan.

Prvo, propis govori samo o šticećeništvu. Nije svaki pacijent nesposoban za rasuđivanje ujedno i šticećenik u smislu obiteljskog prava. Šticećenništvo je pravni odnos koji se zasniva odlukom javne vlasti i ne mora svaki bolesnik odnosno svaka bolest završiti postavljanjem skrbnika. Uostalom, čovjek može „biološku oporuku“ izjaviti (sastaviti) u stanju gdje još nema nikakve, napose ne teže bolesti.

Drugo, u rečenom propisu (čl. 260. st. 2 t. 5. Obiteljskog zakona) govori se o anticipiranom odlučivanju o „održavanju života“. Istina, neka (ali dosta nategnuta) interpretacija mogla bi izjednačavati „održavanje“ i „završavanje“ života (u smislu da je i ovo bitno jednako održavanju života), ali bi u našem pravu to išlo vrlo teško jer nemamo potpuno izgrađen stav je li kod nas eutanazija dopuštena ili nije, a nemamo ni jedinstveni stav o tomu što je to uopće eutanazija.

Pojava da se „biološka oporuka“ nalazi ambijentirana u propis koji regulira obiteljske odnose, ma koliko u našem pravu samo djelomično i nedostatno, nije inače sama po sebi promašena pravna orijentacija jer su obitelj i svi odnosi povezani s obitelji mogu biti vrlo zahvalan okvir za primjenu „biološke oporuke“.

No, svakako valja reći (i priznati) da je pravo mjesto regulacije „biološke oporuke“ propis koji regulira odnose liječnika i pacijenta, napose s obzirom na bitnu činjenicu da se sadržaj „biološke oporuke“ najčešće realizira u bolnici, odnosno u zdravstvenoj ustanovi uopće.<sup>27</sup>

---

punomoći i naredbe - kako dobru praksu iz EU-a uvesti u pravni sustav RH.

26 Tako i Hrstić, D., op.cit. No, a to se vidi i iz opisanog primjera Italije, ni ustavno pravo ni međunarodni (ratificirani) ugovori, pa čak ni propisi građanskog prava (uključujući i građanske zakonike tamo gdje su donijeti) nisu dostatni za punu i pravu impostaciju „biološke oporuke“.

27 Države koje slijede ovakav (u osnovi, dakle) pravilan put ipak griješe kada se u odnosnim propisima obraćaju samo i isključivo na odnos pacijenta i liječnika. Polje izvršavanja „biološke

Druga je mogućnost da se (kao što je u ovom radu prikazani slučaj u Italiji) o tomu donosi poseban propis, no uvijek iz okvira osobnosti i medicinskog prava kao sastavnog dijela prava osobnosti.

Da bi u RH istinski zaživjela „biološka oporuka“ (Anticipirana izjava o zdravstvenom tretmanu – AIT kako bismo to mogli nazvati) moraju se, međutim, prethodno ispuniti neke važne sociološke i sociološke-pravne pretpostavke jer se u protivnom bit „biološke oporuke“ neće razumjeti ili će se samo površno i relativizirajuće prihvatiti.<sup>28</sup>

Te su pretpostavke napose sljedeće:

- osnažiti i u punoj mjeri razviti pojam „informiranog pristanka“<sup>29</sup>
- na jednaki način afirmirati pojam slobodnog izbora bolnice i (posebno!) slobodnog izbora liječnika<sup>30</sup> i
- uvesti sustavnu i punu pravnu kontrolu čiji središnji nositelj mora biti sudac.<sup>31</sup>

Hrvatsko zdravstvo pati, osim toga, i od mnogih sustavnih poteškoća koje otežavaju usvajanje novih vrijednosti koje nudi institut „biološke oporuke“ (previše državnih bolnica, previše nemedicinskog osoblja u njima, veliki i ne baš uvijek opravdani financijski gubici, posve neriješen odnos s privatnim zdravstvom, loše upravljanje u državnim bolnicama itd.).

---

oporuke“ je ipak šire i kako je u ovom radu već navedeno - odnosi se (osim na bolnicu i druge zdravstvene ustanove) još i na obitelj, a također i na druge oblike privatnopravne organizacije brige o životu, starosti, bolesti i smrti čovjeka.

- 28 Prof. Niko Zurak, liječnik, s pravom navodi na opasnost relativizacije lijepih pojmova iz medicinskog prava kao što je npr. pojam priziva savjesti u: Medicinska etika, Zagreb 2007., str. 27. Relativizacija postoji ako liječnik (dok radi u državnoj bolnici) odbija vršiti prekid trudnoće ali to (bez grižnje savjesti) izvrši poslijepodne u privatnoj ambulanti ili pak kad pozivanje na prigovor savjesti služi samo tome da se ne radi (bez gubitka plaće, naravno). Normativno je, međutim, priziv savjesti pravilno uređen (čl. 20. Zakona o liječništvu, Narodne novine, br. 121/03, 117/08).
- 29 U Zakonu o zaštiti prava pacijenata (Narodne novine, br. 169/04, 37/08) je čak vrlo iscrpno regulirano pravo pacijenata na informiranost o tijeku liječenja, ali praksa najčešće ide u obrnutom smjeru (u uporabi na tiskanice koje pacijent samo potpisuje, ponekad i tek neposredno prije operacije). Kod „biološke oporuke“, po pravnoj naravi ove izjave, zahtijeva se viši stupanj razgovora, informiranosti i pristanka.
- 30 I ta prava, normativno, pacijent u RH ima (čl. 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 12/1991, 150/08, sada u fazi donošenja odnosno i primjene novog zakona). Prava funkcioniraju na razini primarne zdravstvene zaštite, dok na razini biološkog liječenja praktički uopće ne postoje.
- 31 Povijest medicine i medicinskog prava pokazuje dug, stalan i čvrst zazor medicinskih djelatnika od svakog zahvata iz svijeta prava i propisa. Međutim, isti proces povijesti pokazuje da je interpolacija prava u djelatnost medicine dosta pomogla i samoj medicini (koja se poboljšavala zbog prethodno dobivenih pravnih sankcija).  
Kratka povijest „biološke oporuke“, štoviše, pokazuje da medicini propis o tome odgovara jer liječnika (koji je postupio po anticipiranoj izjavi pacijenta) oslobađa civilne i penalne odgovornosti ako dođe do pogoršanja zdravlja ili smrti pacijenta. To je dobar put da poštovanje „biološke oporuke“ od strane liječnika i ostaloga medicinskog osoblja u bolnicama i ostalim zdravstvenim ustanovama postane *opinio necessitatis* ove struke i u pitanjima koje donosi ovaj novi medicinsko-pravni institut.

Spada u tradicionalnu boljku „normativnog optimizma“ ako mislimo da ćemo sve riješiti samo donošenjem novog zakona o odnosima liječnika i pacijenta. Upravo obrnuto - treba prvo otkloniti stvarne zapreke a onda na „preoran prostor“ primijeniti nove propise o „biološkoj oporuci“.

## **5. MOGUĆNOST I PRETPOSTAVKE KOMERCIJALIZACIJE „BIOLOŠKE OPORUKE“**

U povijesti prava osobnosti (napose krajem 19. stoljeća) nastupa fenomen koji se može nazvati „komercijalizacija prava osobnosti“.

Neke posebne karakteristike ljudske osobnosti (glas, stas, talent, vještina) iznenada postaju svojstva kojima se ne samo individualizira svaki čovjek nego se stvaraju i do tada neslućene mogućnosti zarade (film, sport, umjetnost, znanost).

To „otuđivanje prava osobnosti“, tih, kako se tada govorilo, „neotuđivih prava čovjeka“ djelovalo je vrlo iznenađujuće, u nekim aspektima čak šokirajuće i tek negdje sredinom 20. stoljeća to postaje „normalna pojava“.

Vezano za „biološku oporuku“ može se reći da čovjek tu, doduše, ništa ne „otuđuje“ u navedenom smislu ali prenosi na trećeg izvršavanje i zaštitu važnih prava osobnosti (života, zdravlja, dostojanstva, slobode). To je onda isto neki oblik „otuđivanja prava osobnosti“ odnosno raspolaganja pravima osobnosti.

Taj treći može to činiti *gratis* (besplatno) i to je onda u sferi moralnih (naravnih, prirodnih) obveza pa za konstrukciju „biološke oporuke“, budući da je samo iznimna pojava, to nije previše važno.

Sasvim je izvjesno da će ta treća osoba brige o zaštiti tuđe osobnosti (koje nisu male) u pravilu činiti naplatno i tu načelno nije pravno ništa suspektno.

Pitanje je samo oblika i načina organizacije ovakvih situacija. „Biolološkoj oporuci“, po naravi stvari (a tako je, uostalom, i kod nasljednopravne oporuke) gravitiraju ostarjele, bolesne i onemoćale osobe (*fasce deboli* kako kažu u Italiji). Njihova prava osobnosti (na život, zdravlje, dostojanstvo i slobodu) već su samim time povećano ugrožena a njihova moć samozaštite je sve slabija.

Najčešći ambijent zaštite ovakvih osoba je bolnica, odnosno zdravstvene ustanove općenito.

Bolnice su, ili državne, ili privatne, ali mogu na isti način štititi interese onemoćalih osoba kroz institut „biološke oporuke“.

Državne bolnice moraju postojati jer država time ostvaruje svoju ustavnu zadaću zaštite zdravlja građana (čl. 3. Ustava RH).

Državna bolnica je u vlasništvu države (središnje ili regionalne, sasvim svejedno), u pravilu su organizirane kao ustanove (s većim naglaskom na elemente socijalnosti), što, međutim, ne znači da je svaka profitabilnost isključena.

Privatna bolnica postoji samo uz dogovor njenih vlasnika i slijedi temeljnu logiku svakoga trgovačkog društva (profit kao cilj), no uvijek uz izvjesnu korekciju pravom ustanova<sup>32</sup> i, naravno, uz poštovanje stručno-profesionalnih kriterija koji vrijede za državne bolnice.

Iza bolnica dolaze domovi za starije i nemoćne osobe. I oni mogu biti državni i

privatni, uz iste ili slične uvjete koji načelno važe za bolnice.

Na treće bi mjesto naveli trgovačka društva koji se obrtimice bave isključivo zaštitom onemoćalih osoba.

Pojam trgovačke (zapravo-gospodarske) djelatnosti u propisima trgovačkog prava i zakonima o trgovačkim društvima nije u pravilu nikada zatvoren krug i načelno predmetom djelatnosti trgovačkog društva može biti sve što nije zabranjeno.

Čini se da ovo posebno pogoduje oblasti ugostiteljstva i turizma gdje posebni propisi kao zaseban oblik turizma poznaje i zdravstveni turizam, ali i svaki drugi oblik turizma kojim se pruža usluga korisniku turističke djelatnosti.<sup>32</sup>

Troškove smještaja bolesnih osoba u bolnicama snosi država odnosno njeno socijalno (zdravstveno) osiguranje. U novije se vrijeme tu uvode razni oblici participiranja građana („dodatno“, „dopunsko“ osiguranje).<sup>33</sup>

Kod privatnih bolnica način financiranja smještaja i boravka u bolnici može biti dvojak: da i to ide na teret države odnosno zdravstvenog osiguranja (slično kao kod državne bolnice)<sup>34</sup> ili da to plaća sam građanin.

Slično pravilo može vrijediti i za domove za starije osobe. Država ih, doduše, ne mora osnivati ali onda dovodi u pitanje proklamirani karakter socijalne države (čl. 1. st. 1., čl. 65. st. 1. Ustava RH).

Kod „čistog“ trgovačkog društva jasno je da tu u obzir dolazi samo osobno, privatno podmirivanje troškova smještaja i boravka i to otvara mnoga teška socijalna pitanja vezana za onemoćale osobe.<sup>35</sup>

Ne može se, nadalje, zaobići obitelj odnosno članovi obitelji koji mogu biti od pomoći staroj i onemoćaloj osobi. „Biološka oporuka“, kako smo je u ovom radu izložili, možemo pomoći i starijoj osobi i njenim ukućanima. Konkretno može, npr. starija i onemoćala osoba anticipirano odbiti smještaj u bolnici, neki operativni zahvat, transfuziju krvi, uzimanje nekog lijeka i sl. i to onda oslobađa člana domaćinstva svake odgovornosti ako dođe do pogoršanja zdravlja.

Posebno je pitanje ugovora o doživotnom i ugovora o dosmrtnom uzdržavanju koji postoje u pravu RH (sada u Zakonu o obveznim odnosima).

Na strani primatelja uzdržavanja subjektivna *causa* je dobivanje uzdržavanja, dok na strani davatelja uzdržavanja to dobivanje imovine koju daje primatelj.

ZOO ne daje definiciju uzdržavanja (arg. iz čl. 579. st. 1. i čl. 586. st. 1.), no

32 Tako određuje Zakon o turističkoj djelatnosti (Narodne novine, br. 8/1996, 19/1996, 76/1999., čl. 3. st. 1 i 2.).

33 U javnosti se s tim u svezi nerijetko čuje da onaj koji više plati može računati na bolju medicinsku uslugu. To može biti dosta dvojbena, jer bitni standardi medicinske zaštite moraju biti svima jednako dostupni, a može biti sporno ako se u to uklapa problematika „biološke oporuke“. U svakom slučaju ne bi se smjele dovoditi u pitanje njene temeljne poruke (središnja uloga pacijenta u liječenju).

34 Ni općoj ni stručno-znanstvenoj javnosti nije jasno zašto zdravstvena iskaznica nije podjednako dostatna i za državnu i za privatnu bolnicu. Postoje čak neki protivni, pozitivni primjeri, pa doista nije jasno zašto to nije i pravilo.

35 Na domaćem planu (zbog nižeg standarda građana) poteškoće su jasne, ali se otvara prostor primanja stranaca, stranih turista čak i za cijelu godinu, a ne samo za ljetne mjesece. Tu uvjetno rečeno, „čistu“ trgovinu u zdravstvenoj djelatnosti izrijekom predviđa Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 150/08, čl. 35. st. 1.). Novi Zakon iz 2018. to ne mijenja.



biološki i etički zakoni su ipak dostatni da se zna što se pod tim podrazumijeva.

Nema zaprjeka da u ove ugovore bude „ugrađena“ i „biološka oporuka“ tj. nalog za postupanje u svezi s uzdržavanjem (i napose bolničkim ili tome sličnim uzdržavanjem) ako naknadno nastupi stanje nesposobnosti za rasuđivanje (gubitka prirodne poslovne sposobnosti, mentalne sposobnosti).

Ugovore o doživotnom, odnosno dosmrtnom uzdržavanju treba inače, čak žurno, osloboditi svojstva aleatornosti<sup>36</sup> i pretvoriti u ugovor trgovačkog prava.<sup>37</sup> Zapravo jedino uz ove uvjete mogu ovi ugovori udovoljavati svojoj pravoj svrsi, uključujući i svrhu koju traži „biološka oporuka“.

## 6. ZAKLJUČAK

Biološka oporuka doista nije nikakva oporuka u smislu nasljednog, imovinskog prava. To je, kako je institut već koncipiran i u svijetu i kod nas, anticipirana izjava (naredba) koju neka osoba može izjaviti u odnosu na njen budući (i eventualni) medicinski tretman ako zapadne u stanje nesposobnosti za rasuđivanje i razumno odlučivanje. Ima, dakle, učinak za života te osobe (*inter vivos*).

Takva je izjava i građanskopravna izjava volje, jednostrani pravni posao koji, međutim, moraju prihvatiti treći (najčešće od zdravstvenih ustanova) i za tu je obvezu trećih neophodna dodatna konstrukcija obvezatnog prihvaćanja ponude ili obvezatnog zaključivanja ugovora.

Suprotno nekim javnim odjecima, „biološka oporuka“ nije eutanazija ako pod eutanazijom podrazumijevamo nasilnu, umjetnu, ljudskom odlukom izazvanu smrt neke osobe.

Eutanazija jest, ako se (što je jedino pravilno) pod tim misli na dobru, toplu i blagu smrt kao uvijek moguću posljedicu „biološke oporuke“ ali ne i njen glavni i primarni cilj. Glavni je cilj omogućiti mirno, sigurno i dostojanstveno življenje i starenje svake osobe.

Nema dvojbe da je cijeli institut najprije upućen bolnicama, odnosno zdravstvenim ustanovama općenito. Otuda proizlazi i normalna posljedica (ali ne i obavezna) da se „biološka oporuka“ regulira propisima koji uređuju odnose liječnika i pacijenta.

Republika Hrvatska ima napose čudnu situaciju da ima izvrsnu medicinu, a loše zdravstvo i taj paradoks ne pogoduje razvoju „biološke oporuke“ niti poruka koju ona nosi sa sobom. Loše stanje u domaćem zdravstvu ne omogućuje da rezultati vrhunske medicine dođu do svih građana, a također bitno otežavaju temeljnu poruku instituta „biološke oporuke“ da su u središtu liječenja odluke pacijenata i dok su pri stanju svijesti i onda kada to više nisu.

36 Aleatornost (da, npr. davatelj dobije svu imovinu primatelja čak i da je ovoga uzdržavao svega jedan dan) suprotno je naravi obveze uzdržavanja i potiče čak na razne oblike zloupotrebe. Treba uvesti načelo uzajamnosti pa da od imovine primatelja davatelj dobije onoliko koliko je zaslužio. To odgovara i smislu „biološke oporuke“.

37 Uzdržavanje mora biti ugovor trgovačkog prava, napose u smislu da davatelj to obavlja kao profesionalnu djelatnost i ima za to posebno osposobljeno osoblje. I to zahtijevaju pravila o „biološkoj oporuci“.

Vrlo je važno istaknuti da institut nije protiv liječnika, ne ugrožava njegovu profesionalnu kompetenciju i autonomiju, a donosi mu i novu, posebnu prednost, da slušajući anticipirane naredbe pacijenata iz „biološke oporuke“ ne odgovara za eventualno nepovoljan ishod liječenja. Od liječnika se uz to samo traži veće i intenzivnije komuniciranje s pacijentom jer bez toga institut „biološke oporuke“ ne može funkcionirati.

Nije, međutim, samo bolnica, odnosno zdravstvena ustanova općenito mjesto, primjene „biološke oporuke“. To su još domovi za starije i nemoćne osobe, trgovačka društva koja se time mogu obrtimize baviti, obitelj onemoćale osobe, kao i osobe koje su ugovorno preuzele obvezu uzdržavanja.

Teško je predvidjeti budući razvoj cijelog instituta. On svakako mora ostati u okvirima građanskoga prava i prava osobnosti, jer se radi o jednim od najvažnijih prava osobnosti (prava na život, zdravlje, dostojanstvo i slobodu odlučivanja).

#### LITERATURA

1. Casonato, Carlo, Commentario della legge n. 219/2017, Milano, Giulfre, 2018.
2. Finžgar, Alojzij, Osebnostne pravice, Ljubljana, SAZU, 1985.
3. Fromm, Erich, Anatomija ljudske destruktivnosti, 1973.
4. Giusti, Giusto, L'eutanasia, Padova, CEDAM, 1982.
5. Hrstić, Dijana, Anticipirano odlučivanje pacijenata, Zagrebačka pravna revija, elektronički časopis poslijediplomskih studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 5, 1/2016, str. 11-36.
6. Medicinska etika, ur. Niko Zurak, Sveučilište u Zagrebu, Medicinski fakultet, 2007.
7. Milas-Klarić, Ivana, Anticipirane naredbe, Hrestomanija hrvatskog obiteljskog prava, ur. Dubravka Hrabar, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2010., str. 429-466.
8. Piciocchi, Cinzia, Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare „forma al vuoto“ in attesa di una legge, Rivista AIC 2/2016 i 29/05/2016, str. 1-15.
9. Zambottolo, I., Le disposizioni anticipate di trattamento: dal dibattito culturale alla legge n. 219/2017, Trento, 2018.

**Aldo Radolović\***

Summary

## **LIVING WILL IN THE PERSONALITY LAW AND MEDICAL LAW (LEGAL, COMMERCIAL AND HEALTH CARE ASPECTS)**

In this work the author describes the present situation of Italian and Croatian living will law regulations, as well as circumstances and forms of the implementation of the whole legal institute. Living will actually not a will known in inheritance law, because it is an anticipated statement (order) made by a person in relation to his or her medical treatment in case of a possible future reasoning inability, which means that it has effect on the life of that person. Furthermore, it cannot be understood as euthanasia in the meaning of an artificial termination of one's life caused by a person's decision. However, it can be linked to euthanasia - which is in fact solely right - if therewith one thinks about of a good, warm and silent death, in case it happens during a medical treatment by accepting or refusing a diagnostic or a therapeutic procedure, as death is neither a primary nor a main goal of the living will, but only one of the possible consequences, because the main intention is dignified living and ageing.

**Keywords:** *personality law; medical law; personality rights; personality rights disposal; will; living will; anticipated statements and orders; anticipated statement about a medical treatment; forms and places of living will implementation.*

Zusammenfassung

## **“BIOLOGISCHES TESTAMENT” IM PERSONLICHKEITS- UND MEDIZINRECHT (PERSONLICHKEITSRECHT UND HANDELSRECHTLICHE UND GESUNDHEITLICHE ASPEKTE)**

Biologisches Testament ist eigentlich kein Testament im Sinne des Erbrechts. Es ist eine antizipierte Erklärung (Befehl), die eine Person bezüglich ihrer medizinischen Behandlung gibt, wenn sie urteilsunfähig wird. Es hat Auswirkungen während des Lebens dieser Person. Ebenfalls stellt sie keine Euthanasie dar, falls man damit die artifizielle durch menschliche Entscheidung verursachte Beendigung des Lebens

\* Aldo Radolović, Ph. D., Judge of Constitutional Court of the Republic of Croatia and Full Professor in retirement, University of Rijeka, Faculty of Law; radolovic47@gmail.com.

versteht. Es hat aber mit der Euthanasie zu tun, wenn man darunter den ruhigen sanften Tod versteht und wenn dazu während medizinischer Behandlung, bei welcher die Person ein diagnostisches oder therapeutisches Verfahren akzeptieren oder ablehnen kann, kommt. Der Tod ist kein Primär- oder Hauptziel, sondern eine der möglichen Konsequenzen. Das wichtigste Ziel ist das würdevolle Leben und Alter. Der Beitrag beschreibt die Rechtsregulierung in Italien (wo vor kurzem ein besonderes Gesetz diesbezüglich erlassen wurde) und in der Republik Kroatien. Es werden auch die Möglichkeiten und Formen der Anwendung des ganzen Instituts beschrieben.

**Schlüsselwörter:** *Persönlichkeitsrecht; Medizinrecht; Persönlichkeitsrechte; Verfügung über Persönlichkeitsrechte; Testament; biologisches Testament; antizipierte Erklärungen und Befehle; antizipierte Erklärung über eine medizinische Behandlung; Formen und Bereiche der Anwendung des „biologischen Testaments“.*

Riassunto

## **“IL TESTAMENTO BIOLOGICO” NEL DIRITTO DELLA PERSONALITÀ E NEL DIRITTO DELLA MEDICINA (PROFILI LEGALI, COMMERCIALI E SANITARI)**

Il testamento biologico in realtà non è un testamento nel senso inteso dal diritto successorio. Si tratta di una dichiarazione anticipata (disposizione) che una persona dà riguardo al proprio trattamento sanitario per l'eventualità che cada in uno stato di incapacità di intendere e volere. Produce, pertanto, effetti nel corso della vita della persona. Altresì, va rilevato come non si tratti di eutanasia, se con ciò s'intenda un'artificiale interruzione della vita determinata da una decisione umana. Per converso, si trova in relazione con l'eutanasia se con ciò s'intenda (e questa è l'unica interpretazione corretta) una morte buona, calda e tranquilla, ove ad essa si pervenga nel corso di un trattamento sanitario, allorché il soggetto possa accettare o rifiutare un determinato procedimento diagnostico o terapeutico. La morte non rappresenta né lo scopo primario, né principale; bensì rappresenta una delle possibili conseguenze. Lo scopo perseguito è vivere ed invecchiare dignitosamente. Nel lavoro si disamina in tale ambito la disciplina giuridica in Italia (dove recentemente è stata emanata una legge speciale) e nella Repubblica di Croazia. Sono altresì descritte le possibilità e le forme di applicazione dell'intero istituto.

**Parole chiave:** *diritto della personalità; diritto sanitario; diritti della personalità; disposizione dei diritti della personalità; testamento; testamento biologico; dichiarazioni e disposizioni anticipate; dichiarazione anticipata di trattamento sanitario; forme e luoghi di applicazione del “testamento biologico”.*

## NEKA PITANJA O IMOVINSKIM ODNOSIMA BRAČNIH DRUGOVA U HRVATSKOM I TALIJANSKOM OBITELJSKOM PRAVU

Prof. dr. sc. Lucia Ruggeri\*  
Doc. dr. sc. Sandra Winkler\*\*

UDK: 347.626(450)(497.5)  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.7>  
Ur.: 28. siječnja 2019.  
Pr.: 20. veljače 2019.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*U radu će se analizirati neka pitanja o imovinskim odnosima bračnih drugova u hrvatskom i talijanskom obiteljskom pravu. Ponajprije će se razmotriti postojeće uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova u hrvatskom obiteljskom pravu. Zatim će se domaća pravna rješenja usporediti s talijanskim obiteljskim zakonodavstvom u kontekstu uređenja imovinskih odnosa u obitelji, ističući najvažnija pitanja koja se javljaju u praktičnoj primjeni obiteljskopравниh rješenja. U nastavku rada autorice će na temelju pronađenih odgovora, komparativnom metodom istraživanja, pokušati prepoznati prednosti i nedostatke dvaju nacionalnih zakonodavnih okvira u kontekstu imovinskih odnosa u braku te priuipitati se je li potrebno dodatno razraditi ovo područje. O rezultatima provedene analize će se u završnom dijelu rada promišljati u svjetlu stupanja na snagu dviju europskih Uredaba o imovinskopravnim odnosima bračnih drugova i registriranih partnera, kojima će se pojaviti novi pravni izazovi vezani za rješavanje različitih pitanja uređenja imovinskih odnosa u obiteljima s prekograničnim implikacijama. U zaključcima će autorice ponuditi moguća rješenja kojima bi se dodatno unaprijedila postojeća uređenja imovinskih odnosa u obitelji s posebnim naglaskom na prekograničnu dimenziju tih odnosa.*

**Ključne riječi:** *obitelj; imovinski odnosi; bračni ugovor; bračni drugovi; izvanbračni drugovi; životno partnerstvo; Uredba 2016/1103; Uredba 2016/1104.*

\* Dr. sc. Lucia Ruggeri, redovita profesorica, Sveučilište u Camerinu, Pravni fakultet; lucia.ruggeri@unicam.it.

\*\* Dr. sc. Sandra Winkler, docentica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; swinkler@pravri.hr.  
„Ovaj je rad sufinanciran projektom iz Justice Programa (2014-2020) Europske unije PSEFS - Personalized Solution in European Family and Succession Law n. 800821-JUST-AG-2017/ JUST-JCOO- AG-2017. Sadržaj ovog dokumenta isključivo je stajalište autora za koja sami odgovaraju. Europska komisija ne prihvaća bilo koju odgovornost za namjenu sadržanih informacija. (This paper has been co-funded by the European Union's Justice Programme (2014-2020) Project PSEFS - Personalized Solution in European Family and Succession Law

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

U domaćem, komparativnom i u europskom pravu bilježi se rastući interes za pravna pitanja koja proizlaze iz uređenja imovinskih odnosa u obitelji. U ovom će se radu ponajprije analizirati postojeće uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova u hrvatskom obiteljskom pravu. Zatim će se isto usporediti s talijanskim obiteljskim pravom. U tom pogledu prikazat će se normativni okvir imovinskopravnih odnosa u tom inozemnom pravnom sustavu te će se istaknuti najvažniji problemi koji se javljaju u tamošnjoj primjeni imovinskog obiteljskog prava.

Preciznije, na temelju pronađenih odgovora, komparativnom metodom istraživanja, pokušat će se prepoznati prednosti i nedostaci postojećega domaćeg zakonodavnog okvira u kontekstu imovinskih odnosa u braku te utvrditi jesu li recentne reforme u hrvatskom pravnom sustavu doprinijele unaprjeđenju zaštite imovinskih prava i obveza u obitelji ili je potrebno dodatno razraditi ovo područje. Nadalje će se nastojati odgovoriti na isto pitanje u talijanskom pravnom sustavu. Potreba razmatranja i usporedbe različitih imovinskih režima bračnih drugova ne počiva isključivo na teorijskoj „vježbi“ komparacije. Naprotiv, postoje važni praktični razlozi zbog kojih je korisno usporediti različite pravne sustave. Stupanjem na snagu 29. siječnja 2019. dviju europskih uredbi u kontekstu imovinskopravnih odnosa bračnih drugova i registriranih partnera pojavit će se, posebno pred praktičarima, novi pravni izazovi vezani za rješavanje različitih pitanja uređenja imovinskih odnosa u obiteljima s prekograničnim implikacijama.<sup>1</sup>

S time u vezi, u ovom se radu izabralo razmotriti hrvatski i talijanski pravni sustav, jer se radi o državama članicama Unije koje u praksi imaju relevantan broj obitelji s prekograničnim implikacijama.<sup>2</sup> Bit će zanimljivo priupitati se na koji će način stupanje na snagu spomenutih uredbi, a ponajprije mislimo na Uredbu br. 1103/2016, utjecati na pojedinačne pravne sustave, odnosno na primjenu nacionalnih propisa.<sup>3</sup> No, kako bi se u nekom daljnjem istraživanju moglo odgovoriti na to

n. 800821-JUST-AG-2017/JUST-JCOO- AG-2017. The content of this document represents the views of the authors only and is their sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains).

- 1 Uredba Vijeća (EU) 2016/1103 o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima i Uredba Vijeća (EU) 2016/1104 o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava, SL L 183, 8.7.2016. *Ex plurimis*, o tim pitanjima v. Dutta, A., Weber, J., Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, Beck, 2017., Pintens, W., Matrimonial property Law in Europe, u: Boele-Woelki, K. i dr. (ur.), The Future of Family property in Europe, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2011., str. 19-46.
- 2 Prema provedenom istraživanju i na temelju podataka dobivenih iz talijanskog Generalnog konzulata u Rijeci, samo na području za koje je mjesno nadležno ovo konzularno tijelo u proteklih je deset godina sklopljeno više od dvjesto brakova među talijanskim i hrvatskim državljanima. Ta bi brojka bila zacijelo mnogo veća kad bi se takvo istraživanje provelo ne na lokalnoj, već na nacionalnoj razini razmatrajući sve brakove sklopljene i u Republici Hrvatskoj i u Republici Italiji. Ovo je samo skroman pokazatelj koji već na lokalnoj razini ukazuje na postojanje brakova s prekograničnom implikacijom koja se odnose na ova dva pravna sustava.
- 3 Winkler, S., Il diritto di famiglia, u Benacchio, G. A., Casucci, F. (ur.), Temi e Istituti di Diritto

pitanje, nužno je krenuti u analizu odabranih pravnih sustava radi raščlambe uređenja imovinskih odnosa te eventualnog prepoznavanja sličnosti i različitosti, koje bi itekako mogle biti relevantne pri budućoj primjeni europskoga zakonodavstva u tim državama članicama.

Premda oba pravna poretka pripadaju kontinentalno europskom krugu, hrvatsko i talijansko obiteljsko pravo se po mnogočemu razlikuju. Ponajprije valja naglasiti da su u hrvatskom pravnom sustavu obiteljskopравни odnosi uređeni posebnim Obiteljskim zakonom te je obiteljsko pravo zasebna grana prava u odnosu na građansko pravo; dok talijanski pravni sustav uređuje privatno pravo (a time se misli na: stvarno, obvezno, nasljedno, obiteljsko, radno, trgovačko...) jednim jedinim opsežnim građanskim zakonikom (*codice civile*).<sup>4</sup> *Prima facie* moglo bi se izvesti kako su talijanska pravna rješenja koherentnija i potpunija s obzirom na to da nalaze uređenje u istom zakoniku koji uređuje također stvarnopravna i obveznopravna pitanja koja se odnose na bračne drugove kao i na sve ostale subjekte. Ipak će se dokazati da u oba pravna sustava prevladava potreba posebnog normiranja tih odnosa, pravilima kojima se ističe posebnost obiteljskih odnosa. Obiteljski sustav unutar talijanskoga građanskog zakonika moglo bi se reći da gotovo samostalno regulira odnose u obitelji jer ih smatra takvima da se ne mogu zbog predmeta, prirode i obilježja podvesti pod uređenje obveznog i stvarnog prava.

S druge strane, valja naglasiti da hrvatsko obiteljsko pravo bivajući uređeno zasebnim zakonom ponekad pati od posljedica fragmentarnosti i nekoherentnosti postojećih pravnih rješenja koja proizlaze iz kombinirane primjene odredaba koje se nalaze u različitim propisima. Ipak, prednost je postojanja zasebnoga obiteljskog zakonodavstva ta da se mogu puno brže prihvatiti nova, modernija pravna rješenja, pa tako slijediti suvremeni trendovi u normiranju obiteljskih odnosa. Primjerice, u oba će se pravna sustava analizirati ugovorno uređenje imovinskih odnosa među bračnim drugovima i dokazat će se kako hrvatski propisi u većoj mjeri odgovaraju težnjama afirmiranja autonomije volje bračnih drugova u odnosu na talijanska pravna rješenja kojima *de facto* talijanski bračni drugovi ne mogu sklopiti bračni ugovor, odnosno imaju prilično ograničenu slobodu ugovornog uređenja imovinskih odnosa.

## **2. IMOVINSKI ODNOSI BRAČNIH DRUGOVA U HRVATSKOM OBITELJSKOM PRAVU**

Hrvatski zakonodavac posvećuje imovinskim odnosima bračnih drugova svega četrnaest članaka (od 34. do 46. članka) Obiteljskoga zakona.<sup>5</sup>

Usporedbe radi, talijanski *codice civile* uređuje materiju člancima od 177. do 230.ter, što znači s više od pedeset odredaba.

Stajalište autora je da nije potrebno, niti smisleno, slijediti postojeći trend (bilo nacionalan, bilo globalan) hipernormiranja i detaljiziranja, jer to dovodi do raznih poteškoća u tumačenju i primjeni propisa. Također ne mislimo da se može pitanje

Privato dell'Unione Europea, Torino, Giappichelli, 2017., str. 301.

4 Codice civile iz 1942. godine (Regio Decreto 16 marzo 1942 – XX, n. 262).

5 Obiteljski zakon, NN, br. 103/2015.

kvalitetnog uređenja imovinskih odnosa svesti na količinu odredaba. Ipak, iako se u posljednjih nekoliko desetljeća ovaj dio hrvatskoga obiteljskog prava razvija, valja istaknuti da ima prostora za daljnji napredak. U prošlosti su imovinski odnosi smatrani manje bitnim dijelom obiteljskopравnih odnosa, stoga su se uređivali većinom strogim propisima uz ograničenu stranačku slobodu.<sup>6</sup> Jasno se ističe u doktrini kako su dugo vremena u odnosu na neka poredbena rješenja u tuzemnom pravnom sustavu imovinski odnosi bili pojednostavljeni i šturo uređeni.<sup>7</sup>

To se u posljednjim desetljećima promijenilo, pa se sve veća pozornost pridaje tom dijelu obiteljskog zakonodavstva.<sup>8</sup> Osnovna su dostignuća tog procesa razvoja imovinskog obiteljskog prava ostvarena zahvaljujući zakonodavnoj aktivnosti i sudskoj praksi, a mogu se najbolje ogledati u afirmiranoj zaštiti autonomije volje bračnih drugova glede uređenja međusobnih imovinskih interesa, kao i u zaštiti prava poštenih trećih osoba.

Pravna analiza uređenja imovinskih odnosa bračnih drugova ne može se provesti mimo raščlambe temeljnih načela na kojima počiva cjelokupno obiteljsko pravo. Naime, ne valja promatrati imovinske odnose poput odvojene cjeline u odnosu na sferu osobnih prava bračnih drugova. Upravo radi tih specifičnih odnosa koji se zbog intimne naravi razlikuju od ostalih, norme koje uređuju imovinu u braku imaju specifična obilježja. U tom pogledu prof. Korać Graovac naglašava da „životna zajednica bračnih drugova u pravilu obuhvaća zajedničko domaćinstvo u kojem se ispunjava ekonomska funkcija braka“. Naime, pojmovi „životna zajednica“ i „ekonomska funkcija braka“ snažno obilježavaju spoj osobnih i imovinskih prava i obveza u obitelji.

Ustav Republike Hrvatske člankom 62. naglašava da su brak i odnosi u braku uređeni zakonom, a Obiteljski zakon je taj koji prije ostalih ih uređuje kroz ranije spomenute članke i svoje uvodne odredbe.<sup>9</sup> Naime, kako ističe članak 4. važećega Obiteljskog zakona „solidarnost je temeljno načelo obiteljskog života. Svi članovi obitelji moraju se uzajamno poštovati i jedan drugome pomagati“. Nesporno je da se pojam „pomaganja“ tumači i u moralnom i u materijalnom smislu riječi. Načelu obiteljske solidarnosti prethodi u Obiteljskom zakonu načelo ravnopravnosti muškarca i žene. Zakonodavac je nedavnom reformom obiteljskog zakonodavstva izričito propisao člankom 3., stavkom 1. da „žena i muškarac imaju međusobno jednaka prava i dužnosti u svim obiteljsko-pravnim odnosima, a posebno u odnosu na roditeljsku skrb“.

*Ratio legis* svake od postojećih odredaba kojom su regulirani imovinski odnosi bračnih drugova potvrđuje kako načelo obiteljske solidarnosti i načelo ravnopravnosti

6 Korać Graovac, A., *Imovinski odnosi bračnih drugova*, u Alinčić, M., i dr., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 498.

7 Loc. cit.

8 O razvoju prava na autonomiju u bračnom imovinskom pravu upućuje se na Čulo, A., Radina, A., Valjanost bračnog ugovora, u: Rešetar, B., Župan, M., *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Osijek, Pravni fakultet u Osijeku, 2011., str. 140.

9 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/1990., 135/1997., 08/1998., 113/2000., 124/2000., 28/2001., 41/2001., 55/2001., 76/2010., 85/2010., 05/2014.



muškarca i žene, premda poštujući stranačku slobodu ugovaranja, čine jezgru ponuđenih pravnih rješenja u domaćem obiteljskom pravu.

### **2.1. Zakonsko uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova**

Prema hrvatskom obiteljskom pravu bračni drugovi mogu urediti međusobne imovinske odnose na dva načina: zakonskim ili ugovornim uređenjem imovinskih odnosa. Valja spomenuti kako se iste odredbe primjenjuju i na izvanbračne zajednice regulirane člankom 11. Obiteljskog zakona. Na zajednice osoba istog spola (bilo registrirane ili neformalne) primjenjuju članci od 50. do 54. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola, koji sadrže uređenje istovjetno onome iz Obiteljskog zakona, odnosno upućuje na primjenu toga Zakona za sva pitanja koja nisu izričito normirana.<sup>10</sup>

Već iz prve odredbe koja otvara dio Obiteljskog zakona pod naslovom „imovinski odnosi bračnih drugova“ (čl. 34.) razvidan je dispozitivan karakter ovih odredaba. Naime, na imovinske će se odnose bračnih drugova primjenjivati odredbe tog zakona ako bračni drugovi nisu te odnose uredili bračnim ugovorom. *Ergo*, bračni drugovi imaju slobodu ugovoriti međusobno različito uređenje njihovih imovinskih interesa. Naprotiv, ako bračni drugovi ne odluče različito urediti međusobne imovinske interese, primijenit će se zakonski režim koji je propisan člancima od 35. do 39. Obiteljskoga zakona, kojima se definiraju bračna stečevina i vlastita imovina (čl. 35., 36. i 39.), propisuju se pravila upravljanja bračnom stečevinom (čl. 37.) te se propisuje podredna primjena stavnormopravnih i obveznormopravnih propisa (čl. 38.).<sup>11</sup>

Prvi stavak članka 36. Obiteljskog zakona propisuje kako bračnu stečevinu čini imovina koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine.<sup>12</sup> U usporedbi s talijanskim pravom, hrvatski zakonodavac postavlja restriktivniju osnovu stjecanja bračne stečevine: rad. No, ono što se također razlikuje i što je zanimljivo u hrvatskom obiteljskopravnom rješenju jest vremensko vezivanje stjecanja bračne stečevine za trajanje „bračne zajednice“, a

10 Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN, br. 92/2014.

11 Detaljnu analizu nudi: Belaj, V., Bračna stečevina po obiteljskom zakonu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23., 1/2002, str. 179-200.

12 Uobičajenim predmetom bračne stečevine smatraju se: plaća, vlasništvo nad pokretninama i/ili nekretninama stečenima na osnovi rada, vlasništvo nad trgovačkom društvu ili obrtu, ušteđevina, prihodi od bračne stečevine itd... Korać Graovac, A., op. cit., str. 505, ističe kako je zanimljivo da ulaze u ovu kategoriju i predmeti za osobnu uporabu, što je potpuno oprečno regulirano u talijanskom pravu (čl. 179. *codice civile*). O predmetu bračne stečevine sve će se češće u praksi pojavljivati pitanja koja se odnose na neke nove kategorije, poput prava na temelju dionica i dividenda trgovačkih društava. Upućuje se također na Rešetar, B., Josipović, U., Sporna pitanja bračne stečevine s osvrtnom na bankovne ugovore bračnih drugova, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, 1/2013, str. 115-138. Sudska praksa često tumači predmet bračne stečevine. Primjerice, često se u sudskoj praksi pojavljuje pitanje ulazi li vlasništvo stečeno na temelju ugovora o doživotnom ili dosmrtnom uzdržavanju u bračnu stečevinu. U tom pogledu ugovor o doživotnom uzdržavanju u svojim bitnim obilježjima tumači se kao naplatan pravni posao. Upućuje se na: VSRH Rev X 29/2015-2; VSRH Rev 2097/2011-2 dostupno na: [www.iusinfo.hr](http://www.iusinfo.hr), posjećeno 7.1.2019.

bračnu se zajednicu kvalificira „životnim sadržajem braka“.<sup>13</sup> Talijanski pravni sustav propisuje znatno veće razdoblje unutar kojeg se stječe zajednička imovina.<sup>14</sup> Skreće se pozornost na to da hrvatski Obiteljski zakon ne govori o braku, već o bračnoj zajednici.<sup>15</sup> Polazeći od očite konstatacije da se prestanak bračne zajednice i prestanak braka često ne podudaraju, ovim rješenjem zakonodavac usko povezuje imovinske odnose s ranije spomenutim načelom obiteljske solidarnosti. Ako više nema bračne zajednice, odnosno one životne zajednice u kojoj se ostvaruje ekonomska funkcija braka, onda nema ni svrhe postojanju zakonskog režima uređenja imovinskih odnosa bračnih druga.<sup>16</sup> Kako bi se shvatio razlog ovakvog uređenja, valja pročitati odredbu iz stavka 3., članka 36. koja glasi: „bračni su drugovi jednakim dijelovima suvlasnici bračne stečevine, ako nisu drugačije ugovorili“.<sup>17</sup> Ovom se normom afirmiraju načelo obiteljske solidarnosti i načelo ravnopravnosti žene i muškarca, budući da propisuje neoborivu presumpciju suvlasništva u jednakim dijelovima neovisno o konkretnom doprinosu svakoga bračnog druga.<sup>18</sup> U prošlosti se u obiteljskom zakonodavstvu bračnu stečevinu uvrštavala u zajedničku imovinu, što je značilo da su se sve do stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 1998. udjeli bračnih drugova u imovini mogli odrediti, ali nisu bili određeni do eventualnog sporazuma bračnih drugova ili sudskog postupka.<sup>19</sup> Naprotiv, posljednjih dva desetljeća, iako se u tom kratkom razdoblju izmijenilo čak četiri obiteljskih zakona, što ne ide u prilog očuvanju kontinuiteta pravnih rješenja niti postignutih usuglašenih stajališta u sudskoj praksi koji uvelike pomažu u daljnjim naporima razvoja ovih aspekata obiteljskog prava, suvlasništvo je

13 Korać Graovac, A., op. cit., str. 502-503.

14 Misli se na čl. 177. *codice civilea*.

15 U tom pogledu valja spomenuti da je davno obiteljski zakonodavac zamijenio pojam „braka“ s pojmom „bračna zajednica“. Preciznije, čl. 271. Zakona o braku i porodičnim odnosima, NN, br. 11/1978, 27/1978, 45/1989 i 59/1990 zamjenjuje se pojam brak s bračnom zajednicom. V. Mladenović, M., *Porodično pravo*, knjiga II, Beograd, Privredna štampa, 1981., str. 648, koji doslovno stiče da „pod brakom se smatra samo ‘živi’ brak, onaj koji *de facto* postoji, a ne samo formalno“. Nadalje, upućuje se na Prokop, A., *Komentar osnovnom zakonu o braku*, I, Zagreb, 1959., str. 28. Autorica ističe kako se već za vrijeme primjene Osnovnog zakona o braku, Službeni list FNRJ, br. 29/1946, kad se u članku 10. navodio „brak“, a ne kasniji termini „bračna zajednica“, razvijala sudska praksa kojom se više nije vidjela u toj odredbi svrha stjecanja zajedničke imovine ako to nije bila istinska stečevina bračne zajednice.

16 Potrebno je pojasniti da nije svaki prekid bračne zajednice nužno takve prirode da obilježava kraj bračnog odnosa. Kao što je jasno isticala prof. Prokop, „drugačija je situacija ako bračni drugovi samo privremeno odvojeno žive, a da uopće nije došlo do poremećenosti bračnih odnosa“. „Tada ustvari nema prekida bračne zajednice (...)“. Doslovno preuzeto, loc. cit.

17 U sudskoj se praksi jasno potvrđuje djelovanje ove neoborive presumpcije. U tom pogledu izdvajamo među ostalim: Županijski sud u Splitu, Gž Ob-97/16, od 15.IX.2016.

18 Usp. Korać Graovac, A., op. cit., str. 503.

19 Obiteljski zakon, NN, br. 162/1998. počeo se primjenjivati 1. srpnja 1999., tako da je u razdoblju između njegova stupanja na snagu i primjene postala određena *vacatio legis* koja je bila predmetom više tumačenja u literaturi. Usp. Hrabar, D., *Retroaktivnost i stečena prava prema obiteljskom pravu*, Hrvatska pravna revija, 5/2005, str. 38-46. Kačer, H., *Jedna dvojba glede primjene ObZ ili imaju li odredbe ObZ o bračnoj stečevini povratni učinak*, *Pravo i porezi*, 12, 1999., god. 8., str. 26-32. O ranijem zakonskom uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova upućuje se na: Hrabar, D., *Režim stjecanja i diobe imovine bračnih drugova u hrvatskom i poredbenom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 44, 3/1994, str. 235-252.

zamijenilo zajedničko vlasništvo. No, obiteljsko zakonodavstvo propisujući isključivo ovu presumpciju *iuris et de iure* uz nekoliko dodatnih normi glede upravljanja s imovinom nužno upućuje na primjenu stvarnopravnih propisa u pogledu uređenja brojnih aspekata suvlasništva koji nisu drukčije propisani Obiteljskim zakonom.<sup>20</sup>

Vidjet će se kasnije kako talijanski *codice civile* ne propisuje istovjetno rješenje. Naprotiv, kvalificira bračnu stečevinu kao zajedničko vlasništvo i ne predmnijeva paritetne dijelove, što nedvojbeno asocira na rješenje koje je postojalo u ne tako davnoj povijesti tuzemnog obiteljskog prava. Naime, pravno rješenje koje je u našoj prošlosti izazivalo mnoge poteškoće u praktičnoj primjeni, posebno u zaštiti trećih osoba, još i danas u talijanskom pravnom sustavu budi iste prijepore.

Zakonski režim bračnih drugova poznaje osim bračne stečevine i vlastitu imovinu. Osim imovine koju bračni drugovi imaju u trenutku sklapanja braka, u vlastitu se imovinu ubraja i sva imovina koju je bračni drug stekao tijekom bračne zajednice na osnovi različitoj od rada (primjerice, nasljeđivanjem ili darovanjem).<sup>21</sup> U vlastitu imovinu ubrajaju se i autorska djela. S time u vezi, valja se osvrnuti na drugi stavak člankom 36. Obiteljskog zakona koji, naprotiv, propisuje kako dobitak od igara na sreću i imovinska korist od autorskoga prava i drugim pravima njemu srodnim ulaze u bračnu stečevinu. Znači da autorsko pravo ostaje vlastita imovina bračnog druga, dok eventualna imovinska korist koja proizlazi iz toga istog autorskog djela ulazi u bračnu stečevinu. Vezano za dobitak od igara na sreću, prilično je rijetko naići na normu kojom se ciljano ističu dobitci od igara na sreću kao kategorija dobara koja se ubraja u bračnu stečevinu. Zsigurno je ne nalazimo u talijanskom obiteljskom pravo, a rijetko bismo ju pronašli i u nekim drugim pravnim sustavima. Prema shvaćanju obiteljskopravne doktrine ubrajanje dobitaka od igara na sreću u bračnu stečevinu izraz je obiteljske solidarnosti, budući da je vrlo teško utvrditi podrijetlo novca s kojim je uplaćen sretan listić. No, postavlja se pitanje kako tumačiti suprotnu situaciju; onda kad umjesto dobitka nastane gubitak od igara na sreću. Nažalost ovo se doima mnogo češćim životnim primjerom u odnosu na dobitke od igara na sreću. Treba li se, analognim pravnim razmišljanjem, tumačiti da oba bračna druga solidarno odgovaraju za nastali dug? U nastavku će se rada analizirati odgovornost bračnih drugova za obveze prema trećima i pokušati odgovoriti na to.

Novouvedeni četvrti stavak članka 36. Obiteljskoga zakona glasi: „Uknjižba prava vlasništva na bračnoj stečevini koja je u naravi nekretnina može se provesti i na temelju prijedloga obaju bračnih drugova koji sadrži izričitu, pisanu i bezuvjetnu izjavu kojom jedan bračni drug pristaje na uknjižbu prava vlasništva drugoga bračnog druga u jednakim dijelovima ili drukčije ako su tako ugovorili“. Nadalje, peti stavak propisuje da navedena izjava mora biti ovjerena kod javnog bilježnika. Ovo je

20 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001., 79/2006., 141/2006., 146/2008., 38/2009., 153/2009., 143/2012., 152/2014. Više o svemu u: Belaj, V., Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, 1/2005, str. 346.; Klarić, P., Vedriš, M., *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 247. Također v. Hrabar, D., Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe, *Godišnjak 9, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2002., str. 46.

21 Hrabar, D., Status imovine..., cit., str. 49.

rješenje uvedeno Obiteljskim zakonom iz 2014., a zadržano je i u trenutačno važećem zakonu uz neke korekcije.<sup>22</sup> Naime, u formulaciji spomenutog stavka u Obiteljskom zakonu iz 2014. stajalo je da „uknjižba prava vlasništva na bračnoj stečevini koja je u naravi nekretnina provodi se na temelju prijedloga obaju bračnih drugova koji sadrži izričitu, pisanu i bezuvjetnu izjavu (...)“; dok sadašnja norma umjesto „provodi se na temelju...“ glasi „može se provesti i na temelju“. Iz obrazloženja odredbi predloženog zakona iz 2014. pod novim člankom 36. glede četvrtog stavka može se pročitati kako se prema stavu pisca zakona tom odredbom nastoji „izbjeći pravna nesigurnost u prometu nekretnina“. Polazeći od načela povjerenja u zemljišne knjige, prema članku 8. Zakona o zemljišnim knjigama poštena treća osoba smatra istinitim ono što je upisano u zemljišne knjige.<sup>23</sup> Prema obrazloženju odredbi tada predlaganoga zakona uvođenje ove odredbe s obiteljskopravne perspektive nalazi razlog u različitim stajalištima koja su se pojavila u sudskoj praksi, a opravdanost u cilju postizanja potpunog funkcioniranja načela povjerenja u zemljišne knjige kad je u pitanju imovina (nekretnine) koja ulazi u bračnu stečevinu.<sup>24</sup> U obrazloženju odredbi predloženoga zakona, koje se nalazilo iza teksta konačnog prijedloga Obiteljskog zakona predstavljenog u 2014. godine stoji da: „potrebno je pojednostaviti postupak uknjižbe prava vlasništva stečenog na temelju odredbe o bračnoj stečevini budući da Zakon o zemljišnim knjigama ne predviđa pojednostavljen način uknjižbe ovoga sui generis stečena prava vlasništva, pa bračni drugovi podliježu općim pravilima glede uknjižbe“.

Prema shvaćanju autorica, novouvedeni stavak 4. članka 36. propisuje da prijedlog uknjižbe oba bračna druga sadrži izjavu kojom jedan bračni drug pristaje na uknjižbu drugoga bračnog druga (*klauzulu intabulandi*). Iz gramatičkog tumačenja dalo bi se zaključiti da su to situacije kad bi isključivo jedan bračni bio upisan u zemljišnim knjigama, iako se radi o nekretnini koja je predmetom bračne stečevine.<sup>25</sup>

S time u vezi, valja spomenuti članak 37. Obiteljskoga zakona kojim se uređuje upravljanje bračnom stečevinom. Prvi stavak definira (premda ne taksativno) mogući primjeri redovitog upravljanja bračnom stečevinom te sadrži oborivu presumpciju

22 Obiteljski zakon, NN, br. 75/2014, 83/2014, 05/2015.

23 Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 114/2001, 100/2004, 107/2007, 152/2008, 126/2010, 55/2013, 60/2013, 108/2017.

24 V. odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske od 13. listopada 2004., posl. broj U-III-493/2002. (NN, br. 150/2004.), ali i odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske od 14. lipnja 2011., posl. broj U-III-103/2008. Nadalje, odluku Vrhovnog suda od 23. travnja 1997., posl. broj Rev 2772/95 te odluku Vrhovnog suda od 19. listopada 2005., posl. br. Rev 142/2004. Recentno, v. odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 29. listopada 2013., posl. broj Rev 1867/12-2. Također, v. Županijski sud u Splitu, Gž Ob-97/16, od 15.IX.2016.; Županijski sud u Varaždinu, Gž Ovr-236/17-5, od 27.5.2017. U literaturi *ex plurimis* izdvajamo: Crnić, J., Končić, A., Utjecaj propisa o bračnoj stečevini te učincima izvanbračne zajednice na povjerenje u zemljišne knjige, Informator, br. 5487-5488, Zagreb, 7. i 11. listopada 2006., str. 1-9.; Kačer, H., (Izvan)bračna stečevina i zemljišne knjige – neka pitanja i dvojbe, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55, 3-4/2005, str. 1037-1074.; Radolović, A., Načelo povjerenja (pouzdanja) u zemljišnu knjigu i raspolaganje bračnom stečevinom – kritički prikaz i analiza recentne prakse u Republici Hrvatskoj i Republici Sloveniji, Hrvatska pravna revija, 5/2005, str. 61-66.

25 Čl. 54. Zakona o zemljišnim knjigama.

suglasnosti drugoga bračnog druga. Drugim stavkom zakonodavac nudi prilično iscrpan popis izvanrednih poslova za čije je poduzimanje potrebno zajedničko djelovanje ili pisana suglasnost s ovjerom potpisa kod javnog bilježnika bračnog druga koji ne sudjeluje u poslu. U trećem se stavku jasno propisuju posljedice nepostojanja suglasnosti i za poslove redovitog i izvanrednog upravljanja. U odnosu na poštene treće osobe, u oba slučaja nepostojanje suglasnosti ne utječe na njihova prava i obveze stečene sklapanjem pravnog posla s bračnim drugom. U odnosu na bračnog druga koji nije dao suglasnost, propisuje se mogućnost da on traži naknadu štete, ali samo ako su u pitanju izvanredni poslovi. U ranije tumačenom obrazloženju nisu pronađeni argumenti u smislu povezivanja ovih posljedica i novouvedene *klauzule intabulandi*. Ipak, držimo korisnim istaknuti da se kombiniranim čitanjem ovih odredaba Obiteljskog zakona može zaključiti da daju rješenje kojim se kompromisno rješava delikatno pitanje treba li prevagnuti zaštita poštenog trećeg, što je zasigurno odgovor koji prevladava iz građanskopravne perspektive ili treba prevagnuti prema obiteljskopravnom pristupu neupisani bračni drug. Kompromis kojeg čine s jedne strane mogućnost davanja izjave koja sadrži *klauzulu intabulandi* u korist drugoga bračnog druga, a s druge izričita zaštita poštenog trećeg na kojeg se ne odražavaju posljedice eventualno izvanrednog posla kojeg je poduzeo jedan bračni drug *ultra vires*, izražava se u tomu što ako se bračni drug ne upiše na temelju mogućnosti predviđene člankom 36., stavkom 4., kasnije ne može pobijati posao između drugoga bračnog druga i poštenog trećeg. Jedino što može tražiti jest naknadu štete od strane drugoga bračnog druga. Radi se o novini u zakonodavstvu koja dodatno unaprjeđuje uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova, osobito kad je pitanje posljedica njihovog poduzimanja pravnih radnji s trećim osobama.

## 2.2. Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova

Obiteljski zakonodavac dopušta bračnim drugovima mogućnost ugovornog uređenja međusobnih imovinskih odnosa. Predmet i način sklapanja bračnog ugovora, kao i pravni učinci u odnosu na treće osobe regulirani su člankom 40. Obiteljskoga zakona. Radi se o odredbi koja je po svom sadržaju ista od prvog Obiteljskog zakona iz 1998., kad se prvi put uvela mogućnost šireg ugovaranja imovinskih odnosa u braku, pa sve do trenutno važećeg zakona.<sup>26</sup> Premda je mogućnost ugovaranja različitog režima u odnosu na zakonski izraz afirmacije autonomije volje bračnih drugova, ipak se u društvu ta prilika rijetko koristi. Kao što se ističe u (domaćoj i inozemnoj) obiteljskopravnoj doktrini često se gleda na namjeru detaljnog reguliranja imovinske sfere međusobnih odnosa kao na nešto što se bitno kosi s romantičnom idejom braka.<sup>27</sup> *De facto*, bračni drugovi ne sklapaju često bračne ugovore bilo iz razloga što nisu dovoljno informirani o načinima i mogućnostima uređenja međusobnih

26 Belaj, V., op. cit., str., 356; Korać Graovac, A., op. cit., 514. čl. 259., Obiteljski zakon, NN, br. 162/1998.; čl. 255. Obiteljskog zakona, NN, br. 116/2003., 17/2004., 136/2004., 107/2007., 57/2011., 61/2011., 25/2013., 05/2015.; čl. 40. Obiteljski zakon, NN, br. 75/2014., 83/2014., 05/2015.

27 Loc. cit.; Patti, S., Cubeddu, M. G., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008., str. 197.

imovinskih interesa u braku, bilo iz razloga što misle da je zakonski režim primjeren zaštiti njihovih imovinskih interesa.<sup>28</sup> Kad bi se vodila evidencija bračnih ugovora, primjerice često zagovaranim, ali nikad ozbiljno razmatranim prijedlogom uvođenja registra, znalo bi se o kojem broju sklopljenih bračnih ugovora govorimo, a ujedno bi se trećima jamčila mogućnost upoznavanja sa strukturom imovinskih odnosa potencijalnih dužnika.<sup>29</sup>

Ipak, valja uzeti u obzir određene parametre koji bi mogli ukazati na porast broja bračnih ugovora u budućnosti. Ponajprije, treba uzeti u obzir da postoji određen broj građana s visokim prihodima koji zasigurno imaju interesa odstupiti od zakonskog režima koji, kao što se spominjalo, počiva na načelu obiteljske solidarnosti neovisno o realnom doprinosu u stvaranju bračne stečevine. Također bi valjalo uzeti u obzir da osobe ulaze u brak u sve zrelijim godinama, pa je utemeljeno zaključiti da bi mogle ozbiljnije razmišljati o reguliranju pitanja imovine. Zapravo ovaj se zaključak izvodi iz razmatranja talijanske doktrine koja ističe da, što su nevjesta i ženik stariji, to rjeđe biraju zakonski režim zajedničke imovine.<sup>30</sup> Kao treće, za vjerovati je da će osobe koje ulaze u novi brak, ponukane ranijem iskustvom, drugi put ugovorno urediti međusobne imovinske interese. U tom pogledu, ističe se u doktrini kako je sklapanje bračnih ugovora „postalo raširenije kao način uređenja imovinskih odnosa prije razvoda braka kod bračnih drugova koji su zadržali sposobnost komunikacije, kao način izbjegavanja sudskog spora o imovinskim odnosima“.<sup>31</sup>

Prvi stavak članka 40. Obiteljskog zakona propisuje da se bračnim ugovorom mogu urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini. Što se tiče forme, prema trećem stavku istog članka, kako bi ugovor bio valjan potrebno ga je sklopiti u pisanom obliku, a potpisi bračnih drugova moraju biti ovjereni kod javnog bilježnika. S obzirom na to da predmet bračnog ugovora nije izričito određen, dalo bi se zaključiti da je svaki bračni ugovor koji se ne protivi prisilnim propisima dopušten. Naime, u doktrini se detaljno razrađuje pitanje prepoznavanja mogućega predmeta bračnog ugovora, odnosno definiranja osnovnog sadržaja ugovaranja u odnosu na bračnu stečevinu u cilju otklona zakonskog režima.<sup>32</sup> Zatim se istražuje koja bi se stvarna i/ili obvezna prava mogla osnovati na tom ugovoru te koja se pitanja uređuju, a da se odnose na sam bračni ugovor (npr. određeni rok, uvjet, raskid...)<sup>33</sup> Nemajući dovoljno prostora u ovom radu za dublje upoznavanje s bračnim ugovorom, za potrebe komparativne analize dvaju sustava, dovoljno je istaknuti da talijansko pravo ne dopušta bračnim drugovima mogućnost ugovornog uređenja imovinskih

28 Premda je matičar prema čl. 15., st. 5. Obiteljskog zakona dužan nevjestu i ženika upoznati s mogućnostima uređenja imovinskih odnosa prema Zakonu, teško je da su uočili sklapanja braka nevjesta i ženik na to fokusirani.

29 O mogućim načinima uvođenja registra bračnih ugovora detaljno su pisali: Čulo, A., Šimović, I., Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 59, 5/2009, str. 1029-1068.

30 U tom pogledu, u Italiji bračni drugovi sve češće odabiru režim odvojenih imovina, koji je u talijanskom pravnom sustavu bio zakonski režim sve do reforme iz 1975. godine.

31 Doslovno citiram: Korać Graovac, A., op. cit., str. 515.

32 Majstorović, I., Bračni ugovor: novina hrvatskog obiteljskog prava, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2005., str. 194 et seq.

33 Ibid., str. 201 et seq.

odnosa nalik hrvatskom bračnom ugovoru kojeg možemo prema sadržaju kvalificirati kao atipičnim, budući da dopušta doista veliku slobodu ugovaranja, a svaka bračna zajednica bi mogla imati svoje razloge zašto urediti neke aspekte njihovih imovinskih odnosa baš na određeni način.<sup>34</sup>

Za potrebe ovog rada valja spomenuti članak 42. Obiteljskog zakona koji uvodi jedno (od rijetkih) ograničenja slobodi ugovaranja bračnih drugova. Preciznije, tom se odredbom zabranjuje bračnim drugovima ugovaranje primjene stranog prava pri uređenju njihovih imovinskih odnosa. Doktrina nalazi opravdanje ovoj zabrani u potrebi da bračni drugovi primjene svojim imovinskim odnosima propis nacionalnog zakonodavstva, odnosno onog sustava za kojeg se smatra da su najuže vezani. Pretpostavlja se da će bračni drugovi najbolje poznavati upravo domaće zakonodavstvo. Štoviše, ideja zakonodavca je ta da se izbjegne primjena stranog prava koje bi moglo biti manje povoljno za bračne drugove u odnosu na domaće.<sup>35</sup>

Radi se o zabrani koju se može nerijetko pronaći u europskim obiteljskim zakonodavstvima. Primjerice, nailazimo na istovjetnu odredbu u § 1409. njemačkoga BGB-a, dok u članku 161. talijanskog *codice civile* stoji (nejasna) zabrana uređenja imovinskih odnosa „općenitom primjenom pravnih izvora koji se uobičajeno ne primjenjuju na bračne drugove“. To bi značilo da se može primijeniti strano pravo i kad se radi o talijanskim bračnim drugovima, ali je potrebno jasno navesti izvore i sadržaj. Doima se da različito od hrvatskoga zakonodavca, talijanski ne brine o tomu hoće li se primijeniti pravo koje najviše ide *in favorem* bračnim drugovima jer ga najbolje poznaju, već pravno rješenje koje i treće osobe, koje dolaze u doticaj s bračnim drugovima (kao dužnicima) i njihovom imovinom, poznaju ili bi mogle lako upoznati. To se izvodi iz tumačenja doktrine na temelju kojih se zaključuje da bračni drugovi, ako izaberu strano pravo moraju navesti točne izvore i odredbe u sporazumu. Radi se o liberalnijem rješenju, ali ne smijemo zaboraviti da talijanski bračni drugovi ne mogu istinski ugovorno urediti imovinske odnose. Stoga u već ograničenom prostoru izražavanja autonomije volje bračnih drugova nije bilo potrebe za dodatnim sužavanjem uvođenjem navedene zabrane.

U svim tim rješenjima prepoznamo zajedničku *ratio legis*: jamčenje sustava uređenja imovinskih odnosa koji počiva na pravilima s kojima su bračni drugovi upoznati i kojima se također trećim osobama, koje dolaze u doticaj s imovinom bračnih drugova, jamči mogućnost ostvarivanja svojih prava i potraživanja. Uredbom 1103/2016, barem u dijelu koji se odnosi na bračnoimovinske režime koja imaju prekogranična obilježja doći će do promjena s obzirom na mogućnost odabira mjerodavnog prava. To će zasigurno dovesti do određenih teškoća s obzirom na već spomenuti nedostatak informiranosti bračnih drugova u pogledu uređenja u nacionalnom zakonodavstvu, a kamoli u stranom. Štoviše, nedostatak ili nedostatnost publiciteta postojećih imovinskopravnih režima u ponekim sustavima (poput hrvatskog i talijanskog) mogao bi izazvati probleme glede sposobnosti poštenih trećih

34 Vidi više u: Ivančić-Kačer, B., Klasiček, D., Bračni ugovor – neka otvorena pitanja, u: Hrbar, D. (ur.), *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008, str. 1-30.; Belaj, V., op. cit., str. 358.

35 Korać Graovac, A., op. cit., str. 517; Majstorović, op. cit., str. 215.

osoba da znaju kojim su pravilima uređeni imovinski odnosi bračnih drugova s kojima sklapaju pravne poslove, odnosno koji postaju njihovi dužnici.

### **2.3. Odgovornost bračnih drugova za obveze prema trećim osobama**

U svjetlu razmatranoga drži se potrebnim analizirati još jedan aspekt imovinskih odnosa bračnih drugova, koji se odnosi na njihovu odgovornost za obveze koje su preuzeli prema trećim osobama. S tim u vezi, Obiteljskim zakonom iz 2014. godine ponovno su uvedene odredbe koje je kasnije zadržao i Obiteljski zakon iz 2015. godine, a kojima se propisuje odgovornost bračnih drugova za obveze prema trećim osobama. Riječ je o člancima 43. i 44. Obiteljskog zakona koji se odnose na pojedinačne i na solidarne obveze bračnih drugova. U ovom će dijelu rada doktrina koja datira iz ranijih razdoblja uređenja obiteljskog prava poslužiti tumačenju „novih“ odredaba.<sup>36</sup> Naime, slične su odredbe postajale u prošlosti u razdoblju kad se primjenjivao Osnovni zakon o braku iz 1946. godine, kao i Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1978. godine.<sup>37</sup>

Štoviše, kao što proizlazi iz obrazloženja odredbi Obiteljskog zakona iz 2014. te iz provedenog istraživanja koji je prethodio pisanju ovog rada, istovjetna rješenja poznata su u poredbenom pravu.<sup>38</sup> Osobito talijanska doktrina razvila je mnogobrojne teorije i ponudila raznovrsna tumačenja koja *de facto* ukazuju na složenost i slojevitost ovog pitanja, a ta će kompleksnost samo rasti stupanjem na snagu Uredbe br. 1103/2016. To i jest razlog što smo odabrali taj strani pravni sustav. Tamošnja plodna znanstvena rasprava mogla bi potaknuti daljnji razvoj ove materije i u tuzemnom pravu.

Prvi članak kojim se uređuje pitanje odgovornosti bračnih drugova za obveze prema trećima je članak 43. Obiteljskog zakona. Napose, propisano je da za obveze koje je jedan bračni drug imao prije sklapanja braka, taj bračni drug odgovara pojedinačno. Nadalje, odgovara pojedinačno i za obveze koje je preuzeo nakon sklapanja braka, ako se ne odnose na tekuće potrebe bračne i obiteljske zajednice. Drugim riječima, u navedenim situacijama drugi bračni drug ne odgovara. Postoji samo jedan dužnik od kojeg će treći vjerovnik tražiti ispunjenje obveze i koji će

36 Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., Imovinski odnosi, Alinčić, M. i dr., Obiteljsko pravo, Zagreb, Birotehnika CDO, 1994., str. 391; Alinčić, M., Bakarić, A., Porodično pravo, 3. izd., Zagreb, Narodne novine, 1989., str. 320; Alinčić, M., Bakarić-Mihanović, A., Porodično pravo, Zagreb, 1980., str. 361; Prokop, A., op. cit., str. 49.

37 Članak 11. Osnovnog zakona o braku iz 1946. godine, glasio je: “Za obveze, koje je jedan bračni drug imao prije stupanja u brak, kao i za obveze, koje primi poslije stupanja u brak, ne odgovara drugi bračni drug”. Nadalje, drugi je stavak glasio “Za obveze, koje u toku braka uzme na sebe jedan bračni drug za tekuće potrebe zajednice, odgovara vjerovnicima i drugi bračni drug kao da ih je on sam na sebe uzeo”. Dok je čl. 288. Zakona o braku i porodičnim odnosima iz 1978. godine glasio: “Za obveze koje je jedan bračni drug imao prije stupanja u brak kao i za obveze koje je samostalno preuzeo poslije stupanja u brak ne odgovara drugi bračni drug”. Nadalje drugi stavak: “Za obveze iz stava 1, ovog člana bračni drug odgovara svojom posebnom imovinom i svojim udjelom u zajedničkoj imovini”. Stavak 3.: “Zahtjev za utvrđivanje dijela bračnog druga u zajedničkoj imovini može postaviti i vjerovnik bračnog druga”.

38 Osim talijanskoga pravnog sustava, slična pravna rješenja nude § 96. austrijskog ABGB-a i § 1357. njemačkog BGB-a.



odgovarati svojom imovinom.

Nasuprot tomu, člankom 44. uređuje se solidarna odgovornost bračnih drugova. Prvi stavak glasi: „za obveze koje je jedan bračni drug preuzeo radi namirenja tekućih potreba bračne i obiteljske zajednice, kao i za obveze koje su bračni drugovi preuzeli zajednički u vezi s bračnom stečevinom, odgovaraju oba bračna druga solidarno bračnom stečevinom i vlastitom imovinom.“ Drugim stavkom propisano je pravo jednoga bračnog druga na regres u odnosu na drugoga bračnog druga ako je naplaćeno više nego što iznosi njegov dio duga. Konačno, trećim je stavkom postavljena oboriva presumpcija o odgovornosti bračnih drugova u jednakim dijelovima, što je logično predmnijevati s obzirom na presumpciju o suvlasništvu u bračnoj stečevini. Da se radi o oborivoj presumpciji čini se opravdanim s obzirom na to da bračni drugovi mogu ugovorno drukčije urediti međusobne imovinske interese. Nameću se razna pitanja vezana za tumačenje ove odredbe. U prvom redu, valja se osvrnuti na pojam „tekućih potreba bračne i obiteljske zajednice“. Uobičajeno je ubrajati među tekuće potrebe one koje se ponavljaju (npr. režije), ali mogu biti i potrebe koje se javljaju jednokratno.<sup>39</sup> Ipak, valja naglasiti da prema tumačenju doktrine pojam „tekućih“ potreba varira shodno ekonomskim i drugim prilikama bračnih drugova. S time u vezi, prof. Prokop isticala je kako kvalifikacija istih ovisi o subjektivnom kriteriju koji varira shodno ekonomskim prilikama koje kvalificiramo pojmom životni standard. Time se ističe da nije nužno rečeno da se za svaku obitelj mogu raspoznati iste „tekuće potrebe“. Stoga možemo zaključiti da ako je određena obveza nerazmjerno velika u odnosu na životni standard obitelji, mogla bi predstavljati pojedinačnu obvezu bračnog druga, pa time biti podložna primjeni članka 43 ako ju bračni drugovi nisu zajednički preuzeli. Postavlja se i dodatno pitanje razlike između tekućih potreba bračne zajednice i potreba obitelji. Ako postoji obitelj, odnosno kad su prisutna djeca, mogu li tekuće potrebe bračne zajednice, tumačeći taj pojam na način da isključuje potrebe djece, prevagnuti nad potrebama djece? Nije se naišlo u ovom istraživanju na sudsku praksu u tom pogledu, no zanimljivo je istaknuti da je to pitanje itekako prisutno u talijanskom pravu, dajući naslutiti da eventualne obveze preuzete u cilju (sebičnog) zadovoljavanja potreba bračnih drugova ne mogu se kvalificirati kao obveze za koje bračni drugovi odgovaraju i bračnom stečevinom. Naime, polazeći od postulata zaštite najboljeg interesa djeteta, talijanska doktrina afirmira da takve obveze ne mogu teretiti imovinu koja ulazi u bračnu stečevinu, koja s obzirom na afirmaciju načela solidarnosti u obitelji služi u prvom redu zadovoljavanju potreba djece (npr. školovanje i obrazovanje). Ipak, u tom pogledu, drži se da je inozemno tumačenje prilično strogo i teško primjenjivo u tuzemnom pravnom sustavu jer postoji jedna bitna razlika u pojmovima koji se koriste u hrvatskom i talijanskom zakonodavstvu. Za razliku od domaćeg obiteljskog prava, talijansko koristi pojam „interesa“ umjesto „potreba“, što uvelike otvara mogućnost i zadovoljavanju određenih potreba koje se teško mogu povezati s normalnim „funkcioniranjem“ bračne/obiteljske rutine.

U svakom slučaju, ne bi bilo zgorega detaljnije definirati ovaj pojam. Primjerice,

39 Prema obrazloženju odredbi uoči donošenja Obiteljskog zakona iz 2014. godine takve bi tekuće potrebe mogle biti, primjerice najam stana, nabavka hrane, odjeće ili obuće za članove obitelji, troškovi popravaka kućanskih aparata ili namještaja, troškovi liječenja itd.

što ako za zadovoljavanje tekućih potreba bračni drugovi posegnu za nenamjenskim kreditnim sredstvima, a kasnije se ta sredstva rasipnu za druge potrebe koje ne ulaze po definiciji u one tekuće bračne i/ili obiteljske? Ranije se govorilo o dobitcima od igara na sreću kao imovini koja ulazi u bračnu stečevinu: što s gubitcima? Pitanje je mogu li se smatrati dugovi za koja solidarno odgovaraju bračni drugovi, a sklonost je autorica tumačiti ih kao obveze koje *in re ipsa* nemaju obilježja iz članka 44. Obiteljskoga zakona. Iz prve se promišljalo pronaći opravdanje isključivanja u njihovu aleatornom karakteru; no, to nije dovoljno. Postoje aleatorni ugovori, poput ugovora o osiguranju koji se mogu sklopiti zbog opasnosti da se pojavi određeni štetni događaj. Njime se *de facto* štiti bračna stečevina (npr. osiguranje nekretnine). U tim je slučajevima preuzimanje rizika opravdano, dok kod igara na sreću nedostaje opravdanost preuzimanja rizika.

U nastavku prvog stavka, članak 44. spominje obveze koje su bračni drugovi preuzeli „zajednički u vezi s bračnom stečevinom“. Kad bi se tim izrazom mislilo na isto što i s „tekućim potrebama“ ne bi postojao razlog za ponavljanje. Razvidno je kako se pojmom obveza preuzetih zajednički u vezi s bračnom stečevinom gubi ideja „tekućih potreba“. Naprotiv, ide se u smjeru preuzimanja obveza koje mogu znatno više opteretiti imovinu bračnih drugova, a koje se odnose na poslove redovite ili čak izvanredne uprave bračne stečevine. U tim je obvezama bitno to što su preuzete zajednički. No, tu bi se moglo opetovano razmotriti pitanje njihove kvalifikacije. Presumira li nužno činjenica da je obveza preuzeta zajednički i njezinu povezanost s ostvarivanjem ekonomske funkcije bračne zajednice?

Možda je ipak dijelom nepotrebno postavljati ovo pitanje s obzirom na to da domaći obiteljski zakonodavac ne propisuje redosljed kojim će se treći vjerovnici naplatiti na imovini bračnih drugova. U predmetnoj odredbi stoji isključivo da bračni drugovi odgovaraju bračnom stečevinom i vlastitom imovinom. Razmišljajući o razlozima postojanja imovinskog režima kojeg poznajemo, a koji počiva na načelu obiteljske solidarnosti možda bi se tu moglo pronaći prostora za daljnje unaprjeđenje obiteljskog zakonodavstva.<sup>40</sup> S druge pak strane, svjesni smo temeljne kritike koja bi se mogla uputiti prijedlogu uvođenja redosljeda, a koja bi se odnosila na to da bi to značilo zahtijevati od trećeg vjerovnika da prije negoli se upusti u pravni posao s dužnikom provjeri njegovo bračno stanje, odnosno mogućnost naplate iz određene kategorije dobara kojima raspolaže bračni drug. To bi značilo da bi treća osoba/vjerovnik trebao moći znati unaprijed kako je određeni subjekt uredio svoju imovinsku sferu, što bi značilo zahtijevati preveliki angažman. A to bi bilo uistinu tako, osim kad bi se osvijestio i riješio drugi problem vezan za imovinske režime bračnih drugova, a to jest nedostatak adekvatnog publiciteta tih režima.

40 Obiteljskoppravna doktrina, ističući nedostatak normiranja redosljeda namirenja, podsjeća na postojeće „korekcije“ propisane Ovršni zakonom, Korać Graovac, A., op. cit., str. 522.

### 3. IMOVINSKI ODNOSI BRAČNIH DRUGOVA U TALIJANSKOM OBITELJSKOM PRAVU

Talijanski građanski zakonik (*codice civile*) člankom 143. propisuje obvezu oba bračna druga, u skladu s njegovim/njezinim mogućnostima i sposobnošću za rad u profesionalnom okruženju i u domaćinstvu, pridonosa potreba obitelji. Obveza pridonosa (tal. *dovere di contribuzione*) jedan je od stupova talijanskog obiteljskog prava ili, bolje rečeno, mostova s obzirom da povezuje osobne i imovinske aspekte obiteljskopravnih odnosa.<sup>41</sup> Kako bi bračni drugovi mogli istinski ostvariti zajednicu života mimo koje pojam obitelji gubi smisao, potrebno je tu bračnu zajednicu prikladno urediti i u kontekstu osobnih i imovinskih interesa. U talijanskoj se literaturi često ističe da su imovinski odnosi osnovni instrument rješavanja egzistencijalnih pitanja među članovima obitelji. Potreba zaštite tih pitanja može se iščitati iz mnogobrojnih odredaba talijanskog Ustava, koje ih postavljaju u sam vrh hijerarhije vrijednosti, premda balansirajući ih s ostalim ustavnopravnim vrijednostima, poput zaštite prava privatnog vlasništva i slobode poduzimanja gospodarske inicijative. Stoga, tumačeći odredbe *codice civile* u svjetlu temeljnih talijanskih ustavnih vrijednosti, može se tvrditi da obveza pridonosa potreba obitelji ima karakter stroge norme koju bračni drugovi moraju poštovati. *Ergo*, prema talijanskom obiteljskom pravu bračni drugovi dužni su materijalno doprinijeti potrebama obitelji u cilju uzajamnog pomaganja te skrbi o djeci. Napose, ta je obveza primarnoga karaktera. U talijanskom pravu ona odražava tzv. primarni režim imovinskih odnosa u obitelji (tal. *regime patrimoniale primario della famiglia*). To znači da istovjetna obveza postoji u svim različitim režimima među kojima talijanski bračni drugovi mogu birati, a to su: zakonski režim zajedničke stečevine (zajednice imovine – *comunione dei beni*), alternativni režim ugovorene stečevine i alternativni režim odvojenih imovina.

Zakon br. 76. iz 2016., koji je tek nedavno prvi put pravno uredio civilne zajednice (tal. *unioni civili*) među osobama istoga spola i zajednice osoba različitoga spola izričito propisuje obvezu pridonosa potreba obitelji i u slučaju postojanja zajednica različitih od bračne, i to člankom 1., stavak 11. u slučaju civilnih zajednica te stavcima 36. i 53., slovo b) istoga članka kad su u pitanju (neformalni) odnosi kohabitacije.<sup>42</sup> Štoviše, člankom 1., stavak 57., slovo b), propisana je ništetnost ugovora o kohabitaciji sklopljenog protivno obvezi pridonosa potreba obitelji. Time talijanski zakonodavac afirmira ranije spomenute ustavnopravne vrijednosti kojima se primarno poštuje egzistencijalna sfera svakoga čovjeka. Naime, bilo koji oblik ostvarivanja obiteljskog života, koji počiva na tzv. *affectio coniugalis* i na ostvarenju zajedničkog života, u talijanskom obiteljskom pravu počiva na imovinskopravnim rješenjima koja moraju biti usklađena s primarnom obvezom pridonosa potreba obitelji. Nedavno, pri još jednoj važnoj reformi obiteljskoga prava, koja se ticala odnosa roditelja i djece, 2013. godine važnost obveza pridonosa potreba obitelji

41 U tom pogledu v. Perlingieri, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018., str. 1036.

42 O novim zakonskim rješenjima više u: Perlingieri, G., *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, *Rassegna di diritto civile*, 1/2018., str. 101.

proširena je i na dijete koje živi u obitelji. Talijanski je zakonodavac time želio istaknuti da svi članovi obitelji koji žive u životnoj zajednici imaju aktivnu ulogu u toj uzajamnoj obvezi brige jedni za druge koja se u talijanskom pravu naziva obvezom pridonosenja potrebama obitelji. Drugim riječima članovi obitelji, u skladu s njihovim mogućnostima, dužni su brinuti o potrebama cjelokupne obitelji.

Iz svega do sada izloženog proizlazi jasna i snažna povezanost koja u talijanskom obiteljskom zakonodavstvu postoji između pravnog uređenja imovinskih odnosa i načela solidarnosti iz članka 2. talijanskog Ustava. Radi razumijevanja čitave pravne strukture koja se temelji na obvezi pridonosenja potreba obitelji prijeko je potrebno kombinirano čitati članke 143. i 144. talijanskog *codice civilea*. Napose, valja naglasiti da kad se obveza pridonosenja potrebama obitelji odnosi na bračne drugove ona obilježava i konkretnu primjenu načela jednakosti među bračnim drugova. Ustavno načelo jednakosti još je jedno načelo na kojem počivaju mnogobrojne odredbe talijanskoga obiteljskog prava, osobito nakon velike reforme zakonodavstva 1975. godine. Na jednakosti među bračnim drugovima počiva *ratio* članka 144. *codice civilea*, kojim se definira kako je usmjerenje obiteljskog života plod dogovora bračnih drugova, neovisno o pojedinačnoj sposobnosti i visini privređivanja materijalnih sredstava bračnog druga te neovisno o odabranom imovinskopravnom režimu u obitelji.

Nakon što se ukratko pojasnilo na kojim se pravnim načelima temelji uređenje imovinskih odnosa u talijanskom obiteljskom pravu te konstatiralo da se radi o istovjetnim vrijednostima ranije prepoznatima u hrvatskom obiteljskom pravu, potrebno se usredotočiti na predmet ovog istraživanja. Fokus ovog rada proučavanje je imovinskih režima i odnosa bračnih drugova prema trećim vjerovnicima uz sva kompleksna pitanja koja nastaju osobito vezano za kvalifikacije obveznih odnosa koji su sklopljeni radi ostvarivanja obiteljskih interesa, za utvrđivanje solidarne odgovornosti bračnih drugova, imovine kojom odgovaraju i kojim redoslijedom, pitanja provođenja prisilne naplate te pitanja posljedica stupanja na snagu Uredbe br. 1103 iz 2016. u odnosu na postojeći pravni sustav.

Postoji čitavi normativni korpus (članci od 186. do 190. *codice civilea*) posvećen vanjskom utjecaju imovinskog režima zajedničke stečevine u odnosu na treće osobe. Valja naglasiti da je režim zajedničke stečevine u Italiji zakonski režim, koji se automatski primjenjuje na sve bračne drugove, osim ako nisu izričito odabrali jedan od alternativnih režima uređenja njihovih imovinskih interesa. Već se ranije spominjalo da alternativni režimi propisani talijanskim obiteljskim pravom su režim odvojene imovine ili ugovorene stečevine. Talijanski je zakonodavac tim odredbama (članci od 186. do 190.) propisao pravila uređenja posljedica koje potječu iz obveznog odnosa nastalog između bračnih drugova i trećih osoba i to normirajući rješenja i onda kad bračni drugovi odgovaraju zajedničkom imovinom i onda kad odgovaraju vlastitom imovinom zavisno o osnovi nastaje obveznopravno potraživanje.<sup>43</sup> Naime, propisana su rješenja vrlo detaljna, ali i složena, budući da se s njima nastoji jamčiti ravnoteža

43 Složenim aspektom odnosa između uređenja bračne stečevine i trgovačkog prava bavi se Trimarchi, G. A. M., *Le imprese dei coniugi*, u: Perlingieri, P. (ed.), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015., str. 13.

između slobode ugovaranja bračnog druga s jedne strane te načela solidarnosti i jednakosti, s druge.<sup>44</sup>

Pri tumačenju tog normativnog korpusa koji regulira pitanja odgovornosti bračnih drugova u odnosu na treće osobe uočava se kao osnovni problem poteškoća u povezivanju pravila uređenja zakonskog režima imovinskih odnosa u braku s načelima poput nedodirljivosti imovinske sfere pojedinaca, relativnosti posljedica sklapanja ugovora te opće nedopustivosti postojanja sustava odgovornosti bez duga. U tom pogledu talijanska sudska praksa doista je opsežna i često nekoherentna. Stoga, pri tumačenju ovih odredbi kroz desetljeća se pokušavalo pronaći rješenja u talijanskoj sudskoj praksi kojima se uklanja legitimacija jednoga bračnog druga u obvezivanju drugoga (i posljedično njegove imovine) ili kojima se jednom bračnom drugu dopušta zastupanje drugoga. Zasigurno jedna od najvažnijih sudskih odluka po tom pitanju je presuda talijanskog Kasacijskog suda br. 6118 iz 1990., godine prema kojoj, iako je obveza nastala u cilju ostvarivanja određenog interesa obitelji, da bi jedan bračni drug obvezao i drugoga, potrebne je da se trećoj osobi stvori čvrsto uvjerenje da se jedan bračni drug obvezao i u ime drugoga, *rectius* da se i taj drugi bračni drug htio obvezati.<sup>45</sup>

Solidarna odgovornost bračnih drugova kad su u pitanju obveze nastale u interesu obitelji i solidarna odgovornost iz obveznog prava uređene su istim zakonikom (*codice civile*). Međutim u talijanskoj doktrini i u sudskoj praksi uvriježeno je tumačenje prema kojem se radi o različitim institutima, koji se nalaze u odnosu *species* i *genus*. Razlog tomu jest pekulijarnost obiteljskih imovinskih odnosa koji zahtijevaju specifična imovinskoppravna rješenja. No, to ne mogu biti opća rješenja predviđena u obveznom pravu, koja se primjenjuju na bilo koji obveznopravni odnos između dužnika i vjerovnika. Napose, dok u solidarnim obvezama subjekt koji ispuni tražbinu u cijelosti ima pravo regresa prema sudužniku za polovicu duga, bračni drug koji, primjerice plati u cijelosti ima također pravo regresa prema sudužniku, odnosno njegovu bračnom drugu, ali ne za polovicu duga, već za iznos predviđen člankom 143. stavak 3. *codice civilea*. Naime, u odnosima među bračnim drugovima za obveze nastale radi zadovoljavanja potreba obitelji, dug mora biti razmjerno raspoređen shodno obvezi pridonosenja bračnoga druga, a to ne znači nužno na paritetan način. Drugim riječima, u talijanskom rješenju ne postoji presumpcija nalik onoj kojom se u hrvatskom zakonodavstvu predmnijeva da su bračni drugovi suvlasnici bračne stečevine u jednakim dijelovima. Stoga talijanska sudska praksa najviše instancije, počevši od presude br. 5487 iz 1999. godine, kontinuirano ističe da solidarna obveza koja nastaje u kontekstu bračnih odnosa nema i ne može imati ista obilježja solidarne obveze koju uređuje *codice civile* u dijelu posvećenom obveznopravnim odnosima.<sup>46</sup>

Spominjalo se ranije kako zakonski režim imovinskih odnosa u talijanskom pravu, tzv. režim zajedničke stečevine (tal. *comunione degli acquisti*) maksimalno poštuje načela jednakosti i solidarnosti. Međutim, talijansko obiteljsko zakonodavstvo

44 U tom pogledu, v. Oberto, G., *I contratti della crisi coniugale, l'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, *Familia*, 2003., str. 617.

45 Radi se o presudi Kasacijskog suda, 18. lipnja 1990., br. 6118, u: *Corriere Giuridico*, 1990., str. 1125, s osvrtnom Carbone, V.

46 V. Ujedinjena vijeća Kasacijskog suda, 4. lipnja 1999., br. 5487, *Notariato*, 1999., str. 508.

dopušta nupturijentima, odnosno bračnim drugovima mogućnost izbora različitog režima. Posebnim sporazumom bračni drugovi mogu izmijeniti režim zajedničke stečevine pod uvjetom da ne derogiraju odredbama koje se odnose na upravljanje dobrima koja ulaze u zajedničku stečevinu i na jednakost u odnosu na dobra koja bi činila zajedničku stečevinu ili na dobra koja se ne mogu ubrajati u zajedničku stečevinu (stvari strogo osobne prirode bračnoga druga, stvari koje služe poslovanju jednoga bračnog druga ili dobra koja su stečena na osnovi naknade štete ili ostvarene mirovine zbog djelomičnog ili potpunog gubitka sposobnosti za rad – članak 210. *codice civilea*). stoga je moguće proširiti predmet zajedničke stečevine, uključivši u nju određenu vlastitu imovinu, prihode iz te vlastite imovine te plodove koji proizlaze iz odvojene djelatnosti, koji bi inače ušli u tzv. rezidualnu stečevinu i to samo eventualno i u trenutku prestanka imovinskoga režima (tal. *comunione de residuo*).

No, talijanski zakonodavac propisuje pravna rješenja kojima se uređuju odnosi bračnih drugova kao dužnika, odnosno sudužnika, i trećeg kao vjerovnika i u slučaju odabira režima, tzv. ugovorene stečevine (tal. *comunione convenzionale*). Naime, u talijanskoj doktrini i sudskoj praksi nedvojbeno je da će se primijeniti *actio pauliana* iz članka 2901. *codice civilea* svaki put kada vlastita imovina koja ulazi u, tzv. ugovorenu stečevinu prejudicira prava trećeg vjerovnika.

Isto tako, kad bračni drugovi odaberu režim odvojenih imovina, odnosno onda kad svatko nastavlja biti isključivi titular prava, korisnik i upravitelj nad imovinom stečenom i nakon braka, postoje određena dvojbena pitanja vezana za odnose prema trećim vjerovnicima. S tim u vezi, prema članku 219. *codice civilea* predmnijeva se da imovina pripada bračnim drugovima, osim ako se ne može dokazati da jedan bračni drug ima isključivo vlasništvo nad određenom dobru. To znači da postoji presumpcija postojanja zakonskog režima zajedničke stečevine. U tom slučaju prema članku 2725. *codice civilea* potrebno je dokazati isključivo vlasništvo dokumentiranim dokazom svaki put kad je za valjanost pravnog posla potrebna pisana forma. Presumpcija zajedničke stečevine odnosi se isključivo na bračne drugove i ne djeluje na štetu trećih.<sup>47</sup> Postoji još jedan sporazum koji dijelom mijenja sustav zakonskog imovinskog režima u talijanskom bračnom pravu: imovinski fond (*fondo patrimoniale*). Radi se o akcesornom, a ne alternativnom režimu. Na temelju članka 167. c.c. svaki bračni drug (ili oboje) javnobilježničkim aktom ili treća osoba, i oporučno, može izdvojiti imovinu u cilju skrbi o potrebama obitelji. Mogu biti predmetom imovinskog fonda nekretnine, registrirane pokretnine i određeni vrijednosni papiri. Na temelju načela jednakosti pravo vlasništva pripada roditeljima osim ako se pri konstituiranju fonda ne odredi drukčije. Imovinski fond također je problematičan institut kada je u pitanju odnos prema trećim vjerovnicima. Specifična namjena koju dobiva imovina pri „ulasku“ u fond onemogućava trećim vjerovnicima, koji imaju saznanje da određeni dugovi nisu nastali radi zadovoljavanja određenih interesa obitelji, pokretanje ovršnog postupka. Ipak, uvrštavanje dobara u imovinski fond radi njihovog izdvajanja, odnosno isključivanja, iz ovršive imovine može biti osnova za pokretanje tužbe prema članku 2901 c.c. (*actio pauliana*).

47 S tim u vezi upućuje se za daljnja razmatranja na članak 621. talijanskog Zakonika o parničnom postupku.

*Prima facie* zaključilo bi se da zakonski režim (tal. *comunione legale*) je najčešći imovinski režim u talijanskom pravnom sustavu. Međutim nije nužno rečeno da je isti i najučinkovitiji sustav uređenja imovinskih interesa u bračnom pravu. Premda je ovaj presjek istaknuo tek osnovne razlike između pojedinačnih postojećih alternativa u talijanskom obiteljskom pravu, odmah se doima razvidnim, posebno domaćim pravnicima, kako analizirani susjedni pravni model ne poznaje mogućnost ugovornog uređenja imovinskih interesa u obitelji. Na prvi pogled, s obzirom na to da i talijansko zakonodavstvo spominje „sporazum“ i mogućnost „odabira“ alternativnog modela, reklo bi se da na isti način, kao i hrvatsko obiteljsko pravo dopušta normama dispozitivnoga karaktera drukčije uređenje imovinskih interesa. Međutim, postoje znatne razlike između dva sustava. U hrvatskom je pravu moguće ugovorom urediti imovinske odnose i time se misli na onaj način koji je već ranije detaljno pojašnjen. U talijanskom pravu, sloboda ugovaranja je prilično ograničena. Moglo bi se zaključiti da autonomija volje ima prilično definiranje konture, odnosno da je sloboda ograničena na pravo izbora između alternativnih modela, koji su svi tipiziranog tipa. Nije predviđena bilo kakva mogućnost ugovaranja atipičnog bračnog ugovora. Uostalom nije slučajnost da se i u komparativnom obiteljskom pravu često koriste dva izraza koji nisu sinonimi, pa tako niti u ovom kontekstu: sporazum i ugovor.<sup>48</sup> U talijanskoj doktrini počinje se sve više promišljati o mogućnosti uvođenja atipičnih ugovora.<sup>49</sup>

Stupanjem na snagu Uredbe Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima potreba za reformiranje tog dijela talijanskog obiteljskog prava nametnut će se još jače. Naime, Uredba, koja je donesena u postupku pojačanje suradnje i primjenjivat će se u osamnaest država članica Europske unije među kojima se nalaze Republika Hrvatska i Republika Italija, ističe se upravo radi svog otvorenog pristupa glede mogućih sporazuma koji se odnose na izbor nadležnog suda i mjerodavnog prava u svim situacijama kada postoji prekogranična implikacija u toj bračnoj zajednici, primjerice jer su bračni drugovi iz različitih država članica.<sup>50</sup> U preambuli br. 47, Uredba definira da „pravila o materijalnih i formalnoj valjanosti sporazuma o izboru mjerodavnog prava trebala bi se odrediti tako da se olakša informirani izbor bračnih drugova i da se poštuje njihov pristanak radi pravne sigurnosti, kao i lakšeg pristupa pravosuđu“. Stoga se očekuje da će se primjenom Uredbe će se neminovno ponovno pokrenuti rasprava već

48 Patti, S., Cubeddu, M. G., op. cit., str. 200.

49 S tim u vezi, Santosuosso, F., *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Comm. Cod. civ., I, 1, Torino, 1983., str. 331; De Rubertis, G., *La comunione convenzionale tra coniugi*, Riv. Notariato, 1989., str. 38; Grasso, B., *La comunione convenzionale*, Trattato Rescigno, 3, Torino, 1996., str. 645, kao i Confortini, M., *La comunione convenzionale tra coniugi*, Il diritto di famiglia, u: Trattato Bonilini-Cattaneo, II, Torino, 2007., str. 333.

50 Preciznije: Belgija, Bugarska, Češka, Njemačka, Grčka, Španjolska, Francuska, Hrvatska, Italija, Luksembourg, Malta, Nizozemska, Austrija, Portugal, Slovenija, Finska, Švedska i Cipar. Usp. Lagarde, P., *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2016., str. 680.

i ranije poznata u talijanskoj doktrini i sudskoj praksi o stvarnoj ulozi autonomije volje pojedinaca u obiteljskopравnim imovinskim odnosima i da će se opet aktualizirati pitanje reformiranja talijanskoga obiteljskog prava o tomu. Ta se reforma, uistinu, odgađa već dugi niz godina, a naslućuje se da bi sada mogao biti trenutak za dugo iščekivane izmjene.

Valja istaknuti da se u talijanskoj doktrini jasno ističe kako pravila međunarodnoga privatnog prava temelje zaštitu trećih koji ulaze u obveznopravni odnos s bračnim drugovima na „načelu poznavanja“.<sup>51</sup> Naime, nesporno je u talijanskom pravu da se bračni imovinskopravni režim uređen inozemnim pravom može oponirati trećima isključivo ako su treći bili s njime upoznati ili ga nisu poznavali njihovom krivnjom. Očito je da će stupanje na snagu Uredbe postaviti nove prohtjeve glede poštovanja načela pravne sigurnosti te lakšeg pristupa pravosuđu, budući da se može ostvariti samo uz rastuću svijest o prednostima i nedostataka pravnih rješenja u kontekstu obiteljskog imovinskog prava pojedinačnih država članica, koje bi bračni drugovi mogli izabrati prema Uredbi te bolje poznavanje od strane vjerovnika zakonodavstva i unutar istog režima kojeg su bračni drugovi izabrali, a da nije ono nacionalno.<sup>52</sup> Sustav nalik talijanskom, odnosno način na koji se daje publicitet imovinskim režimima, a tu bi se mogao spomenuti na isti način i hrvatski sustav, zacijelo nije dostatan ni prikladan poboljšanju poznavanja, što je jedan od prioriteta europskoga zakonodavstva.

### **3.1. Zakonski režim zajedničke stečevine**

Zajednička je stečevina od svog uvođenja predmetom mnogobrojnih rasprava. Postavlja se još i danas pitanje koja je njezina *ratio*. O tomu doktrina nudi raznovrsne odgovore. Prema mišljenju nekih autora bit ovog pravnog instituta jest priznati materijalnu vrijednost ženskom radu u domaćinstvu. Prema mišljenju nekih drugih ovaj je institut izraz načela jednakosti među bračnim drugovima. Treća skupina autora smatra da ovo pravno rješenje izražava prihvaćanje određenog društvenog obrasca koji rezultira spajanjem u zajedničku stečevinu svega što su bračni drugovi stekli tijekom braka.

Također nije jasna kvalifikacija pravne prirode ovog instituta. Mnogi autori pokušavaju tumačiti zajedničku stečevinu uspoređujući ju sa suvlasništvom i klasičnim stvarnopravnim odnosima, ističući da iz prve proizlaze obveznopravne posljedice, dok tek naknadno nastaju stvarnopravne posljedice. Na tragu ovog tumačenja instituta zajedničke stečevine, pravo bi vlasništva pripadalo onom bračnom drugu koji je poduzeo pravni posao kojim je stečeno pravo, dok bi drugi bračni drug imao (tek) pravo na ispunjenje tražbine drugoga bračnog druga, odnosno na plaćanje

51 Cubeddu, M. G., *La pubblicità del regime dei beni e la scelta della legge applicabile*, Famiglia, Persone, 2008., str. 710.

52 Članak 26., st. 3. Uredbe 1103/2016 propisuje primjenu prava različite države u odnosu na mjerodavno pravo prema prvom stavku, onda kad “oba su se bračna druga oslanjala na pravo te druge države u uređivanju ili planiranju svojih imovinskih odnosa”. Više u: Bruno, P., *Le controversie familiari nell’Unione Europea. Regole, fattispecie, risposte*, Milano, Giuffrè, 2018., str. 211.



iznosa koji odgovara vrijednosti stvari.<sup>53</sup> Takvo tumačenje počiva na interpretaciji odredaba iz članka 184. i 189. *codice civilea*. Preciznije, u slučaju nepoštovanja pravila zajedničkog upravljanja zakonodavac propisuje raznovrsne sankcije koji se ne temelje na ideji ništetnosti takvog ugovora, već na manje strogoj ideji njegova pobijanja. Štoviše, pobožnost je ograničena na nekretnine i registrirane pokretnine i to uz vrlo kratki zastarni rok. Nasuprot tomu, kad se radi o nedopuštenom prijenosu vlasništva pokretnina, bračni drug koji je poduzeo takvu radnju mora prije svega poduzeti radnje za povratak zajedničke stečevine u prvobitno stanje, a onda kad to nije moguće, mora isplatiti drugom bračnom drugu vrijednost kupljene pokretnine. Nadalje, ta struja u talijanskoj doktrini izvodi dodatne argumente iz članka 189. *codice civilea* kojim uređuje pitanja vezana za obveze koje su nastale odvojeno i gdje se izričito govori o „kvoti“ bračnog druga.

Ipak veći dio talijanske doktrine protivi se takvom tumačenju. Među najsnažnijim argumentima kojima se suprotstavljaju ranije izloženoj interpretaciji jeste onaj da bračni drug koji nije sklopio ugovor kojim je stečeno vlasništvo nad određenom nekretninom ili registriranom pokretninom, svejedno može poduzeti radnje redovitog upravljanja nad stvari koju je kupio drugi bračni drug. Nadalje, dodatni je argument taj što stvar koju je stekao drugi bračni drug može biti predmetom založnog prava i za osobne obvezne odnose bračnog druga koji nije sudjelovao u kupnji stvari.

Dodatni se argument izvodi iz članka 94. *bis* Zakona o zemljišnim knjigama koji predviđa pravo upisa u korist oba bračna druga ako su odabrali režim zajedničke stečevine. Ipak valja naglasiti da ovaj argument ima vrlo ograničenu snagu s obzirom na to da se u Italiji zemljišnoknjižni sustav primjenjuje na ograničenom području, dok velika većina teritorija podliježe različitim pravilima javnog registra koji upisom jamči deklarativnu funkciju, a ne konstitutivnu.<sup>54</sup> Talijanski pravni sustav ima, dakle, dvovrsni sustav evidentiranja nekretnina s različitim posljedicama po nastavku prava vlasništva.

Dodatne interpretativne dvojbe proizlaze iz činjenice da se zajednička stečevina uređuje isključivo strogim propisima, što dovodi do posljedice da je mogući predmet zajedničke stečevine u cijelosti tipiziran, pa stranke ne mogu ni o čemu sporazumno odlučivati. Zakonodavac nije niti dijelom predvidio uređenje ove materije putem dispozitivnih normi. Krutost ovih pravnih rješenja doima se posve neusklađena s rastućim trendovima povećanja autonomije volje strankama, odnosno u ovom slučaju bračnim drugovima. Nemogućnost oblikovanja imovinskog režima zajedničke stečevine odražava se na krutost položaja bračnog druga, koji iako ne sudjeluje u pravnom poslu kojim se stječe određenu stvar, postaje *ipso iure* sunositelj svih prava koja imaju za predmet stvar koja je ušla u zajedničku stečevinu.

Drugim riječima pekulijarnost ovog režima leži upravo u tomu što na temelju

53 Više u Mazzola, G., Re, M., *Proposta di un diverso modo di intendere la comunione di beni tra coniugi*, Riv. Notariato, 1978., str. 757.

54 Zemljišnoknjižni sustav, povijesno povezan s austrijskom pravnom kulturom za vrijeme Austro-Ugarske monarhije, preživio je u Italiji tek u nekoliko gradova na sjeveroistoku Italije. Među većima: Trst, Gorica, Trento i Bolzano.

Više o zemljišnoknjižnom sustavu u Italiji: Gabrielli, G., Tommaseo, F., *Commentario della Legge tavolare*, Milano, Giuffrè, 1989.

pravnog posla kojeg je poduzeo samo jedan bračni drug, nastaje čitav niz prava za drugoga bračnog druga. Različita su tumačenja ovog „automatskog“ stjecanja prava. Prema jednom stajalištu pravni posao kojim se stječe stvar proizvodi automatsko stjecanje u korist drugoga bračnog druga, ako je prvi poduzeo pravni posao u ime i za račun zajedničke stečevine. Ova se teorija temelji na zastupništvu i na neki se način povezuje s onim stajalištima doktrine prema kojima zajednička stečevina ima svoju samostalnost.<sup>55</sup> Naime, gleda se na stečevinu kao na subjekt koji je nositelj određenih i odvojenih prava i obveza. U ovoj bi perspektivi to značilo da svaki bračni drug djeluje u svojstvu zastupnika tog odvojenog subjekta koji ima za predmet zajedničku stečevinu.

Na temelju druge teorije stjecanje u odnosu na bračnog druga koji nije sudjelovao u pravnom poslu djelovalo bi *ex lege*. Teoretizira se postojanje automatske konverzije pravnih posljedica stjecanja prava u korist bračnog druga koji nije sudjelovao u pravnom poslu. Očita je analogija između položaja bračnog druga koji nije sudjelovao u pravnom poslu i položaja subjekta u ugovoru u korist trećeg. Iznova se može primijetiti krutost imovinskog režima zajedničke imovine. Automatizam učinaka onemogućuje drukčiji sporazum među bračnim drugovima. Jedini slučaj kada ne bi bilo tog automatizma jeste onda kad bi bračni drug u stjecanju određenih dobara uložio sredstva koja potječu iz vlastite imovine. No, to po definiciji ne pripada uređenju zajedničke stečevine tako da se ne može smatrati iznimkom.

### **3.2. *Odgovornost bračnih drugova prema člancima 189. i 190. codice civilea***

Složenost pravnog uređenja zajedničke stečevine može se najbolje uočiti čitajući članke 189. i 190. *codice civilea*. Prema članku 189., stavak 1., c.c., svaki bračni drug odgovara imovinom koja ulazi u zajedničku stečevinu tek supsidijarno i to do visine vrijednosti koja odgovara udjelu bračnog druga koji se obvezao, a sve to u slučaju obveza koje su nastale zbog nepoštovanja pravila o izvanrednom upravljanju zajedničkom stečevinom ili, prema čl. 189., stavak 2., c.c. radi ispunjenja obveza nastalih radi zadovoljavanja potreba različitih od obiteljskih interesa. Većina autora smatra da je zakonodavac u ovoj odredbi definirao udjele s isključivim ciljem definiranja krovnog ograničenja unutar kojeg vjerovnici mogu naplatiti svoju tražbinu koja proizlazi iz obveze koja nije preuzeta radi zadovoljavanja obiteljskih interesa. S time u vezi, prepoznaje se važan problem u tumačenju i primjeni načela supsidijarnosti.<sup>56</sup> Postoje više različitih tumačenja ove odredbe. Na temelju prvog, vjerovnik prije pokretanja ovrhe nad imovinom koja je dio zajedničke stečevine, mora pokušati naplatiti tražbinu nastalu na temelju obveze, koja nije preuzeta u interesu obiteljske zajednice iz vlastite imovine bračnog druga koji je njegov dužnik i samo ako se njegov pokušaj naplate pokaže neuspješnim mogao bi supsidijarno pokrenuti ovrhu

55 De Paola, V., Macri, A., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè, 1978., str. 198; Attardi, A., *Profili processuali della comunione legale dei beni*, Rivista di diritto civile, 1979., I, str. 25-51 (35).

56 Supsidijarnost koju ne predviđa hrvatski obiteljski zakonodavac.

nad zajedničkom stečevinom.<sup>57</sup> Prihvatiti ovo tumačenje značilo bi uvelike otežati položaj vjerovnika, koji bi morao dokazati neuspješni pokušaj naplate iz sredstava vlastite imovine bračnog druga/dužnika. Radilo bi se o teško prihvatljivom teretu dokazivanja, posebno imajući u vidu doista neučinkoviti postojeći sustav publiciteta imovinskih režima u talijanskom pravu.<sup>58</sup>

Na temelju drugog tumačenja, kako bi se poštovalo načelo supsidijarnosti dovoljno je zadovoljiti, tzv. *beneficium ordinis*. Vjerovnik bi mogao tražiti naplatu nad imovinom iz zajedničke stečevine, samo nakon što je zatražio od vjerovnika informaciju o postojanju eventualnih dobara iz vlastite imovine.<sup>59</sup>

Međutim, čini se da u talijanskoj doktrini prevladava tumačenje na kojim je supsidijarnost iz članka 189. c.c. jednostavno izraz izbora bračnog druga / dužnika tražiti, tzv. *beneficium excussionis*, navodeći vlastitu imovinu na kojoj će naplatiti tražbinu ako vjerovnik nije upoznat s postojanjem takve imovine. Doktrina nalazi dodatne argumente za prihvaćanje ove teorije u činjenici da postoje mnoge druge odredbe u talijanskom *codice civileu* kojima se uređuje *beneficium excussionis*, poput odredaba u dijelu koji se bavi obveznim pravom te trgovačkim pravom.

Nesporno je kako u ovom kontekstu prijepore i dvojbe izaziva ne toliko položaj bračnog druga/dužnika, već položaj drugog bračnog druga koji nije dužnik. S time u vezi, i u talijanskom je pravu uvriježena pravna regula kojom je odgovornost uvijek povezana s dugom. Ipak, tumačeći članak 189. c.c. nije nimalo razvidna poveznica između odgovornosti i duga. Štoviše dalo bi se zaključiti baš suprotno, odnosno da svaki put kad je obvezni odnos nastao zbog interesa koji se razlikuju od onih obiteljskih, bračni drug koji nije dužnik odgovara bez da se njemu može imputirati nastanak duga. Položaj bračnog druga koji nije dužnik mogao bi se dakle usporediti s položajem jamca tuđeg duga. Bračni drug koji nije dužnik snosi dio odgovornosti, što zakonodavac opravdava u postojanju zajednice života, kao osnovnog obilježja braka i posljedično u povjerenju kojeg treći vjerovnici polažu u solventnost bračnog druga s obzirom na njegov bračni status.

Konačno, neovisno o tumačenju koje će se odabrati za pojam supsidijarnosti, posve je razvidno kako su dobra iz zajedničke imovine izravno ovršiva na temelju naslova kojeg vjerovnik ima prema bračnom drugu/dužniku. Naime, vjerovniku nije potreban neki dodatni ili specifični naslov da bi pokrenuo ovršni postupak u odnosu na drugoga bračnog druga (koji nije dužnik) ili, prema ranije spomenutoj teoriji, prema zajedničkoj imovini koja je gledana poput zasebnoga pravnog subjekta. S time u vezi valja zaključiti da ovrha koju je pokrenuo vjerovnik nad imovinom koja ulazi u zajedničku stečevinu ne može se nikako smatrati kao ovrha *ultra partes*, već kao ovrha kojom se tereti bračnog druga dužnika koji odgovora i s udjelom iz zajedničke imovine.

57 Sveobuhvatnu analizu nudi Gabrielli, G., *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Trieste, Libreria la Goliardica, 1981., str. 152.

58 Usp. Russo, T. V., *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, Napoli, ESI, 2004., str. 50.

59 Više u: Volpe, V., *La responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale*, u: Bonilini, G., (ur.), *Trattato di diritto di famiglia, II, Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2016., str. 1438.

Članak 189. c.c. izaziva, dakle, doista velike prijepore u kontekstu tumačenja imovinske odgovornosti zajedničke stečevine. Vjerovnik jednog od bračnih drugova ne samo što može tražiti naplatu nad vlastitom imovinom bračnog druga dužnika na temelju općih pravila talijanskog obveznog prava (čl. 2740. c.c.) već može supsidijarno ovršiti zajedničku stečevinu do postignuća visine udjela bračnog druga/dužnika.<sup>60</sup> Međutim, člankom 189. *codice civilea* ne pojašnjava koji je konkretan predmet ovrhe, odnosno konkretna stvar na kojoj bi se mogla ostvariti mjera osiguranja tražbine. Jedino što nije sporno jest činjenica da predmetom ovrhe ne može biti cjelokupni udio u zajedničkoj stečevini budući da bi to dovelo do raskida zajedničke stečevine. Naime, prema čl. 191. c.c. okolnosti razvrgnuća stečevine moraju biti izričito propisane zakonom, s obzirom na to da se radi o taksativnim slučajevima, a ovrha cjelokupnog udjela zajedničke stečevine nije nabrojena među takvim okolnostima razvrgnuća, premda bi u biti dovela do tog rezultata. Nadalje, doktrina ističe da kad bi treći vjerovnik ovrhom preuzeo udio zajedničke stečevine bračnog dužnika, *de facto* bi ušao u zajedničku stečevinu s drugim bračnim drugom koji nije dužnik, što bi dovelo do (neprihvatljive) posljedice da bi imovinski režim uređen odredbama obiteljskoga prava postojao među osobama koje nisu u brak ili u različitom obliku obiteljskog života. Drugim riječima, među dva subjekta čiji odnos nema ona temeljna i specifična obilježja zbog kojih uopće uživaju pravo uređenja njihovih odnosa prema obiteljskom zakonodavstvu. Nelogičnost i neracionalnost ovoga pravnog rješenja potaknule su talijansku doktrinu i sudsku praksu za potragom druge interpretacije članka 189. c.c. Prema jednom od predloženih alternativnih tumačenja ovrha bi trebala imati za predmet udio bračnog druga koji se odnosi na određenu stvar, a ne na cijelu zajedničku (idealnu) stečevinu.<sup>61</sup> Prema tom razmišljanju predmetom ovrhe bi se mogao smatrati isključivo određeni materijalni dio određene stvari koji bi se u prirodi mogao dijeliti ili udio određenog dobra ili polovica zarade ako je određena stvar prodana na dražbi.<sup>62</sup> Međutim, niti ova interpretacija nije zadovoljavajuća, budući da ostatak talijanske doktrine smatra da se time umanjuje zajednička stečevina, s obzirom na to da će se preostala imovina (nakon naplate vjerovnika) ponovno dijeliti među bračnim drugovima, što bi značilo umanjiti udio bračnog druga koji nije dužnik.

Stoga se pokušalo ponuditi još drukčije čitanje ove kompleksne odredbe. Poneki autori drže da bi ovrha mogla imati za predmet određena dobra zajedničke stečevine koja bi mogla biti ovršiva u cijelosti, ali zbog namirenja duga do iznosa koji odgovara udjelu bračnog druga/dužnika.<sup>63</sup> Valja zaključiti da je prilično teško protumačiti članak 189. c.c. te da su pokušaj sustavne interpretacije čitavog instituta zajedničke stečevine prilično bezuspješni. Radi usklađenja pravila o ovrsi nad zajedničkom stečevinom i osnovanosti ovršnog postupka u odnosu na subjekta različitog od onoga koji je

60 U tom pogledu v. presudu Kasacijskog suda (ujedinjena vijeća) 4. kolovoza 1998., br. 7640, u: *Corriere Giuridico*, 1999., str. 204, s osvrtom De Paola, V.

61 *Ex plurimis*, v. Schlesinger, P., sub art. 189, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, str. 789; Busnelli, D., La "comunione legale" nel diritto di famiglia riformato, *Rivista del notariato*, 1976., str. 43.

62 Usp. Finocchiaro, A., Finocchiaro, M., *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1985., str. 1109.

63 V. Cian, G., Villani, A., *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, I, str. 173.

odgovoran za ispunjenje činidbe, a to bi reći na bračnog druga koji nije dužnik, doima se nužnim iznova protumačiti pojam zajedničke stečevine u talijanskom obiteljskom pravu. Na tom tragu kreće talijanski Kasacijski sud pojašnjavajući da sunositeljstvo prava u zajedničkoj stečevini ne djeluje *manente comunione* te da postaje subjektivno pravo samo nakon što se pojavila jedna od okolnosti za razvrgnuće zajedničke imovine prema članku 191 c.c.<sup>64</sup> Tijekom trajanja zajedničke imovine bračni bi drugovi prema ovom tumačenju imali isključivo pravno očekivanje, koje bi se tek nakon (eventualnog) prestanka zajedničke stečevine pretvorilo u pravo na sunositeljstvo. Dodatno važno pojašnjenje u tom pogledu nudi talijanski Ustavni sud koji je presudom br. 311 iz 1988. pojasnio da bračni drugovi nisu nositelji prava na udio, već da su solidarno titulari prava koje ima za predmet dobra iz zajedničke stečevine.<sup>65</sup> Upravo na temelju ove presude dio doktrine smatra da se određena stvar u zajedničkoj stečevini može ovršiti u cijelosti.<sup>66</sup>

### **3.3. Obveze preuzete u interesu obitelji i supsidijarna odgovornost vlastitom imovinom**

Normativne aporije koje se pojavljuju u tumačenju režima zajedničke stečevine dodatno su vidljive kad se uzme u obzir odredba članka 190. c.c. Radi se o odredbi koja je sadržajno simetrična članku 189., budući da propisuje da vjerovnici zajedničke stečevine, odnosno vjerovnici u obveznim odnosima koji su nastali radi zadovoljavanja određenog obiteljskog interesa, mogu se za polovicu duga zadovoljiti na vlastitoj imovini bračnih drugova. Ova odredba zrcali prethodnu: za obveze nastale za interese različitih od obiteljskih, vjerovnici se do određene visine mogu zadovoljiti i na imovini zajedničke stečevine. Dok je u ovom slučaju oprečno: za obveze nastale radi zadovoljavanja interesa obitelji, vjerovnici se do iznosa od pola duga mogu naplatiti i iz vlastite imovine bračnih drugova. Napose, članak 186 c.c. nabraja koje su to sve obveze za koje se u prvom redu odgovara zajedničkom imovinom. Drugim riječima, talijanski zakonodavac nabraja koje su to konkretne obveze koje mogu nastati radi zadovoljavanja interesa obitelji, a to su: svi eventualni tereti i založna prava koja postoje nad dobrom u trenutku stjecanja vlasništva nad njemu, sve obveze koje proizlaze iz upravljanja zajedničkom stečevinom, svi troškovi uzdržavanja obitelji, svi troškovi obrazovanja i odgoja djece te sve obveze koje su i odvojeno preuzeli bračni drugovi, a koje su u interesu obitelji. Ova posljednja kategorija obveza „u korist obitelji“ zadala je mnoge interpretativne muke. Naime, nedostaju jasne normativne smjernice o važnosti „obiteljskog interesa“ i pitanja na koji način vjerovnik koji ulazi u doticaj s bračni drugom može znati obvezuje li se taj dužnik radi zadovoljavanja obiteljskog interesa ili ne. Postoji više teorija u doktrini u tumačenju tog pojma. Na temelju prve smatra se da bi se kvalifikacija obveze (u

64 Misli se na presudu Kasacijskog suda 23. lipnja 1998., br. 6234.

65 Radi se o presudi Ustavnog suda 10. ožujka 1988., br. 311, u *Diritto di famiglia e delle persone*, 1988., str. 715. Prema stajalištu Suda bračni su drugovi sunositelji prava koji ima za predmet dobra koja ulaze u zajedničku stečevinu.

66 O tomu v. više u Gabrielli, G., Cubeddu, M.G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 1997., str. 172.

korist obitelji ili ne) mogla odrediti u trenutku sklapanja posla *ex ante* procjenom vjerovnika koji bi na temelju „zdravog razuma“ i „društvene procjene“ mogao odrediti je li obveznopravni odnos motiviran zadovoljavanjem interesa obitelji. Druga pak teorija zagovara kao jedino rješenje *ex post* procjenu, razmatrajući *in concreto* namjenu koju su bračni drugovi odredili usluzi ili dobru kojeg su ugovorili. Razvidno je kako obveze nastale radi zadovoljavanja interesa obitelji ne odgovaraju obvezama koje su nastale prema članku 143 c.c. Naime, kao što smo već ranije isticali, članak 143. c.c. propisuje obvezu pridonosa potrebama obitelji. Nesporno je u talijanskoj doktrini da su pojmovi obiteljskih „potreba“ (čl. 143. c.c.) te obiteljskih „interesa“ (članci 189. i 190. c.c.) različiti. Potrebe označavaju užu pojam kojeg smo u tom dijelu rada s razlogom i vezivali s pojmom egzistencije; dok interesi obitelji mogu biti i oni koji šire zadovoljavaju prohtjeve koji nisu nužni radi egzistencije. Primjerice, moglo bi se postaviti pitanje nastaje li zbog kupnje drugog televizora obveza za koju se može tvrditi da je preuzeta radi zadovoljavanja interesa obitelji. Razvidno je da o toj kvalifikaciji ovisi način i omjer kojim će bračni drugovi zajedničkom stečevinom i vlastitom imovinom odgovarati trećim vjerovnicima. Posljedično ta kvalifikacija može utjecati i na sastav zajedničke imovine, pa i na eventualni odabir različitog režima imovinskih odnosa u obitelji. Ako je obveza nastala radi zadovoljavanja interesa obitelji, vjerovnik se može naplatiti iz zajedničke imovine, ali također iz vlastite imovine bračnog druga/dužnika te bi dodatno mogao tražiti naplatu, do iznosa od polovice duga, iz vlastite imovine drugoga bračnog druga. Naprotiv, kad su dužnici u obveznopravnom odnosu radi zadovoljavanja interesa obitelji oba bračna druga, ako bi imovina iz zajedničke stečevine bila nedovoljna, oboje odgovaraju solidarno i u cijelosti za nastali dug.<sup>67</sup>

Dodatne interpretativne probleme zadaje posljednja kategorija obveza iz članka 186. c.c. za koju također bračni drugovi odgovaraju zajedničkom imovinom. Radi se o obvezama koje su bračni drugovi preuzeli „zajednički“. Tu se postavlja pitanje treba li predmnijevati da je svaka obveza „zajednički“ preuzeta ujedno i nastala radi zadovoljavanja interesa obitelji? Takvo tumačenje nije prihvatljivo s obzirom na to da bi se time podvelo pod interese obitelji i možebitne sebične interese jednog ili oba bračna druga koji ne odgovaraju interesima obitelji, a to je posebno osjetljivo pitanje ako postoje djeca. Primjerice, bračni drugovi mogli bi sklopiti vrlo skupi ugovor o putovanju, jamčeći isplatu iz imovine zajedničke stečevine, a tek supsidijarno odgovarati s vlastitom imovinom. Time bračni drugovi izričito isključuju mogućnost različite namjene imovine zajedničke stečevine, koju bi se, primjerice, moglo založiti za ostvarenje pravnih interesa (pa štoviše i egzistencijalnih potreba) obitelji. Snažan protuargument takvom restriktivnom tumačenju mogla bi biti autonomija volje bračnih drugova. Ipak, tomu bi se moglo oponirati da i sloboda ugovaranja nailazi na određena ograničenja koja se odnose na opravdanost interesa konkretnog ostvarivanja volje stranaka. Je li opravdano pozivati se na slobodu ugovaranja u cilju terećenja zajedničke stečevine radi ostvarenja interesa koji nisu obiteljski? Naime, u talijanskom obiteljskom pravu postavlja se pitanje graniči li takvo ponašanje bračnih drugova sa zloupotrebom koju bi valjalo privatnopravno sankcionirati s obzirom na

67 V. Tribunale Bergamo, 21. siječnja 2002., u: *Giurisprudenza italiana*, 2002., c. 1866.

to da ugrožava interese djece. Potpuno je neupitno da je najbolji interes djeteta temelj uređenja bilo kojega modernog obiteljskog zakonodavstva.

Zaključno, valja naglasiti da je u talijanskom obiteljskom pravu odgovornost propisana člankom 190. c.c., poput one iz članka 189 c.c., neodgovodne prirode. Stoga su ništetne sve klauzule kojima se predviđa odricanje od primjene čl. 190. c.c. S time u vezi sudska je praksa zabranila korištenje u bankarskim ugovorima općih klauzula s kojima se dopušta banci (vjerovniku) prioritarno, a ne tek supsidijarno, naplaćivanje duga iz vlastite imovine svakoga bračnog druga.<sup>68</sup> Prema doktrini takva restriktivna teorija koja proizlazi iz sudske prakse, dovodi do ništetnosti, pozivajući se na potrebu poštovanja načela *par condicio creditorum* i u nemogućnosti izmjene zakonskog režima zajedničke stečevine koji, kao što se već ranije spominjalo, propisuje kruti okvir strogih normi.<sup>69</sup>

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Provedeno je istraživanje dokazalo da postoje bitne razlike dvaju sustava u pogledu uređenja imovinskih odnosa u obitelji. S jedne strane, razvidno je da hrvatski sustav, usporedno s talijanskim, dopušta bračnim drugovima (kao i izvanbračnim drugovima i istospolnim partnerima) veću autonomiju u izražavanju volje u reguliranju međusobnih imovinskih odnosa. U tom pogledu, u radu se istaknulo da talijansko pravo ne predviđa mogućnost sklapanja bračnog ugovora nalik hrvatskome, već dopušta, primjenom nekoliko alternativnih normi koja su prilično kruto postavljena u zakonodavstvu, relativno ograničenu mogućnost izražavanja autonomije volje. Nadalje, uočava se da talijanski pravni sustav, za razliku od hrvatskoga, koji se u tom pogledu unaprijedio, i dalje uređuje režim zajedničke stečevine prema pravilima koja bismo mogli usporediti sa zajedničkim vlasništvom, a ne suvlasništvom što zadaje znatne probleme u praktičnoj primjeni i u odnosima među bračnim drugovima i osobito u odnosima s trećim osobama, čiji položaj nije dovoljno zaštićen. Dalo bi se zaključiti da je u tom pogledu poštena treća osoba bolje zaštićena u hrvatskom pravnom poretku, iako u domaćem pravu, za razliku od talijanskog, nedostaje bilo koji oblik publiciteta obiteljskih imovinskih režima. Nadalje, uočava se da talijanski pravni sustav mnogo detaljnije uređuje pitanja odgovornosti bračnih drugova u odnosu na treće. Ipak, budući da je taj dio uređenja imovinskih odnosa tek nedavno ponovno izričito normirano u hrvatskom pravu, vjerujemo da će i to pitanje kroz buduću sudsku praksu pronaći detaljnije tumačenje i odgovore na pitanja postavljena u radu, a koja se u oba sustava odnose na kvalifikaciju obveza za potrebe ili u interesu obitelji i na pitanje supsidijarnosti u naplati tražbine. Zajednički zaključak do kojeg se dolazi i posljedično prijedlozi *de lege ferenda* koji proizlaze, a o kojima bi valjalo razmisliti, odnose se na potrebu veće informiranosti nevjeste i ženika, odnosno bračnih drugova, o sadržaju i uređenju imovinskih odnosa i na još veću potrebu publiciteta imovinskih

68 Usp. Corte d'Appello Roma, 7. svibnja 2002., Rivista di diritto civile, 2003., str. 535, s osvrtnom Bozzi, L.

69 U tom pogledu Paladini, M., sub art. 190 c.c., u Commentario del codice civile, Di Rosa, G., (ur.), Torino, UTET, 2018., str. 1457.

režima bračnih drugova (i drugih izvanbračnih drugova i istospolnih partnera na koje se taj sustav primjenjuje) radi omogućavanja poštenim trećima stjecanje oportunih informacija o imovini njihovih potencijalnih i realnih dužnika. Uostalom, tu potrebu ističe i europski zakonodavac, svjestan mogućeg problema, u preambuli Uredbe da izbor bračnih drugova mora biti „informiran“. Stupanjem na snagu ranije spomenutih uredaba ovo će se pitanje nametnuti s obzirom na to da će se s mogućnošću odabira mjerodavnog prava među različitim pravnim sustavima, koji su na određene načine prema uredbi povezani s bračnim drugovima (ili registriranim partnerima), koji bilježe prekogranične implikacije, ukazati čitav niz različitosti shodno odabiru primjene među različitim pravima. Kad se na to gleda iz perspektive bračnih drugova moglo bi se priupitati jesu li oni uopće upoznati s posljedicama koje bi se mogle pojaviti zbog odabira jednog, drugog ili nekog trećeg sustava koji bi mogli doći u obzir prema rješenjima predviđenima uredbom. *Ergo*, postavlja se pitanje koje će biti realne posljedice za bračne drugove (s prekograničnim implikacijama) koji će izabrati neko drugo pravo, s obzirom na to da praksa ukazuje da je njihova informiranost već glede domaćeg prava (kojeg bi trebali najbolje poznavati) vrlo ograničena. Hoće li ta sloboda biti kontraproduktivna za zaštitu njihovih interesa ili ne? Kad se na to gleda iz perspektive trećih osoba postavlja se pitanje posljedica nedostatka publiciteta imovinskih režima na njihova stečena prava. Dobro znamo koliko je interpretativnih napora hrvatska sudska praksa uložila, kao uostalom i talijanska, za pronalaženje balansa između zaštite stečenih prava bračnih drugova s jedne strane i trećih s druge, a da to ne prejudicira pravnu sigurnost i protočnost pravnog prometa. Sad, kad bi se taj problem „pretočio“ na prekograničnu razinu, shvaća se kako nedostatak publiciteta imovinskih režima uvelike može utjecati na prava trećih. Dostatno je zamisliti koliko bi napora treća osoba morala uložiti za pratiti tijekom dobara bračnih drugova s prekograničnim implikacijama u cilju naplate vlastite tražbine. Sumirajući različitosti u uređenju bračnih imovinskih sustava od države članice do države članice, a autorice su se u ovom radu dotaknule tek hrvatskog i talijanskog sustava, s nedostatkom adekvatnog publiciteta postojećih režima (zakonskih i ugovornih) realno je očekivati probleme u primjeni i/ili eventualne nepoželjne pojave različitih, dvojakih tumačenja imovinskih odnosa s prekograničnim implikacijama naspram onih s nacionalnim obilježjima.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci:*

1. Alinčić, Mira, Bakarić, Ana, *Porodično pravo*, 3. izd., Zagreb, Narodne novine, 1989.
2. Alinčić, Mira, Bakarić-Mihanović, Ana, *Porodično pravo*, Zagreb, Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, 1980.
3. Attardi, Aldo, *Profili processuali della comunione legale dei beni*, *Rivista di diritto civile*, 1979., I, str. 25-51.
4. Bakarić-Abramović, Ana, Hrabar, Dubravka, *Imovinski odnosi*, *Obiteljsko pravo*, *Birotehnika CDO*, Zagreb, 1994., str. 378-395.
5. Belaj, Vlado, *Bračna stečevina po obiteljskom zakonu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 23., 1/2002, str. 179-200.



6. Belaj, Vlado, Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 26, 1/2005, str. 339-365.
7. Bruno, Paolo, *Le controversie familiari nell'Unione Europea. Regole, fattispecie, risposte*, Milano, Giuffrè, 2018.
8. Busnelli, Donato, La "comunione legale" nel diritto di famiglia riformato, *Rivista del notariato*, 1976.
9. Cian, Giorgio, Villani, Alberto, *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, *Rivista di diritto civile*, 1980., I, str. 337-412.
10. Confortini, Massimo, *La comunione convenzionale tra coniugi*, *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, II, Torino, 2007.
11. Crnić, Jadranko, Končić, Ana-Marija, Utjecaj propisa o bračnoj stečevini te učincima izvanbračne zajednice na povjerenje u zemljišne knjige, *Informator*, br. 5487-5488, str. 1-9.
12. Cubeddu, Maria Giovanna, *La pubblicità del regime dei beni e la scelta della legge applicabile*, *Famiglia, Persone*, 2008.
13. Čulo, Anica, Radina, Ana, Valjanost bračnog ugovora, u: Rešetar, Branka, Župan, M., *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst*, Osijek, Pravni fakultet u Osijeku, 2011., str. 139-163.
14. Čulo, Anica, Šimović, Ivan, *Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 59, 5/2009, str. 1029-1068.
15. De Paola, Vincenzo; Macri, Antonio, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè, 1978.
16. De Rubertis, Giovanni, *La comunione convenzionale tra coniugi*, *Rivista del notariato*, 1989.
17. Dutta, Anatol, Weber, Johannes, *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, München, Beck, 2017.
18. Finocchiaro, Alfio, Finocchiaro, Mario, *Diritto di famiglia*, I, Milano, Giuffrè, 1985.
19. Gabrielli, Giovanni, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Trieste, libreria Goliardica, 1981.
20. Gabrielli, Giovanni, Cubeddu, Maria Giovanna, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 1997.
21. Gabrielli, Giovanni, Tommaseo Ferruccio, *Commentario della Legge Tavolare*, Milano, Giuffrè, 1989.
22. Grasso, Biagio, *La comunione convenzionale*, Trattato Rescigno, 3, Torino, UTET, 1996.
23. Hrabar, Dubravka, *Retroaktivnost i stečena prava prema obiteljskom pravu*, *Hrvatska pravna revija*, 5/2005, str. 38-46.
24. Hrabar, Dubravka, *Režim stjecanja i diobe imovine bračnih drugova u hrvatskom i poredbenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 44, 3/1994, str. 235-252.
25. Hrabar, Dubravka, *Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe*, *Godišnjak 9, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2002., str. 43-62.
26. Ivančić-Kačer, Blanka; Klasiček, Dubravka, *Bračni ugovor – neka otvorena pitanja*, u: Hrabar, Dubravka (ur.), *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008., str. 1-30.
27. Kačer, Hrvoje, *(Izvan)bračna stečevina i zemljišne knjige – neka pitanja i dvojbe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55, 3-4/2005, str. 1037-1074.
28. Kačer, Hrvoje, *Jedna dvojba glede primjene ObZ ili imaju li odredbe ObZ o bračnoj stečevini povratni učinak*, *Pravo i porezi*, god. 8., 12/1999, str. 26-32.
29. Klarić, Petar; Vedriš, Martin, *Gradansko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2008.
30. Korać Graovac, Aleksandra, *Imovinski odnosi*, u: Alinčić, M., i dr., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 495-533.

31. Lagarde, Paul, Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016., str. 676-686.
32. Majstorović, Irena, Bračni ugovor: novina hrvatskog obiteljskog prava, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2005.
33. Mazzola, G.; Re, M., Proposta di un diverso modo di intendere la comunione di beni tra coniugi, *Riv. Notariato*, 1978.
34. Mladenović, Marko, *Porodično pravo*, knjiga II, Beograd, Privredna štampa, 1981.
35. Oberto, Giacomo, I contratti della crisi coniugale, l'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi), *Familia*, 2003.
36. Patti, Salvatore, Cubeddu, Maria Giovanna, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008.
37. Perlingieri, Giovanni, Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi, *Rassegna di diritto civile*, 1/2018., str. 101-130.
38. Perlingieri, Pietro, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.
39. Pintens, Walter, *Matrimonial property Law in Europe*, u: Boele-Woleki i dr. (ur.), *The Future of Family property in Europe*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2011., str. 19-46;
40. Prokop, Ana, *Komentar osnovnom zakonu o braku*, Zagreb, Školska knjiga, 1959.
41. Radolović, Aldo, Načelo povjerenja (pouzdanja) u zemljišnu knjigu i raspolaganje bračnom stečevinom – kritički prikaz i analiza recentne prakse u Republici Hrvatskoj i Republici Sloveniji, *Hrvatska pravna revija*, 5/2005, str. 61-66.
42. Rešetar, Branka; Josipović, Una, Sporna pitanja bračne stečevine s osvrtom na bankovne ugovore bračnih drugova, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 50, 1/2013., str. 115-138.
43. Russo, Tommaso Vito, *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, Napoli, ESI, 2004.
44. Santosuosso, Fernando, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Commentario Codice civile, I, 1, Torino, 1983.
45. Trimarchi, Giuseppe, *Le imprese dei coniugi*, u: Perlingieri, P. (ur.), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
46. Volpe, V., *La responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale*, u: Bonilini, G., (ur.), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2016.
47. Winkler, Sandra, *Il diritto di famiglia*, u Benacchio, Gian Antonio; Casucci, Felice (ur.), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017., str. 293-316.

*Pravni izvori:*

1. Codice civile iz 1942. godine (Regio Decreto 16 marzo 1942 – XX, n. 262).
2. Obiteljski zakon NN, br. 103/2015.
3. Obiteljski zakon, NN, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15
4. Obiteljski zakon, NN, br. 162/1998
5. Obiteljski zakon, NN, br. 75/2014, 83/2014, 05/2015.
6. Osnovni zakon o braku, Službeni list FNRJ, br. 29/1946
7. Uredba Vijeća (EU) 2016/1103 o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, SL L 183, 8.7.2016.
8. Uredba Vijeća (EU) 2016/1104 o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registriranih partnerstava, SL L 183, 8.7.2016.
9. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/1990, 135/1997, 08/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 05/2014.

10. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 143/2012, 152/2014.
11. Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 114/2001, 100/2004, 107/2007, 152/2008, 126/2010, 55/2013, 60/2013, 108/2017
12. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN, br. 92/2014.
13. Zakona o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 11/1978, 27/1978, 45/1989 i 59/1990

*Sudska praksa:*

1. Corte d'Appello Roma, 7. svibnja 2002., Rivista di diritto civile, 2003., str. 535.
2. Kasacijski sud Republike Italije, odluka 18. lipnja 1990., br. 6118, Corriere Giuridico, 1990., str. 1125.
3. Kasacijski sud Republike Italije, odluka 23. lipnja 1998., br. 6234.
4. Kasacijski sud Republike Italije, ujedinjena vijeća, odluka 4. kolovoza 1998., br. 7640, Corriere Giuridico, 1999., str. 204.
5. Kasacijski sud Republike Italije, ujedinjena vijeća, odluka 4. lipnja 1999., br. 5487, Notariato, 1999., str. 508.
6. Tribunale Bergamo, 21. siječnja 2002., Giurisprudenza italiana, 2002., c. 1866.
7. Ustavni sud Republike Italije, odluka od 10. ožujka 1988., br. 311, Diritto di famiglia e delle persone, 1988., str. 715.
8. Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka od 14. lipnja 2011., U-III-103/2008.
9. Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka od 13. listopada 2004., U-III-493/2002.
10. Vrhovni sud Republike Hrvatske, odluka od 7. veljače 2017., Rev X 29/2015-2;
11. Vrhovni sud Republike Hrvatske, odluka od 29. listopada 2013., Rev 1867/12-2.
12. Vrhovni sud Republike Hrvatske, odluka od 10. lipnja 2015., Rev 2097/2011-2.
13. Vrhovni sud Republike Hrvatske, odluka od 19. listopada 2005., Rev 142/2004.
14. Vrhovni sud Republike Hrvatske, odluka od 23. travnja 1997., Rev 2772/95.
15. Županijski sud u Splitu, odluka od 15. rujna 2016., Gž Ob-97/16.
16. Županijski sud u Varaždinu, odluka od 27. svibnja 2017., Gž Ovr-236/17-5.
17. Županijski sud u Splitu, odluka od 15. rujna 2016., Gž Ob-97/16.

**Lucia Ruggeri\***  
**Sandra Winkler\*\***

Summary

## **SOME ISSUES CONCERNING THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN THE CROATIAN AND ITALIAN FAMILY LAW**

The paper will analyse some issues concerning the matrimonial property regimes in the Croatian and Italian family law. Firstly, it will be examined the legal framework in the context of the matrimonial property regimes in the Croatian family law. Subsequently, these legal solutions will be compared with the Italian familial legislation, pinpointing the issues related to the practical implementation of the law concerning the matrimonial property regimes. Thereafter, taking into account the results of the first stage of the research, the paper will deal with the pro et contra of both familial legislations, which will result from the comparison of the two legal models. The purpose of this comparative research is to find out if there is a necessity to improve the existing legal framework in the context of the matrimonial property regimes. In the last part of the paper will be examined the results of this research in the light of the entrance into force of the two EU Regulations regarding the matrimonial property regimes and the property regimes of the registered partnerships. Indeed, coming into the force these Regulations will originate some new legal challenges related to the regulation of the familial property regimes having cross-borders implications. Finally, the paper will offer some possible new solutions in order to improve the legislation in force, especially regarding the property regimes of cross-border families.

**Keywords:** *family; property regimes; matrimonial property agreement; spouses; partners; registered partnership; Regulation 2016/1103; Regulation 2016/1104.*

---

\* Lucia Ruggeri, Ph.D., Full Professor, University of Camerino, Faculty of Law; lucia.ruggeri@unicam.it.

\*\* Sandra Winkler, Ph.D., Assistant Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; swinkler@pravri.hr.

Zusammenfassung

**MANCHE FRAGEN ZU DEN VERMÖGENSBEZIEHUNGEN  
DER EHEGATTEN IM KROATISCHEN UND  
ITALIENISCHEN FAMILIENRECHT**

Dieser Beitrag analysiert manche Fragen zu den Vermögensbeziehungen der Ehegatten im kroatischen und italienischen Familienrecht. Zuerst wird die bestehende Regelung von Vermögensbeziehungen der Ehegatten im kroatischen Familienrecht untersucht. Anschließend werden inländische Gesetzesbeschlüsse mit der italienischen Familiengesetzgebung im Kontext der Regelung von Vermögensbeziehungen in der Familie verglichen, wobei die wichtigsten Fragen, die bei der praktischen Anwendung der Beschlüsse zum Familienrecht auftauchen, hervorgehoben werden. Aufgrund gefundener Antworten wird im Beitrag durch die komparative Forschungsmethode versucht, die Vor- und Nachteile dieser zwei nationalen Gesetzesrahmen zu den Vermögensbeziehungen in der Ehe festzustellen, wobei die Frage gestellt wird, ob dieser Bereich ferner ausgearbeitet werden muss. Die Ergebnisse genannter Analyse werden im letzten Teil des Beitrags im Lichte des Inkrafttretens von zwei europäischen Verordnungen über Vermögensbeziehungen der Ehegatten und eingetragenen Partnerschaften ausgewertet, denn diesbezüglich werden neue rechtliche Herausforderungen auftauchen, die mit unterschiedlichen Fragen der Regelung von Vermögensbeziehungen in Familien mit grenzüberschreitenden Implikationen verbunden sind. Abschließend werden mögliche Lösungen geboten, welche die bestehende Regelung von Vermögensbeziehungen in der Familie verbessern würden, wobei besondere Betonung auf der grenzüberschreitenden Dimension dieser Beziehungen liegt.

*Schlüsselwörter: Familie; Vermögensbeziehungen; Ehegatten; außereheliche Partner; Lebenspartnerschaft; Verordnung 2016/1103; Verordnung 2016/1104.*

Riassunto

**ALCUNE QUESTIONI RELATIVE AI RAPPORTI  
PATRIMONIALI TRA CONIUGI NEI DIRITTI DI  
FAMIGLIA CROATO ED ITALIANO**

Nel presente lavoro si tratteranno alcune questioni relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi nei diritti di famiglia croato ed italiano. Anzi tutto, si analizzerà la vigente disciplina giuridica nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto di famiglia croato. Di seguito, si compareranno le soluzioni giuridiche individuate con

la normativa italiana di diritto di famiglia, individuando all'uopo le questioni aperte nell'applicazione pratica delle norme nell'ambito dei rapporti patrimoniali di famiglia. Nel prosieguo del lavoro le autrici sulla base delle risposte individuate attraverso un metodo comparato di ricerca, tenteranno di ricostruire un quadro delle qualità e delle lacune presenti nelle due legislazioni nazionali nel contesto dei rapporti patrimoniali tra coniugi, interrogandosi sull'opportunità di un'ulteriore evoluzione della disciplina giuridica in oggetto. Degli esiti dell'indagine condotta si avrà modo di trattare nella parte conclusiva del lavoro, e ciò in particolare alla luce dell'entrata in vigore dei due Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate, in seguito alla quale affioreranno delle nuove sfide giuridiche collegate alla risoluzione di diverse questioni concernenti i rapporti patrimoniali nelle famiglie con implicazioni transnazionali. Nelle conclusioni le autrici offriranno possibili soluzioni con le quali si potrebbe migliorare la vigente disciplina giuridica principalmente con riferimento ai rapporti patrimoniali tra coniugi caratterizzati da implicazioni transnazionali.

**Parole chiave:** *famiglia; rapporti patrimoniali; convenzione matrimoniale; coniugi; conviventi; unione registrata; Regolamento 2016/1103; Regolamento 2016/1104.*

## SEKVESTRACIJA NEKRETNINE U SVJETLU ZAŠTITE PRAVA NA MIRNO UŽIVANJE IMOVINE

Izv. prof. dr. sc. Gabrijela Mihelčić\*  
Doc. dr. sc. Maša Marochini Zrinski\*\*

UDK: 347.233  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.8>  
Ur.: 28. siječnja 2019.  
Pr.: 15. veljače 2019.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

*Autorice u radu analiziraju institut privremene uprave na nekretnini u općem i odabranim posebnim režimima. U prvom dijelu rada daje se prikaz geneze instituta, a zatim promatraju njegove pretpostavke i obilježja. Istaknuti su zahtjevi potrebni za uspostavljanje privremene uprave u nacionalnom uređenju, tj. da je od vlasnika zatraženo određeno činjenje koje je on uskratio, a u povodu zaštite određenih dobara. Zatim su analizirana obilježja privremenosti i ograničenja izvršavanja vlasničkopravnih ovlasti na stvari analizirana s obzirom na značajke zaštite prava na mirno uživanje imovine. Istaknuto je da se radi o trećem pravilu o kontroli korištenja imovine i promatralo se je li određenim uređenjem narušena pravična ravnoteža, odnosno jesu li ograničenja koja je država nametnula u okviru polja slobodne procjene razmjerna (proporcionalna).*

**Ključne riječi:** *privremena uprava; pravo na mirno uživanje imovine; razmjernost.*

### 1. UVOD

Jedno od prvih obilježja privremene uprave (sekvestracije) jest da njezinom uspostavom dolazi do ograničenja prava vlasništva, no, do njega ne dolazi u građanskom postupku niti pred redovnim sudovima. Usprkos tomu, nema zapreke da se, sukladno razvijenoj doktrini, tzv. građanskih prava i obveza<sup>1</sup> artikuliranoj u povodu zaštite prava na pošteno suđenje iz članka 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,<sup>2</sup> njezine pretpostavke ne provjere u svjetlu zaštite prava na

\* Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, izvanredna profesorica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; gabrijela@pravri.hr.

\*\* Dr. sc. Maša Marochini Zrinski, docentica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; mmarochini@pravri.hr.

1 Grbić, S., Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6., stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima, Rijeka, Pravni fakultet u Rijeci, 2014., str. 16 *et seq.*, Stažnik, Š., Europski sud za ljudska prava i standardi upravnosudskog postupka, u: Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj (ured. I. Koprić), Zagreb, Institut za javnu upravu, 2014., str. 127-129.

2 Narodne novine (dalje u tekstu: NN), Međunarodni ugovori (dalje u tekstu: MU), br. 18/97, 6/99

mirno uživanje imovine.<sup>3</sup> Odgovor na pitanje o pretpostavkama traženim za uspostavu privremene uprave najprije daju odredbe našeg općeg stvarnopravnog uređenja iz članka 32. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.<sup>4</sup> Ako je zbog zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskoga okoliša ili zdravlja ljudi zakonom predviđeno da je vlasnik dužan nešto poduzeti u pogledu stvari, a ne može ga se na to prisiliti može se na stvari uspostaviti privremena uprava (članak 32. stavak 3. ZV-a). Osim ovog uređenja, postoje i ona iz posebnih propisa<sup>5</sup> koja se često i drukčije nazivaju, no, dijele zajedničko obilježje da je vlasnik trebao nešto učiniti, pa nije, zbog čega je ograničen u izvršavanju svojih vlasničkopravnih ovlasti na stvari. U ovom radu se analizira uređenje privremene uprave na nekretninama, a pored općeg uređenja, promatra se posebno uređenje poljoprivrednog zemljišta<sup>6</sup> i nepokretnih kulturnih dobara.<sup>7</sup>

Ograničenja prava vlasništva u konvencijskoj praksi ispituju se, ponajprije, kroz povrede prava na mirno uživanje imovine.<sup>8</sup> U vezi s njim države uživaju široko polje

- pročišćeni tekst, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 i 13/17 (dalje u tekstu: Konvencija ili EKLJP).
- 3 Bogdanović navodi da se zaštita prava iz članka 1. Protokola broj 1. uz Konvenciju (dalje u tekstu: članak 1. Protokola 1.) može pružiti u upravnom sporu. Bogdanović, T., *Zaštita prava vlasništva iz članka 1. Protokola 1. Europske konvencije u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 1/2011., str. 584.
  - 4 NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - pročišćeni tekst i 94/17, dalje u tekstu: ZV. U njegovom prvom stavku predviđeno je da, zbog zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskoga okoliša i zdravlja ljudi, vlasnik svoje pravo vlasništva ne smije izvršavati preko granica postavljenih zakonom za sve vlasnike takve stvari. Stvar se na temelju Ustava Republike Hrvatske, NN, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 5/14, dalje u tekstu: Ustav, može posebnim zakonom proglasiti od interesa za Republiku Hrvatsku te za nju, vlasnicima i ovlaštenicima drugih prava odrediti poseban način uporabe i iskorištavanja. U tom se slučaju vlasništvo izvršava s ovim u skladu, a vlasniku pripada naknada zbog ograničenja kojima je podvrgnut (članak 32. stavak 2. ZV-a).
  - 5 Npr. u: Zakonu o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 20/18 i 115/18, dalje u tekstu: ZPZ, Zakonu o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN, br. 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12, 136/12, 157/13, 152/14, 98/15 i 90/18 (dalje u tekstu: ZZOKD), Zakonu o šumama, NN, br. 68/18 (dalje u tekstu: ZŠ), Zakonu o zaštiti prirode, NN, br. 80/13 i 15/18 (dalje u tekstu: ZZZP), Zakonu o građevinskoj inspekciji, NN, br. 153/13 (dalje u tekstu: ZGI) i dr.
  - 6 Članak 14. stavak 1. ZPZ-a dopušta da se zbog zaštite tla, okoliša ili ljudi, poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu koje se ne održava pogodnim za poljoprivrednu proizvodnju, a vlasnici su nedostupni ili nepoznatog boravišta dađe u prisilan zakup. V. kod Josipović, T., *Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/2001., str. 127-128, bilješka 119.
  - 7 Članak 31. stavak 1. ZZOKD-a predviđa, pak, mogućnost imenovanja privremenog skrbnika nepokretnom kulturnom dobru ako vlasnik ne postupa prema Zakonu, odnosno s dužnom pažnjom, pa kulturnom dobru prijeti opasnost od oštećivanja ili uništenja.
  - 8 Odredba članak 1. Protokola 1. i naslov prema objavljeno prijepodu u NN, MU, br. 6/99, glase: „Zaštita vlasništva, Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava (stavak 1.). Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima



slobodne procjene (engl. *margin of appreciation*) i mogu zahvatiti u ovo pravo, pa ga i ograničiti, ali ograničenje mora biti u skladu s Konvencijom i praksom Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: Europski sud ili ESLJP ili Sud).<sup>9</sup> Zapravo, „pitanje svih pitanja“ jest je li određeno ograničenje razmjerno, odnosno proporcionalno. U pravnoj teoriji koja proučava Konvenciju među referentnim obilježjima prava na mirno uživanje imovine<sup>10</sup> izdvaja se nekoliko. Kao prvo, da se u članku 1. Protokola 1. radi o zaštiti prava na mirno uživanje *imovine* čiji pojam treba razumjeti u konvencijskom značenju, budući da je, kao i niz drugih, plod tumačenja Konvencije posebnim načelima: autonomnog tumačenja pojmova (engl. *the autonomous concepts*), živućeg instrumenta (engl. *living instrument*), odnosno evolutivnog tumačenja pojmova (engl. *evolutive interpretation*), učinkovitosti (engl. *doctrine of effectiveness*) i u vezi s njim, tzv. pozitivnih obveza država i posljedica po razmjernost, odnosno proporcionalnost ograničenja kada im nije udovoljeno.<sup>11</sup> Drugo, da Sud slijedi doktrinu, tzv. tri pravila i konkretan slučaj promatra u svjetlu jednog od njih. Znajući da se privremenom upravom ne oduzima pravo vlasništva, niti mijenja njegov sadržaj, već se vlasnika ograničava u izvršavanju vlasničkopravnih ovlasti, privremena uprava ulazi u doseg pravila o, tzv. kontroli korištenja imovine. Sud i kod ovog prava, jednako kao i kod prava na poštovanje doma<sup>12</sup> provodi, tzv. test (ne)razmjernosti,<sup>13</sup> no riječ je o različitim testovima.<sup>14</sup> Važnije razlike tiču se širine polja slobodne procjene koje je kod prava na mirno uživanje imovine šire; sadržaja pojmova javnog, odnosno općeg interesa te pojma nužnosti.<sup>15</sup> Sličnost postoji u modelu (tehnicu) testiranja koja se zove tehnikom, “korak po korak,” a sastoji se u tomu što Sud ispitujući je li povrijeđeno zaštićeno pravo kreće od odgovora na prvo pitanje i postavlja sljedeća redom.<sup>16</sup>

---

da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni (stavak 2.),“

- 9 V. za načelo supsidijarnosti, kod Marković, S., Trgovac, S., Ustavna tužba i zahtjev Europskom sudu za ljudska prava - analiza i značaj tih pravnih sredstava, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25., Organizator, Zagreb, 2018., str. 222 *et seq.*
- 10 V., npr. Jacobs, F. G., White, R. C. A., Ovey, C., The European Convention on Human Rights, 7<sup>th</sup> ed, Rainey, B., Wicks, E., Ovey, C., 2017., str. 547 *et seq.*; Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, M., Law of the European Convention on Human Rights, 5<sup>th</sup> ed, Oxford, Oxford University Press, 2014., str. 862 *et seq.*; Omejec J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasburški *acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 952 *et seq.* Gomien, D., Europska konvencija o ljudskim pravima, Zadar, Naklada, 2007., str. 205 *et seq.*
- 11 Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M., Utjecaj konvencijskih načela tumačenja na pojedine građanskopravne institute (odabrana pitanja), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 78., 2018., str. 127-147.
- 12 Odredba članka 8. stavka 2. Konvencije, prema naprijed navedenom prijevodu, glasi: „Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu *nužno* radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“
- 13 Omejec, J., op. cit., str. 990-1003.
- 14 V. *Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske*, zahtjev br. 46577/15, presuda od 21. travnja 2016.
- 15 Omejec, J., op. cit., str. 953.
- 16 Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M., Utjecaj zaštite „konvencijskih“ prava na ugovor o najmu

## **2. NACIONALNO UREĐENJE PRIVREMENE UPRAVE (SEKVESTRACIJE)**

### **2.1. Općenito**

Naš Ustav proklamira člankom 3., a onda i jamči člankom 48., nepovredivost vlasništva. Kada se kaže *vlasništvo*, podrazumijeva se razlikovanje pravne ustanove vlasništva (koju Gavella definira kao skup pravnih pravila koja uređuju društvene odnose pripadanja stvari i ostalih imovinskih dobara osobama) i vlasništva kao subjektivnog prava<sup>17</sup> u užem i širem smislu (u užem ga smislu, navodi Gavella, treba razumjeti kao jedno od stvarnih prava, a u širem tako što uključuje i ostala stvarna, odnosno imovinska prava).<sup>18</sup> Ustavno jamstvo vlasništva iz prvog stavka članka 48. Ustava ne znači da se ono ne može ograničiti. Ustavotvorac u drugom stavku ove odredbe kaže da vlasništvo obvezuje te da su njegovi nositelji dužni pridonositi općem dobru.<sup>19</sup> Ograničenja, međutim, a kako stoji u članku 50. stavku 2. Ustava, trebaju biti predviđena zakonom i služiti zaštiti interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Gavella ističe da se jamstvom prava vlasništva, osim jamstva pravne ustanove vlasništva, pravnim subjektima jamči da im javna vlast neće zadirati u pravo vlasništva u širem smislu, osim uz pretpostavke predviđene Ustavom tj. da se ne ugrožava sama ustanova vlasništva i da su ograničenja razmjerna (v. članak 16. stavak 2. Ustava).<sup>20</sup> Posebna zakonska ograničenja mogu biti negativna i pozitivna, a privremena uprava jest posebno pozitivno zakonsko ograničenje.<sup>21</sup>

Ograničenja vlasništva zanimala su i stariju literaturu stvarnog prava.<sup>22</sup> Stojanović ih je dijelio na ograničenja u užem i u širem smislu. Prva postavlja pravni poredak, a druga proizlaze iz pravnih poslova. Među ograničenja u užem prema autoru, ulaze ona nametnuta privatnim pravom, a ovdje ubraja i susjedska prava te ograničenja zbog javnopravnih zahvata. Potonja, pak, dijeli imajući u vidu učinke

- 
- stana, XIII Majske savetovanje: Uslužno pravo (ur. M. Mićović), Kragujevac, Ministarstvo prosvjete, nauke i tehnološkog razvoja, 2017., str. 968.
- 17 Prema članku 30. stavku 1. ZV-a, pravo vlasništva se definira kao stvarno pravo na određenoj stvari koje svog nositelja ovlašćuje da s njom i koristima od nje čini što ga je volja te druge od toga isključiti, osim protivni li se ovo tuđim pravima ili zakonskim ograničenjima.
  - 18 Gavella, N., u: Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, sv. 1., 2. izd., Zagreb, Narodne novine, 2007., dalje u tekstu: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 341-343; Simonetti, P., *Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u ustavnom poretku Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31, 1. Suppl./2010., str. 355-357; Belaj, V., Klasiček, D., *Novije tendencije u ograničavanju prava vlasništva*, *Pravni vjesnik*, vol. 21., 3-4/2005., str. 213-216.
  - 19 Perkušić, A., (Ne)usklađenost opće i posebne stvarnopravne normative o stjecanju, vrstama i sadržaju prava služnosti u našem pozitivnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37., 1/2016., str. 208.
  - 20 Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 358; Simonetti, P., op. cit., str. 355-360.
  - 21 Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 412.
  - 22 V. Gams, A., *Svojina*, 2. izd., Beograd, Naučna knjiga, 1988., str. 74-83; Vuković, M., *Osnovi Stvarnog prava*, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, 1950., str. 123-140; Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, 3. izd., Beograd, Naučna knjiga, 1986., str. 103-119.

koje polučuju po vlasnika, odnosno traže li od njega kakvo propuštanje, činjenje ili trpljenje. Kada je riječ o činjenju, a koje je zapravo pretpostavka za uspostavu privremene uprave, Stojanović kaže da se od vlasnika traži da sa svojom stvari postupa prema uputi, odnosno onemogućava ga se u slobodnom donošenju odluke hoće li ili ne nešto učiniti. Autor ovim nije završio analizu, budući da je istaknuo i razlikovanje ovisno o tomu je li sadržaj ograničenja u ograničavanju vlasnikova utjecaja na stvar (a ovdje bi ulazila i privremena uprava) ili ovlasti otkloniti utjecaje trećih. Ograničenja, naposljetku, mogu uključiti smanjenje faktičkih ovlasti (koristiti, prerađivati stvar, i sl.) te pravno-poslovnih ovlasti (kada vlasnik ne može pravno raspolagati svojom stvari u određenom opsegu).<sup>23</sup>

## 2.2. Pojam i geneza privremene uprave

Prije negoli se više kaže o postojećem uređenju privremene uprave i pretpostavkama potrebnim za njezino uspostavljanje, treba pojasniti najosnovnije o institutu sekvestracije, a, u biti, odjeliti privremenu upravu od drugih oblika (vrsta) sekvestracije i definirati predmet istraživanja. U najkraćim crtama osvrnut će se na razvoj instituta, a osobito će se naglasiti „bliska“ veza s uređenjima iz ZV-a te jednim prethodnim uređenjem koje je važno zbog toga što ga je više puta ispitivao Europski sud u povodu zahtjeva za zaštitu prava na mirno uživanje imovine.

2.2.1. O institutu privremene uprave, i općenito o institutu sekvestraciji, danas se puno ne govori.<sup>24</sup> U sudskoj praksi još ima predmeta u kojima se odlučuje o zahtjevima za povrat konfiscirane (sekvestrirane) imovine,<sup>25</sup> no ovim se aspektom,

23 Osvrćući se na intenzitet zahvata ostvarenih zbog ograničenja Stojanović ih uspoređuje s eksproprijacijom i navodi postavke dvije teorije kojima zamjera odsustvo „praktičnosti“, prvu, koja se temelji na mjeri zahvata u vlasništvo, i drugu, prema kojoj, eksproprijacija ukida bitni element vlasništva (sadržaj), dok se ograničenjima sužava faktična vlast raspolaganja sa stvari, a ne gubi sadržaj prava vlasništva. Autor smatra u praksi korisnijima teoriju pojedinačnog akta, teoriju očekivanja (teoriju žrtve) i teoriju poštovanja privatne koristi kod vlasništva. Prvu (pojedinačnog akta) označava primarno postupovnom, jer se razlika između eksproprijacije i ograničenja sastoji u tomu što su zakonska ograničenja vlasništva uspostavljena zakonom, a kod eksproprijacije je riječ o pojedinačnom aktu. Prema teoriji očekivanja (teoriji žrtve), kao materijalnoj, granica između eksproprijacije za koju se daje naknada i ograničenja vlasništva za koje se ne daje, povlači se prema kriteriju djelovanja zahvata na pogođene osobe, ako su pojedinim vlasnicima nametnuta ograničenja koja za njih predstavljaju posebnu žrtvu, riječ je o eksproprijaciji. Prema trećoj, teoriji poštovanja privatne koristi kod vlasništva najopćenitije se može reći da, neovisno o intenzitetu, vanjske intervencije koje zadiru u vlasništvo, a dokle god omogućuju postizanje određene dobiti, još uvijek se smatraju ograničenjem. Konačno, Stojanović, ukazuje i na bliskost teorije očekivanja s teorijom o smanjivanju supstancije prema kojoj, eksproprijacija postoji kada se zahvatom države povrijedi materijalna supstancija kao bitan sadržaj prava vlasništva tako da ga se u njegovim temeljnim ekonomskim funkcijama ili uništi ili znatno ošteti. Stojanović, D., *Stvarno pravo*, 5. izd., Beograd, Službeni list SFRJ, 1980., str. 70-76.

24 Detaljno kod Rušnov, A., Šilović, J., Tumač Gradjanskom parbenom postupniku, Zagreb, Knjižara Lav. Hartman (Kugli i Deutsch), str. 366-384.

25 Vrhovni sud Republike Hrvatske, dalje u tekstu: Vrhovni sud ili VS, Rev 2205/11-2 od 9. veljače 2016., VS, Rev 320/05-2 od 21. rujna 2005., US, U-III/926/2007 od 7. svibnja 2009., <http://www.iusinfo.hr>, stranica posjećena 4. siječnja 2019.

odnosno vrstom instituta autori neće baviti u ovoj analizi.<sup>26</sup> Metodologija nalaže da se navede kako je građanskopravna sekvestracija, prema svojim povijesnim izvorima, postojala u obliku ugovorne ili dobrovoljne sekvestracije (*sequestratio voluntaria*) i sudske sekvestracije (*sequestratio necessaria*).<sup>27</sup> Mihelčić,<sup>28</sup> objašnjava da je, zapravo, rimski *depositum in sequestrem* pretočen u građanske zakonike 19. stoljeća koje su vrijedili u hrvatskim zemljama. Pozivajući se na literaturu, navodi nadalje, da se sudska sekvestracija dijelila na privremenu (provizornu) i ovršnu sekvestraciju te da je bila uređena u postupovnim propisima, tako da su, najprije, u građanskom postupovnom propisu bile uređene i privremena i ovršna sekvestracija,<sup>29</sup> a, potom da je ovršnu sekvestraciju uređio ovršni propis.<sup>30</sup> Nadalje, autorica ističe da je materijalno uporište instituta dolazilo iz temeljnoga materijalnog propisa<sup>31</sup> koji je određivao da „ako su parci ili sud predali komu stvar, o kojoj je raspra, da ju čuva čuvar se zove uzapitelj (sekvestar), a prava i obveze uzapitelja prosuđuju se po načelima ovdje ustanovljenim.” Njegov je „nasljednik“ i naš Zakon o obveznim odnosima<sup>32</sup> koji ostavu uređuje člancima 725. do 743. ZOO-a, ali isključuje njihovu primjenu na nekretnine,<sup>33</sup> kao što je činio i njegov prethodnik, Zakon o obveznim odnosima iz 1978.<sup>34</sup> U postojećim uređenjima, i u onom iz Zakona o parničnom postupku<sup>35</sup> i u

- 26 V. članak 10. Zakona o konfiskaciji imovine i o izvršenju konfiskacije, Službeni list, dalje u tekstu: Sl. list, DFJ, br. 40/45, 71/45, 70/45, Sl. list FNRJ, br., 61/46, 105/46 i 47/1951, dalje u tekstu: ZKIIK, koji je određivao da, prema njemu, sekvestracija ima značenje privremenog oduzimanja uprave nad cjelokupnom imovinom ili dijelom imovine osobe za koju je postojala temeljita pretpostavka da će protiv nje biti izrečena konfiskacija i prenošenje uprave na državno tijelo nadležno za upravljanje imovinom u svrhu osiguranja imovinskih interesa države.
- 27 Rušnov, A., Šilović, J., op. cit., str. 366-369.
- 28 V. detaljno za genezu instituta kod Mihelčić, G., Ovlaštenje hipotekarnih vjerovnika na namirenje hipotekarne tražbine sekvestracijom nekretnine *de lege lata* i *de lege ferenda*, u: Liber Amicorum in honorem dr. sc. Jadranko Crnić (1928.-2008.), Zagreb, Novi Informator, 2009. str. 408 *et seq.*
- 29 Privremena (provizorna) sekvestracija bila je uređena §§ 425-437 Građanskog parbenog postupnika od 16. rujna 1852. s novelama, dalje u tekstu: G.p.p., dok su ovršnu sekvestraciju uređivali §§ 480-481. istog propisa.
- 30 Uređenje ovršne sekvestracije značajnije je izmijenjeno pravilima Zakona o izvršenju i obezbjeđenju od 9. srpnja 1930., dalje u tekstu: ZIO, točnije njegovim pravilima iz §§ 79 - 106 u kojima je sekvestracija detaljno uređena po uzoru na austrijska i njemačka rješenja (primarno, austrijska). Ovaj propis ujedno je i posljednji koji je uređivao ovršnu sekvestraciju. Što se tiče privremene sekvestracije, ona više nije uređivana, pa ju nije predvidio Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama od 13. srpnja 1929. Kraljevine Jugoslavije, kao ni propisi koji su uslijedili. V. kod Mihelčić, G., *ibidem*.
- 31 V. § 968. Općeg građanskog zakonika od 29. studenog 1852. s kasnijim noveliranjima, dalje u tekstu: O.g.z. Rušnov, A., Šilović, J., op. cit., str. 367.
- 32 NN, br. br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18, dalje u tekstu: ZOO.
- 33 Pravila ZOO-a koja uređuju ostavu kažu da njezin objekt mogu biti samo pokretne stvari (članak 725. stavak 2. ZOO-a).
- 34 Sl. list SFRJ 29/78, 39/85, 46/85, 57/89, NN, br. 53/91, 73/91, 3/94, 111/93, 107/95, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01 i 35/05 (dalje u tekstu: ZOO/78).
- 35 Sl. list SFRJ, br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 35/91, NN, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11 - pročišćeni tekst, 25/13 i 89/14 (dalje u tekstu: ZPP).

onom iz Ovršnog zakona,<sup>36</sup> pravila o sekvestraciji nema. Zapravo, navodi Mihelčić, jednako je bilo i prema njihovim prethodnicima.<sup>37</sup> Međutim, privremena uprava, odnosno sekvestracija koju analiziramo samo bi djelomično imala obilježja građanske sekvestracije, budući da je, kako kaže Gavella, javna vlast ta koja sili vlasnika na poštovanje ograničenja prava vlasništva i, nastavlja, da to mora činiti čuvajući vlasništvo, između ostalog, i u duhu prava na mirno uživanje imovine.<sup>38</sup>

U našem pravnom sustavu postoje još neki instituti donekle slični privremenoj upravi koju analiziramo, a riječ je o takva dva instituta, privremenoj mjeri oduzimanja nekretnine i njezina povjeravanja na čuvanje i upravu predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi (članak 347. stavak 4. OZ-a) te mjeri osiguranja oduzimanja imovinske koristi ostvarene protupravnom radnjom u kaznenom postupku - oduzimanja nekretnine i njezinog povjeravanja na čuvanje i upravljanje državnom tijelu nadležnom za upravljanje državnom imovinom (članak 557.a stavak 1.a) Zakona o kaznenom postupku<sup>39</sup>), no niti oni nisu predmet ovog istraživanja. Razlog tomu nalazi se u drukčijoj svrsi ovih instituta s obzirom na privremenu upravu koja se uspostavlja zbog zaštite zaštićenog dobra kada vlasnik ne učini ono što je od njega traženo.

Za razmjere ovog poglavlja, potrebno je spomenuti i uređenja iz dva (sada derogirana) propisa koja su predviđala uspostavu određenih oblika privremene uprave, a njihova je rješenja već kontrolirao Europski sud<sup>40</sup> i naši najviši sudovi.<sup>41</sup> Riječ je o Zakonu o davanju u najam stanova na oslobođenom teritoriju<sup>42</sup> koji je omogućavao najam stanova na određenom području pod posebnim pretpostavkama (radilo se o stanovima sa specifičnim „vlasničkim“ režimima, v. članak 1. ZDNSOT-a) te Zakonu o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom<sup>43</sup> kojim je „privremeno preuzeta i dana na korištenje, upravljanje i nadzor imovina fizičkih osoba“ (opet, u

36 NN, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17 (dalje u tekstu: OZ).

37 Mihelčić se osvrće na uređenja iz prijašnjeg Zakona o izvršnom postupku, Sl. list SFRJ, 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, NN, br. 26/91, 53/91, 91/92, 57/96, dalje u tekstu ZIP/78, te ZPP-a i ranijih građanskih postupovnih propisa. Mihelčić, G., op. cit., str. 417.

38 Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 415.

39 NN, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 i 70/17 (dalje u tekstu: ZKP).

40 Npr. u predmetima: *Brezovec protiv Hrvatske*, zahtjev br. 13488/07, presuda od 29. ožujka 2011.; *Vučak protiv Hrvatske*, zahtjev br. 889/06, presuda od 23. listopada 2008.; *Radanović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 9056/02, presuda od 21. prosinca 2006.; *Kunić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 22344/02 presuda od 11. siječnja 2007. i dr.

41 V. općenito o praksi Ustavnog suda, Crnić, I., *Ustav Republike Hrvatske u praksi*, Organizator, Zagreb, 2018., str. 542-565, 580-591 i dr. Marković, S., Radin, M., Trgovac, S., *Ustavna zaštita prava vlasništva u svijetlu stavova Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32., 1/2011., str. 599-631; Radolović, A., *Jamstvo prava vlasništva u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 16., Organizator, Zagreb, 2009., str. 1-41. Još, Held, M. *Primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Hrvatska i komparativna javna uprava, vol. 16., 3/2016., str. 527-551.

42 NN, br. 73/95 i 101/98 (dalje u tekstu: ZDNSOT).

43 NN, br. 73/95, 7/96 i 101/98 (dalje u tekstu: ZPPUOI). V. i tzv. Program povratka i zbrinjavanja prognanika, izbjeglica i raseljenih osoba NN, br. 92/98 i 88/02 (dalje u tekstu: ZDNSOT).

jednom specifičnom režimu i pod posebnim pretpostavkama, v. članak 1. i 2. ZPPUOI-a).<sup>44</sup> U praksi koja je uz njih kreirana, u biti, se radilo o provjeri pojedinih rješenja s obzirom na to povrjeđuju li ustavno jamstvo vlasništva, odnosno konvencijsko pravo na mirno uživanje imovine. U odlukama koje su donesene uočavaju se detalji zaštite koja im je pružena. Ustavni sud u odluci U-III-1122/2013 od 4. studenoga 2014. dao je za pravo podnositelju i zaštitio njegovo povrijeđeno pravo te naglasio što smatra relevantnim. Pritom se ističe sljedeće: zahtjev da se imovina, odnosno njezin pojam u ustavnopravnom smislu autonomno koncipira,<sup>45</sup> zahtjev da se konkretan slučaj analizira kroz tri pravila i odredi na koje se od njih odnosi povreda<sup>46</sup> te zahtjev da miješanje države, odnosno uvođenje ograničenja bude predviđeno zakonom, legitimno i da se ne zahvaća u zaštićeno pravo, tako da se naruši pravična ravnoteža (engl. *fair balance*) između općeg interesa i interesa pojedinca i potonjeg pretjerano opteretiti,<sup>47</sup> odnosno, da se ostvari zahtjev da ograničenje, pa i ono privremenom upravom bude

44 Gavella citira odluku Županijskog suda u Rijeci, Gž-1540/97 od 4. ožujka 1998, u kojoj je rečeno da se radilo o „zakonskom gubitku i zakonskom preuzimanju posjeda stvari (imovine) koje su nakon toga dane na privremenu upravu i korištenje.“ Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 176, bilješka 51. V., npr. članke 3. ZDNSOT-a i 5. ZPPUOI-a.

45 Naime, najprije je naglašeno da se pravo vlasništva u smislu članka 48. stavka 1. Ustava shvaća u autonomnom ustavnom značenju (op. aut.) te kazano da ga je potrebno vrlo široko tumačiti, budući da „obuhvaća, načelno, sva imovinska prava“, te se u tom pravcu navode odgovarajuće „odluke U-III-661/1999 od 13. ožujka 2000.; U-III-72/1995 od 11. travnja 2000., U-III-551/1999 od 25. svibnja 2000., U-III-476/2000 od 14. lipnja 2000. U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009.“, § 33.

46 U ovom je smislu Ustavni sud podsjetio „na odluku U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009., NN, br. 88/09, u kojoj je podrobno obrazložio ustavni okvir zaštite imovinskih prava u Republici Hrvatskoj utvrđujući da Ustav poznaje tri pravila o vlasništvu koja korespondiraju s istim takvim pravilima izgrađenima u praksi ESLJP-a kad je riječ o članku 1. Protokola 1.“.

47 Zatim se ističe: „Da bi ograničenje prava vlasništva bilo opravdano pod uvjetima iz članka 50. stavka 2. Ustava i članka 1. stavka 2. Protokola 1., dostatno je da bude ispunjen zahtjev iz tih odredaba i da nadležna državna tijela postignu pravednu ravnotežu između interesa države i pogođenog vlasnika,“ § 33.2.

razmjerno (proporcionalno).<sup>48, 49</sup>

2.2.2. Osim u članku 32. ZV-a, privremena uprava pojavljuje se u još nekim pravilima iz ZV-a. Riječ je o uređenjima:<sup>50</sup> kada plodouživatelj ugrožava sućanstvo stvari na kojoj ima plodouživanje i kod prisilnog namirenja založnog vjerovnika. Tako, ako je ugroženo sućanstvo poslužne stvari njezin vlasnik može zahtijevati da mu plodouživatelja dade primjereno osiguranje (članak 209. stavak 1. ZV-a). Ne učini li to, sud može ukinuti plodouživanje i obvezati vlasnika da plodouživatelju plati naknadu (članak 209. stavak 2. i članak 242. stavak 3. ZV-a). Međutim, smatra li to boljim rješenjem i na zahtjev plodouživatelja koji se obvezao snositi troškove uprave i uporabe i korištenja poslužne stvari, može i postaviti upravitelja njome (članak 209.

48 U kojem bi smislu treba razmišljati pri utvrđenju o (ne)razmjernosti Vrhovni sud rekao je, npr. u odluci Rev 1000/10-2 od 9. travnja 2013. U njoj je najprije označen što je u konkretnom slučaju bio legitimni cilj miješanja „zaštita napuštene imovine od propadanja i devastacije i ujedno rješavanje stambenog pitanja osoba koje su bile raseljene ili su ostale bez domova uslijed rata.“ Istaknuto je da je u trenutku podnošenje zahtjeva na povrat nekretnine „legitimni cilj prestao postojati u dijelu zaštite imovine od propadanja i devastacije, a ostao je samo (njegov dio - op. aut.) tj. interes države da stambeno zbrine osobe kojima je kuća dana na privremeno korištenje.“ Stoga je, „zadržavajući kuću tužitelja pod privremenom upravom i nakon podnošenja zahtjeva za povrat te imovine, tuženica ograničila vlasničko pravo tužitelja isključivo radi ispunjena svoje obveze zbrinjavanja naseljenika na području posebne državne skrbi.“ Pitanje pravične ravnoteže i (ne)razmjernosti obrazloženo je, npr. i u odluci VS, Rev x 1283/2015-2 od 29. lipnja 2016. u kojoj stoji: „Tužiteljici nije bilo oduzeto pravo vlasništva, već je bila ograničena u pravu korištenja tim vlasništvom. Zbog toga predmet spora može biti pitanje je li tuženik odgovoran za prekomjerno ograničenje prava vlasništva tužiteljice, a koje se ogleda u nemogućnosti posjedovanja nekretnine ... Prema pravnom shvaćanju ovog suda u konkretnom slučaju, s obzirom da je tužiteljici praktički kuća vraćena u posjed bez odgode nakon što je stavila zahtjev za njenim vraćanjem nije narušena ravnoteža između općeg interesa i zaštite prava pojedinca.“ Dostupno na: <http://www.iusinfo.hr>, mrežna stranica posjećena 21. siječnja 2019.

49 U ovom kompleksu važnije pitanje bilo je ono o naknadi, za koju je Ustavni sud u odluci U-III/5229/2014 od 13. travnja 2017. zaključio da vlasnicima privremeno preuzetih nekretnina „pripada pravo na naknadu zbog nemogućnosti korištenja obiteljske kuće, i to od dana podnošenja zahtjeva za njezino vraćanje u posjed (v. U-III-195/2006 od 18. lipnja 2008., NN, br. 78/08 i U-III-1192/2005 od 25. rujna 2008., NN, br. 123/08).“ S tim što „ovisi o okolnostima konkretnog slučaja i ocjeni suda je li vlasnicima zbog duljine razdoblja u kome su bili onemogućeni u posjedu svoje obiteljske kuće (razdoblje od podnošenja zahtjeva za vraćanje do ponovnog stupanja u posjed), nametnut prekomjeran teret u odnosu na legitimni cilj zbog kojeg je ona dana na korištenje privremenim korisnicima.“ V. da je „Vrhovni sud zauzeo pravno shvaćanje o pripadanju naknade vlasniku od podnošenja zahtjeva do vraćanja nekretnine u posjed na sjednici Građanskog odjela Vrhovnog suda (1/09) održanoj 2. ožujka 2009., Ing. SP 2009., 4, 6, 1, str. 85.“ cit. prema: Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, Organizator, 2014., str. 99.

50 Postoji i specifičan slučaj kada su suvlasnici propustili međusuvlasničkim ugovorom urediti međusobne odnose glede stvari. Naime, suvlasnici su bili dužni zaključiti međuvlasnički ugovor u vezi sa zajedničkim dijelovima i ugovor s upraviteljem u roku od dvanaest mjeseci od dana stupanja na snagu ZV-a (članak 384. ZV-a). Ako nisu osigurali upravljanje nekretninom u tom roku, jedinice lokalne samouprave mogle su odrediti fizičku ili pravnu osobu koja bi obavljala poslove uprave tom nekretninom (prinudnog upravitelja) sa svim ovlastima inače predviđenim za upravitelja nekretnine kojemu su suvlasnici ugovorom povjerali upravljanje (članak 385. ZV-a).

stavak 3. i članak 242. stavak 4. ZV-a). Drugi slučaj je onaj kada založni vjerovnik u zalogu ima stvar ili pravo koje je sposobno dati plodove ili druge koristi iz čije se vrijednosti može namiriti založna tražbina. U tom je slučaju ovlašten tražiti da sud uspostavi privremenu upravu zalogom i postavi upravitelja koji će ubirati plodove, odnosno koristi i unovčavati ih, te dobivene iznose polagati u sud radi namirenja iz pologa (članak 336. stavak 7. ZV). Za razliku od privremene uprave uređene člankom 32. ZV-a, u potonjim slučajevima privremenu upravu određuje sud koja nije predmet daljnje analize.

2.2.3. S obzirom na to i u kontekstu općeg pravila iz članka 32. ZV-a koje uređuje privremenu upravu, a neovisno o razlikama, treba spomenuti i slučaj iz članka 111. ZV-a, u kojem se privremena uprava ne spominje, ali se u literaturi u vezi sa slučajem koje ovo pravilo uređuje ne smatra nezamislivom. Prančić<sup>51</sup> navodi da bi bilo moguće, kada postoji ozbiljna opasnost da se nečija zgrada ili njezin dio potpuno ili djelomično sruši zbog čega prijete opasnost susjednoj nekretnini i kada se od vlasnika može zahtijevati da poduzme sve potrebne mjere da bi se spriječio nastanak štete (naravno, ako ih ne poduzme), uspostaviti privremenu upravu. Zamisao o privremenoj upravi nad ruševnom zgradom čiji su vlasnici odsutni i nepoznatog boravišta, zapravo, iznosi Sarvan<sup>52</sup> i detaljno analizira na koji način ovo učiniti, a očito je da i Prančić dijeli ovo mišljenje kada (citirajući Sarvan) navodi da bi se „privremena uprava uspostavila radi određivanja popravaka ili rekonstrukcije, odnosno uklanjanja ruševne zgrade ako popravak ili rekonstrukcija nije moguća, zbog opasnosti koja prijete za život i zdravlje ljudi ili susjednih nekretnina, odnosno radi zaštite drugih opravdanih interesa”.<sup>53</sup>

### **2.3. Pretpostavke i obilježja privremene uprave**

#### **2.3.1. Općenito<sup>54</sup>**

Privremena uprava jest posebno zakonsko ograničenje prava vlasništva, pa je

51 Prančić, V., Opasnost od rušenja zgrade, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31, 2/2010., str. 873-874.

52 Sarvan, D., Postupanje sa zgradama od kojih prijete opasnost od nastanka štete, Informator, 2001., br. 4986., str. 8-9 i 13.

53 Sarvan, D., op. cit., str. 8; Prančić, V., op. cit., str. 874. Usp. ciljeve navedene u članku 27. stavku 1. ZGI-a kojim se građevinskog inspektora ovlašćuje da u provedbi inspekcijskog nadzora naloži vlasniku građevine otklanjanje oštećenja zbog kojih postoji opasnost za život ljudi, okoliš, druge građevine ili stabilnost tla na okolnom zemljištu.

54 U kontekstu uvodno naglašene mogućnosti pristupa Sudu te u povodu sudske kontrole općenito Stažnik, između ostalog, citira odlomak iz predmeta *Bistrović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 25774/05, presuda od 31. svibnja 2007. (radilo se o izvlaštenju) u kojem se kaže da: „pravo na pošteno suđenje u kontekstu upravnih akata podrazumijeva da zakonom ustanovljen neovisni i nepristrani sud, u inicijalnom odlučivanju ili odlučivanju povodom žalbe, mora imati punu nadležnost, odnosno mogućnost ispitivanja činjenica i prava koji se odnose na spor pred njim kako bi udovoljio uvjetima članka 6. Konvencije“. Stažnik, op. cit., str. 129. V. za urbanu komasaciju, Tuhtan Grgić, I., Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32., 1/2011., str. 644. V. za sudsku kontrolu općenito. Branković, G., Sudska praksa i upravni spor, doktorski rad, Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, Banja luka, 2012., str. 29 *et seq.*



prva pretpostavka njezina uspostavljanja da je riječ o slučaju predviđenom zakonom. Dopušteno ju je uspostaviti ne učini li vlasnik ono što je bio dužan i to je sljedeća pretpostavka. Nadalje, traži se da je riječ o zaštiti interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskog okoliša ili zdravlja ljudi. Vlasnika se, kao što sam naziv instituta kaže, samo privremeno može ograničiti u izvršavanju njegovih vlasničkopravnih ovlasti.

Prema članku 32. stavku 3. ZV-a, privremenu upravu uspostavlja općinski načelnik,<sup>55</sup> gradonačelnik, odnosno župan.<sup>56</sup> U predmetnoj odredbi nije ništa rečeno o aktu kojim se privremena uprava uspostavlja.<sup>57</sup> Privremena uprava određuje se i provodi odgovarajućom primjenom pravila o privremenom skrbništvu nad ostavinom koja se nalaze u članku 128. Zakona o nasljeđivanju,<sup>58</sup> ako posebni zakon ne određuje što drugo. Ovaj članak kaže da, kada su nasljednici nepoznati ili nepoznatoga boravišta, sud ostavini postavlja privremenog skrbnik. Sud, međutim, nije uključen u uspostavu privremene uprave. Privremeni skrbnik ostavine ovlašten je, prema članku 128. stavku 1. ZN-a, u ime nasljednika tužiti i biti tužen, naplatiti tražbinu ili isplatiti dug i uopće zastupati nasljednike, a mogu mu se odrediti i druge, posebne ovlasti i dužnosti (članak 128. stavak 2. ZN-a). Ako bi ovo vrijedilo i za privremenog upravitelja i on bi u općem režimu imao navedene ovlasti i dužnosti. Nadalje, postoji i uputa iz petog stavka članka 128. ZN-a koji predviđa primjenu nekih pravila predviđenih za izvršitelja oporuke.<sup>59</sup> Radi se o pravilu iz članku 62. ZN-a. Prema njegovom prvom stavku, izvršitelj oporuke dužan je položiti sudu račun o svom radu i odgovora za štetu koju je skrivio. Ima pravo na naknadu prouzročenih troškova i primjerenu nagradu. Isplaćuje ih se na temelju odluke suda na teret ostavine pazeći da se ne umanju nužni nasljedni dio (članak 62. stavak 2. ZN-a). I privremeni bi upravitelj, zahvaljujući ovim pravilima, trebao (onom tko ga je postavio) položiti račun o svom radu, odgovarao za štetu koju je skrivio i imao pravo na naknadu troškova te primjerenu nagradu. Neke su od ovih dužnosti i ovlasti predviđene u posebnim propisima, a neke se ne spominju.<sup>60</sup> U stavku 4., članka 128. ZN-a predviđeno je da sud o postavljanju

55 U jednom trenutku Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz 2009., NN, br. 38/09, izmijenjeno je ovlašteno tijelo za uspostavu privremene uprave, pa je umjesto poglavarstvu jedinice lokalne samouprave i jedinice područne (regionalne) samouprave ova ovlast dana općinskom načelniku, gradonačelniku i županu.

56 Seršić, V., Nakić, J., *Upravljanje dobrima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34., 1/2013., str. 580.

57 Npr. prava i obveze privremenog skrbnika utvrđuju se rješenjem o imenovanju (članak 31. stavak 3. ZZOKD-a).

58 NN, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13 i 33/15 (dalje u tekstu: ZN).

59 Odredbe o izvršitelju oporuke nalaze se u člancima 60. do 63. ZN-a (članak 60. uređuje određivanje izvršitelja oporuke; članak 61. njegove dužnosti; članak 62. spomenuto polaganje računa i nagradu izvršitelju te članak 63., opoziv izvršitelja oporuke). Članak 128. stavak 5. ZN-a upućuje odgovarajuće primijeniti pravila o izvršitelju oporuke samo za pitanje polaganja računa i nagrade privremenog skrbnika, zapravo, samo na članak 62. ZN-a.

60 Privremeni skrbnik dužan je za račun i na trošak vlasnika poduzimati mjere zaštite i očuvanja kulturnoga dobra koje mu odredi nadležno tijelo (članak 31. stavak 4. ZZOKD-a); ima pravo na naknadu za rad te troškove provedenih mjera zaštite o čemu rješenjem odlučuje onaj tko ga je imenovao. Dužnost podmirenja nagrade i troškova skrbnika je na vlasniku (članak 31. stavak 5. ZZOKD-a).

privremenog skrbnika obavijesti tijelo nadležno za skrbništvo (centar za socijalnu skrb) koji prema skrbniku ima jednake ovlasti kao kada ga on postavlja.<sup>61</sup> Skrbništvo uređuju članci 218. do 280. Obiteljskog zakona<sup>62</sup> (tzv. posebno skrbništvo, članci 240. do 246. ObZ-a). Prema članku 241. ObZ-a, zbog zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava i interesa, centar može imenovati posebnog skrbnika i osobi kojoj nije poznato boravište najmanje tri mjeseca ili nije dostupna, a nema punomoćnika radi li se o stvarima u kojima se odlučuje prema ObZ-u, iznimno, i u slučaju privremene spriječenosti ili nesposobnosti osobe za obavljanje jednokratnih neodgodivih radnji čije je poduzimanje potrebno radi zaštite njezinih prava i interesa.<sup>63, 64</sup>

### 2.3.2. Zahtjev da je vlasnik uskratio traženo činjenje u pogledu nekretnine

Da bi se uspostavila privremena uprava potrebno je da je od vlasnika traženo određeno činjenje u vezi sa stvari (nekretninom), pa da on ovo nije učinio, a da je činjenje koje je od vlasnika traženo u vezi s nekim zakonom predviđenim razlogom. Prva je pretpostavka za uspostavu privremene uprave, dakle, da vlasnik nije učinio ono što je od njega traženo. Dakle, da je izostalo traženo činjenje. Po svemu sudeći, (ne)činjenje ima značenje objektivne pretpostavke, budući da je dovoljno da je izostalo, a ne gledaju se razlozi koji su do ovog doveli. Naime i prema članku 32. ZV-a tako i prema posebnim propisima, uvijek se jednako može uspostaviti privremena uprava, odnosno privremeno skrbništvo. ZPZ tako, u članku 14. stavku 1. predviđa da se poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu koje se ne održava pogodnim za poljoprivrednu proizvodnju, a vlasnici su nedostupni ili nepoznatog boravišta može dati u zakup. Prema rješenju iz ZZOKD-a, uspostavljanje privremene skrbi na kulturnom dobru moguće je: i kada vlasnik nije učini ono što je trebao za zaštitu

61 U prijašnjem Obiteljskom zakonu iz 2003., NN, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/21, 25/13, 75/14, 5/15 i 103/15 (dalje u tekstu: ObZ/03), skrbništvo su uređivali članci 149. do 205., a ono za posebne slučajeve, članci 167. do 173. Tzv. posebnog skrbnika, centar je radi zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava i interesa mogao imenovati osobi kojoj najmanje tri mjeseca nije poznato boravište ili nije bila dostupna, a nije imala punomoćnika, odnosno u drugim slučajevima kad je to bilo potrebno radi zaštite prava i interesa neke osobe (članak 168. ObZ/03).

62 NN, br. 103/15, dalje u tekstu: ObZ.

63 Ovo je uređenje nešto drukčije od onog iz članka 168. ObZ/03 (v. bilješku 58.). Prema drugom stavku članka 241. ObZ-a, posebni skrbnik treba imati određene posebne kvalifikacije i može se raditi: ili o osobi koja ima položeni pravosudni ispit i zaposlena je u centru za posebno skrbništvo (v. članak 544. *et seq.* OBZ-a) ili o osobi određenoj javnobilježničkom ispravom (tzv. anticipiranom naredbom), v. članak 236. stavak 6. ObZ-a.

64 Usp. s prijašnjim uređenjem o tzv. posebnom skrbniku, npr. s člankom 171. ObZ/03 kojim se predviđala mogućnost njegovog imenovanja osobi kojoj je najmanje tri mjeseca bilo nepoznato boravište ili nije bila dostupna, a nije imala punomoćnika, a što je sud mogao sam učiniti u postupku koji je vodio i o tomu obavijestiti centar za socijalnu skrb. Poseban se skrbnik sada može biti imenovan djetetu (članak 240. ObZ), punoljetnoj osobi (članak 241. ObZ), a nedostupnim osobama ili onima koje su nepoznatog boravišta imenuje se privremeni zastupnik (članak 244. ObZ) ako joj je ono nepoznato najmanje tri mjeseca ili nije dostupna, a nema punomoćnika u postupcima koji su pokrenuti i vode se pred sudom ili javnopravnim tijelima, osim ako joj je imenovan posebni skrbnik.

kulturnog dobra (članak 31. stavku 1. ZZOKD-a), i kada ga je privremeno napustio, a prijeto opasnost da bude oštećeno ili uništeno (članak 32. stavak 1. ZZOKD-a). Pritom je predmnijeva o privremenom napuštanju vezana uz saznanje o vlasnikovu boravištu.<sup>65</sup> I Zakonom o obnovi spomeničke cjeline Dubrovnika i drugih nepokretnih kulturnih dobara u okolici Dubrovnika<sup>66</sup> predviđene su obje varijante: i da će se vlasniku koji je odsutan i ne zna mu se boravište, a nema zastupnika, ili je nepoznat postaviti privremeni skrbnik (članak 16. stavak 6. ZOSCDDNKDOD), i da će, kada vlasnik ne pristupi obnovi građevine Zavod pristupiti izvođenju radova, što, implicira prethodnu uspostavu privremene skrbi.

U kontekstu ove pretpostavke treba kazati da je Ustavni sud u jednoj svojoj odluci, a riječ je o odluci U-I-763/2009 i dr. od 30. ožujka 2011.<sup>67</sup> u kojoj se raspravljalo o prisilnom zakupu poljoprivrednog zemljišta i kojom je ukinut članak 15. (i 16. i dr.) Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz 2008.<sup>68</sup> u dijelu u kojem se od vlasnika tražilo da poljoprivredno zemljište obrađuje sukladno agrotehničkim mjerama, zauzeo stajalište kako one „moraju biti primjerene činjeničnim okolnostima i razmjerne cilju koji se želi postići, a k tome, u ostvarenju legitimnog cilja trebaju u što većoj mjeri omogućiti i održati privatnu upotrebljivost vlasništva.“ U tom je smislu, naglašen zahtjev da se „uključiti i uvažavanje gospodarskih mogućnosti onih na koje se dotične mjere imaju primijeniti,“ a, u biti, je Ustavni sud sugerirao da u slučaju „kada vlasnik *to ne može*, prisilno davanje u zakup nije mjera koja odgovara načelu razmjernosti, jer lišava vlasnika privatne upotrebljivosti njegova vlasništva, a da ZPZ/08-e istodobno ne predviđa nikakve druge mjere za postizanje istog legitimnog cilja koje bi prethodile mjeri prisilnog zakupa, a kojima bi se manje zadiralo u prava vlasnika poljoprivrednog zemljišta.“ S druge strane, već sada treba spomenuti predmet *Matas* u kojem je podnositelju pružena zaštitna prava na mirno uživanje imovine, a radilo se o ograničenju njegova prava na nekretnini kulturnom dobru, a za razmjere rasprave o ovoj pretpostavci zanimljiv je zbog svojevrsnog putokaza koji je dao Europski sud kada je naveo: „iako se ne dovodi u pitanje kako procjena vrijednosti nekog objekta kao kulturnog dobra može zahtijevati kompleksne i dugotrajne procjene i studije“ (čime je opravdavana primjena mjere preventivne zaštite u razdoblju od šest godina) nije prihvatljiv „jedini razlog koji je Konzervatorski odjel naveo - nemogućnost da od Općinskog suda... ishodi izvadak iz zemljišnih knjiga u odnosu na zgradu... imajući

65 Postoje zakonske predmnjeve o, tzv. privremenom i trajnom napuštanju kulturnog dobra. O prvom se slučaju radi ako je vlasnikovo boravište nepoznato, a nema ovlaštenog zastupnika, te ga nadležno tijelo nije u mogućnosti obavijestiti o njegovim obvezama u roku od šest mjeseci od dana pokušaja prve dostave pismena (članak 32. stavak 2. ZZOKD-a). Smatra se da je vlasnik trajno napustio kulturno dobro ako je njegovo boravište nepoznato, a nema ovlaštenog zastupnika, te svoje obveze ne izvršava deset godina od dana donošenja rješenja o skrbništvu (članak 32. stavak 3. i 4. ZZOKD-a). Ono u tom slučaju (kada ga je trajno napustio vlasnik) postaje vlasništvo Republike Hrvatske. V. kod Ernst, H., Poljanec, K., Stvarnopravna i carinskopravna zaštita kulturnih dobara u svjetlu europske antiterorističke politike, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 38., br. 1/2017., str. 201.

66 NN, br. 21/86, 33/89, 26/93, 29/94, 128/99, 19/14, 32/14 i 99/14, dalje u tekstu: ZOSCDDNKDOD.

67 NN, br. 39/11.

68 NN, br. 152/08, 25/09, 153/09, 21/10, 90/10, 39/11, 63/11 i 39/13, dalje u tekstu: ZPZ/08.

u vidu da su podaci iz zemljišnih knjiga javni, lako dostupni drugim sredstvima, uključujući putem interneta, te da ništa ne ukazuje na to da je Konzervatorski odjel poduzeo ozbiljan pokušaj da ishodi te informacije te da je u tome bio neuspješan<sup>69</sup>.

### 2.3.3. Zahtjev da se radi o zaštiti zakonom predviđenog dobra/interesa

Da bi se uspostavila privremena uprava na nekretnini mora se raditi o zaštiti nekog od zakonom taksativno navedenih dobara, odnosno interesa:<sup>70</sup> interesa i sigurnost države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi te kulturnih dobara (članak 32. stavak 3. ZV-a). Privremena uprava, naime, uspostavlja se upravo zbog zaštite određenog dobra, odnosno interesa koji je ugrožen ili postoji ozbiljna opasnost da će biti ugrožen. Ovo vrlo jasno proizlazi iz citirane odredbe ZV-a, ali i iz posebnih pravila. Tako, članak 14. stavak 1. ZPZ-a predviđa da će se poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu koje se ne održava pogodnim za poljoprivrednu proizvodnju (v. članak 4. ZPZ-a) dati u zakup, ali, što se nastavno kaže, kada je ovo potrebno zbog zaštite tla, okoliša ili ljudi. Prema članku 27. stavku 1. ZZOKD-a, vlasništvo na kulturnom dobru moguće je ograničiti zbog zaštite i očuvanja kulturnoga dobra, odnosno prijeti li opasnost od njegova oštećivanja ili uništenja (članak 31. stavak 1. ZZOKD-a). ZOSCDDNKDOD-om je predviđena dužnost (i pravo) vlasnika, ovlaštenika prava i drugih imatelja građevina unutar spomeničke cjeline da ih se obnovi (članak 15. stavak 2. ZOSCDDNKDOD-a). Svrha obnove, pa sljedstveno i to o kojem se zaštićenom dobru radi (i kao predmetu privremene skrbi, i cijelog Zakona) vidi se već iz prvog članka. Njime je određeno da se radi osiguranja posebnih uvjeta za trajno očuvanje i obnovu povijesno-kulturnih dobara staroga dubrovačkog grada i otklanjanja štetnih uzroka koji ugrožavaju njegove vrijednosti kao i radi otklanjanja posljedica potresa i zaštite od potresa, stari dubrovački grad, sa svim povijesnim dijelovima, proglašava, kao povijesno-kulturno dobro, spomeničkom cjelinom (pa ovim dovodi i u poseban režim).

### 2.3.4. Privremena narav privremene uprave

Temeljno obilježje privremene uprave jest njezino *privremeno* trajanje. Osim što treba privremeno trajati, privremena uprava treba trajati i najkraće moguće imajući u vidu razloge zbog kojih je uspostavljena. Već je rečeno kako je Europski sud u predmetu *Matas* nerazmjernima ocijenio mjere preventivne zaštite kulturnog dobra u trajanju od šest godina (v. dio 2.3.2) i apostrofirao, istina, u nešto drukčijem kontekstu, da „načelo dobrog upravljanja zahtijeva u slučajevima kada je predmet spora pitanje

<sup>69</sup> *Matas*, § 41-42.

<sup>70</sup> Staničić je u kontekstu izvlaštenja analizirao na koji način Europski sud shvaća opći interes, odnosno odgovara na pitanje kada izvlaštenje smatra provedenim u općem interesu. U svom je radu naveo i odgovarajuću praksu te proveo istraživanje razlika između ‘općeg interesa,’ ‘javnog interesa’ i ‘interesa Republike Hrvatske’ u hrvatskom ustavnopravnom kontekstu. Staničić, F., Razlikovanje javnog interesa, općeg interesa i interesa Republike Hrvatske u kontekstu javnopravnih ograničenja prava vlasništva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1/2018., str. 112-126. Za praksu, o tomu da Ustav ne poznaje opći interes, već interes Republike Hrvatske, Crnić, I., op. cit., str. 582.

od općeg interesa, pogotovo ako ono utječe na temeljna ljudska prava poput onih povezanih s vlasništvom, da javna tijela djeluje *na vrijeme* te na prikladan i prije svega dosljedan način.<sup>71</sup>

Pravilo iz članka 32. stavka 5. ZV-a predviđa da se nekretnina na kojoj je uspostavljena privremena uprava može dati u zakup i pritom ne određujući ništa o tomu koliko zakup može (najdulje) trajati. Predviđeno je, međutim, da vlasnik može tražiti da se stvar dana u zakup vrati i prije njegova isteka, ispuni li obvezu zbog koje je uspostavljena privremena uprava (članak 32. stavak 7. ZV-a). S obzirom na trajanje privremene uprave, određena razlika može postojati kada je riječ o slučaju u kojem je svrha zakupa da se ostvarenom zakupninom namiri tražbina povezana s razlogom uspostavljanja privremene uprave od onih s drugom zaštitnom svrhom. Najdulje vrijeme do kojeg, prema ZPZ-u, zakup može trajati jest deset godina, s tim što vlasnik može pet godina nakon uvođenja zakupnika u posjed, tražiti da mu se zemljište dano u zakup preda u posjed (članak 15. stavak 9. ZPZ-a). Da se, ipak, razmišlja u kategoriji privremenosti vidljivo je iz zabrane da se poljoprivredno zemljište koristi za podizanje trajnih nasada i izgradnju građevina u svrhu poljoprivredne proizvodnje (članak 14. stavak 5. ZPZ-a). Prema prijašnjim rješenjima, npr. iz članka 12. *et seq.* Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz 1991.<sup>72</sup> rok je iznosio tri godine, kao i prema članku 10. *et seq.* Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz 2001.<sup>73</sup> te članku 15. *et seq.* ZPZ/08-a (prije negoli je derogiran spominjanom odlukom Ustavnog suda).

### 2.3.5. Ograničavanje izvršavanja vlasničkopravnih ovlasti

Uspostavom privremene uprave na nekretnini ne mijenja se sadržaj prava vlasništva,<sup>74</sup> već se vlasnika ograničava u izvršavanju njegovih vlasničkopravnih ovlasti dok privremena uprava traje. Vidjet će se poslije da je jedno od ključnih pitanja konvencijske zaštite upravo u vezi s opsegom ograničenja. Više se puta spomenulo da je sekvestriranu nekretninu moguće dati u zakup.<sup>75</sup> Zakupom prestaje vlasnikova faktična vlast (jasno, ako je postojala), a uspostavlja se zakupnikova koji postaje neposredni posjednik. Ovim se ne dira u samostalnost vlasnikova posjeda, budući da je zakupnik neposredni, ali samo nesamostalni posjednik.<sup>76</sup> Prema ZV-u, a što je također

71 *Matas*, § 43.

72 NN, br. 34/91, 71/91, 40/92, 26/93, 79/93, 90/93, 29/94, 37/94, 65/94, 21/95, 48/95, 19/98, 105/99 i 66/01 (dalje u tekstu: ZPZ/91).

73 NN, br. 66/01, 87/02, 48/05, 90/05 i 152/08, dalje u tekstu: ZPZ/01.

74 Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 414.

75 Korisno je spomenuti postojanje članka 393. ZV-a, prema kojem se za ugovore o zakupu zaključene po članku 32. ZV-a „ne primjenjuju odredbe Zakona o zakupu poslovnoga prostora“ u povodu kojeg je Sarvan navela da bi se zakup mogao uspostaviti neposrednom pogodbom, ali je to bilo puno prije novih posebnih rješenja. Sarvan, D., *op. cit.*, str. 8.

76 Kada je riječ o izvršavanju faktične vlasti na stvari, može se spomenuti posjed onog čijim je *zahvatom* sekvestrirana nekretnina dan u zakup, ali će njegov posjed, najčešće, biti samo idealan Gavella je u jednom drugom kontekstu baveći se uređenjima iz propisa koji više nisu na snazi, a ticali su se privremenog upravljanja određenom imovinom i njezina povjerenja, promatrao idealni posjed koji je nastajao zbog primjene tih. Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, sv. 1., str. 176, bilješka 51.

spomenuto, vlasnik može tražiti da mu se nekretnina vrati prije isteka zakupa, a sličnu ovlast predviđa i ZPZ-e. I ovim je uređenjem predviđeno da vlasnik ima pravo da mu se zakupljeno zemljište vrati prije isteka zakupa, ali uz posebnu pretpostavku koja se u ZV-u ne predviđa. ZPZ, naime, određuje da se povrat ne može tražiti prije nego li prođe pet godina od uvođenja zakupnika u posjed (članak 15. stavak 9. ZPZ-a).<sup>77</sup>

Opća pravila ne govore ništa o visini zakupnine, već samo određuju njezinu namjenu. Što se tiče posebnih režima, oni detaljnije uređuju neke segmente zakupa, a kao važniji (u konvencijskom smislu) onaj o naknadi, odnosno visini zakupnine. U pravilima ZPZ-a predviđeno je da se poljoprivredno zemljište daje u zakup po zakupnini čiji je početni iznos određen Zakonom (v. članak 37. ZPZ).<sup>78</sup> Sredstva koja se ostvare od zakupa (umanjena za određene troškove)<sup>79</sup> pripadaju vlasniku zemljišta (članak 15. stavak 1. ZPZ-a) i on, u svakom trenutku, može zatražiti njihovu isplatu.<sup>80</sup>

Privremena uprava na nekretnini, načelno, ne utječe na mogućnost vlasnika da raspolaže nekretninom u smislu da bi mu bilo zabranjeno da ju otuđi ili založi. S tim da se privremena uprava pojavljuje kao određena vrsta *tereta* na nekretnini. Za otuđenje nekretnine (stvari) u pojedinim posebnim uređenjima postoje pravila kojima je u korist određenih osoba i tijela ustanovljeno pravo prvokupa (npr. članak 36. *et seq.* ZZOKD-a o prvokupu kulturnog dobra). Međutim, ona se primjenjuju neovisno je li na kulturnom dobru uspostavljena privremena skrb, dakle i kada jest i kada nije. Postojanje prava prvokupa ne utječe na ovlast vlasnika da otuđi kulturno dobro u smislu da mu priječi otuđenje, već traži da se otuđenje provede poštujući ovo pravo. Postoje, primjerice, i pravila koja se tiču stjecanju prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu od strane određenih osoba, pa u ovom smislu i ograničenja vezana za otuđenja,<sup>81</sup> no njima se ne uspostavlja nekakav drukčiji režim koji bi bio u vezi s činjenicom privremenog upravljanja poljoprivrednog zemljišta. Zakup se može evidentirati u zemljišnoj knjizi, što će, sukladno članku 88. stavku 1. OZ-a, utjecati na ovršnu perspektivu zakupnika. Nešto je drukčije s privremenom upravom i zaštitom trećega (stjecatelja, založnog vjerovnika) u povodu njezine *vidljivosti* iz zemljišne

77 Važnija obveza zakupnika je da zemljište o vlastitom trošku iskrči u roku od dvije godine od dana uvođenja u posjed (članak 15. stavak 7. ZPZ-a) i nastavi ga koristiti u poljoprivredne svrhe. U suprotnom, ugovor o zakupu se raskida i zakupnik je dužan platiti zakupninu za sve ugovoreno vrijeme trajanja zakupa (članak 15. stavak 8. ZPZ-a).

78 Ugovor o zakupu, u dijelu koji se odnosi na zakupninu i predaju u posjed, mora biti sklopljen kao ovršna isprava, određuje se da ugovor koji nije sklopljen u pisanom obliku nema pravni učinak (članak 38. stavci 2. i 5. ZPZ-a). Njegova daljnja posebnost je što prava i obveze iz ugovora teku od dana uvođenja u posjed (članak 39. stavak 3. ZPZ-a). Sadržaj ugovora uređuje članak 42. ZPZ-a, a prava i obveze stranaka više odredbi, npr. članak 43., odnosno 50. ZPZ-a (o usklađivanju zakupnine). Za raskid ugovora, izvan onog uređenog pravilima ZPZ-a, predviđena je primjena, "općih propisa obveznog prava", članak 47. ZPZ-a.

79 V. članak 15. stavak 3. ZPZ-a.

80 Vlasniku zemljišta koji ne zatraži isplatu uplaćenih sredstava na ime zakupnine u roku od deset godina od dana uvođenja u posjed takva ovlast prestaje i tzv. izdvojena sredstva raspoređuju se onako kako određuje članak 49. stavak 1. ZPZ-a (članak 15. stavak 10. ZPZ-a).

81 Na njemu pravo vlasništva ne mogu stjecati strane pravne i fizičke osobe, osim ako međunarodnim ugovorom i posebnim propisom nije drukčije određeno (članak 2. stavak 2. ZPZ-a).

knjige (koliko god ona bila privremena ili manje privremena).<sup>82</sup> Stjecatelj koji bi stekao nekretninu na kojoj je uspostavljena privremena uprava stječe ju opterećenu ovim režimom, budući da uspostava privremene uprave na nekretnini svoje učinke, a zapravo, ograničenje ostvaruje prema svakodobnom vlasniku nekretnine. Ako takva mogućnost postoji, stjecatelj bi se mogao osloboditi privremene uprave učini li ono što je prethodno od vlasnika traženo, a on nije učinio i zbog čega je ona i uspostavljena.

Privremeno skrbništvo nad nepokretnim kulturnim dobrom uspostavlja se kada nadležno tijelo utvrdi da vlasnik s njim ne postupa prema Zakonu, odnosno s dužnom pažnjom, a prijeti mu opasnost od oštećivanja ili uništenja.<sup>83</sup> Zanimljivost ovog uređenja postoji s obzirom na rješenje o osiguranju tražbine troškova i nagrade privremenog skrbnika zakonskim založnim pravom. Naime, njih je privremenom skrbniku dužan podmiriti vlasniku (članak 31. stavak 5. ZZOKD-a). Ako ovo ne učini, namiruje ih se iz proračuna odgovarajuće jedinice lokalne samouprave u čiju se korist na kulturnom dobru osniva zakonsko založno pravo (članak 31. stavak 6. ZZOKD-a).<sup>84</sup> Prije je rečeno da se skrbništvo na kulturnom dobru može uspostaviti i kada ga je vlasnik privremeno napustio (a to je i u slučaju vlasnikova nepoznatog boravišta), a prijeti opasnost od njegovog oštećivanja ili uništenja. Ovlašteni čelnici jednake su kao i u naprijed navedenom slučaju, pa vrijedi sve što je rečeno. Privremeno skrbništvo nad nepokretnim kulturnim dobrom uređeno je i u ZOSCDDNKDOD-u čije odredbe (članci 15. do 42.) uređuju prava i obveze vlasnika i drugih imatelja građevina (i Zavoda) u obnovi spomeničke cjeline grada Dubrovnika. Zakon predviđa supsidijarnu primjenu ZZOKD-a,<sup>85</sup> no sadržava i neka posebna rješenja. U članku 16. stavku 1. ZOSCDDNKDOD-a uređeno je pravo, odnosno obveza (dužnost) vlasnika građevine unutar spomeničke cjeline da ju obnovi kada se to predvidi godišnjim programom obnove.<sup>86</sup> Vlasnik *ima pravo na obnovu* na cjelini koja se sastoji od više zgrada (bloka zgrada), a koje vlasnik dijela bloka nije u mogućnosti izvesti izdvojeno (članak 16.

82 U članku 87. Zakona o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13 i 108/17, dalje u tekstu: ZZK predviđena je mogućnost zabilježbe imenovanja ili opoziva upravitelja. Međutim, njegov stavak 4. govori o zabilježbi *prisilne uprave* i upravitelja koji se dopušta na temelju ovršne odluke kojom je uspostavljena na prijedlog zainteresirane osobe s učinkom da se prisilna uprava može provesti protiv svakoga koji kasnije stekne zemljište. Usp. da je Sarvan predlagala u izreci rješenja o privremenoj upravi naložiti, "zabilježbu da je za nekretninu uspostavljeno privremeno upravljanje zgradom". Sarvan D., op. cit., str. 8 i 13.

83 U tom slučaju gradonačelnik Grada Zagreba, gradonačelnik ili općinski načelnik na čijem se području nalazi kulturno dobro imenuje privremenog skrbnika na prijedlog nadležnog tijela (članak 31. stavak 1. ZZOKD-a). On to može predložiti (imenovanje privremenog skrbnika) i u slučaju ostavinskog ili drugog postupka čiji je predmet kulturno dobro (članak 31. stavak 2. ZZOKD-a).

84 Skrbništvo prestaje donošenjem rješenja, koje se donosi na prijedlog nadležnog tijela kada prestanu razlozi radi kojih je bilo uvedeno (članak 31. stavak 7. ZZOKD-a).

85 Zakon određuje da se na prava i obveze vlasnika te ovlaštenika prava i drugog imatelja građevine unutar spomeničke cjeline primjenjuju odredbe ZZOKD-a, ZV-a, propisi iz područja prostornog uređenja i gradnje te drugi propisi.

86 Zavod je dužan obavijestiti vlasnike građevina koje su predviđene za obnovu godišnjim programom. Obavijest se izdaje putem sredstava javnog priopćavanja, oglasne ploče Zavoda te putem mrežnih stranica Zavoda (članak 16. stavak 2. ZOSCDDNKDOD-a).

stavak 3. ZOSCDDNKDOD-a).<sup>87</sup> Nasuprot, na građevini (zgradi) kao cjelini, vlasnik građevine, pak, *ima dužnost obnoviti* građevinu. Ne pristupi li obnovi, odnosno ne obavijesti li Zavod o namjeri radova u roku od tri mjeseca od objave godišnjeg programa obnove, Zavod može pristupiti izvođenju radova (članak 16. stavak 5. ZOSCDDNKDOD-a). S tim da je, a na što posebno treba obratiti pažnju, predviđeno da „vlasniku, koji je odsutan i ne zna mu se boravište“ (i nema ovlaštenog zastupnika ili je nepoznat), nadležno tijelo iz ZZOKD-a, „na prijedlog Zavoda postaviti će privremenog skrbnika“ (članak 16. stavak 6. ZOSCDDNKDOD-a). Stipulaciju odredbe o „privremenom skrbništvu vlasniku,“ po našem sudu, ipak, treba shvatiti kao „privremeno skrbništvo na nekretnini,“ jer bi ovo bilo usklađeno sa ZZOKD-om na koji se i upućuje. Posebno pravilo predviđa da je u slučaju otuđenja građevine u koju su uložena sredstva Zavoda, a stjecatelj nije vlasnikov nasljednik prvoga nasljednog reda, vlasnik dužan prije otuđenja ta sredstva vratiti (članak 21. stavak 1. ZOSCDDNKDOD-a).<sup>88</sup> S tim da za osiguranje njihove naplate Zavod stječe zakonsko založno pravo u trajanja od 15 godina i dužan ga je upisati u zemljišne knjige (članak 21. stavak 2. ZOSCDDNKDOD-a).

### **3. KOEGZISTENCIJA PRIVREMENE UPRAVE (SEKVESTRACIJE) I PRAVA NA MIRNO UŽIVANJE IMOVINE**

U ovom dijelu rada promatraju se obilježja zaštite prava na mirno uživanje imovine analizom predmeta u kojima se uočava paralela s uređenjem privremene uprave, odnosno skrbništva.

#### **3.1. Autonomna koncepcija imovine i njezina konvencijska zaštita**

Prvo pitanje pri ispitivanju postoji li povreda prava na mirno uživanje imovine jest ulazi li konkretan predmet u doseg članka 1. Protokola 1. Pojam imovine Sud tumači dajući mu konvencijsko značenje.<sup>89</sup> U tom se smislu razumije i pravo vlasništva,<sup>90</sup> a,

87 Za pripremu i izvođenje radova vlasnik građevine dužan je Zavodu omogućiti poduzimanje svih potrebnih aktivnosti obnove (izradu tehničke i druge dokumentacije, provođenje pripremnih istražnih radova i obnovu građevine, članak 16. stavak 4. ZOSCDDNKDOD-a).

88 Usp. npr. da se u članku 9. stavku 2. Pravilnika o korištenju sredstava spomeničke rente, Službeni glasnik Grada Zagreba, br. 6/11 i 13/17, predviđa mogućnost da se iz sredstava spomeničke rente namire naknade za rad privremenog skrbnika s troškovima provedenih mjera zaštite kulturnog dobra.

89 Ovo je svojevrсна konstanta koja “raste,” a od prije je primijećena u literature. Gavella, N., Jamstvo vlasništva iz članka 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u: Gavella, N., Alinčić, M., Hrabar, D., Gliha, I., Josipović, T., Korać, A., Baretić, M., Nikšić, S.: *Europsko privatno pravo*, (ur. D. Hrabar), Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2002., dalje u tekstu: Gavella, N., et al., *Europsko privatno pravo*, str. 43 *et seq.*, posebno v.: II Predmet i sadržaj jamstva vlasništva iz članka 1. prvog Protokola (točke A. i B.), str. 46-55. Crnić Grotić, V., *Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22., 1/2001. str. 364 *et seq.*

90 Sermet, objašnjavajući zaštitu pruženu člankom 1. Protokola 1. kaže da ne polazi od tradicionalno shvaćenog prava vlasništva i njegove zaštite (premda ju uključuje) i da upotrijebljene termine treba razumijeti u konvencijskom značenju. Sermet, L., *The European Convention on Human*



u biti, i sam pojam imovine ako se shvati u značenju skupa subjektivnih imovinskih prava predstavljenih jednim nositeljem.<sup>91</sup> U novijoj se literaturi sve se više spominju i korekcije konvencijske koncepcije te uočavaju trendovi sužavanja i proširenja pojma imovine.<sup>692</sup>

Zaštita koju Sud pruža pravu iz članka 1. Protokola 1. pod svoj je „kišobranom“ uključila niz, zapravo, objekata zaštite (kao tipičnih, npr. tzv. *postojeću* (engl. *existing possessions*) pokretnu i nepokretnu imovinu),<sup>93</sup> a najvažnije je da podnositelj može tvrditi da je došlo do povrede članka 1. Protokola 1. samo ako se pobijane odluke

---

Rights and property rights, 2. pon. izd., Vijeće Europe, Strasbourg, 1999., str. 11-19, dostupno na: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf), mrežna stranica posjećena 12. siječnja 2109. Ovdje će se spomenuti jedan predmet kojim se, inače, ilustrira treće pravilo o kontroli korištenja imovine, a upravo kako bi se pokazao detalj o konvencijskom shvaćanju pojma imovine. Riječ je o predmetu *Gasus Dossier i Fördertechnik GmbH protiv Nizozemske*, zahtjev br. 15375/89, presuda od 23. veljače 1995., u kojem se Sud suočio sa situacijom da su nizozemske vlasti zbog namirenja porezne tražbine zaplijenile od kupca stvar na kojoj je prodavatelj pridržao pravo vlasništva do isplate kupovnine u cijelosti. Izraženo je stajalište: „kako nema razlike uživa li podnositelj zahtjeva u odnosu na stvar ovlasti s naslova prava vlasništva ili pridržaja prava vlasništva, budući da je neovisno došlo do miješanja u pravo na mirno uživanje imovine,” *Gasus Dossier i Fördertechnik GmbH*, § 53. Ne treba izgubiti iz vida i utjecaje koji su na konvencijsko pravo ostvaren iz anglosaksonskog pravnog kruga u kojem je, primjerice, pravo vlasništva na nekretnini sličnije zakupu onako kako se shvaća u pravnim sustavima kontinentalnog pravnog kruga. V. detaljnije kod Komnenić, D., Pravo na mirno uživanje imovine u presudama i odlukama Europskog suda za ljudska prava donijetim u postupcima u kojima su bivše jugoslavenske republike bile odgovorne države, doktorski rad, Beograd 2017., str. 33-44. Dostupno na: <http://union.edu.rs/wp-content/uploads/2017/05/Doktorska-distrtacija-Du%C5%A1anka-Komneni%C4%87.pdf>, mrežna stranica posjećena 22. siječnja 2019.

- 91 Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2003., str. 93. V. i Gamsovu koncepciju imovine „kao skupa potraživanja i obveza iz obveznopравnih odnosa, dakle kao tzv. aktivu i pasivu,“ za koju autor ističe da je tako moguće „razlikovanje imovine kao skupa prava i obveza od imovinske mase kao predmeta tih prava i obveza,“ (što je i njegov prigovor prethodnoj definiciji). Gams, A., op. cit., str. 76.
- 92 Beširević, V., Popović, D., Leskoviku, M., Marinković, T., *Studija o primjeni prakse Europskog suda za ljudska prava u upravnim sporovima* (ur. V. Beširević), Danilovgrad, Regionalna škola za javnu upravu (ReSPA), 2018. str. 123-126.
- 93 Omejec, pa zatim i Kontrec i Boić zaključuju da, prema postojećoj praksi Suda, u imovinu ulaze: „ekonomski interesi iz poslovanja društva (*Tre Traktorier Aktiebolag protiv Švedske*, zahtjev br. 10873/84, presuda od 7. srpnja 1989., *H. protiv Belgije*, zahtjev br. 8950/80, presuda od 30. studenog 1987.), dionice i poslovni udjeli (*Bramelid i Malmstrom protiv Švedske*, zahtjevi br. 8588/79, 8589/79, odluka od 12. listopada 1982.), intelektualno vlasništvo (*Anheuser-Busch Inc. protiv Portugala*, zahtjev br. 73049/01, presuda od 11. siječnja 2001.), potraživanja (*Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*, zahtjev br. 13427/87, presuda od 9. prosinca 1994.) i dugovi (*Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao i drugi protiv Portugala*, zahtjevi br. 29813/96, 30229/96, presuda od 11. siječnja 2000.), ugovorna prava (*De Napoles Pacheco protiv Belgije*, zahtjev br. 7775/77, odluka od 5. listopada 1978.), budući prihodi (*Anheuser-Busch Inc.*), legitimna očekivanja (*Kopecky protiv Slovačke*, zahtjev br. 44912/98, presuda od 28. rujna 2004.) te pravo na mirovinu i druga socijalna prava *ad personam* (engl. *social security benefits*).“ Cit. prema: Kontrec, D., Boić, V., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP - građanskopravni aspekti*, Priručnik za voditelje/voditeljce, Pravosudna akademija, 2017., str. 38-39., Omejec, J., op. cit., str. 957.

odnose na njegovu imovinu u smislu ove odredbe. Pojam imovine ima, ne jednom je ponovljeno, autonomno značenje koje je neovisno o značenju u domaćem pravu. Vezano uz naprijed spomenute objekte zaštite, može se dati nekoliko primjera koji se detaljnije vide, u tzv. Praktičnom vodiču kroz uvjete dopuštenosti.<sup>94</sup> Sažeto, jezikom Suda, navodi se sljedeće: da se „članak 1. Protokola 1. primjenjuje samo na postojeće vlasništvo, odnosno da se ne jamči pravo na stjecanje vlasništva”,<sup>95</sup> da se „imovinom može smatrati i vlasnički interes sadržan u prirodi tražbine ako ima dovoljnu osnovu u nacionalnom pravu”,<sup>96</sup> kao i „dug utvrđen presudom (ako je dovoljno određen da bude ovršiv)”,<sup>97</sup> dok „budući prihod predstavlja ‘imovinu’ samo ako je zarađen ili ako postoji ovršiv zahtjev u odnosu na njega”,<sup>98</sup> da se „članak 1. Protokola 1. primjenjuje na intelektualno vlasništvo kao takvo”,<sup>99</sup> dok se „udio u trgovačkom društvu također može smatrati vlasništvom”,<sup>100</sup> kao i „naknade socijalnog osiguranja.”<sup>101</sup>

U predmetu *Gačeša protiv Hrvatske*<sup>102</sup> naglašeno je kako „... vlasništvo može biti ‘postojeće vlasništvo’ ili ‘imovina’ uključujući potraživanja za koja podnositelj može tvrditi da ima barem ‘legitimno očekivanje’ (koje mora biti konkretnije naravi od same „nade“) tj. da će se ostvariti „djelotvorno“ uživanje prava vlasništva.”<sup>103</sup>

Bez ulaženja u detalje vidljivo je kako je najspornije pitanje legitimnih očekivanja. Nekoliko se predmeta smatra važnim upravo za tu konvencijsku dimenziju imovine, kao npr. predmet *Kopecký*.<sup>104</sup> U bitnom, u imovinu se uključuju: „postojeća imovina ili aktiva u koju ulaze... i tzv. legitimna očekivanja da će se ostvariti učinkovito uživanje nekog imovinskog prava,“ ali „ne i takvog koje prethodno nije stečeno „kao ni onog koje je bilo „uvjetovano ako se zakonski uvjet izjalovio,“ *Kopecký*, § 35.

94 Vijeće Europe, Strasbourg, 2014., <https://gov.hr/UserDocsImages//Moja%20uprava//Prakti%C4%8Dni%20vodi%C4%8D%20kroz%20uvjete%20dopu%C5%A1tenosti.pdf>, mrežna stranica posjećena 12. veljače 2019.

95 *Slivenko i drugi protiv Latvije* [VV], zahtjev br. 48321/99, odluka od 9. listopada 2003., § 121 i *Kopecký*, § 35 (b).

96 Npr. u slučaju „kada postoji ustanovljena sudska praksa domaćih sudova koja to potvrđuje,” v. *Plechanow protiv Poljske*, zahtjev br. 22279/04, presuda od 7. srpnja 2009., § 83.

97 *Burdov protiv Rusije* [VV], zahtjev br. 54522/00, presuda od 3. travnja 2012., § 90.

98 *Anheuser-Busch Inc.* § 64.

99 *Ibidem*, § 72.

100 *Olczak protiv Poljske*, zahtjev br. 30417/96, odluka od 7. studenog 2002., § 60.

101 Ukoliko država ugovornica u svom zakonodavstvu „predviđa pravo na isplatu neke naknade socijalne skrbi,“ *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], zahtjevi br. 65731/01 i 65900/01, odluka od 6. srpnja 2005., §§ 53-55.

102 Zahtjev br. 43389/02, odluka od 1. travnja 2008., str. 7.

103 Isto je naglašeno i u odluci Velikog vijeća u predmetu *Gratzinger i Gratzingerova protiv Češke*, zahtjev br. 39794/98, odluka od 10. srpnja 2002., gdje je Sud rekao „Vjerovanje da će zakon koji je na snazi biti izmijenjen u korist podnositelja ne može se smatrati oblikom ‘legitimnog očekivanja’ u smislu članka 1. Protokola 1. Sud smatra da postoji razlika između puke nade u restituciju, koliko god razumljiva ta nada može biti, i legitimnog očekivanja, koje mora biti mnogo konkretnije naravi od puke nade i (mora) biti utemeljeno na zakonskoj odredbi ili pravnom aktu kao što je sudska odluka“, §§ 73-74.

104 V. i predmet *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein protiv Njemačke*, zahtjev br. 42527/98, presuda od 12. srpnja 2001. i *Gratzinger i Gratzingerova*.

Da bi legitimno očekivanje<sup>105</sup> bilo konvencijski relevantno treba biti „potkrijepljeno (vezano) tzv. vlasničkim interesom.“ Odnosno, „imati uporište u nacionalnom pravu kao, npr. kada postoji odgovarajuća sudska praksa ili je dovoljno utvrđeno da ga je moguće izvršiti.“<sup>106, 107</sup> U predmetu *Matas* te predmetu *Valette i Dohierier protiv Francuske*,<sup>108</sup> Sud je kazao da se radi o „mjerama kontrole korištenja vlasništva podnositelja“, a u predmetu *Kristiana Ltd. protiv Litve*,<sup>109</sup> u fokusu su bila i legitimna očekivanja podnositelja koja su se, u različitim varijantama, sastojala u namjeri ostvarenja određenog poslovnog cilja koji je kolidirao s općim interesom.

### 3.3. Miješanje države u pravo na mirno uživanje imovine

Daljnje pitanje tiče se *samog* miješanja države u pravo na mirno uživanje imovine. U pravilu je odgovor potvrđan, pa se nerijetko činjenica miješanja niti ne osporava, kao što je slučaj u predmetu *Matas* gdje Sud elaborira da „nakon što je sama Vlada priznala da je došlo do miješanja ne vidi nikakav razlog da presudi drugačije“, § 32. Činjenica miješanja samog po sebi nije problem. Kao što je još uvodno rečeno, države kod ovog prava imaju široko polje slobodne procjene i mogu u njega ulaziti. Ilustrativno se navodi u predmetu *Matas* kako „ograničenje prava podnositelja zahtjeva na mirno uživanje njegovog vlasništva primjenom mjere preventivne zaštite nije otvoreno za kritiku *per se*, pogotovo uzimajući u obzir legitimni cilj kojem se težilo te široku slobodu procjene koju država ima kada je riječ o pitanjima kulturnih dobara“ § 40.<sup>110</sup> Miješanje treba biti predviđeno zakonom, odnosno mora postojati „pravna

105 Rečeno je: „postoji razlika između puke nade u restituciju, koliko god razumna da nada bila, i legitimnog očekivanja, koje mora biti konkretnije naravi od puke nade i mora imati uporište u zakonskoj odredbi ili pravnom aktu poput npr. sudske odluke,“ *Gratzinger i Gratzingerova*, § 69, v. *Kopecký*, § 35. V i recentne hrvatske predmete, *Bikić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 50101/12, presuda od 29. svibnja 2018., §§ 45-46 i *Radomilja i drugi protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 37685/10, 22768/12, presuda od 20. ožujka 2018., § 143. Evo što se kaže u predmetu *Bikić*: „Vlasništvo‘ može predstavljati ‘postojeće vlasništvo‘ ili potraživanja koja su dovoljno utvrđena da se mogu smatrati ‘imovinom’ ... (ali - op. aut.) samo ako postoji dostatna osnova za taj interes u nacionalnom pravu (na primjer, kada postoji dosljedna sudska praksa domaćih sudova koja to potvrđuju), odnosno kada je zahtjev dovoljno utvrđen da bi bio izvršiv ... Sud se također pozivao na tužbene zahtjeve za koje podnositelj zahtjeva može tvrditi da ima barem ‘legitimno očekivanje’ da će se ostvariti, odnosno da će dobiti učinkovito uživanje prava vlasništva. Međutim, legitimno očekivanje nema neovisno postojanje; mora biti povezano s vlasničkim interesom za koji postoji dostatna pravna osnova u nacionalnom pravu“. *Bikić, ibidem*.

106 *Kopecký*, §§ 45-52.

107 U predmetu *Radomilja* uskraćena je zaštita pravu na mirno uživanje imovine, budući da je ocjenjeno kako predmet na ulazi u njegov doseg. „Pitanje koje je trebalo ispitati jest jesu li zahtjevi podnositelja da budu utvrđeni vlasnicima predmetnih zemljišta, isključujući razdoblje od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991. godine na koje su se podnositelji pokušali prekasno pozvati pred Velikim vijećem, (ipak) imali dovoljno uporište u nacionalnom pravu da se smatraju ‘imovinom’ i stoga ‘vlasništvom’ zaštićenim člankom 1. Protokola 1.“, *Radomilja*, § 144.

108 Zahtjev br. 6054/10, presuda od 29. studenog 2011., § 17.

109 Zahtjev br. 36184/13, presuda od 6. veljače 2018. §§ 104-105.

110 V. predmet *SCEA Ferme de Fresnoy protiv Francuske* zahtjev br. 61093/00, odluka od 1.

osnova za miješanje” i „težiti cilju koji je u općem interesu” (kako je, npr. rečeno u predmetu *Statileo protiv Hrvatske*<sup>111</sup>).<sup>112</sup> O potrebi da ograničenje bude zakonito gotovo da ne treba posebno govoriti, no ipak, imajući u vidu da će se ograničenje zbog privremene uprave promatrati u okviru kontrole nad korištenjem imovine, može se spomenuti da je baš u predmetima iz ove skupine naglašeno kako kontrola mora imati svoje *opravdanje* u nacionalnom pravu, ali i u pravu Europske unije (v. predmet *Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi protiv Irske*<sup>113</sup>), a Sud, određenu mjeru kontrole može ispitati i u svjetlu međunarodnog prava (poput konvencija UN-a ili Vijeća Europe, v. predmet *Gogitidze i drugi protiv Gruzije*<sup>114</sup>).

Ograničavanje izvršavanja vlasničkopravnih ovlasti uspostavom privremene uprave, odnosno privremenim skrbništvom, poslužimo li se jezikom Suda „nije otvoreno za kritiku *per se*, pogotovo uzimajući u obzir legitimni cilj“. Tako, i naš Ustavni sud promatrajući u svojoj, prije navedenoj odluci, prisilni zakup poljoprivrednog zemljišta u svjetlu općeg uređenja ističe da se „pravni institut prisilnog davanja u zakup poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu može smatrati u suglasnosti s Ustavom“.<sup>115</sup> Ograničenje samo po sebi ne mora biti ustavno ili konvencijski neprihvatljivo, ako je udovoljeno i drugim zahtjevima. Carss-Frisk objašnjava da stavak 2., članka 1. Protokola određuje da prethodne odredbe (misli na stavak 1.) ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima kako bi „uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni“.<sup>116</sup> Od dva opravdana razloga miješanja države u pravo na mirno uživanje vlasništva kod privremene uprave, odnosno privremenog skrbništva radilo bi se o prvom, „da je miješanje u skladu s općim interesom.“<sup>117</sup> Već smo spomenuli rad u kojem je Staničić analizirao u kojem

prosina 2005., prema: *Matas* § 40.

111 Zahtjev br. 12027/10, presuda od 10. srpnja 2014., §§119-145. Elijaš, D., Marković, S., Trgovac, S., *Povreda konvencijskog prava na mirno uživanje vlasništva*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 1/2015., str. 251 *et seq.*

112 Određena pitanja ovim su se povodom pojavila u predmetima koji su kod nas dobro poznati i koje upravo zbog toga nismo detaljnije analizirali, kao npr. u cijelom setu onih čijim se rodočelnikom može označiti predmet *Statileo* te onih vezanih za, sada, derogirana uređenja privremenog upravljanja određenim nekretninama u (sub)specijaliziranim režimima, kao *Radanović, Kunić, Vučak*, i niz drugih (koja su, u biti, obuhvaćena kada su u dijelu rada 2.2.2 iznesena stajališta Ustavnog i Vrhovnog suda o potrebi zaštite prava na mirno uživanje imovine na strani njihovih podnositelja), no i u njime se najreferentnijom ne može smatrati činjenica koja se tiče legitimiteta miješanja, ali mogu i jesu druga pitanja.

113 Zahtjev br. 45036/98, presuda od 30. lipnja 2005.

114 Zahtjev br. 36862/05, presuda od 12. svibnja 2015.

115 Ističe i da je u tom smislu „institut prisilnog davanja u zakup, propisan ZPZ/08-om, samo poseban izraz općeg instituta davanja u zakup stvari od interesa za Republiku Hrvatsku u situaciji kad je vlasnik te stvari na temelju zakona dužan u odnosu na nju nešto poduzeti, a njega se na to ne može prisiliti“.

116 Carss-Frisk, M., *The right to property: A guide to the implementation of article 1 of protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks br. 4. Strasbourg, Vijeće Europe, 2001., str. 26 *et seq.*, <https://rm.coe.int>, stranica posjećena 20. studenoga 2018.

117 Usporedbe radi u odluci U-I-1559/2007 od 21. veljače 2007. izraženo je o jednoj drugoj mjeri sljedeće stajalište: „Ustavni sud na kraju napominje da je zakonodavac ovlašten propisati

smislu Sud shvaća *opći interes* i odgovara na pitanje kada smatra da je (izvlaštenje) provedeno u općem interesu.<sup>118</sup> Nakon što je usporedio ovu koncepciju s našim uređenjem (općeg, javnog i interesa Republike Hrvatske), autor smatra da Europski sud ne slijedi naše uređenje,<sup>119</sup> pa „i kada bi mogla postojati razlika između koncepta ‘javnog interesa’ i ‘općeg interesa’ u članku 1. Protokola 1. (prvom pravilu), u pitanju o kojem se ovdje radi ne može se povući nikakva fundamentalna razlika“, i zaključuje, da „Europski sud u osnovi smatra da između ova dva izraza nema supstancijalne razlike“. <sup>120</sup> Posegne li se ponovo za ilustracijom u predmet *Matas* ovo se može i „plastično“ vidjeti, jer se u njemu kaže: “Sud je već presudio da se očuvanjem kulturnih dobara i, ondje gdje je primjereno, njihovom održivom uporabom, *teži legitimnom cilju* održavanja određene kvalitete života, očuvanja povijesnih, kulturnih i umjetničkih korijena neke regije i njezinog stanovništva, te su oni kao takvi temeljna vrijednost čija su zaštita i promidžba dužnost javnih tijela“. <sup>121</sup> Vrlo slično stajalište izraženo je i u predmetu *Kristiana Ltd.* u kojem je podnositelju uskraćena zaštita prava na mirno uživanje imovine, ali i kazano da se država umiješalo u ovo pravo iz naprijed navedenih pobuda (§§ 104-105). Ono što je korisno naglasiti jest da miješanje države u općem interesu u smislu stavka 2., članka 1. Protokola ne treba promatrati kroz prizmu, u našem članku 32. ZV-a navedenih interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskoga okoliša ili zdravlja ljudi, u funkciji *legitimnih* ciljeva, već kao posebno ustanovljene konvencijske uzročne veze sa zaštićenim interesom.<sup>122</sup> Višekratno spominjani predmet *Matas*, te predmeti *Potomska i Potomski protiv Poljske*,<sup>123</sup> *Valette i Doherier* (§ 16), *Kristiana Ltd.* neki su od onih u kojima se radilo o ograničenjima zbog različitih mjera poduzetih zbog zaštite (kulturnih, arheoloških i dr. dobara) i sve su one podvrgnute provjeri eventualne povrede prava na mirno uživanje imovine, kroz treće pravilo, dakle s obzirom na kontrolu korištenja imovine o čemu će više riječi biti u sljedećem dijelu.

---

različite zakonske mjere za poticanje obrade neobrađenog obradivog poljoprivrednog zemljišta, korištenje neiskorištenih poduzetničkih nekretnina i izgradnju neizgrađenog građevinskog zemljišta, pa i one koje ograničavaju vlasnička prava u skladu s člankom 16. Ustava, odnosno člankom 52. stavkom 2. Ustava kad su u pitanju poljoprivredna zemljišta. To se, međutim, ne smije činiti na način nesuglasan temeljnim ustavnim vrednotama i zaštićenim dobrima, što je zakonodavac u konkretnom slučaju učinio propisivanjem poreza zbog nekorištenja nekretnina, koji su protivni svrsi poreza i poreznog sustava.“

118 Staničić, F., op. cit., str. 121-126.

119 V. kao referentan, predmet *James i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 8793/79, presuda od 12. srpnja 1984., § 50.

120 Staničić, F., op. cit., str. 113.

121 *Potomska i Potomski*, § 64. *Kozacioğlu protiv Turske*, zahtjev br. 2334/03, presuda od 19. veljače 2009., § 54.

122 U odluci našeg Ustavnog suda koja se bavila prisilnim zakupom poljoprivrednog zemljišta, po ovim je pitanjima rečeno „prisilni zakup ima legitiman cilj - povećanje poljoprivredne proizvodnje, odnosno stavljanje u funkciju nekorištenog poljoprivrednog zemljišta“, te naglašeno da je „propisan u interesu Republike Hrvatske (članak 52. Ustava)“, a sam zakup, kao ograničenje koje je vlasnicima nametnuto, načelno, u okvirima ‘doprinosu općem dobru’ (članak 48. stavak 2. Ustava)“.

123 Zahtjev br. 33949/05, presuda od 29. ožujka 2011., § 64.

### 3.4. Pravilo o kontroli korištenja imovine

Kada se utvrdi da se država miješala u pravo na mirno uživanje imovine treba odgovoriti o kojem se od tri pravila iz članka 1. Protokola 1. S tim da su u novije vrijeme primjetna i nešto drukčija rješenja. Iscrpno objašnjavajući bit ovih pravila Omejec<sup>124</sup> je konstatala kako je prvo od njih načelne naravi i koristi se kada nije moguće primijeniti preostala. Drugo se pravilo primjenjuje kada dođe do, tzv. oduzimanja vlasništva kao, npr. kod izvlaštenja, nacionalizacije, eksproprijacija, i sl.<sup>125</sup> U trećem pravilu, ujedno i najzanimljivijem u kontekstu privremene uprave, odnosno privremenog skrbništva, riječ je o, tzv. kontroli korištenja imovine, odnosno pravu država da regulira njezinu uporabu, pa i način izvršavanja vlasničkopravnih ovlasti na stvari, u konačnici da ih i ograniči.<sup>126</sup> Usprkos opisanom razlikovanju, u teoriji se naglašava i više puta stavlja u prvi plan, da su ova pravila međusobno povezana, da se drugo i treće pravilo odnose i primjenjuje, u posebnim slučajevima miješanja, međutim da ih je uvijek potrebno razumjeti i tumačiti imajući u vidu prvo od njih, koje je najopćenitije i temeljne naravi.<sup>127</sup>

Što se tiče trećeg pravila, najprije treba reći da ga sadržava stavak 2., članka 1. Protokola 1.<sup>128</sup> i da je primijenjeno u više predmeta<sup>129</sup> (neki su navedeni u dijelu

124 Omejec, J., op. cit., str. 979- 990. V. kod, Sermet, L, op. cit., str. 22-31. Carss-Frisk, M., op. cit., str. 21-25.

125 Ima autora koji smatraju da je riječ o ovom pravilu, odnosno da ga je moguće primijeniti i onda kada je do oduzimanja ili prijenosa vlasništva došlo *de facto*. Grgić, A., Mataga, Z., Longar, M. Vilfan, A., The right to property under the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks br. 10, Vijeće Europe, Strasbourg, 2007., dalje u tekstu: Grgić, A., et al., The right to property, str. 10, dostupno na: <https://rm.coe.int>, mrežna stranica posjećena 22. siječnja 2019.

126 Između više odluka Europskog suda koje su se ticale Hrvatske s obzirom na kontrolu korištenja imovine, npr. *Bego i ostali protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 35444/12, 35576/12, i dr., presuda od 15. studenog 2016.; *Boljević protiv Hrvatske*, zahtjev br. 43492/11, presuda od 31. siječnja 2017.; *Gabrić protiv Hrvatske*, presuda od 5. veljače 2009., zahtjev br. 9702/04; *Gošović protiv Hrvatske*, presuda od 4. travnja 2017., zahtjev br. 37006/13; *Kunić; Matas; Mirošević-Anzulović protiv Hrvatske*, presuda od 4. listopada 2016., zahtjev br. 25815/14; *Radanović; Statileo; Tilocca protiv Hrvatske*, presuda od 5. travnja 2018., zahtjev br. 40559/12; *Vučak*; i dr.

127 Carss-Frisk, M., op. cit., str. 25 *et seq.*

128 Uporište miješanju, odnosno ovlast države da po vlastitom nahodanju i u okviru polja slobodne procjene kontrolira i ograniči pravo na mirno uživanje imovine u skladu s Konvencijom, kako naglašava Sermet, predstavlja navedena konvencijska odredba (stavak 2., članka 1.) i to, ili u skladu s općim interesom, ili zbog osiguranja plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni. Kontrola se u skladu s općim interesom, može usmjeriti i na ovlast raspolaganja imovinom. Sermet, L., op. cit., str. 25. Država, dakle, može kontrolirati korištenje imovine ako je to u općem interesu ili radi osiguranja plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni. U tom su smislu tzv. mjerama kontrole korištenja imovine smatrane primjerice, oduzimanje opscenih publikacija (*Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 5493/72, presuda od 7. prosinca 1976.), kontrola najma (*Mellacher protiv Austrije*, zahtjev br. 11070/84, presuda od 19. prosinca 1989., *Statileo*), ograničenja u izgradnji (*Pine Valley Developments Ltd. protiv Irske*, zahtjev br. 12742/87, presuda od 29. studenog 1991.), privremeno oduzimanje predmeta u kaznenim postupcima (*Raimondo protiv Italije*, zahtjev br. 12954/87, presuda od 22. travnja 1994.) i brojni drugi.

129 *Pine Valley Developments Ltd., Mellacher, Holy Monasteries protiv Grčke*, 13984/88, presuda

rada 3.4. zbog važnosti za pitanje razmjernosti), a na pitanje kada se primjenjuje i kojem ključu, Carss-Frisk jezgrovito odgovara „da je to u slučajevima miješanja koje je usmjereno ili, pak, predstavlja dio uređenja kojem je cilj kontrola korištenja imovine“.<sup>130</sup> Bit trećeg pravila možda najbolje prenosi odlomak kada se jezikom Suda u predmeta *Statileo* navodi da se radi o: „mjeri, odnosno ograničenju koje predstavlja nadzor nad korištenjem imovine u smislu drugoga stavka članka 1. Protokola br. 1“.<sup>131</sup>

### **3.5. Razmjernost/proporcionalnost i pravična ravnoteža kao središnja pitanja**

Nakon što je utvrdio koje od pravila u konkretnom slučaju treba primijeniti,<sup>132</sup> Sud pristupa središnjem dijelu testiranja i odgovara na ključna pitanja: Je li miješanje bilo razmjerno, odnosno „je li miješanjem u pravo na mirno uživanje imovine postignuta prijeko potrebna pravedna ravnoteža između zahtjeva općeg javnog interesa i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinaca, te nameće li se podnositelju nerazmjern i pretjerani teret.“<sup>133</sup>

Unatoč tomu što države uživaju široko polje slobodne procjene, a u novijoj sudskoj praksi naglašeno je inzistiranje na postizanju pravične ravnoteže interesa pojedinaca i općeg interesa.<sup>134</sup> Ključno je kod svakog ograničenja, pa i promatranog

---

od 9. prosinca 1994., i niz drugih. V. neke od hrvatskih predmeta u bilješci 114.

<sup>130</sup> Carss-Frisk, M., op. cit., str. 24.

<sup>131</sup> *Statileo*, § 117.

<sup>132</sup> Prije rečeno je da su primjetne nove tendencije kod primjene i uopće u odnosu na tri pravila. Naime, moderan pristup djelomično je zamaglio, odnosno ukinuo razlike kod ispitivanja povreda prava na mirno uživanje imovine između različitih oblika miješanja, pa bi ih Sud vjerojatno danas razmatrao kao pitanje kontrole korištenja imovine (*Sporrong i Lonroth*). Zanimljivo je spomenuti da, prema ocjeni Suda, konfiskacija predstavlja i oduzimanje imovine i kontrola korištenja imovine.

<sup>133</sup> *Statileo*, §§119-145.

<sup>134</sup> Ovaj je pristup dobro ilustriran još u predmetu *Chassagnou i drugi protiv Francuske*, zahtjevi br. 25088/94, 28331/95, 28443/95, presuda od 29. travnja 1999. i više drugih. Zajedničko im je da Sud naglašava potrebu ispunjenja uvjeta proporcionalnosti/razmjernosti. Kao primjer tzv. pilot presude kod pitanja kontrole korištenja imovine, a u kontekstu razmjernosti, odnosno pravične ravnoteže, Jacobs, White i Ovey naveli su presudu *Suljagić protiv Bosne i Hercegovine*, zahtjev br. 27912/02, presuda od 3. studenog 2009., gdje je Sud naglasio da zakon koji je donijela bosanska vlada vezan za naknadu depozita položenih kod banaka, zbog širokog polja slobodne procjene koji uživaju države, ne predstavlja povredu članka 1. Protokola broj 1. Međutim, pravična ravnoteža nije postignuta, s obzirom na kašnjenja do kojih je došlo u njegovoj implementaciji. Slično je Sud utvrdio u presudi *Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije*, zahtjev br. 60642/08, presuda od 16. travnja 2014., gdje je našao kako su Slovenija i Srbija povrijedile Konvenciju (kašnjenja s usvajanjem mjera, odnosno njihovim ne udovoljavanjem uvjetu proporcionalnosti, unatoč širokom polju slobodne procjene u pitanjima financijske stabilnosti države); u predmetu *Spadea i Scalabrino protiv Italije*, zahtjev br. 12868/87, presuda od 28. rujna 1995. (gdje je Sud zaključio kako sustav kontrole korištenja imovine ima funkciju socijalne mjere zaštite stanara s malim prihodima i zadržavanja javnog/socijalnog mira, međutim predstavljala preveliki teret i nije postignuta pravična ravnoteža); i dr. U predmetu *Nobel i drugi protiv Nizozemske*, zahtjevi br. 27126/11, 28084/12, 81046/12, 81049/12, presuda od 2. srpnja 2013, Sud je smatrao

zbog uspostavljanje privremene uprave, odnosno privremenog skrbništva je li država pojedincu nametnula prekomjeren teret i narušila pravičnu ravnotežu zbog čega bi miješanje bilo nerazmjerno.<sup>135</sup> U predmetu *Ališić i drugi* u povodu ocjene jesu li države poštovale zahtjev pravične ravnoteže istaknuto je: „Svakim uplitanjem u mirno uživanje imovine, kao i propuštanjem (dakle, pozitivnim i negativnim obvezama države - op. aut.), mora se uspostaviti pravična ravnoteža između potreba općeg interesa zajednice i zahtjeva za zaštitu temeljnih prava pojedinca. Drugim riječima, u svakom slučaju u kojem je došlo do povrede članka 1. Protokola 1., Sud mora utvrditi da li osoba o kojoj je riječ mora podnijeti nerazmjeran i pretjeran teret uslijed djelovanja ili nedjelovanja države. Prilikom ocjene o poštovanju toga zahtjeva, Sud mora potpuno ispitati sve interese o kojima je riječ, imajući na umu ulogu Konvencije da štiti prava koja su ‘praktična i efektivna’ (načelo učinkovitosti - op. aut.). U tom smislu valja naglasiti da neizvjesnost, bilo da je ona legislativna, administrativna ili da proizlazi iz prakse koju vlasti provode, predstavlja čimbenik koji se mora imati u vidu kod ocjene ponašanja države. U slučajevima gdje je doista u pitanju opći interes, na državnim je tijelima da reagiraju u pravo vrijeme i na odgovarajući i dosljedan način (doktrina predvidljivosti)” § 108. Opći zahtjevi (načela) na temelju kojih treba ocijeniti razmjernost ograničenja, a konkretno kada je riječ o miješanju u pravo na mirno uživanje imovine vezano za zaštićena dobra mogu se pročitati u predmetu *Potomska i Potomski* na koji se Sud često poziva i u kojem je naglašeno da „imovina, pa i ona privatna, ima i socijalnu funkciju koju je potrebno uzeti u obzir prilikom ocjene je li postignuta pravična ravnoteža između zahtjeva općeg interesa zajednice i temeljnih prava pojedinaca“, § 67. Zapravo, jednako kao i u predmetu *Depalle protiv Francuske*,<sup>136</sup> ponovljena je struktura na kojoj Sud inzistira kod ove vrste ograničenja, a omeđena je trokutom: širina polja slobodne procjene - opći interes - pravična ravnoteža. Riječ je o posebno *osjetljivim* predmetima i nikome ne pada na pamet dovoditi u pitanje legitimitet zaštite kulturnih dobara<sup>137</sup> i sličnih dobara, pa je još minucioznije potrebno uspostaviti željeni balans između općeg interesa i prava na mirno uživanje imovine. Kao kriteriji u spomenutom odlomku predmeta *Potomska i Potomski* u službi utvrđenja (ne)razmjernosti navedeno je trajanje mjera (zapravo, ograničenja) i već dobro poznat zahtjev udovoljenja, tzv. postupovnim jamstvima.<sup>138</sup>

nedopuštenim zahtjev podnositelja koji su tvrdili da su mjere kontrole visine najamnine neproporcionalne, budući da široko polje slobodne procjene koje država uživa omogućava da odredi maksimalnu visinu najamnine radi socijalne zaštite najmoćnijima, a podnositelji su bili upoznati s kontrolom korištenja imovine kada su kupili nekretnine.

135 U jednom od poznatijih predmeta koji ulazi u krug onih kojima pripada naš predmet *Statileo, Bitto i ostali protiv Slovačke*, zahtjev br. 30255/09, presuda od 28. siječnja 2014., u pogledu razmjernosti kazano je da „mora postojati razumna veza razmjernosti između korištenih sredstava i predviđenog cilja koji se želi postići mjerama koje provodi država radi kontrole nad korištenjem imovine pojedinaca. Taj je zahtjev izražen pojmom ‘poštene ravnoteže’ koja se mora postići između zahtjeva općeg interesa zajednice i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinca“, § 97.

136 Zahtjev br. 34044/02, presuda od 29. ožujka 2010., §§ 77-93.

137 V. općenito, kod Josipović, T., *Zaštita kulturnih dobara u Europskoj uniji* u: Gavella, N., et al., *Europsko privatno pravo*, str. 197-146.

138 U našem predmetu *Matas*, za razliku od spomenutog predmeta i predmeta *Kristiana Ltd.*, gdje



Uvažavajući da po ovim pitanjima država uživa široko polje slobodne procjene, ključno je pitanje bilo ono o razmjernosti mjera u kojem kontekstu su problematizirani navedeni aspekti. U pogledu duljine trajanja mjera u predmetu *Matas*<sup>139</sup> naglašeno je da: „podnositelj zahtjeva ne bi trebao snositi bilo kakve negativne posljedice kao rezultat navodne nemogućnosti nadležnih državnih tijela da usklade svoje mjerodavne radnje kod odlučivanja o pitanjima koja utječu na njegovo pravo vlasništva“.<sup>140</sup> Drugi aspekt ticao se: „više postupovnih propusta u odnosu na način na koji su domaća tijela provodila postupak u predmetu podnositelja zahtjeva... pa, iako članak 1. Protokola 1. ne sadrži izričite postupovne zahtjeve, predmetni postupak mora pružiti osobi razumnu priliku da predstavi svoj slučaj mjerodavnim tijelima u svrhu učinkovitog osporavanja mjera koje ometaju prava zajamčena ovom odredbom. Pri utvrđivanju je li taj uvjet zadovoljen, uzima se u obzir cjelokupna slika“, *Matas* § 44.<sup>141</sup> Sve je ovo, zapravo ponovio i u recentnom predmetu, *Kristiana Ltd.*

Nekoliko puta samo se referirali na odluku Ustavnog suda o prisilnom zakupu poljoprivrednog zemljišta. Ona je najzanimljivija baš u dijelu u kojoj je ocjenjena razmjernost prisilnog zakupa i neke njegove kondicije. U tom kontekstu spomenuti će se i pitanje naknade kao još jednog od pokazatelja razmjernosti ograničenja. Općenito govoreći, analiza članka 15. ZPZ/08-a koncentrirala se na usklađenosti rješenja o mogućnosti prisilnog zakupa uopće (za kojeg je već rečeno da je prihvatljiv), odnosno zakupa poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu koje se, ili nije obrađivalo sukladno agrotehničkim mjerama, ili se nije obrađivalo u prethodnom vegetativnom razdoblju, a dalo se u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi na rok do tri godine. Obje pretpostavke ocjenjene su ustavnopravno neprihvatljivim.<sup>142</sup> Nerazmjernim je

---

su podnositelji zahtjeva znali za postojanje *mjera* (jer su, u biti stekli vojne zgrade u ovom režimu), ništa nije ukazivalo da su se mjere zaštite kulturnog dobra mogle primjenjivati nad zgradom koju je podnositelj kupio u poslovne svrhe, što je vlastima bilo poznato (*Matas*, § 37.). Ključno je, naime, bilo to što je rješenjem konzervatorskog odjela produžena primjena mjere preventivne zaštite kulturnog dobra za dodatno trogodišnje razdoblje (ukupno šest godina). Ta je zaštita uključila više značajnih ograničenja podnositeljeva korištenja zgrade, uključivo njezinu gospodarsku upotrebu na način koji je podnositelj smatrao primjerenim. *Matas*, § 38-39.

139 Ovdje se otklonio prigovor konzervatorskog odjela o nemogućnosti pribavljanja izvotka iz zemljišnih knjiga.

140 Ovdje je istaknuta važnost načela dobrog upravljanja.

141 Između ostalog, „primijećeno je da je, unatoč jasnim argumentima podnositelja zahtjeva u vezi s ograničenjima njegovog prava vlasništva, pogotovo u odnosu na njegove poslovne projekte povezane sa zgradom Upravni sud Republike Hrvatske ograničio svoju procjenu na pitanje moguće važnosti zgrade kao kulturnog dobra, a da nije ocijenio je li produžena primjena navedenih mjera nerazmjerno utjecala na pravo vlasništva podnositelja zahtjeva“, *Matas*, §§ 45-46.

142 Za prvu se kaže da „ne obrađivanje zemljišta sukladno agrotehničkim mjerama može i mora biti osnova za poduzimanje određenih mjera radi postizanja zakonskog cilja - obrade zemljišta sukladno agrotehničkim mjerama. Međutim, mjere moraju biti primjerene činjeničnim okolnostima i razmjerno cilju koji se želi postići. K tome, u ostvarenju legitimnog cilja trebaju u što većoj mjeri omogućiti i održati privatnu upotrebljivost vlasništva. To uključuje i uvažavanje gospodarskih mogućnosti onih na koje se dotične mjere imaju primijeniti. Prisilno davanje u zakup... nije mjera koja odgovara načelu razmjernosti, jer lišava vlasnika privatne

smatrano i rješenje koje se ticalo „nepostojanja pravnih sredstava kojima se vlasnik može zaštititi od nezakonitog ili arbitrarnog miješanja javnih vlasti u njegova vlasnička prava“,<sup>143</sup> a vidjelo se u predmetima *Potomska i Potomski* te *Matas*, koliko su relevantne Europskom sudu. Ustavnopravno prihvatljivom nije ocijenjena niti predviđena naknada zakupnine. Ovo je pitanje već najavljeno kao mogući pokazatelj razmjernosti i treba imati u vidu da ga Sud ne promatra jednoznačno. U našem ustavnosudskom predmetu, s obzirom na zakupninu, Ustavni se sud osvrnuo na sadržaj zakupa poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu kojim se „u cijelosti lišava vlasnika njegova posjeda, a time i privatne upotrebljivosti samog vlasništva zbog toga, tzv. prisilni zakup „mjerom takvog intenziteta da za posljedicu ima lišavanje vlasnika biti njegova vlasničkog prava na poljoprivrednom zemljištu“, a da pritom „svojestvo privremenosti takvog ograničenja ne umanjuje snagu njegova intenziteta, sve dok ono traje“ zaključeno je da je „za ograničenje vlasničkih prava iz članka 15. ZPZ/08-a potrebna ‘naknada tržišne vrijednosti’ iz članka 50. stavka 1. Ustava“. Europski sud svoja stajališta kreira u konkretnim slučajevima, kao, primjerice u sljedeća dva. Tako je u predmetu *Jahn i drugi protiv Njemačke*,<sup>144</sup> središnje pitanje bilo povezano s činjenicom da je omogućeno stjecanje prava vlasništva na prethodno eksproprijiranom zemljištu, unatoč tomu što je utvrdilo da je došlo do oduzimanja imovine, Veliko vijeće zaključilo: kako je postojala zakonska osnova za oduzimanje imovine; da je ono služilo legitimnom cilju, te ispitujući je li postignuta pravična ravnoteža između pojedinačnog i općeg interesa zaključilo (za razliku od Vijeća) kako je u konkretnom slučaju izostanak naknade opravdan. Jednako nije zaključeno u predmetu *Holy Monasteries* u kojem je izostanak naknade prouzročio povredu članka 1. Protokola 1.

#### 4. ZAKLJUČAK

U radu je analizirano uređenje sekvestracije kao instituta kojim je omogućeno javnoj vlasti da vlasniku privremeno ograniči izvršavanje vlasničkopravnih ovlasti na stvari (nekretnini) ako se od njega tražilo određeno činjenje u vezi sa stvari koje on nije učinio. Usprkos Ustavom zajamčene nepovredivosti vlasništva, vlasništvo je

---

upotrebljivosti njegova vlasništva, a da ZPZ-e istodobno ne predviđa nikakve druge mjere za postizanje istog legitimnog cilja koje bi prethodile mjeri prisilnog zakupa, a kojima bi se manje zadiralo u prava vlasnika poljoprivrednog zemljišta.“ Prigovori upućeni drugoj pretpostavci „o neobrađivanju zemljišta kroz prethodno vegetativno razdoblje“ ocijenjeno je nerazmjernim u kontekstu važenja propisa *ratione temporae*.

143 Navodi se i: „Konkretno, u državi utemeljenoj na vladavini prava nije prihvatljivo poduzimanje prisilnih mjera kojima se vlasnika lišava na određeno vrijeme upotrebljivosti njegova vlasništva, a da protiv takvih mjera on nema na raspolaganju djelotvorna pravna sredstva kojima bi se zaštitio od nezakonitog ili arbitrarnog miješanja javnih vlasti u njegova vlasnička prava.“ Rečeno je i: „Doda li se tome i propust zakonodavca da predvidi put pravne zaštite koji bi vlasnicima poljoprivrednih zemljišta obraslih višegodišnjim raslinjem bio na raspolaganju protiv odluke o prisilnom davanju u zakup takvog zemljišta, rješenje iz članka 15. stavka 2. ZPZ/08-a ukazuje se nesuglasnim s jamstvom prava vlasništva u materijalnom aspektu (članak 16. stavak 1. u vezi s člankom 48. stavkom 1. Ustava) i s načelom vladavine prava (članak 3. Ustava), zasebno i u vezi s člankom 48. stavkom 1. Ustava u njegovu procesnom aspektu.“

144 Zahtjevi, br. 46720/99, 72203/01, 72552/01, presuda od 30. lipnja 2005.

moгуće ograničiti, ali ograničenja trebaju biti predviđena zakonom i služiti zaštiti interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Privremena je uprava posebna vrsta pozitivnoga zakonskog ograničenja predviđenog u članku 32. ZV-a i u nekim posebnim pravilima. Uspostavlja se kada je potrebno zaštititi interese i sigurnost države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi te kulturnih dobara kojima prijetoj ugroza (članak 32. stavak 3. ZV-a).

Europski sud pruža zaštitu pravu na mirno uživanje imovine, jednako kao i drugim konvencijskim pravima, kada ga je država ugovornica povredom svojih obveza, pozitivnih ili negativnih,<sup>145</sup> ugrozila ili mu naškodila. Odnosno, kada je država propustila zaštititi konvencijski zaštićeno pravo podnositelja zahtjeva (ovdje iz članka 1. Protokola 1.) ili je, proširujući polje slobodne procjene ograničenjima nametnutima pojedincu narušila pravičnu ravnotežu. Kada se radi o privremenoj upravi, odnosno privremenom skrbništvu ovi su slučajevi osobito osjetljivi, budući da se na određeni način opći interes sukobljava s pravom pojedinca na mirno uživanje imovine. Tim povodom, Sud, vrlo ilustrativno, u predmetu *Matas* ističe da je: „neprijeporna dužnost države očuvati i zaštititi kulturna dobra i njihovom održivom uporabom težiti legitimnom cilju održavanja određene kvalitete života, očuvanju povijesnih, kulturnih i umjetničkih korijena neke regije i njezinog stanovništva,“ pa sama činjenica postojanja ograničenja nije problematična i ono je legitimno. Uprkos tomu, potrebno je očuvati pravičnu ravnotežu između općeg i interesa pojedinca, da pojedincu nije nametnut prekomjeran teret te da se, u konačnici, ograničenje nije pokazalo nerazmjernim i time povrijedilo pravo na mirno uživanje imovine.

U radu analizirana uređenja privremene uprave, odnosno privremenog skrbništva u našem pravu predviđaju određena rješenja koja potencijalno mogu biti problem u kontekstu zaštite prava iz članka 1. Protokola 1.

Prema članku 32. stavku 3. ZV-a, privremenu upravu uspostavlja općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan i to odgovarajućom primjenom pravila o privremenom skrbništvu nad ostavinom iz članka 128. ZN-a, osim ako posebni zakon ne određuje što drugo. Navedeni članak uređuje slučaj kada sud postavlja privremenog skrbnika ostavini ako su nasljednici nepoznati ili nepoznatoga boravišta i pitanje je u kojoj je mjeri moguća njegova odgovarajuća primjena na privremenu upravu, pa, makar samo zbog toga što ju ne određuje sud. Nije za očekivati niti da sekvestar ima baš sve one ovlasti koje ima privremeni skrbnik ostavine postavljen po sudu (npr. ovlašten je u ime nasljednika tužiti i biti tužen, naplatiti tražbinu ili isplatiti dug i uopće zastupati nasljednike, a mogu mu se odrediti i druge, posebne ovlasti i dužnosti). Posebno je pitanje kontrole njegova rada, a svakako važnije i ono o naknadi troškova koje je prouzročio i o nagradi koja mu se daje za rad. Prema općem pravilu o sekvestraciji, predviđeno je da se za ova pitanja primjene pravila o naknadi troškova i nagradi izvršitelju oporuke. Prema njima (riječ je o članku 62. ZN-a), izvršitelju oporuke troškovi i nagrada isplaćuju na teret ostavine, ali uz zahtjev da se time ne umanjaju nužni nasljedni dio. U općem se režimu privremene uprave, dakle, vodi računa

145 Shvatimo li ih na način kako ih definira Omejec kada navodi da je bit negativnih obveza država u tome da se suzdrže od miješanja u zajamčeno pravo, a pozitivnih da uspostave odgovarajući normativni okvir koji omogućuje učinkovitu zaštitu. Omejec, J., *ibidem*.

o tome da se stvar pretjerano ne ugrozi isplatom troškova i nagrade i nije predviđena mogućnost osiguranja tih tražbina. U posebnim režimima predviđaju se drukčija rješenja, pa je, primjerice, za osiguranje troškova i nagrade privremenog skrbnika na kulturnom dobru moguće osnovati zakonsko založno pravo. Prema još posebnijem pravilu, otuđi li vlasnik građevinu u koju su uložena sredstva Zavoda, a stjecatelj nije nasljednik prvoga nasljednog reda, dužan je prije otuđenja vratiti uložena sredstva, a za njihovo osiguranje Zavod stječe zakonsko založno pravo u trajanja od 15 godina (članak 21. ZOSCDDNKDOD-a).

Da bi se uspostavila privremena uprava potrebno je od vlasnika tražiti određeno činjenje u vezi sa stvari, pa da ga on nije učinio što, gotovo, da ima značenje objektivne pretpostavke. Naime, ne gledaju se razlozi zbog kojih je činjenje izostalo, a upravo je uređenje koje nije uvažilo okolnosti konkretnog slučaja ocijenjeno od strane Ustavnog suda ustavnopravno problematičnim kada se radilo o zahtjevu vlasniku da poljoprivredno zemljište obrađuje sukladno agrotehničkim mjerama i kazano je da treba biti primjereno činjeničnim okolnostima i razmjerno cilju koji se želi postići.

Osnovno obilježje privremene uprave trebalo bi biti njezino privremeno trajanje. Pokazao je ovo i predmet *Matas* u kojem je Europski sud nerazmjernima i neprihvatljivima ocijenio poduzete mjere preventivne zaštite kulturnog dobra koje su trajale šest godina, pa potencijalno problematična mogu biti rješenja kojim nije adekvatno artikulirana *privremena* narav privremene uprave, odnosno privremenog skrbništva.

Privremena uprava, odnosno privremeno skrbništvo predstavlja posebno zakonsko ograničenje vlasništva i u ovom smislu promatrano je u okviru zaštite prava na mirno uživanje imovine s obzirom na treće pravilo o kontroli korištenja imovine iz članka 1. stavka 2. Protokola 1. Iako se, naime, uspostavom privremene uprave, odnosno privremenog skrbništva sadržaj prava vlasništva ne mijenja, već se vlasnika (privremeno) ograničava u izvršavanju njegovih vlasničkopravnih ovlasti dok uprava, odnosno skrbništvo traje, jedno od ključnih pitanja, pa i potencijalne konvencijske zaštite jest upravo ono vezano uz opseg i razmjernost ograničenja. Ne jednom je naglašena potreba da se ne naruši pravična ravnoteža i da ograničenje bude razmjerno. Našim općim pravilima dopušteno je sekvestriranu nekretninu dati u zakup, s tim što vlasnik može tražiti da mu se vrati u posjed prije isteka zakupa (sličnu ovlast predviđa i ZPZ-e, ali ne prije negoli prođe pet godina od uvođenja zakupnika u posjed). U vezi s tom mogućnosti (da se sekvestrirana nekretnina dade u zakup) može se primijetiti da u općim pravilima nije predviđeno kako će određivati zakupnina, već je samo određuje u što ju je moguće utrošiti (ovo je pitanje detaljnije uređeno u posebnim režimima). Tako uređenje može provocirati konvencijske prigovore, jer, iako Europski sud u nekim predmetima u kojima nije dana naknada za oduzimanje (kontroliranje) imovine takvo što nije smatrao povredom prava na mirno uživanje imovine, ipak, su takva stajališta zauzeta rijetko i ne može se reći da predstavljaju pravilo. Dapače, baš suprotno, pa je zbog toga korisno, uvijek kada se pojavljuje pitanje naknade, a ovdje takvu ulogu ima zakupnina, predvidjeti mehanizme na koji će se način ona odrediti. Ovo udovoljava još jedno važnom zahtjevu, tzv. *predvidljivosti*. Nije, naime, potrebno naglašavati koliko je puta Sud ponovio, ponajprije štiteći pravo iz članka

6. Konvencije, ali i druga prava, da zaštita koja se pruža Konvencijom mora biti predvidljiva, dostupna i učinkovita (načelo učinkovitosti). Naravno, omogućava i da se ispita je li narušena pravična ravnoteža između općeg interesa i prava pojedinca na mirno uživanje imovine i donese zaključak o (ne)razmjernosti ograničenja.

#### LITERATURA

1. Belaj, Vlado, Klasiček, Dubravka, *Novije tendencije u ograničavanju prava vlasništva*, *Pravni vjesnik*, vol. 21., 3-4/2005., str. 211-234.
2. Beširević, Violeta, Popović, Dragoljub, Leskoviku, Migena, Marinković, Tanasije, *Studija o primjeni prakse Europskog suda za ljudska prava u upravnim sporovima* (ur. Beširević, V.), *Regionalna škola za javnu upravu (ReSPA)*, Danilovgrad, 2018.
3. Bogdanović, Tamara, *Zaštita prava vlasništva iz članka 1. Protokola 1. Europske konvencije u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, 1/2011., str. 583-598.
4. Branković, Goran, *Sudska praksa i upravni spor, doktorski rad*, Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, Banja Luka, 2012.
5. Carss-Frisk, Monica, *The right to property: A guide to the implementation of article 1 of protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, *Human rights handbooks br. 4. Vijeće Europe*, Strasbourg, 2001.
6. Crnić Grotić, Vesna, *Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22., 1/2001., str. 361-375.
7. Crnić, Ivica, *Ustav Republike Hrvatske u praksi*, Zagreb, Organizator, 2018.
8. Elijaš, Dragan, Marković, Sandra, Trgovac, Sanja, *Povreda konvencijskog prava na mirno uživanje vlasništva*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 36, 1/2015., str. 239-258.
9. Ernst, Hano, Poljanec, Kristijan, *Stvarnopravna i carinskopravna zaštita kulturnih dobara u svjetlu europske antiterorističke politike*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 38., 1/2017., str. 187-222.
10. Gams, Andrija, *Svojina*, 2. izd., Beograd, Naučna knjiga, 1988.
11. Gavella, Nikola, Alinčić, Mira, Hrabar, Dubravka, Gliha, Igor, Josipović, Tatjana, Korać, Aleksandra, Baretić, Marko, Nikšić, Saša: *Europsko privatno pravo*, (ur. Dubravka, Hrabar), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2002.
12. Gavella, Nikola, *Jamstvo vlasništva iz članka 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, u: Gavella, Nikola, Alinčić, Mira, Hrabar, Dubravka, Gliha, Igor, Josipović, Tatjana, Korać, Aleksandra, Baretić, Marko, Nikšić, Saša: *Europsko privatno pravo*, (ur. Dubravka Hrabar), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2002.
13. Gavella, Nikola, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Belaj, Vlado, Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo*, sv. 1., 2. izd., Zagreb, Narodne novine, 2007.
14. Gomien, Donna, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Zadar, Naklada, 2007.
15. Grbić, Sanja, *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6., stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Rijeka, Pravni fakultet u Rijeci, 2014.
16. Grgić, Aida, Mataga, Zvonimir, Longar, Matija, Vilfan, Ana, *The right to property under the European Convention on Human Rights*, *Human rights handbooks*, br. 10., Strasbourg, Vijeće Europe, 2007.
17. Harris, John David, O' Boyle, Michael, Bates, Ed, Buckley, Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*, 5<sup>th</sup> ed, Oxford, Oxford University Press, 2014.
18. Held, Mateja, *Primjena Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske*, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, vol. 16., 3/2016., str. 527-551.

19. Josipović, Tatjana, Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, 1/2001., str. 95-153.
20. Josipović, Tatjana, Zaštita kulturnih dobara u Europskoj uniji u: Gavella, Nikola, Alinčić, Mira, Hrabar, Dubravka, Gliha, Igor, Josipović, Tatjana, Korać, Aleksandra, Baretić, Marko, Nikšić, Saša, Europsko privatno pravo, (ur. Dubravka Hrabar), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2002.
21. Klarić, Petar, Vedriš, Martin, Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2003.
22. Komnenić, Dušanka, Pravo na mirno uživanje imovine u presudama i odlukama Europskog suda za ljudska prava donijetim u postupcima u kojima su bivše jugoslavenske republike bile odgovorne države, doktorski rad, Beograd, 2017.
23. Kontrec, Damir, Boić, Vitomir, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP - građanskopravni aspekti, Priručnik za voditelje/voditeljice, Zagreb, Pravosudna akademija, 2017.
24. Marković, Sandra, Trgovac, Sanja, Ustavna tužba i zahtjev Europskom sudu za ljudska prava - analiza i značaj tih pravnih sredstava, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25., Organizator, Zagreb, 2018.
25. Marković, Sandra., Radin, Marijana, Trgovac, Sanja, Ustavna zaštita prava vlasništva u svijetlu stavova Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 32., 1/2011., str. 598-631.
26. Mihelčić, Gabrijela, Marochini Zrinski, Maša, Utjecaj konvencijskih načela tumačenja na pojedine građanskopravne institute (odabrana pitanja), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 78., 2018., str. 127-147.
27. Mihelčić, Gabrijela, Marochini Zrinski, Maša, Utjecaj zaštite „konvencijskih“ prava na ugovor o najmu stana, XIII Majsko savetovanje: Uslužno pravo (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, Ministarstvo prosvjete, nauke i tehnološkog razvoja, 2017.
28. Mihelčić, Gabrijela, Ovlaštenje hipotekarnih vjerovnika na namirenje hipotekarne tražbine sekvestracijom nekretnine *de lege lata* i *de lege ferenda*, u: Liber Amicorum in honorem dr. sc. Jadranko Crnić (1928.-2008.), Zagreb, Novi Informator, 2009.
29. Omejec Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasburški *acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013.
30. Perkušić, Ante, (Ne)usklađenost opće i posebne stvarnopravne normative o stjecanju, vrstama i sadržaju prava služnosti u našem pozitivnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37., 1/2016., str. 201-249.
31. Praktični vodič kroz uvjete dopuštenosti, Strasbourg, Vijeće Europe, 2014.
32. Prančić, Vicko, Opasnost od rušenja zgrade, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 31, 2/2010., str. 845-877.
33. Radolović, Aldo, Jamstvo prava vlasništva u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava, sredstava, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 16., Zagreb, Organizator, 2009.
34. Rainey, Bernardette, Wicks, Elizabeth, Ovey, Clare, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights, 7<sup>th</sup> ed, Oxford University Press, 2017.
35. Rušnov, Adolfo, Šilović, Josip, Tumač Građanskom parbenom postupniku, Zagreb, Knjižara Lav. Hartman (Kugli i Deutsch)
36. Sarvan, Desanka, Postupanje sa zgradama od kojih prijeti opasnost od nastanka štete, Informator, 2001., br. 4986.
37. Sermet, Laurent, The European Convention on Human Rights and property rights, 2. pon. izd., Strasbourg, Vijeće Europe, 1999.
38. Seršić, Vanja, Nakić, Jakob, Upravljanje dobrima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34., 1/2013., str. 561-588.
39. Simonetti, Petar, Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u ustavnom poretku Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, v. 31, 1. Suppl./2010., str. 333-364.

40. Staničić, Frane, Razlikovanje javnog interesa, općeg interesa i interesa Republike Hrvatske u kontekstu javnopravnih ograničenja prava vlasništva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, 1/2018., str. 111-129.
41. Stanković, Obren, Orlić, Miodrag, *Stvarno pravo*, 3. izd., Beograd, Naučna knjiga, 1986.
42. Stažnik, Štefica, *Europski sud za ljudska prava i standardi upravnosudskog postupka*, u: *Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj* (ured. Ivan Koprić), Zagreb, Institut za javnu upravu, 2014.
43. Stojanović, Dragoljub, *Stvarno pravo*, 5. izd, Beograd, Službeni list SFRJ, 1980.
44. Tuhtan Grgić, Iva, *Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, v. 32., br. 1/2011, str. 633-657.
45. Vuković, Mihajlo, *Osnovi Stvarnog prava*, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, 1950.
46. Žuvela, Mladen, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Organizator, Zagreb, 2014.

*Popis odluka Europskog suda:*

1. *Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije*, zahtjev br. 60642/08, presuda od 16. travnja 2014.
2. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao i drugi protiv Portugala*, zahtjevi br. 29813/96, 30229/96, presuda od 11. siječnja 2000.
3. *Anheuser-Busch Inc. protiv Portugala*, zahtjev br. 73049/01, presuda od 11. siječnja 2001.
4. *Bego i ostali protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 35444/12, 35576/12, i dr., presuda od 15. studenog 2016.
5. *Bikić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 50101/12, presuda od 29. svibnja 2018.
6. *Bistrović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 25774/05, presuda od 31. svibnja 2007.
7. *Bitto i ostali protiv Slovačke*, zahtjev br. 30255/09, presuda od 28. siječnja 2014.
8. *Boljević protiv Hrvatske*, zahtjev br. 43492/11, presuda od 31. siječnja 2017.
9. *Bramelid i Malmstrom protiv Švedske*, zahtjevi br. 8588/79, 8589/79, odluka od 12. listopada 1982.
10. *Brezovec protiv Hrvatske*, zahtjev br. 13488/07, presuda od 29. ožujka 2011.
11. *Burdov protiv Rusije* [VV], zahtjev br. 54522/00, presuda od 3. travnja 2012.
12. *Chassagnou i drugi protiv Francuske*, zahtjevi br. 25088/94, 28331/95, 28443/95, presuda od 29. travnja 1999.
13. *De Napoles Pacheco protiv Belgije*, zahtjev br. 7775/77, odluka od 5. listopada 1978.
14. *Depalle protiv Francuske*, zahtjev br. 34044/02, presuda od 29. ožujka 2010.
15. *Gabrić protiv Hrvatske*, presuda od 5. veljače 2009., zahtjev br. 9702/04
16. *Gačeša protiv Hrvatske*, zahtjev br. 43389/02, odluka od 1. travnja 2008.
17. *Gasus Dosier i Fördertechnik GmbH protiv Nizozemske*, Zahtjev br. 15375/89, presuda od 23. veljače 1995.
18. *Gogitidze i drugi protiv Gruzije*, Zahtjev br. 36862/05, presuda od 12. svibnja 2015.
19. *Gošović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 37006/13, presuda od 4. travnja 2017.
20. *Gratzinger i Gratzingerova protiv Češke*, zahtjev br. 39794/98, odluka od 10. srpnja 2002.
21. *H. protiv Belgije*, zahtjev br. 8950/80, presuda od 30. studenog 1987.
22. *Handyside protiv Ujedinjenog kraljevstva*, zahtjev br. 5493/72, presuda od 7. prosinca 1976.
23. *Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi protiv Irske*, Zahtjev br. 45036/98, presuda od 30. lipnja 2005.
24. *Holy Monasteries protiv Grčke*, 13984/88, presuda od 9. prosinca 1994.
25. *Ivanova i Cherkezov protiv Bugarske*, zahtjev br. 46577/15, presuda od 21. travnja 2016.
26. *Jahn i drugi protiv Njemačke*, zahtjevi br. 46720/99, 72203/01, 72552/01, presuda od 30. lipnja 2005.
27. *James i ostali protiv Ujedinjenog kraljevstva*, zahtjev br. 8793/79, presuda od 12. srpnja 1984.

28. *Kopecký protiv Slovačke*, Zahtjev br. 44912/98, presuda od 28. rujna 2004.
29. *Kozacioğlu protiv Turske*, zahtjev br. 2334/03, presuda od 19. veljače 2009.
30. *Kristiana Ltd. protiv Litve*, zahtjev br. 36184/13, presuda od 6. veljače 2018.
31. *Kunić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 22344/02, presuda od 11. siječnja 2007.
32. *Matas protiv Hrvatske*, zahtjev br. 40581/12, presuda od 4. listopada 2016.
33. *Mellacher protiv Austrije*, zahtjev br. 11070/84, presuda od 19. prosinca 1989.
34. *Mirošević-Anzulović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 25815/14, presuda od 4. listopada 2016.
35. *Olczak protiv Poljske*, zahtjev br. 30417/96, odluka od 7. studenog 2002.
36. *Pine Valley Developments Ltd protiv Irske*, zahtjev br. 12742/87, presuda od 29. studenog 1991.
37. *Plechanow protiv Poljske*, zahtjev br. 22279/04, presuda od 7. srpnja 2009.
38. *Potomska i Potomski protiv Poljske*, zahtjev br. 33949/05, presuda od 29. ožujka 2011.
39. *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein protiv Njemačke*, zahtjev br. 42527/98, presuda od 12. srpnja 2001.
40. *Radanović protiv Hrvatske*, presuda od 21. prosinca 2006., zahtjev br. 9056/02, presuda od 21. prosinca 2006.
41. *Radomilja i drugi protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 37685/10, 22768/12, presuda od 20. ožujka 2018.
42. *Raimondo protiv Italije*, zahtjev br. 12954/87, presuda od 22. travnja 1994.
43. *SCEA Ferme de Fresnoy protiv Francuske* zahtjev br. 61093/00, odluka od 1. prosinca 2005.
44. *Slivenko i drugi protiv Latvije* [VV], zahtjev br. 48321/99, odluka od 9. listopada 2003.
45. *Spadea i Scalabrino protiv Italije*, zahtjev br. 12868/87, presuda od 28. rujna 1995. *Nobel i drugi protiv Nizozemske*, zahtjevi br. 27126/11, 28084/12, 81046/12, 81049/12, presuda od 2. srpnja 2013.
46. *Statileo protiv Hrvatske*, Zahtjev br. 12027/10, presuda od 10. srpnja 2014.
47. *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], zahtjevi br. 65731/01 i 65900/01, odluka od 6. srpnja 2005.
48. *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*, zahtjev br. 13427/87, presuda od 9. prosinca 1994.
49. *Suljagić protiv Bosne i Hercegovine*, zahtjev br. 27912/02, presuda od 3. studenog 2009.
50. *Tilocca protiv Hrvatske*, presuda od 5. travnja 2018., zahtjev br. 40559/12, presuda od 5. travnja 2018.
51. *Tre Traktorer Aktiebolag protiv Švedske*, zahtjev br. 10873/84, presuda od 7. srpnja 1989.,
52. *Valette i Dohierier protiv Francuske*, zahtjev br. 6054/10, odluka od 29. studenog 2011.
53. *Vučak protiv Hrvatske*, zahtjev br. 889/06, presuda od 23. listopada 2008.



**Gabrijela Mihelčić\***  
**Maša Marochini Zrinski\*\***

Summary

## **TEMPORARY ADMINISTRATION OF PROPERTY IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO PEACEFUL ENJOYMENT OF PROPERTY**

In the paper, the authors analyse the institute of temporary administration of property in general, but also in selected special regimes. The first part of the paper gives an overview of the genesis of the institute, followed by its assumptions and features. The requirements required for the establishment of temporary administration of property in the national system are discussed, that is, when the owner has been asked to make certain doing which he has not done, all in relation to the protection of certain goods. Furthermore, the features of the temporary nature and limitations of the enforcement of property rights have been analysed in the light of the features of the protection of the right to peaceful enjoyment of property. The paper placed an emphasis on the third rule of the right to peaceful enjoyment of property: the control of the use of property. What has been analysed is whether temporary administration violates a fair balance, i.e. whether the restrictions imposed by the state are within its margin of appreciation and proportionate.

*Keywords: temporary administration; right to peaceful enjoyment of property; proportionality.*

Zusammenfassung

## **SEQUESTRATION DER IMMOBILIE IM LICHT DES SCHUTZES DES RECHTS AUF ACHTUNG DES EIGENTUMS**

Der Beitrag analysiert das Institut der vorläufigen Verwaltung der Immobilie bezüglich deren allgemeinen Regelung sowie auch bezüglich der ausgewählten besonderen Regelungen. Im ersten Teil des Beitrags stellt man die Genese des Instituts und seine Voraussetzungen und Eigenschaften dar. Die Anforderungen für

\* Gabrijela Mihelčić, Ph.D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; gabrijela@pravri.hr.

\*\* Maša Marochini Zrinski, Ph.D., Assistant Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; mmarochini@pravri.hr.

vorläufige Verwaltung im nationalen Recht werden hervorgehoben, beziehungsweise die Tatsache, dass man vom Eigentümer eine bestimmte Handlung in Bezug auf den Schutz bestimmter Güter verlangte, was er verweigerte. Anschließend werden die Merkmale der Vorläufigkeit und Einschränkung der Ausübung von eigentumsrechtlichen Befugnissen auf einer Sache bezüglich der Merkmale des Schutzes des Rechts auf Achtung des Eigentums analysiert. Es wird betont, dass es sich dabei um die dritte Regel über die Kontrolle der Vermögensnutzung handelt. Man versuchte festzustellen, ob manche Regelungen das gerechte Gleichgewicht zerstört haben, beziehungsweise, ob die vom Staat aufgezwungenen Beschränkungen im Rahmen des Ermessensspielraums verhältnismäßig (proportional) sind.

**Schlüsselwörter:** *vorläufige Verwaltung; das Recht auf Achtung des Eigentums; Verhältnismäßigkeit.*

Riassunto

## **IL SEQUESTRO DELL'IMMOBILE ALLA LUCE DELLA TUTELA DEL DIRITTO AL PACIFICO GODIMENTO DEL PATRIMONIO**

Le autrici nel lavoro analizzano l'istituto del sequestro di bene immobile nel regime giuridico generale ed in alcuni regimi speciali. Nella prima parte del lavoro si offre una rassegna dell'istituto giuridico, mentre nel prosieguo se ne disaminano i presupposti e le caratteristiche. Si evidenziano i requisiti necessari per il sequestro nella disciplina nazionale, ovvero che al titolare del diritto di proprietà sia richiesta una determinata azione che costui non ha posto in essere al fine di tutelare determinati beni. Di seguito vengono esaminate le caratteristiche della temporaneità e della limitazione dell'esercizio dei poteri in capo al proprietario sul bene in relazione al significato della tutela del pacifico godimento del patrimonio. Si rileva come si tratti della terza regola sul controllo dell'uso del patrimonio e s'è valutato se ciò porti ad incrinare l'equilibrio giuridico; cioè se le limitazioni imposte dallo Stato siano proporzionate.

**Parole chiave:** *sequestro; diritto al pacifico godimento del patrimonio; proporzionalità.*

## EUROPSKO PRAVO TRŽIŠNOG NATJECANJA I EKONOMIJA DIJELJENJA – ODABRANA PITANJA

Izv. prof. dr. sc. Ana Pošćić\*

UDK: 347.72.04(4)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.9>

Pr.: 25. siječnja 2019.

Ur.: 30. siječnja 2019.

Izvorni znanstveni rad

### **Sažetak**

*U radu se raspravlja o konceptu ekonomije dijeljenja za koji se smatra da zajedno s konceptom umjetne inteligencije, upravljanjem velikim nizovima podataka (big data), 3D tiskanjem čini četvrtu industrijsku revoluciju. Razvoj ekonomije dijeljenja određen je ekonomskim, sociološkim i kulturološkim čimbenicima. O konceptu ekonomije dijeljenja može se raspravljati s gledišta prava zaštite potrošača, radnih odnosa, zaštite osobnih podataka, prava tržišnog natjecanja, državnih potpora i mnogih drugih područja. Javlja se potreba za ponovnim ispitivanjem tradicionalnih koncepata u novim tržišnim okolnostima. Postojeći koncepti sve se teže mogu uklopiti u nove modele. U radu će se pokušati ukazati na utjecaj ekonomije dijeljenja na određene aspekte prava tržišnog natjecanja. Pravila o novim poslovnim modelima višestruko utječu na sve tržišne dionike. Potrebno ih je definirati i uklopiti u postojeće tržišne odnose. Koncept ekonomije dijeljenja djeluje na poduzetnike, tržišnu strukturu, način definiranja mjerodavnog tržišta te utvrđivanje eventualnih zlouporaba i ostalih kršenja pravila tržišnog natjecanja. Javlja se potreba za ponovnim propitivanjem postojećih definicija i njihovom fleksibilnijom primjenom na inovativne poslovne modele.*

**Ključne riječi:** ekonomija dijeljenja; europsko pravo; pravo tržišnog natjecanja.

### **1. UVODNA RAZMATRANJA**

Jedinstveno tržište pruža brojne mogućnosti. Ostvaruje se slobodno kretanje osoba, usluga, robe i kapitala. Brojni su pozitivni učinci na gospodarstvo Europske unije te poslovne subjekte. Potrošači imaju slobodu izbora velikog broja proizvoda po nižim cijenama. Jedinstveno tržište jedno je od najvećih dostignuća Europske unije. Bez obzira na to što je prošlo više od dvadeset godina od uspostave jedinstvenog tržišta, postupak još nije u potpunosti završen. U pojedinim područjima i dalje su prisutne prepreke koje sprječavaju da se ostvare u potpunosti svi potencijali tržišta.

\* Dr. sc. Ana Pošćić, izvanredna profesorica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; aposcic@pravri.hr.

Kako bi čim više potaknula na daljnje ukidanje prepreka, Europska komisija je usvojila nekoliko dokumenta, Single Market Act iz 2011.,<sup>1</sup> Single Market Act II<sup>2</sup> iz 2012. te 2015. Strategiju za jedinstveno tržište.<sup>3</sup> Iako je riječ o neobvezujućim dokumentima oni su koristan pokazatelj prioriteta razmišljanja Komisije. Tako Europska komisija stavlja naglasak na: otvaranje novih mogućnosti potrošačima, profesionalcima i poslovnim subjektima, poticanju modernizacije te stvaranje preduvjeta za njezinu praktičnu primjenu.<sup>4</sup>

Komisija nastoji omogućiti i olakšati profesionalnim subjektima, ali i svim drugim korisnicima primjenu novih poslovnih modela na jedinstvenom tržištu. Jedan od modela o kojem se u posljednje vrijeme raspravlja je koncept ekonomije dijeljenja. Kako ističe Schwab ekonomija dijeljenja zajedno s konceptom umjetne inteligencije, upravljanjem velikim nizovima podataka (*big data*), 3D tiskanjem čini četvrtu industrijsku revoluciju.<sup>5</sup>

O konceptu ekonomije dijeljenja može se raspravljati s gledišta prava zaštite potrošača, radnih odnosa, zaštite osobnih podataka, prava tržišnog natjecanja, državnih potpora i mnogih drugih područja. Javlja se potreba za ponovnim ispitivanjem tradicionalnih koncepata u novim tržišnim okolnostima. Postojeći koncepti sve se teže mogu uklopiti u nove modele. U radu će se pokušati ukazati na utjecaj ekonomije dijeljenja na određene aspekte prava tržišnog natjecanja. Međutim, zbog boljeg razumijevanja ponajprije je nužno definirati i objasniti koncept ekonomije dijeljenja.

## 2. ODREĐIVANJE POJMA EKONOMIJE DIJELJENJA

Posljednjih godina koncept ekonomije dijeljenja dobiva sve više na važnosti. Često se koriste pojmovi: *sharing economy*, *collaborative economy*, *collaborative consumption*, *peer-to-peer economy*, *access economy*, *gig economy*, *on-demand economy* i *we-economy*.<sup>6</sup> Većina se pojmova koristi naizmjenično, premda ih u

- 1 Ovaj rad izrađen je u okviru projekta „Pravni aspekti digitalne transformacije društva“, financiranog od strane Sveučilišta u Rijeci, uniri-drustv-18-252.  
Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Single Market Act Twelve levers to boost growth and strengthen confidence, “Working together to create new growth”, COM/2011/0206 final.
- 2 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Single Market Act II, Together for new growth, COM/2012/0573 final.
- 3 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business, COM/2015/0550 final.
- 4 Loc. cit.
- 5 Schwab, K., *The Fourth Industrial Revolution: What it Means and How to Respond*, Foreign Affairs, 12. prosinca 2015., dostupno na: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-12-12/fourth-industrial-revolution>, 21. prosinca 2018.
- 6 Vidjeti Bodiroga-Vukobrat, N., Pošćić, A., Martinović, A., *Making a Living in the “Gig” Economy: Last Resort or a Reliable Alternative*, Europeanization and Globalization, vol. 4., Transnational, European, and National Labour Relations, Flexicurity and New Economy, uredili: Sander, G. G., Tomljenović, V., Bodiroga-Vukobrat, N., Heidelberg, Springer, 2018.,

doktrini neki od autora razlikuju.<sup>7</sup>

Ideja razmjene dobara i usluga odavno je poznata. Model razmjene s vremenom prerasta osobne kontakte i okvire lokalne zajednice. Počinje se primjenjivati globalno. Ovim se konceptom „preskaču“ postojeći ekonomski posrednici, te kako Böckmann navodi, riječ je o modelu koji je napredovao od prakse unutar zajednice u profitabilni poslovni model.<sup>8</sup>

Koncept mijenja tradicionalno poimanje prava vlasništva i pravnih odnosa. Temelj je na privremenoj uporabi robe ili usluga koje pružaju privatni subjekti. Najvažniji element je osigurati pristup tržištu. Konceptom se uvode novi i do sada nedovoljno istraženi subjekti na tržište. Jedan od njih su platforme za suradnju koje koordiniraju interakciju i razmjenu dobara i usluga među privatnim subjektima ili profesionalnim pružateljima usluga. One olakšavaju transakcije i povezuju pružatelje usluga i njihove korisnike. Na novonastale okolnosti upozorava i Europska komisija koja naglašava kako postoji dovoljno prostora za inovativne poslovne modele, ali upozorava na potencijalne izazove tradicionalnim poslovnim modelima i utvrđenim pravnim pravilima.<sup>9</sup>

Razvoj ekonomije dijeljenja uvjetovan je ekonomskim, sociološkim i kulturološkim čimbenicima. Tehnološki razvoj omogućio je razvoj inovativnoga poslovnog modela. Urbanizacija i visoka koncentracija stanovništva stvorila je kritičnu masu ponude i potražnje. Ekonomija dijeljenja temelji se na međusobnoj razmjeni i ponovnoj uporabi. Time svakako pridonosi razvijanju svjesnosti zaštite okoliša i promicanju održivog razvoja. Omogućava i povezivanje različitih osoba te utječe na razvijanje međusobne interakcije. Kao posljednje, ali ne i manje važno je što se ovim modelom uspješno umanjuje stopa nezaposlenosti.<sup>10</sup>

Koncept ekonomije dijeljenja temelji se na četiri osnovna stupa.<sup>11</sup> Prvi stup uključuje platforme suradnje. Poslovni modeli ekonomije dijeljenja koriste platforme suradnje koje omogućavaju međusobnu interakciju tri kategorije subjekata: privatnih ili profesionalnih pružatelja usluga, korisnika usluga i posrednika koji putem internetskih platformi povezuju pružatelje usluga i korisnike.<sup>12</sup> Drugi stup obuhvaća

---

str. 59-71.

- 7 Hatzopoulos navodi kako je pojam *collaborative economy* širi od pojma *sharing economy*. Hatzopoulos, V., *The Collaborative Economy and EU law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2018., str. 4 i 5.
- 8 Vidjeti Böckmann, M., *The Shared Economy: It is time to start caring about sharing; value creating factors in the shared economy*, 2013., dostupno na: <https://docplayer.net/55818476-The-shared-economy-it-is-time-to-start-caring-about-sharing-value-creating-factors-in-the-shared-economy.html>, 15. prosinca 2018.
- 9 Vidjeti *Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business*, COM/2015/0550 final.
- 10 Hatzopoulos, V., Roma, S., *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, *Common Market Law Review*, vol. 54, 1/2017., str. 82. i dalje.
- 11 O tome PricewaterhouseCoopers LLP, *Consumer Intelligence Series: The Sharing Economy* PwC 2015., dostupno na: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/library/consumer-intelligence-series/sharing-economy.html>, 11. studenog 2016.
- 12 *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the*

pravne odnose gdje ne dolazi do promjene vlasništva. Temelj je omogućiti pristup dobrima i uslugu. Treći se stup odnosi na socijalni element, pri čemu su dionici u intenzivnijoj socijalnoj interakciji negoli u tradicionalnim pravnim odnosima. Posljednji stup sagledava subjektivnu percepciju potrošača. Zadovoljan potrošač koji ima povjerenje u proizvod i može ga jednostavno upotrebljavati utječe na stvaranje, tzv. „platforme iskustva“.<sup>13</sup>

Poteškoća je u osiguranju jasnog i prikladnoga poslovnog okruženja kako bi koristi postale vidljive i materijalizirane. Važnost ekonomije dijeljenja naglašava i Strategija za jedinstveno digitalno tržište<sup>14</sup> u kontekstu djelovanja platformi suradnje te Europski program za ekonomiju suradnje iz 2016. godine<sup>15</sup>

Veliki je broj prednosti novoga modela. Učinkovitije se koriste vještine i imovina, povećava se produktivnost, pri čemu potrošač na raspolaganju ima veći izbor proizvoda i usluga. Prema statističkim podacima, 68 % odraslih je voljno dijeliti ili iznajmljivati dobra uz određenu novčanu naknadu.<sup>16</sup> Međutim, poteškoća je u tomu na koji način primijeniti postojeća pravila na subjekte koji usvajaju kolaborativne modele. Stoga je i veliki broj otvorenih pitanja.

Područje ekonomije dijeljenja obuhvaća veliki broj različitih sektora. Prvi se put pojavio 1999. godine u Sjedinjenim Američkim Državama osnivanjem *Couchsurfing*a, koji je u početku bio neprofitna organizacija koja je pokušala spojiti ljude željne povoljnog putovanja.<sup>17</sup> Danas je najpoznatiji *Uber* koji organizira usluge prijevoza i *Airbnb* koji omogućava kratkoročno iznajmljivanje smještaja. Pored sektora transporta i smještaja, koncept ekonomije dijeljenja pronalazi svoje mjesto i u sektoru radnih odnosa, financijskih usluga (npr. *crowdfunding*) te u posljednje vrijeme energetike i zdravstvenih usluga.<sup>18</sup> Zbog toga se otvara veliki broj pravnih, ekonomskih, ali i socijalnih nedoumica.<sup>19</sup>

U Europskom programu za ekonomiju suradnje koncept se definira kao: poslovni model u kojem se aktivnosti olakšavaju putem platformi suradnje, čime se omogućuje slobodno tržište za povremenu uporabu robe ili usluga koje najčešće pružaju privatne osobe. Kada se govori o ekonomiji dijeljenja moguće je govoriti o tri vrsta dionika: (1.) pružatelji usluga koji dijele dobra, resurse, vrijeme i/ili vještine pri čemu mogu biti privatne osobe koje povremeno nude usluge ili profesionalni pružatelji usluga; (2.) korisnici prethodnih usluga i (3.) posrednici koji putem internetskih platformi

---

collaborative economy, COM/2016/356 final, str. 3.

13 Pricewaterhouse Coopers LLP, Consumer Intelligence Series: The Sharing Economy PwC 2015., str. 15.

14 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, COM/2015/0192 final.

15 Vidjeti A European agenda for the collaborative economy, COM/2016/356 final.

16 King P. S., Sharing Economy: What Challenges for Competition Law?, Journal of European Competition Law & Practice, vol. 6., 10/2015., str. 729.

17 Hatzopoulos, V., Roma, S., op. cit., str. 83.

18 Hatzopoulos, V., op. cit., str. 14. i dalje.

19 Vidjeti Busch, C., i dr., The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law, Journal of European Consumer and Market Law, 1/2016., str. 3-10.

povezuju prethodne dvije kategorije i olakšavaju međusobne transakcije.<sup>20</sup>

U ovom poslovnom modelu najčešće je riječ o uzajamnom pružanju usluga pojedinca (*peer-to-peer*) gdje osoba koja nudi dobra ili usluge nije profesionalni pružatelj usluga. Zbog toga je teško jasno povući granicu između pružatelja usluga, zaposlenika, samozaposlene osobe i profesionalnoga pružatelja usluga. U posljednje vrijeme sve se više koristi pojam *prosumer*.<sup>21</sup>

To otvara veliki broj pitanja na koja tek treba pronaći odgovore. Poduzetnici koji žele poslovati u okviru ekonomije dijeljenja ulaze na tržišta na kojima postoje uobičajeni pružatelji usluga. U tom kontekstu može se javiti problem pristupa tržištu. Temeljna ideja je dopustiti pristup tržištu pod istim uvjetima kao i dosadašnjim pružateljima usluga osim ako nije riječ o javnom interesu koji je potrebno štiti. Drugim riječima, zahtjevi za pružatelje usluga moraju biti opravdani i proporcionalni, pri čemu će se uzeti u obzir specifičnost i inovativnost određenih poslovnih modela. Važno je analizirati radnopravna pitanja, porezna pitanja, pitanja administrativnih odobrenja, postupovna pitanja, pitanja prava tržišnog natjecanja i zaštite potrošača.

### **3. UTJECAJ EKONOMIJE DIJELJENJA NA TRŽIŠNO NATJECANJE**

Pravila o novim poslovnim modelima višestruko utječu na sve tržišne dionike. Potrebno ih je definirati i pokušati uklopiti u postojeće tržišne odnose. Koncept ekonomije dijeljenja višestruko utječe na poduzetnike, tržišnu strukturu, način definiranja mjerodavnog tržišta te utvrđivanje eventualnih zlouporaba i ostalih kršenja pravila tržišnog natjecanja. U doktrini se ističe nekoliko pitanja koja se mogu pojaviti u kontekstu ekonomije dijeljenja. Prije svega riječ je njihovoj disruptivnoj ulozi i odnosu s konceptom platformi, višestranim tržištima, očekivanim mrežnim učincima na tržište, uporabi kompleksnih algoritama te višestrukosti novih međusobnih odnosa koji odstupaju od tradicionalnih poslovnih modela.<sup>22</sup> U pravu tržišnog natjecanja najveći dio pojmova tumači se praksom Europske komisije i Suda Europske unije. Novi poslovni modeli koji se pojavljuju s ekonomijom dijeljenja i njihove implikacije na tržišno natjecanje nisu do sada sustavno uzimani u obzir. Može se postaviti i pitanje jesu li postojeće definicije primjenjive na nove odnose i dionike.

Pravilima tržišnog natjecanja oštro se sankcioniraju bilo kakve situacije kršenja članka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje UFEU).<sup>23</sup> Komisija zabranjuje sklapanje zabranjenih sporazuma, kao i zlouporabu vladajućeg položaja, kojom se ostalim poduzetnicima sprječava ulazak na tržište. S razvojem ekonomije dijeljenja nastaju nove situacije i potencijalna kršenja pravila pravičnog i učinkovitoga tržišnog natjecanja. Kako bi uopće pokušali vidjeti je li došlo do kršenja pravila

20 A European agenda for the collaborative economy, COM/2016/356 final, str. 3.

21 Pojam je prvi put upotrijebio američki futurolog Alvin Toffler u svoje djelu „The Third Wave”, New York, Bantam, 1980.

22 Hatzopoulos, V., op. cit., str. 103.

23 Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, SL C 202, 7. 6. 2016., str. 1–388.

tržišnog natjecanja važno je utvrditi na koga se ona sve primjenjuju. Pritom je nužno i definirati pojam poduzetnika. Riječ je o prvom kriteriju za primjenu članka 101. i 102. UFEU. Ako se ne dokaže postojanje poduzetnika tada se prestaje s daljnjim ispitivanjem.

U nastavku će se ukratko prikazati način određivanja pojma poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja i pokušati utvrditi je li dosadašnji način razmišljanja Komisije i Suda Europske unije primjenjiv na subjekte u ekonomiji dijeljenja.

#### 4. POJAM PODUZETNIKA

Pojam poduzetnika<sup>24</sup> nije definiran u UFEU te on svoje značenje dobiva kroz sudsku praksu. U presudi *Höfner* pojam poduzetnika određuje se kao: „svaki subjekt uključen u gospodarsku djelatnost bez obzira na pravni status i način financiranja“.<sup>25</sup> Svaka se situacija samostalno procjenjuje s obzirom na činjenice i specifičnosti pojedinog slučaja. Europska komisija razlikuje poduzetnika u smislu pravila tržišnog natjecanja i poduzetnika u okviru trgovačkog ili poreznog prava.<sup>26</sup> Definicija je vrlo široko utvrđena kako bi „pokrila“ široki spektar mogućih djelatnosti. Svaki subjekt koji je uključen u gospodarsku djelatnost bez obzira na pravni status, način financiranja i namjeru ili činjenicu ostvarivanja dobiti smatrat će se poduzetnikom. Riječ je o funkcionalnom pristupu gdje se pažnja usmjerava isključivo na aktivnost određenog subjekta, pritom uzimajući u obzir sveukupnost svih činjenica i gospodarskih okolnosti određenog slučaja.<sup>27</sup>

Subjekti mogu biti aktivni sudionici raznih djelatnosti, pri čemu ne moraju sve biti gospodarskoga karaktera. Zbog toga se jedan aspekt djelatnosti može smatrati poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja, dok drugi može biti izvan polja primjene.<sup>28</sup> Prethodno može biti važno za subjekte koji sudjeluju u poslovnim

24 O problemima pri određivanju pojma poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja vidjeti Wouter, P.J. W., *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, vol. 25., 2000., str. 99-115., Pošćić, A., *Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29., 2/2008., str. 917-939., Szydło, M., *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an “Undertaking” in Competition Law*, *World Competition*, vol. 33., 4/2010., str. 549-568.

25 Presuda od 23. travnja 1991., *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, C-41/90, EU:C:1991:01979., točka 21. Vidjeti Mancero-Bucheli, G., *Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47., 1/1998., str. 149-173.

26 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 – Polypropylene), SL L 230, 18. 08. 1986., str. 1-66., točka 99.

27 Cerovac, M., *Pojam poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja*, *Hrvatska pravna revija*, 10/2005., str. 63.

28 Opći pravobranitelj je u mišljenju na predmet od 25. listopada 2001., *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, EU:C:2001:577 smatrao kako je koncept poduzetnika relativan te se pravni subjekt može smatrati poduzetnikom u smislu određenih djelatnosti, dok ostale mogu biti izvan pravila tržišnog natjecanja. Djelatnosti koje subjekti vrše u okviru javne vlasti su izvan primjene pravila tržišnog natjecanja bez obzira na to što je riječ o ekonomskim djelatnostima.



modelima ekonomije dijeljenja.

Prema definiciji nužno je dokazati postojanje tri elementa: poduzetnik mora nuditi dobra ili usluge na tržištu, snositi ekonomski ili financijski rizik i imati mogućnost ostvarivanja dobiti.<sup>29</sup>

Prvim je kriterijem potrebno utvrditi je li subjekt aktivni sudionik u prometu roba ili usluga na tržištu. Subjekt mora biti samostalan na tržištu te se potrošači<sup>30</sup> i zaposlenici<sup>31</sup> neće smatrati poduzetnicima.

Drugim je kriterijem važno utvrditi snosi li poduzetnik neki oblik ekonomskog ili financijskog rizika. Ako poduzetnik djeluje na tržištu na kojem nudi dobra i usluge, pri čemu snosi financijski rizik, logično je da želi ostvariti određenu dobiti. Dovoljno će biti dokazati mogućnost postizanja dobiti, pri čemu neće biti važno ostvaruje li doista dobit i koji su motivi iza njega.<sup>32</sup> Sud je jasno naveo kako činjenica da je određeno tijelo neprofitabilno ne utječe na gospodarski karakter djelatnosti. Tako je u jednom predmetu neprofitna organizacija upravljala sustavom dodatnoga mirovinskog osiguranja koje je poslovalo u skladu s načelom kapitalizacije.<sup>33</sup> Nadalje, u prije spomenutom predmetu *Höfner* bila je riječ o tijelu koje se bavilo posredovanjem pri zapošljavanju, gdje je Sud zaključio kako tijelo ima mogućnost postizanja profita i samim time se smatra poduzetnikom.<sup>34</sup>

U nastavku će se, uzimajući u obzir način na koji Komisija i sudovi tumače pojedine kriterije, pokušati vidjeti mogu li se ti kriteriji primijeniti na subjekte u ekonomiji dijeljenja. Važno je naglasiti kako se prema sudskoj praksi poduzetnikom smatraju i pojedinci, a što je iznimno važno za područje ekonomije dijeljenja.

Za utvrđivanje pojma poduzetnik potrebno je utvrditi sudjeluju li subjekti na tržištu, snose li ekonomski i financijski rizik poslovanja te mogu li razumno očekivati ostvarivanje dobiti. Subjekt mora obavljati gospodarsku djelatnost.

U ekonomiji dijeljenja razlikuju se dvije velike skupine aktivnosti. Jedna skupina obuhvaća opskrbu robom ili uslugama krajnjih korisnika. Druga skupina

29 Odudu, O., *The Boundaries of EC Competition Law, the Scope of Article 81.*, Oxford, Oxford University Press, 2006., str. 26.

30 U europskom pravu pod potrošačem se uglavnom smatraju osobe koje nabavljaju robu ili usluge izvan svoje profesionalne djelatnosti. Oni su pasivna stranka na tržištu te se na njih neće primjenjivati pojam poduzetnika. Međutim, ako kupuju dobra ili usluge koje koriste u svojim daljnjim djelatnostima na tržištu, smatrat će se poduzetnikom. Bitno je utvrditi daljnju namjenu ili svrhu kupljene robe ili pribavljenih usluga. Šoljan, V., *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, Zagreb, Ibis grafika, 2004., str. 129.

31 Pravila tržišnog natjecanja se također ne odnose na zaposlenike. Oni ne obavljaju djelatnosti karakteristične poduzetnicima.

32 Vidjeti presudu od 29. listopada 1980., *Heintz van Landewyck SARL i dr. v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti 209 do 215 i 218/78, EU:1980:03125. U toj presudi bila je riječ o zahtjevu za poništenje odluke Komisije koju je donijela protiv neprofitnoga belgijskog i nizozemskog udruženja proizvođača duhana.

33 Presuda od 16. studenog 1995., *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-244/94, EU:C:1995:4013, točka 21.

34 Presuda od 23. travnja 1991., *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, C-41/90, EU:C:1991:01979.

uključuje posredovanje u procesu ponude i potražnje. Pružatelji usluga koji nude dobra ili usluge mogu biti privatne osobe koje usluge nude na povremenoj osnovi ili profesionalni pružatelji usluga. Do sada u pravu EU-a nije nigdje precizno utvrđeno kada pojedinac postaje profesionalni pružatelj usluga. Prema Direktivi o uslugama na unutarnjem tržištu<sup>35</sup> pružatelj usluga definira se kao svaka fizička ili pravna osoba koja nudi bilo koju samostalnu gospodarsku djelatnost koja se obično obavlja uz naknadu. Prema toj definiciji sve gospodarske djelatnosti bile bi obuhvaćene pravilima iz Direktive. Stoga je važno na razini Europske unije usvojiti neke zajedničke kriterije za određivanje razlike među profesionalnim i povremenim pružateljima usluga. Jedan od kriterija mogao bi biti pruža li se usluga uz naknadu ili se samo nadoknađuju troškovi pružatelja usluga.

Posredovanje u postupku ponude i potražnje najčešće obavljaju platforme. Platforme pružaju uslugu koja se obično daje uz naknadu, na daljinu, elektroničkim sredstvima te na osobni zahtjev primatelja usluga.<sup>36</sup> Najčešće je riječ o uslugama informacijskog društva. Međutim, platforme mogu pored usluga informacijskog društva, dakle posredničkih usluga, nuditi i druge pozadinske usluge<sup>37</sup> (primjerice usluge prijevoza ili najma). One uglavnom imaju ulogu spajanja ponude i potražnje. Prema članku 57. UFEU-a one se smatraju pružateljima usluga.

Dakle, moguće je govoriti o dvije vrste gospodarskih usluga: usluga posredovanja i pružanje pozadinske usluge. Ako bi se platforme mogle razdvojiti od pružatelja usluga te ako zadovolje sve kriterije iz definicije pojma poduzetnik, tada se može govoriti o dva odvojena poduzetnika. Međutim, stvarnost i brojnost poslovnih modela najčešće ne omogućavaju jednostavno i jasno razlikovanje.

Svaki je slučaj specifičan i zahtijeva odvojeno promatranje. Komisija je predložila nekoliko kriterija koji bi mogli pomoći u razlikovanju. Zajedničko im je utvrditi stupanj kontrole koje platforma ostvaruje u odnosu na pružatelja usluga. Prema Komisiji, jedan bi od kriterija mogao biti određuje li platforma konačnu cijenu koju mora platiti primatelj pozadinske usluge ili samo preporučuje cijenu. Također jedan od pokazatelja može biti i činjenica propisuje li platforma i druge ugovorne odredbe, odnosno posjeduje li vlasništvo nad ključnim sredstvima koja se upotrebljavaju za pružanje pozadinskih usluga.<sup>38</sup> Jedan od pokazatelja će biti i međusobni ugovorni odnos platforme i pružatelja usluga. Pored nabrojanih kriterija i drugi elementi mogu ukazivati na činjenicu da platforma pored usluge informacijskog društva pruža i neke druge usluge. Većina platformi ipak nema u svojem vlasništvu imovinu i pružaju isključivo usluge informacijskog društva. Prethodna definicija Komisije prati *pro-sharing* pristup prema kojem, ako platforme sudjeluju i u pružanju usluga tada će

35 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, SL L 376, 27. 12. 2006, str. 36–68., čl. 4.

36 Prema čl. 2. točka a) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), SL L 178, 17. 07. 2000., str. 1-16.

37 Engleski pojam je *underlying service*. U hrvatskim tekstovima pojam se prevodi kao pozadinska usluga te će se u nastavku koristiti taj pojam.

38 A European agenda for the collaborative economy, COM/2016/356 final, str. 6.

morati udovoljiti regulatornim zahtjevima na nacionalnoj razini i razini Europske unije. Vrijednost platforme procjenjuje se na temelju tzv. očekivanih mrežnih učinaka, gdje vrijednost usluge raste s većim brojem korisnika.<sup>39</sup>

Nema dvojbi da ako svaki od prethodnih subjekta pružaju odvojene usluge, smatrat će se poduzetnicima u smislu prava tržišnog natjecanja. Najjednostavnija je situacija kada platforme i pojedinci obavljaju različite odvojene aktivnosti.<sup>40</sup> Najčešće je riječ o nabavi robe ili usluga i uslugama posredovanja za koje su zadužene platforme. Prethodno se može jasno vidjeti na primjeru *Ubera* ili *Airbnba*. Svaki od njih djeluje na temelju različitih poslovnih modela.

Kada je riječ o *Uberu* postoje dvije mogućnosti. Prva je opcija definirati *Uber* samo kao društvo koje se bavi uslugom transporta, a druga je sagledati *Uber* kao subjekt koji isključivo nudi usluge posredovanja. U prvoj situaciji *Uber* nudi usluge prijevoza, ali i posredovanja kao jedan poduzetnik. U drugoj situaciji ako nudi samo usluge posredovanja tada bi se jedinim poduzetnikom smatrao subjekt koji vrši usluge posredovanja, a drugim poduzetnikom svi *Uberovi* vozači koji vrše usluge prijevoza. S tim je pitanjem bio suočen i Sud nakon što mu je španjolski sud uputio prethodno pitanje kako definirati *Uber* u svjetlu novoga regulatornog modela.<sup>41</sup> Budući da Direktiva o uslugama na unutarnjem tržištu iz svoje primjene isključuje usluge prijevoza postavlja se pitanje treba li djelatnost posredovanja između posjednika vozila i osobe koja ima potrebu kretati se unutar jednoga grada, koju *Uber* obavlja naplatno upravljajući informatičkim alatima koji omogućavaju njegovo povezivanje, smatrati djelatnošću prijevoza ili je treba smatrati uslugom posredovanja u elektroničkom obliku. Ono što je Sud morao utvrditi je hoće li se ovdje primijeniti Direktiva ili je riječ o iznimki jer je riječ o društvu koje samo olakšava uslugu transporta s pomoću informacijske tehnologije. Pomalo iznenađujuće, ali vrlo pragmatično Sud je utvrdio kako se prema dostupnim podacima *Uberova* usluga posredovanja temelji na odabiru vozača koji se prijevozom ne bave profesionalno i koji se koriste svojim vlastitim vozilom te kojima to društvo stavlja na raspolaganje aplikaciju bez koje, s jedne strane, ti vozači ne bi mogli pružati usluge prijevoza i, s druge, osobe koje žele obaviti gradski prijevoz ne bi imale pristup uslugama tih vozača. Povrh toga, *Uber* ima odlučujući utjecaj na uvjete pod kojima ti vozači pružaju uslugu.<sup>42</sup> Sud je utvrdio kako usluga posredovanja čini sastavni dio ukupne usluge čiji je glavni element usluga prijevoza te se ne može klasificirati kao usluga informacijskog društva već kao usluga u području prijevoza.

Prema mišljenju autora Sud je time vješto izbjegao primjenu osnovnih postulata temeljenih gospodarskih sloboda. Naime, da je Sud utvrdio kako *Uber* vrši usluge informacijske tehnologije tada bi ulazio u polje primjene Direktive o uslugama, odnosno posljedično prava UFEU-a o pravu na poslovni nastan i slobodu pružanju

39 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe, COM/2016/288 final.

40 Lougher, G., Kalmanowicz, S., EU Competition Law in the Sharing Economy, *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7., 2/2016., str. 87-102.

41 Presuda od 20. prosinca 2017., *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL*, C-434/15, EU:C:2017:981.

42 *Uber Spain*, točka 39.

usluga. Međutim, kao što je navedeno Sud je uslugu klasificirao kao uslugu u području prijevoza te time ta usluga nije podvrgnuta Direktivi o uslugama koja ju izričito isključuje. Sloboda pružanja usluga u području prometa uređena je odredbama glave koji se odnose na promet.<sup>43</sup> *Uber* obavlja usluge kao i drugi taksi vozači, odnosno uslugu prijevoza i uslugu posrednika. Time će se zajedno s ostalim svojim vozačima smatrati jedinstvenim poduzetnikom te njihovi međusobni odnosi neće biti predmetom pravila tržišnog natjecanja.

S druge strane, *Airbnb* je subjekt koji pruža usluge koje prije njega nije nitko obavljao na tržištu. On samo povezuje osobe koje žele iznajmiti svoje smještajne kapacitete sa zainteresiranim subjektima. *Airbnb* nema u vlasništvu imovinu, ne određuje cijene i ima jednostavna pravila u pravnom reguliranju pravnog odnosa gosta i vlasnika nekretnine za iznajmljivanje. Za sada vrši samo posredničku ulogu. On je posrednik za pružanje usluga. S vremenom čini se kako bi *Airbnb* sve više mogao preuzeti kontrolu nad iznajmljivačima. Postoji usluga *Airbnb hosts* koja pruža i usluge smještaja. Što će utjecaj *Airbnb* rasti, sve će veća vjerojatnost biti da će se *Airbnb* i iznajmljivači smatrati jedinstvenim poduzetnikom.<sup>44</sup>

Ostali kriterijima je potrebno dokazati snosi li poduzetnik rizik svojeg poslovanja i ima li mogućnost ostvarivanja profita. Kad je riječ o riziku, pružatelji usluga u ekonomiji dijeljenja najčešće koriste svoju imovinu i sredstva za obavljanje aktivnosti. Drugim riječima, definitivno snose pravne i ekonomske rizike i žele ostvariti određene koristi.

Važno je napomenuti još jednu činjenicu zbog koje je važno precizirati je li riječ o jednom ili više poduzetnika na mjerodavnom tržištu. Ako se utvrdi kako je riječ o dva neovisna poduzetnika tada njihovi sporazumi mogu biti predmetom analize članka 101. UFEU-a. U pravu tržišnog natjecanja treba jasno razlikovati usklađena ponašanja ili koordinirana međusobna ponašanja između dva neovisna poduzetnika ili okolnosti kada postoje dva ili više ekonomska subjekta koji su pravno neovisni i koji s ekonomskog gledišta nastupaju zajednički na određenom tržištu, ali nemaju mogućnost vođenja samostalne politike. Posljednje se u pravu tržišnog natjecanja definira kroz koncept ekonomskog jedinstva.<sup>45</sup> Riječ je o poduzetnicima koji su dio ekonomskog subjekta u kojem se provodi jednoznačna politika. Oni čine jedan ekonomski subjekt te zajedno i solidarno odgovaraju. Važno je pokazati kako među njima postoje takve ekonomske veze koje su dovoljne za utvrđivanje jedinstvenosti ekonomskog subjekta.<sup>46</sup> Treba razlikovati situacije paralelnog postupanja poduzetnika

43 Svoj je stav Sud potvrdio i u predmetu *Uber France* (presuda od 10. travnja 2018., *Criminal proceedings against Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221).

44 Zanimljivo je vidjeti što će odlučiti Sud u prethodnom postupku koji je pokrenuo Tribunal de grande instance de Paris, u kojem pita potpadaju li usluge koje u Francuskoj društvo *Airbnb Ireland UC* putem elektroničke platforme pruža iz Irske pod slobodu pružanja usluga iz članka 3. Direktive o elektroničkoj trgovini (*Criminal proceedings against YA and AIRBNB Ireland UC*, SL C 294, 20. 8. 2018.). O tome više vidjeti: Bodiroga-Vukobrat, N., Pošćić, A., Martinović, A., "Old Economy" Restrictions in the Digital Market for Services, *InterEuLawEast*, vol. V., 2/2018., str. 169-188.

45 Vidjeti Pošćić, A., op. cit., str. 934.

46 Više vidjeti Pecotić, J., *Zajednički vladajući položaj u novijoj sudskoj praksi sudova EZ*, *Pravo i pravica*, 6/2003., str. 65-67.

od situacija kada subjekt nema mogućnost vođenja samostalne politike.

Zbog svega prethodnog čini se kako je svaki slučaj samostalan i različit s obzirom na pojedine činjenice. Važno je odrediti poduzetnika i vidjeti može li se u konkretnom slučaju primijeniti koncept jedinstvenoga sveukupnog poduzetnika ili je riječ o neovisnim poduzetnicima. Važno je vidjeti bi li se prethodnim kriterijima mogli platforma i pružatelj usluga u ekonomiji dijeljenja smatrati jednim jedinstvenim gospodarskim subjektom. S druge strane, svaki je slučaj specifičan i zahtijeva odvojeno promatranje. Pravila tržišnog natjecanja primjenjuju se na neovisnog poduzetnika. Stoga će svim subjektima, uključenim u ispitivanje eventualnih povreda prava tržišnog natjecanja, biti u interesu dokazati kako oni nisu samostalni poduzetnici.

Preslikano na koncept ekonomije dijeljenja nužno je utvrditi sljedeće. Najprije treba vidjeti kakav je njihov međusobni poslovni model i koje su međusobne ugovorne obveze. Potrebno je ispitati koji je stupanj samostalnosti pružatelja usluga u odnosu na platformu, koje rizike snosi pružatelj usluga, kao i koji je stupanj nadzora platforme u odnosu na pružatelja usluge. Također je važno ispitati pravni odnos između pružatelja usluge i platforme, platforme i potrošača, kao i pružatelja usluge i potrošača.

Može se postaviti pitanje zašto je toliko važno utvrditi koji to poduzetnik nudi dobra ili usluge i jesu li platforme i pružatelji usluga subjekti jednoga jedinstvenog koncepta poduzetnika. Najčešće su pojedinac koji dobavlja dobra ili usluge i platforma uključeni u različite ekonomske aktivnosti i smatraju se odvojenim poduzetnicima. Važno je utvrditi jer to je prvi korak u procjenjivanju kršenja pravila tržišnog natjecanja, jer ako nije riječ o poduzetniku, tada se članci 101. i 102. UFEU-a ne primjenjuju. Jedinstveni koncept poduzetnika bi se primijenio kada bi, primjerice, dobavljači bili samo zaposlenici ili agenti platforme. Tada se oni ne smatraju samostalnim poduzetnicima. Problem kod ekonomije dijeljenja je što dobavljači mogu nuditi svoje usluge istodobno na više različitih platformi. Riječ je o odvojenim ekonomskim aktivnostima između samostalnih poduzetnika. Ako se poduzetnici tako klasificiraju tada njihovi sporazumi ili ponašanja mogu biti ispitivani u kontekstu članaka 101. i 102. UFEU-a. Zbog toga će biti zanimljivo vidjeti stajalište Komisije, koja je najvažniji regulator u pravu tržišnog natjecanja, kada bude morala procjenjivati o tim situacijama.

## **5. MJERODAVNO TRŽIŠTE**

Određivanjem mjerodavnog tržišta određuju se okolnosti u kojima bi tržišna utakmica mogla biti ugrožena. Riječ je o prvom koraku i nužnoj pretpostavci u procjenjivanju slučaja koji narušava ili bi mogao narušiti tržišno natjecanje. Nakon toga, utvrđuje se tržišna snaga poduzetnika te se uz ostale čimbenike utvrđuje je li poduzetnik zlorabio vladajući položaj ili je možda došlo do sklapanja nedopuštenih sporazuma među poduzetnicima. Time se propituju pitanja konkurentnosti na način što se određuju zamjenski proizvodi koji su kompetitivna ograničenja na proizvode ili usluge poduzetnika čije se ponašanje procjenjuje.

U europskom pravu tržišnog natjecanja načela u određivanju mjerodavnog tržišta mogu se pronaći u praksi Komisije i Suda. Sud naglašava važnost određivanja

mjerodavnog tržišta: „Mogućnosti konkurencije se mogu ispitivati u kontekstu tržišta kojeg čine svi proizvodi koji obzirom na svoje karakteristike su podobni za zadovoljavanje stalnih potreba i do ograničenog stupnja su međusobno zamjenjivi s ostalim proizvodima.“<sup>47</sup>

Mjerodavno tržište uključuje proizvodni, geografski i vremenski aspekt. Najvažnija je definicija tržišta u smislu proizvoda i geografskog područja. Proizvodni aspekt tržišta su oni proizvodi ili usluge koji stvaraju kompetitivni pritisak na proizvode ili usluge koje proizvode ili pružaju stranke pod istragom.<sup>48</sup> Geografski aspekt razmatra područje u kojem poduzetnici razmjenjuju dobra ili usluge, u kojem su uvjeti natjecanja homogeni te ih je moguće razlikovati u odnosu na susjedna područja.<sup>49</sup>

Iako se u praksi često ne uzima u obzir, vremenski kriterij također može biti važan. Svi aspekti tržišta čine jednu cjelinu.<sup>50</sup> Komisija je objavila Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta u svrhu provedbe prava tržišnog natjecanja Unije.<sup>51</sup> Namjera je bila dati neki okvir za regulatore, ali i poduzetnike.

Komisija u Obavijesti određuje mjerodavno tržište proizvoda kao ono koje obuhvaća sve one proizvode i/ili usluge koje potrošač smatra zamjenjivim ili nadomjestivim s obzirom na karakteristike proizvoda, njihove cijene i namjenu.<sup>52</sup> Ispituje se stupanj međusobne zamjenjivosti, objektivne karakteristike proizvoda te stavovi potrošača.<sup>53</sup> Mjerodavno geografsko tržište obuhvaća područje na kojemu su dotična trgovačka društva uključena u ponudu i potražnju proizvoda ili usluga, na kojem su uvjeti tržišnog natjecanja dovoljno ujednačeni i koje se može razlikovati od susjednih područja jer su uvjeti tržišnog natjecanja znatno različiti u tim područjima.<sup>54</sup>

Kompetitivna ograničenja koja utječu na ponašanje poduzetnika mogu proizlaziti iz zamjenjivosti na strani potražnje. Pritom se pokušava odgovoriti na pitanje hoće li se potrošači uslijed povećanja cijena prebaciti na druge proizvode

47 Presuda od 21. veljače 1973., *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, 6-72, EU:C:1973:215., točka 32., kao i presuda od 11. prosinca 1980., *NV L'Oréal and SA L'Oréal v. PVBA "De Nieuwe AMCK"*, 31/80, EU:C:1980:3775., točka 25.

48 Bishop, S., Walker, M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet and Maxwell, 2002., str. 89.

49 Streeb, A., *Market Definitions in the new European Regulatory Framework for Electronic Communications*, 2003., str. 31., dostupno na: <http://www.emeraldinsight.com/Insight/ViewContentServlet?jsessionid=C8CD4B6FC70D05FBC77B39EC80370DF9?Filename=Published/EmeraldFullTextArticle/Articles/2720050303.html>, 13. listopada 2017.

50 Bishop, S., Walker, M., op. cit., str. 89.

51 Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, SL C 372, 9. 12. 1997., str. 5-13. Više vidjeti Kokkoris, I., *The concept of market definition and the SSNIP test in the merger appraisal*, *European Competition Law Review*, vol. 26., 4/2005., str. 209-214.

52 Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, točka 7.

53 Vaughan, D. i dr., *EU Competition Law: General Principles*, Richmond Law & Tax Ltd., Richmond, 2006. str. 119.

54 Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, točka 8.

ili dobavljače u drugim regijama.<sup>55</sup> Ne smije se zanemariti i zamjenjivost na strani ponude. Ona se procjenjuje na temelju sposobnosti proizvođača sličnih proizvoda da proizvedu potencijalno monopolizirani proizvod.<sup>56</sup> Promatra se mogu li proizvođači odgovoriti na male, ali stalne promjene relativnih cijena i to tako što će prebaciti svoje proizvodne kapacitete u kratkom razdoblju i bez znatnih dodatnih troškova i rizika na monopolizirane proizvode. Troškovi moraju biti neznatni ili ih uopće ne smije biti, jer tek tada će zamjena na strani ponude biti jednaka ograničenjima na strani zamjenjivosti potražnje.

U svom ispitivanju Komisija uglavnom uzima u obzir zamjenske proizvode, stajališta potrošača, ostalih tržišnih takmaca te troškove prebacivanja.

Osim prethodnih, ograničenje se konkurencije eventualno uzima u obzir u nekoj narednoj etapi i to uglavnom nakon što je već utvrđen položaj trgovačkih društava uključenih u dotično tržište i kada takav položaj izaziva zabrinutost sa stajališta tržišnog natjecanja.<sup>57</sup>

Ako se prethodno pokuša primijeniti na poslovne modele koji se javljaju u ekonomiji dijeljenja tada se mogu uočiti neke posebnosti. Moguće je govoriti o mjerodavnom tržištu koje obuhvaća posredovanje putem platformi suradnje i o mjerodavnom tržištu koje obuhvaća pozadinsku uslugu.

Prethodno je bilo govora o platformama koje imaju dvostruku ulogu. One su prije svega u ulozi posrednika između ponude i potražnje, odnosno olakšavaju dobavu pojedincima, dok s druge strane, nude usluge traženja i posredovanja korisnicima. Upravo zbog toga se postavlja pitanje je li riječ o dva odvojena tržišta ili je riječ o jednom mjerodavnom tržištu. Komisija kada je ispitala koncentraciju u predmetu *Travel/Worldspan*<sup>58</sup> utvrdila je kako dvostrano tržište čini jedno mjerodavno tržište. Dvostrano tržište je ono tržište u kojem poduzetnik prodaje dva različita proizvoda ili usluga dvjema različitim grupama potrošača i svjestan je da što više prodaje jednoj grupi raste potražnja druge grupe i obrnuto. Poduzetnik nastupa kao platforma koja povezuje različite neovisne grupe potrošača i time generira određene vrijednosti za barem jednu grupu koji inače u uobičajenim okolnostima ne bi mogli ostvariti te vrijednosti. Riječ je o situaciji prema kojoj ako više prodavatelja koristi određenu platformu, ona je kvalitetnija za kupce. Riječ je o pozitivnim stranama za potrošače. Moguće su i neke dvojbe s aspekta tržišnog natjecanja. Kupac će imati veće koristi ako se pridruži platformi koja okuplja veći broj prodavatelja. Platforma želi privući veliki broj kupaca koji će opet biti motivirani pristupiti platformi koja ima veliki broj prodavatelja. Problem je u jačanju vladajućeg položaja platformi koje time mogu biti u znatnoj prednosti u odnosu na nove poduzetnike koji žele ući na tržište. Ako jedna platforma ima dominantan položaj od početka razvoja tržišta, tada će vrlo

55 Ibid., točka 13.

56 Horak, H., Definicija mjerodavnog tržišta u pravu konkurencije Europske zajednice, Računovodstvo i financije, 12/2003., str. 158.

57 Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, točka 24.

58 2007/781/EC: Commission Decision of 21 August 2007 declaring a concentration compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case COMP/M.4523 — *Travelport/Worldspan*), SL L 314, 1.12.2007., str. 21-28.

vjerojatno zadržati taj položaj i kasnije kada se pojave novi konkurenti. Očekivani mrežni učinci tipični su za digitalne platforme. Govori se o pozitivnim neposrednim mrežnim učincima.<sup>59</sup> Dakle, vrijednost proizvoda ili usluge raste kako se povećava broj korisnika proizvoda ili usluga.

Kada je riječ o definiranju tržišta koje uključuje platforme tada je teško dati jednoznačni odgovor. U buduću će se morati uzeti u obzir obje strane tržišta jer se u suprotnom javlja opasnost preuskog određivanja tržišta. Dvostrano tržište mora uključivati dvije ili više grupe korisnika koji su povezani, odnosno koordinirani te među njima postoji posrednik. U određivanju tržišta pokušava se otkriti postoje li određeni kompetitivni pritisci drugih poduzetnika koji nude slične usluge na tradicionalni način.

U slučaju *Ubera* moglo bi se govoriti o tržištu posredovanja u sektoru prometa ili u slučaju *AirbnB* posredovanja u smještaju. S obzirom na veliki broj različitih usluga i raznih poslovnih modela ponekad situacija nije tako jednostavna. Pitanje je jesu li platforme suradnje i tradicionalni posrednici isto tržište. Primjerice, čine li *AirbnB* i turističke agencije isto mjerodavno tržište. Također na primjeru *Ubera* se može zapitati djeluje li *Uber* na istom tržištu kao i ostali taksi operateri i dispečerski centri.<sup>60</sup> Potrebno je sagledati postoji li zamjenjivost na strani potražnje. Test koji je regulatorima na raspolaganju je, tzv. hipotetski monopolistički test ili SSNIP test.<sup>61</sup> Njime se pokušava odgovoriti na pitanje hoće li doći do promjena zbog malog, ali znatnog i trajnog povećanja cijena. Ispituju se reakcije potrošača na povećanje cijena te je li to hipotetskom monopolistu profitabilno. Međutim, ovdje se može vidjeti nedostatak ovog modela jer on se odnosi na jednostrana tradicionalna tržišta. Uputno je koliko će se ovaj test moći primijeniti na kolaborativne platforme. Za primjenu ovoga testa uzima se u obzir povećanje cijena jednog proizvoda. Kako je ovdje riječ o dvostranim tržištima s dvije strane ponude upitno je koja se cijena uzima u obzir. Nadalje, profitabilnost koje strane bi se trebala uzeti u obzir s obzirom na mrežne učinke? Test se također ne može primijeniti na tržišta koja usluge pružaju besplatno, odnosno ne uzima u obzir i druge vrijednosti koje danas poprimaju sve više na važnosti, kao što su upravljanje velikim nizovima podataka.<sup>62</sup> Ovaj se test uglavnom temelji na elastičnosti cijena. Međutim, uočavaju se i drugi važni elementi. Pri određivanju mjerodavnog tržišta potrebno je uzeti u obzir specifičnost usluge, namjeravanu uporabu, razliku u cijenama te preferencije potrošača. Ono što će otežati određivanje tržišta je činjenica kako platforme pružaju usluge u različitim sektorima.

59 Hatzopoulos, V., op. cit., str. 10.

60 Ibid., str. 112.

61 Test je preuzet iz US Merger Guidelines (Smjernice o horizontalnim spajanjima). Kratica SSNIP znači *small but significant non – transitory increase in price*. Test pokušava pronaći odgovor na pitanje bi li potrošači počeli kupovati druge proizvode ili se prebacili na isporučitelje na drugim lokacijama u slučaju hipotetskog, ali trajnog povećanja cijena. Ispituje se je li hipotetičkom monopolistu isplativo povećanje cijena od 5 do 10 % odnosno elastičnost potražnje za nekim dobrom. Ona će ovisiti o lakoći zamjenjivosti toga proizvoda ili usluge za druge proizvode ili usluge. O tome Pošćić, A., *Europsko pravo tržišnog natjecanja i interesi potrošača*, Zagreb, Narodne novine, 2014., str. 157.

62 Hatzopoulos, V., op. cit., str. 113. i 114.



U određivanju mjerodavnog tržišta za pozadinske usluge osnovna je dvojba treba li u mjerodavno tržište uključiti i tradicionalne usluge. Teško je dati jednoznačni odgovor jer će se analiza morati raditi od slučaja do slučaja.

Tržište se ubrzano razvija i postojeća pravila više nisu dostatna. Postojeće definicije će biti nužno ponovno ispitati te primijeniti na nove tržišne okolnosti. U dosadašnja procjenjivanja tržišta bit će potrebno uključiti i nove elemente, kao što su kvaliteta, povjerenje korisnika, namjeravana uporaba, ali i element inovativnosti.<sup>63</sup>

## 6. VLADAJUĆI POLOŽAJ

U segmentu ekonomije dijeljenja javljaju se poduzetnici sa značajnom tržišnom snagom. Prema pravilima tržišnog natjecanja vladajući položaj nije zabranjen već isključivo njegova zloruporaba. Za regulatore je iznimno važno utvrditi zauzima li poduzetnik vladajući položaj na određenom tržištu. Dakle, vladajući položaj poduzetnika može se procjenjivati samo u kontekstu određenog tržišta. Praksa Komisije i Suda najprije je odrediti tržište na kojem poduzetnik djeluje, a tek onda utvrđivati položaj poduzetnika na njemu. Ovo će posebno biti zanimljivo u području ekonomije dijeljenja, ako se tržište vrlo usko definira. Kako bi se vladajući položaj utvrdio, u obzir se uzimaju svi elementi za dokazivanje tržišne snage poduzetnika.

Kako se nigdje u UFEU ne određuje pojam vladajućeg položaja, Komisija i sudovi ga tumače samostalno. Tako Sud u presudi *United Brands* određuje: „Vladajući položaj u smislu članka 102. odnosi se na položaj ekonomske moći koju uživa poduzetnik, a koje mu omogućava spriječiti učinkovitu tržišnu utakmicu na mjerodavnom tržištu čime postiže moć nezavisnog ponašanja u odnosu na konkurente, klijente i u konačnici potrošače.”<sup>64</sup> Jones i Suffrin ističu kako je temeljno dokazati nezavisnost poduzetnika i mogućnosti kontroliranja cijena.<sup>65</sup> Zbog svog položaja poduzetnik se na mjerodavnom tržištu može ponašati neovisno o konkurenciji, potrošaču, kupcu ili dobavljaču. Neovisnost može proizaći, ili iz činjenice što na tržištu uopće nema konkurenata, ili poduzetnik posjeduje takvu tržišnu snagu koja je značajno veća od ostale konkurencije. Zbog svoje neovisnosti poduzetnik sa značajnom tržišnom snagom može povisiti cijene iznad svojega graničnog troška i zbog toga neće trpjeti gubitke.<sup>66</sup>

Glavni, iako ne odlučujući čimbenik u utvrđivanju vladajućega položaja udjel je poduzetnika na tržištu. Za razliku od tradicionalnih tržišta, u sektoru ekonomije dijeljenja postoje inovativni elementi koji bi mogli biti važni. Temeljno načelo ovih tržišta su već spomenuti očekivani neposredni i posredni mrežni učinci. Drugim riječima, tržište je koncipirano na način po kojem će najučinkovitiji poduzetnik „privući“ najveći broj sudionika i tako marginalizirati ostale. Tržišni udjel poduzetnika jača i upravljanjem velikim nizovima podataka. Istražujući dosadašnje odluke Komisije

63 Ibid., str. 120. i dalje.

64 Presuda od 14. veljače 1978., *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities*, 27/76, EU:C:1978:207, točka 65.

65 Jones, A., Suffrin, B., *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004., str. 262.

66 Šoljan, V., *Zloruporaba vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, doktorska disertacija, Zagreb, 2001., str. 157.

čini se kako se do sada ovaj element nije uzimao u obzir. Pojam koji se sve više u tom kontekstu pojavljuje je *freemium*, odnosno riječ je o ustupanju osobnih podataka u zamjenu za slobodan pristup platformi.<sup>67</sup> U tom bi smislu se moglo raspravljati o tome jesu li podatci sredstvo plaćanja s obzirom na to da se do sada dosta prigovaralo Komisiji da zanemaruje ekonomske analize u svojim ispitivanjima, sada bi se moglo dodatno govoriti o potrebi uključivanja tehnološkog pristupa u analize.

Zaključno, kao i u prethodnim poglavljima bit će nužno fleksibilnije interpretirati postojeće modele. U procjeni tržišne snage ne trebalo ići u krajnosti s obzirom na to da bi se to moglo negativno odraziti na inovativnost, dinamičnost tržišta te motiviranost platformi u daljnjem razvoju novih i naprednijih poslovnih modela.

## **7. POSTUPANJA ZABRANJENA ČLANCIMA 101. I 102. UFEU-A**

S obzirom na nove poslovne odnose važno je ispitati koje su moguća kršenja članka 101. i 102. UFEU-a. U nastavku će se ukazati na neke od mogućih situacija.

Temeljno načelo slobodnog tržišta načelo je slobodnog ugovaranja. Međutim, zabranjuju se zajednička djelovanja poduzetnika koja štete postojećem ili potencijalnom tržišnom natjecanju. Prema članku 101. UFEU-a zabranjuju se svi sporazumi i druga koluzivna djelovanja među poduzetnicima koji ograničavaju tržišno natjecanje i utječu na trgovinu među državama članicama. Zabranjene sporazume uvijek je teže prepoznati i spriječiti za razliku od monopola. U većini slučajeva riječ je o tajnim sporazumima, usklađenim djelovanjima ili različitim oblicima koluzije. Njima se nastoji ostale tržišne natjecatelje isključiti s tržišta čime im se otvara mogućnost povisivanja cijena i ostvarivanja dodatne dobiti.

Pravilima tržišnog natjecanja zabranjuju se sporazumi među poduzetnicima koji su stvarni ili potencijalni konkurenti bez obzira na to djeluju li na istoj razini proizvodnje (horizontalni sporazumi) ili na različitim razinama (vertikalni sporazumi). Komisija i sudovi koncept sporazuma primjenjuju vrlo ekstenzivno kako poduzetnici ne bi različitim oblicima dogovora zaobišli primjenu članka 101. i samim time ništetnost sporazuma.<sup>68</sup>

Iako je Komisija u svojim odlukama ispitivala različite situacije mogućih zabranjenih sporazuma, u segmentu ekonomije su moguće i neke nove. Bit će potrebno ispitivati sporazume među platformama. Platforme često koriste kompleksne algoritme za određivanje ili praćenja cijena koje se prilagođavaju tržištu. U tom smislu neće pomoći tradicionalni koncepti. Sud je davno u predmetu *Bayer* napisao kako „koncept sporazuma u smislu članka 85. stavka 1. Ugovora o EZ, kako se interpretira u sudskoj praksi, usmjerava se na postojanje volje među najmanje dvije strane, pri čemu je oblik u kojem se manifestira nevažan.”<sup>69</sup> Dakle, za primjenu članka 101., bitno je utvrditi postojanje volje stranaka, pri čemu je nevažno smatra li se sporazum ugovorom

67 Hatzopoulos, V., op. cit., str. 122.

68 Pošćić, A., Zabranjeni sporazumi u europskom pravu tržišnog natjecanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32., 1/2011., str. 332.

69 Presuda od 26. listopada 2000., *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, T-41/96, EU:T:2000:3383, točka 69.

po nacionalnom pravu, je li pravno obvezujući i je li pisani ili usmeni. Nužno je utvrditi istinsku namjeru stranaka i činjenicu primjenjuju li njegove odredbe.<sup>70</sup> Bit će iznimno teško utvrditi postojanje namjere za sklapanja sporazuma. Upravo zbog toga u doktrini se sugerira kako bi za dokazivanje zabranjenog sporazuma moglo biti dovoljno dokazati neposrednu namjeru. Autor smatra kako ne treba svaku situaciju prikupljanja podataka smatrati eventualnim korakom ka zabranjenim kartelima. Uporaba matematičkih modela može pomoći u predviđanju trendova u određivanju cijena ili samo nadzirati i prikupljati podatke. U tom smislu, zanimljiv je govor Margarethe Vestager koja upozorava na uporabu algoritma u politici određivanja cijena i eventualnim kartelima. Upozorava poduzetnike koji, ako se odluče koristiti računalne modele, moraju biti svjesni mogućih posljedica.<sup>71</sup>

Nerijetki su i vertikalni sporazumi između platforme i dobavljača. Međutim, ne smije se zaboraviti činjenica kako su upravo zbog ovih sporazuma ostvarene znatne prednosti za potrošače te nove mogućnosti zapošljavanja. Ako se i utvrdi postojanje ovih sporazuma na njih bi se eventualno mogla primijeniti iznimka iz članka 101. st. 3. UFEU. Prema stavku 3. svaki se sporazum može izuzeti ako pridonosi poboljšanju proizvodnje, ili distribuciju robe, ili promicanju tehničkog, ili gospodarskog napretka, pri čemu omogućava potrošačima pravedan udjel u nastaloj koristi te koji poduzetnicima ne nameće ograničenja koja nisu neophodna za postizanje prethodnih ciljeva i ne uklanja konkurenciju u pogledu značajnog dijela proizvoda u pitanju. Uspoređuju se i „važu” negativni i pozitivni učinci sporazuma. Ovim stavkom omogućava se ostavljanje na snazi sporazuma koji pridonosi produktivnoj učinkovitosti. Platforme će se najčešće pojaviti u ulozi facilitatora koluzije. Sud je u predmetu *Treuhand*<sup>72</sup> naveo kako se platforme mogu smatrati odgovornim za ponašanje koje omogućava ostalima koordinirati svoje ponašanje i olakšati koluziju, čak i neovisno o tomu što one od toga nemaju neposredne koristi.

Prethodno je dosta bilo govora o tržišnoj snazi „novih poduzetnika“ pri čemu je već istaknuto kako vladajući položaj nije zabranjen, već njegova zlouporaba. Prema članku 102. UFEU-a svaka zlouporaba vladajućeg položaja od jednog ili više poduzetnika na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena je kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi se moglo utjecati na trgovinu među državama članicama. Nadalje u istom se članku navode primjeri mogućih zlouporaba. Vladajući položaj može generirati određene prednosti za potrošače. Jedan od mogućih primjera je prikupljanje velikoga broja podataka o potrošačima, čime bi se eventualno mogli približiti situaciji savršenog tržišnog natjecanja. Naravno da je riječ o idealnom modelu koji u stvarnosti nije moguć. Takva bi situacija bila ona u kojoj ne bi bilo prepreka ulasku novih konkurenata kada bi postojao veliki broj kupaca i prodavatelja, proizvodi bi bili međusobno homogeni, a svi kupci i prodavači u potpunosti bi

70 Pošćić, A., *Zabranjeni...* cit., str. 331.

71 Govor Margrethe Vestager, *Algorithms and competition*, “18<sup>th</sup> Conference on Competition”, Berlin, 16. ožujka 2017., dostupno na: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en), 7. siječnja 2019.

72 Presuda od 22. listopada 2015., *AC-Treuhand AG v European Commission*, C-194/14 P, EU:C:2015:717.

raspolagali svim informacijama pri čemu ne postoje transakcijski troškovi te niti jedan prodavatelj ne zauzima značajniji položaj na tržištu i ne može sam utjecati na cijenu proizvoda.<sup>73</sup>

U sektoru ekonomije dijeljenja moguća je situacija da poduzetnik uvjetuje sklapanja ugovora prihvaćanjem dodatnih obveza koje po svojoj prirodi ili trgovačkoj praksi nemaju nikakve veze s predmetom ugovora. Riječ je o vezanim poslovima. Takvi poslovi negativno utječu na tržišno natjecanje. Ne postoje jedinstvena pravila kojima bi se unaprijed mogle predvidjeti sve inačice mogućih situacija i njihov negativni utjecaj na tržišno natjecanje. Skoro je nemoguće naći zajedničke parametre koji će pokazati jesu li drugi poduzetnici spriječeni prodavati vezane proizvode, kao i mogu li se opravdati pozivanjem na trgovačke običaje.<sup>74</sup> Svaki je slučaj različit i potrebno ga je procjenjivati zasebno.

Poduzetnik koji zauzima vladajući položaj na jednom tržištu, dok na drugom na kojem ne zauzima vladajući položaj nastoji podići prepreke kako bi spriječio ulazak ostalim poduzetnicima, nastoji „preliti” moć s jednog tržišta na drugo, odnosno proširiti svoj vladajući položaj na drugo tržište čime će samostalno određivati cijene. Platforme pored pozadinske usluge mogu nuditi i veliki broj drugih vezanih usluga. O tomu je dosta bilo govora u predmetu *Google* u kojem je Komisija navela kako potrošači mogu koristiti određene aplikacije ne zbog kvalitete već zbog jednostavnijeg pristupa.<sup>75</sup>

S obzirom na jačanje tržišne snage pojedinih dionika u ekonomiji dijeljenja poduzetnici mogu doći u iskušenje zlorabiti svoj vladajući položaj. Čini se kako će u skoroj budućnosti Komisija i sudovi morati ispitivati moguće zlorabe članka 102. UFEU-a. U primjeni članka 102. postoji bogata praksa i veliki broj *soft-law* dokumenata te se može zaključiti kako će postojeći mehanizmi biti dostatni ako se budu primjenjivali na fleksibilniji način.

## 8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pravilima tržišnog natjecanja nužno je postaviti određene okvire poštujući osnovne postulate slobodnog tržišta. Potrebno je držati tržište otvorenim kako ne bi isključivo jedan poduzetnik imao značajnu tržišnu snagu. S obzirom na to da vladajući položaj nije zabranjen, poduzetnike s značajnom tržišnom snagom je važno pratiti kako ne bi negativno utjecali na tržišnu strukturu. Nužno je postojeća pravila na novi način interpretirati u svjetlu inovativnih poslovnih modela. Bilo bi poželjno da u tom smislu Komisija objavi detaljnija pravila i tumačenja. Dok god je tržište

73 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 6.

74 Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2004., str. 140.

75 Europska komisija izrekla je *Googleu* novčanu kaznu u iznosu od 4.34 milijardi eura zbog kršenja protumonopolskih pravila EU-a. Prema odluci, *Google* od 2011. godine nameće nezakonita ograničenja proizvođačima uređaja s operativnim sustavom Android i pružateljima usluga pokretne mreže kako bi učvrstio svoj vladajući položaj na tržištu općeg internetskog pretraživanja. Europska komisija – priopćenje za tisak dostupno na: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4581\\_hr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_hr.htm), 7. siječnja 2019.

otvoreno te postoji mogućnost inovacija nije niti potrebna prevelika intervencija u tržište. Pretjerana intervencija može se negativno odraziti na ekonomski i tehnološki razvoj. Pravo tržišnog natjecanja je prije svega usmjereno na slobodu samostalnog odlučivanja.

Regulatori u Europi moraju se odlučiti koji će pristup zauzeti u ekonomiji dijeljenja. Čini se kako će pitanja koncentracija biti prvi test u kojem će morati dati određene odgovore. Ono o čemu nije bilo puno govora, jest činjenica zaštite osobnih podataka i zaštita potrošača. Ova bi dva pitanja mogla postati ključna u ispitivanju eventualnih povreda.

Javlja se dvojba je li uopće potrebno regulirati područje ekonomije dijeljenja ili ga prepustiti tržištu. S obzirom na ubrzani razvoj platformi i usluga koje one pružaju pitanje je kojom bi brzinom određena pravna pravila gubila na aktualnosti. Poznato je kako pravna pravila uvijek kasne za razvojem i inovacijama. Regulatori će morati primjenjivati postojeće modele, ali biti vrlo oprezni ne zaboravljajući činjenicu kako je riječ o brzo rastućem tehnološkom tržištu. Ukoliko se tržište preregulira, tada se mogu spriječiti novi ulasci, a s druge strane to bi moglo dovesti do vezivanja kupca za samo jednog poduzetnika. Doktrina zagovara „više tehnološki pristup“. Spominje se termin *smart regulation*, po kojem je potrebna nova interpretacija postojećih modela.<sup>76</sup> Propisi ne bi trebali biti prepreka, već bi trebali biti podrška daljnjem razvoju i napretku. U tom smislu se može govoriti kako je došlo do promjene paradigme. Više nisu toliko u fokusu zaštita potrošača, kvaliteta proizvoda, već dostupnost proizvoda, niska cijena i iskustva dijeljenja.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci:*

1. Bishop, Simon, Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet and Maxwell, 2002.
2. Böckmann, Marco, *The Shared Economy: It is time to start caring about sharing; value creating factors in the shared economy*, 2013., dostupno na: <https://docplayer.net/55818476-The-shared-economy-it-is-time-to-start-caring-about-sharing-value-creating-factors-in-the-shared-economy.html>, 15. prosinca 2018.
3. Bodiroga-Vukobrat, Nada, Pošćić, Ana, Martinović, Adrijana, "Old Economy" Restrictions in the Digital Market for Services, *InterEuLawEast*, vol. V., 2/2018., str. 169-188.
4. Bodiroga-Vukobrat, Nada, Pošćić, Ana, Martinović, Adrijana, *Making a Living in the "Gig" Economy: Last Resort or a Reliable Alternative*, *Europeanization and Globalization*, vol. 4., Transnational, European, and National Labour Relations, Flexicurity and New Economy, uredili: Gerald G. Sander, Vesna Tomljenović, Nada Bodiroga-Vukobrat, Heidelberg, Springer, 2018., str. 59-71.
5. Cerovac, Mladen, *Pojam poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja*, *Hrvatska pravna revija*, 10/2005., str. 60-70.
6. Christoph Busch i dr., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law*, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1/2016., str. 3-10.

<sup>76</sup> O tome Podszun, R., Kreifels, S., *Digital Platforms and Competition Law*, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5., 1/2016., str. 33-39.

7. Hatzopoulos, Vassilis, Roma, Sofia, Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law, *Common Market Law Review*, vol. 54., 1/2017., str. 81-127.
8. Hatzopoulos, Vassilis, *The Collaborative Economy and EU law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2018.
9. Horak, Hana, Definicija mjerodavnog tržišta u pravu konkurencije Europske zajednice, *Računovodstvo i financije*, br. 12/2003., str. 157-159.
10. Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
11. King P. Stephen, Sharing Economy: What Challenges for Competition Law?, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6., 10/2015., str. 729-734.
12. Kokkoris, Ioannis, The concept of market definition and the SSNIP test in the merger appraisal, *European Competition Law Review*, vol. 26., 4/2005., str. 209-214.
13. Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.
14. Lougher, Guy, Kalmanowicz, Sammy, *EU Competition Law in the Sharing Economy*, *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7., 2/2016., str. 87-102.
15. Mancero-Bucheli, Gabriela, *Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47., 1/1998.
16. Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law, the Scope of Article 81*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
17. Pecotić, Jasminka, Zajednički vladajući položaj u novijoj sudskoj praksi sudova EZ, *Pravo i porezi*, 6/2003., str. 65-67.
18. Poščić, Ana, *Europsko pravo tržišnog natjecanja i interesi potrošača*, Zagreb, Narodne novine, 2014.
19. Poščić, Ana, Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29., 2/2008., str. 917-939.
20. Poščić, Ana, Zabranjeni sporazumi u europskom pravu tržišnog natjecanja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, 1/2011., str. 319-350.
21. Ruprecht Podszun, Stephan Kreifels, *Digital Platforms and Competition Law*, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5., 1/2016., str. 33-39.
22. Schwab, Klaus, *The Fourth Industrial Revolution: What it Means and How to Respond*, *Foreign Affairs*, 12. prosinca 2015., dostupno na: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-12-12/fourth-industrial-revolution>, 21. prosinca 2018.
23. Streeel, Alexandre, *Market Definitions in the new European Regulatory Framework for Electronic Communications*, 2003., dostupno na: <http://www.emeraldinsight.com/Insight/ViewContentServlet;jsessionid=C8CD4B6FC70D05FBC77B39EC80370DF9?Filename=Published/EmeraldFullTextArticle/Articles/2720050303.html>, 13. listopada 2017.
24. Szydło, Marek, *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an "Undertaking" in Competition Law*, *World Competition*, vol. 33., 4/2010., str. 549-568.
25. Šoljan, Vedran, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, Zagreb, Ibis grafika, 2004.
26. Šoljan, Vedran, *Zlouporaba vladajućeg položaja u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, doktorska disertacija, Zagreb, 2001.
27. Toffler, Alvin, *The Third Wave*, New York, Bantam, 1980.
28. Vaughan, David i dr., *EU Competition Law: General Principles*, Richmond, Richmond Law & Tax Ltd., 2006.
29. Wouter, P.J., Wils, *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, vol. 25., 2000., str. 99-115.

*Pravni izvori:*

1. Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, SL C 372, 9. 12. 1997., str. 5-13.
2. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe, COM/2016/288 final.
3. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy, COM/2016/356 final.
4. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, COM/2015/0192 final.
5. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business, COM/2015/0550 final.
6. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Single Market Act II, Together for new growth, COM/2012/0573 final.
7. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Single Market Act Twelve levers to boost growth and strengthen confidence, “Working together to create new growth”, COM/2011/0206 final.
8. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), *SL L 178, 17. 07. 2000., str. 1-16.*
9. Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *SL L 376, 27. 12. 2006, str. 36-68.*
10. Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, *SL C 202, 7. 6. 2016, str. 1-388.*

*Sudska praksa:*

*Presude Suda Europske unije:*

1. *AC-Treuhand AG v. European Commission*, C-194/14 P, EU:C:2015:717
2. *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, EU:C:2001:577
3. *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain*, SL, C-434/15, EU:C:2017:981
4. *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, T-41/96, EU:T:2000:3383
5. *Criminal proceedings against Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221
6. *Criminal proceedings against YA and AIRBNB Ireland* UC, SL C 294, 20. 8. 2018
7. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, 6/72, EU:C:1973:215
8. *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-244/94, EU:C:1995:4013
9. *Heintz van Landewyck SARL i dr. v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti 209 do 215 i 218/78, EU:1980:03125
10. *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, C-41/90, EU:C:1991:01979
11. *NV L'Oréal and SA L'Oréal v. PVBA “De Nieuwe AMCK”*, 31/80, EU:C:1980:3775
12. *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities*, 27/76, EU:C:1978:207

*Odluke Europske komisije:*

1. 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 - Polypropylene), SL L 230, 18. 08. 1986., str. 1-66.
2. 2007/781/EC: Commission Decision of 21 August 2007 declaring a concentration compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case COMP/M.4523-Travelport/Worldspan), SL L 314, 1. 12. 2007., str. 21-28.

*Vrela s interneta:*

1. Europska komisija – priopćenje za javnost , dostupno na: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4581\\_hr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_hr.htm), 7. siječnja 2019.
2. PricewaterhouseCoopers LLP, Consumer Intelligence Series: The Sharing Economy PwC 2015., dostupno na: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/library/consumer-intelligence-series/sharing-economy.html>, 11. studenog 2016.
3. Vestager, Margrethe, Algorithms and competition, “18<sup>th</sup> Conference on Competition”, Berlin, 16. ožujka 2017., dostupno na: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en), 7. siječnja 2019.



**Ana Pošćić\***

Summary

## **EUROPEAN COMPETITION LAW AND SHARING ECONOMY – SELECTED ISSUES**

This paper discusses the concept of sharing economy, which is at the centre of the fourth industrial revolution, together with artificial intelligence, big data and 3D printing. The development of sharing economy has been determined by economic, social and cultural factors. The concept of sharing economy can be discussed from the view of consumer protection law, employment law, personal data protection, competition law, state aid and other areas. There is a necessity to re-evaluate traditional concepts in the new market circumstances. The existing concepts can hardly fit in the new models. This paper will try to specify the influence of the sharing economy on certain competition law issues. Rules about new business models have multiple effects on all market participants. Sharing economy affects undertakings, market structure, definition of the relevant market as well as finding of potential abuses and other competition law infringements. There is a need for reconsideration of existing definitions and their flexible application to innovative business models.

**Keywords:** *sharing economy; European law; competition law.*

Zusammenfassung

## **EU-WETTBEWERBSRECHT UND ÖKONOMIE DES TEILENS – AUSGEWÄHLTE FRAGEN**

Der Beitrag bespricht den Begriff der Ökonomie des Teilens, welche zusammen mit künstlicher Intelligenz, Big-Data-Management und 3-D-Druck die Merkmale der Vierten Industriellen Revolution darstellt. Die Entwicklung des Begriffs der Ökonomie des Teilens ist durch ökonomische, soziologische und kulturelle Faktoren bestimmt. Den Begriff kann man aus der Perspektive des Verbraucherschutzes, der Arbeitsverhältnisse, des Schutzes personenbezogener Daten, des Wettbewerbsrechtes, der staatlichen Beihilfen und anderer Bereiche besprechen. Es besteht das Bedürfnis, traditionelle Begriffe in neuen Marktumständen erneut zu überprüfen. Bestehende Begriffe sind immer schwerer an neue Modelle anzupassen. Dieser Beitrag versucht, den Einfluss der Ökonomie des Teilens auf bestimmte Aspekte des Wettbewerbsrechts

---

\* Ana Pošćić, Ph.D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; aposcic@pravri.hr.

anzusprechen. Die Regeln über neue Geschäftsmodelle üben mehrfachen Einfluss auf alle Marktbeteiligten. Deshalb ist es notwendig, sie zu definieren und an bestehende Marktverhältnisse anzupassen. Der Begriff der Ökonomie des Teilens übt Einfluss auf Unternehmer, Marktstruktur, die Definierung des relevanten Marktes sowie auch auf die Feststellung eventueller Missbräuche und anderer Verletzungen der Regeln des Wettbewerbsrechts. Deshalb muss man die bestehenden Definitionen erneut überprüfen und sie auf innovative Geschäftsmodelle flexibel anwenden.

*Schlüsselwörter:* *Ökonomie des Teilens; Europäisches Recht; Wettbewerbsrecht.*

Riassunto

## **IL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA E LA SHARE ECONOMY – TEMI SCELTI**

Nel lavoro si dibatte del concetto di *share economy*, il quale insieme al concetto di intelligenza artificiale, alla gestione di grandi sequenze di dati (*big data*) ed alla stampa in 3D, si ritiene dia luogo alla quarta rivoluzione industriale. Lo sviluppo della *share economy* è determinato da fattori economici, sociologici e culturali. Del concetto di *share economy* si può discutere nell'ambito del diritto dei consumatori, dei rapporti di lavoro, della tutela dei dati personali, del diritto della concorrenza, degli aiuti di stato come in molti altri ambiti. Emerge l'esigenza di interrogarsi nuovamente sui concetti tradizionali nelle mutate circostanze del mercato. Le concezioni esistenti sempre più difficilmente riescono ad adeguarsi ai nuovi modelli. Con il presente lavoro si proverà a dimostrare l'influenza della *share economy* su alcuni aspetti del diritto della concorrenza. Le regole concernenti tali nuovi modelli influiscono in più modi su tutti i soggetti presenti sul mercato. Si rende necessario definirle ed integrarle nei rapporti esistenti sul mercato. Il concetto di *share economy* influenza gli imprenditori e la struttura del mercato; altresì il modo di definire il mercato e di individuare eventuali abusi ed altre violazioni delle regole concorrenziali. Si manifesta la necessità di ripensare le definizioni esistenti e l'eventualità di farne un uso più flessibile in presenza di modelli di mercato più innovativi.

*Parole chiave:* *share economy; diritto europeo; diritto della concorrenza.*

## ANTIHEREZA DE LEGE FERENDA

Dr. sc. Ines Matić, univ. spec. crim.\*  
Izv. prof. dr. sc. Anamari Petranović\*\*

UDK: 347.455.01(37)  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.10>  
Ur.: 9. siječnja 2019.  
Pr.: 8. ožujka 2019.  
Izvorni znanstveni rad

### Sažetak

Hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima člankom 329., stavkom 1., zabranjuje hipotekarnom vjerovniku posjedovanje i upotrebljavanje nekretnine koja je predmet hipoteke, uključujući i ubiranje plodova ili drugih koristi, propisujući stavkom 2. istoga članka kako je ništetna odredba kojom bi se ugovorilo suprotno. Ovom odredbom hrvatski zakonodavac zabranio je *pactum antichreticum*, dok antihrezu kao samostalni ugovor hrvatsko zakonodavstvo uopće ne poznaje. Cilj je ovoga rada ispitati potencijalne prednosti reguliranja instituta antihreze i/ili *pactum antichreticum* u hrvatskom pravu *de lege ferenda*. U tu svrhu u prvome dijelu rada pruža se funkcionalno sažeta povijesno pravna analiza ovih instituta koja propedeutički služi komparativnoj analizi u suvremenom poredbenom pravu, koja je provedena u drugome dijelu rada. Time se u konačnici dolazi do spoznaja o potencijalnim dobrobitima i prednostima korištenja ovih instituta u praksi.

**Ključne riječi:** antihreza; *pactum antichreticum*; rimsko pravo; Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; osiguranje tražbine; namirenje tražbine.

### 1. POVIJESNI RAZVOJ

Korijeni instituta *pactum antichreticum*<sup>1</sup> sežu u razdoblje Levitskog zakonika,<sup>2</sup>

\* Dr. sc. Ines Matić, univ. spec. crim., poslijedoktorandica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, imatic@pravri.hr.

\*\* Dr. sc. Anamari Petranović, izvanredna profesorica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, anamari.petranovic@pravri.hr.

1 Zbog isprepletenosti instituta *pactum antichreticum* i antihreze koje doktrina vrlo često poima sinonimima, pod pojmom antihreze u ovom slučaju podrazumijevamo i *pactum antichreticum* i ugovor o antihrezi.

2 Levitski zakonik (lat. *Leviticus*), treća je knjiga Starog zavjeta i Petoknjžja, kao i židovske Tore, čiji najveći dio sadržaja datira iz 6. st. pr. Kr., a pruža nam dokaze o postojanju instituta *pactum antichreticum* u 25. poglavlju koje govori o pomoći siromašnima kroz priču o osobi koja je prodala svu obiteljsku imovinu i došla pod vlast druge osobe, ali zapravo ne govori o dužničkom ropstvu, već o zalogu uz *pactum antichreticum* koji je prijelazni oblik između dužničkog ropstva i prisilne prodaje dužnikove imovine, a omogućuje se uvođenjem fikcije

odnosno u vrijeme sumerskih, akadskih i mezopotamijskih<sup>3</sup> kultura. U podacima o prakticanju oblika založnog prava (*tidennūtu*, *mazazzānu*)<sup>4</sup> koje je založnog vjerovnika ovlašćivalo na ubiranje plodova založene stvari, a čija je svrha bila kompenzacija plodova s kamatama, moguće je prepoznati značajke rimskog *pactum antichreticum* i zaključiti kako se radi o višestoljetno primjenjivanom ekonomskom institutu na većinskom dijelu antičkog Bliskog istoka (iako se termin antihreza pojavljuje prvi putu grčkom pravu,<sup>5</sup> a *pactum antichreticum* tek u klasičnom rimskom pravu).<sup>6</sup>

Proučavajući karakteristike ovog/ovih instituta u rimskom pravnom sustavu,

- 
- koja osiromašenog Izraelca stavlja u položaj kvazizranca. Više Wells, B., *The Quasi-Alien in Leviticus 25. The Foreigner and the Law: Perspectives from the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, *Beihefte zur Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte*; Bd. 16. Wiesbaden, Germany, Harrassowitz Verlag, 2011., str. 135-155.
- 3 Hamurabijev zakonik, najbolje sačuvani zakonik drevne Mezopotamije, regulirao je i antihrezni najam. Ovaj ugovor bio je često korišten za vrtove datulja i imao je ključnu ulogu u poljoprivrednoj ekonomiji drevnog Istoka jer je predstavljao prvu invaziju kapitalizma u poljoprivredno gospodarstvo, koja je potvrđivala prevlast kamata na kapital u odnosu na plodove zemlje, razdvajajući pravo od morala (i problematike nemoralnosti kamata). Prema Ratto, L., *I contratti agrari e di lavoro nel codice di Hammurabi*, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, vol. 35, 138/1904, str. 219-222.
  - 4 O karakteristikama *tidennūtu* i *mazazzānu* pravnih transakcija više u: Eichler, B. L., *Indenture at Nuzi, The Personal Tidennūtu Contract and its Mesopotamian Analogues*, London, Yale University Press, 1973., Ellickson, R. C., Thorland, C., *Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel*, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 71/1995, str. 394-399, Speiser, E. A., *New Kirkuk Documents Relating to Security Transactions*, *Journal of the American Oriental Society*, vol. 52, 4/1932, str. 350-367, Purves, P. M., *Commentary on Nuzi Real Property in the Light of Recent Studies*, *Journal of Near Eastern Studies*, vol. 4, 2/1945 i *Additional Remarks on Nuzi Real Property*, *Journal of Near Eastern Studies*, vol. 6, 3/1947, str. 181-185.
  - 5 Iako korijen riječi *antichresis* možemo pronaći u egipatskom jeziku, naziv potječe iz grčkog jezika te u prijevodu znači uživanje ili uzajamno korištenje, pritom se reflektirajući na vjerovnika koji plodouživa odnosno koristi nekretninu svog dužnika, dok dužnik istovremeno koristi novac svog vjerovnika. Alegre de Miguel, J. D., *La anticresis: funcion e finalidad en elCodigo Civil espanol y en elCodigo Civil de Cataluna*, Barcelona, ESADE, Facultad de Derecho, Universitat Ramon Llull, 2013., str. 9. Prema Mihelčić, G., *Izvsandsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2011., str. 17: „Grčki pravni izvori govore o antihrezi, iako se o ustroju instituta vrlo malo zna, osim da naziv potječe iz grčkog jezika i da je uveden u vrijeme Demostena.“
  - 6 U neoasirskim tekstovima iz prvog tisućljeća pr. Kr. pronađeno je čak jedanaest ugovora s klauzulom o antihreznom zalogu danom umjesto kamata, a osim u ovih jedanaest ugovora koji izričito sadrže klauzulu o kamatama i u drugim se pronađenim ugovorima mogu uočiti značajke antihreznog zaloga, iako se kamate uopće izrijekom ne spominju. Prema Wellsu moguće je identificirati pet osnovnih karakteristika instituta *pactum antichreticum* u tom razdoblju: postojanje obveznopravnog odnosa između dviju strana, od kojih je jedna dužnik, a druga vjerovnik, izostanak ugovaranja kamate na glavnici tražbine, funkcija rada založene osobe ili prihoda založene zemlje kao supstituta kamatama koje bi mogle biti drugačije naplaćene, vjerovnikovo posjedovanje založene stvari sve od trenutka zaključenja ugovora o zalogu te mogućnost ugovaranja minimalnog trajanja antihreznog zaloga, kao i definiranje akcesornosti antihreznog zaloga u odnosu na glavnu obvezu, čime se prestanak antihreznog zaloga uvjetuje prestankom glavne obveze. Prema Wells, B., op. cit., str. 135-155.

unatoč malom broju postojećih pravnih izvora<sup>7</sup> s velikom sigurnošću možemo zaključiti da je rimsko pravo poznavalo institut *pactum antichreticum* i institut antihreze<sup>8</sup> kao dva različita instituta, kojima su zajednički element plodovi, odnosno funkcija namirenja, dok se u ostalim karakteristikama bitno razlikuju.

*Pactum antichreticum* je uglavak uz ugovor o zalogu ili bilo koji drugi ugovor kojim se ovlašćuje na posjedovanje stvari koja je predmet ugovora i ubiranje njezinih plodova kako bi se kompenzirale kamate. U rimskom pravu pojavljuje se u razdoblju klasičke kao *pactum adiectum* uz *contractus pignoratitius*. Takav uglavak uz ugovor o zalogu ovlašćivao je založnog vjerovnika na posjedovanje založene stvari i ubiranje plodova kako bi njima kompenzirao kamate na svoju tražbinu, što se i danas poima osnovnim oblikom ovoga instituta.<sup>9</sup> Izgledan motiv za njegov nastanak pronalazimo u zabrani korištenja založenom stvari koja je inače postojala kao značajka položaja založnog vjerovnika (suprotno postupanje bilo bi *furtum usus*, krađu uporabe, i dovodilo založnog vjerovnika do omražene posljedice infamije, gubitka građanske

7 Pojmovi *antichresis* i *pactum antichreticum* izričito se spominju svega četiri puta u svim antičkim pravnim spisima, od toga jednom u grčko-egipatskom papirusu iz 2. stoljeća, dva puta u Marcijanovim odlomcima obuhvaćenim unutar Digesta i jednom u Palestinskom Talmudu. Slučajevi kasnije uporabe ovog pojma svi redom upućuju na odlomke Digesta. Prema Cohen, B., *Jewish and Roman Law, A comparative study*, The Jewish Theological Seminary of America, New York, Shulsinger Bros. Inc., 1966., str. 456.

8 Većina dvojbi o karakteristikama ovog/ovih instituta najvjerojatnije proizlazi iz njihova poistovjećivanja i uporabe termina antihreza i *pactum antichreticum* kao sinonima, iako je riječ o dva različita instituta, s bitno drukčijim funkcijama. Ideju o antihrezi i antihreznom paktu kao različitim institutima zagovara i Alegre de Miguel, koji tvrdi da razlog njihova poistovjećivanja vjerojatno proizlazi iz pogrešne interpretacije grčke riječi *chresis* koja se može tumačiti kao uporaba, ali isto tako i kao zajam, odnosno uzajamni zajam kada je riječ o antihrezi. Većina autora drži antihrezu vrstom zaloga ili paktom koji se može ugovoriti samo uz ugovor o zalogu. Taj oblik antihreze vezane za zalog može se prepoznati u Marcijanovom tekstu D.13.7.33. na temelju toga što se ovaj oblik antihreze, kao i založno pravo, štiti putem *actio in rem*. Međutim, tzv. „čistu“ antihrezu nalazimo u tekstu Marcijanova odlomka D.20.1.11.1. gdje je riječ o samostalnom ugovoru koji se štiti putem *actio in factum*. Ovaj oblik antihreze je samostalan ugovor kojim vjerovnik stječe plodove *loco pignoris*, a ne *iure pignoris* i zaštićen je putem *actio in personam*. Prema: Hernandez-Moreno, A., *Antichresis o Contrarium Mutuum*, Real Academia de Ciencias Economicas e Financieras, Barcelona, 2014., str. 110. Više Alegre de Miguel, J. D., op. cit., str. 12. Više o institutu antihreze u rimskom pravu Matić, I., Petranović, A., Antihreza u rimskoj pravnoj doktrini, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, 3/2018, str. 1153-1168.

9 „Antikreza (grč. *anti*, *kresis* miješanje) prav. dopunski ugovor o zalogu po kojem založni vjerovnik, umjesto interesa na dug, ima pravo služiti se i koristiti založenim predmetom“ prema Anić, Š., Klaić, N., Domović, Ž., *Rječnik stranih riječi, Tuđice, posuđenice, izrazi, kratice i fraze*, Zagreb, SANI-PLUS, 2002., str. 90.

Romac definira *antichresis* kao „ugovor na temelju kojega je založni vjerovnik mogao upotrebljavati založenu stvar i pobirati plodove. Ovakav pravni posao predstavljao je odstupanje od zabrane uporabe i korištenja stvari (*furtum usus*) pa je stoga iznimno bio moguć samo kod plodonosnih stvari. Plodovi stvari su, uz pristanak založnog dužnika, zapravo namirivali kamate na dugovani iznos novca. Ukoliko se pak radilo o beskatmatnom zajmu osiguranom zalogom plodonosne stvari, založni vjerovnik je mogao, po kasnijem pravu, i bez posebnog ugovora (tzv. *pactum antichreticum*) zadržati plodove do visine kamata uobičajenih u tom mjestu (*antichresis tacita*).“ Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1975., str. 59.

časti).<sup>10</sup> *Pactum antichreticum* omogućivao je strankama sporazumjeti se drukčije i time omogućiti založnom vjerovniku da kroz prihode založene stvari koju drži u posjedu aktivno namiruje svoju svoje tražbinu i prije njezina dospijeca. Potvrdu teze o mogućnosti ugovaranja antihreznog pakta uz ugovor o zalogu nalazimo u predviđenoj pravnoj zaštiti koja u slučaju instituta *pactum antichreticum* znači ugovornu tužbu priznatog ugovora uz koji je uglavak dodan, to jest u primjeni *actio pignericia* ako se radi o paktu dodanom ugovoru o zalogu, što je najčešći slučaj.<sup>11</sup> Osim uz ugovor o zalogu, ovaj pakt bio je moguć i uz bilo koji drugi ugovor.<sup>12</sup> Funkcija antihreznog pakta bila je dvostruka i obuhvaćala je namirenje kamata ubranim plodovima, kao i osiguranje glavnice kroz posjedovanje nekretnine. Osnovna značajka pravnog režima ovoga pakta sastojala se u tomu da vjerovnik nije bio dužan izvršiti dužnika o ubranim plodovima što mu je omogućivalo naplaćivanje (nesrazmjerno) visokih kamata, zbog čega je *pactum antichreticum* označen kao lihvarski institut i supstitut kamatama.<sup>13</sup>

Antihreza kao samostalni ugovor pojavljuje se u razdoblju postklasike, najvjerojatnije kao inominatni ugovor *do ut facias*, a koji zaključak se može utemeljiti na činjenici da se ovom pravnom odnosu zaštitu pruža putem *actio in factum*, tužbi predviđenoj odnosno korištenoj za pravnu zaštitu inominatnih kontrakata.<sup>14</sup> Na

10 Potvrdu o tomu nalazimo u Gajevom odlomku D.47.2.55.(54).pr. *si pignore creditor utuatur, furtum tenetur*.

11 Marc. D.13.7.33. *Si pecuniam debitor solverit, potest pignorat actione uti ad recipendam antichresis: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.* (Nakon što je dužnik isplatio dugovano, može putem *actio pignericia* tražiti povrat stvari dane u antihrezu, jer kada se radi o zalogu može se koristiti ova riječ.)

12 Manigk, A., *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano*, Roma, Facoltà Giuridica della Roma Università, 1911., str. 259-262.

13 Doktrina je ostala podijeljena po pitanju je li *pactum antichreticum* iznimka od zabrane uzimanja kamata ili njihovog ograničenja. Načelno je prihvaćen stav da su plodovi (prihodi) nekretnine koji su premašivali iznos dugovanih kamata trebali biti vraćeni nazad dužniku kao višak (*superfluum*). Međutim, ako je bila ugovorena, tzv. čista antihreza, onda bi svi plodovi pripadali vjerovniku na ime kamata jer je on snosio rizik nastanka i opsega nastanka plodova (aleatornost) te nije mogao potraživati eventualnu razliku od dužnika ako nastali plodovi ne bi bili dostatni za namirenje njegove tražbine. Imperator Philippus. C.4.32.17. *Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem tuum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt.* (Ako je tvoja majka predala posjed vjerovniku uz klauzulu „plodovi će biti ubirani umjesto kamata“, takav dogovor ne može biti raskinut na temelju toga što je vjerovnik stekao veću korist, jer je urod plodova nesiguran.) Više u Thomas, P., *Antichresis, Hemiolia and the Statutory Limit on Interest in Gerard Noodt's De foenore et usuris, De Jure*, vol. 40, 1/2007, str. 52-68; Mirabelli, G., *Dell'anticresi*, Napoli, Editore Federico Corrado, 1888., str. 5-53; Van Niekerk, S. J., et al. (ur.), *The Three Book on Interest – bearing Loans and Interest (Foenus et Usurae) by Gerard Noodt*, Leiden, Pretoria University Law Press, 2009., str. 145; Bobbink, R., *Antichresis: het vergeten zekerheidsrecht, Een historische vergelijking met het Franse recht*, GROM 2016, on line publication, preuzeto s file:///D:/Users/Ines/Downloads/28933-34063-1-SM%20(2).pdf, 8. siječnja 2019.

14 Marc. D.20.1.11.1. *si antichresis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipso percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in*

temelju ovog ugovora jedna strana prenosi vlasništvo određenog iznosa novca (činidba *dare*), a druga prenosi posjed nekretnine na određeni rok (činidba *facere*).<sup>15</sup> Funkcija ugovora o antihrezi kao inominatnog ugovora je namirenje cjelokupne tražbine (kamata i glavnice) ubiranjem plodova nekretnine koja je predmet ugovora s funkcijom namirenja tražbine, a ne osiguranja tražbine.<sup>16</sup> Za razliku od značajke režima antihreznog pakta, u ugovoru o antihrezi vjerovnik je dužan podnositi obračun o ubranim plodovima nekretnine.

Pod snažnim utjecajem kanonskoga prava tijekom srednjeg vijeka kamate su bile zabranjivane kao nemoralne zbog stavova Crkve o neplodnosti novca, zbog toga 1163. godine zaslugom Pape Alexandra III. dolazi i do izričite zabrane ugovaranja antihreznog pakta te je određeno da se plodovima stvari ima namirivati samo glavnica.<sup>17</sup> Međutim, zabrana je prouzročila postupno evoluiranje antihreznog pakta iz instituta koji služi kompenziranju isključivo kamata u institut čija je funkcija amortizacija cjelokupne tražbine (kamata i glavnice).<sup>18</sup> Unatoč opisanom ostracizmu naspram ovog instituta u srednjem vijeku, *pactum antichreticum* bilježi praksa *ius commune*.<sup>19</sup> Povratak antihreze i antihreznog pakta uočljiv je u građanskim kodifikacijama 19. stoljeća, za što je zaslužan *Code civil des Français*<sup>20</sup> koji je prvi ponovno normirao

---

*factum actione uti.* (Ako bude zaključen ugovor o antihrezi, pa nekomе bude predano zemljište ili zgrade, on sve dotle zadržava posjed na osnovi zaloge dok mu novac ne bude isplaćen, jer on prihode, bilo putem zakupa, bilo putem samostalne obrade odnosno stanovanja, uzima kao kamate; stoga mu, ako izgubi posjed, treba dopustiti *actio in factum*.)

- 15 Upravo zbog toga se dijelom u doktrini rabi naziv recipročni ili uzajamni zajam (*contrarium mutuum*). „Prava“ antihreza, smatra Hernandez-Moreno, je ugovor koji je uzajamni, recipročni zajam gdje jedna strana prima određeni iznos novca, a druga prima u posjed nekretninu čije plodove ubire dok joj spomenuti iznos novca ne bude vraćen (*fructus in vicem usurarum*). Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 77.
- 16 Za razliku od instituta *pactum antichreticum* čija je funkcija kompenzacija plodova stvari isključivo s kamatama.
- 17 Navarro, I., *Housing tenure, property rights and urban development in developing countries*, Georgia Institute of Tehnology and Georgia State University, 2008., str. 5.
- 18 Ovakav oblik antihreznog pakta prijelazna je faza između rimskih instituta *pactum antichreticum* i ugovora o antihrezi te amortizacijske i kompenzacijske antihreze koju nalazimo u građanskim kodifikacijama koje se temelje na rimskom pravu. Više u Mousourakis, G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, London, Springer, 2015., str. 287; Zimmermann, R., *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2005., str. 5-39. O evoluciji kodifikacija u pravnim sustavima civilnog prava v. više: Murillo, M. L., The evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification, *Journal of Transnational Law&Policy*, vol. 11, 1/2001, str. 1-20. Lachner, V., Roškar, J., Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće, *Zbornik radova znanstvenog skupa Austrijski građanski zakonik (1811-2011)*, Tuzla, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, 2013., str. 31-49.
- 19 Prednosti ovoga pravnog instituta prepoznali su i vitezovi templari koji su na taj način financirali svoje pohode: uzimali su zajmove i zauzvrat zalagali svoju zemlju uz *pactum antichreticum* koji je založnog vjerovnika ovlašćivao da ubire plodove tog zemljišta i tako namiruje svoje potraživanje. Prema Bobbink, R., op. cit., str. 88.
- 20 *Code civil des Français* usvojen je 1804. godine, a 1807. obnovljen pod imenom *Code Napoleon* (u daljnjem tekstu Francuski građanski zakonik).

antihrezu.<sup>21</sup>

## 2. ANTIHREZA U SUVREMENOM KOMPATIVNOM ZAKONODAVSTVU

U ovome radu podastiru se ključne značajke režima instituta antihreze i *pactum antichreticum* sukladno zakonodavstvima Francuske, Španjolske i Italije te država Latinske Amerike,<sup>22</sup> kao država koje reguliraju ovaj/ove institute i koje u svom pravnom sustavu imaju izraženu tradiciju rimskog prava, uvelike prepoznatljivu i u značajkama uređenja ovih instituta. Akcenti analize antihreze u krugu latinoameričkih država usmjereni su na praktične pokazatelje preuzimanja ovog antiknog instituta u aktualnim pravnim potezima i (uspješnom) promišljanju rješenja pojedinih gospodarskih problema ili poteškoća.

### 2.1. Francuska

Francuski Građanski zakonik poznao je antihrezu kao vrstu zaloga na nekretninama – *nantissement*,<sup>23</sup> čija je funkcija bila namirenje tražbine plodovima

21 Francuski građanski zakonik iz 1804. godine postavio je temelje za sve ostale građanske kodifikacije u Europi (talijansku, španjolsku), ali i Latinskoj Americi tijekom 19. stoljeća, što je uočljivo i u primjeru antihreze. Iako zakonici Latinske Amerike iz povijesnih razloga imaju usku povezanost sa španjolskim zakonodavstvom, ovaj utjecaj nije toliko izražen kada je riječ o institutu antihreze jer je većina ovih zakonika (osim Građanskog zakonika Brazila i Građanskog zakonika Kube) sastavljena prije nego Građanski zakonik Španjolske te se smatra da su utemeljeni na Francuskom građanskom zakoniku. U Francuski građanski zakonik antihreza je uključena na inzistiranje većine apelacijskih sudova koji su bili konzultirani tijekom izrade nacрта ovog zakonika, pod izraženim utjecajem rimskog prava. Uvođenje antihreze u Francuski građanski zakonik (s obzirom na njegov utjecaj na druge građanske kodifikacije) bilo je ključno za širenje ove ustanove u moderna zakonodavstva. Za reguliranje antihreze posebno su se zalagali sudovi u Bordeauxu, Aixu, Grenobleu, Limogesu, Lyonu, Nimesu i Parisu uz prijedlog da bude uređena kao vrsta *nantissement* instituta, tj. kao zalog na nekretninama. Svoj su stav argumentirali praksom koja je postojala u nekim dijelovima Francuske, posebice u onim dijelovima koji su imali i pisane zakone, a koji su poznavali zalog nekretnina kao ugovor koji se sklapa pod imenom antihreza. Prema Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 85-88; Alegre de Migule, J. D., op. cit., str. 20.

22 Od dvadeset analiziranih građanskih zakonika država Latinske Amerike samo pet zakonika ne uređuje ovaj institut. Riječ je o Građanskom zakoniku Kube (razlog izostanka povezan je s općenitom zabranom zajmova uz kamate i bilo kakvih pravnih poslova koji su povezani s kamatama), dok je antihreza brisana iz građanskih zakonika Paragvaja, Meksika, Gvatemale i Kostarike. Iako Građanskim zakonikom Paragvaja nije regulirana, antihreza je raširena u praksi te se ugovara kao inominatni ugovor; kada je riječ o Gvatemali, unatoč činjenici da je antihreza brisana iz Građanskog zakonika Gvatemale, doktrina se zalaže za ponovno uvođenje ovog instituta.

23 Pothier je smatrao kako je *nantissement* institut različit od antihreze. Po Pothieru, *nantissement* je garancija koja se sastoji u tomu da se vjerovniku preda pokretna ili nepokretna stvar, s mogućnošću da on tu stvar zadrži ili da je proda, kao i da od nje ubire plodove kako bi namirio svoje potraživanje. Pothier je branio tezu da je hipoteka garancija po civilnom pravu, dok je *nantissement* garancija po *ius gentium*. Prema Lovera, M., *El contrato de anticresis*, Caracas,



stvari, a založnom vjerovniku je ovaj pravni režim davao i ovlaštenja *ius distrahendi* i *ius prelationis*, s obzirom na to da je bila uređena kao vrsta založnog prava na *res immobiles*. Izmjenama iz 2009. godine iz zakonika nestaje naziv antihreza, ali se zadržava istovjetan sadržaj pravnog instituta koji se sada naziva zalog nekretnina (*la gage immobilier*).<sup>24</sup> Za razliku od hipoteke, koju ovaj zakonik također poznaje i uređuje kao neposjedovno založno pravo na nekretnini, institut zaloga nekretnina (to jest antihreza) uključuje ovlaštenje posjedovanja i plodouživanja založene nekretnine u cilju namirenja. Time je francuski zakonodavac, unatoč promjeni nazivlja, zadržao bit sadržaja instituta antihreze čime je očigledno prepoznat potencijal instituta koji omogućuje maksimalno iskorištavanje vrijednosti nekretnine pružajući tom (antihreznom) založnom vjerovniku *ius possidendi*, *ius fruendi*, *ius distrahendi*, *ius retentionis*, *ius prelationis* i zaštitu *erga omnes*.<sup>25</sup>

## 2.2. Španjolska i Italija

Za razliku od francuske regulative u kojoj antihreza, to jest zalog nekretnina, odnosno stvarno pravo na tuđoj stvari ima jasna obilježja i učinke, u zakonodavstvima Španjolske i Italije režim ovog instituta nije toliko prepoznat i obrađen (iako su zakonici rađeni po uzoru na francuski) te je upravo pravna nesigurnost alternativnih tumačenja koja nastaju kao posljedica nepreciznosti zakonodavstva vjerojatno jedan od razloga zanemarivanja antihreze u praksi. Razlog zajedničke (usporedne) analize ova dva pravna poretka velika je sličnost njihova uređenja antihreze.

I u talijanskom<sup>26</sup> i u španjolskom<sup>27</sup> zakonodavstvu pronalazimo kompenzacijsku i amortizacijsku antihrezu. Kompenzacijska antihreza ima svoj temelj u rimskom institutu *pactum antichreticum* i pakt je koji omogućuje vjerovniku ubiranje plodova nekretnine na ime kamata, u cilju njihova potpunog ili djelomičnog namirenja tijekom trajanja ugovora.<sup>28</sup> Ovakav sporazum stranaka vjerovnika oslobađa obveze

---

Universidad Católica Andrés Bello, 1993., str. 8; Tedeschi, V., *L'Anticresi*, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952., str. 10.

24 Francuski građanski zakonik, članak 2387.: *Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation; il emporte dé possession dece lui qui le constitue.*

25 Ovakav način uređenja jedinstven je u Europi i zapravo je sličniji značajkama instituta u državama Latinske Amerike koje su, uostalom, za uzor od uvijek imale francuski pravni model stoga inkliniranje takovim rješenjima ne iznenađuje. Bolivija, Haiti i Dominikanska Republika antihrezu smatraju posjedovnim zalogom nekretnina. Više Matić, I., *Pactum antichreticum*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2017., str. 187-235.

26 *Il Codice Civile Italiano, Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942, ultimo aggiornamento: marzo 2000* (u daljnjem tekstu Građanski zakonik Italije).

27 *Código Civil Español, 25 de julio de 1889, última modificación: 6 de octubre de 2015* (u daljnjem tekstu Građanski zakonik Španjolske).

28 Građanski zakonik Italije, članak 1964.: *È valido il patto col quale le parti convengono che i frutti si compensino con gli interessi in tutto o in parte. In tal caso il debitore può in ogni tempo estinguere il suo debito e rientrare nel possesso dell'immobile.*

Građanski zakonik Španjolske, članak 1885.: *Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis.*

Ubiranje plodova nekretnine tumači se u širem smislu i podrazumijeva korištenje nekretninom na bilo koji način koji nije protivan njezinoj ekonomskoj svrsi, što je podrazumijevalo već i

podnošenja izvješća, tj. obračuna o vrijednosti ubranih plodova.<sup>29</sup> U pravnom okviru kompenzacijske antihreze rizik realizacije plodova nekretnine prebacuje se na antihreznog vjerovnika jer se učinak kompenzacije plodova s kamatama ostvaruje neovisno o tomu je li nekretnina ostvarila plodove ili nije. Ako plodovi u cijelosti izostanu, smatra se da vjerovnik nema pravo na kamate. Međutim, to ne znači da antihreznog vjerovnik tada snosi i troškove održavanja te nekretnine jer ih ima pravo namiriti iz ostvarenih plodova, a ako plodovi nisu dostatni, nadoknadu troškova može tražiti tužbom. Kako bi se zaštitilo dužnika i onemogućilo da vjerovnik ostvaruje koristi koje bi se mogle smatrati lihvarskim kamatama omogućuje se dužniku ranije ispuniti svoju obvezu, protivno volji antihreznog vjerovnika i tako u bilo koje doba vratiti nekretninu pod svoje upravljanje.<sup>30</sup>

Amortizacijska antihreza je ugovor kojim se dužnik ili treća osoba obvezuje predati nekretninu vjerovniku radi osiguranja njegove tražbine, tako da vjerovnik ubire plodove te nekretnine i obračunava ih te prebija s kamatama (ako su ugovorene), odnosno glavnicom potraživanja.<sup>31</sup> Vjerovnik je obvezatan podnositi obračune o

---

rimsko pravo sukladno Marcijanovom odlomku D.20.1.11.1... *aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque*. V. više Tedeschi, V., op. cit., str. 19.

Kompenzacijska antihreza definira se kao pakt kojim stranke mogu ugovoriti da ubiranje plodova nekretnine koja je predmet ugovora služi isključivo za kompenzaciju s kamatama, što znači da niti u jednom trenutku ubiranjem plodova neće doći do amortizacije glavnice pa nema niti funkciju osiguranja namirenja. Ne ovlašćuje antihreznog vjerovnika na *ius distrahendi*. Učinak kompenzacijske antihreze kompenzacija je dugovanih kamata s ubranim plodovima i retencija nekretnine do potpune isplate pozajmljenog iznosa.

29 Openheim, L., *Antichresis: an ancient security device revived* (Editorial-Comments, T. L. R. 1938), *Tulane Law Review*, vol. 13/1938, str. 133-134; Cicero, C., *Il Codice Civile, Commentario*, Giuffrè Editore, Milano, 2010., str. 14; Giuffrè, R., *Di taluni contratti trascurati: il mandato di credito e l'anticresi*, *Corriere giuridico*, 1/2012, str. 34-39; Fragali, M., *Commentario del Codice civile, Libro quarto, Delle obbligazioni*, art. 1960 - 1991, Bologna, Nicola Zanichelli, 1974., str. 7.

30 Gradanski zakonik Italije, članak 1185., stavak 1.: *Il creditore non può esigere la prestazione prima della scadenza, salvo che il termine sia stabilito esclusivamente a suo favore.*

31 Gradanski zakonik Italije, članak 1960.: *L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale.* Iako je talijanski *Codice Civile* inspiriran Francuskim građanskim zakonikom prema kojem je antihreza vrsta založnog prava na nekretninama, talijanski zakonodavac čini znatan odmak i regulira antihrezu kao ugovor koji služi osiguranju svih vrsta tražbina, tj. ugovor kojim se dužnik ili treća osoba obvezuje predati nekretninu vjerovniku radi osiguranja njegove tražbine, tako da vjerovnik ubire plodove te nekretnine i obračunava ih kamatama, ako su ugovorene, odnosno glavnici potraživanja.

Gradanski zakonik Španjolske, članak 1881.: *Por el anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicados al pagado se los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.* Amortizacijska antihreza španjolskog prava je konsenzualan ugovor sinalagmatičnog karaktera za koji nije potrebna nikakva posebna forma. Ugovor o amortizacijskoj antihrezi ovlašćuje antihreznog vjerovnika na posjedovanje nekretnine koja je predmet ugovora i ubiranje njezinih plodova na ime kamata, a zatim i glavnice, sve do potpunog namirenja, s obzirom na to da maksimalno trajanje ovog ugovora nije ograničeno Zakonikom. Iznimno važno je naglasiti da ovaj Zakonik čini jasnu razliku između instituta antihreze i *pactum antichreticum*, što ukazuje na duboku ukorijenjenost

ubranim plodovima, njihovoj vrijednosti i prebijanju radi namirenja kamata i glavnice, što sprječava manipulacije i mogućnost prikrivanja zelenaškog i nemoralnog ili nezakonitog ugovora. Za razliku od kompenzacijske antihreze izraženoga aleatornog karaktera, kod amortizacijske antihreze aleatornost je u potpunosti isključena jer je vjerovnik dužan podnijeti obračun o ubranim plodovima i njima namirivati i kamate i glavnice.<sup>32</sup>

Pravna priroda prava koje nastaje na temelju ugovora o antihrezi jedno je od pitanja koje izaziva prijepore u doktrini jer ni Građanski zakonik Italije ni Građanski zakonik Španjolske ne definiraju izričito pravnu prirodu prava koje nastaje ugovorom o antihrezi. U Italiji je prevladavajuće stajalište da na temelju ugovora o antihrezi antihrezni vjerovnik stječe osobno pravo uživanja, a ne stvarno pravo, odnosno da ovaj pravni posao spada u skupinu pravnih poslova *intuitu personae*.<sup>33</sup> Talijanska doktrina uglavnom ima stajalište da je antihreza personalno pravo uživanja nekretnine, unatoč tomu što postoje i mišljenja o njenom stvarnopravnom karakteru.<sup>34</sup> S druge strane, općeprihvaćen stav španjolske doktrine je taj da je antihreza vrsta stvarnopravnog osiguranja tražbine, jednako kao hipoteka i zalog.<sup>35</sup> Međutim, argumentaciju za takav

rimске pravne misli u španjolskom pravnom sustavu.

- 32 Vjerovnik je dužan obračunati ubrane plodove te za njihovu vrijednost umanjiti kamate i glavnice. Upravo to sprječava lihvarske postupke zabranjene zakonom. Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 54; Alegre de Miguel, J. D., op. cit., str. 78.
- 33 Više u Camonita, S., *L'anticresi e la garanzia del credito*, preuzeto s [www.diritto.it](http://www.diritto.it), objavljeno 23.02.2012.
- 34 Teza o personalnom karakteru antihreze bila je potvrđena i građanskim kodifikacijama 19. stoljeća (Francuski građanski zakonik, članak 2091.; talijanski *Codice Civile* iz 1865. godine, članak 1897.) koji su izričito propisivali da antihreza ima učinak samo među ugovornim stranama i njihovim nasljednicima. O stvarnopravnom i obveznopravnom učinku antihreze V. Fragali, M., op. cit., str. 8-9; Cicero, C., op. cit., str. 17-20. Činjenica je da zbog transkripcije antihreza djeluje i prema trećima. Također, ne možemo osporiti da je odnos antihreznog vjerovnika prema stvari neposredan, što je inače karakteristika stvarnih prava. Osim toga, antihrezu karakterizira pravo slijeđenja i neodvojivost od nekretnine koja je objekt antihreze, što sve dovodi u sumnju kategorizaciju antihreze kao personalnog prava. Macario se zalaže za tezu o antihrezi kao stvarnom pravu: na tragu prethodno navedenih argumenata navodi kako uvrštavanje antihreze među ugovore za koje se zahtijeva transkripcija (članak 2643., stavak 12. Građanski zakonik Italije) i posljedično pravo slijeđenja koje stječe antihrezni vjerovnik, kao i mogućnost da njegovo pravo ima učinka prema trećim osobama koje bi se mogle naći u nekom pravnom ili fiktivnom odnosu naspram stvari koja je predmet antihreze, argumenti su koji govore u prilog tezi koja svrstava antihrezu u stvarna prava (Macario, F., *Dei singoli contratti (art. 1861 – 1986)*, Torino, Utet Giuridica, 2009., str. 638). Cicero ističe kako transkripcija nije urođena posljedica prava na nekretnini i apsolutno djelovanje stvarnih prava nije nužno karakteristika stvarnih prava, već je ono povezano publikacijom istih putem transkripcije. Osim toga, neposredni odnos antihreznog vjerovnika naspram nekretnine koja je predmet antihreze usporediv je s onim koji ima najmoprimac ili komodat, koji imaju stvar u detenciji, a ne u posjedu. S pravne točke gledišta, vlasnik nekretnine u antihrezi i dalje ostaje posjednik te nekretnine, pa se ne radi niti o neposrednosti odnosa u tehničkom smislu. Cicero, C., op. cit., str. 19.
- 35 Za razliku od Građanskog zakonika Španjolske, Građanski zakonik Katalonije izričito definira antihrezu kao stvarnopravno osiguranje tražbine, koje karakterizira prijenos posjeda nekretnine na vjerovnika, kao i *ius distrahendi*, dok Građanski zakonik Španjolske ne govori ništa izričito. Više Lovera, M., op. cit., str. 16; Alegre de Miguel, J. D., op. cit., str. 79-82.

zaključak procjenjujemo ranjivom s obzirom na to da Građanski zakonik Španjolske ne propisuje izričito da na temelju ugovora o antihrezi nastaje stvarno pravo, niti ovlašćuje antihreznog vjerovnika na *ius distrahendi*, *ius praelationis* te stvarnopravnu zaštitu. Upravo iz navedenih razloga mišljenja smo da antihreza španjolskog zakonodavstva ima prevladavajuće značajke personalnog, a ne stvarnog prava te je u tom pogledu vrlo slična institutu antihreze u Građanskom zakoniku Italije.

Ako je riječ o predmetu ugovora o antihrezi, oba zakonika propisuju da to mogu biti samo nekretnine.<sup>36</sup> Moguće je da predmet ovog ugovora bude i nekretnina koja je već u najmu, sve dok je antihreznik taj koji ubire prihode od toga ugovora kao oblik civilnih plodova. S obzirom na to da je riječ o pravu neraskidivo vezanom za korištenje nekretnine koja je predmet ugovora, i talijansko i španjolsko pravo, predviđaju registriranje ugovora o antihrezi u odgovarajući javni registar nekretnina kako bi se publicitetom omogućilo djelovanje *erga omnes*, unatoč tomu što time ne nastaje stvarno pravo za antihreznog vjerovnika.<sup>37</sup>

Svrha amortizacijske i kompenzacijske antihreze obuhvaća uživanje nekretnine u cilju osiguranja, ali i namirenja vjerovnikova potraživanja. Istodobno s funkcijom osiguranja, a možda i s većim značajem, antihreza ima satisfikatornu funkciju jer je poseban modalitet plaćanja bez provođenja neke posebne aktivnosti dužnika, već izravnim i neposrednim prisvajanjem koristi od nekretnine od strane vjerovnika.

Dok španjolski zakonodavac ne ograničava trajanje antihreznog ugovora, maksimalno trajanje ugovora o antihrezi u talijanskom pravnom poretku određeno je kogentnom pravnom normom na rok od deset godina (s tim što stranke nemaju mogućnost ugovoriti trajanje koje bi premašivalo ovaj rok,<sup>38</sup> cilj je ove odredbe očigledno intencija maksimalnog skraćivanja razdoblja u kojem je vlasnik nekretnine lišen posjeda iste).<sup>39</sup>

36 Građanski zakonik Italije, članak 1961.: (1) *Il creditore, se non è stato convenuto diversamente, è obbligato a pagare i tributi e i pesi annui dell'immobile ricevuto in anticresi.* (2) *Egli ha l'obbligo di conservare, amministrare e coltivare il fondo da buon padre di famiglia. Le spese relative devono essere prelevate dai frutti.* (3) *Il creditore, se vuole liberarsi da tali obblighi, può, in ogni tempo, restituire l'immobile al debitore purché non abbia rinunciato a tale facoltà.* Građanski zakonik Španjolske, članak 1881. (cit. bilj. 32)

37 Građanski zakonik Italije, članak 1530., stavak 7.: *Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: ... 7) i contratti di anticresi...*

Građanski zakonik Italije, članak 2643.: *Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:... 12) i contratti di anticresi...* Obveza transkripcije ne smatra se preduvjetom za valjanost ugovora, te antihreza koja nije s transkripcijom ima valjanost među strankama. Ona postoji kao forma, postupak, kako bi antihreza stekla učinak i prema nekim trećim osobama. U tom smislu, možemo razlikovati antihrezu koja ima samo obveznopravne učinke, među strankama i antihrezu sa stvarnopravnim učincima prema određenim trećim osobama. Cicero, C., op. cit., str. 50.

38 Građanski zakonik Italije, članak 1962.: (1) *L'anticresi dura finché il creditore sia stato interamente soddisfatto del suo credito, anche se il credito o l'immobile dato in anticresi sia divisibile, salvo che sia stata stabilita la durata.* (2) *In ogni caso l'anticresi non può avere una durata superiore a dieci anni.* (3) *Se è stato stipulato un termine maggiore, questo si riduce al termine suddetto.*

39 Prema Persico, G., *Anticresi*, u: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1958., str. 532.

Obveze i prava antihreznog vjerovnika u talijanskom i španjolskom zakonodavstvu slično su uređene, pa tako antihrezni vjerovnik ima pravo *ius possidendi* i *ius fruendi*,<sup>40</sup> što je ujedno i bit njegova prava antihreze.<sup>41</sup> Ubriranje plodova nije samo pravo već i obveza vjerovnika i pri upravljanju nekretninom mora se voditi kriterijima pažnje dobrog gospodarstvenika.<sup>42</sup> Dužan je plaćati poreze i naknade te nužne troškove održavanja i popravaka nekretnine, ali može te troškove namiriti iz njezinih plodova.<sup>43</sup> Treba istaknuti kako antihrezni vjerovnik nema autonomiju glede vršenja svog prava *ius fruendi*, budući da svi ubrani plodovi moraju biti usmjereni na ispunjenje ugovorne obveze.<sup>44</sup> Obvezatan je plaćati godišnje poreze i druge troškove nekretnine, kao i održavati nekretninu, upravljati njome i pobrinuti se da stvara plodove, podnositi dužniku račun o upravljanju nekretninom, vratiti nekretninu dužniku po prestanku antihreze, zajedno s plodovima koje je eventualno ubrao nakon namirenja.<sup>45</sup> Antihrezni vjerovnik ovlašten je i osobno koristi nekretninu koju drži u antihrezi kada se takva uporaba može smatrati plodovima.<sup>46</sup>

40 Odredba članka 1960. Građanskog zakonika Italije izričito predviđa ubiranje plodove nekretnine od strane antihreznog vjerovnika, što znači da sama separacija naturalnih plodova, odnosno dospijeće civilnih plodova nisu dostatni za njihovo stjecanje, već je potrebno njihovo ubiranje (*fructus percepti*).

41 Iako članak 1960. Građanskog zakonika Italije govori o „predaji nekretnine u posjed“ antihreznog vjerovnika, on nad nekretninom u antihrezi ima detenciju ili pravo na detenciju, ali ne i posjed. Govorimo o detenciji jer je riječ o faktičnom držanju stvari koje sadrži samo *corpus*, ali ne i *animus possidendi*. Antihrezni vjerovnik drži stvar samo u ime onoga koji mu je tu stvar predao. Međutim, riječ je o kvalificiranoj detenciji kojoj zakon pruža zaštitu putem dvije različite posjedovne tužbe: tužba radi povrata u prijašnje stanje u slučaju posjeda oduzetog nezakonito ili silom (članci 1168. i 1169. Građanskog zakonika Italije) te tužba radi zaštite od smetanja posjeda (članak 1170.). Kako naglašava kasacijski sud u presudi br. 561 od 7.03.1851., antihrezni vjerovnik stječe detenciju nekretnine te ima ulogu prekarista. Prema Nicita, F. P., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Anticresi*, Unione tipografico – Editrice Torinese, 1968., str. 290; Cicero, C., op. cit., str. 41.

42 Mecenate, F., *L'anticresi, Una possibile alternativa per il mercato immobiliare e per l'accesso al credito, Gazzetta Notarile*, 7/9/2014, str. 3; Cicero, C., op. cit., str. 66.

43 S obzirom na to da je riječ o odredbi dispozitivnoga karaktera, stranke mogu ugovoriti i drukčije. Međutim, ako troškovi nekretnine prelaze vrijednost koju antihrezni vjerovnik stječe od ubranih plodova, nema mogućnost istaknuti taj prigovor i tako se osloboditi svoje obveze. U tom slučaju jedina mogućnost koju antihrezni vjerovnik ima odustajanje je od ugovora i vraćanje nekretnine dužniku.

44 Za ispunjenje ugovorne obveze obračunavaju se neto plodovi nakon namirenja troškova održavanja nekretnine koje je predujmio antihrezni vjerovnik. Uzevši u obzir da ova obveza predujma plaćanja troškova ima zakonski karakter po Građanskom zakoniku Španjolske potrebno je odrediti da u trenutku povrata vjerovniku iznosa koji je unaprijed uplatio, nije moguće zahtijevati kamate. Radi se o rješenju drukčijem nego u Građanskom zakoniku Katalonije, gdje vjerovnik plaća samo ako to nije učinio onaj koji je prvotno obvezan, tj. vlasnik.

45 Cicero, C., op. cit., str. 62; Fragali, M., op. cit., str. 126. Obveza vraćanja nekretnine, kao i obveza vraćanja viška plodova koje je vjerovnik ubrao nakon namirenja svog potraživanja, nisu obveze iz ugovora o antihrezi, već one proizlaze iz činjenice da je ugovor prestao pa daljnje uživanje nekretnine i ubiranje plodova nemaju kauzu.

46 Građanski zakonik Italije, članak 1960. (cit. bilj. 32) dopušta osobno korištenje nekretnine. Međutim, postavlja se pitanje može li antihrezni vjerovnik zaključiti ugovor o najmu nekretnine

Uz pravo ubiranja plodova, *ius fruendi*, antihrezni vjerovnik sukladno španjolskom pravu ima i pravo zadržanja, *ius retentionis*, kao jedan od osnovnih elemenata antihreze,<sup>47</sup> kao i *ius distrahendi*<sup>48</sup> dok antihrezni vjerovnik u talijanskom pravnom poretku nema *ius distrahendi* niti *ius prealationis*,<sup>49</sup> ali antihreza koja je

---

koja je predmet antihreze s antihreznim dužnikom jer u tom slučaju antihrezni dužnik zadržava pravo uživanja nekretnine, samo uz obvezu da plati najamninu za vlastitu nekretninu, čime antihrezni vjerovnik ostvaruje indirektno uživanje nekretnine putem antihreznog dužnika. Zapravo time antihrezni vjerovnik kroz rate najamnine dužnikove nekretnine namiruje svoju tražbinu. Na isti način su onda antihrezni vjerovnik i antihrezni dužnik mogli zaključiti ugovor o zajmu uz obročnu otplatu. Ovakav oblik transakcije ima smisla jedino ako se načelno ugovara beskatnati zajam, a onda se kroz najmnine za nekretninu prikrivaju kamate. Zanimljivo razmišljanje o ovom pitanju podastire Tedeschi koji tvrdi da se ne radi o antihrezi kada antihrezni vjerovnik nekretninu koja je predmet antihreze da u najam istoj toj osobi koja mu je predala nekretninu u antihrezu. Suprotno zaključuju Mirabelli i Fragali koji posebice brane mogućnost antihreznog vjerovnika da svoje uživanje nekretnine ostvaruje i indirektno, putem antihreznog dužnika kojem daje nekretninu u najam. Tedeschi, V., op. cit., str. 66; Fragali, M., op. cit., str. 61.

47 Prema Alegre de Mígelu se u ovom slučaju radi o antihreznom zadržanju, tj. o zadržanju koje slijedi iz toga što je antihreznom vjerovniku priznato stjecanje plodova ubiranjem istih, a antihrezni *ius retentionis* nastupa kada tražbina na ime glavnice i/ili kamata nije ispunjena po dospijeću. Kada retencija ima svoj izvor u potraživanjima na temelju troškova upravljanja, održavanja i ostalih troškova glede nekretnine, antihrezni vjerovnik ima redovito pravo zadržanja tijekom kojega može prihod nekretnine koristiti za podmirenje tih potraživanja. Ti plodovi izvorno pripadaju vlasniku ili drugom titularu nekretnine, ali ih može zadržati vjerovnik kako bi namirio ta potraživanja.

48 Pitanje ovlaštenja *ius distrahendi* jedno je od najkompleksnijih pitanja uređenja antihreze u španjolskom pravnom sustavu. Mišljenja smo da antihrezni vjerovnik nema navedena ovlaštenja te je činjenica da doktrina zastupa drukčiji stav ujedno jedan od nedostataka španjolske antihreze jer dovodi do pravne nesigurnosti i visokog rizika u poduzimanju ovoga pravnog posla, zbog čega on vjerojatno i nestaje iz uporabe u praksi. Problem proizlazi iz činjenice da Gradanski zakonik Španjolske ovlašćuje antihreznog vjerovnika isključivo na pokretanje redovitog ovršnog postupka kako bi namirio svoju tražbinu (glavnica i/ili kamate) ako je nije uspio namiriti kroz ugovor o antihrezi. Međutim, doktrina priznaje antihreznom vjerovniku pravo zatražiti direktnu sudsku prodaju nekretnine koja je predmet ugovora (*ius distrahendi*) te u tako realiziranoj prodaji nekretnine antihrezni vjerovnik ima *ius prealationis*, pravo prvenstva namirenja iz cijene ostvarene prisilnom prodajom. Navedeno bi bilo i vrlo logično ako je polazište poimanje antihreze kao stvarnog prava, a *ius distrahendi* jedno od uobičajenih ovlaštenja stvarnih prava. Međutim, iako doktrina pripisuje antihreznom vjerovniku *ius distrahendi* i *ius prealationis*, kao i karakter stvarnog prava, prepreku tome nalazimo u članku 1884. kojim se uređuje *ius distrahendi* i *ius prealationis*, a ne odnosi se na antihrezu te u članku 1923. Gradanskog zakonika Španjolske, kojim je definiran redosljed namirenja vjerovnika u slučaju prisilne prodaje, a antihreza nije predmetom uređenja ovog članka. Prema Alegre de Miguel, J. D., op. cit., str. 400 *et seq.* U prilog tvrdnji da antihrezni vjerovnik nema pravo na direktnu prodaju nekretnine govori i presuda *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Madrid*, STS 497/2016, od 16. veljače 2016. Ovu tezu dodatno potvrđuje Hernandez-Moreno, A., op. cit., str. 161: „Tradicionalno se pruža pogrešna interpretacija pravne i ekonomske funkcije antihreze pa predanost kojom Španjolska želi priznati (iako nije izričito propisano) antihrezi i ovlaštenje na namirenje iz vrijednosti nekretnine koja je predmet ugovora u cijelosti je unakazila svrhu instituta, izazivajući bez sumnje izostanak uporabe ovog instituta u praksi.“

49 Tedeschi, V., op. cit., str. 94-95.

transkripcijom zabilježena u registru može imati prednost pri namirenju u odnosu na ostale vjerovnike na temelju ranijeg upisa ugovora o antihrezi u registar nekretnina, sukladno načelu *prior tempore potior iure*. Strankama je izričito zabranjeno ugovoriti *pactum commissorium* te se svaki sporazum stranaka suprotan ovoj odredbi smatra ništetnim i u španjolskom<sup>50</sup> i u talijanskom pravu.<sup>51</sup>

Nekretninu u antihrezu može dati dužnik, kao i neka treća osoba.<sup>52</sup> Potrebno je da osoba koja daje stvar u antihrezu bude vlasnik nekretnine ili ovlaštenik nekoga stvarnog prava uživanja.<sup>53</sup> Antihrezni dužnik ovlašten je nekretninu koju je dao u antihrezu opteretiti i hipotekom.<sup>54</sup> Također, ima pravo zahtijevati od antihreznog vjerovnika da upravlja nekretninom pažnjom dobrog gospodarstvenika, vodeći računa o njenoj ekonomskoj svrsi i maksimalnoj profitabilnosti i u protivnome zahtijevati povrat posjeda nekretnine. Međutim, ako antihrezni vjerovnik savjesno izvršava svoje obveze upravljanja nekretninom i podnošenja obračuna, antihrezni dužnik nije ovlašten tražiti povrat posjeda nekretnine sve dok u cijelosti ne ispuni svoju obvezu.<sup>55</sup> Konačno, po prestanku ugovora o antihrezi, bilo istekom roka ili prestankom glavne obveze, antihrezni dužnik ovlašten je potraživati posjed nekretnine.

50 Gradanski zakonik Španjolske, članak 1884: (1) *El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.* (2) *Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.*

51 Zanimljivo je istaknuti da Gradanski zakonik Italije, sadrži odredbu o zabrani *pactum commissorium* u članku 2744., no zakonodavac je očigledno smatrao potrebnim posebno istaknuti tu zabranu još jednom kada je riječ o antihrezi. Zabrana propisana članak 2744. te članak 1963. proširuje se i na bilo koji drugi pravni posao kojim se nastoji ostvariti isti učinak, tj. zaobilaženje propisane zabrane. Macario, F., op. cit., str. 670; Mastropaolo F., *L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia consistente in poteri su cose immobili*, *Rivista di diritto civile*, vol. 50, 5/2004, str. 742.

52 U slučaju zasnivanja antihreze neke treće osobe koja nije dužnik u glavnom odnosu, primjenjuju se odredbe članka 1180. Gradanskog zakonika Italije o ispunjenju treće osobe. Za zasnivanje antihreze treće osobe u korist dužnika, nije potreban pristanak dužnika, ali se on može usprotiviti.

53 Antihrezu prema tome može zasnovati i suvlasnik, plodouživatelj, emfiteuta, čak i posjednik *pro herede*. S druge strane, ne može zasnovati antihrezu ovlaštenik prava uporabe ili stanovanja, kao ni najmoprimac, imajući u vidu strogo osobnu prirodu tih prava. Više Persico, G., op. cit., str. 535; Tedeschi, V., op. cit., str. 45; Fragali, M., op. cit., str. 27; Cicero, C., op. cit., str. 30; Alegre de Miguel, J. D., op. cit., str. 186.

54 Tedeschi smatra dopustivom kumulaciju to jest mogućnost da za istu tražbinu i istu nekretninu postoji paralelno osiguranje hipotekom i antihrezom. Navodi kako je u tom slučaju uloga hipoteke osiguranje glavnice, a uloga antihreze osiguranje naplate potraživanja kamata. Slično razmišljaju Butera i Fragali (Fragali primjećuje da to što je ovakvo ugovaranje uobičajeno istodobno ne znači da je nužno). Ako antihreza nije ograničena samo na kompenzaciju kamata, odnosi se i na namirenje glavnice, kao i ako hipoteka nije ograničena na glavnice, pa se odnosi i na kamate. Prema Nicita, F. P., op. cit., str. 264.

55 Gradanski zakonik Španjolske, članak 1883., stavak 1.: *El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.*

### 2.3. Latinska Amerika

Uređenju antihreze u državama Latinske Amerike posvećena je posebna pozornost budući da praksa latinoameričkih država svjedoči da antihreza ne mora biti percipirana kao relikv prošliosti te ukazuje na mogućnost uporabe ovog instituta za rješavanje postojećih pravnih, praktičnih i društvenih problema. S obzirom na to da pravne poretke Latinske Amerike možemo poimati jednim pravnim sustavom,<sup>56</sup> istraživanjem je obuhvaćeno svih petnaest latinoameričkih zakonodavstava koja različito reguliraju ovaj institut, nudeći ujedno i potpuno novi praktični aspekt uporabe ugovora o antihrezi koji se u nekim zakonodavstvima svojim značajkama približava ugovoru o najmu, to jest primjenjuje se kao alternativa tom ugovoru zbog određenih prednosti koje antihrezu čine atraktivnijom.<sup>57</sup>

Od petnaest zakonodavstava Latinske Amerike koja uređuju antihrezu, samo Ekvador regulira isključivo amortizacijsku antihrezu, dok sve ostale države reguliraju amortizacijsku i kompenzacijsku antihrezu (kao i Španjolska i Italija). Zakonodavstvo Bolivije, Perua, Argentine, Brazila, Hondurasa, Nikaragve, Paname, Haitija te Dominikanske Republike propisuje da na temelju ugovora o antihrezi nastaje stvarno pravo antihreze, kao stvarno pravo na tuđoj stvari (*iura in re aliena*). Štoviše Bolivija,<sup>58</sup> Haiti<sup>59</sup> i Dominikanska Republika<sup>60</sup> antihrezu smatraju, po uzoru na Francusku, vrstom založnog prava, to jest zalogom nekretnina. Zakonici Čilea,<sup>61</sup>

56 Unatoč manjim razlikama, radi se o jedinstvenom pravnom sustavu utemeljenom na rimskoj pravnoj misli i inspiriranom francuskim i španjolskim građanskim zakonima 19. stoljeća. Više Catalano, P., *Diritto e persone I*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990., str. 137.

57 V. bilj. 22.

58 *Código Civil Boliviano, Gaceta N° 800 del 15 de Agosto de 1975* (u daljnjem tekstu Građanski zakonik Bolivije), članak 1398.: *La pignoración de bienes muebles se llama prenda; la de inmuebles, anticresis.*

59 Građanski zakonik ove otočne države stupio je na snagu 1825. godine i u potpunosti je preslika Francuskog građanskog zakonika pa antihreza postoji kao vrsta *nantissement* ugovora, koji u slučaju zaloga pokretnina nosi naziv *gage*, a kada se odnosi na nekretnine onda se naziva antihreza. Alegre de Miguel, J. D., op. cit., str. 68.

60 *Código Civil de la República Dominicana, Modificado por la Ley 1930 del 1949*, članak 2072.: *El empeño de una cosa mobiliaria se llama prenda. El de una cosa inmobiliaria se llama anticresis.*

61 *Código Civil de Chile, Decreto con Fuerza de Ley 1, 21-ABR-2015 Ley 20830*, članak 2438.: (1) *La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.* (2) *Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del artículo 1962.* (3) *No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.*



Ekvadora,<sup>62</sup> Venezuele,<sup>63</sup> Urugvaja,<sup>64</sup> Kolumbije<sup>65</sup> i El Salvadora<sup>66</sup> izričito propisuju da zaključenjem ugovora o antihrezi ne nastaje za vjerovnika nikakvo stvarno pravo na predmetu ugovora o antihrezi, koju smatraju institutom osiguranja tražbina. U svim zakonicima Latinske Amerike predmet antihreze isključivo je nekretnina, osim u Građanskom zakoniku Argentine koji izmjenama iz 2015. godine proširuje predmet ugovora o antihrezi dodajući uz plodonosne nekretnine i registrirane pokretnine.<sup>67</sup>

U istraživanju latinoameričke prakse na tržištu nekretnina svakako se ističe specifičan modalitet ugovaranja kompenzacijske antihreze kao svojevrsne alternative ugovoru o najmu nekretnine. Temeljna karakteristika režima, tzv. antihreznog najma je da jedna strana prenosi ovlaštenje korištenja nekretnine, za što druga strana pri zaključenju ugovora isplaćuje (jednokratno) ugovorenu cijenu (iznos novca), a koji se po isteku antihreznog najma u cijelosti vraća. Time jedna ugovorna strana dobiva povoljan kapital bez skupih bankovnih kredita, a druga privremeno rješava stambeno pitanje i istodobno štedi novac koji će dobiti nazad po isteku ugovora.<sup>68</sup>

Iz razloga procjene atraktivnosti mogućih rješenja, a ograničeni opsegom rada, u okviru latinoameričkih država izdvojiti ćemo primjer bolivijskog iskustva s

62 *Código Civil Ecuatoriano, Codificación 010, Registro Oficial, Suplemento 46 De 24/06/ 2005, članak 2340.:* (1) *La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.* (2) *Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del Art. 1903.* (3) *No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.*

63 *Código Civil de Venezuela, Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, članak 1861.:* *La anticresis no concede ningún privilegio al acreedor. Este tiene solamente el derecho de retener el inmueble hasta que su acreencia sea totalmente pagada.*

64 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay, 26 de febrero de 2010, članak 2352.:* (1) *El acreedor anticrético no adquiere derecho real sobre la cosa ni vale la anticresis contra los derechos reales ni enperjuicio de los arrendamientos constituidos anteriormente en la finca.* (2) *Pero serán obligados a respetar el derecho del acreedor anticrético, todos aquellos a quienes se transfiera el derecho del dueño de la cosa con posterioridad a la constitución de la anticresis, siempre que ésta se haya inscrito en el Registro correspondiente.*

65 *Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887, članak 2461.:* (1) *La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.* (2) *Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario, en el caso del artículo 2020.* (3) *No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales, ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.*

66 *Código Civil de la República de El Salvador, Gaceta Oficial de 19 de mayo de 1860, članak 2184.:* *La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada. Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del artículo 1750, si el contrato de anticresis hubiese sido inscrito. No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.*

67 Opisana izmjena zapravo je vrlo logična s obzirom na to da se na registrirane pokretnine u pravilu primjenjuju ista pravila kao i za nekretnine kada je u pitanju stjecanje i prijenos stvarnih prava, kao i zasnivanje prava osiguranja tražbina.

68 S ekonomskog gledišta lako je pronaći opravdanje za postojanje ovakvog instituta u zemljama s vrlo visokim stopama inflacije, ali nešto je teže zamisliti da kamata na određeni iznos kapitala (koji očito nikada neće biti jednak vrijednosti nekretnine jer bi u protivnome bila odmah kupljena) može kompenzirati zaradu koja bi se ostvarila ugovorom o najmu. Čini se da je to moguće jedino ako je kamatna stopa, kao posljedica inflacije, vrlo visoka.

primjenom antihreznog najma, s obzirom na to da je upravo u praksi ove države taj institut pronašao svoju praktičnu primjenu koja bi mogla poslužiti kao inspiracija mogućnosti uređenja antihreze u hrvatskom pravnom poretku.<sup>69</sup>

Bolivijско pravo (članak 1398. Građanskog zakonika Bolivije, cit. bilj. 59) zalog nepokretne stvari naziva antihreza (*anticresis*). Ovo pravo nastaje na temelju ugovora o antihrezi koji može biti amortizacijske ili kompenzacijske prirode, odnosno može vjerovnika ovlastiti na ubiranje plodova stvari kako bi njima namirio prvo kamate, a zatim i glavicu svog potraživanja<sup>70</sup> ili može ovlastiti vjerovnika da sve prihode nekretnine kompenzira s kamatama.<sup>71</sup> Jednako kao i u talijanskom pravu, prema bolivijskim propisima ugovor o antihrezi treba biti zaključen u obliku javne isprave,<sup>72</sup> a predmetom ugovora mogu biti isključivo nekretnine. Ugovaranjem antihreze nastaje stvarno pravo antihreze koje je nedjeljivo, a prema trećim osobama ostvaruje učinke tek nakon upisa u registar nekretnina.<sup>73</sup> Moguće je ugovoriti antihrezu na razdoblje od maksimalno pet godina.<sup>74</sup>

69 Antihrezni najam pojavljuje se u mnogim zemljama civilnog sustava prava. Podrazumijeva paušalno plaćanje određenog iznosa od strane najmoprimca, a taj se iznos u cijelosti vraća na kraju isteka najma, pri čemu je zadržavanje tog paušalnog iznosa od strane vlasnika nekretnine, njegova kompenzacija za najam iste. Primjerice, najmoprimac plati najmodavcu 13.000 USD na početku ugovora o najmu i najmodavac mu istekom ugovora vrati 13.000 USD. Najmodavčeva efektivna zarada tijekom perioda antihreznog najma nekretnine je kamata koju može ostvariti oroči li taj iznos, koja doseže otprilike 108 USD mjesečno ili investicijska zarada koju može ostvariti s tom svotom novca. Suprotno tomu, prosječna mjesečna najamnina plaćena od najmoprimca najmodavcu pod klasičnim ugovorom o najmu iznosi oko 150 USD. Više Navarro, I., Turnbull, G. K., *Antichresis leases: Theory and empirical evidence from the Bolivian experience*, *Regional Science and Urban Economics*, vol. 40, 1/2010, str. 33; Espinoza, F. F., *Bolivia's Land Tenure Experience*, chapter ten, u: *Land, Rights & Innovation, Improving Tenure Security for the Urban Poor*, (ur.) Payne, G., London, ITDG Publishing, 2002., str. 185. Nekoliko je uzgrednih objašnjenja zašto se nastavljaju koristiti antihrezni najmovi. Jedno od popularnih je to da su antihrezni najmovi motivirani visokom inflacijom ili velikim rastom kamata na zajmove pa su stanodavci prisiljeni financirati svoje projekte kroz antihrezu. Ostala opravdanja za antihrezu temeljena su na lokalnim institucionalnim faktorima. Primjerice, jedan je argument da porezi i pristojbe na ugovor o najmu stvaraju prednosti/nedostatke za antihrezu ovisno o različitim vrstama nekretnina i najmoprimaca. Navarro, I., op. cit., str. 35-36.

70 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1429., I.: *Por el contrato de anticresis el acreedor tiene derecho a percibir los frutos del inmueble, imputándolos primero a los intereses, si son debidos, y después al capital.*

71 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1429., II.: *Es válido el pacto por el cual las partes convienen en que los frutos se compensen con los intereses en todo o en parte.*

72 Gradanski zakonik Bolivije, članak 491.: *Deben celebrarse por documento público 1) El contrato de donación, excepto la donación manual. 2) La hipoteca voluntaria. 3) La anticresis. 4) La subrogación consentida por el deudor. 5) Los demás actos señalados por la ley.* O potrebi zaključenja ugovora o antihrezi u obliku javne isprave govori i presuda bolivijskog suda *Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro*, 154/2011, od 20. travnja 2011.

73 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1430.: *El contrato de anticresis no se constituye sino por documento público, y surte efecto respecto a terceros sólo desde el día de su inscripción en el registro.* U prilog tomu govori i sudska praksa *Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz*, 41/2006, od 15. ožujka 2006.

74 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1435.: II. *La anticresis no puede convenirse por un plazo*

Antihrezni vjerovnik ima pravo *ius retentionis*,<sup>75</sup> kao i *ius distrahendi* uz pravo prvenstva u namirenju s obzirom na vjerovnike čija su prava nastala nakon upisa prava antihreznog vjerovnika u zemljišne knjige (*ius praelationis*).<sup>76</sup> Dužan je plaćati godišnje poreze i troškove nekretnine te se brinuti o nekretnini i upravljati njome pažnjom dobrog gospodarstvenika. Troškove koje snosi vršenjem ovih obveza može namiriti iz plodova nekretnine. Ako se želi osloboditi opisanih obveza, može u bilo kojem trenutku vratiti nekretninu antihreznom dužniku, ako nije drukčije ugovoreno.<sup>77</sup>

Jedan od osjetnijih bolivijskih problema je vlasništvo nekretnina, posebice uzevši u obzir da se zemlja ili kuća najčešće koriste kao zalog za različite zajmove.<sup>78</sup> Upravo stoga je u Boliviji uporaba kompenzacijske antihreze (ili antihreznog najma) raširena za stambene namjene.<sup>79</sup> Statistički podatci iz 2002. godine pokazuju da je antihreza treći najkorišteniji tip najamnog ugovora u Boliviji.<sup>80</sup> Prema bolivijskoj praksi, antihrezni najam realizira se kao ugovor o antihrezi između stanodavca i stanoprimca koji bi inače zaključili klasični ugovor o najmu. Na osnovi zaključenog antihreznog ugovora stanodavac prima određeni iznos novca, a stanoprimac stječe pravo koristiti nekretninu u dogovorenom roku. Riječ je o razmjeni uživanja koje pruža korist za obje strane. Stanodavac daje na korištenje nekretninu stanoprimcu i za to se naplaćuje ubiranjem plodova kapitala koji dobiva u zajam. S druge strane, stanoprimac daje stanodavcu određeni iznos kapitala, ali cijenu pozajmljivanja tog kapitala naplaćuje ubiranjem plodova nekretnine stanovanjem u njoj.<sup>81</sup>

---

*superior a cinco años y si se pacta otro mayor, él se reduce a dicho término.*

75 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1435.: III. *El anticresista tiene el derecho de retención mientras no sea satisfecho su crédito, salvo lo dispuesto por el artículo 1479.*

76 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1432.: *El acreedor anticresista tiene el derecho de hacerse pagar con preferencia a otros acreedores sobre la cosa recibida en anticresis. (Art. 1337 del Código Civil).*

77 Gradanski zakonik Bolivije, članak 1434.: I. *El acreedor, si no se ha acordado otra cosa está obligado a pagar los impuestos y las cargas anuales del inmueble. II. Tiene la obligación de conservar, administrar y cultivar el fundo como un buen padre de familia. Los gastos correspondientes se deben sacar de los frutos. III. El acreedor, si quiere liberarse de esas obligaciones, puede en todo momento restituir el inmueble al constituyente, siempre que no haya renunciado a tal facultad.*

78 Više Espinoza, F. F., op. cit., str. 182-183.

79 Od 1992. do 2001. godine u deset najvećih bolivijskih gradova porasla je uporaba antihreznog najma. Opće je mišljenje da je tako popularna zbog bolivijskoga traumatičnog iskustva s visokom inflacijom i jer visoke kamatne stope prisiljavaju vlasnike nekretnina financirati svoje projekte iz antihreznih ugovora. Navarro, I., op. cit., str. 148. V. dalje bilj. 83.

80 Espinoza smatra da je u praksi, ovaj postotak i veći, jer se službeni izvori odnose samo na one ugovore koji su zaključeni sukladno zakonskoj proceduri (ovjera i registracija ugovora), što se u mnogo slučajeva ne provodi. Espinoza, F. F., op. cit., str. 184.

81 Ovakav dogovor uključuje i nekoliko različitih odgovornosti jedne i druge strane koje se temelje na zakonskim odredbama o antihrezi i nekim dodatnim uglavcima koji predstavljaju dispoziciju stranaka. Tako se, primjerice, često ugovara mogućnost da antihrezni dužnik kupi nekretninu koju koristi na temelju zaključene antihreze, nakon što istekne ugovoreni period. U pravilu se ovaj scenarij realizira kada je riječ o nekretninama koje su pod antihrezom duže razdoblje, od četiri do osam godina. Također, ova je opcija moguća i u slučajevima kada vlasnik nekretnine nije u mogućnosti vratiti ugovoreni iznos novca po dospijeću njegove obveze da to učini. Espinoza, F. F., op. cit., str. 185.

Takav antihrezni sustav može biti vrlo učinkovit način iskorištavanja nekretnina koje u protivnome stoje prazne i bez svrhe, a istodobno je i način dolaska do jeftinog kapitala te stoga može poboljšati životne uvjete i omogućiti srednjoj klasi uštedu za kupnju svoje prve nekretnine ili, čak, nakon određenog vremena, kupnju nekretnine koja je bila predmetom ugovora o antihrezi.<sup>82</sup> U bolivijskoj praksi prepreku maksimalnom iskorištavanju potencijala ovog instituta čine pretjerana birokratizacija i visoki porezi, stvarajući kontraučinak i tako nanoseći štetu gospodarstvu umjesto isticanja perspektive i važnosti provedbe antihreze kao sredstva poboljšanja životnih uvjeta, smanjenja siromaštva i razvijanja ekonomije.<sup>83</sup>

#### **4. UMJESTO ZAKLJUČKA - ANTIHREZA U HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU DE LEGE FERENDA**

Iako je hrvatska pravna tradicija utemeljena na rimskom pravnom sustavu<sup>84</sup> i unatoč tomu što su neki srednjovjekovni hrvatski statuti poznavali institut *pactum*

82 Jedan od načina rješavanja pitanja stanovanja prepoznat je u ugovoru o antihrezi. Budući da stanar cijeli iznos plaća vlasniku na samom početku, on nema rizika da će stanar postati nelikvidan. Kao rezultat toga, iznos antihreze će biti niži nego kod klasičnog najma, što je karakteristika koja čini antihrezu privlačnim sredstvom za stanovanje siromašnih (usp. bilj. 80). S druge strane, antihrezni mehanizam može biti nedostižan najsiromašnijoj populaciji koja nema pristup većoj svoti novca koja je potrebna kako bi ušli u taj ugovorni odnos. Oni stanari koji imaju veći iznos novca ujedno su i oni za koje je manja mogućnost da će postati nelikvidni tijekom trajanja ugovora. Oni koji si ne mogu priuštiti ovaj ugovor, imaju samo opciju klasičnog najma s višim najamninama. Politika koja čini evikcije sve skupljima i na druge načine čini klasični najam manje profitabilnim, dovodi vlasnike šireg kruga nekretnina prema antihrezi, još više sužavajući mogućnosti za najsiromašnije. Navarro, I., op. cit., str. 134. Slično se koristi se u Koreji ugovor *chonsei* koji predstavlja antihrezni najam i omogućuje rješavanje brojnih problema stanovanja. V. više Kim, J., Financial Repression and Housing Investment: An Analysis of the Korean Chonsei, *Journal of Housing Economics*, vol. 22, 4/2013, str. 338-358; Ambrose, B. W., Kim, S., Modeling the Korean Chonsei Lease Contract, *Real Estate Economics*, vol. 31/2003, str. 53-74.

83 Potaknuta velikom primjenom antihreznog najma u praksi, bolivijska vlada je odlučila izraditi zakonski okvir za institut antihreze kako bi se povećala sigurnost obiju stranaka, što je dovelo do birokratiziranog postupka opterećenog povišenim porezima i taksama. Konačan rezultat je da se ugovori o antihreznom najmu zaključuju, ali bez njihove registracije u registru nekretnina, što ujedno onemogućuje ostvarenje bankarskih kredita u tu svrhu jer sve banke kao uvjet kreditiranja antihreznih najмова postavljaju registraciju ugovora i stvarnog prava antihreze. Espinoza, F. F., op. cit., str. 190-192.

84 U materiji hrvatskoga založnog prava jasno su vidljivi rimski temelji, ponajprije u konceptu instituta stvarnopravnih osiguranja tražbina, ručnog zaloga i hipoteke. Sukladno Ulpijanovu stajalištu ova dva instituta razlikovala su se s obzirom na činjenicu posjedovanja založene stvari. Tek Hugo Grotius u 17. stoljeću uvodi i razlikovanje prema predmetu osiguranja, pa tako predmetom osiguranja ručnim zalogom mogu biti samo pokretne stvari, dok hipoteka može postojati samo na nekretninama. Ovaj kriterij razlikovanja slijedio je austrijski Opći građanski zakonik, kao i jugoslavenski propisi, dok je hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iznova aktualizirao Ulpijanov kriterij posjedovanja. Petrak, M., Rimski pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 52, 5/2002, str. 122.

*antichreticum*,<sup>85</sup> za suvremeno hrvatsko pravo ključan je bio utjecaj austrijskog i njemačkog prava, čijem pravnom krugu Hrvatska i pripada. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>86</sup> slijedi Austrijski građanski zakonik<sup>87</sup> prema kojem hipotekarni vjerovnici i vjerovnici čije su tražbine osigurane nedobrovoljnim ili zakonskim založnim pravom na pokretninama te registarskim založnim pravima, nemaju pravo na posjed zaloga, niti su ovlašteni ubirati i prisvajati plodove i koristi od zaloga te i općenito upotrebljavati zalog.<sup>88</sup>

ZV zabranjuje da se hipotekarnom vjerovniku dopusti posjedovanje i upotrebljavanje nekretnine koja je pod hipotekom, propisujući člankom 329. kako hipotekarni vjerovnik nema pravo na posjed založene nekretnine, niti ima pravo ubirati i prisvajati njezine plodove i druge koristi ili bilo kako upotrebljavati tu nekretninu. U stavku 2. istog članka propisuje kako je odredba ugovora ili drugoga pravnog posla suprotna stavku 1. članka 329., ništetna. Iz navedenoga članka razvidno je kako hrvatsko pravo zabranjuje *pactum antichreticum* uz hipoteku, a ne poznaje ugovor o antihrezi u smislu amortizacijske i/ili kompenzacijske antihreze.<sup>89</sup>

Antihrezu kontinuirano kritiziraju i ekonomski i pravni stručnjaci. Kritički

85 Za razliku od statuta istarske pravne regije, u slavonskim, hrvatskim i dalmatinskim, postoje odredbe koje ukazuju na to da je nekretnina davana na plodouživanje vjerovniku u zamjenu za kamate, dok dužnik ne vrati dug. Zanimljivo je usporediti zabranu Umaškog, Pulskog, Rovinjskog statuta s odredbama Splitskog i Zadarskog statuta koji su dopuštali takva ugovaranja. Kako Margetić navodi, sukladno odredbama Splitskog statuta glavna je karakteristika zaloga vjerovnikovo pravo da zadrži založenu stvar i uživa njezine plodove sve dok dužnik ne vrati zajam zbog kojeg je dano osiguranje u vidu zaloga. Ovakav tip zaloga požuruje dužnika da vrati dugovano, kako bi čim prije dobio nazad posjed založene stvari. V. detaljnije Margetić, L., *Diritto medievale croato, Diritti reali, Atti del Centro di Ricerche Storiche Rovigno*, vol. 14/1983/84, str. 98.

86 *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/09, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 (u daljnjem tekstu ZV).

87 Austrijski građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), JGS Nr. 946/1811.

88 Mihelčić, G., op. cit., str. 317.

89 Iako je antihrezni sporazum zabranjen uz hipoteku, prema Kunštek u učinak takvog sporazuma mogao postići ekstenzivnim tumačenjem članka 331. ZV-a, koji propisuje kako založni vjerovnik ima pravo ubirati civilne plodove nekretnine koju posjeduje na temelju nekog pravnog odnosa, ako mu je založeno samo pravo na plodove. „Istina je da antikrezi prilično često koriste ljudi sumnjiva morala ili pripadnici kriminalnog podzemlja – no zlouporaba jednog pravnog instituta ne bi trebala predstavljati razlog za njegovu apsolutnu zabranu. Onda bi cijela pravnofilozofska konstrukcija ‘zabrane zlouporabe prava’ postala besmislena. Uostalom, ne postoji niti jedno pravo koje se ne može zlorabiti. Kada je u pitanju antikreza, moguće su različite koristi od njenog dopuštanja i masovnije primjene. One su u svakom slučaju daleko veće od eventualnih negativnih posljedica. Naime, u nizu država antikreza u stvarnosti predstavlja značajan instrument za rješavanje stambenih problema osoba koje nemaju dovoljno sredstava za kupnju nekretnine. Dakako, s druge strane ona omogućuje vlasnicima nekretnina, u pravilu građevinskim poduzetnicima, da bez prijenosa prava vlasništva ipak dođu do dijela sredstava potrebnih za nastavak njihove djelatnosti. Prema tome, antikreza može imati važan gospodarski i opći društveni značaj.“ Kunštek, E., *Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, 1/2004, str. 374.

osvrta u pravilu polaze od teze da ona smanjuje produktivnost nekretnine ili njezin prihod, jer umanjuje vjerovnikov interes ulaganja kapitala u održavanje nekretnine. Osim toga, kvalificira se preprekom kreditima budući da sprječava davanje nekretnine u cilju osiguranja drugih obveza, stvarajući ograničenje na cijeloj nekretnini, neproporcionalno s potrebama obveze koja se ima ispuniti. U komparaciji antihreze s hipotekom, potonja se uvijek procjenjuje pobjednicom jer se (površno gledajući) hipoteka čini povoljnijim pravnim institutom. Razlog tomu je što se kauzom antihreze smatra isključivo osiguranje tražbine, a zanemaruje se da antihrezni vjerovnik, osim osiguranja koje mu pruža posjedovanje nekretnine, ima i veoma učinkovito sredstvo namirenja svoje tražbine jer se trenutkom zaključenja ugovora pokreće mehanizam koji mu omogućuje namirenje iz plodova nekretnine, a upravo tu značajku treba iskoristiti kao prednost ovoga instituta.

S obzirom na to da je svrha ovoga rada bila istražiti postoji li razlog zašto bi se i na koji način trebalo promijeniti uređenje antihreze (u širem smislu) *de lege lata* u hrvatskom pravu, mišljenja smo da na osnovi iznesene povijesno pravne i komparativne analize instituta *pactum antichreticum* i antihreze, kao i na temelju općepoznatog pravnog, društvenog i socijalnog stanja u Hrvatskoj, možemo zaključiti kako bi reguliranje kompenzacijske i amortizacijske antihreze moglo ostvariti pozitivne učinke.

Iako je najistaknutiji primjer dobre prakse uporabe antihreze, onaj iz Bolivije, (i)realnost mogućnosti preuzimanja takvog modela pravnog uređenja povezana je s različitim dimenzijama ovog izazova. S obzirom na to da hrvatski pravni sustav poznaje *numerus clausus* stvarnih prava, što čini jedan od njegovih temelja, veoma je teško zamisliti da bi zakonodavac pravo koje nastaje na temelju ugovora o antihrezi regulirao kao stvarno pravo antihreze. Uostalom, kada bi antihreza bila stvarno pravo na tuđoj stvari koje uključuje *ius possidendi*, *ius fruendi*, *ius distrahendi* te *ius prelationis*, hipoteka bi doista bila privlačniji institut, omogućavajući dužniku zadržavanje posjeda nekretnine. Upravo zato valjalo bi razmišljati u drugome smjeru i razmotriti mogućnost reguliranja ugovora o antihrezi kao instrumenta dobrovoljnog anticipiranog namirenja i osiguranja tražbine, ali koje ne podrazumijeva i *ius distrahendi* te *ius prelationis*. Kako bi se ugovornim strankama pružila bolja zaštita i svim sudionicama u pravnom prometu dala veća pravna sigurnost, ovaj bi ugovor trebalo zabilježiti u zemljišnim knjigama s učinkom *erga omnes*, po uzoru na talijansko pravo.

Kompenzacijska antihreza, to jest antihrezni najam, mogao bi doprinijeti rješavanju stambenog pitanja mladih i pružanju alternativnih sredstava financiranja koji su povoljniji od skupih zajmova. S obzirom na to da je stambeno pitanje mladih usko povezano s pitanjem povoljnih izvora financiranja, učinkovito i alternativno rješenje moglo bi se postići antihreznim najmom, odnosno kompenzacijskom antihrezom po uzoru na bolivijsku praksu, no razumljivo, uz potrebne modifikacije. Reguliranje antihreze, sukladno bolivijskom primjeru, ali koje svakako mora biti oslobođeno suvišne birokratizacije i skupih nameta, a opet dovoljno osigurano javnobilježničkim aktom kako bi stranke maksimalno umanjile rizik, omogućilo bi jednostavnije rješavanje stambenog pitanja mladih i pristup kapitalu, i jedno i drugo

po uvjetima povoljnijim nego na tržištu najma nekretnina i bankovnih kredita.

Nadalje, amortizacijska antihreza kao sredstvo namirenja i osiguranja tražbine olakšala bi pristup kreditima u situaciji sloma kreditnog tržišta, jer bi se osim vrijednosti nekretnine (na temelju hipoteke) mogla ponuditi i vrijednost uporabe te nekretnine, a zajmodavca ujedno staviti u povoljniji položaj u kojem svoju tražbinu može namirivati postupno i prije dospijeća, a ne samo nakon zakašnjenja dužnika. Najveća vrijednost amortizacijske antihreze upravo je u tomu što se režimom ovog ugovora od dvije moguće vrijednosti nekretnine (vrijednost uporabe i prodajna vrijednost) kompromitira samo jedna, a to je vrijednost uporabe, dok vlasnik i dalje za sebe zadržava prodajnu vrijednost te ne ugrožava svoje vlasništvo, pa s njime može raspolagati u skladu sa svojim potrebama i željama.

Konačno, institut amortizacijske antihreze pomogao bi u rješavanju problema građevinskog sektora u kojem se obujam radova drastično umanjio što usporedno prati i smanjivanje broja radnih mjesta, a kao tekući problem pojavljuje se i vraćanje skupih zajmova koje su te iste tvrtke ugovorile kako bi uopće izgradile građevinu koju sada/potom ne mogu prodati. Umjesto da banke naplatu pokušavaju realizirati ovrhom nad tim nekretninama (uspjeh čega je također vrlo upitan), stvorila bi se mogućnost aktiviranja njihove vrijednosti ugovorima o antihrezi kojima bi se riješilo pitanje njihova namirenja te koordiniralo pitanje kapitala kvalitetnim omjerima za investicije i novim izvorima podrške rada građevinskim tvrtkama.

Na ovaj način, uvođenjem instituta ugovora o antihrezi u hrvatski pravni poredak moglo bi se utjecati na pomake utri osjetljiva područja, iako bi učinkovitost ovog instituta ponajviše ovisila o porezima i pristojbama koji će se propisati u svezi sa zaključenjem ovih ugovora, pri čemu treba kontinuirano osigurati da birokratizacija i pretjerani nameti ne unište svrhu instituta koji trebaju biti povoljni i jednostavni.

#### LITERATURA

##### Vrela:

1. *Corpus iuris civilis*: Vol. I. *Institutiones* (recognovit P. Krueger); *Digesta* (recognovit T. Mommsen, retractavit P. Krueger); Vol. II. *Codex Iustinianus* (recognovit et retractavit Krueger); Vol. III. *Novellae* (recognovit R. Schoell, opus Schoellii morte interceptum absolvit G. Kroll); Dublin-Zürich (Weidmann), 1973. (Vol. I.); 1967. (Vol. II.), 1972. (Vol. III.)
2. Gordon, William M., Robinson, Olivia F. (eds.), *The Institutes of Gaius*, Cornell (UP), 1988.
3. Mommsen, Theodor, Krüger, Paul, Watson, Alan, (eds.), *The Digest of Justinian*, (vol. I-IV), Pennsylvania, 1985.
4. Mommsen, Theodor, Meyer, Paul, (eds.), *Theodosiani libri XVI. cum consuetudinibus Sirmondianis et Leges ad Theodosianum pertinentes*, Berolini, 1905.
5. Pothier, Robert G., *Le Pandette di Giustiniano*, Vol. I; Venezia, Co'tipi di Antonio Bazzarini, 1833.
6. Pothier, Robert G., *Le Pandette di Giustiniano*, Vol. II; Venezia, Co'tipi di Antonio Bazzarini, 1841.
7. Scott, Samuel P., *The Civil Law, IV; The Enactments of Justinian. The Digest Or Pandects*, Book XIII, Cincinnati, 1932.
8. Voet, Giovanni, *Commento alle Pandette*, Venezia, Co'tipi di Antonio Bazzarini, 1837.

*Zakonski tekstovi:*

1. Austrijski građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), JGS Nr. 946/1811.
2. *Code civil des Français, French Civil Code, as of 1st July 2013 (Translation: David W. Gruning, Professor Of Law, Loyola University, School of Law, New Orleans).*
3. Código Civil Boliviano, Gaceta N° 800 del 15 de Agosto de 1975.
4. *Código Civil de Chile, Decreto con Fuerza de Ley 1, 21-ABR-2015 Ley 20830.*
5. Código Civil de la República de El Salvador, Gaceta Oficial de 19 de mayo de 1860.
6. Código Civil de la República Dominicana, Modificado por la Ley 1930 del 1949.
7. Código Civil de la República Oriental del Uruguay, 26 de febrero de 2010.
8. Código Civil de Venezuela, Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
9. *Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887.*
10. Código Civil Ecuatoriano, Codificación 010, Registro Oficial, Suplemento 46 De 24/06/2005.
11. Código Civil Español, 25 de julio de 1889, última modificación: 6 de octubre de 2015.
12. *Il Codice Civile Italiano, Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942, ultimo aggiornamento: marzo 2000.*
13. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/09, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

*Knjige i članci:*

1. Alegre de Miguel, Jorge D., *La anticresis: funcion e finalidad en el Código Civil español y en el Código Civil de Catalunya*, Barcelona, ESADE, Facultat de Derecho, Universitat Ramon Llull, 2013.
2. Ambrose, Brent W., Kim, Sunwoong, Modeling the Korean Chonse Lease Contract, *Real Estate Economics*, vol. 31/2003, str. 53-74.
3. Anić, Šime, Klaić, Nikola, Domović, Želimir, *Rječnik stranih riječi, Tudice, posuđenice, izrazi, kratice i fraze*, Zagreb, SANI-PLUS, 2002.
4. Bobbink, Rian, *Antichresis: het vergeten zekerheidsrecht, Een historische vergelijking met het Franse recht*, GROM 2016, on line publication, preuzeto s file:///D:/Users/Ines/Downloads/28933-34063-1-SM%20(2).pdf, 8. siječnja 2019.
5. Camonita, Salvatore, *L'anticresi e la garanzia del credito*, preuzeto s www.diritto.it, objavljeno 23.02.2012.
6. Catalano, Pierangelo, *Diritto e persone I*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990.
7. Cicero, Cristiano, *Il Codice Civile, Commentario*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
8. Cohen, Boaz, *Antichresis in Jewish and Roman Law*, New York, Shulsinger Bros. Inc., 1966.
9. Eichler, Barry. L., *Indenture at Nuzi, The Personal Tidenūtu Contract and its Mesopotamian Analogues*, London, Yale University Press, 1973.
10. Ellickson, Robert C., Thorland, Charles, Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 71/1995, str. 394-399.
11. Espinoza, Fabian Farfan, Bolivia's Land Tenure Experience, chapter ten, u: *Land, Rights & Innovation, Improving Tenure Security for the Urban Poor*, (ur.) Payne, G., London, ITDG Publishing, 2002.
12. Fragali, Michele, *Commentario del Codice civile, Libro quarto, Delle obbligazioni*, art. 1960 - 1991, Bologna, Nicola Zanichelli, 1974.
13. Giuffrè, Romilda, Di taluni contratti trascurati: il mandato di credito e l'anticresi, *Corriere giuridico*, 1/2012, str. 34-39.
14. Hernandez-Moreno, Alfonso, *Antichresis o Contrarium Mutuum*, Barcelona, Real Academia de Ciencias Economicas e Financieras, 2014.
15. Kim, Jinwon, Financial Repression and Housing Investment: An Analysis of the Korean Chonse, *Journal of Housing Economics*, vol. 22, 4/2013, str. 338-358.



16. Kunštek, Eduard, Prijenos prava vlasništva radi siguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003., *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, 1/2004, str. 365-381.
17. Lachner, Višnja, Roškar, Jelena, Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće, *Zbornik radova znanstvenog skupa "Austrijski građanski zakonik (1811-2011)"*, Tuzla: Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, 2013., str. 31-49.
18. Lovera, Marco, *El contrato de anticresis*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993.
19. Macario, Francesco, *Dei singoli contratti (art. 1861 – 1986)*, Torino, Utet Giuridica, 2009.
20. Manigk, Alfred, *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano*, Roma, Facoltà Giuridica della Roma Università, 1911.
21. Margetić, Lujo, Diritto medievale croato, Diritti reali, *Atti del Centro di Ricerche Storiche Rovigno*, vol. 14/1983/84, str. 77-161.
22. Mastropaolo Fulvio, L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia consistente in poteri su cose immobili, *Rivista di diritto civile*, vol. 50, 5/2004, str. 707-747.
23. Matić, Ines, *Pactum antichreticum*, doktorska disertacija, Rijeka, Pravni fakultet u Rijeci, 2017.
24. Matić, Ines, Petranović, Anamari, Antihreza u rimskoj pravnoj doktrini, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 39, 3/2018, str. 1153-1168.
25. Mecenate, Fulvio, L'anticresi, Una possibile alternativa per il mercato immobiliare e per l'accesso al credito, *Gazzetta Notarile*, 7/9/2014
26. Mihelčić, Gabrijela, Izvansudsko namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2011.
27. Mirabelli, Giuseppe, *Dell'anticresi*, Napoli, Editore Federico Corrado, 1888.
28. Mousourakis, George, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, London, Springer, 2015.
29. Murillo, Maria Luisa, The evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification, *Journal of Transnational Law&Policy*, vol. 11, 1/2001, str. 1-20.
30. Navarro, Ignacio, *Housing tenure, property rights and urban development in developing countries*, Georgia Institute of Tehnology and Georgia State University, 2008.
31. Navarro, Ignacio, Turnbull, Geoffrey K., Antichresis leases: Theory and empirical evidence from the Bolivian experience, *Regional Science and Urban Economics*, vol. 40, 1/2010, str. 33-44.
32. Nicita, Francesco Paolo, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Anticresi*, Unione tipografico – Editrice Torinese, 1968.
33. Openheim, Leonard, Antichresis: an ancient security device revived (Editorial-Comments, T. L. R. 1938), *Tulane Law Review*, vol. 13/1938, str. 131-143.
34. Persico, Giovanni, Anticresi, u: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1958.
35. Petrak, Marko, Rimska pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 52, 5/2002, str. 1045-1060.
36. Purves Pierre M., Commentary on Nuzi Real Property in the Light of Recent Studies, *Journal of Near Eastern Studies*, vol. 4, 2/1945, str. 68-86.
37. Purves Pierre M., Additional Remarks on Nuzi Real Property, *Journal of Near Eastern Studies*, vol. 6, 3/1947, str. 181-185.
38. Ratto, Leonardo, I contratti agrari e di lavoro nel codice di Hammurabi, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, vol. 35, 138/1904, str. 219-222.
39. Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1975.
40. Speiser, Ephraim Avigdor, New Kirkuk Documents Relating to Security Transactions, *Journal of the American Oriental Society*, vol. 52, 4/1932, str. 350-367.

41. Tedeschi, Vittorio, *L'Anticresi*, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1952.
42. Thomas, Philip, Antichresis, Hemiolia and the Statutory Limit on Interest in Gerard Noodt's *De foenore et usuris*, *De Jure*, vol. 40, 1/2007, str. 52-68.
43. Van Niekerk, S. J., et al. (ur.), *The Three Book on Interest – bearing Loans and Interest (Foenus et Usurae) by Gerard Noodt*, Leiden, Pretoria University Law Press, 2009.
44. Wells, Bruce, The Quasi-Alien in Leviticus 25. The Foreigner and the Law: Perspectives from the Hebrew Bible and the Ancient Near East, *Beihefte zur Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte*; Bd. 16. Wiesbaden, Germany: Harrassowitz Verlag, 2011.
45. Zimmermann, R., *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2005.

Ines Matić\*  
Anamari Petranović\*\*

Summary

## ANTICHRESIS DE LEGE FERENDA

The Croatian Act on Ownership and Other Real Rights, Article 329 (paragraph 1) prohibits a mortgage lender from possessing and using the immovable property that is the subject of a mortgage, including the collection of fruits or other benefits from referring subject, further prescribing (paragraph 2) as null and void provision of opposite contractual order. Consequently, by this provision Croatian legislative platform does prohibit *pactum antichreticum*, while antichresis, as an independent contract, is not (co)existent. The aim of this paper is to examine the potential advantages in regulation of the institute of antichresis and / or *pactum antichreticum* that is considering Croatian law *de lege ferenda*. For this purpose, the first part of the paper provides the functionally summarized historical legal analysis of these institutes that propedeutically support the comparative analysis of their position in contemporary law, which has been examined in the second part of the paper, leading to their conclusive evaluation and affirmation of their potential benefits and practical advantages.

**Keywords:** *antichresis; pactum antichreticum; Roman law; Act on Ownership and Other real Rights; security rights; settlement of claims.*

Zusammenfassung

## ANTICHRESIS DE LEGE FERENDA

Das kroatische Gesetz über das Eigentum und andere Sachenrechte verbietet durch Artikel 329 Paragraph 1 dem Grundschuldgläubiger den Besitz und das Nutzen der mit dieser Grundschuld belasteten Immobilie, was auch das Verbot des Fruchtziehungsrechts und anderer Nutzungsrechte an dieser Immobilie einschließt. Weiterhin schreibt Paragraph 2 desselben Artikels vor, dass jede Bestimmung, die im Vertrag anders als es im Paragraph 1 dieses Artikels vorgeschrieben ist, feststellen würde, nichtig ist. Mit dieser Bestimmung hat der kroatische Gesetzgeber das *Pactum antichreticum* verboten, während er die Antichresis als selbstständiger

\* Ines Matić, Ph.D., Postdoctoral Student, Univeristy of Rijeka, Faculty of Law; imatic@pravri.hr.

\*\* Anamari Petranović, Ph.D., Associate Professor, Univeristy of Rijeka, Faculty of Law; anamari.petranovic@pravri.hr.

Vertrag überhaupt nicht anerkennt. Ziel dieses Beitrags ist, die potentiellen Vorteile der Regulierung des Instituts der Antichresis und/oder des *Pactum antichreticum* im kroatischen Recht *de lege ferenda* zu überprüfen. Deshalb stellt man im ersten Teil des Beitrags eine zusammenfassende historisch-rechtliche Analyse dieser Institute dar, die propädeutisch der komparativen Analyse dieser Institute in moderner Rechtsvergleichung dient. Die komparative Analyse wird im zweiten Teil des Beitrags durchgeführt, wonach man abschließend zu Erkenntnissen über potentielle Vorteile der Anwendung dieser Institute in Praxis kommt.

**Schlüsselwörter:** *Antichresis; Pactum antichreticum; römisches Rech; Gesetz über das Eigentum und andere Sachenrechte; Sicherung der Forderung; Befriedigung der Forderung.*

Riassunto

## L'ANTICRESI DE LEGE FERENDA

La legge croata sulla proprietà e gli altri diritti reali all'art. 329, comma 1, pone il divieto in capo al creditore ipotecario di possedere o detenere un immobile che sia oggetto di ipoteca, incluso il divieto di godimento dei frutti anche civili dell'immobile, statuendo al capoverso dello stesso articolo la nullità di una previsione con la quale verrebbe definito il contrario. Con tale disposizione il legislatore croato vieta il *pactum antichreticum*, mentre l'anticresi quale fattispecie a sé stante non è affatto contemplata nella legislazione croata. Lo scopo di questo lavoro è valutare la potenziale opportunità della regolamentazione dell'istituto dell'anticresi e/o del *pactum antichreticum* nel diritto croato *de lege ferenda*. A tale fine, nella prima parte del lavoro si offre un'analisi storico-giuridica prodromica alla disamina comparata degli stessi istituti giuridici nel diritto comparato contemporaneo, che seguirà nella seconda parte del lavoro e mediante la quale si apprenderà se l'applicazione di tali istituti porti a dei vantaggi concreti della prassi.

**Parole chiave:** *anticresi; pactum antichreticum; diritto romano; legge sulla proprietà e gli altri diritti reali; garanzia del debito; adempimento della prestazione.*

## PRAVO NA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA KAO TEMELJNO PRAVO I ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG NJEGOVE POVREDE

*Prof. dr. sc. Maja Bukovac Puvača\**  
*Armando Demark, mag. iur.\*\**

UDK: 342.738:347.51  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.11>  
Ur.: 21. prosinca 2018.  
Pr.: 22. siječnja 2019.  
Prethodno priopćenje

### **Sažetak**

*Pravo na zaštitu osobnih podataka priznato je kao temeljno pravo u članku 8. Povelje Europske unije o temeljnim pravima. Od kraja svibnja 2018. godine u svim se državama članicama izravno primjenjuje Opća uredba o zaštiti podataka, kojom je zaštita osobnih podataka potpuno europeizirana i ukinuti su do tada postojeći različiti sustavi njihove zaštite u nacionalnim pravnim sustavima. Uredba je izazvala veliki interes u javnosti, primarno zbog bitno pojačanih nadzornih ovlasti tijela za zaštitu osobnih podataka i visine upravnih novčanih kazni koje se za kršenje njenih odredbi mogu izricati. Uredba u članku 82. donosi i novo uređenje odgovornosti za takvim kršenjem prouzročenu štetu, od kojeg se također očekuje da potencijalne štetnike odvraća od protupravne obrade osobnih podataka. Budući da je isključena primjena nacionalnih pravila o odgovornosti za štetu, došlo je do pomaka k nešto strožoj odgovornosti (težem oslobođenju od odgovornosti), povećan je broj potencijalno odgovornih osoba, uz solidarnu odgovornost voditelja i izvršitelja obrade, a ostavljena je i mogućnost vrlo širokog tumačenja pojma oštećenika te je izričito priznato pravo na naknadu neimovinske štete (do tada priznato u rijetkim nacionalnim sustavima).*

**Ključne riječi:** *zaštita osobnih podataka; temeljno pravo; pravo na privatnost; odgovornost za štetu; voditelj obrade; izvršitelj obrade; šteta.*

\* Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, redovita profesorica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; bukovac@pravri.hr.

\*\* Armando Demark, mag. iur., doktorand, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, armando.demark@gmail.com.

## 1. UVOD

Za pravo pojedinaca na zaštitu njihovih osobnih podataka iz članka 16. stavka 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU)<sup>1</sup> i članka 8. Povelje Europske unije o temeljnim pravima,<sup>2</sup> pravni okvir zaštite koji se temeljio na Direktivi 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka,<sup>3</sup> nije se pokazao dovoljno učinkovitim. Nije omogućio nadzor pojedinaca nad njihovim osobnim podacima i odgovarajući stupanj zaštite tih podataka u informacijskom društvu.<sup>4</sup> Sve veća dostupnost osobnih podataka različitim privatnopravnim i javnopravnim subjektima i mogućnost da se zbog suvremenog stupnja tehnološkog razvoja ti podatci velikom brzinom razmjenjuju i koriste na globalnoj razini, sa sobom nose rizik njihova neovlaštenog prikupljanja, obrade i prijenosa. Time je ozbiljno ugrožena informacijska osobnost pojedinca,<sup>5</sup> koja podrazumijeva da on odlučuje kada, kome, koliko i kako će priopćiti osobne podatke.<sup>6</sup>

- 1 Ugovor iz Lisabona kojim se mijenja Sporazum o Europskoj uniji i Sporazum o uspostavljanju Europske zajednice, SL 306 od 17. prosinca 2007., Konsolidirane verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, SL C od 19. svibnja 2008., čl. 16. st. 1.: 1. *Svatko ima pravo na zaštitu svojih osobnih podataka.*
- 2 SL C 202 od 07.06.2016., dalje u tekstu: Povelja. Čl. 8. Povelje (Zaštita osobnih podataka):
  1. *Svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose.*
  2. *Takvi podatci moraju se obrađivati pošteno, u utvrđene svrhe i na temelju suglasnosti osobe o kojoj je riječ, ili na nekoj drugoj legitimnoj osnovi utvrđenoj zakonom. Svako ima pravo na pristup prikupljenim podacima koji se na njega ili nju odnose i pravo na njihovo ispravljanje.*
  3. *Poštovanje tih pravila podliježe nadzoru neovisnog tijela.*
- 3 SL L 281, 23.11.1995., dalje u tekstu: Direktiva 95/46/EZ. Osim te Direktive, odredbe o zaštiti osobnih podataka sadrži i Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama), SL L 201/37, 31.7.2002. Navedena bi Direktiva također trebala biti zamijenjena Uredbom. Vidi: Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o poštovanju privatnog života i zaštiti osobnih podataka u elektroničkim komunikacijama i stavljanju izvan snage Direktive 2002/58/EZ (Uredba o privatnosti i elektroničkim komunikacijama), Europska komisija, COM(2017) 10 final, 2017/0003(COD), Bruxelles, 10.1.2017. dalje: Prijedlog Uredbe o privatnosti i elektroničkim komunikacijama.
- 4 Termin informacijskog društva koristi se za označavanje društva u kojem se znatan stupanj aktivnosti usmjerava na stvaranje, distribuciju i ponovno korištenje informacija pomoću informacijsko-komunikacijskih tehnologija. Prema: [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information\\_society.html](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information_society.html) (28.11.2018.).
- 5 Pojam informacijske osobnosti još je 1970. godine definirao Alan Westin kao „zahtjev pojedinaca, grupa ili institucija da samostalno odluče kada će, kako i koje informacije o sebi ustupiti drugima”, Westin A., *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1970., str. 7, cit. prema: Brezak, M., *Pravo na osobnost, Pravna zaštita osobnih podataka od zlouporabe*, Zagreb, Nakladni zavod Matice Hrvatske, 1998., str. 22.
- 6 Njemački je Ustavni sud 1983. godine prihvatio koncept informacijske osobnosti kao ovlaštenje pojedinca da samostalno odluči kada i do koje mjere informacije o njegovu privatnom životu mogu biti iznesene drugima. Naravno, takvo ovlaštenje nije neograničeno, s obzirom na to da je pravo na zaštitu osobnih podataka podložno ograničenjima u slučajevima od javnog interesa te (kumulativno) kada su navedena ograničenja propisana zakonom, jasna i proporcionalna. Kiss, Attila, Szoke, Gergely Laszlo, *Evolution or Revolution? Steps Forward to a New Generation of*

Zbog činjenice da direktive obvezuju države članice samo u pogledu rezultata koje treba postići i da one pritom slobodno biraju oblik i način njihove implementacije, na području Unije razvio se niz različitih sustava zaštite osobnih podataka. Te su različite razine zaštite prepoznate kao moguća prepreka slobodnom protoku osobnih podataka u Uniji i europski zakonodavac je zaključio da okvir te zaštite mora biti čvršći i usklađeniji, odnosno da je Direktivu potrebno zamijeniti Uredbom. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka)<sup>7</sup> u cijelosti je obvezujuća i izravno se primjenjuje od 25. svibnja 2018. u svim državama članicama Europske unije.<sup>8</sup> Na obradu osobnih podataka koju obavljaju institucije, tijela, uredi i agencije Unije primjenjuje se Uredba (EZ) br. 45/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 18. prosinca 2000. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podatak u institucijama i tijelima Zajednice i o slobodnom kretanju takvih podataka.<sup>9</sup> Međutim, ona, kao i drugi pravni akti Unije koji se na tu obradu odnose, mora biti prilagođena načelima i pravilima ove Uredbe.<sup>10</sup>

Osobni su podatci za potrebe Uredbe definirani kao svi podatci koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi, izravno ili neizravno.<sup>11</sup> Uredba se primjenjuje na obradu<sup>12</sup> osobnih podataka pojedinaca (živih<sup>13</sup> fizičkih osoba),<sup>14</sup> bez obzira na to obavlja li se automatizirano ili neautomatizirano, ako ti podatci čine dio sustava pohrane ili su za to namijenjeni.<sup>15</sup> Ne primjenjuje se na pitanja zaštite osobnih podataka u vezi s djelatnostima izvan područja polja primjene prava Unije,

---

Data Protection Regulation, u: Gutwirth, S., Leenes, R., de Hert, P. (eds.), *Reforming European Data Protection Law*, Springer International Publishing AG, 2015., str. 314 -315.

7 SL L 119, 4.5.2016., str. 1, dalje u tekstu: Uredba.

8 Uredba ostavlja državama članicama prostor za dodatno, detaljnije reguliranje pravila koja se odnose na posebne kategorije osobnih podataka (tzv. osjetljivi podatci), odnosno preciznije određivanje pretpostavki pod kojima je obrada takvih podataka zakonita.

9 SL L 8, 12.1.2001., str. 1., dalje u tekstu: Uredba (EZ) br. 45/2001.

10 Čl. 2. st. 3. Uredbe.

11 Identitet pojedinca može se utvrditi *osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podatci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca* (čl. 4. t. 1. Uredbe).

12 Obrada se definira kao *svaki postupak ili skup postupaka koji se obavljaju na osobnim podacima ili na skupovima osobnih podataka, bilo automatiziranim bilo neautomatiziranim sredstvima kao što su prikupljanje, bilježenje, organizacija, strukturiranje, pohrana, prilagodba ili izmjena, pronalaženje, obavljanje uvida, uporaba, otkrivanje prijenosom, širenjem ili stavljanjem na raspolaganje na drugi način, usklađivanje ili kombiniranje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje* (čl. 4. t. 2. Uredbe).

13 Uredba štiti podatke samo živih osoba i državama članicama prepušta reguliranje obrade podataka umrlih osoba. Recital 27. Uredbe.

14 Čl. 1. st. 1. Uredbe. Recital 14. naglašava da se zaštita pruža isključivo fizičkim osobama, bez obzira na njihovu nacionalnost (smatramo da se ovdje pod *nationality* mislilo na državljanstvo, op. a.) ili boravište. Izričito isključuje mogućnost da se njome obuhvate osobni podatci koji se tiču pravnih osoba, osobito poduzetnika.

15 Čl. 2. st. 1. Uredbe.

poput onih u svezi s nacionalnom sigurnosti te obradu osobnih podataka od strane država članica pri obavljanju djelatnosti povezanih sa zajedničkom vanjskom i sigurnosnom politikom Unije.<sup>16</sup> Ne primjenjuje se na obradu osobnih podataka koju fizičke osobe obavljaju isključivo za osobne potrebe i nisu povezane s profesionalnom ili komercijalnom djelatnošću<sup>17</sup> te na obrade nadležnih tijela u svrhu sprječavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela i izvršavanja kaznenih sankcija.<sup>18</sup> Uredba državama članicama ostavlja prostor za dodatno normiranje posebnih situacija obrade, kod kojih se pravo na zaštitu podataka može zbog javnog interesa na određeni način zakonom ograničiti.<sup>19</sup>

Osnovni razlog iznimno velikog interesa koji je donošenje Uredbe izazvalo u javnosti je visina zapriječenih upravnih novčanih kazni za kršenje njenih pravila.<sup>20</sup> Uredbom su bitno pojačane nadzorne ovlasti tijela nadležnih za zaštitu osobnih podataka, a upravo bi upravne novčane kazne i druge sankcije<sup>21</sup> trebale odvrćati od nezakonite obrade i zloupotrebe osobnih podataka. U tom bi smjeru trebalo djelovati i novo uređenje odgovornosti za njima prouzročenu štetu koje Uredba donosi u svom članku 82. Izravna primjena tog članka Uredbe trebala bi ujednačiti položaj oštećenika u državama članicama, ali će sigurno otvoriti i niz pitanja koja se do sada nisu postavljala budući da je Direktiva 95/46/EZ, zbog svoje pravne prirode, ostavljala

16 Čl. 2. st. 2. t. a i b.

17 Čl. 2. st. 2. t. c Uredbe. Ali, ako se za osobne potrebe i kućne aktivnosti (korespondencija, posjedovanje adresa, društveno umrežavanje...) koriste sredstva za obradu osobnih podataka, Uredba se primjenjuje na voditelje ili izvršitelje obrade koji pružaju ta sredstva. Recital 18.

18 Istoga dana usvojena je Direktiva (EU) 2016/680 Europskog parlamenta i Vijeća, od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka od strane nadležnih tijela u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih sankcija i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Okvirne odluke Vijeća 2008/977/PUP, SL L 119, 4.5.2016., str. 89., dalje: Direktiva (EU) 2016/680.

19 To su obrade podataka kod kojih pravo na zaštitu podataka dolazi u „sukob“ sa slobodnom izražavanjem i informiranjem (obrada u novinarske svrhe, svrhe akademskog, umjetničkog ili književnog izražavanja, čl. 85. Uredbe), pravom na javni pristup službenim dokumentima (čl. 86. Uredbe), obradom nacionalnog identifikacijskog broja (čl. 87. Uredbe), obradom osobnih podataka za potrebe zapošljavanja (čl. 88. Uredbe), arhiviranjem podataka u javnom interesu, u svrhe znanstvenog ili povijesnog istraživanja ili statističke svrhe (čl. 89. Uredbe). Posebna pravila države mogu propisati i za ovlasti nadzornih tijela u slučajevima kada voditelj ili izvršitelj obrade podliježu obvezi profesionalne tajne i drugim jednakovrijednim obvezama tajnosti (čl. 90. Uredbe). Za crkve i vjerska udruženja ili zajednice koje već primjenjuju pravila o zaštiti pojedinaca s obzirom na obradu, Uredba propisuje da ih mogu i dalje primjenjivati ako se usklade s njenim pravilima, a može ih nadzirati i posebno neovisno nadzorno tijelo (čl. 90. Uredbe). U predmetu C-25/17 od 10. srpnja 2018., (ECLI:EU:C:2018:551), u kojem se zahtjev za prethodnu odluku odnosio na tumačenje članka 2. točaka (c) i (d) te članka 3. Direktive 95/46/EZ (pojam arhiviranja podataka i nadzornika obrade), Sud Europske unije presudio je kako ne spada u iznimke od primjene Direktive (sada ni Uredbe) prikupljanje osobnih podataka koje provode članovi vjerske zajednice u okviru aktivnosti propovijedanja od vrata do vrata te se vjerske zajednice mogu smatrati nadzornikom obrade osobnih podataka.

20 Vidi čl. 83. Uredbe.

21 Uredba je državama članicama prepustila utvrđivanje pravila za druge vrste sankcija u slučaju kršenja njenih odredbi, ali i one moraju imati isti karakter, tj. biti učinkovite, proporcionalne i odvrćajuće (čl. 84. st. 1. Uredbe).



puno više prostora primjeni nacionalnih pravila o odgovornosti za štetu.<sup>22</sup>

## **2. PRAVO NA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA KAO TEMELJNO PRAVO**

### **2.1. Odvajanje prava na zaštitu osobnih podataka od njemu srodnih prava**

Pravo na zaštitu osobnih podataka od samih je početaka njegova izučavanja izazivalo dvojbe u pogledu njegove pravne prirode. U pravnoj se znanosti sve do druge polovice dvadesetog stoljeća nije raspravljalo o pravu na zaštitu osobnih podataka bez spominjanja drugih prava s kojima se ono dovodi u vezu, a posebice prava na privatnost. Teškoće koje se javljaju pri pokušaju razdvajanja navedenih prava moguće je objasniti stavljanjem naglaska na teorijsku pozadinu prava na zaštitu osobnih podataka i njegovog odnosa s drugim bliskim pravima. Većina šire prihvaćenih definicija privatnosti je po prirodi negativna i uglavnom se svode na izbjegavanje neželjenog uznemiravanja određenog pojedinca, odnosno na problem neželjenog otkrivanja nekih podataka u vezi s privatnom sferom tog pojedinca u njegovu svakodnevnom životu.<sup>23</sup> S druge strane, pravo zaštite osobnih podataka postoji upravo u svrhu olakšavanja protoka informacija, pritom štiteći osobne podatke pojedinaca. U tom kontekstu, cilj je privatnosti osigurati netransparentnost nečijega privatnog života, dok se zaštitom osobnih podataka nastoji postići upravo transparentnost svih drugih podataka koji nisu privatni.<sup>24</sup>

Navedena teza očitovala se i u činjenici što su prvi pravni propisi u okviru europskog prava koji su se doticali prava na zaštitu osobnih podataka,<sup>25</sup> bili dovedeni u izravnu vezu s pravom na privatnost, na način da se pravo na zaštitu osobnih podataka smatralo ili podskupom interesa privatnosti ili pravom istovjetnim pravu na privatnost, njegovim pravom blizancem (engl. *twin-right*).<sup>26</sup> Spomenuto shvaćanje prema kojemu se pravo na zaštitu osobnih podataka ne može promatrati neovisno o pravu na privatnost, zadržalo se u prvom planu u pravnom poretku Europske unije i njenih država članica sve do dvadeset i prvog stoljeća. Temeljni propisi koji su se odnosili na pravo na zaštitu podataka neizbježno su sadržavali odredbe prema kojima je svrha takvih propisa bila zaštititi upravo pravo na privatnost u kontekstu zaštite

22 Vidi *infra*, 3.1.

23 Bosco, F., et al., *Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities*, u: Gutwirth, S., Leenes, R., de Hert, P. (eds.), *Reforming European Data Protection Law*, Springer International Publishing AG, 2015., str. 16.

24 *Ibid.*, str. 17.

25 Riječ je o Rezoluciji Vijeća Europe o zaštiti privatnosti pojedinaca u vezi s elektroničkim bankama podataka u privatnom sektoru iz 1973. i Rezoluciji Vijeća Europe o zaštiti privatnosti pojedinaca u vezi s elektroničkim bankama podataka u javnom sektoru iz 1974. Navedeno prema: Van der Sloot, B., *Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?*, u: Leenes, R., Van Brakel, R., Gutwirth, S., De Hert, P. (eds.), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Springer International Publishing AG, 2017., str. 6.

26 *Loc. cit.*

osobnih podataka.<sup>27</sup> Štoviše, Direktiva 95/46/EZ se u čak osam recitala<sup>28</sup> pozivala na temeljna prava i slobode pojedinaca, *...te posebno pravo na privatnost...*, što podrazumijeva da je tadašnja namjera europskog zakonodavca bila ne zaštititi osobne podatke čovjeka kao takve, već ih zaštititi kako bi se zaštitilo čovjekovo pravo na privatnost. Ovakvo je stajalište izričito istaknuto u članku 1. stavku 1. Direktive: *U skladu s ovom Direktivom, države članice štite temeljna prava i slobode fizičkih osoba, a posebno njihova prava na privatnost u vezi s obradom osobnih podataka.*

Pravo na zaštitu osobnih podataka, iako je to isprva manje vidljivo nego što je to slučaj s pravom na privatnost, usko je povezano i s pravom pojedinca na nediskriminaciju.<sup>29</sup> U tom pogledu, najprije valja istaknuti kako Uredba u recitalu 71. prepoznaje kako bi ispitanik *... trebao imati pravo na to da se na njega ne odnosi odluka (...) kojom se procjenjuju osobni aspekti u vezi s njim koja se isključivo temelji na automatiziranoj obradi i koja proizvodi pravne učinke...*<sup>30</sup> Recital primjerično navodi kako navedena obrada obuhvaća „izradu profila“ odnosno profiliranje koje se odnosi na osobne aspekte ispitanika, radi analize ili predviđanja njegovog učinka na poslu, ekonomskog stanja itd.<sup>31</sup> Profiliranje je ipak dopušteno u tri slučaja: prvo, ako se to izričito dopušta pravom Unije ili države članice kojem podliježe voditelj obrade, drugo, ako je profiliranje nužno za sklapanje ili izvršavanje ugovora između ispitanika i voditelja obrade i treće, kada je ispitanik za profiliranje dao svoju izričitu privolu.<sup>32</sup> Iz navedenog recitala, vidljiva je komplementarnost prava na zaštitu osobnih podataka s pravom na nediskriminaciju, odnosno potrebno je zaštititi osobne podatke pojedinaca na način koji će osigurati da njihova automatizirana obrada neće dovesti do diskriminacije tih pojedinaca. Nužnu povezanost tih dvaju prava prepoznao je i priznao Sud Europske unije u svojoj praksi.<sup>33</sup> Međutim, kakav će konkretni učinak imati odnos ovih dvaju prava u kontekstu primjene Uredbe tek predstoji vidjeti.

Dvojbe oko pitanja je li pravo na zaštitu osobnih podataka temeljno pravo ili se radi o pravu koje je u određenoj mjeri ovisno o drugim temeljnim pravima, razriješene su, barem na normativnoj razini,<sup>34</sup> 2000. godine, stupanjem na snagu Povelje. Članak 7. Povelje koji se, između ostalih temeljnih prava, odnosi i na pravo na privatnost,<sup>35</sup>

27 Najistaknutiji primjer iz druge polovice dvadesetog stoljeća jest preambula Konvencije za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka Vijeća Europe u kojoj je navedeno: *...s obzirom na to da je poželjno proširiti zaštitu svačijih prava i temeljnih sloboda, osobito prava na poštovanje privatnosti...*

28 Radi se o recitalima 2., 7., 9., 10., 11., 33., 34. i 68. Direktive.

29 Vidi u Bosco, F., op. cit., str. 19-20.

30 Recital 71. Uredbe.

31 Ibid.

32 Ibid.

33 Presuda od 16. prosinca 2008., *Heinz Huber protiv Bundesrepublik Deutschland* (C-524/06), EU:C:2008:724, u: Bosco, F., op. cit., str. 16.

34 O elementima razlikovanja privatnosti i zaštite podataka u praksi Suda Europske unije i Europskog suda za ljudska prava, vidi: Kokott, J., Sobotta, C., *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, *International Data Privacy Law*, 2013., br. 4., str. 222-228.

35 Čl. 7. Povelje odnosi se na poštovanje privatnog i obiteljskog života, a glasi: *Svatko ima pravo na poštovanje svojeg privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja.*

jasno je razgraničen od članka 8. Povelje, koji u stavku 1. propisuje: *Svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose.*

S obzirom na to da Povelja izravno štiti navedena temeljna prava svakog pojedinca u Europskoj uniji, njenim donošenjem barem su donekle smanjene različitosti poimanja i interpretacija prava na privatnost i prava na zaštitu osobnih podataka među državama članicama. Neovisno o tumačenju tih prava određenog pravnog poretka države članice, njeni državljani se u zaštiti svojih temeljnih prava pred nacionalnim sudovima sada u svakom slučaju mogu osloniti na odredbe Povelje. Upravo zbog izrazite važnosti predmetnih prava, europski zakonodavac odlučio je regulacijom kakva je prisutna u Povelji i Uredbi, eliminirati diskreciju država članica pri reguliranju tih prava na nacionalnoj razini. Na djelu je, zapravo, potpuna „europelizacija“ prava na zaštitu osobnih podataka.<sup>36</sup>

Na tragu poimanja neovisnosti prava na zaštitu osobnih podataka koja je prvi put prihvaćena u Povelji, neovisnost tog prava o pravu na privatnost i drugim temeljnim pravima u potpunosti je prepoznata i u Uredbi. Naime, Uredba se nijednom svojom odredbom ne referira na pravo na privatnost kao predmet zaštite Uredbe, već se kao isti navodi isključivo pravo na zaštitu osobnih podataka. Tako članak 1. stavak 1. propisuje: *Ovom se Uredbom utvrđuju pravila povezana sa zaštitom pojedinaca u pogledu obrade osobnih podataka i pravila povezana sa slobodnim kretanjem osobnih podataka.* Također, stavak 2. istog članka dodatno razrađuje odredbu stavka 1. na način da navodi: *Ovom se Uredbom štite temeljna prava i slobode pojedinaca, a posebno njihovo pravo na zaštitu osobnih podataka.* Prikazanom regulacijom u pravnom propisu Europske unije koji je unatrag nekoliko godina nedvojbeno doživio najveći odjek, jasno je izražena namjera europskoga zakonodavca da u budućnosti u potpunosti odvoji zaštitu osobnih podataka od drugih prava.<sup>37</sup> Međutim, pravo na zaštitu osobnih podataka nije apsolutno i potrebno ga je, u skladu s njegovom društvenom ulogom i načelom proporcionalnosti, promatrati u odnosu s drugim temeljnim pravima.<sup>38</sup>

## **2.2. Zaštita osobnih podataka pred Europskim sudom za ljudska prava i Sudom Europske unije**

S obzirom na stalni i ubrzani razvoj novih tehnologija, Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) i Sud Europske unije (dalje: Sud EU) imaju zadaću kontinuirano i na inovativan način interpretirati propise koji se odnose na zaštitu osobnih podataka, s jedne strane kako bi pojedincima bila osigurana primjerena zaštita od potencijalnih kršenja njihovih prava, a s druge da se osigura zadovoljavajuća razina zaštite temeljnih

36 Lynskey, O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015., str. 7.

37 Van der Sloot, B., op. cit., str. 7.

38 Stoga se ističe da Uredba poštuje sva temeljna prava i uvažava slobode i načela priznata Poveljom i sadržana u Ugovorima ...*osobito poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja, zaštita osobnih podataka, sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi, sloboda izražavanja i informiranja, sloboda poduzetništva, pravo na učinkoviti pravni lijek i pošteno suđenje te pravo na kulturnu, vjersku i jezičnu raznolikost.* Recital 4.

prava Europske unije.

### 2.2.1. *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

Do trenutka postizanja jasnih granica zaštite prava osobnih podataka i stavljanja naglaska na činjenicu da se radi o temeljnom pravu neovisnom o drugim pravima, javne vlasti u državama članicama Europske unije nisu bile sklone zaštititi privatnosti pojedinaca i brisanju njihovih osobnih podataka iz javnih registara nakon proteka određenog roka ili prestanka svrhe evidentiranja tih podataka. Tako je u slučaju *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>39</sup> policija odbila iz svoje evidencije izbrisati otiske prstiju, DNA i stanične uzorke gospodina S. i Marpera, neovisno o tomu što je gospodin S. oslobođen optužbi, a protiv gospodina Marpera se nije ni pokretao daljnji postupak u povodu kojeg su uhićeni.<sup>40</sup> Razmatrajući predmetni slučaj, Europski sud za ljudska prava najprije je istaknuo kako je koncept privatnog života širok pojam koji nije podložan isključivoj definiciji. Također je naveo kako je sam čin čuvanja podataka koji se odnose na privatni život pojedinca povreda članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>41, 42</sup> Problem se, prema Sudu, zapravo očituje u pitanju sadrži li osobni podatak koji javne vlasti čuvaju bilo koji aspekt privatnog života. Sud je istaknuo kako je važan konkretni kontekst u kojem se podatak evidentirao i sačuvao, priroda takvih podataka, način na koji se oni koriste i obrađuju te rezultati koji se njihovim korištenjem mogu postići, što se procjenjuje u svakom pojedinom slučaju. Ipak, najveći se problem prema stajalištu Suda nalazi u postizanju ravnoteže između suprotstavljenog javnog interesa čuvanja takvih podataka i privatnog interesa pojedinaca za njihovo brisanje.<sup>43</sup>

U vezi s navedenim, Sud nije mogao prihvatiti argumentaciju Vlade Ujedinjenog Kraljevstva prema kojem čuvanje takvih podataka nema utjecaja na konkretne pojedince, osim ako oni u budućnosti ne počine kazneno djelo. Prema Sudu, puko čuvanje i pohranjivanje osobnih podataka javne vlasti izravno utječe na privatni život konkretnoga pojedinca, neovisno o eventualnoj budućoj potrebi korištenja tih podataka. Takva praksa dovodi do stigmatizacije pojedinaca čiji se podatci čuvaju i

39 *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 4. prosinca 2008., zahtjevi br. 30562/04 i 30566/04

40 Sudovi u Ujedinjenom Kraljevstvu u svim su instancama odbili zahtjeve tužitelja za brisanjem navedenih osobnih podataka, ističući kako otisci prstiju, DNA i stanični uzorci otkrivaju samo ograničene podatke o određenom pojedincu te navodeći kako je čuvanje takvih podataka često koristilo javnim vlastima kako bi naknadno došli do identiteta ponovnih počinitelja kaznenih djela. Zbog navedenog, javni interes za čuvanjem tih podataka, prema njihovu shvaćanju, preteže nad pravom za zaštitu osobnih podataka pojedinca. Navedeno prema §13 presude.

41 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10. (dalje: Konvencija).

42 Članak 8. stavak 1. Konvencije glasi: *Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.*

43 Sud se dodatno osvrnuo na činjenicu da praksa čuvanja takvih podataka može biti posebno štetna u odnosu na maloljetne osobe, kao što je bio slučaj s prvim podnositeljem koji je imao tek 11 godina kada su mu podatci evidentirani. Prema Sudu, maloljetnici kojima su podatci evidentirani izloženi su opasnostima sporijeg razvoja i integracije u društvo. Navedeno prema §124 presude.

izjednačava se pojedince koji nisu počinili kazneno djelo s počiniteljima takvih djela. Stoga je Sud zaključno istaknuo kako čuvanje otisaka prstiju, DNA i staničnih uzoraka pojedinaca koji nisu osuđeni za kaznena djela ne postavlja pravednu ravnotežu između javnog i privatnog interesa te je posljedično neproporcionalno kršenje prava podnositelja na poštovanje privatnog života i kao takvo nije nužno u demokratskom društvu. Zbog navedenog, čuvanje je takvih podataka kršenje članka 8. Konvencije.<sup>44</sup>

### 2.2.2. *Digital Rights Ireland (C-293/12) i Kärtner Landesregierung i dr. (C-594/12)*

O pravu na zaštitu osobnih podataka i pravu na privatnost kao i njihovu međusobnom odnosu, nerijetko je raspravljao i Sud EU-a. Među slučajevima koji su doživjeli najveći odjek u javnosti i pravnoj znanosti, a u kojem se razmatrala usklađenost europskih propisa s pravom na poštovanje privatnosti i pravom na zaštitu osobnih podataka iz Povelje, svakako je onaj u spojenim predmetima *Digital Rights Ireland (C-293/12) i Kärtner Landesregierung i dr. (C-594/12)*.<sup>45</sup> Naime, prema odredbama tada važeće Direktive 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zadržavanju podataka obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ,<sup>46</sup> pružatelji telefonskih komunikacijskih usluga morali su zadržavati podatke o prometu i lokaciji komunikacijskih sredstava njihovih korisnika. S obzirom na to da su smatrali da takva regulacija omogućuje pohranjivanje velike količine osobnih podataka u odnosu na neograničen broj osoba bez opravdanja,<sup>47</sup> tužitelji su u oba postupka zahtijevali utvrđenje jesu li odredbe Direktive 2006/24 u skladu s pravom na poštovanje privatnog života iz članka 7., odnosno pravom na zaštitu osobnih podataka iz članka 8. Povelje.

Europski sud je zauzeo stajalište prema kojemu je nametanje obveze zadržavanja

44 Sud je procijenio kako je utvrđenje Suda da u predmetnom slučaju postoji povreda čl. 8. Konvencije dovoljna satisfakcija podnositeljima za pretrpljenu neimovinsku štetu. § 133. presude.

45 Presuda od 8. travnja 2014., *Digital Rights Ireland LTD (C-293/12), Kärntner landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tsochogl et al. (C-594/12)*, EU:C:2014:238.

U svezi s povredom članka 7. i 8. Povelje u literaturi se najčešće spominju i presude u predmetima *Völker und Markus Schecke GbR (C-92/09)*, *Hartmut Eifert (C-93/09) v. Land Hessen*, EU:C:2010:662 (o valjanosti odredbi europskog prava o javnoj objavi podataka osoba koje su korisnici subvencija za poljoprivredu); *Schrems (C-362/14)*, EU:C:2015:650 (u vezi sa zaštitom prava i sloboda u pogledu obrade osobnih podataka koji su preneseni iz države članice u treću zemlju, u kojoj se ne osigurava odgovarajuća razina zaštite tih podataka) te *Ryneš (C-212/13)*, EU:C:2014:2428 (u kojem se naglašava da iznimke iz čl. 3. st. 2. Direktive treba usko tumačiti i da „korištenje sustava nadzornih kamera, zahvaljujući kojem je snimljen videozapis pohranjen na uređaj za kontinuirano snimanje kao što je tvrdi disk, koji je fizička osoba ugradila u svoju obiteljsku kuću u cilju zaštite imovine, zdravlja i života vlasnika kuće te taj sustav nadzire i javni prostor, ne predstavlja obradu podataka koja se provodi za obavljanje isključivo osobnih ili domaćih aktivnosti u smislu te odredbe.“).

46 SL L 105, 15.3.2006. (dalje: Direktiva 2006/24).

47 Sukladno odredbama Direktive 2006/24/EZ, radilo se o podacima poput telefonskog broja priključka, imena i adrese korisnika, korisničkog imena na internetu, IP adrese, datuma, vremena i trajanja komunikacije itd.

osobnih podataka iz Direktive 2006/24 miješanje u pravo na poštovanje privatnog života iz članka 7. Povelje, dok je omogućavanje javnim tijelima država članica pristup tim podacima dodatno miješanje u navedeno pravo. Istovjetno, Direktiva 2006/24 zadire i u pravo na zaštitu osobnih podataka iz članka 8. Povelje.<sup>48</sup> Kao razlog za navedeno tumačenje, može se istaknuti činjenica da omogućavanjem pružateljima komunikacijskih usluga i nacionalnim tijelima da zadržavaju i u svakom trenutku pristupe osobnim podacima, pojedincima o čijim je podacima riječ stvara osjećaj da im je život pod trajnim nadzorom. Međutim, ovako utvrđene činjenice nisu bile dovoljne za Sud da odmah utvrdi povredu, već je bilo potrebno ispitati je li miješanje odredbi Direktive 2006/24 u temeljna prava iz članaka 7. i 8. Povelje opravdano i sukladno načelu proporcionalnosti, odnosno odgovara li zadržavanje podataka i potencijalni pristup podacima od strane javnih tijela cilju u općem interesu.

Europski sud je s jedne strane prepoznao da je cilj Direktive 2006/24 borba protiv organiziranog kriminala i terorizma, ali da se predmetna mjera zadržavanja osobnih podataka ne može smatrati nužnom za učinkovitost te borbe. U obrazloženju odluke, Sud se pozvao i na slučaj Europskog suda za ljudska prava *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,<sup>49</sup> navodeći kako osobe čije se podatke zadržava moraju raspolagati jamstvima protiv zloupotrebe njihovih osobnih podataka i nezakonitih pristupa njihovim podacima. Nadalje, Sud je utvrdio kako se odredbe Direktive 2006/24 odnose na sveukupno europsko stanovništvo, s obzirom na to da pokrivaju gotovo svakog građanina i sve načine elektroničke komunikacije, bez razlikovanja stanovnika koji su osumnjičeni za teška kaznena djela, organizirani kriminal ili terorizam od onih koji to nisu. Daljnji problem nalazio se u tomu što Direktivom 2006/24 nije bio predviđen objektivni kriterij prema kojemu bi se uvelo ograničenje pristupa javnim vlastima osobnim podacima, odnosno ograničenje na pristup tih tijela samo onim osobnim podacima koji su strogo nužni za postizanje određenog cilja. Slijedom svega navedenog, Europski sud je utvrdio kako Direktiva 2006/24 ne sadrži precizne odredbe kojima bi regulirala doseg miješanja pružatelja komunikacijskih usluga i nacionalnih tijela u temeljna prava pojedinaca iz članaka 7. i 8. Povelje, zbog čega je zaključio da se ta Direktiva ... široko i osobito teško miješa u ta temeljna prava u pravnom poretku Unije, a da pritom to miješanje nije precizno ograničeno odredbama koje bi jamčile da je stvarno ograničeno na ono što je strogo nužno.<sup>50</sup> Sukladno takvom tumačenju, Sud je odlučio da je Direktiva 2006/24 nevaljana.<sup>51</sup>

48 Presuda od 8. travnja 2014., *Digital Rights Ireland LTD (C-293/12), Kärntner landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl et al. (C-594/12)*, EU:C:2014:238, §33-35.

49 Vidi *supra*, 2.2.1.

50 Presuda od 8. travnja 2014., *Digital Rights Ireland LTD (C-293/12), Kärntner landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl et al. (C-594/12)*, EU:C:2014:238, §65.

51 Direktiva je predmetnom presudom proglašena nevaljanom u cijelosti. Kao zaključnu napomenu, Sud je u §69 presude naveo: *S obzirom na sva prethodna razmatranja valja smatrati da je usvajanjem Direktive 2006/24 zakonodavac Unije prekoračio granice koje nameće poštovanje načela proporcionalnosti s obzirom na članak 7., članak 8. i članak 52. stavak 1. Povelje.*

### **3. ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG POVREDE PRAVA NA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA**

#### **3.1. Promjene koje u uređenje odgovornosti za štetu donosi Uredba**

##### **3.1.1. Protupravna obrada podataka**

Temeljne promjene koje Uredba donosi u području zaštite osobnih podataka usmjerene su boljem položaju ispitanika i jačanju njegove kontrole nad vlastitim osobnim podatcima te višem stupnju sigurnosti njihove obrade. S gledišta odštetnog prava, Uredba je najviše promjena donijela u protupravnost kao pretpostavku odgovornosti za štetu. Detaljnim propisivanjem pravila obrade odredila je njene granice i to jednako za sve obrade podataka koji se odnose na osobe koje se nalaze na području Europske unije. Za utvrđenje protupravnosti ponašanja potencijalno odgovornih subjekata (voditelja i izvršitelja obrade podataka) ključno je da u Uredbi korišteni pojmovi budu jasno i precizno definirani. Jesu li nove definicije i izmjene dosadašnjih, zaista precizne i hoće li i u kom smislu biti nejasnoća, treba pričekati nešto duže razdoblje primjene Uredbe. Povrede prava na zaštitu osobnih podataka mogu proizlaziti iz povrede načela obrade podataka,<sup>52</sup> povrede prava ispitanika<sup>53</sup> i povreda pojedinih obveza voditelja i izvršitelja obrade.<sup>54</sup>

Svaka obrada osobnih podataka koja nije u skladu s odredbama Uredbe je protupravna, ali nije svaka takva obrada potencijalni uzrok štete za osobu čiji se podatci obrađuju, odnosno podobna da bude štetna radnja. To su samo obrade koje udovoljavaju definiciji povrede iz članka 4. točka 12. Uredbe: *povreda osobnih podataka znači kršenje sigurnosti koje dovodi do slučajnog ili nezakonitog uništenja, gubitka, izmjene, neovlaštenog otkrivanja ili pristupa osobnim podatcima koji su preneseni, pohranjeni ili na drugi način obrađivani*, kojima je oštećeniku prouzročena

52 To su: zakonitost, poštenost i transparentnost njihove obrade, ograničavanje svrhe, smanjenje količine podataka, točnost, ograničenje pohrane, cjelovitost i povjerljivost (vidi čl. 5. st. 1. Uredbe). Za usklađenost obrade s navedenim načelima odgovoran je voditelj obrade i mora biti u mogućnosti dokazati je (čl. 5. st. 1. Uredbe). Vidi više: Bukovac Puvača, M., Nova EU Opća uredba o zaštiti osobnih podataka – pravo na naknadu štete i odgovornost zbog njenog kršenja (čl. 82. Uredbe), Zbornik radova „Savremeni pravni promet i usluge“, str. 767-768.

53 To su pravo na transparentne informacije i pristup osobnim podatcima (čl. 13.-15. Uredbe), pravo na ispravak podataka (čl. 16. Uredbe), pravo na brisanje (čl. 17. Uredbe), pravo na ograničenje obrade (čl. 18. Uredbe), obveza izvješćivanja u vezi s ispravkom ili brisanjem osobnih podataka ili ograničenjem obrade (čl. 19. Uredbe), pravo na prenosivost podataka (čl. 20. Uredbe), pravo na prigovor na obradu (čl. 21. Uredbe) i automatizirano pojedinačno donošenje odluka (čl. 22. Uredbe). Sva se navedena prava mogu zakonom ograničiti, ako se takvim ograničenjem poštuje bit temeljnih prava i sloboda te je ograničenje nužna i razmjerna mjera u demokratskom društvu za zaštitu važnih ciljeva od općega javnog interesa (čl. 23. st. 1. Uredbe). Vidi više op. cit., str. 769.-770.

54 U odjeljku 1. IV. poglavlja Uredbe detaljno se propisuju opće obveze voditelja i izvršitelja obrade. One se odnose na provođenje odgovarajućih tehničkih i organizacijskih mjera kojima se treba osigurati sigurnost osobnih podataka, odnosno spriječiti njihove povrede. Sigurnost obrade predmet je detaljnog uređenja u odjeljku 2. istoga poglavlja, a za temu rada posebno su zanimljivi članci 33. i 34. Uredbe, koji sadrže obvezu obavješćivanja o povredi osobnih podataka. Vidi više op. cit., str. 770.-771.

konkretna šteta. Dakle, potrebno je da zbog „slučajnog ili nezakonitog“ uništenja, gubitka i izmjene, odnosno neovlaštenog otkrivanja ili pristupa njegovim osobnim podacima oštećenik pretrpi određeni imovinski ili neimovinski gubitak. U tom je smislu moguće razlikovati dvije temeljne vrste potencijalnih štetnih radnji, slučajna i nezakonita uništenja, gubitke, otkrivanja... (podataka). Vjerujemo da je intencija zakonodavca bila povredom obuhvatiti sve slučajne, a od namjernih (koje mogu biti i zakonite i nezakonite), one nezakonite.

### 3.1.2. Subjekti odgovornosti za štetu

U odnosu na dosadašnje pravno uređenje, Uredba je proširila krug potencijalno odgovornih subjekata. Odgovornošću su izričito obuhvaćeni voditelji i izvršitelji obrade (čl. 82. st. 1. Uredbe), dok je Direktiva 95/46/EZ u svom članku 23. stavku 1. spominjala samo nadzornike obrade.<sup>55</sup> Za nadzornika je hrvatski Zakon o zaštiti osobnih podataka<sup>56</sup> koristio pojam voditelja zbirke osobnih podataka i navodio ga kao jedinu potencijalno odgovornu osobu.<sup>57</sup>

Budući da je Uredba u cijelosti obvezujuća i izravno se primjenjuje, nacionalni zakonodavci ne mogu mijenjati ili dopunjavati njene definicije. Voditelj obrade u Uredbi se definira kao *fizička ili pravna osoba, tijelo javne vlasti, agencija ili drugo tijelo koje samo ili zajedno s drugima određuje svrhe i sredstva obrade osobnih podataka* (čl. 4. t. 7. Uredbe). Izvršitelj obrade je *fizička ili pravna osoba, tijelo javne vlasti, agencija ili drugo tijelo koje obrađuje osobne podatke u ime voditelja obrade* (čl. 4. t. 8. Uredbe). Kada je kao voditelj ili izvršitelj obrade pri kojoj je došlo do kršenja Uredbe ili Zakona o njoj primjeni sudjelovalo neko tijelo javne vlasti u Republici Hrvatskoj, iako mu ne može biti izrečena upravna novčana kazna,<sup>58</sup> ono odgovara za štetu koja je pritom prouzročena.

55 *Država članica propisuje da svaka osoba koja je pretrpjela štetu kao rezultat nezakonitog postupka obrade ili bilo kojeg djela koje je nespojivo s odredbama nacionalnog prava donesenim u skladu s ovom Direktivom ima pravo od nadzornika zahtijevati naknadu štete. (podcrtali autori).*

56 Narodne novine, br. 103/03., 118/06., 41/08. i 130/11., dalje: ZZOP. Na temelju čl. 56. Zakona o provedbi Uredbe (Narodne novine, br. 42/18.), zajedno s provedbenim propisima (Uredba o načinu vođenja i obrascu evidencije o zbirkama osobnih podataka (Narodne novine, br. 105/04.) i Uredba o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka (Narodne novine, br. 139/04.), prestao je važiti 25. svibnja 2018. godine.

57 *Za štetu koja je ispitaniku nastala zbog obrade osobnih podataka protivno odredbama ovoga Zakona odgovara voditelj zbirke osobnih podataka, sukladno općim propisima o naknadi štete* (čl. 26. st. 1. ZZOP). Voditelj zbirke osobnih podataka definirao se kao fizička ili pravna osoba, državno ili drugo tijelo koje utvrđuje svrhu i način obrade osobnih podataka, a ako su svrha i način obrade bili propisani zakonom, njime se određivao i voditelj zbirke osobnih podataka (čl. 2. st. 1. t. 4. ZZOP).

Odvjetnici, budući da Zakonom o odvjetništvu (Narodne novine, br. 9/94., 117/08., 50/09., 75/09. i 18/11.) tako nije propisano, nisu voditelji zbirke osobnih podataka, te ne postoji osnova da im Agencija za zaštitu osobnih podataka naloži dostavu evidencije o zbirci podataka koje vode. Vidi odluku Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Us-10320/2011-4, od 13.11.2013, dostupna na portalu IUS-INFO.

58 Vidi čl. 47. Zakona o provedbi Uredbe.



Kada pojedinac pretrpi štetu zbog povreda pravila obrade osobnih podataka koju obavljaju institucije, tijela, uredi i agencije Unije, na koju se primjenjuje Uredba (EZ) br. 45/2001 za štetu je, prema članku 340. stavku 2. UFEU-a odgovorna sama Europska unija.<sup>59</sup>

Proširenjem polja primjene Uredbe, proširen je i krug potencijalnih štetnika. Ona se odnosi na sve voditelje obrade i izvršitelje obrade s poslovnim nastanom na području Unije, bez obzira na to obavlja li se obrada u Uniji ili ne (čl. 3. st. 1. Uredbe), ali, pod određenim pretpostavkama i na voditelje i izvršitelje obrade bez poslovnog nastana u Uniji.<sup>60</sup>

Kao subjekti potencijalno odgovorni za štetu zbog povrede prava na zaštitu osobnih podataka, javljaju se, dakle, sve fizičke i pravne osobe u ulozi voditelja ili izvršitelja obrade, države članice (koje odgovaraju za tijela javne vlasti koja se nađu u tim ulogama), te sama Unija (kada osobne podatke obrađuju njene institucije i tijela).

Potencijalni oštećenici su sve fizičke osobe, koje se nalaze na području Unije, bez obzira na njihovo državljanstvo<sup>61</sup> i boravište, čiji su osobni podatci obrađivani. Međutim, budući da Uredba propisuje da pravo na naknadu štete ima *svaka osoba* koja je pretrpjela materijalnu ili nematerijalnu štetu zbog njenog kršenja (čl. 82. st. 1. Uredbe<sup>62</sup>), kao oštećenici se mogu javiti i osobe čiji podatci nisu bili predmetom obrade, već trpe štetu kao posljedicu kršenja Uredbe pri obradi podataka neke druge osobe (tzv. posredni oštećenici). I Direktiva 95/46/EZ je propisivala da *svaka osoba koja je pretrpjela štetu (...) ima pravo od nadzornika zahtijevati naknadu štete* (čl. 23. st. 1.), ali države članice su oštećenike definirale u skladu s krugom oštećenika priznatim u nacionalnom pravu. Budući da nacionalna pravila o odgovornosti vrlo rijetko priznaju posrednim oštećenicima pravo na naknadu (u pravilu samo kada je ono izričito propisano), ne čudi da se oštećenicima smatralo samo subjekte čiji su podatci obrađivani. I hrvatski je zakonodavac pod „svaka osoba“ razumijevao samo ispitanika.<sup>63</sup>

59 Neke zahtjeve za naknadu štete od Unije, vidi *infra*, 3.2.

60 Naime, čl. 3. st. 2. propisuje da se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka ispitanika u Uniji koju obavljaju voditelj obrade ili izvršitelj obrade bez poslovnog nastana u Uniji, ako su aktivnosti povezane s

a) nudenjem robe ili usluga takvim ispitanicima u Uniji neovisno o tome treba li ispitanik izvršiti plaćanje ili

b) praćenjem njihova ponašanja dokle god se njihovo ponašanje odvija unutar Unije. Uredba se primjenjuje i na obradu osobnih podataka koju obavlja voditelj obrade koji nema poslovni nastan u Uniji, već na mjestu gdje se pravo države članice primjenjuje na temelju međunarodnoga javnog prava (čl. 3. st. 3. Uredbe). To su, npr. obrade podataka u diplomatskim ili konzularnim predstavništvima država članica. (Recital 25.)

61 U Recitalu 2. Uredbe govori se o nacionalnosti što smatramo pogrešnim prijevodom pojma *nationality*, u ovom kontekstu potpuno neprimjerenom.

62 *Svaka osoba koja je pretrpjela materijalnu ili nematerijalnu štetu zbog kršenja ove Uredbe ima pravo na naknadu od voditelja obrade ili izvršitelja obrade za pretrpljenu štetu.*

63 Čl. 26. ZZOP: *Za štetu koja je ispitaniku nastala zbog obrade osobnih podataka protivno odredbama ovoga Zakona odgovara voditelj zbirke osobnih podataka, sukladno općim propisima o naknadi štete.*

*Pravo na naknadu štete od voditelja zbirke osobnih podataka ispitanik može tražiti i u slučaju neovlaštenog korištenja, odnosno neovlaštenog davanja na korištenje njegovih osobnih*

Kako će, neposredno primjenjujući Uredbu, sudska praksa nacionalnih sudova država članica definirati opseg kruga potencijalnih oštećenika, tek predstoji vidjeti, ali treba polaziti od toga da je europski zakonodavac pod pojmom svaka osoba imao u vidu širi krug osoba od samih ispitanika.<sup>64</sup> Neki autori upozoravaju da će se, budući da pravo na naknadu prema članku 82. stavku 1. Uredbe imaju i drugi pojedinci koji su pretrpjeli štetu, posebna pažnja morati posvetiti postojanju uzročne veze između štete te treće osobe i povrede prava na zaštitu podataka.<sup>65</sup> Kao mogući primjer navodi se situacija u kojoj je oštećenik zbog povrede pravila Uredbe o obradi podataka ostao bez posla i zbog toga nije mogao izvršiti obvezu uzdržavanja te se uzdržavanu osobu navodi kao mogućeg oštećenika koji bi mogao postaviti zahtjev za naknadu štete.<sup>66</sup> Kao posredni oštećenici, iako su predmet zaštite samo podatci fizičkih osoba, mogle bi se pojaviti i pravne osobe, npr. poslodavac koji pretrpi štetu zbog nezakonite obrade podataka svoga zaposlenika. Budući da Uredba štiti samo podatke živih osoba, dok se za osobne podatke umrlih osoba ostavlja državama članicama da urede pitanje njihove obrade,<sup>67</sup> status posrednog oštećenika ne bi se mogao priznati osobi koja je pretrpjela štetu zbog nezakonite obrade osobnih podataka umrle osobe (npr. osobnih podataka koji se odnose na zdravlje).

Smatramo da široko tumačenje pojma oštećenika otvara niz pitanja, posebno onih usmjerenih na problem održavanja granica odgovornosti za štetu. Nije realno očekivati da će uzročna veza biti dovoljna brana nekontroliranom širenju odgovornosti i to iz jednostavnog razloga što pravila o uzročnoj vezi nisu ujednačena, jasna i općeprihvaćena, ni na razini nacionalnih odštetnopravnih uređenja, a još manje na onom europskom.<sup>68</sup>

### *3.1.3. Vrsta odgovornosti voditelja i izvršitelja obrade*

U članku 82. stavku 2. Uredba propisuje: *Svaki voditelj obrade koji je uključen u obradu odgovoran je za štetu prouzročenu obradom kojom se krši ova Uredba. Izvršitelj obrade je odgovoran za štetu prouzročenu obradom samo ako nije poštovao obveze iz ove Uredbe koje su posebno namijenjene izvršiteljima obrade ili je djelovao izvan zakonitih uputa voditelja obrade ili protivno njima.*

Prema citiranoj odredbi, odgovornost voditelja obrade puno je šira od odgovornosti izvršitelja obrade. On je odgovoran za svaku štetu prouzročenu bilo kojom povredom osobnih podataka, odnosno nema povrede osobnih podataka koja nije pokrivena odgovornošću voditelja obrade. Izvršitelj obrade je odgovoran samo

---

*podataka drugim primateljima ili fizičkim i pravnim osobama.*

64 To proizlazi i iz različitog označavanja (korištenja) osoba s pravom na pritužbu nadzornom tijelu, kada se koristi „ispitanik“, dok se kod prava na naknadu štete govori o svakoj osobi.

Da europski zakonodavac pod „svaka osoba“ ne misli samo na neposrednog oštećenika do sada je već u drugim područjima potvrđivao i Sud EU-a, npr. u odlukama po prethodnim pitanjima kod tržišnog natjecanja.

65 Voigt, P., Von dem Bussche, A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Practical Guide*, Springer International Publishing AG, 2017., str. 206.

66 Loc. cit.

67 Recital 27.

68 Vidi *infra*, 3.1.5.

za štetu koja je posljedica povreda osobnih podataka prouzročenih nepoštovanjem odredbi Uredbe koje su namijenjene samo izvršiteljima obrade i djelovanjem izvan ili suprotno zakonitih uputa voditelja obrade. Odgovara, dakle, samo za svoje, dok voditelj odgovara i za svoje i za njegovo protupravno djelovanje.

U svom članku 23. stavku 2. Direktiva 95/46/EZ je propisivala da se *nadzornik može u cijelosti ili djelomično izuzeti od ove odgovornosti ako dokaže da nije odgovoran za slučaj koji je doveo do štete*. Citiranu se odredbu moglo tumačiti i kao subjektivnu odgovornost za štetu i kao objektivnu. Nesporno je da je na nadzorniku bio teret dokaza da nije kriv (ako se tumačila u smislu subjektivne odgovornosti), odnosno nije odgovoran (u slučaju tumačenja kao objektivne odgovornosti za štetu). U skladu s recitalom 55. Direktive 95/46/EZ u kojem se navodilo da: *budući da nadzornik mora nadoknaditi bilo koju štetu koju osoba može pretrpjeti kao rezultat nezakonite obrade, koji se može izuzeti od odgovornosti ako dokaže da nije odgovoran za štetu, posebno u slučajevima kada utvrdi grešku osobe čiji se podatci obrađuju ili u slučaju više sile...* vjerojatno je bilo moguće pronaći više argumenata u korist objektivne odgovornosti (posebno zbog spominjanja više sile i greške oštećenika kao razloga oslobođenja od odgovornosti).<sup>69</sup> Budući da je pojam krivnje, tereta njena dokazivanja, odnosno oslobađanja od nje, vrlo različito reguliran u odštetnopravnim sustavima država članica, europski je zakonodavac (kao i u drugim odredbama europskih propisa o odgovornosti za štetu) izbjegao njeno spominjanje i ostavio nacionalnim zakonodavcima da, u skladu s ciljevima Direktive 95/46/EZ, u nacionalnim sustavima primijene primjerenu vrstu odgovornosti koja će dovesti do ostvarenja tih ciljeva. ZZOP je u članku 26. stavku 2. propisivao da voditelj zbirke osobnih podataka odgovara sukladno općim propisima o naknadi štete. Dakle, u vrijeme važenja toga propisa voditelji zbirki osobnih podataka odgovarali su na temelju pretpostavljene krivnje iz članka 1045. stavka 1. Zakona o obveznim odnosima,<sup>70</sup> koja je opće pravilo o odgovornosti za štetu u hrvatskom pravu.<sup>71</sup> Da je naš zakonodavac imao namjeru voditelja zbirke podvrgnuti objektivnoj odgovornosti, morao je to izričito propisati, a držimo malo vjerojatnim da bi u nekom konkretnom slučaju sud obradu podataka kvalificirao kao opasnu djelatnost te na istu zbog toga primijenio pravila objektivne odgovornosti.<sup>72</sup>

Uredba u članku 82. st. 3. propisuje: *Voditelj obrade ili izvršitelj obrade izuzet je od odgovornosti na temelju stavka 2. ako dokaže da nije ni na koji način odgovoran za događaj koji je prouzročio štetu*. Na prvi se pogled nije bitno

69 Treba imati na umu da je u poredbenom pravu klasična i stroga podjela na subjektivnu i objektivnu odgovornost za štetu izgubila na praktičnom značaju, jer je puno, tzv. sivih zona odgovornosti, tj. stroge odgovornosti na temelju krivnje koje se vrlo teško osloboditi i približava se, po stupnju „strogoće“ objektivnoj odgovornosti. O sivim zonama odgovornosti vidi: Bukovac Puvača, M., „Sive zone“ izvanugovorne odgovornosti – područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009., str. 221-243.

70 Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18. (dalje u tekstu: ZOO).

71 Bukovac Puvača, M., Nova EU Opća uredba, cit., str. 772.

72 O objektivnoj odgovornosti za štetu u hrvatskom pravu vidi: Bukovac Puvača, M., Slakoper, Z., Belanić, L., Obvezno pravo, Posebni dio II, Izvanugovorni obvezni odnosi, Zagreb, Novi informator, 2015., str. 104-206

promijenila konstrukcija odredbe o odgovornosti iz Direktive, ali dodatak „ni na koji način“ svakako daje naglasak na strogost te odgovornosti. S obzirom na obvezu neposredne primjene odredbi Uredbe, isključena je primjena nacionalnih pravila o subjektivnoj i/ili objektivnoj odgovornosti za štetu. Zato se pitanje kvalifikacije vrste te odgovornosti može pojaviti kao sporno samo u onim elementima odgovornosti koja nisu regulirana Uredbom. Oba potencijalno odgovorna subjekta, i voditelj i izvršitelj obrade, na jednak se način mogu osloboditi (Uredba kaže „izuzeti“) od odgovornosti, dokazivanjem da nisu ni na koji način odgovorni za događaj koji je prouzročio štetu. Sva se priroda odgovornosti i konačna odluka u konkretnom slučaju sažimaju upravo u toj (ne)mogućnosti dokazivanja, odnosno pristupu nacionalnih sudova odgovoru na pitanje što to znači dokazati da nisi ni na koji način odgovoran za događaj koji je prouzročio štetu? Vrlo načelno govoreći, potencijalni će štetnik morati dokazati da je obradu podataka vršio u skladu sa svim pravilima Uredbe i drugih propisa kojima je konkretna obrada regulirana, što svakako neće, odnosno ne bi trebao biti lak zadatak.<sup>73</sup>

Međutim, zanimljivo je da, iako se krivnja ne spominje kao pretpostavka odgovornosti za štetu, namjeri ili nepažnji potencijalno odgovornih osoba dužna su pozornost posvetiti nadzorna tijela pri izricanju upravnih novčanih kazni (čl. 83. st. 2. (b) i 3. Uredbe). Krivnja je, dakle, jedan od elemenata procjene protupravnosti, a ne samostalna pretpostavka odgovornosti za štetu. Iako su postupci po pritužbi nadzornim tijelima i sudski postupci za naknadu štete zbog navodnih kršenja odredbi Uredbe posve neovisni, u puno boljem je procesnom položaju onaj oštećenik koji raspoláže odlukom nadzornog tijela kojom je već utvrđeno postojanje povrede.

Ako je u obradi sudjelovalo više od jednog voditelja obrade ili izvršitelja obrade ili su u tu obradu uključeni i voditelj obrade i izvršitelj obrade i ako su odgovorni za bilo kakvu štetu prouzročenu obradom, svaki voditelj obrade ili izvršitelj obrade smatra se odgovornim za cjelokupnu štetu kako bi se osigurala učinkovita naknada ispitaniku (čl. 82. st. 4. Uredbe). Ovom je odredbom jasno propisana solidarna odgovornost u svakom slučaju kada je u obradi sudjelovalo više od jednog subjekta, a postoji njihova odgovornost pa i za najmanju štetu, odnosno njezin dio. Čak i u situacijama kada je moguće odrediti udio više štetnika u prouzročenju štete u konkretnom štetnom događaju, oni su solidarno odgovorni za ukupno prouzročenu štetu.<sup>74</sup> Onaj štetnik koji plati punu naknadu u tom slučaju, ima pravo regresa prema ostalim štetnicima, razmjerno njihovom udjelu u ukupnoj šteti (čl. 82. st. 5. Uredbe).

### *3.1.4. Šteta prouzročena povredom osobnih podataka*

#### *3.1.4.1. Izričito propisano pravo na naknadu za neimovinsku štetu*

Budući da Direktiva 95/46 nije precizirala za koju vrstu štete oštećenici imaju pravo dobiti naknadu (čl. 23. st. 1. propisivao je samo da imaju pravo od nadzornika zahtijevati naknadu štete), države članice su tomu različito pristupale.

<sup>73</sup> Bukovac Puvača, M., Nova EU Opća uredba, cit., str. 772.

<sup>74</sup> Ibid., str. 773. Međutim, ako su, u skladu s pravom države članice, povezani u isti sudski postupak, naknada se može rasporediti u skladu s njihovom odgovornošću, pod pretpostavkom da se osigura puna i učinkovita naknada oštećeniku (Recital 146.).

Europski je zakonodavac tako ostavio mogućnost da se pojam štete iz Direktive u državama članicama tumači šire ili uže, odnosno i uopće ne prizna pravo na naknadu neimovinske štete zbog povrede prava na zaštitu osobnih podataka, budući da u nacionalnim sustavima odgovornosti za štetu postoje velike razlike u pitanju samog pojma neimovinske štete, posebno naglašene u pristupu priznavanju prava na novčanu naknadu za istu. Tako je, npr. u Velikoj Britaniji *Court of Appeal* moralnu štetu prema *Data Protection Actu* iz 1998. godine prvi put priznao tek 2015. godine u slučaju *Vidal-Hall i dr. protiv Google*.<sup>75</sup> Sud je tada istaknuo da, budući da Direktiva 95/46/EZ više teži zaštitu privatnosti nego zaštitu prava ekonomske prirode, nije primjereno da restriktivniji pristup naknadi štete bude prema *Data Protection Actu* nego prema članku 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Također, budući da zaštita osobnih podataka ima prema članku 8. Povelje status temeljnog prava, smatrao je neprimjerenim da to pravo može biti povrijeđeno gotovo bez posljedica za nadzornika podataka, osim u rijetkim slučajevima kada je oštećenik zbog povrede pretrpio i materijalni gubitak.<sup>76</sup>

Upravo je taj različiti pristup pojmu štete prisutan u nacionalnim pravima država članica bio razlog da Uredba naglasi da svaka osoba koja je pretrpjela materijalnu ili nematerijalnu štetu ima pravo na njenu naknadu (čl. 82. st. 1. Uredbe).<sup>77</sup> Prema Recitalu 146. Uredbe, odgovorna bi osoba trebala nadoknaditi svaku štetu, pri čemu je pojam štete potrebno široko tumačiti s obzirom na sudsku praksu Suda EU-a tako da se ciljevi Uredbe u potpunosti odražavaju, a ispitanici dobiju potpunu i učinkovitu naknadu za pretrpljenu štetu.<sup>78</sup>

Što se smatra neimovinskom štetom i pod kojim se pretpostavkama priznaje pravo na novčanu naknadu zbog njenog nastanka, pitanja su po kojima se nacionalni pravni sustavi država članica jako razlikuju. Pojedina subjektivna prava neimovinske prirode različito su grupirana i na teorijskoj, a još manje normativnoj razini, nemaju jasan položaj i nisu oštro razgraničena. Zato bi pronalazak jedinstvene definicije neimovinske štete prouzročene povredom prava na zaštitu osobnih podataka, na europskoj razini svakako bilo iznimno važno, jer samo tako bi pojedinci na području Unije zaista mogli ostvariti pravo na naknadu te štete na (približno) jednak način. Čini se da je, generalno govoreći, kao opći pojam štete neimovinskoga karaktera koji obuhvaća najširi spektar mogućih posljedica povrede zaštite osobnih podataka, pravo na privatnost. S gledišta odštetnog prava zaštita osobnih podataka nije sama sebi svrha, oni se štite da bi se spriječila šteta koju zbog povrede može pretrpjeti pojedinac. Osobni se podaci, iako se pravo na njihovu zaštitu osamostalilo kao temeljno pravo, po pitanju odgovornosti za neimovinsku štetu još uvijek teško mogu odvojiti od prava na privatnost, jer je prvo što se manifestira kao šteta prouzročena njihovom povredom narušena privatnost pojedinca. Europski je zakonodavac, da bi istaknuo važnost zaštite podataka i spriječio njihove povrede njih „osamostalio“,<sup>79</sup> ali neimovinske posljedice

75 Lynskey, op. cit., str. 225.

76 Loc. cit.

77 I Direktiva (EU) 2016/680 u čl. 56. izričito spominje materijalnu i nematerijalnu štetu. Isto vrijedi i za čl. 22. Prijedloga Uredbe o privatnosti i elektroničkim komunikacijama.

78 Bukovac Puvača, M., Nova EU Opća uredba, cit., str. 774.

79 Odgovorni subjekti zbog povrede osobnih podataka odgovaraju neovisno o tomu je li zbog

njihove povrede neodvojive su od sfere privatnosti.

Neki autori ističu da će Sud EU-a vrlo vjerojatno biti vrlo velikodušan kod određivanja visine naknade neimovinske štete, jer ona može imati odvratajući učinak prema odgovornoj strani.<sup>80</sup>

Smatramo da ne treba zanemariti mogući odvratajući učinak potencijalno visokih iznosa naknada za neimovinsku štetu,<sup>81</sup> ali ni činjenicu da nacionalni pravni sustavi različito prihvaćaju mogućnost da se toj naknadi prizna preventivna funkcija ili funkcija kažnjavanja štetnika.<sup>82</sup> I pitanje visine naknade, odnosno kriterija njenog utvrđivanja je potpuno otvoreno, jer je ona objektivno nemjerljiva. Sporno je što bi se i po kojim kriterijima moglo smatrati visokom naknadom, budući da nacionalni sustavi počivaju na vrlo raznolikim pristupima različitim oblicima neimovinske štete i svaka komparacija tih iznosa unaprijed je osuđena na neuspjeh. Zato, iako je Uredba izričito naglasila pravo oštećenika na naknadu za neimovinsku štetu, i dalje je za očekivati različit pristup nacionalnih sudova, posebno različite visine dosuđenih naknada za pojedine oblike povreda, jer ne postoji jedinstven i općeprihvaćen pojam neimovinske štete, a još manje kriteriji određivanja visine naknade za njenu povredu. Ako se želi europeizirati i visine naknada štete, posebno one neimovinske, bit će nužno nacionalnim sudovima dati određene smjernice, kriterije, tablice, u cilju osiguravanja da za iste povrede oštećenici zaista imaju i jednako pravo na naknadu njima prouzročenih šteta.

### *3.1.4.2. Neimovinska šteta (povreda prava osobnosti) prouzročena povredom prava na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj*

Budući da ZOO poznaje opći pojam štete koji uključuje i imovinsku i neimovinsku štetu,<sup>83</sup> u Republici Hrvatskoj i u donedavno važećem režimu odgovornosti nije bilo sporno da se zbog povrede prava na zaštitu osobnih podataka odgovara i za neimovinsku štetu. Štoviše, upravo u jedinjoj autorima dostupnoj presudi<sup>84</sup> od odgovornosti za štetu zbog povrede prava na zaštitu osobnih podataka,

njih nastala konkretna šteta, ali odgovornosti za štetu nema bez nastanka konkretnih gubitaka u imovinskoj i/ili neimovinskoj sferi pojedinaca.

80 Voight, Von dem Bussche, op. cit., str. 205-206.

81 Iako se on prvenstveno očekuje od visokih upravnih novčanih kazni i drugih sankcija.

82 O funkcijama pravične novčane naknade u hrvatskom i poredbenom pravu vidi: Bukovac Puvača, M., *Funkcije pravične novčane naknade u hrvatskom odštetnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37, 1/2016, str. 155-173.

83 Vidi čl. 1056. ZOO.

84 Presuda Županijskog suda u Zagrebu, Gžn -748/13-7, od 28. ožujka 2017., dostupna na portalu IUS INFO, [www.iusinfo.hr](http://www.iusinfo.hr) (15.12.2018.)

Na službenim stranicama Agencije za zaštitu osobnih podataka, dalje: AZOP (<https://azop.hr/>), objavljena su rješenja (i privremena rješenja) toga tijela u slučajevima u kojima su se pojedinci obraćali svojim zahtjevima za zaštitu prava u povodu navodnih povreda njihovih osobnih podataka u vrijeme primjene ZZOP-a. Autorima ovoga rada nije poznato jesu li se nakon utvrđenja AZOP-a da je došlo do povrede njihovih osobnih podataka subjekti čija su prava povrijeđena obraćali odgovornim subjektima sa zahtjevima za naknadu tom povredom prouzročene štete i/ili pokretali sudske postupke. Objavljeni slučajevi su grupirani na: krađe identiteta (zloupotrebe osobnih podataka druge osobe za zaključivanje ugovora), nezakonite

utužena je i dosuđena samo naknada za neimovinsku štetu. Presuda se odnosila na slučaj u kojem je ime i prezime tužiteljice korišteno u jednoj promotivnoj kampanji bez njezinog pristanka i unatoč njenog upozorenja i poziva na prestanak. Pravična novčana naknada zatražena je i dosuđena zbog time prouzročene povrede prava osobnosti i to u iznosu od po 15.000,00 kn za svakog od dva tuženika.<sup>85</sup>

Različiti oblici povreda neimovinskih dobara pojedinaca u našem su pravu obuhvaćeni pojmom povrede prava osobnosti, objektivnom koncepcijom neimovinske štete. Prava osobnosti primjerice su navedena u članku 19. stavku 2. ZOO: *pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda i dr.* Navedenim primjerima prava osobnosti „pokriveni“ su najčešći objekti povreda, ali sud može, po potrebi, priznati i neko drugo pravo osobnosti.

Posljedice povrede osobnih podataka mogu biti povreda nekog od navedenih prava osobnosti, ali se nameće pitanje jesu li, budući da je njihova zaštita priznata kao temeljno pravo, i osobni podatci samostalno pravo osobnosti, odnosno je li povreda informacijske osobnosti samostalni oblik neimovinske štete? Smatramo da u našem pravu nema potrebe za osamostaljivanjem nekoga takvog, novog prava osobnosti, jer su posljedice povreda osobnih podataka i normativno i teorijski sasvim dovoljno obuhvaćene postojećim oblicima neimovinske štete.<sup>86</sup> U pravilu se neimovinske posljedice povrede prava na zaštitu osobnih podataka manifestiraju kao povreda prava na privatnost osobnog i obiteljskog života, ali se, naravno, mogu manifestirati i kao povrede nekoga drugog prava osobnosti.

### *3.1.5. Uzročna veza između protupravne obrade osobnih podataka i štete*

Uredba ne sadrži odredbe o uzročnoj vezi između protupravne obrade podataka i njome prouzročene štete. Pravo na naknadu štete oštećenik ostvaruje pred nacionalnim sudovima država članica,<sup>87</sup> osim kada se kao odgovorna osoba javlja Unija, odnosno njene institucije i tijela, kada ga, prema članku 268. UFEU-a, ostvaruje

---

objave osobnih podataka (objava osobnih podataka na internetskoj stranici škole, objava fotografije na info pultu poslovne zgrade), povrede privatnosti od strane medija, zamjene identiteta, obradu osjetljivih podataka, nezakonito ustupanje zbirki osobnih podataka, zloupotrebu osobnih podataka djece, prosljeđivanje osobnih podataka agenciji za naplatu potraživanja, zaštitu privatnosti djece u vrtićima, zaštitu privatnosti na radnom mjestu, zaštitu privatnosti korisnika usluga te neovlašteno prosljeđivanje osobnih podataka radnika. Navedenoj bi se klasifikaciji slučajeva moglo prigovoriti nejasnoću kriterija, ali je svakako puno važnija činjenica da se takvom objavom pojačala svijest o važnosti zaštite osobnih podataka.

85 Prvostupanjskom je odlukom tužiteljici bilo dosuđeno još po 10.000,00 kn u odnosu na svakog tuženika.

86 Bukovac Puvača, M., Nova EU Opća uredba, cit., str. 774.

87 Prema čl. 82. st. 6. Uredbe, sudski postupak za ostvarivanje prava na naknadu štete vodi se pred sudovima koji su nadležni prema pravu države članice iz članka 79. stavka 2. koji glasi: *Postupci protiv voditelja obrade ili izvršitelja obrade vode se pred sudovima države članice u kojoj voditelj obrade ili izvršitelj obrade ima poslovni nastan. Osim toga, takvi se postupci mogu voditi pred sudovima države članice u kojoj ispitanik ima uobičajeno boravište, osim ako je voditelj obrade ili izvršitelj obrade tijelo javne vlasti neke države članice koje djeluje izvršavajući svoje javne ovlasti.*

pred Sudom EU-a. Kao tradicionalno pravilo u nacionalnim sustavima odgovornosti za štetu vrijedi da je na oštećeniku teret dokaza uzročne veze između protupravne radnje odgovorne osobe i štete koju je pretrpio. Ali, ti se sustavi uvelike razlikuju po pitanju što zapravo i u kojem stupnju vjerojatnosti oštećenik treba dokazati da bi sud utvrdio postojanje uzročne veze. Iako se Sud EU-a već mnogo puta očitovao o nekim pitanjima uzročnosti pri tumačenju europskog prava u povodu prethodnih pitanja koja su postavili nacionalni sudovi,<sup>88</sup> čini se da još uvijek ne postoji jasan i detaljan koncept te pretpostavke odgovornosti na europskoj razini. Ipak, upravo će pravila o uzročnoj vezi postavljati granice odgovornosti za štetu zbog povrede prava na zaštitu osobnih podataka, jer, kako smo naveli, za koncept štete i oštećenika treba očekivati ekstenzivno tumačenje.

Još nema odluka o odgovornosti za štetu prema Uredbi, ali Sud se već očitovao o odgovornosti Unije (prema Uredbi (EZ) br. 45/2001), pa i uzročnosti kao njenoj pretpostavci.<sup>89</sup>

### 3.2. Naknada štete zbog povrede konvencijskog prava na privatnost

I dok je u predmetu *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,<sup>90</sup> ESLJP zaključio da je njegovo utvrđenje da postoji povreda članka 8. Konvencije dovoljna satisfakcija podnositeljima za pretrpljenu neimovinsku štetu, u nizu je slučajeva, kod kojih su utvrđene povrede tih prava nositeljima dosuđivana i naknada za neimovinsku štetu. To je bilo i u slučaju *Biriuk protiv Litve*,<sup>91</sup> u kojem je podnositeljica zahtjeva smatrala da joj je povrijeđeno pravo iz članka 8. Konvencije, jer su najveće dnevne novine u Litvi objavile članak u kojem je bilo navedeno kako je zaražena HIV-om te kako postoji opasnost od daljnjeg širenja te zaraze u selu u kojem ona živi. Gospođi Biriuk domaći su sudovi na njen zahtjev dodijelili naknadu neimovinske štete, ali

88 U svezi s uzročnom vezom, odnosno nacionalnim pravilima o uzročnoj vezi i s njima u vezi postavljenim zahtjevima za tumačenje europskog prava, važna su stajališta toga suda u predmetu *Kone* (Presuda od 5. lipnja 2014., *Kone*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317.) u svezi s odgovornosti za štetu prouzročenu povredom tržišnog natjecanja te u predmetu *N. W. i dr. protiv Sanofi Pasteur MSD SNC i dr.* (Presuda od 21. lipnja 2017., *N. W. i dr. protiv Sanofi Pasteur MSD SNC i dr.*, C-621/15, (ECLI: ECLI:EU:C:2017:484) u svezi odgovornosti za štetu za neispravne proizvode.

Od početka razvoja instituta odgovornosti države članice za štetu kao jedna od pretpostavki te odgovornosti navodi se postojanje uzročne veze između povrede obveze države i štete koju je pretrpio pojedinac (Spojeni predmeti C-6 i 9/90 *Francovich and Bonifaci*, (1991) ECR I-5357, t. 40.). U slučaju *Brasseri* Europski je sud utvrdio da uzročna veza mora biti izravna (Spojeni predmeti C-46 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame III*, (1996) ECR I-1066.), a ubrzo se pokazalo da bi upravo uzročna veza mogla biti vrlo teška prepreka ostvarivanju prava na naknadu štete, kada je u predmetu *Brinkmann* (Predmet C-319/96 *Brinkmann*, (1998) ECR I-5255.) odlučeno da država, usprkos dovoljno ozbiljnoj povredi prava (neprenošenje direktive), nije odgovorna jer je došlo do prekida uzročne veze, a tu su vezu prekinule izvršne vlasti koje su pogriješile izravno primjenjujući normu Zajednice, ali njihova se pogreška mogla opravdati zbog nedovoljno jasnog teksta direktive.

89 Vidi *infra*, 3.3.

90 Vidi *supra*, 2.2.1.

91 *Biriuk protiv Litve*, presuda od 25. studenog 2008., zahtjev br. 23373/03.



dodijeljeni iznos od 10.000,00 litavskih lira (u hrvatskim kunama, riječ je o iznosu od oko 22.000,00 kn) maksimalni je iznos koji oštećenik može dobiti po litavskim propisima zbog objave lažne informacije u medijima, osim ako ne dokaže da je medij namjerno objavio lažnu informaciju.<sup>92</sup>

Raspravljajući o navedenom slučaju, Sud je najprije doveo u vezu pravo na poštovanje privatnog života sa slobodom izražavanja iz članka 10. Konvencije,<sup>93</sup> ističući kako ona mora biti uravnotežena sa zaštitom privatnog života. Ipak, kada je u pitanju uloga medija, prema shvaćanju Suda mora se izvršiti osnovno razlikovanje između izvještavanja o činjenicama (čak i ako su one kontroverzne) koje mogu doprinijeti raspravi u demokratskom društvu i objavljivanju neutemeljenih tvrdnji o privatnom životu pojedinca. Svrha zaštite iz članka 8. Konvencije zaštita je osobnosti svakog čovjeka i granice te zaštite ne prestaju s obiteljskim krugom konkretnog pojedinca već imaju društvenu dimenziju.<sup>94</sup> Sud je u predmetnom slučaju stoga utvrdio povredu članka 8. Konvencije, navodeći kako je objava spornih podataka o privatnom životu podnositeljice imala svrhu povećati prodaju novina, a ne doprinijeti raspravi od općeg interesa za društvo te je dodijelio podnositeljici daljnju naknadu neimovinske štete u iznosu od 6.500,00 eura.<sup>95</sup>

### **3.3. Odgovornost EU-a za štetu prouzročenu povredom prava na zaštitu osobnih podataka**

U presudi *CN protiv Europskog parlamenta*<sup>96</sup> zahtjev za naknadu štete podnio je gospodin CN koji je bio dužnosnik Vijeća Europske unije. On je Europskom parlamentu podnio predstavku o poteškoćama s kojima se susreću europski dužnosnici koji imaju zdravstvene probleme. Europski parlament je obradio predstavku tužitelja i po obradi je na svojoj mrežnoj stranici objavio priopćenje u kojem je bilo navedeno tužiteljevo ime te teške bolesti od kojih pati tužitelj i njegov sin. Po pritužbi tužitelja, Europski parlament odobrio je uklanjanje navedenih podataka sa svoje mrežne stranice, ali oni su i dalje bili vidljivi i dostupni. Iako je Opći sud odbio zahtjev CN-a, utvrđujući kako Europski parlament nije povrijedio pravila o zaštiti osobnih podataka jer je gospodin CN izričito pristao na objavu, dok je s druge strane potpuno brisanje određenog

92 Navedeno prema § 30 presude.

93 Čl. 10. Konvencije u bitnome glasi: *Svako ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice (...).*

94 U konkretnom slučaju, Sud je stavio naglasak na činjenicu što je podnositeljica zahtjeva bila zaražena HIV-om i utvrdio kako bi zaštita zdravstvenih podataka trebala biti ključno načelo pravnih sustava svih država članica Konvencije, a pogotovo imajući u vidu da bi otkrivanje takvih podataka moglo dramatično utjecati na život zaraženog pojedinca, izlažući ga nemogućnosti pronalaska posla i riziku izopćenosti iz društva. Navedeno prema §39 presude.

95 Zanimljivo je istaknuti kako je Sud u predmetnoj presudi naveo kako države članice Vijeća Europe mogu samostalno i različito odlučivati o pitanju naknade neimovinske štete, ali kako maksimalni iznosi utvrđeni propisima neke države ne smiju biti određeni na način da uskrate pojedincu pravo na privatnost i liše to pravo njegova efektivnog sadržaja. Navedeno prema § 45 presude.

96 Presuda od 3. prosinca 2015., *CN protiv Europskog parlamenta*, T-343/13, EU:T:2015:926.

podatka s Interneta tehnički zahtjevno, Sud je u konkretnom slučaju smatrao korisnim ispitati argumente podnositelja u pogledu štete i uzročne veze između štetne radnje i štete.

Prema stajalištu Općeg suda, šteta mora biti stvarna i izvjesna budući da hipotetska i neizvjesna šteta ne daje pravo na naknadu. Iznimka od gornjeg pravila jest postojanje izvjesne štete ako je ona prijeteca i može se predvidjeti s dovoljno sigurnosti, iako je njenu visinu nemoguće precizno odrediti.<sup>97</sup> Također, teret dokaza da postoji odgovornost Unije je na oštećeniku, on je taj koji mora pružiti dokaze da šteta postoji i koliki su njeni razmjeri, kao i dokazati uzročno-posljedičnu vezu, a takva veza postoji ako je prisutna izravna veza između pogreške određene europske institucije i predmetne štete.<sup>98</sup>

O pretpostavkama za izvanugovornu odgovornost za štetu zbog povrede osobnih podataka koje su počinile europske institucije i tijela, Opći sud je raspravljao i u predmetu *Oikonomopoulos protiv Europske komisije*.<sup>99</sup> Gospodin Oikonomopoulos bio je osnivač grčkoga društva *Zenon Automaton Technologies* koje je s Europskom komisijom sklopio nekoliko ugovora temeljem kojih su *Zenonu* dodijeljena novčana sredstva radi doprinosa stvaranju Europskog istraživačkog prostora i inovacijama. Nakon što je u *Zenonu* na zahtjev Komisije obavljena revizija, utvrđene su financijske zloupotrebe dodijeljenih sredstava, zbog čega je pokrenuta i istraga Europskog ureda za borbu protiv prijevара (dalje: OLAF), koji je u dopisu podnositelju i grčkim vlastima naveo kako postoji opravdana sumnja da je *Zenon* počinio kaznena djela protiv financijskih interesa Europske unije. Gospodin Oikonomopoulos smatrao je kako navedeni rezultati istrage i popratni dopis protuzakonito prejudiciraju njegovu krivnju pred grčkim tijelima, potražujući naknadu štete koja mu je nanesena takvim postupanjem.

Pri odlučivanju, Opći je sud istaknuo ranijom sudskom praksom potvrđene tri kumulativne pretpostavke izvanugovorne odgovornosti Europske unije za štetu: protupravnost postupanja europske institucije, štetu i uzročnu vezu između postupanja institucije i nastale štete.<sup>100</sup> Za protupravnost je potrebno da postoji dovoljno ozbiljna povreda nekoga pravnog pravila kojim se pojedincu dodjeljuje neko pravo, a kriterij za odlučivanje o navedenoj ozbiljnosti jest je li europska institucija ili neko njeno tijelo znatno prekršila granice svojih ovlasti.<sup>101</sup> Nadalje, za utvrđivanje odgovornosti tijela EU-a za štetu, mora se raditi o mjerljivoj stvarnoj šteti, a oštećenik je dužan

97 Ibid., §118.

98 Ibid., §119 i 123.

99 Presuda od 20. srpnja 2016., *Oikonomopoulos protiv Europske komisije*, T-483/13, EU:T:2016:421. Presuda nije dostupna na hrvatskom jeziku, stoga će se relevantni dijelovi citirati na engleskom izvorniku.

100 Ibid., §41. *...it should be recalled that, (...) the incurring of the European Union's non-contractual liability (...) is subject to the satisfaction of a number of conditions, namely the unlawfulness of the conduct alleged against the EU institution, the fact of damage and the existence of a causal link between the conduct of the institution and the damage complained of...*

101 Ibid., §42. Također je utvrđeno kako je, ako europska institucija ili tijelo ima smanjene ovlasti ili ih uopće nema u nekom području, za postojanje protupravnosti u navedenom kontekstu dovoljna i sama činjenica povrede europskoga prava.

dokazati njeno postojanje i opseg. Konačno, nastala šteta mora biti dovoljno izravna posljedica ophođenja tijela Unije, koje mora biti odlučujući uzrok štete, a teret dokaza za navedeno također je na oštećeniku.<sup>102</sup> U predmetnom slučaju, Opći je sud utvrdio postojanje povrede članka 25. stavka 1. Uredbe br. 45/2001,<sup>103</sup> ali je istaknuo kako neovisno o postojanju povrede, podnositelj zahtjeva nije dokazao uzročnu vezu između štetne radnje i štete, odnosno nije predložio nijedan dokaz kojim bi se prikazalo na koji je način zakašnjenje voditelja obrade da informira službenika za zaštitu podataka utjecalo na njegov ugled te prestanak poslovnih i akademskih aktivnosti.<sup>104</sup>

#### 4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Pravo na zaštitu podataka dugo se vremena na teorijskoj i normativnoj razini, a posljedično tomu i u sudskoj praksi, nije odvajalo od nekih drugih temeljnih prava pojedinaca, posebno prava na privatnost. Prvo je njegovo normativno odvajanje od srodnih mu prava provedeno izdvajanjem u poseban, 8. članak Povelje Europske unije o temeljnim pravima. Osobni su podatci sami za sebe postali samostalan objekt zaštite koja je Općom uredbom o zaštiti podataka potpuno europeizirana. Zbog činjenice da je Uredba u cijelosti obvezujuća i neposredno se primjenjuje, početkom njene primjene ukinuti su različiti sustavi zaštite osobnih podataka u država članicama, nastali zbog nejednakih načina implementacije do tada važeće Direktive 95/46/EZ. Sada se temeljno pravo pojedinaca na zaštitu njihovih osobnih podataka na području čitave Unije štiti jednako. Temeljne promjene koje Uredba donosi u sustav zaštite osobnih podataka usmjerene su na jačanje kontrole pojedinaca nad njihovim podacima i viši stupanj sigurnosti obrade tih podataka, koji će istodobno osigurati i njihov lakši protok. Visoke upravne novčane kazne koje mogu biti izrečene u slučaju kršenja odredbi Uredbe glavni su razlog velikog interesa koji je taj europski propis izazvao u javnosti. Od nezakonitih obrada podataka i njihove zloupotrebe, osim javnopravnih sankcija, odvracati bi trebala i odgovornost za štetu koju zbog njih pojedinac pretrpi.

Neposredna primjena članka 82. Uredbe isključuje primjenu nacionalnih pravila

102 Ibid., §44. ... *in respect of the condition relating to the existence of a causal link between the alleged conduct and the damage pleaded, that damage must be a sufficiently direct consequence of the conduct complained of, which must be the determinant cause of the harm, whereas there is no obligation to make good every harmful consequence, even a remote one, of an unlawful situation.*

103 Članak 25. stavak 1. Uredbe glasi: *Voditelj obrade je dužan unaprijed obavijestiti službenika za zaštitu podataka o svakom postupku obrade ili nizu takvih postupaka predviđenih za jednu svrhu ili nekoliko povezanih svrha.* U konkretnom predmetu, službenik za zaštitu podataka obaviješten je sa zakašnjenjem o obradi osobnih podataka tužitelja, zbog čega je Opći sud utvrdio povredu toga članka.

104 Ibid., §247. ... *in that regard, it must be stated that the applicant has succeeded in establishing the infringement of Article 25(1) of Regulation No 45/2001 (...)* However, the applicant has not demonstrated the existence of any causal link between that infringement and the damage complained of. He has not submitted any argument making it possible to understand how, in the present case, late notification informing the data protection officer of the processing of personal data undermined his reputation and led him to cease his business activities and interrupt his academic activities.

o odgovornosti za štetu na pitanja odgovornosti koja su njime regulirana. Najviše promjena u pogledu pretpostavki odgovornosti Uredba donosi u protupravnost. Detaljno propisujući pravila obrade podataka (načela obrade, pojedinačna prava ispitanika i obveze voditelja i izvršitelja obrade), Uredba je definirala granice protupravnosti. Povećan je broj potencijalno odgovornih osoba, uz mogućnost da za neke povrede one solidarno odgovaraju za štetu, i to ukupno prouzročenu. U odnosu na vrstu odgovornosti za štetu prema Direktivi 95/46/EZ, načelno govoreći, došlo je do pomaka k nešto strožoj odgovornosti (težem oslobođenju od nje), zbog obveze da potencijalno odgovorna osoba dokaže da nije „ni na koji način“ odgovorna za događaj koji je prouzročio štetu. Korištenjem pojma „svaka osoba“, ostavljena je mogućnost širokog tumačenja pojma oštećenika, odnosno priznavanje prava na naknadu štete i posrednim oštećenicima. Izričito je priznato pravo na naknadu neimovinske štete, što će za neke nacionalne sustave odgovornosti biti najveća novina. Iako Uredba ne sadrži njeno određenje, uzročna veza će, zbog mogućnosti vrlo ekstenzivnog tumačenja pojma štete i oštećenika, imati ključnu ulogu u održavanju odgovornosti za štetu zbog povrede prava na zaštitu osobnih podataka u razumnim granicama.

#### LITERATURA

1. Bosco, Francesca, et al., Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities, u: Gutwirth, Serge, Leenes, Ronald, de Hert, Paul (eds.), Reforming European Data Protection Law, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, Springer International Publishing AG, 2015., str. 3-34.
2. Brezak, Milan, Pravo na osobnost, Pravna zaštita osobnih podataka od zlouporabe, Zagreb, Nakladni zavod Matice Hrvatske, 1998.
3. Bukovac Puvača, Maja, Funkcije pravične novčane naknade u hrvatskom odštetnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37, 1/2016, str. 155-173.
4. Bukovac Puvača, Maja, Nova EU Opća uredba o zaštiti osobnih podataka – pravo na naknadu štete i odgovornost zbog njenog kršenja (čl. 82. Uredbe), Zbornik radova „Savremeni pravni promet i usluge“, str. 755-777.
5. Bukovac Puvača, Maja, „Sive zone“ izvanugovorne odgovornosti – područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., 1/2009, str. 221-243.
6. Bukovac Puvača, Maja, Slakoper, Zvonimir, Belanić, Loris, Obvezno pravo, Posebni dio II, Izvanugovorni obvezni odnosi, Zagreb, Novi informator, 2015.
7. Kiss, Attila, Szoke, Gergely Laszlo, Evolution or Revolution? Steps Forward to a New Generation of Data Protection Regulation, u: Gutwirth, Serge, Leenes, Ronald, de Hert, Paul (eds.), Reforming European Data Protection Law, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, Springer International Publishing AG, 2015., str. 311-332.
8. Kokott, Juliane, Sobotta, Christoph, The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR, International Data Privacy Law, 2013., br. 4., str. 222-228.
9. Lynskey, Orla, The Foundations of EU Data Protection Law, Oxford, Oxford University Press, 2015.
10. Van der Sloot, Bart, Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?, u: Leenes, Ronald, Van Brakel, Rosamunde, Gutwirth, Serge, De Hert, Paul (eds.), Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures, Springer International

- Publishing AG, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2017., str. 3-30.
11. Voigt, Paul, Von dem Bussche, Axel, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Practical Guide*, Springer International Publishing AG, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2017.

*Pravni izvori:*

1. Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, SL L 281, 23.11.1995
2. Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama), SL L 201/37, 31.7.2002.
3. Direktiva 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zadržavanju podataka obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ, SL L 105, 15.3.2006.
4. Direktiva (EU) 2016/680 Europskog parlamenta i Vijeća, od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka od strane nadležnih tijela u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih sankcija i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Okvirne odluke Vijeća 2008/977/PUP, SL L 119, 4.5.2016.
5. Konsolidirane verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, SL C od 19. svibnja 2008.
6. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10
7. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 202 od 07.06.2016.
8. Ugovor iz Lisabona kojim se mijenja Sporazum o Europskoj uniji i Sporazum o uspostavljanju Europske zajednice, SL 306 od 17. prosinca 2007.
9. Uredba (EZ) br. 45/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 18. prosinca 2000. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka u institucijama i tijelima Zajednice i o slobodnom kretanju takvih podataka, SL L 8, 12.1.2001.
10. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), SL L 119, 4.5.2016.
11. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15. i 29/18.
12. Zakon o odvjetništvu, NN, br. 9/94., 117/08., 50/09., 75/09. i 18/11.
13. Zakon o zaštiti osobnih podataka, NN, br. 103/03., 118/06., 41/08. i 130/11.

*Sudska praksa:*

1. Biriuk protiv Litve, presuda od 25. studenog 2008., zahtjev br. 23373/03
2. Presuda od 16. prosinca 2008., *Heinz Huber protiv Bundesrepublik Deutschland*, C-524/06, EU:C:2008:724
3. Presuda od 8. travnja 2014., spojeni predmeti *Digital Rights Ireland LTD*, C-293/12 i *Kärntner landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl et al.*, C-594/12, EU:C:2014:238.
4. Presuda od 5. lipnja 2014., *Kone*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317.
5. Presuda od 3. prosinca 2015., *CN protiv Europskog parlamenta*, T-343/13, EU:T:2015:926.
6. Presuda od 20. srpnja 2016., *Oikonomopoulos protiv Europske komisije*, T-483/13, EU:T:2016:421
7. Presuda od 21. lipnja 2017., *N. W i dr. protiv Sanofi Pasteur MSD SNC i dr.*, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484
8. Presuda od 10. srpnja 2018., *Tietosuoja- ja valtuutettu*, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551

9. *S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 4. prosinca 2008., zahtjevi br. 30562/04 i 30566/04
10. VUPRS, Us-10320/2011-4, od 13. studenog 2013.
11. Županijski sud u Zagrebu, Gžn -748/13-7, od 28. ožujka 2017.

*Izvori s Interneta:*

1. [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information\\_society.html](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information_society.html) (28.11.2018.)

**Maja Bukovac Puvača\***  
**Armando Demark\*\***

Summary

## **THE RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND LIABILITY FOR DAMAGE DUE TO ITS INFRINGEMENT**

The right to the protection of personal data is recognized as a fundamental right by Art. 8. of the Charter of fundamental rights of the European Union. Since the end of May 2018, in all Member States the General Data Protection Regulation is directly applied, by which the right to the protection of personal data was completely Europeanized and former various systems of its protection have been abolished within national legal systems. The Regulation caused a great interest of the public, primarily due to substantially increased supervisory competences of authorities for the protection of personal data and the amount of administrative monetary fees which may be imposed for infringements of its provisions. The Regulation in Art. 82. establishes a new regime of liability for damage caused by such a breach, from which it is also expected to avert potential tortfeasors from illegal processing of personal data. Since the application of national rules regulating liability for damage is excluded, there has been a certain shift towards somewhat stricter liability (harder discharge of liability), the number of potentially liable persons has been increased with joint and several liability of the controller and processor, there is a possibility of a very broad interpretation of the term „injured party“ and the right to compensation of non-material damage has been explicitly recognized (which was until then rarely recognized in national systems).

**Keywords:** *protection of personal data; fundamental right; the right to privacy; liability for damage; controller; processor; damage.*

---

\* Maja Bukovac Puvača, Ph.D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; bukovac@pravri.hr.

\*\* Armando Demark, mag. iur., Doctoral Student, University of Rijeka, Faculty of Law; armando.demark@pravri.hr.

## Zusammenfassung

**SCHUTZ PERSONENBEZOGENER DATEN ALS  
GRUNDLEGENDES RECHT UND SCHADENHAFTUNG  
WEGEN DESSEN VERLETZUNG**

Schutz personenbezogener Daten wird als grundlegendes Recht im Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleistet. Seit Ende Mai 2018 wird in allen EU-Mitgliedsstaaten die Datenschutz-Grundverordnung direkt angewandt. Dadurch wurde der Schutz personenbezogener Daten völlig europäisiert und die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden unterschiedliche Systeme des Schutzes personenbezogener Daten in nationalen Rechtssystemen wurden aufgehoben. Die Verordnung hat großes Interesse in der Öffentlichkeit hervorgerufen, vor allem wegen größerer Kontrollbefugnisse der Datenschutzbehörde und der Höhe der Geldstrafen, die für die Verletzung dieser Verordnung verhängt werden können. Art. 82 der Verordnung führt eine neue Regelung der Haftung für den durch solche Verletzung verursachten Schaden ein, von welcher auch erwartet wird, dass sie die potentiellen Schädiger von der rechtswidrigen Verarbeitung personenbezogener Daten abhält. Da nationale Regeln über Schadenhaftung nicht mehr angewandt werden können, hat dies zu etwa strikterer Haftung (weil es schwieriger geworden ist, von der Haftung befreit zu werden) geführt. Außer der gesamtschuldnerischen Haftung des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters, gibt es jetzt eine größere Anzahl potentiell haftender Personen. Ebenfalls kann der Begriff des Schädigers der Verordnung nach sehr breit ausgelegt werden. Ferner wird in der Verordnung das Recht auf immateriellen Schadenersatz ausdrücklich anerkannt (was bisher nur selten in nationalen Rechtssystemen anerkannt wurde).

*Schlüsselwörter: Schutz personenbezogener Daten; Grundrecht; Recht auf Privatsphäre; Schadenhaftung; der Verantwortliche; Auftragsverarbeiter; Schaden.*

## Riassunto

**IL DIRITTO ALLA TUTELA DEI DATI PERSONALI QUALE  
DIRITTO FONDAMENTALE E RESPONSABILITÀ PER I  
DANNI DERIVANTI DALLA SUA VIOLAZIONE**

Il diritto alla tutela dei dati personali è riconosciuto alla stregua di un diritto fondamentale ai sensi dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A partire dalla fine di maggio 2018 in tutti gli stati membri si applica direttamente il Regolamento sulla protezione dei dati personali, mediante il quale la



tutela dei dati è del tutto europeizzata, annullando le diversità di disciplina fino ad allora esistenti nei singoli ordinamenti giuridici nazionali. Il Regolamento ha destato un grande interesse della collettività, anzi tutto in ragione dei maggiori poteri di vigilanza in capo agli organi preposti alla protezione dei dati personali e dell'ammontare delle multe amministrative che possono venire comminate in ragione della violazione di tali regole. Il regolamento all'art. 82 introduce anche una nuova disciplina relativa alla responsabilità per i danni cagionati da tale violazione; dalla quale nuova disciplina ci si aspetta altresì che sortisca un effetto deterrente. Posto che viene esclusa l'applicazione delle regole nazionali in materia risarcitoria, s'è pervenuti ad uno spostamento verso soluzioni risarcitorie più severe (maggiore difficoltà nello svincolarsi dalla responsabilità) ed a un aumento di soggetti ipoteticamente responsabili unitamente alla responsabilità solidale del titolare e del responsabile del trattamento, lasciando altresì ampio spazio all'interpretazione della nozione di danneggiato e prevedendo la possibilità (fino ad allora raramente prevista negli ordinamenti nazionali) di risarcire il danno non patrimoniale.

**Parole chiave:** *Protezione dei dati personali; diritto fondamentale; diritto alla riservatezza; risarcimento del danno; titolare del trattamento; responsabile del trattamento; danno.*



## USPOSTAVLJANJE ETAŽNOG VLASNIŠTVA – OTVORENA PITANJA TUMAČENJA I PRIMJENE

Prof. dr. sc. Ante Perkušić\*

UDK: 347.238.31

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.12>

Ur.: 17. siječnja 2019.

Pr.: 27. veljače 2019.

Prethodno priopćenje

### Sažetak

*U radu se raščlanjuju opća obilježja etažnog vlasništva prema prijašnjim propisima u odnosu na obilježja etažnog vlasništva prema ZV-u. Analiziraju se pretpostavke uspostavljanja etažnog vlasništva prema tim različitim sustavima, pretvaranje vlasništva na posebnom dijelu zgrade u vlasništvo posebnog dijela nekretnine, kao i pitanja koja se javljaju kod tumačenja ove normative u pravnoj doktrini i primjeni u sudskoj praksi.*

**Ključne riječi:** *etažno vlasništvo; uspostava etažnog vlasništva; vlasništvo na posebnom dijelu zgrade; vlasništvo posebnog dijela nekretnine.*

### 1. UVOD

Mogućnost i pretpostavke osnivanja vlasništva posebnog dijela nekretnine - etažnog vlasništva prema pravilima koja su se primjenjivala u trenutku stjecanja, promjene i prestanka prava i njihovih pravnih učinaka jasno odražava faze kroz koje je prošlo naše stvarnopravno uređenje u razdoblju od primjene OGZ-a kao glavnog zakonodavnog izvora normi našeg stvarnog prava do stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>1</sup> i Zakona o zemljišnim knjigama.<sup>2</sup> Uz postojanje sadržajno različitih vrsta prava vlasništva i nejednakih ovlaštenja pravnih subjekata na stvarima ovisno o vrsti subjekta i objekta vlasništva, u ovom razdoblju

\* Dr. sc. Ante Perkušić, redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske; ante.perkusic@vsrh.hr.

Sažeta, bitno kraća i jednostavnija verzija ovoga rada izložena je kao referat na savjetovanju održanom u Tuheljskim Toplicama 22. i 23. studenog 2018. u organizaciji Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Pravosudne akademije, koje je objavljeno u Zborniku radova Građansko pravo – sporna pitanja i aktualna sudska praksa – 2018, Vrhovni sud Republike Hrvatske i Pravosudna akademija, Tuheljske Toplice, 22.–23. studenoga 2018.

1 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12 i 152/14 - u daljnjem tekstu: ZV.

2 Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 73/00, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10 i 55/13 - u daljnjem tekstu: ZZK-a.

naše stvarnopravno uređenje prošlo je kroz fazu zanemarivanja i ostalih načela na kojima se temelji stvarnopravni sustav zemalja kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, pa tako i načela pravnog jedinstva nekretnine – *superficies solo cedit* kao objekta stvarnopravnog odnosa. Tako je u razdoblju dualističkog pristupa uređenju pravne vlasti na nekretninama dolazilo do uspostavljanja različitih pravnih vlasti na pojedinim dijelovima nekretnine i u okolnostima kada su ti dijelovi bili pravno neodvojivi. Nakon početne zabrane,<sup>3</sup> mogućnost osnivanja etažnog vlasništva u ovom razdoblju uvodi se Zakonom o prometu zemljišta i zgrada.<sup>4</sup> Prema odredbama ovog Zakona, posebni dijelovi zgrade (stanovi i poslovne prostorije) mogli su biti predmetom prava vlasništva. Isto tako podnormirano, mogućnost postojanja prava vlasništva na stanu i poslovnoj prostoriji kao posebnom dijelu zgrade predviđao je i Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima,<sup>5</sup> dok je šire pravno uređenje etažnog vlasništva sadržavao Zakonom o vlasništvu na dijelovima zgrada.<sup>6</sup> Prema ovom sustavu, (suprotno načelu pravnog jedinstva nekretnine) stan ili poslovni prostor kao poseban dio zgrade predstavljali su samostalan pravni objekt s kojeg su se određena prava širila na zemljište i zajedničke dijelove zgrade, pa se etažno vlasništvo definiralo kao pravo vlasništva na stanu ili poslovnoj prostoriji kao posebnom dijelu zgrade.

Stupanjem na snagu ZV-a i ZZK-a u naš (sada zatvoreni) sustav stvarnih prava ponovno se uvode temeljna načela jednovrsnosti i nepovredivosti prava vlasništva, zaštite povjerenja u zemljišne knjige i pravnog jedinstva nekretnine, čime je naše stvarno pravo strukturom i sadržajem postalo kompatibilno stvarnopravnom uređenju zemalja kontinentalnoeuropskoga pravnog kruga. U tom smislu, jedna od opsežnijih i važnijih promjena koja je u naše stvarno pravo unesena te upravo je u sustavu etažnog vlasništva. Naime, uzorom na austrijsko pravo ZV vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo)<sup>7</sup> izvodi iz suvlasništva nekretnine koju čini zemljište sa zgradom. Temelj vlasništva posebnog dijela nekretnine čini suvlasništvo, tako da vlasništvo posebnog dijela nekretnine proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim (idealnim) dijelom nekretnine na kojem je uspostavljeno. Prijelaznim odredbama ZV-a posebno je uređeno pretvaranje etažnog vlasništva koje je stečeno po prijašnjim propisima u vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništva

3 Mogućnosti osnivanja etažnog vlasništva koje je do tada postojalo samo na određenim područjima (dijelovi Hrvatske koji su bili pod talijanskom i austrijskom upravom) ukinute su Zakonom o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga od 18. svibnja 1930. Šire vidjeti: Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, Svezak 1., Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 735–740, Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi*, Zagreb, Organizator, 1996., str. 515–518.

4 Čl. 7. st. 1. Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Sl. l. br. 26/54, 19/55, 30/62, 53/62, 15/65, 57/65, Narodne novine, br. 52/73 – u daljnjem tekstu: ZPZZ.

5 Čl. 19. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Sl. l., br. 6/80, Narodne novine, br. 53/91 – u daljnjem tekstu: ZOVO.

6 Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada, Sl. l. br. 16/59, 43/65, 57/65, Narodne novine br. 52/73 - u daljnjem tekstu: ZVDZ. Ovaj je Zakon stupio na snagu 23. srpnja 1959.

7 Iako navedenim pristupom ZV ne poznaje posebne dijelove zgrade, već (prema prihvaćenom načelu pravnog jedinstva nekretnine) posebne dijelove nekretnine, za ovu pravnu ustanovu pored naziva „vlasništvo posebnog dijela nekretnine“ zbog uvriježenosti u praksi podredno se koristi i naziv „etažno vlasništvo“ (*etage* - kat), što je odgovaralo sadržaju ove pravne ustanove do stupanja na snagu ZV-a.

prema odredbama ZV-a). Međutim, s obzirom na različita obilježja i pretpostavke uspostave etažnog vlasništva prema prijašnjim propisima (vlasništva posebnog dijela zgrade) u odnosu na etažno vlasništvo prema odredbama ZV-a (vlasništva posebnog dijela nekretnine), ova pravna ustanova kod tumačenja te primjene u praksi i nakon proteka više od dvadeset godina od stupanja na snagu ZV-a otvara nova pitanja koja se analiziraju u ovom radu.

## **2. ETAŽNO VLASNIŠTVO (VLASNIŠTVO NA POSEBNOM DIJELU ZGRADE) DO STUPANJA NA SNAGU ZV-A**

Normativa na kojoj se temeljilo etažno vlasništvo do stupanja na snagu ZV-a je napuštajući načelo pravnog jedinstva nekretnine dopuštala stjecanje prava vlasništva, odnosno prava korištenja na stanovima i poslovnim prostorijama kao samostalnim objektima stvarnih prava na kojima su se mogli osnivati stvarnopravni odnosi.<sup>8</sup> U tom smislu vlasnik stana odnosno poslovne prostorije kao posebnog dijela zgrade, shodno općoj stvarnopravnoj normativi,<sup>9</sup> imao je pravo svoje etažno vlasništvo posjedovati, koristiti se i raspolagati njime u skladu s ovlastima vlasnika nekretnine kao objekta stvarnopravnog odnosa. Tako je predmet etažnog vlasništva prema navedenoj normativi mogao biti pojedini stan,<sup>10</sup> odnosno pojedina poslovna prostorija<sup>11</sup> kao posebni dio zgrade, dok su se tek određena prava protezala na zajedničke dijelove zgrade i zemljište na kojem je zgrada izgrađena.

Šire tumačenje objekta (predmeta) etažnog vlasništva nije dopuštala niti sudska praksa koja je zauzela pravna shvaćanja da: predmet etažnog vlasništva mogu biti samo pojedini stanovi ili pojedine poslovne prostorije, ali ne i pojedini fizički određeni dijelovi stanova i poslovnih prostorija,<sup>12</sup> te da se određene prostorije smatraju stanom tek kada su kumulativno ispunjene pretpostavke: skupna prostorija, koje su namijenjene za trajno stanovanje, koje imaju prijeko potrebne sporedne prostorije, da sve te prostorije, u pravilu, čine jednu građevinsku cjelinu i imaju poseban glavni ulaz.<sup>13</sup> Ovi posebni dijelovi zgrade mogli su biti u građanskom vlasništvu (a kao takvi

8 Prema čl. 7. st. 1. ZPZZ-a, u prometu mogu biti i pojedini posebni dijelovi zgrade (stanovi i poslovne prostorije). Slično određenje sadržavala je odredba čl. 19. ZOVO-a, te odredba čl. 1. st. 3. ZVDZ-a, prema kojima je u slučajevima i pod uvjetima određenim zakonom moglo postojati pravo vlasništva na stan i poslovnu prostoriju kao posebnom dijelu zgrade.

9 Čl. 3. st. 1. ZOVO-a.

10 U tom smislu primjenjivale su se odredbe Zakona o stambenim odnosima (Narodne novine br. 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93) prema kojima se stanom smatrao skup prostorija namijenjenih za trajno stanovanje s prijeko potrebnim sporednim prostorijama, koje su, u pravilu, činile jednu građevinsku cjelinu i imale poseban glavni ulaz (čl. 6. ovog Zakona).

11 U tumačenju pojmovnog određenja poslovnog prostora primjenjivale su se odredbe Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama (Sl. I., br. 57/65, Narodne novine, br. 52/71) prema kojima se poslovnom prostorijom smatrala jedna ili više prostorija koje su bile namijenjene obavljanju poslovne djelatnosti jednog korisnika, koje su po pravilu, činile građevinsku cjelinu i imale poseban glavni ulaz (čl. 4. st. 1. ovog Zakona).

12 Odluke Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev-549/82 od 14. prosinca 1982., Rev-1535/81 od 8. prosinca 1981. i Rev-2395/93 od 21. prosinca 1994.

13 Odluka Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev – 108/81 od 18. siječnja 1982.

u isključivom vlasništvu određene osobe, suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu) ili u društvenom vlasništvu.<sup>14</sup>

Na zajedničkim dijelovima višestambene zgrade koji su služili zgradi kao cjelini (temelji, glavni zidovi, tavan, fasada, stube, hodnici, nadstojnički stan, dizalice, električna, kanalizacijska, vodovodna i telefonska mreža, bunari, prostorije za pranje i sušenje rublja, krov, podrum, uređaji za zagrijavanje, svjetlarnici, dimnjaci i sl.), svi vlasnici posebnih dijelova imali su trajno pravo korištenja, dok su na zajedničkim dijelovima koji su služili samo nekim, a ne svim posebnim dijelovima zgrade trajno pravo korištenja imali vlasnici tih posebnih dijelova. Dijelovi obiteljske stambene zgrade koji su služili zgradi kao cjelini ili samo nekim njenim posebnim dijelovima, smatrali su se zajedničkim nedjeljivim vlasništvom svih vlasnika posebnih dijelova, odnosno vlasnika čijim posebnim dijelovima služe.<sup>15</sup> U tom je smislu i u sudskoj praksi zauzeto pravno shvaćanje da se na zajedničkim dijelovima zgrade koji služe zgradi kao cjelini ne mogu utvrđivati idealni suvlasnički dijelovi etažnih vlasnika.<sup>16</sup>

Kada je riječ o zemljištu na kojem je zgrada bila izgrađena, ako je zemljište bilo društveno, svaki vlasnik posebnog dijela zgrade imao je trajno pravo korištenja, a ako je zemljište bilo u građanskom vlasništvu, svaki vlasnik posebnog dijela zgrade imao je vlasništvo na idealnom dijelu građevinske čestice razmjerno vrijednosti svoga posebnog dijela prema ukupnoj vrijednosti cijele zgrade.<sup>17</sup>

Prava koja je vlasnik imao na građevinskoj čestici na kojoj je zgrada bila izgrađena i na dijelovima zgrade koji su služili zgradi kao cjelini ili samo nekim njezinim posebnim dijelovima bila su nedjeljivo povezana s njegovim posebnim dijelom zgrade, pa su se sve promjene u pravima na tom dijelu zgrade odnosile i na ta prava.<sup>18</sup>

Etažno vlasništvo stjecalo se po pravnim osnovama i načinu stjecanja koji su prema općoj normativi bili predviđeni za stjecanje prava vlasništva nad nekretninama.<sup>19</sup> Posebno je bilo regulirano da svaki suvlasnik idealnog dijela zgrade ima pravo zahtijevati da se njegovo idealno vlasništvo pretvori u etažno vlasništvo na određenom posebnom dijelu zgrade, ako je to bilo moguće s obzirom na vrijednost tog idealnog dijela, na veličinu zgrade, broj njezinih prostorija i njihov raspored.<sup>20</sup>

Uknjižba etažnog vlasništva u posebnu zemljišnu knjigu koja je nosila oznaku „Etažno vlasništvo“ („E“) posebno je bila uređena.<sup>21</sup> S obzirom na predmet ovog rada ovdje treba samo napomenuti da je za uknjižbu bilo potrebno zemljišnoknjižnom sudu podnijeti plan posebnih dijelova zgrade koji je morao sadržavati: zemljišnoknjižnu oznaku zemljišta na kojem je zgrada sagrađena, površinu tog zemljišta, oznaku zgrade po ulici, kućnom broju i posebnom nazivu, crteže iz kojih se jasno vidi raspored

14 Čl. 1. st. 1. i 2. ZVDZ-a.

15 Čl. 5. st. 1. - 3. ZVDZ-a.

16 Odluka Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev – 392/89 od 27. studenog 1989.

17 Čl. 6. ZVDZ-a.

18 Čl. 7. st. 2. ZVDZ-a.

19 Čl. 2. st. 1. ZVDZ-a.

20 Čl. 49. ZVDZ-a.

21 Uknjižba etažnog vlasništva u posebnu zemljišnu knjigu koja je nosila oznaku „Etažno vlasništvo“ („E“) bila je uređena odredbama čl. 36.-48. i 52.-54. ZVDZ-a.

zgrade prije diobe, oznaku, položaj i mjere posebnih dijelova zgrade na kojima se traži uknjižba etažnog vlasništva, kao i oznaku, položaj i mjere dijelova zgrade koji su služili zgradi kao cjelini ili samo nekim posebnim dijelovima zgrade. Ako je zgrada u etažnom vlasništvu bila podignuta na građevinskoj parceli u građanskom vlasništvu, plan posebnih dijelova zgrade morao je sadržavati i vrijednost svakoga posebnog dijela izračunatu u postocima prema ukupnoj vrijednosti cijele zgrade koja je služila za izračunavanje dijela kojim pojedini vlasnici posebnih dijelova sudjeluju u idealnom vlasništvu građevinske parcele na kojoj je zgrada izgrađena.<sup>22 23</sup>

### **3. ETAŽNO VLASNIŠTVO (VLASNIŠTVO POSEBNOG DIJELA NEKRETNINE) NAKON STUPANJA NA SNAGU ZV-A – POSEBNO O PITANJIMA KOJA SE JAVLJAJU KOD TUMAČENJA I PRIMJENE OVE NORMATIVE U PRAKSI**

#### **3.1. Obilježja pravne ustanove etažnog vlasništva**

Temelj vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva) nakon stupanja na snagu ZV-a čini suvlasništvo, na način da vlasništvo posebnog dijela nekretnine proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim (idealnim) dijelom nekretnine na kojem je uspostavljeno. Naime, prema odredbama ZV-a, suvlasnici nekretnine koja se sastoji od zemljišta sa zgradom ili od prava građenja sa zgradom, a sadrži samostalne uporabne prostorije, mogu uspostaviti etažno vlasništvo na toj nekretnini, tako da, pod pretpostavkom koje zakon određuje, sa svojim suvlasničkim dijelom povežu vlasništvo određenog posebnog dijela te nekretnine.<sup>24</sup> Vlasništvo određenoga posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) tako proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim (idealnim) dijelom nekretnine na kojem je uspostavljeno, pa ga se samo zajedno s njime može ograničiti, opteretiti ili otuđiti. Međutim, bez obzira na okolnost što je temelj vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva) suvlasništvo, u većem broju pravila ovog instituta odstupaju od onih koji vrijede za suvlasništvo. Tako se opća pravila o suvlasništvu primjenjuju supsidijarno.<sup>25</sup>

Vlasništvo određenoga posebnog dijela nekretnine ovlašćuje suvlasnika na

22 Čl. 37. ZVDZ-a.

23 S obzirom na provedbu uknjižbe etažnog vlasništva treba napomenuti da je odredbom čl. 23. st. 2. Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (Narodne novine br. 43/92 - pročišćeni tekst, 69/92, 25/93, 48/93 i 2/94) posebno regulirano (u okolnostima kada nekretnina nije upisana u zemljišne knjige) mogućnost stjecanja prava vlasništva na stanu polaganjem ugovora zemljišnoknjižnom sudu na čijem se području stan nalazi i upisom u knjigu koju sud osniva o položenim ugovorima. Postupak polaganja ugovora o kupoprodaji stana na temelju ovog Zakona uređen je Pravilnikom o uređenju i vođenju knjige položenih ugovora (Narodne novine, br. 42/91 i 16/94 - u daljnjem tekstu: Pravilnik o uređenju i vođenju knjige položenih ugovora).

24 Čl. 43. ZV-a.

25 Čl. 43. st. 3. i čl. 66. st. 4. ZV-a.

čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno da, upravljajući tim posebnim dijelom nekretnine umjesto svih suvlasnika, izvršava sve vlasničke ovlasti i dužnosti kao da je posebni dio samo njegovo vlasništvo te da, ako nije drukčije određeno, s tim dijelom i koristima od njega čini što ga je volja te svakoga drugog iz toga isključiti.<sup>26</sup> Tako se i nakon uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva), ne može reći da je suvlasnik s čijim je suvlasničkim dijelom povezano vlasništvo određenoga posebnog dijela nekretnine postao jedini i isključivi vlasnik tog posebnog dijela, već taj suvlasnik, glede tog posebnog dijela nekretnine, sam i umjesto ostalih suvlasnika, ostvaruje vlasnička ovlaštenja na način da može s njim slobodno pravno i faktično raspolagati. Ostvarenje vlasničkih ovlaštenja usredotočuje se na određeni posebni dio na kojem taj suvlasnik umjesto svih drugih suvlasnika ostvaruje vlasnička ovlaštenja dok su ostali suvlasnici iz tog isključeni. Riječ je, u biti, o određenom ograničavanju suvlasničkih ovlasti kako za suvlasnika s čijim je suvlasničkim dijelom povezano vlasništvo određenog posebnog dijela nekretnine, tako i za ostale suvlasnike te nekretnine. To iz razloga što je uspostavom vlasništva posebnog dijela nekretnine suvlasnik s čijim je suvlasničkim dijelom povezano to vlasništvo posebnog dijela ograničen na način da svoja suvlasnička ovlaštenja sada može ostvarivati samo na tom posebnom dijelu, dok su ostali suvlasnici ograničeni jer na tom posebnom dijelu više ne mogu ostvarivati svoja suvlasničke ovlasti, premda su i dalje njegovi suvlasnici.<sup>27</sup>

### **3.2. Uspostavljanje vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva)**

#### **3.2.1. Opće pretpostavke uspostave vlasništva posebnoga dijela nekretnine**

Iz naprijed navedenih osnovnih obilježja ovog oblika vlasništva proizlaze i opće pretpostavke koje prema odredbama ZV-a<sup>28</sup> moraju biti ispunjene da bi se uspostavilo vlasništvo posebnog dijela nekretnine.<sup>29</sup> U tom smislu mora biti riječ o nekretnini koja se sastoji od zemljišta sa zgradom ili od prava građenja sa zgradom, uspostavljaju se na posebnom dijelu nekretnine koji se smatra samostalnom uporabnom cjelinom, ako zakonom nije drukčije određeno, suvlasnik koji zahtijeva uspostavu mora imati odgovarajući suvlasnički dio, mora postojati valjan pravni temelj za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine, te zakonom određen način (*modus*) stjecanja upisom u zemljišne knjige.

26 Čl. 66. st. 1. i 2. ZV-a.

27 O obilježjima etažnog vlasništva nakon stupanja na snagu ZV-a slično i šire vidjeti: Perkušić, A., *Osnove građanskog prava*, Split, Sveučilište u Splitu, Pomorski fakultet, 2009., str. 214–216, Gavella, N. i dr., op. cit. str. 735-742.

28 Čl. 71.-75. ZV-a.

29 Šire o uspostavi vlasništva posebnog dijela nekretnine vidjeti: Belaj, V., *Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva) prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 47, 1-2/1997., str. 101-126; Belaj, V., *Novine u uređenju etažnog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Godišnjak 34. susreta pravnik u gospodarstvu, Opatija, 1996., str. 18–34; Josipović, T., *Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine*, Porezi i pravo, br. 6/2001, str. 34–38.



### *3.2.1.1. Nekretnina koja se sastoji od zemljišta sa zgradom ili od prava građenja sa zgradom*

Pojedinačnu nekretninu čini zemljišna čestica, uključujući i sve što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje, ali kad je više zemljišnih čestica upisano u zemljišnoj knjizi u isti zemljišnoknjižni uložak, one su pravno sjedinjene u jedno tijelo (zemljišnoknjižno tijelo), koje je kao takvo jedna nekretnina.<sup>30</sup> Tako, prema u našem pravu uspostavljenom načelu pravnog jedinstva nekretnine,<sup>31</sup> nekretnina nije samo zemljina površina već su (izvan u okolnostima kad zakon izričito dopušta iznimke)<sup>32</sup> sastavnim dijelom te nekretnine, a time i objekt istog pravnog odnosa i njezini dijelovi (sve ono što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje), njezini plodovi (trava, drveće, plodovi i sve uporabljive stvari koje zemlja rađa na svojoj površini sve dok se od zemlje ne odvoje), njezin prirast (sve što je na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drukčije s njom trajno spojeno, dio je te nekretnine sve dok se od nje ne odvoji), te njezine pertinencije (sve ono što je njezin pripadak). U skladu s prethodno citiranim načelom pravnog jedinstva nekretnine, objekt pravnog odnosa u pravnom prometu može biti samo zemljište zajedno sa svime što je s njime razmjerno trajno povezano, što je na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drukčije s njom trajno spojeno. Pravni poslovi sklopljeni protivno načelu pravnog jedinstva nekretnine ne proizvode pravne učinke.<sup>33</sup>

Izvan nekretnine, kako je određuju naprijed citirane odredbe ZV-a i ZZK-a, u pravnom prometu mogu biti i pravni entiteti koje je pravni poredak izjednačio s nekretninom,<sup>34</sup> pa tako i ograničeno stvarno pravo građenja. Odredbe ZV-a<sup>35</sup> određuju ga kao ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, koje ovlašćuje svoga nositelja da na površini toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik tog zemljišta dužan je to trpjeti. Pritom se zgradom smatra svaki građevinski objekt koji se razmjerno trajno povezo sa zemljišnom česticom na njezinoj površini ili ispod nje, s time da je zgrada izgrađena kad je dovedena u takvo stanje da ju je moguće rabiti u svrhu kojoj takve zgrade redovito služe.<sup>36</sup> Osim navedene odredbe, pojam zgrade na koju ovlašćuje pravo građenja određen je i elementima trajnosti,<sup>37</sup> čvrste veze sa

30 Čl. 2. st. 3. i čl. 9. st. 1. ZV-a.

31 Čl. 2. st. 3., čl. 9. st. 1.–3. i 6., čl. 5. ZV-a i čl. 2. st. 2. ZZK-a.

32 Iznimke od načela pravnog jedinstva nekretnine predviđene su odredbom čl. 3. st. 4., te čl. 9. st. 3.–5. ZV-a.

33 Čl. 366. st. 3. ZV-a.

34 Pravni entiteti koje je pravni poredak izjednačio s nekretninom su ograničeno stvarno pravo građenja (čl. 280. st. 2. i 3. ZV-a), zgrade i druge građevine koje su na općem dobru izgrađene na temelju koncesije pa tvore zasebnu nekretninu dok koncesija traje (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV-a), te idealni suvlasnički dijelovi nekretnine (čl. 37. st. 3. ZV-a).

35 Ograničeno stvarno pravo građenja regulirano je odredbama čl. 280.–296. ZV-a.

36 Čl. 152. st. 5. ZV-a.

37 Sukladno odredbi čl. 9. st. 1. i 3. ZV-a zgrada na površini zemljišta ili ispod površine zemljišta mora biti izgrađena s namjerom da tamo trajno ostane jer u suprotnom – već po samom Zakonu

zemljištem<sup>38</sup> te samostalnošću tog građevinskog objekta kao cjeline.<sup>39</sup> U našem pravu trajanje ograničenog stvarnog prava građenja nije ograničeno zakonom. No, moguće ga je ograničiti rokovima i uvjetima pri osnivanju.<sup>40</sup> Pravo građenja, u pravnom pogledu, izjednačeno je s nekretninom,<sup>41</sup> čime u našem pravu pravo građenja ima ulogu fiktivne nekretnine (umjetnog zemljišta). Tako zgrada koja je podignuta na nekretnini nad kojom je osnovano pravo građenja prirasta pravu građenja kao fiktivnoj nekretnini, a ne prirodnom zemljištu na čijoj je površini, ili ispod nje izgrađena. To iz razloga što pravo građenja dok traje sprječava pravno prirastanje zgrade zemljištu na kojem je izgrađena, te ono samo preuzima atrakcijsku snagu zemljišta.<sup>42</sup> Ovo pravo neodvojivo je od zemljišta koje opterećuje, pa tko po bilo kojem pravnom temelju stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao je zemljište opterećeno pravom građenja, ako zakonom nije drukčije određeno<sup>43</sup> Tako u našem pravu, nije moguća situacija da je jedna osoba vlasnik zemljišta, druga vlasnik zgrade, a treća nositelj prava građenja. Uvijek je ista osoba nositelj prava građenja i prava vlasništva zgrade, te je jedino tako i moguća njihova prometnost koja je postavljena analogno prometnosti drugih nekretnina.<sup>44</sup> Objekt prava građenja uvijek je cijelo zemljišnoknjižno tijelo. Kao posljedica načela neodvojivosti, nije moguće osnovati pravo građenja na idealnom suvlasničkom dijelu zemljišta. Pritom se pravo građenja može osnovati na zemljištu na čijoj je površini (odnosno ispod čije je površine) već podignuta zgrada. Osnovano pravo građenja u ovom slučaju preuzet će atrakcijsku snagu zemljišta i time tu zgradu pravno odvojiti od zemljišta na kojem je izgrađena. No, ovdje treba napomenuti da u našem pravu nije moguće osnovati pravo građenja na zemljištu kojim bi se odvojio samo neki dio zgrade. Osniva ga vlasnik zemljišta, a kada je nekretnina nad kojom se osniva pravo građenja u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu, pravo građenja mogu samo suglasno osnovati svi suvlasnici, odnosno zajednički vlasnici. Za nekretninu koja se nalazi u području gdje postoje osnovane zemljišne knjige pravo građenja može osnovati samo zemljišnoknjižni vlasnik,<sup>45</sup> dok će za nekretninu koja nije upisana u zemljišne knjige osnivač prava građenja morati dokazati svoj vlasnički legitimitet na način koji udovoljava uvjetima polaganja ovjerovljene isprave.<sup>46</sup> Nositelj prava građenja je osoba u čiju je korist to pravo osnovano, ili osoba na koju je ovo pravo otuđivanjem ili nasljeđivanjem prešlo, pri čemu ZV dopušta vlasničko pravo građenja, s tim da je nositelj prava građenja uvijek *ad personam* određena osoba.<sup>47</sup>

– nisu dijelovi zemljišta one zgrade i drugo što je s njim spojeno samo radi neke prolazne namjene.

38 Čl. 2. st. 3. i 4. ZV-a.

39 Pretpostavka samostalnosti građevinskog objekta kao cjeline proizlazi iz ukupnosti odredbi čl. 280.–296. ZV-a koje određuju sadržaj prava građenja, te odredbe čl. 196. i 155. ZV-a.

40 Da bi ovo ograničenje ili pak uvjet djelovao prema trećima, potrebno ga je upisati u zemljišne knjige (čl. 34. st. 3. ZV-a).

41 Čl. 280. st. 2. ZV-a.

42 Čl. 280. st. 3. ZV-a.

43 Čl. 283. ZV-a.

44 Čl. 285. ZV-a.

45 Čl. 287. st. 4. ZV-a.

46 U smislu odredbi čl. 263. st. 3., u svezi s odredbom čl. 288. st. 5. ZV-a.

47 Čl. 284. st. 1. i 2. ZV-a.

### *3.2.1.2. Etažno vlasništvo uspostavlja se na posebnom dijelu nekretnine koji se smatra samostalnom uporabnom cjelinom*

Vlasništvo posebnog dijela nekretnine može se uspostaviti samo na posebnom dijelu suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti (npr. stan, poslovni prostor, samostalna garaža, jasno omeđeno mjesto u zgradi namijenjeno ostavljanju motornih vozila ili druga samostalna prostorija). Dakle, riječ je o uporabnim cjelinama u kojima vlasnik može samostalno izvršavati svoja ovlaštenja na način da, pritom, ne ograničava ostale suvlasnike u izvršavanju njihovih ovlasti na nekom drugom posebnom dijelu iste nekretnine.<sup>48</sup> Uz stan, poslovni prostor, odnosno drugu samostalnu prostoriju vlasništvo se posebnog dijela nekretnine može protezati i na sporedne dijelove kao što su otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanačke prostorije, kućni vrtovi, mjesta za ostavljanje najviše do dva motorna vozila po pojedinom stanu ili drugu samostalnu prostoriju. Glede sporednih dijelova na odgovarajući se način primjenjuju pravila koja vrijede za pripatke stvari. No, da bi do toga došlo, taj sporedni dio treba biti jasno razgraničen od ostalih dijelova nekretnine te nesmetano dostupan onom samostalnom dijelu čiji je sporedni dio. U svakom slučaju vlasništvo se posebnog dijela nekretnine ne može uspostaviti na dijelovima nekretnine koji služe kao zajednički ili im se namjena protivi isključivoj uporabi samo u korist određenoga posebnog dijela nekretnine. U sumnji se uzima da dio služi kao zajednički i da mu se namjena protivi isključivoj uporabi u korist određenoga posebnoga dijela.<sup>49</sup> Zajednički dijelovi i uređaji zgrade navedeni su u Uredbi o održavanju zgrade,<sup>50</sup> ali suvlasnici zajedničke dijelove mogu urediti i drukčije. Zajednički dijelovi zgrade mogu služiti nekretnini kao cjelini ili samo nekim njezinim dijelovima. Ovisno o tom na tim dijelovima određena prava mogu imati svi ili samo neki vlasnici posebnih dijelova nekretnine, no na njima ne može postojati isključivo pravo uporabe jednog vlasnika posebnog dijela nekretnine. Tako se u zajedničke dijelove nekretnine koji služe nekretnini kao cjelini ubrajaju temelji, glavni zidovi, pročelje, tavan, stubište, hodnici, dizala, instalacijska mreža, krov, bunari, dimnjaci, zajedničke prostorije, ali i zemljište na kojem je izgrađena zgrada, te zemljište koje služi redovitoj uporabi zgrade. Međutim, kako je već navedeno, na neke od njih može se protezati, kao sporedne dijelove, vlasništvo posebnog dijela nekretnine, u kom slučaju se ne smatraju zajedničkim dijelom nekretnine.

Iz navedenog treba zaključiti da se vlasništvo posebnog dijela nekretnine može uspostaviti samo na posebnom dijelu suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti, tj. na uporabnim cjelinama u kojima vlasnik može samostalno izvršavati svoja ovlaštenja na način da pri tom ne ograničava ostale suvlasnike u izvršavanju njihovih ovlasti na nekom drugom posebnom dijelu iste nekretnine. Ipak, primjenom ove normative u praksi<sup>51</sup> postavilo se pitanje je li moguće steći vlasništvo na pojedinoj sobi, hodniku, balkonu i suvlasništvo drugih prostorija stambenog objekta (sanitarnog čvora i

48 Čl. 67. st. 1. i 2. ZV-a.

49 Čl. 67. st. 3.-6. ZV-a.

50 Uredba o održavanju zgrade (Narodne novine, br. 64/97).

51 Županijski sud u Splitu u odluci br. Gžx-117/14 od 11. lipnja 2015.

hodnika) zgrade na određenoj katastarskoj čestici. Odgovarajući na ovo pitanje treba podsjetiti da je već primjenom ZVDZ-a predmet etažnog vlasništva mogao biti samo pojedini stan ili poslovna prostorija, ali ne i pojedini fizički određeni dijelovi stanova i poslovnih prostorija, od kojeg pravila nije odstupala niti sudska praksa.<sup>52</sup> Isto tako, kada je riječ o posebnom dijelu nekretnine na kojem se može uspostaviti etažno vlasništvo, ZV izričito odredbom uređuje<sup>53</sup> da se može uspostaviti samo na posebnom dijelu suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti. Tako u smislu ove odredbe etažno vlasništvo nije moguće uspostaviti na pojedinoj sobi, hodniku, balkonu i drugim prostorijama koje ne predstavljaju samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti.

Do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZV-a iz 2006. godine<sup>54</sup> odredbama ZV-a<sup>55</sup> bilo je propisano da se vlasništvo posebnog dijela ne može uspostaviti, dok nadležna upravna vlast ne potvrdi da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. Stupanjem na snagu ZIDZV-a ova je odredba dopunjena izričitim zahtjevom da navedena potvrda nadležnoga upravnog tijela mora sadržavati popis i opis posebnih dijelova nekretnine, te utvrđenje da su izgrađeni u skladu s dozvolom nadležnog tijela, čime se pooštavaju pretpostavke uspostavljanja etažnog vlasništva.<sup>56 57</sup> Prema prijelaznim odredbama ZIDZV-a,<sup>58</sup> navedeni zahtjev ne primjenjuje se na uspostavu vlasništva posebnog dijela zgrade ucertane u katastarskom operatu do stupanja na snagu ovog Zakona (25. srpnja 2006.).<sup>59</sup> Međutim, i u okolnostima kada je zgrada ucertana u katastarskom operatu do stupanja na snagu ovog Zakona, tj. do 25. srpnja 2006., vlasništvo posebnog dijela nekretnine ne može se uspostaviti dok nadležno upravno tijelo ne potvrdi da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. Isto tako, potvrda mora sadržavati popis i opis posebnih dijelova nekretnine, ali i napomenu o tome koji je posebni dio zgrade izgrađen bez, odnosno protivno dozvoli nadležnog tijela.<sup>60</sup>

52 Odluke Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev-549/82 od 14. prosinca 1982., Rev-1535/81 od 8. prosinca 1981. i Rev-2395/93 od 21. prosinca 1994.

53 Čl. 67. st. 1. i 2. ZV-a.

54 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 79/06 – u daljnjem tekstu: ZIDZV) stupio je na snagu 25. srpnja 2006.

55 Čl. 73. st. 3. ZV-a.

56 Čl. 1. ZIDZV-a.

57 Prema obrazloženju Konačnog prijedloga ZIDZV-a kojeg je Vlada Republike Hrvatske dostavila Hrvatskom saboru (klasa: 940-01/06-01, ur. br. 5030109-06-2 od 20. lipnja 2006.) razlozi navedene izmjene i dopune su u mogućnosti da prethodno stipuliranim sadržajem potvrde budu obuhvaćeni i nelegalno sagrađeni posebni dijelovi zgrade (nadograđeni stanovi i druge samostalne prostorije u zgradi) i tako temeljem te potvrde upisani u zemljišne knjige, a koja mogućnost se želi otkloniti.

58 Čl. 10. ZIDZV-a.

59 Tako i Upravni sud Republike Hrvatske u odluci br. Us-9125/2007-4 od 23. ožujka 2011.

60 Prema mišljenju Ministarstva graditeljstva i prostornog uređenja (klasa: 360-01/12-02/79, ur. broj: 531-05-12-2 od 15. ožujka 2012.), ZV-a, a niti drugi važeći propis, ne određuju plan posebnih dijelova zgrade niti bilo koji drugi projekt ili elaborat etažiranja kao uvjet za uspostavu etažnog vlasništva, niti kao prilog uz zahtjev za izdavanje potvrde da posebni dio nekretnine

Na temelju ove potvrde nadležni zemljišnoknjižni sud kod uspostavljanja etažnog vlasništva po službenoj dužnosti upisuje zabilježbu u zemljišnoj knjizi da je posebni dio zgrade izgrađen bez, odnosno protivno dozvoli nadležnog tijela. Međutim, posebno je predviđena mogućnost da i kod ovih nekretnina stranka može sama zatražiti izdavanje potvrde da su posebni dijelovi zgrade izgrađeni u skladu s dozvolom nadležnog tijela.<sup>61</sup>

Navedenim izmjenama i dopunama od stupanja na snagu ZIDZV-a otklonjena je mogućnost uspostavljanja etažnog vlasništva na posebnom dijelu nekretnine koji se smatra samostalnom uporabnom cjelinom ali koji nije izgrađen u skladu s dozvolom nadležnog upravnog tijela. Kako se pooštrene pretpostavke uspostavljanja etažnog vlasništva (da su posebni dijelovi nekretnine izgrađeni u skladu s dozvolom nadležnog tijela) ne primjenjuju na uspostavu vlasništva posebnog dijela zgrade ucertane u katastarskom operatu do stupanja na snagu ovog Zakona, već se etažno vlasništvo u ovim okolnostima uspostavlja i na posebnom dijelu nekretnine koji se smatra samostalnom uporabnom cjelinom ali nije izgrađen u skladu s dozvolom nadležnog upravnog tijela uz zabilježbu da je taj posebni dio izgrađen bez, odnosno protivno dozvoli nadležnog upravnog tijela, treba zaključiti da su ove izmjene i dopune ZV-a bile nužne kako bi se osigurala pravna sigurnost u prometu nekretnina.<sup>62</sup>

Odredbama ZIDZV-a olakšano je i dokazivanje navedenih pretpostavki jer je dodana nova odredba<sup>63</sup> prema kojoj potvrdu nadležnog upravnog tijela može zamijeniti uporabna dozvola iz koje je razvidno da je zgrada izgrađena sukladno planu posebnih dijelova nekretnine, potvrđenim građevinskom dozvolom da ti posebni dijelovi predstavljaju samostalnu uporabnu cjelinu.<sup>64</sup>

### *3.2.1.3. Odgovarajući suvlasnički dio*

Prema odredbama ZV-a, vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine može proizaći i biti uspostavljeno samo na suvlasničkom dijelu nekretnine koji je barem toliko velik da odgovara odnosu korisne vrijednosti toga samostalnoga dijela prema korisnoj vrijednosti svih stanova i ostalih prostorija cijele nekretnine – odgovarajući suvlasnički dio. Kad zakonom nije što drugo određeno, sud svojom odlukom utvrđuje je li neki suvlasnički dio odgovarajući dio za to da bi iz njega moglo proizaći i biti na njemu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine.<sup>65</sup> Tako izvan okolnosti kada pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti

---

predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu.

61 Čl. 10. st. 4. ZIDZV-a.

62 Prema ocjeni Ustavnog suda Republike Hrvatske u odluci br. U-I-3556/2006 od 31. siječnja 2012. navedene izmjene i dopune nemaju povratno djelovanje, te njima nisu ograničena ustavna jamstva prava vlasništva.

63 Čl. 73. st. 4. ZV-a

64 Prema pravnom shvaćanju Visokog upravnog suda Republike Hrvatske iznesenom u odluci br. Us-4440/2010-6 od 7. studenog 2012. i u okolnostima kada je za zgradu izdana uporabna dozvola prije stupanja na snagu ZIDZV-a (u konkretnom slučaju 18. travnja 2005.), a upis zgrade u katastarskom operatu izvršen nakon 25. srpnja 2006., potrebno je utvrditi usklađenost izvedenih posebnih dijelova s dozvolom nadležnog tijela, odnosno konkretno s odobrenjem za građenje od 10. travnja 1975.

65 Čl. 68. st. 1. i 2., čl. 74. st. 2. ZV-a.

zamjenjuje isprava suvlasnika, odnosno izjava vlasnika, vlasništvo posebnog dijela ne može se uspostaviti dok ne postane pravomoćnom odluka suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti toga stana, odnosno druge prostorije te korisnih vrijednosti svih stanova i ostalih prostorija cijele nekretnine.<sup>66</sup>

Je li suvlasnički dio nekretnine one osobe koja zahtijeva uspostavu vlasništva na nekom određenom posebnom dijelu nekretnine za to odgovarajući, prosuđuje se prema tome je li taj suvlasnički dio u odnosu prema vlasništvu cijele nekretnine jednak ili veći od odnosa korisne vrijednosti stana, odnosno druge samostalne prostorije glede koje se traži uspostava vlasništva posebnoga dijela prema korisnoj vrijednosti svih stanova i ostalih prostorija cijele nekretnine.<sup>67</sup> Pri tom ZV uređuje i kriterije kojima sud u izvanparničnom postupku utvrđuje korisne vrijednosti, s tim što određuje da se korisna površina u pravilu izračunava prema glavnom projektu koji je sastavni dio građevinske dozvole ili koji je potvrđen po nadležnom tijelu, no ukoliko netko učini vjerojatnim da postoje znatnija odstupanja od tog projekta, korisna će se površina izračunati prema stvarnom stanju.<sup>68</sup>

Iz navedenih odredbi proizlazi da odnos između suvlasničkog udjela na nekretnini kao cjelini i vlasništva posebnog dijela te nekretnine (izraženo u obliku korisne vrijednosti) mora biti razmjernan odnosno barem jednak, ali suvlasnički dio na nekretnini kao cjelini može biti i veći od vlasništva posebnog dijela, što rezultira mogućnošću većeg utjecaja takvog suvlasnika na upravljanje cijelom nekretninom, na diobu troškova, koristi i dr.

Međutim, ako svi suvlasnici suglasno odluče da će svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim suvlasničkim dijelom povezati vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, te o istom sastave ispravu, uzima se da je to odgovarajući dio iz kojega može proizaći i na njemu biti uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, bez obzira na to koliki bi bio taj suvlasnički dio, pa tada pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje isprava svih suvlasnika o toj njihovoj odluci.<sup>69</sup>

Isto tako, vlasnik zemljišta sa zgradom, odnosno nositelj prava građenja sa zgradom može svojim očitovanjem volje učinjenim zemljišnoknjižnom sudu podijeliti svoje pravo vlasništva na suvlasničke dijelove i pritom sa svakim od tih dijelova uspostaviti pravo vlasništva na određenom stanu ili drugom posebnom dijelu zgrade.<sup>70</sup> U ovom slučaju, pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje odgovarajuća odredba vlasnika zemljišta, odnosno nositelja prava građenja.<sup>71</sup>

66 Čl. 73. st. 5. ZV-a.

67 Čl. 74. st. 1. ZV-a.

68 Čl. 74. st. 2. ZV-a.

69 Čl. 68. st. 3. ZV-a.

70 Čl. 75. st. 1. ZV-a.

71 Nakon što je utvrđena, korisna vrijednost stana može se mijenjati na zahtjev ovlaštene osobe (čl. 76. st. 1. ZV-a). Sud je ponovno utvrđuje u slučaju promjena nastalih građevinskim zahtevima (pod pretpostavkama iz odredbe čl. 77. ZV-a), te zbog promjene stanja stanova, odnosno drugih prostorija koje neposredno graniče ili zbog prijenosa sporednih dijelova jednog posebnog dijela zgrade na drugi (pod pretpostavkama iz odredbe čl. 78. ZV-a). Sud koji je nanovo odredio neku

#### 3.2.1.4. Pravni temelj za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine

Vlasništvo posebnoga dijela nekretnine uspostavlja se na temelju pisane suglasnosti svih suvlasnika te nekretnine. Međutim, niti jedan suvlasnik ne može uskratiti svoj pristanak na uspostavu vlasništva posebnoga dijela drugom suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio, osim ako bi se uspostavom novoga vlasništva posebnoga dijela u korist toga suvlasnika ukinula ili ograničila prava koja njemu već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela.<sup>72</sup> Svakako u nedostatku isprave iz koje ova suglasnost proizlazi zemljišnoknjižni sud u postupku uspostavljanja etažnog vlasništva ne bi bio ovlašten cijeliti jesu li navedene pretpostavke ispunjene.<sup>73, 74</sup> Međutim, u tumačenju ove odredbe otvara se pitanje može li se suglasnost suvlasnika nadomjestiti odlukom suda donesenom u parničnom postupku u okolnostima kada je suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio ta suglasnost uskraćena od suvlasnika kojem uspostavom novoga vlasništva posebnoga dijela nekretnine ne bi bila ukinuta ili ograničena prava koja mu već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela nekretnine. Smatramo da bi takav zahtjev u parničnom postupku sud mogao prihvatiti u okolnostima kada je između stranaka prethodno zasnovan obveznopравни odnos iz kojeg bi takva obveza proizlazila. S druge strane, kada između suvlasnika takav obveznopравни odnos ne bi bio prethodno zasnovan, sud takav zahtjev ne bi mogao prihvatiti. Naime, odluku o ograničavanju suvlasničkih prava na način kojim se s određenim idealnim dijelom povezuje vlasništvo određenog posebnoga dijela suvlasničke nekretnine sud može donijeti samo odgovarajućom primjenom pravila o sudskom razvrgruću suvlasništva, dakle u postupku razvrgruća suvlasničke zajednice.<sup>75</sup>

Do uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine može doći: tako da se vlasništvo posebnog dijela nekretnine uspostavlja na suvlasničkim dijelovima svih suvlasnika nekretnine, - na suvlasničkom dijelu jednog suvlasnika - te temeljem

---

korisnu vrijednost, ujedno utvrđuje mijenja li se i koliko zbroj svih korisnih vrijednosti stanova i ostalih posebnih dijelova iste nekretnine (čl. 76. st. 2. ZV-a).

72 Čl. 73. st. 1. i 2. ZV-a.

73 Kada utemeljenost prijedloga ne proizlazi iz sadržaja podnesenih isprava uz prijedlog u smislu odredbe čl. 108. st. 1. ZZK-a. Naime, shodno načelu privole (čl. 54. st. 1.b ZZK-a), osoba čije se pravo upisom ograničava ili prestaje daje svoj pristanak za upis izričito strogo formalnom izjavom kojom na tu uknjižbu pristaje. Ta se izjava može dati i u posebnoj ispravi ili u prijedlogu za upis.

74 U dijelu pravne doktrine (Gavella, N., op. cit. str. 750) zastupljeno je mišljenje koje se može i drukčije tumačiti: „... Čini se, međutim, da će sudovi kojima će biti potrebno predočiti pisanu suglasnost svih suvlasnika te nekretnine, da bi se moglo uspostaviti etažno vlasništvo, u nekim slučajevima trebati tolerirati i neispunjavanje ove dužnosti ako su ostali uvjeti zadovoljeni. Naime, ZV je spomenuo već navedeni slučaj da se ne može uskratiti pristanak na uspostavu vlasništva posebnog dijela suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio, no ako bi neki od suvlasnika ipak uskratilo suglasnost onda bi sud trebao smatrati da je suglasnost dana te omogućiti upis etažnog vlasništva u zemljišnu knjigu, osim ako nije pokrenut sudski postupak kojim se želi dokazati da bi uspostavom vlasništva posebnog dijela bila ukinuta ili ograničena prava koja već pripadaju pojedinom suvlasniku na temelju njegova ranije uspostavljenog vlasništva posebnog dijela.“

75 Vidjeti pod III.2.1.4.4.

očitovanja vlasnika nekretnine. Tako zahtjev za uspostavu etažnog vlasništva mogu postaviti: suvlasnik nekretnine koji ima barem odgovarajući suvlasnički dio,<sup>76</sup> odnosno zajednički vlasnici koji imaju u svojem zajedničkom vlasništvu barem odgovarajući suvlasnički dio, ili više suvlasnika nekretnine na temelju suglasnog zahtjeva, ako njihovi suvlasnički dijelovi ukupno iznose barem koliko je odgovarajući suvlasnički dio,<sup>77</sup> vlasnik zemljišta ili nositelj prava građenja kada dijele nekretninu na suvlasničke dijelove koji su odgovarajući dijelovi za uspostavu vlasništva posebnih dijelova,<sup>78</sup> te svi suvlasnici nekretnine koji su suglasno odlučili da će svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim suvlasničkim dijelom povezati vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine i temeljem tako sastavljene isprave zahtijevati uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine.<sup>79</sup> U tom smislu različito su postavljene i posebne pretpostavke u kojima će zemljišnoknjižni sud prihvatiti zahtjev za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine.

#### *3.2.1.4.1. Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine na temelju zahtjeva suvlasnika s odgovarajućim suvlasničkim dijelom*

Pretpostavke za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine po ovom temelju su: zahtjev suvlasnika nekretnine koji ima barem odgovarajući suvlasnički dio (zahtjev su ovlašteni podnijeti zajednički vlasnici koji imaju u svom zajedničkom vlasništvu barem odgovarajući suvlasnički dio nekretnine, kao i više suvlasnika čiji suvlasnički dijelovi ukupno dosegaju veličinu odgovarajućeg suvlasničkog dijela),<sup>80</sup> pisana suglasnost svih suvlasnika, potvrda nadležnog tijela uprave da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina, te pravomoćna odluka suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti.

#### *3.2.1.4.2. Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine na temelju suglasne odluke svih suvlasnika*

Kako je već navedeno, svi suvlasnici nekretnine mogu suglasno odlučiti da će svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim suvlasničkim dijelom povezati vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, te o istom sastave ispravu. U tom slučaju uzima se da je to odgovarajući dio iz kojega može proizaći i na njemu biti uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, bez obzira na to koliki bi bio taj suvlasnički dio.<sup>81</sup> Tako su pretpostavke za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine po ovom temelju: - zahtjev suvlasnika, - isprava

76 Čl. 71. st. 1. ZV-a.

77 Čl. 71. st. 2 i 3. u vezi s čl. 70. ZV-a.

78 Čl. 71. st. 4. u vezi s čl. 75. ZV-a,

79 Čl. 43. st. 4. i 5., čl. 68. st. 3., čl. 74. st. 3. ZV-a.

80 U okolnostima kada postoji više ovlaštenika istog posebnog dijela (kao suvlasnici ili zajednički vlasnici u naprijed navedenim slučajevima postavljanja zahtjeva – čl. 71. st. 2. i 3. ZV-a) svi se oni u odnosu prema trećima i prema ostalim suvlasnicima smatraju kao jedna osoba. U tom slučaju, sva prava i dužnosti u svezi s vlasništvom toga posebnog dijela nekretnine oni mogu izvršavati samo solidarno (čl. 70. ZV-a).

81 Čl. 43. st. 4. i 5., čl. 68. st. 3., čl. 74. st. 3. ZV-a.



o suglasnosti svih suvlasnika nekretnine, te - potvrda nadležnog tijela uprave da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina.

#### *3.2.1.4.3. Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine na temelju očitovanja volje vlasnika zemljišta sa zgradom, odnosno prava građenja sa zgradom*

U ovom slučaju vlasnik zemljišta sa zgradom, odnosno ovlaštenik prava građenja, svojim očitovanjem volje učinjenim zemljišnoknjižnom sudu dijeli svoje pravo vlasništva na suvlasničke dijelove, te sa svakim suvlasničkim dijelom uspostavlja vlasništvo određenog posebnog dijela nekretnine. Očitovanje volje vlasnika zamjenjuje pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti. No, i ovdje je potrebna potvrda upravne vlasti da određeni prostor predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu. Tako su pretpostavke za uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine po ovom temelju: - zahtjev vlasnika zemljišta ili nositelj prava građenja, - isprava o očitovanju volje, te - potvrda nadležnog tijela uprave da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. Podijeli li vlasnik zemljišta, odnosno nositelj prava građenja svoju nekretninu na kojoj tek treba biti izgrađena zgrada na suvlasničke dijelove, on može očitovati svoju volju da sa svakim od tih dijelova bude povezano pravo vlasništva na određenom stanu ili drugom posebnom dijelu zgrade ako ona bude izgrađena (etažno vlasništvo uspostavlja se pod odgovdnim uvjetom), u kojem će slučaju vlasništvo posebnog dijela biti uspostavljeno tek ako zgrada bude izgrađena, pod naprijed navedenim pretpostavkama.<sup>82</sup> Vlasnik zemljišta, odnosno nositelj prava građenja koji je podijelio svoje pravo vlasništva na suvlasničke dijelove i pritom sa svakim od tih dijelova uspostavio etažno vlasništvo može pri tom odrediti i kako će se upravljati nekretninom, a što će djelovati prema trećima ako je zabilježeno u zemljišnoj knjizi.<sup>83</sup>

#### *3.2.1.4.4. Posebno o razvrgnuću suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva*

Prema odredbama ZV-a, ako suvlasnici suglasno odluče da će umjesto diobe nekretnine svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim idealnim dijelom povezati vlasništvo posebnoga dijela suvlasničke nekretnine (uspostaviti etažno vlasništvo), uzima se da je to njihova odluka o načinu razvrgnuća, pa se na odgovarajući način i na nju primjenjuju pravila o razvrgnuću.<sup>84</sup> Dakle, iako se takvom uspostavom etažnog vlasništva suvlasništvo ne razvrgava već se modificira pravni režim sudjelovanja suvlasnika u pravu vlasništva nekretnine, odredbama ZV-a izričito je određeno da se za takvu odluku uzima da je odluka o načinu razvrgnuća, te se na odgovarajući način i na nju primjenjuju pravila o razvrgnuću. U tom smislu nije dvojbeno mogućnost razvrgnuća uspostavom etažnog vlasništva kada, uz ostale pretpostavke za uspostavu etažnog vlasništva, za to postoji suglasnost suvlasnika.

82 Čl. 75. st. 3. ZV-a.

83 Čl. 75. st. 4. ZV-a.

84 Čl. 53. ZV-a.

Kako je riječ o dobrovoljnom razvrgnuću suvlasničke zajednice odgovarajuće se primjenjuju odredbe ZV-a koje reguliraju razvrgnuće, posebno ovaj način razvrgnuća i pravne učinke razvrgnuća. Međutim, dvojbeno je mogućnost uspostave kada takve suglasnosti nema, tj. mogućnost uspostave etažnog vlasništva u postupku sudskog razvrgnuća suvlasničke zajednice kada za takvo razvrgnuće ne postoji suglasnost svih suvlasnika. I kod odgovora na ovo pitanje odredbe ZV-a koje se odnose na uspostavu etažnog vlasništva valja sagledati prema odredbama ZV-a koje reguliraju razvrgnuće, posebno sudsko razvrgnuće i pravne učinke razvrgnuća, a sve kako je to prikazano u daljnjem dijelu ovog rada.

#### *3.2.1.4.4.1. Razvrgnuće suvlasništva*

##### *3.2.1.4.4.1.1. Općenito o razvrgnuću suvlasništva*

U skladu s odredbama ZV-a svaki suvlasnik stvari, bez obzira na veličinu suvlasničkog dijela, u granicama mogućeg i dopuštenog ima pravo na razvrgnuće suvlasništva.<sup>85</sup> Ovo svoje pravo suvlasnik može ostvarivati zahtijevajući ga potpuno ili samo djelomično i to što se tiče suvlasnika s kojima se dijeli ili što se tiče stvari i prava glede kojih se suvlasništvo razvrjava.<sup>86</sup> Suvlasnik razvrgnuće može zahtijevati u bilo koje doba, osim kada bi to bilo na štetu ostalih suvlasnika. No, može i tada ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike uskoro tako izmijeniti da razvrgnuće ne bi bilo na štetu drugih suvlasnika. O tom prigovoru odlučuje sud koji je nadležan za vođenje postupka razvrgnuća. Suvlasnik se ne može unaprijed odreći prava na razvrgnuće, ali može ugovoriti ograničenja prava na razvrgnuće.<sup>87</sup> U navedenim ovlaštenjima suvlasnik pravo na razvrgnuće može ostvariti sporazumom (ugovorom o razvrgnuću) sa svim suvlasnicima s kojima razvrjava suvlasničku zajednicu (dobrovoljno razvrgnuće) ili kada između suvlasnika nema suglasnosti glede načina razvrgnuća, odnosno kada suvlasnik jednostavno ne želi dobrovoljno razvrgnuće putem suda (sudsko razvrgnuće). No, ugovor o razvrgnuću (kod dobrovoljnog razvrgnuća) kao i odluka suda kojom se razvrjava suvlasništvo (kod sudskog razvrgnuća) tek su pravni temelj stjecanja prava vlasništva. Vlasništvo se stječe na način (*modus*) u kojem se pokretna stvar predaje u samostalni posjed stjecatelja, odnosno kod nekretnina upisom u zemljišne knjige.<sup>88</sup>

##### *3.2.1.4.4.1.2. Dobrovoljno razvrgnuće*

Kod dobrovoljnog razvrgnuća suvlasnici sporazumno mogu odrediti svaki način razvrgnuća osim onog koji nije faktično moguć ili koji zakonom nije dopušten.<sup>89</sup> U okvirima faktično mogućeg i zakonom dopuštenog suvlasnici suvlasničku zajednicu tako mogu razvrgnuti: fizičkom diobom pokretne stvari, geometrijskom

85 Čl. 47. st. 1. ZV-a.

86 Čl. 48. st. 1. ZV-a.

87 Takav ugovor o ograničenju prava na razvrgnuće ne veže nasljednike, ali ako je ograničenje zabilježeno u zemljišnim knjigama veže svakoga (čl. 48. st. 2.-4. ZV-a).

88 Čl. 55. st. 2. ZV-a.

89 Čl. 49. st. 1. ZV-a.

diobom nekretnine, razdiobom više stvari po ekvivalentu, civilnim razvrgnućem te razvrgnućem isplatom.<sup>90</sup> Sporazum o razvrgnuću djeluje kao valjani pravni temelj razvrgnuća suvlasništva samo među onim suvlasnicima koji su sudjelovali u tom sporazumu (ugovoru). Razvrgnuće ne može biti na štetu prava trećih osoba i prava suvlasnika koji nisu sudjelovali u razvrgnuću, a kada razvrgnuće nije bilo potpuno, niti na štetu onih stvari i prava s kojima sudionici nisu sudjelovali u razvrgnuću.<sup>91</sup> U okviru prethodno navedenih pravila, suvlasnici nekretnine koja se sastoji od zemljišta sa zgradom mogu sporazumno odlučiti da će umjesto diobe nekretnine svoja vlasnička prava ograničiti tako što će s određenim idealnim dijelom povezati vlasništvo posebnoga dijela suvlasničke nekretnine (uspostaviti etažno vlasništvo). Takvom uspostavom etažnog vlasništva suvlasništvo se ne razvrjava već se samo modificira pravni režim sudjelovanja suvlasnika u pravu vlasništva nekretnine, ali se za tu njihovu odluku uzima da je odluka o načinu razvrgnuća, pa se na odgovarajući način i na nju primjenjuju pravila o razvrgnuću.<sup>92</sup>

#### *3.2.1.4.4.1.3. Sudsko razvrgnuće*

Ako nije što drugo određeno, sud o razvrgnuću odlučuje u izvanparničnom postupku. Međutim, shodno pravilima izvanparničnog postupku,<sup>93</sup> sud predlagatelja upućuje na ostvarenje prava na razvrgnuće u parnici ako među strankama postoji spor o predmetu suvlasništva, te o suvlasništvu. U ovim okolnostima sud o spornim pitanjima i o razvrgnuću odlučuje u parničnom postupku.

Kod sudskog razvrgnuća sud je u izboru načina razvrgnuća vezan prije svega strogim zakonskim odredbama, zatim sporazumom ukoliko isti, kao moguć i dopušten postoji između stranaka glede načina razvrgnuća, a potom eventualnim<sup>94</sup> pravom stranke na razvrgnuće isplatom<sup>95</sup> na koje pravo se stranka poziva. Tek ako u pojedinom slučaju sud u načinu razvrgnuća nije vezan striktnim zakonskim odredbama, sporazumom stranaka, odnosno pravom na razvrgnuće isplatom, razvrgnuće se provodi na način da se pokretne stvari dijele fizički, nekretnine geometrijski,<sup>96</sup> a suvlasništvo nedjeljivih stvari civilnom diobom. Ako se suvlasništvo razvrjava na nekoliko stvari istodobno, te ako su ispunjene daljnje pretpostavke koje ZV posebno uređuje,<sup>97</sup> sud na prijedlog stranke može izvršiti razdiobu po ekvivalentu.<sup>98</sup>

Kod ocjene mogućnosti uspostave etažnog vlasništva u postupku sudskog razvrgnuća suvlasničke zajednice kada za takvo razvrgnuće ne postoji suglasnost svih

90 U okolnostima kada je zabranjeno dijeljenje neke stvari moguće je provesti razvrgnuće suvlasništva razdiobom više stvari po ekvivalentu, razvrgnuće isplatom ili civilno (čl. 49. st. 2. ZV-a).

91 Čl. 56. st. 1. ZV-a.

92 Čl. 53. ZV-a.

93 Pravila par. 267. st. 2. i par. 268. bivšeg Zakona o izvanparničnom postupku.

94 Čl. 51. ZV-a.

95 Čl. 50. st. 1. ZV-a.

96 Čl. 50. st. 2. ZV-a.

97 Odredba čl. 52. ZV-a.

98 O razvrgnuću suvlasništva slično i šire vidjeti Perkušić, A., *Osnove građanskog prava*, op. cit., str. 213-216.

suvlasnika, posebna pravila ZV-a koja se odnose na uspostavu etažnog vlasništva treba tumačiti u okviru prethodno navedenih pravila koja se odnose na razvrgnuće općenito i sudsko razvrgnuće suvlasništva. U tom smislu različit je pristup i u sudskoj praksi i u pravnoj doktrini. Naime, s jedne je strane, izneseno pravno shvaćanje, i u sudskoj praksi,<sup>99</sup> i u pravnoj doktrini<sup>100</sup> da nisu ispunjene pretpostavke za razvrgnuće suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva kada nema suglasne odluke suvlasnika da će umjesto diobe nekretnine svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim idealnim dijelom povezati vlasništvo posebnog dijela suvlasničke nekretnine. S druge strane, iznijeto je pravno shvaćanje, kako u sudskoj praksi,<sup>101</sup> tako i u pravnoj doktrini,<sup>102</sup> da se sudskom odlukom može nadomjestiti takva suglasnost. Smatramo da kod odgovora na ovo pitanje, polazeći od pravila postavljenih odredbama ZV-a za sudsko razvrgnuće suvlasništva i pravila postavljenih za uspostavu etažnog vlasništva, odredbe čl. 53. i čl. 73. st. 1. i 2. ZV-a treba tumačiti na način da nepostojanje sporazuma svih suvlasnika u okolnostima kada su ispunjene ostale pretpostavke ne predstavlja zapreku da se suvlasnička zajednica stranaka nad nekretninom koja se sastoji od zemljišta sa zgradom ili od prava građenja sa zgradom razvrgne uspostavom etažnog vlasništva. Naime, takvo tumačenje u skladu je kako s temeljnim pravima suvlasnika na razvrgnuće suvlasništva,<sup>103</sup> ostvarivanje prava na razvrgnuće,<sup>104</sup> posebno ostvarivanje ovog prava sudskim razvrgnućem<sup>105</sup> koja proizlaze iz odredbi ZV-a koje se odnose na razvrgnuće suvlasništva, tako i s posebnim pretpostavkama koje proizlaze iz odredbi ZV-a za uspostavu etažnog vlasništva.<sup>106, 107</sup> Međutim, u svakom pojedinom slučaju uz opće pretpostavke za razvrgnuće suvlasništva, sudsko razvrgnuće suvlasništva, te pretpostavke za uspostavu etažnog vlasništva, posebno valja cijeliti i okolnosti je li se uspostavom vlasništva posebnog dijela nekretnine

99 Županijski sud u Splitu u odlukama br. Gžx-860/09 od 30. travnja 2010., Gžst-269/10 od 15. rujna 2011. Slično proizlazi i iz odluke VSRH br. Revx-916/10 od 8. travnja 2015.

100 Kaladić, I., Razvrgnuće suvlasničke zajednice bez suglasnosti svih suvlasnika, Informator br. 6044., str. 15-16.

101 Županijski sud u Puli – Pola u odluci br. Gž – 263/12 od 10. prosinca 2012. Slično proizlazi i iz odluka VSRH br. Rev – 1553/13 od 8. siječnja 2014, te Rev-200/09 od 3. svibnja 2009.

102 Kačer, I., Je li pravo na etažiranje *de lege lata* utuživo, Informator, br. 6128., str. 5-6.

103 Pravo na razvrgnuće uspostavljeno odredbom čl. 47. ZV-a.

104 Ostvarivanje prava na razvrgnuće u smislu odredbe 48. ZV-a.

105 Prema odredbi čl. 50. ZV-a.

106 Posebno koje proizlaze iz odredbi čl. 53. i 73. st. 1. i 2. ZV-a.

107 Tako je i u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Rev – 1553/13 od 8. siječnja 2014 i Rev 200/09-3 od 3. svibnja 2009. izneseno pravno shvaćanje: „... U konkretnom slučaju nije bilo sporazuma između stranaka o uspostavi etažnog vlasništva na predmetnim nekretninama, no nepostojanje takvog sporazuma prema shvaćanju ovoga suda ne predstavlja zapreku da se suvlasnička zajednica stranaka na predmetnim nekretninama razvrgne uspostavom etažnog vlasništva. Naime u smislu odredbe čl. 71. st. 1. ZVDSP vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine uspostaviti će se na određenom suvlasničkom dijelu, ako to zahtijeva suvlasnik te nekretnine koji ima barem odgovarajući suvlasnički dio, te ako su ispunjene sve pretpostavke određene zakonom. Identično pravno shvaćanje proizlazi i iz presude Vrhovnog suda RH poslovni broj Rev-x-680/10-2 od 9. rujna 2010. Upravo je smisao odredaba o sudskom razvrgnuću suvlasničke zajednice uspostaviti etažno vlasništvo ako netko od suvlasnika bez valjanog razloga osujećuje provedbu etažiranja.“

ukidaju ili ograničavaju prava koja pojedinom suvlasniku eventualno već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela nekretnine.<sup>108</sup>

U navedenim okolnostima, ako među suvlasnicima ne postoji spor o predmetu (objektu) suvlasništva, pravu suvlasništva ili veličini njihova dijela u suvlasničkoj stvari u smislu pravila izvanparničnog postupka,<sup>109</sup> sud bi o razvrgnuću trebao odlučivati u izvanparničnom postupku.

#### *3.2.1.4.4.1.4. Učinci razvrgnuća*

Razvrgnućem suvlasništva suvlasnik prestaje biti suvlasnikom određene stvari, a umjesto toga stječe u svoje vlasništvo određenu stvar ili novac. Međutim, kako je već navedeno, stvarnopravni učinci prestanka suvlasništva i stjecanja prava vlasništva ne nastupaju sporazumom o razvrgnuću, odnosno pravomoćnošću odluke suda, već tek predajom pokretne stvari u samostalan posjed stjecatelja, odnosno upisom stjecateljeva vlasništva nekretnine u zemljišne knjige.<sup>110</sup> Ako se razvrgnućem stječu i neka ograničena stvarna prava i za njihovo je stjecanje potreban upis u zemljišne knjige. Učinci razvrgnuća nastupaju samo između suvlasnika koji su u njemu sudjelovali. Razvrgnućem suvlasništva ne dira se u prava trećih osoba, kao ni prava suvlasnika koji nisu sudjelovali u razvrgnuću.<sup>111</sup> Kako je kod razvrgnuća riječ o izvedenom stjecanju, to ono u načelu ne utječe na prava koja terete, niti na prava koja postoje u korist stvari glede koje je provedeno razvrgnuće fizičkom, odnosno geometrijskom diobom. Sva založna prava, služnosti i druga stvarna prava koja su i prije razvrgnuća teretila podijeljenu stvar mogu se izvršavati kao i do tada. Međutim, u okolnostima kada se stvarna služnost izvršavala samo na jednom dijelu nekretnine, nakon razvrgnuća (geometrijske diobe) ta služnost tereti samo novonastalu nekretninu na kojoj se prethodno izvršavala, dok po sili zakona prestaje teretiti ostale nekretnine nastale geometrijskom diobom poslužne nekretnine. Inače, ako neka služnost ili stvarni teret daje pravo na koristi, može pri diobi gospodujuće nekretnine svaki ovlaštenik, a pri diobi poslužne nekretnine svaki opterećenik zahtijevati da sud uredi izvršavanje na pravedan način.<sup>112</sup> Nakon razvrgnuća svi suvlasnici koji su sudjelovali u razvrgnuću solidarno odgovaraju za materijalne i pravne nedostatke onoga što je svaki pojedini od njih stekao, odnosno trebao steći.<sup>113</sup>

Iako se kod razvrgnuća suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva suvlasništvo ne razvrjava već se modificira pravni režim sudjelovanja suvlasnika u pravu vlasništva nekretnine, odredbama ZV-a izričito je određeno da se za takvu odluku uzima da je odluka o načinu razvrgnuća te se na odgovarajući način i na nju primjenjuju pravila o razvrgnuću.

<sup>108</sup> Kako to nalaže odredba čl. 73. st. 2. ZV-a.

<sup>109</sup> Pravila par. 266. st. 1., par. 267. st. 2. i par. 268. bivšeg Zakona o sudskom izvanparničnom postupku.

<sup>110</sup> Čl. 55. st. 2. ZV-a.

<sup>111</sup> Čl. 56. st. 1. ZV-a.

<sup>112</sup> Čl. 56. st. 2. i 3. ZV-a.

<sup>113</sup> Čl. 55. st. 4. ZV-a.

### 3.2.1.5. Način uspostave

Vlasništvo određenoga posebnog dijela nekretnine uspostavlja se upisom u zemljišnu knjigu (način – *modus* stjecanja) kao pravo povezano s određenim suvlasničkim dijelom te nekretnine. Upisuje se u vlasničkom listu na suvlasničkom dijelu onoga suvlasnika za kojega je osnovano vlasništvo posebnog dijela, uz navođenje posebnog dijela nekretnine i sporednih dijelova na koje se proteže, dok se na posjedovni list stavlja natpis etažnog vlasništva.<sup>114</sup> Kad se u zemljišne knjige upiše vlasništvo posebnog dijela nekretnine, na njega se odnose i svi upisi koji su prije uspostavljanja vlasništva posebnog dijela nekretnine bili provedeni glede suvlasničkog dijela s kojim je povezano vlasništvo posebnog dijela nekretnine, kao i svi upisi glede cijelog zemljišnoknjižnog tijela.<sup>115</sup>

Dakle, vlasništvo određenoga posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) uspostavljeno je tek ispunjenjem predviđenog načina stjecanja (provedbom upisa u zemljišnu knjigu kao prava povezanog s određenim suvlasničkim dijelom nekretnine), pa stvarnopravni učinci ne nastupaju postojanjem pravnog posla iz kojeg proizlazi pravna osnova za uspostavu etažnog vlasništva, odnosno pravomoćnošću odluke suda o sudskom razvrgnuću, već tek upisom u zemljišne knjige. Do tada bi pravni posao proizvodio samo obveznopravne učinke između strana tog pravnog posla, odnosno odluka suda o razvrgnuću proizvodila bi pravne učinke između stranaka (suvlasnika) koji su sudjelovali u postupku (*inter partes*) u granicama koje proizvodi takva pravomoćna sudska odluka.

## **4. PRETVARANJE ETAŽNOG VLASNIŠTVA NA POSEBNOM DIJELU ZGRADE STEČENOG PO PRIJAŠNJIM PROPISIMA U VLASNIŠTVO POSEBNOG DIJELA NEKRETNINE NAKON STUPANJA NA SNAGU ZV-A – POSEBNO O PITANJIMA KOJA SE JAVLJAJU KOD TUMAČENJA I PRIMJENE OVE NORMATIVE U PRAKSI**

### **4.1. Prijelazne odredbe ZV-a o pretvaranju etažnog vlasništva na posebnom dijelu zgrade stečenog na temelju prijašnjih propisa u vlasništvo posebnog dijela nekretnine**

Prijelazne odredbe ZV-a<sup>116</sup> sadrže pravila o pretvaranju etažnog vlasništva na posebnom dijelu zgrade stečenog na temelju prijašnjih propisa u vlasništvo posebnog dijela nekretnine, tj. u etažno vlasništvo prema ZV-a. Prema ovim odredbama, vlasništvo na posebnom dijelu zgrade – etažno vlasništvo (jednako kao i pravo raspolaganja na posebnom dijelu zgrade u društvenom vlasništvu stečeno na temelju prijašnjih propisa), od stupanja na snagu ZV-a postalo je vlasništvo posebnih dijelova

114 Čl. 72. ZV-a, čl. 24. ZZK-a.

115 Čl. 69. st. 2. ZV-a, čl. 20. st. 5. ZZK-a.

116 Čl. 370., te čl. 372. do 387. ZV-a.

nekretnine sukladno odredbama ovog Zakona. Tako je vlasnik posebnog dijela zgrade (odnosno nositelj prava raspolaganja na posebnom dijelu zgrade) stupanjem na snagu ZV-a postao vlasnik svog posebnoga dijela nekretnine, s tim da je vlasništvo posebnog dijela nekretnine neodvojivo povezano s određenim suvlasničkim dijelom cijele nekretnine.<sup>117</sup> Dotadašnjem vlasniku posebnog dijela zgrade umjesto sudjelovanja u zajedničkom nedjeljivom vlasništvu zajedničkih dijelova porodične zgrade sa suvlasništvom zemljišta (odnosno umjesto njegova sudjelovanja u trajnom pravu korištenja zajedničkih dijelova višestambene zgrade s pravom trajnoga korištenja zemljišta) stupanjem na snagu ZV-a pripao je odgovarajući suvlasnički dio cijele nekretnine. Veličina ovog odgovarajućeg suvlasničkog dijela utvrđuje se odgovarajućom primjenom pravila ZV-a o veličini odgovarajućeg suvlasničkog dijela nekretnine koji ovlašćuje suvlasnika da ima u svome vlasništvu posebni dio zgrade (ovdje valja voditi računa da je u ovom slučaju polazište za utvrđivanje odgovarajućeg suvlasničkog dijela veličina /vrijednost/ posebnog dijela etažnog vlasništva u odnosu prema veličini (vrijednosti) cijele nekretnine, dok je ubuduće polazište suvlasništvo na nekretnini kao cjelini s kojim se povezuje posebno – etažno vlasništvo). Do primjene pravila ZV-a o veličini odgovarajućeg suvlasničkog dijela smatra se da su dijelovi svih suvlasnika jednaki. Međutim, svaki od suvlasnika nekretnine, makar i nije vlasnikom posebnog dijela zgrade, ovlašten je zahtijevati da se utvrdi veličina suvlasničkih dijelova koje će sud među njima pravedno podijeliti.<sup>118</sup>

Upisi vlasništva na posebnom dijelu zgrade (odnosno upisi prava raspolaganja na posebnom dijelu zgrade u društvenom vlasništvu) koji su do stupanja na snagu ZV-a provedeni, smatraju se upisima prava vlasništva posebnog dijela nekretnine povezanog sa suvlasničkim dijelom te nekretnine.<sup>119</sup> Ovo pravilo vrijedi i za upise vlasništva posebnog dijela zgrade koji su do stupanja na snagu ZV-a i ZZK-a bili provedeni zabilježbom.<sup>120</sup> Kada je vlasništvo stana upisano u knjizi položenih ugovora osnovanoj temeljem Pravilnika o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora, od stupanja na snagu Zemljišnoknjižnog poslovnika smatra se da je to vlasništvo kao vlasništvo posebnog dijela nekretnine u smislu ZV-a upisano u zemljišnoj knjizi koja se vodi za katastarsku općinu za koju se vodi knjiga položenih ugovora.<sup>121</sup> Postupak povezivanja knjige položenih ugovora i zemljišne knjige uređen je Pravilnikom o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine – etažnog vlasništva.<sup>122</sup> Posebno je reguliran i status posebnih etažnih dijelova nastalih prenamjenom, nadogradnjom, prigradnjom ili dogradnjom do stupanja na snagu ZV-a, na način da je nad njima uspostavljeno vlasništvo tog

117 Čl. 370. st. 1. i 2. ZV-a.

118 Čl. 370. st. 3. i 4. ZV-a.

119 Čl. 370. st. 6. ZV-a.

120 Čl. 136. Pravilnika o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova - zemljišnoknjižni poslovnik (Narodne novine, br. 81/97, 109/02, 153/02, 14/05, 60/10 i 55/13 – u daljnjem tekstu: Zemljišnoknjižni poslovnik).

121 O povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora, vidjeti čl. 128. do 136. Zemljišnoknjižnog poslovnika.

122 Pravilnik o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine – etažnog vlasništva (Narodne novine, br. 121/13 i 61/18).

posebnog dijela ako su za to ispunjene sve pretpostavke.<sup>123</sup> Isto tako, tko je do stupanja na snagu ZV-a na temelju odobrenja nadležne vlasti o svome trošku proveo prenamjenu zajedničkih prostorija u zgradi u društvenom vlasništvu u dio koji bi služio njegovom posebnom dijelu nekretnine, njegovo se pravo vlasništva posebnog dijela protegnulo i na taj dio kao pripadak toga dijela.<sup>124</sup>

#### **4.1. Pitanja koja se javljaju kod tumačenja i primjene ove normative u praksi**

U primjeni navedene normative u praksi pojavilo se pitanje mogućnosti provedbe ovrhe nad stanom koji je rješenjem o ovrsi shodno podacima iz zemljišne knjige naznačen kao poseban dio zgrade bez posebnog naznake da se prodaje neodvojivo povezan sa suvlasničkim dijelom cijele nekretnine. Kako je riječ o etažnom vlasništvu na posebnom dijelu zgrade stečenom na temelju prijašnjih propisa do primjene dolaze prijelazne odredbe ZV-a o uspostavi jedinstva nekretnine i posebnih dijelova zgrade,<sup>125</sup> pa treba smatrati da je stan kao predmet prodaje neodvojivo povezan s odgovarajućim suvlasničkim dijelom cijele nekretnine, čime je moguće ovrhu nastaviti prema pravilima o pravnom jedinstvu nekretnine.<sup>126</sup> U sporu radi utvrđenja prava vlasništva stana nastalog prenamjenom zajedničke prostorije u zgradi u društvenom vlasništvu otvorilo se pitanje pasivne legitimacije. Obzirom na propise koji reguliraju pretvorbu prava vlasništva, obilježja na kojima se temelji etažno vlasništvo prema ZV-u, te pravila o pretvaranju etažnog vlasništva na posebnom dijelu zgrade stečenog na temelju prijašnjih propisa u vlasništvo posebnog dijela nekretnine, pasivno bi bili legitimirani svi suvlasnici nekretnine.<sup>127</sup>

Kod zahtjeva na utvrđenje stečenog etažnog vlasništva prema prijašnjim propisima nad dijelovima zgrade koji ne predstavljaju samostalnu uporabnu cjelinu treba voditi računa da je i primjenom pravila koja su bila na snazi do stupanja na snagu ZV-a predmet etažnog vlasništva mogao biti samo pojedini stan ili poslovna prostorija, ali ne i pojedini fizički određeni dijelovi stanova i poslovnih prostorija. Tako se etažno vlasništvo nije moglo uspostaviti na pojedinoj sobi, hodniku, balkonu i drugim prostorijama koje nisu predstavljale samostalnu uporabnu cjelinu prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti.<sup>128</sup> S druge strane, za razliku od ZV-a

123 Pretpostavke iz odredbe čl. 372. ZV-a.

124 Čl. 373. ZV-a.

125 Čl. 370. st. 1.-3. ZV-a

126 Takvo pravno shvaćanje zauzeo je i Vrhovni sud Republike Hrvatske u odlukama br. Gzz-22/06 od 10. siječnja 2007., te Gzz-300/03 od 28. travnja 2004.

127 Prema pravnom shvaćanju Vrhovnog sud Republike Hrvatske u odlukama br. Revx-672/15 od 8. srpnja 2015. i Rev-740/12 od 7. ožujka 2017. „...upisom u zemljišnu knjigu na temelju ovršne sudske odluke donesene u primjeni odredbe čl. 372. ZV-a kojom se utvrđuje stjecanje prava vlasništva posebnog dijela nekretnine te odgovarajući suvlasnički dio cijele nekretnine, mijenja se suvlasnički dio ostalih suvlasnika na cijeloj nekretnini, zbog čega takvom tužbom moraju biti obuhvaćeni svi suvlasnici te nekretnine.“

128 U tom smislu „...nakon stupanja na snagu ZV-a odluke sudova bez obzira na kojem se propisu temeljile moraju uvažavati načelo jedinstva nekretnine i ne mogu glede pitanja prava vlasništva na nekretnini glasiti tako da odstupaju od tog načela“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci



koji dopušta uspostavu etažnog vlasništva prema pravnom osnovu i načinu stjecanja kako je to prikazano u ovom radu, etažno vlasništvo prema pravilima koja su se primjenjivala do stupanja na snagu ZV-a stjecalo se po pravnim osnovama i načinu stjecanja koji su prema općoj normativi bili predviđeni za stjecanje prava vlasništva nad nekretninama.<sup>129</sup> I u okolnostima kada je etažno vlasništvo na posebnom dijelu zgrade stečeno prema prijašnjim propisima, zahtjev nakon stupanja na snagu ZV-a treba postaviti uz primjenu načela pravnog jedinstva nekretnine.<sup>130</sup>

Posebno, kako se etažno vlasništvo prema ZV-u uspostavlja prema pravnoj osnovi i načinu stjecanja kako je to prikazano u ovom radu, to se tužbom na utvrđenje ne može zahtijevati uspostavljanje etažnog vlasništva.<sup>131</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Stupanjem na snagu ZV-a i ZZK-a u naš sustav stvarnih prava ponovno se uvode temeljna načela jednovrsnosti i nepovredivosti prava vlasništva, zaštite povjerenja u zemljišne knjige i pravnog jedinstva nekretnine, čime je naše stvarno pravo strukturom i sadržajem postalo kompatibilno stvarnopravnom uređenju zemalja kontinentalnoeuropskog pravnog kruga. U tom smislu, jedna od opsežnijih značajnih

---

br. Revx-1151/11 od 19. rujna 2012.). „...s obzirom da u ovom postupku tužitelj traži utvrđenje prava vlasništva samo na stanu, bez da istovremeno traži i pravo suvlasništva na odgovarajućem dijelu čitave nekretnine s kojim je pravo vlasništva na stanu neodvojivo povezano, sudovi zbog pogrešnog pravnog pristupa nisu u potpunosti utvrdili sve odlučne činjenice u svjetlu odredbi čl. 67. st. 1., čl. 69. st. 1. i čl. 395. st. 2. ZV-a. (Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Revx – 1151/11 od 19. rujna 2012.).

129 Tako je pravo vlasništva nad stanom kao posebnim dijelom zgrade bilo moguće steći i građenjem. Prema toj pravnoj osnovi stjecanja Vrhovni sud Republike Hrvatske zauzeo je pravno shvaćanje u odluci Rev-172/09 od 15. siječnja 2013.; „... S obzirom na prednja činjenična utvrđenja pravilno su nižestupanjnski sudovi zaključili da su na strani tužitelja ostvarene zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva prizemnog stana građenjem, u smislu par. 418. OGZ, a povezano sa suvlasništvom zgrade u smislu odredbe čl. 367. u vezi sa čl. 370. ZVDSP, time da drugostupanjnski sud pri tom pravilno zaključuje da su suvlasnički dijelovi tužitelja i tuženika jednaki (čl. 370. st. 4. ZVDSP).“

130 Tako prema shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske „...s obzirom da u ovom postupku tužitelj traži utvrđenje prava vlasništva samo na stanu, bez da istovremeno traži i pravo suvlasništva na odgovarajućem dijelu čitave nekretnine s kojim je pravo vlasništva na stanu neodvojivo povezano, sudovi zbog pogrešnog pravnog pristupa nisu u potpunosti utvrdili sve odlučne činjenice u svjetlu odredbi čl. 67. st. 1., čl. 69. st. 1. i čl. 395. st. 2. ZV-a. (Revx – 1151/11 od 19. rujna 2012.). „... nakon stupanja na snagu ZV-a odluke sudova bez obzira na kojem se propisu temeljile moraju uvažavati načelo jedinstva nekretnine i ne mogu glede pitanja prava vlasništva na nekretnini glasiti tako da odstupaju od tog načela“ (Revx – 1151/11 od 19. rujna 2012.).

131 O tom pravnom pitanju Vrhovni sud Republike Hrvatske zauzeo je pravno shvaćanje u odluci br. Rev-2234/15 od 6. lipnja 2015.: „... tužbom na utvrđenje prava vlasništva ne može se zahtijevati ni uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) u smislu odredbe čl. 71. do čl. 78. ZVDSPa.“ „...Neosnovano se revident poziva na primjenu odredbe čl. 370. ZVDSP, jer se ta odredba odnosi na već uspostavljeno etažno vlasništvo po prijašnjim propisima, za koje samo treba utvrditi odgovarajuću veličinu pripadajućeg suvlasničkog dijela cijele nekretnine, a to nije slučaj u ovom predmetu.“

promjena koje su u naše stvarno pravo unesene upravo je u sustavu etažnog vlasništva. Uzorom na austrijsko pravo ZV (za razliku od ustanove etažnog vlasništva prema prijašnjim propisima) vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) izvodi iz suvlasništva nekretnine koju čine zemljište sa zgradom. Temelj vlasništva posebnog dijela nekretnine čini suvlasništvo tako da vlasništvo posebnog dijela nekretnine proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim dijelom nekretnine na kojem je uspostavljeno. Prijelaznim odredbama ZV-a posebno je uređeno pretvaranje etažnog vlasništva koje je stečeno po prijašnjim propisima (vlasništva na posebnom dijelu zgrade) u vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva prema odredbama ZV-a). Međutim, obzirom na različita obilježja i pretpostavke uspostave etažnog vlasništva prema prijašnjim propisima u odnosu na etažno vlasništvo prema odredbama ZV-a, ova pravna ustanova kod tumačenja, te primjene u praksi i nakon proteka više od dvadeset godina od stupanja na snagu ZV-a otvara nova pitanja koja su se analizirala u ovom radu. U tom smislu, uz raščlambu općih obilježja etažnog vlasništva prema prijašnjim propisima u odnosu prema obilježjima etažnog vlasništva prema ZV-u, pretpostavki uspostavljanja etažnog vlasništva prema ovim različitim sustavima, te pretvaranja vlasništva na posebnom dijelu zgrade u vlasništvo posebnog dijela nekretnine, u radu se analiziraju pitanja koja se javljaju kod tumačenja ove normative u pravnoj doktrini i primjenom u sudskoj praksi.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci:*

1. Belaj, Vlado, *Novine u uređenju etažnog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Godišnjak 34. susreta pravnika u gospodarstvu, Opatija, 1996., str. 18-34.
2. Belaj, Vlado, *Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva) prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 47, 1-2/1997, str. 101-126.
3. Gavella i dr., *Stvarno pravo*, Svezak 1., Zagreb, Narodne novine, 2007.
4. Josipović, Tatjana, *Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine*, Porezi i pravo, 6/2001, str. 34-38.
5. Kačer, Hrvoje, *Je li pravo na etažiranje de lege lata utuživo*, XXVII. savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 19/2012., Zagreb, Organizator, 2012. str. 517-526.
6. Kaladić, Ivan, *Razvrgnuće suvlasničke zajednice bez suglasnosti svih suvlasnika*, Informator br. 6044, str. 15-16.
7. Perkušić, Ante, *Osnove građanskog prava*, Split, Sveučilište u Splitu, Pomorski fakultet 2009.
8. Perkušić, Ante, *Uspostavljanje vlasništva posebnog dijela nekretnine (etažnog vlasništva) – posebno o zahtjevima postavljenim na stjecanje prava vlasništva na fizički određenom dijelu zgrade*, Zbornik radova Građansko pravo – sporna pitanja i aktualna sudska praksa – 2018, Vrhovni sud Republike Hrvatske i Pravosudna akademija, Tuheljske Toplice, 22. – 23. studenoga 2018., str. 143-164.
9. Žuvela, Mladen, *Vlasničkopravni odnosi*, Zagreb, Organizator, 1996.

*Pravni propisi:*

1. Pravilnik o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine – etažnog vlasništva, Narodne novine br. 121/13 i 61/18.
2. Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova - zemljišnoknjižni poslovnik, Narodne novine br. 81/97, 109/02, 153/02, 14/05, 60/10 i 55/13.
3. Pravilnik o uređenju i vođenju knjige položenih ugovora, Narodne novine br. 42/91 i 16/94.
4. Uredba o održavanju zgrade, Narodne novine br. 64/97.
5. Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima, Sl. l. br. 6/80; Narodne novine br. 53/91.
6. Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama, Sl. l. br. 57/65; Narodne novine br. 52/71.
7. Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, Narodne novine br. 43/92 - pročišćeni tekst, 69/92, 25/93, 48/93 i 2/94.
8. Zakon o prometu zemljišta i zgrada, Sl. l. br. 26/54, 19/55, 30/62, 53/62, 15/65, 57/65; Narodne novine br. 52/73.
9. Zakon o stambenim odnosima, Narodne novine br. 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93.
10. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12 i 152/14.
11. Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada, Sl. l. br. 16/59, 43/65, 57/65; Narodne novine br. 52/73.
12. Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 73/00, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10 i 55/13.

**Ante Perkušić\***

Summary

## **ESTABLISHMENT OF CONDOMINIUM – OPEN ISSUES REGARDING INTERPRETATION AND APPLICATION**

This paper deals with the analysis of the general characteristics of the condominium according to the previous regulations in relation to the characteristics of the condominium according to the Act on Ownership and Other real Rights, the presumption of establishment of condominium in accordance with these different systems, the transformation of ownership of a particular part of the building into the ownership of a particular part of the real estate, as well as the analysis of issues that arise when interpreting this normative in legal doctrine and applying it in court practice.

**Keywords:** *condominium; establishment of condominium; ownership of a particular part of the building; ownership of a particular part of the real estate.*

Zusammenfassung

## **GRÜNDUNG DES WOHNUNGSEIGENTUMS – OFFENE FRAGEN DEREN AUSLEGUNG UND ANWENDUNG**

Dieser Beitrag analysiert die allgemeinen Merkmale des Wohnungseigentums gemäß früheren Vorschriften und im Vergleich zu den Merkmalen des Wohnungseigentums gemäß dem Gesetz über das Eigentum und andere Sachenrechte. Ebenfalls werden die Voraussetzungen für die Gründung des Wohnungseigentums gemäß diesen zwei Systemen analysiert. Der Beitrag bespricht auch die Transformierung des Eigentums an einem Sonderteil des Gebäudes in das Eigentum an einem Sonderteil des Grundstücks. Diesbezüglich werden die Fragen analysiert, die bei der Auslegung dieser Normative in der Rechtsdoktrin und der Rechtsprechung auftauchen.

---

\* Ante Perkušić, Ph.D., Full Professor, University of Split, Faculty of Law; Supreme Court Judge; ante.perkusic@vsrh.hr.

**Schlüsselwörter:** *Wohnungseigentum; Gründung des Wohnungseigentums; Eigentum an einem Sonderteil des Gebäudes; Eigentum an einem Sonderteil des Grundstücks.*

Riassunto

## **LA COSTITUZIONE DEL CONDOMINIO – QUESTIONI APERTE CONCERNENTI L'INTERPRETAZIONE E L'APPLICAZIONE**

Nel lavoro si disaminano le questioni interpretative che sorgono con riferimento alla normativa in oggetto in dottrina, come anche le questioni riguardanti l'applicazione nella giurisprudenza. Inoltre si disaminano le caratteristiche elementari del condominio paragonandone la disciplina attuale e quella pregressa. Si valutano le condizioni per la costituzione del condominio sulla base di tali diverse fonti normative, come anche la trasformazione della proprietà su porzione determinata dell'edificio in proprietà su parte determinata dell'immobile.

**Parole chiave:** *condominio; costituzione del condominio; proprietà su porzione determinata dell'edificio; proprietà su porzione determinata dell'immobile.*



## RETROAKTIVNA PRIMJENA PRAVILA O PROBOJU PRAVNE OSOBNOSTI U POREZNIM STVARIMA: ANALIZA UPRAVNO-SUDSKE I USTAVNO-SUDSKE PRAKSE

Doc. dr. sc. Stjepan Gadžo\*  
Prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević\*\*

UDK: 336.221.24  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.13>  
Ur.: 23. siječnja 2019.  
Pr.: 03. ožujka 2019.  
Prethodno priopćenje

### Sažetak

*Novelom Općeg poreznog zakona donesenom u srpnju 2012. godine propisana je odgovornost članova trgovačkih društava, osoba koje vode poslove društva, te povezanih osoba, kao poreznih jamaca za nenaplaćene porezne dugove društava. U gotovo sedmogodišnjoj praktičnoj primjeni ovog tzv. instituta probouja pravne osobnosti, posebno se spornim pokazalo pitanje povratnog (retroaktivnog) djelovanja relevantnih zakonskih pravila, odnosno vezivanja pravnih posljedica probouja i za činjenična stanja realizirana prije stupanja na snagu predmetnih zakonskih odredbi. Upravo je analizi ovog problema, pogotovo u svjetlu bogate upravno-sudske i ustavno-sudske prakse razvijene u prethodnom razdoblju, posvećen ovaj rad. Polazeći od općih pravila o vremenskom važenju (poreznih) propisa, zaključak je analize da pravna shvaćanja Visokog upravnog suda i Ustavnog suda RH u prilog dopuštenosti povratnog djelovanja predmetnih pravila, nisu utemeljena na mjerodavnim ustavnim i zakonskim normama. Stoga se u radu upozorava na važnost očuvanja barem minimalne razine pravne sigurnosti u hrvatskom poreznom sustavu, što je uvelike i odgovornost nadležnih sudova.*

**Ključne riječi:** *probouj pravne osobnosti; porezno pravo; Opći porezni zakon; zlouporaba prava; porezno jamstvo; retroaktivnost; pravo na pravično suđenje.*

\* Dr. sc. Stjepan Gadžo, docent, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; [sgadzo@pravri.hr](mailto:sgadzo@pravri.hr).

\*\* Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, redovita profesorica, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; [zunic@pravri.hr](mailto:zunic@pravri.hr).

## 1. UVOD\*

Jedna od mjera na području poreznog sustava za kojom su hrvatski zakonodavci posegnuli tijekom posljednje ekonomske krize (2009-2015),<sup>1</sup> s deklariranim ciljem jačanja financijske discipline i učinkovitosti u naplati javnih davanja, jest proširenje kruga osoba koje mogu odgovarati za porezne dugove trgovačkih društava. Riječ je o institutu uvedenom novelom Općeg poreznog zakona u srpnju 2012. godine,<sup>2</sup> koji je u široj javnosti uskoro postao poznat kao „proboj pravne osobnosti“, očit po uzoru na uvriježenu terminologiju prava društava.<sup>3</sup> S druge strane, u znanstvenoj je literaturi precizirano da se zapravo ne radi o potpuno novom instrumentu hrvatskog poreznog prava, već o intervencijama u otprije poznati institut (zakonskog) poreznog jamstva, u smjeru proširenja njegova dosega *rationae personae*.<sup>4</sup> Ukratko, po stupanju na snagu predmetne novele OPZ-a/12 za porezne dugove trgovačkih društava mogu odgovarati: (i) članovi uprave i izvršni direktori trgovačkog društva, (ii) članovi društva te (iii) povezane osobe. Navedene osobe odgovaraju kao porezni jamci za porezne dugove trgovačkih društava tek ako se u posebnom dijelu poreznog postupka dokaže postojanje zakonskih pretpostavki njihove odgovornosti te donese porezno rješenje kojim se pozivaju na plaćanje poreznog duga. Bitno ograničenje u provođenju ovog postupka, u zakonu označenog kao „postupak utvrđivanja zlorabe prava“, jest da se može pokrenuti samo ako su prethodno neuspješno poduzete sve mjere prisilne naplate poreznog duga od trgovačkog društva – glavnog dužnika, nakon čega je porezni dug i dalje nenaplaćen.<sup>5</sup>

Normativni okvir tzv. „poreznog probouja“<sup>6</sup> već po donošenju predmetne novele

1 Ekonomski statističari upravo 2015. godinu uzimaju kao vremensku razdjelnicu u kojoj se hrvatsko gospodarstvo vratilo pozitivnim stopama gospodarskog rasta. Vidi: <https://www.dzs.hr/> (10. ožujka 2019.).

2 Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, NN br. 78/2012. Valja naglasiti da se radi o izmjenama i dopunama druge po redu verzije Općeg poreznog zakona (OPZ), one iz 2008. godine, koji je do prestanka svog važenja, 01. siječnja 2017., pretrpio ukupno sedam (7) izmjena i dopuna. Vidi: Opći porezni zakon, NN br. 147/2008, 18/2011, 78/2012, 136/2012, 73/2013, 26/2015, 44/2016, 115/2016.

U vrijeme pisanja ovog rada u Republici Hrvatskoj na snazi je nova cjelovita verzija OPZ-a, donesena krajem 2016. godine, u okviru tzv. porezne reforme (NN br. 115/2016, 106/2018). Preglednosti radi, u nastavku će se rada pri upućivanju na odredbe ranijeg OPZ-a, u onom obliku u kojem je izmijenjen i nadopunjavao zaključno s NN br. 136/12, koristiti kratica OPZ/12. S druge strane, važeća će se verzija zakona označavati kao OPZ/16.

3 Zanimljivo je istaknuti da termin „proboja pravne osobnosti“ uopće nije sadržan u prijedlogu tematizirane zakonske novele. Međutim, isti je više puta korišten pri predstavljanju zakonskih novina od strane samog predlagača. Vidi npr.: <https://vlada.gov.hr/sjednice/23-sjednica-vlade-republike-hrvatske/1041> (01.01.2019.).

4 Vidi, detaljno: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog zakona 2012.: „Proboj pravne osobnosti“ trgovačkih društava u slučaju zlorabe prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34. 2/2013., str. 635-670.

5 Normativni okvir tematiziranog je instituta detaljnije izložen *infra*, u poglavlju 2.

6 U svrhu jednostavnosti teksta u ovom će se radu za oznaku tematiziranog instituta koristiti skraćena sintagma „porezni probouj“.



OPZ-a/12 trpi salvu kritika, kako iz redova poduzetničke zajednice, tradicionalno nesklone svakom obliku ekspanzije poreznog zahvata države<sup>7</sup>, tako i iz znanstvenih i stručnih krugova.<sup>8</sup> U pravnom je smislu upozoreno na niz prijedora koji dovode u pitanje i učinkovitost samog instituta i/ili zaštitu ustavnih prava poreznih obveznika i s njima povezanih osoba u odnosnim postupcima pred poreznim tijelima i upravnim sudovima. Opravdanost ovih prigovora potvrđena je u praksi postupaka utvrđivanja zloraba prava, u svjetlu nemalog broja sporova pokrenutih po donošenju rješenja nadležnih prvostupajskih poreznih tijela.<sup>9</sup> Iako pregled relevantne sudske prakse upozorava na niz spornih pitanja, i materijalne i postupovne naravi, jedno zaslužuje posebnu pažnju – problem retroaktivne (povratne) primjene pravila o poreznom proboju.

Naime, porezna su tijela odredbe o poreznom proboju uvedene predmetnom novelom OPZ-a/12 ustrajno primjenjivala i na slučajeve u kojima su radnje članova društava i drugih potencijalno odgovornih osoba, okvalificirane kao zlorabe, izvršene prije njezina stupanja na snagu (21. srpnja 2012.). Stoga su i adresati prvostupajskih poreznih rješenja – porezni jamci u postupku pred drugostupajskim tijelom, ali i u upravnom sporu, isticali kako je riječ o retroaktivnoj primjeni poreznih propisa, zabranjenoj kako na ustavnoj razini tako i, u poreznim stvarima, člankom 5.

7 Hrvatska udruga poslodavaca podnijela je 25. listopada 2012. čak i prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom relevantnih odredbi Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (NN br. 78/12). Početkom 2017. godine Ustavni je sud donio odluku kojom odbacuje navedeni prijedlog, utvrdivši da procesne pretpostavke za odlučivanje ne postoje, zbog toga što su relevantne zakonske odredbe u međuvremenu prestale važiti te je na snagu stupio potpuno novi zakonski tekst (OPZ/16). Vidi: U-I/5398/2012, od 7. veljače 2017. Ovakav formalistički pristup Ustavnog suda uslijed kojeg je izostao pravorijek o ustavnosti zakonskih intervencija iz 2012. godine, problematičan je ako se ima u vidu da su sporne odredbe, u praktično nepromijenjenom izričaju, ugrađene i u OPZ/16. Vidi *infra*, poglavlje 2. Također je teško naći zamjerku izdvojenom mišljenju koje je u ovom predmetu dao ustavni sudac Andrej Abramović: „(A)ko osobe definirane u članku 38. Ustavnog zakona imaju pravo predložiti pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom, odnosno ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom, onda imaju pravo i od Ustavnog suda očekivati meritoran odgovor na svoje pitanje. To tim više što propis koji je prestao važiti nije ujedno i potpuno izbačen i iz upotrebe, već se u sudskim i ostalim odgovarajućim postupcima mora primijeniti na pravne odnose nastale u vrijeme njegovog važenja. Odlukom o prijedlogu za ocjenu suglasnosti nekog propisa ili dijela propisa s Ustavom (i zakonom) Ustavni sud bi mogao direktno otkloniti brojne sudske i druge (npr. upravne) postupke koji se vode u primjeni ustavno suspektne odredbe osporenog zakona ili propisa. Pored toga, eventualna negativna ocjena o ustavnosti ili zakonitosti odredbe propisa koja je u međuvremenu prestala važiti svojom bi argumentacijom svakako djelovala instruktivno u odnosu na donositelja osporenog propisa, a sa svrhom da se uočene pojave neustavnosti ili nezakonitosti ne bi ponavljale u drugim sličnim budućim slučajevima.“

8 Vidi posebice: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*; Kačer, H., *Nove odgovornosti po (predloženoj) noveli općeg poreznog zakona*, RRIF, br. 7/2012, str. 128-131; Kačer, H., *Još jedna porezna akrobacija – nema zastare*, RRIF, br. 1/2013, str. 41-43; Kaleb, Z., *Osobna odgovornost članova uprava društva i članova društva za porezne dugove*, RIF, br. 12/2012, str. 163-168.

9 Iako autori ne raspolažu točnim podacima o broju sporova u ovim predmetima, u prilog ove teze dovoljno ukazuje bogata praksa upravnih sudova i Ustavnog suda RH, razložena u poglavljima 3. i 4. ovog rada.

OPZ-a.<sup>10</sup> Visoki upravni sud RH (dalje: VUS) je međutim u svojoj praksi otklonio osnovanost navedenog prigovora poreznih jamaca i održao na snazi sva rješenja o utvrđenim jamstvenim obvezama po osnovi zlouporabe prava.<sup>11</sup> Štoviše, i Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: USRH) je u postupcima pokrenutim povodom ustavnih tužbi otklonio tvrdnje podnositelja da su takvom primjenom pravila o poreznom probouju povrijeđena njihova ustavna prava, posebno pravo na pravično suđenje.<sup>12</sup>

Upravo su navedena pravna shvaćanja VUS-a i USRH-a o vremenskom važenju mjerodavnih odredbi OPZ-a izravan motiv za pisanje ovog rada. Argumenti izneseni u upravnosudskoj i ustavnosudskoj praksi u tom se smislu podvrgavaju kritičkoj analizi. Polazeći od općih pravila o vremenskom važenju (poreznih) propisa zaključak je analize da predmetna pravna shvaćanja VUS-a i USRH-a ne nalaze utemeljenje u dostatnim i relevantnim razlozima koji bi eventualno opravdali retroaktivnu primjenu pravila o poreznom probouju. Utoliko se u radu upozorava na važnost očuvanja barem minimalne razine pravne sigurnosti u hrvatskom poreznom sustavu, što je u velikom dijelu odgovornost i nadležnih sudova.

Rad je podijeljen u pet glavnih dijelova. Nakon uvoda, u drugom se poglavlju prikazuje normativno uređenje instituta poreznog probouja, koje se u bitnome ne mijenja ni nakon donošenja novog OPZ-a/16. U trećem se poglavlju prikazuje praksa upravnih sudova glede ispitivanja dopuštenosti povratnog djelovanja mjerodavnih pravila o poreznom probouju. Naročita se pozornost pridaje argumentima kojim Visoki upravni sud obrazlaže nalaz kako svojim spornim postupanjima porezna tijela nisu povrijedili ustavne i zakonske norme. U četvrtom se poglavlju obrađuje relevantna judikatura Ustavnog suda, odnosno odluke donesene u predmetima pokrenutim povodom ustavnih tužbi poreznih jamaca. Posljednji dio rada sažima temeljne nalaze te sadrži zaključne napomene.

## **2. POZITIVNO-PRAVNI OKVIR PROBOJA PRAVNE OSOBNOSTI U POREZKOM PRAVU**

Kao što je već istaknuto u uvodu, pozitivno-pravni okvir probouja pravne osobnosti u poreznom pravu novijeg je datuma pa normativni kontinuum proizlazi iz recentnosti instituta u domaćem poreznom pravu. Mjerodavni se pravni okvir od uvođenja u hrvatsko porezno pravo 2012. godine u bitnome ne mijenja ni nakon donošenja novog OPZ-a/16.

Zakonom o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (NN br. 78/12; dalje: ZIDOPZ/12), donesenom u srpnju 2012. godine, promijenjene su odredbe o odgovornosti te je proširen krug zakonskih poreznih jamaca na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva, kao i s njima povezane osobe, ako se utvrdi da su zlouporabom prava i ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od trgovačkog društva kao poreznog dužnika.<sup>13</sup> Utvrđivanje zlouporabe stavljeno

10 O ovomu vidi detaljnije *infra*, poglavlje 3.

11 Za pregled prakse VUS-a vidi *infra*, poglavlje 3.

12 Za pregled prakse USRH-a vidi *infra*, poglavlje 4.

13 Vidi: čl. 26.a do 26.d OPZ/12. Novelirane odredbe o povezanim društvima, pojmu ovisnog i

je u nadležnost poreznih tijela, a postupak je bio propisan odredbama Glave VI.a OPZ-a/12.

Time se po prvi put u hrvatskom poreznom pravu uređuje odgovornost osoba koje u pravilu ne odgovaraju za obveze trgovačkog društva, a posebno i izrijeком u OPZ-u navedenih osoba kao poreznih jamaca za porezni dug trgovačkog društva, kao i poseban postupak utvrđenja zlouporaba radi konačne naplate od poreznog jamca u slučaju neuspjeha naplate poreznog duga od poreznog obveznika – trgovačkog društva. U tom smislu nove materijalne odredbe koje se odnose na institut zakonskog poreznog jamstva i postupovne odredbe o utvrđivanju zlouporabe prava predstavljaju jedinstveni, poseban pravni okvir „poreznog probouja“. U obrazloženju konačnog prijedloga ZIDOPZ-a/12 predlagači kao temeljni povod za predmetnu izmjenu navode uočene praktične probleme prilikom naplate poreza. Naročito je ukazano na visoku razinu nepodmirenih obveza brojnih pravnih osoba koje su u dužem razdoblju neaktivne ili je nad njima otvoren stečajni postupak, a poslovanje preneseno na druge nove tvrtke s ciljem izbjegavanja plaćanja poreza.<sup>14</sup> Novo zakonsko rješenje provođenje postupka utvrđivanja zlouporabe prava predviđa kao dio porezno-dužničkog odnosa i predstavlja porezni postupak koji porezna tijela provode po službenoj dužnosti s ciljem utvrđivanja onih činjenica koje su bitne za uspostavu odgovornosti tih osoba.

Predmetna je novina u OPZ-u/12 predstavljena i kao preuzimanje dijela odredaba Zakona o trgovačkim društvima kojima je uređena odgovornost članova društva za obveze društva.<sup>15</sup> Taj pravni institut, u literaturi i u poredbenom pravu društava označen kao “proboj pravne osobnosti”, nije nepoznat niti u polju poreznog prava.<sup>16</sup> Ukratko, institut probouja podrazumijeva ukidanje odvojenosti društva i njegovih članova, kojom se inače uklanja odgovornost članova za obveze društva, te omogućuje vjerovnicima da svoje tražbine namire i iz imovine članova, pod pretpostavkom utvrđene zlouporabe prava i ovlasti članova. Tako je čl. 10. st. 3. ZTD-a propisano da se onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za obveze društva ne može pozvati na to da po zakonu ne odgovara za te obveze. Navedena se iznimka u području prava trgovačkih društava posebno

---

vladajućeg društva te konceptu kontrole u porezno-pravnom odnosu sadržane su u čl. 40.a – 40.c OPZ/12.

Za pregled zakonskog uređenja instituta poreznog jamstva u razdoblju koje prethodi predmetnoj zakonskoj intervenciji vidi: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*, str. 642-645.

14 Vidi: Vlada RH (2012), *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona*, str. 15-16.

15 Vidi posebno čl. 10., st. 3. i 4. aktualnog Zakona o trgovačkim društvima, NN br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15; dalje: ZTD).

16 Vidi npr.: Cortese, B., *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, u: Cortese, B. (ur.), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, 2014., str. 73-93.; Tan, C., Wang, J., Hofmann, C., *Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives*, Barker Centre for Law & Business Working Paper 18/04, 2018.; dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3254130> (3. siječnja 2019.); Emberland, M., *The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63., 2003., str. 945-969.

oprezno primjenjuje i strogo tumači pa su rijetki slučajevi gdje sudovi dopuštaju takva utvrđenja.<sup>17</sup> Stoga i u prilikama preuzimanja istog instituta u područje poreznog prava, navedeni oprez i suzdržanost, posebno sudova, imaju biti veći i posebno prisutni.

Pravni okvir poreznog proboja može se podijeliti na materijalno-pravni i procesnopravni segment. Relevantne materijalno-pravne odredbe, koje predstavljaju temelj porezno-pravne odgovornosti posebno navedenih osoba u slučajevima poreznog proboja, nalazimo u čl. 29., 30. i 31., te čl. 46., 47. i 49. OPZ-a/16.<sup>18</sup>

Prvo, odgovornost osoba koje vode poslove društva, i s njima povezanih osoba, uređena je u članku 29. OPZ-a/16.<sup>19</sup> Tako članovi uprave i izvršni direktori društva kapitala odgovaraju kao porezni jamci ako pri vođenju poslova društva zlorabljavaju svoje ovlasti što ima za posljedicu nemogućnost ispunjenja obveza iz porezno-dužničkog odnosa i oštećenje poreznog tijela.<sup>20</sup> Nadalje se metodom primjerenog normiranja u zakonu navodi i koje se radnje navedenih osoba osobito mogu smatrati uzrokom nemogućnosti naplate poreznog duga. To su: (i) preusmjerenje novčanih tokova na druge pravne ili fizičke osobe radi izbjegavanja plaćanja poreznih obveza; (ii) korištenje društva radi postizanja zabranjenih ciljeva, koje inače sami ne bi mogli postići i (iii) umanjene ili otuđenje imovine društva.<sup>21</sup>

Drugo, temelj odgovornosti članova trgovačkog društva za porezni dug trgovačkog društva nalazimo u članku 30. OPZ-a/16.<sup>22</sup> Tako je propisano da članovi trgovačkih društava koji načelno ne odgovaraju za obveze društva (npr. komplementari komanditnog društva ili dioničari dioničkog društva) mogu odgovarati za (porezne) obveze društva, pod pretpostavkom zlorabe.<sup>23</sup> Posebno se navodi da se smatra kako je pretpostavka odgovornosti člana društva ispunjena osobito ako član: (i) koristi društvo za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen; (ii) koristi društvo da bi oštetio vjerovnike; (iii) protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina; (iv) u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanjuje imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.<sup>24</sup>

Dodatno, u članku 31. OPZ-a/16 propisano je da se smatra da su ispunjene pretpostavke odgovornosti obje gore navedene skupine osoba (i članova društva i osoba koje vode poslove društva) ako oni: (i) prividno ili besplatno prenesu imovinu na trgovačko društvo, koje su osnovali sami ili s drugim osobama ili na drugi način cijelu ili dio imovine prividno prodaju, opterete bez odgovarajuće protučinidbe ili ju besplatno ustupe povezanim osobama, oštete ju, unište ili učine neupotrebljivom; (ii) zaključite prividni pravni posao ili priznaju nepostojeću tražbinu povezanim osobama

17 Demeyere, S., *Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law*, *European Review of Private Law*, vol. 23, 3/2015., str. 385-413; Matheson, J., *The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context*, 87 *North Carolina Law Review*, vol. 87., 4/2009., str. 1091-1155.

18 U nastavku se teksta, posebno radi lakšeg praćenja kritičke analize sudske prakse, u bilješkama izričito navodi numeracija istih odredbi u ranijoj verziji zakona (OPZ/12).

19 Isto: čl. 26.a OPZ-a/12.

20 Čl. 29., st. 1. OPZ-a/16.

21 Čl. 29., st. 2. OPZ-a/16.

22 Isto: čl. 26.b OPZ-a/12.

23 Čl. 30., st. 3. OPZ-a/16.

24 Čl. 30., st. 4. OPZ-a/16.

iz točke; (iii) u suprotnosti s urednim i savjesnim gospodarenjem umanje imovinu ili prikriju imovinsko stanje, ne podnesu zakonom propisana godišnja izvješća ili unutar zakonskih rokova ne zatraže pokretanje stečajnog postupka.<sup>25</sup>

S obzirom da je, kako je prikazano *supra*, moguće uspostaviti i odgovornost osoba koje su na neki način povezane s članovima društva i/ili osobama koje vode poslove društva, valja imati u vidu da su pojmovi „povezanih osoba“, „povezanih društava“ i „kontrola“, također definirani posebnim odredbama OPZ-a/16.<sup>26</sup>

Osobe na koje se odnose navedene materijalno-pravne odredbe (čl. 29.-31. OPZ-a/16) odgovaraju kao porezni jamci za porezni dug trgovačkog društva tek ako se u posebnom dijelu poreznog postupka dokaže postojanje zakonskih pretpostavki njihove odgovornosti te donese porezno rješenje kojim se pozivaju na plaćanje poreznog duga. Kako je već naglašeno u ovom radu, taj se dio poreznog postupka označava kao postupak utvrđivanja zloporabe prava, a uređen je odredbama čl. 172.-177. OPZ-a/16.<sup>27</sup> Cilj je ovog posebnog postupka, koji porezno tijelo pokreće i provodi po službenoj dužnosti, provjera i utvrđivanje činjenica koje ukazuju na postupanje koje ima obilježje zloporabe prava, a koje za posljedicu ima nemogućnost podmirenja obveza iz porezno-dužničkog odnosa.<sup>28</sup> Isti postupak provodi se jedino u slučaju nemogućnosti naplate poreznog duga od poreznog obveznika primjenom svih mjera prisilne naplate.<sup>29</sup>

Uređujući dopustivost provedbe postupka utvrđivanja zloporabe propisano je da se postupak utvrđivanja zloporabe prava može obavljati kod svih poreznih obveznika i drugih osoba koje raspolažu činjenicama i dokazima bitnima za odlučivanje.<sup>30</sup> Dodatno, u čl. 174., st. 2. OPZ-a/16 propisano je: „(P)ostupak utvrđivanja zloporabe prava može se obavljati za razdoblje za koje nije nastupila zastara prava na utvrđivanje poreza i kamata te zastara prava na naplatu poreza.“<sup>31</sup> Ova odredba, koja unekoliko odstupa od rješenja iz ranijeg OPZ-a/12, zaslužuje posebnu pažnju, kako zbog utjecaja na argumentaciju razvijenu u sudskoj praksi (vidi *infra*, poglavlje 3.), tako i stoga što razotkriva zabrinjavajuće nesnalazjenje zakonopisca u predmetnoj materiji.<sup>32</sup> Naime, tumačenjem svih odredbi OPZ-a koje se odnose na porezni proboj proizlazi zaključak kako su i pravo poreznog tijela da utvrdi jamstvenu obvezu po osnovi zloporabe prava i pravo na naplatu poreznog duga po toj osnovi, akcesorna u odnosu na pravo na naplatu poreza od trgovačkog društva – glavnog dužnika.<sup>33</sup> Drugim riječima, prava koja ima porezno tijelo u postupku utvrđivanja zloporabe nastaju iz prava poreznog tijela na naplatu poreza od glavnog dužnika.<sup>34</sup> Tek ako

25 O povezanosti ovog pravila s odredbama Kaznenog zakona i Zakona o trgovačkim društvima vidi: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*, str. 647.

26 Vidi čl. 46.-49. OPZ-a/16. Isto: čl. 40.a – 41. OPZ-a/12.

27 Usporedi: čl. 158.a-158.f OPZ-a/12.

28 Vidi: čl. 172., st. 1. OPZ-a/16.

29 Vidi: čl. 172., st. 2. OPZ-a/16.

30 Čl. 174., st. 1. OPZ-a/16.

31 Usporedi: čl. 158.c OPZ-a/12.

32 Za opsežniju kritiku uređenja zastare u kontekstu poreznog probouja vidi: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*, str. 658-659.

33 Vidi i: *ibid.*, str. 659.

34 Detaljnije o porezno-pravnom i porezno-dužničkom odnosu, kao i pravu na naplatu poreznog

je u ostvarenju potonjeg porezno tijelo neuspješno, ono može pokrenuti postupak utvrđivanja zlouporabe te utvrditi odgovornost drugih osoba kao poreznih jamaca. Utoliko je ispravno zaključiti kako je dopustivost provođenja predmetnog postupka određena i ograničena zastarom<sup>35</sup> prava na naplatu od trgovačkog društva – glavnog dužnika. Nejasno je zašto se u čl. 174., st. 2. OPZ-a/16 spominje (i) zastara prava na utvrđivanje poreza, što samo može doprinijeti daljnjim nedoumicama u praksi primjene instituta poreznog proboja. U tom smislu valja primijetiti da su i nedavne intervencije u zakonsko uređenje ovog instituta minorne i neučinkovite, s obzirom da nedostaci primijećeni u upravnoj i sudskoj praksi, nisu uklonjeni.

Konačno, zakonom su propisana i detaljnija pravila o tomu što može biti predmetom postupka utvrđivanja zlouporabe prava, obvezi dostave obavijesti o provođenju postupka, sastavljanju zapisnika o provedenim radnjama, pravu prigovora na zapisnik, te, konačno, o donošenju rješenja kojim se ovaj postupak završava ako porezno tijelo utvrdi kako su ostvarene zakonske pretpostavke odgovornosti.<sup>36</sup> Ove se postupovne odredbe u bitnome, *mutatis mutandis*, podudaraju sa normativnim uređenjem poreznog nadzora.<sup>37</sup>

### 3. UPRAVNOSUDSKA PRAKSA

Porezna su tijela s primjenom novih pravila o poreznom proboju te provedbom postupaka utvrđivanja zlouporaba započela neposredno po donošenju ZIDOPZ-a/12 (srpanj 2012. godine). Važno je naglasiti da su u tim postupcima radnje okvalificirane kao zlouporaba te temeljem kojih je utvrđena odgovornost poreznih jamaca bile, *ratione temporis*, smještene u vrijeme prije donošenja ZIDOPZ-a/12. Stoga su gotovo sva prvostupanjska rješenja poreznih tijela donesena u tim postupcima bila predmetom pobijanja pred nadležnim drugostupanjskim upravnim tijelom (Ministarstvo financija – Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak). Nadalje, zakonitost prvostupanjskih i drugostupanjskih odbijajućih rješenja bila je predmetom ocjene u nizu upravnih sporova, dakle u postupcima pred upravnim sudovima prvog stupnja, kao i pred Visokim upravnim sudom (dalje: VUS) kao sudom drugog stupnja.

Pritom su porezni jamci najčešće, pored ostalih prigovora, kao razlog nezakonitosti poreznih rješenja isticali retroaktivnu primjenu propisa, s obzirom da je njihova odgovornost za porezne dugove utvrđena po osnovi radnji poduzetih prije donošenja ZIDOPZ-a/12. Štoviše, navedeni prigovor bio je u osnovi gotovo svih usvajanja tužbi od strane prvostupanjskih upravnih sudova te poništenja pobijanih poreznih rješenja. Dakle, početnu praksu prvostupanjskih upravnih sudova obilježava gotovo jedinstveno potvrđeno stajalište o nezakonitosti takve retroaktivne primjene poreznih propisa. Upravni sud u Osijeku, odlučujući povodom tužbe V.L.-a, koji je u postupku pred poreznim tijelima, kao osnivač i direktor društva A.C.L. d.o.o.,

---

duga kao temeljnom pravu poreznog tijela u okviru ovih pravnih odnosa vidi: *ibid.*, str. 639-640, kao i izvore citirane u bilješkama uz glavni tekst.

35 I drugim, zakonom predviđenim, načinima prestanka porezno-dužničkog odnosa.

36 Vidi: čl. 175.-177. OPZ-a/16. Usporedi: čl. 158.d – 158.f OPZ-a/12.

37 Vidi detaljnije: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*, str. 653-654.

proglašen odgovornim za nenaplaćeni porezni dug društva, na sljedeći način obrazlaže svoj zaključak o nedopuštenoj retroaktivnosti:

*„Naime, u vrijeme nastanka činjenica na kojima se temelji oporezivanje, a konkretno na kojima se temelji utvrđena zlouporaba prava i temeljem iste i dug poreznog jamca, nisu bile na snazi odredbe članka 26a. i 26b. OPZ na koje se prvostupanjsko tijelo pozvalo već je postojala samo mogućnost terećenja zakonskog zastupnika fizičkih i pravnih osoba (članak 26.) i to jedino u slučaju da je pravomoćnom sudskom presudom utvrđeno počinjenje kaznenog djela utaje poreza na koju odredbu se poziva drugostupanjsko tijelo. Obzirom da je u ovom predmetu kao porezni jamac utvrđen zakonski zastupnik, a da ne postoji presuda za kazneno djelo zakonskog zastupnika, odredba članka 26. OPZ na koju se tuženik poziva konkretno nije primjenjiva u ovom slučaju. Budući da OPZ nije propisano povratno djelovanje tih pravnih normi već je upravo suprotno, a radi pravne sigurnosti poreznih obveznika člankom 5. OPZ predviđena primjena propisa koji su bili na snazi u vrijeme nastanka činjenica na kojima se temelji oporezivanje, sud smatra da je pravo svakog pravnog subjekta da u trenutku donošenja poslovnih odluka bude upoznat tko i za koje radnje može odgovarati za dug kao porezni jamac te kojim će poreznim zahvatima porezno tijelo koristiti pri utvrđivanju istih (...) Slijedom iznesenog, Sud zaključuje da tužitelj nije porezni jamac za porezni dug poreznog obveznika A.C.L. d.o.o. jer u vrijeme poduzimanja predmetne poslovne odluka o otuđenju imovine predmetnog trgovačkog društva bez novčane protučinidbe i nepolaganja novčanih sredstava na račun istog društva koji je bio u blokadi, a na kojim činjenicama se temelji oporezivanje, nisu na snazi bile odredbe članka 26a. i 26b. OPZ te stoga ne može na temelju istih biti odgovoran za porezni dug navedene pravne osobe.”<sup>38</sup>*

U drugom je predmetu isti prvostupanjski sud također uvažio tužbu i poništio prvostupanjsko i drugostupanjsko rješenje o poreznom jamstvu nakon što je utvrdio:

*„(...) da tužitelj nije porezni jamac za porezni dug poreznog obveznika B.-i. d.o.o. jer u vrijeme prijenosa imovine i radnika sa jednog na drugo trgovačko društvo 2010. godine, a na kojim činjenicama se temelji oporezivanje, nisu na snazi bile odredbe članka 26a) Općeg poreznog zakona, niti je tužitelj bio povezana osoba sa poreznim dužnikom prema članku 41. stavku 1. točki 2. istog Zakona, te stoga ne može na temelju istih biti odgovoran za porezni dug druge pravne osobe“. „da se utvrđeni dug poreznog jamca temelji na činjenicama koje nisu sporne, a okarakterizirane su kao „zlouporaba“, a koje radnje nemaju podlogu u pravnoj normi koja je u to vrijeme bila na snazi, pa je u provedenom postupku pogrešno primijenjeno materijalno pravo i stoga Sud osporavana rješenja ocjenjuje nezakonitim“.<sup>39</sup>*

Drugim riječima, prvostupanjski su sudovi u prvotnoj praksi zauzeli jasan stav kako nema mjesta primjeni pravila o poreznom proboju u slučajevima u kojima su

38 2 UsI-789/13-8 od 17. prosinca 2013., citirano u predmetu U-III/3045/2014, od 5. veljače 2015., para. 6. Usporedi i gotovo identične argumente prvostupanjskih upravnih sudova iznesene u predmetima UsI-1733/13-10 od 4. ožujka 2014., citirano u predmetu U-III/6657/2014, od 19. listopada 2016., para. 6.; UsI-635/13-6 od 29. studenoga 2013., citirano u predmetu U-III/2350/2014 od 20. travnja 2017., para. 2.2.

39 4UsI-361/13-6 od 2. listopada 2013., citirano u predmetu Usž-644/2013-3 od 15. svibnja 2014.

sporne radnje s obilježjima zloporabe, kao činjenice relevantne za oporezivanje, poduzimane prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12. Pritom je u prilog ovom pravnom shvaćanju posebice istaknut i čl. 5. OPZ-a/12, kojim je uređeno: “(U) postupku oporezivanja primjenjuju se propisi koji su bili na snazi u vrijeme nastanka činjenica na kojima se temelji oporezivanje.”<sup>40</sup>

### 3.1. Povratno djelovanje poreznih propisa i čl. 5. Općeg poreznog zakona

Čl. 5. OPZ-a na ovom mjestu zaslužuje dodatnu analizu, jer predstavlja temelj ocjene o (ne)ispravnosti pravnih stajališta VUS-a i Ustavnog suda RH (vidi *infra*). Citirana je norma zapravo odraz koncepta vladavine prava (engl. *rule of law*), kao jedne od temeljnih vrednota hrvatskog ustavno-pravnog poretka.<sup>41</sup> Vladavina prava inherentno uključuje i imperativ pravne sigurnosti, što je potvrđeno i u domaćoj ustavnosudskoj praksi.<sup>42</sup> Nadalje, realizacija načela pravne sigurnosti podrazumijeva i zabranu retroaktivne (povratne) primjene propisa, što je izričito propisano čl. 90., st. 4. Ustava RH: “Zakoni i drugi propisi državnih tijela i tijela koja imaju javne ovlasti ne mogu imati povratno djelovanje.” Ustavom je predviđena i iznimka od ovog općeg pravila: “Iz posebno opravdanih razloga samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje” (čl. 90., st. 5.). Primjena navedene iznimke dodatno je pojašnjena Poslovníkom Hrvatskog sabora,<sup>43</sup> koji, *inter alia*, uređuje materiju zakonodavnog postupka u RH. Posebno upućujemo na čl. 176. Poslovníka, koji propisuje: “(K)ad se prijedlogom zakona određuje da pojedine njegove odredbe imaju povratno djelovanje, predlagatelj zakona dužan je obrazložiti posebno opravdane razloge koji to nalažu.”<sup>44</sup>

Značaj čl. 5. OPZ-a valja razmatrati u svjetlu opisanog općeg normativnog pristupa povratnom djelovanju pravnih normi u RH. Citiranom se normom zapravo jamči da porezni obveznici mogu pouzdano procijeniti kakve su njihove obveze (i prava) iz porezno-pravnog odnosa u trenutku nastanka činjenica na kojima se temelji oporezivanje. To primjerice može biti trenutak ostvarenja oporezivog primitka, trenutak kupoprodaje nekretnine, trenutak nasljeđivanja određene imovine i sl. Indikativno je da je zakonodavac citiranu normu smjestio u glavu II. OPZ-a, u kojoj su sadržana načela oporezivanja, tj. polazna pravila na kojima počiva hrvatski porezno-pravni okvir. U tom je smislu prepoznato u teoriji općeprihvaćeno mišljenje kako je zabrana povratnog djelovanja propisa u području oporezivanja važnija nego u većini drugih pravnih područja.<sup>45</sup> To prvenstveno stoga što svaki porez inherentno predstavlja

40 Odredba je u istom izričaju i s istom numeracijom zadržana u važećoj verziji OPZ-a/16.

41 Čl. 3. Ustava Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

42 Vidi npr. odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III-4374/2011. od 15. listopada 2014., para. 5.1. Usporedi i analizu *infra*, u poglavlju 4.1.

43 Poslovník Hrvatskog sabora, NN br. 81/2013, 113/2016, 69/2017, 29/2018.

44 Zanimljivo je istaknuti kako u nekim predmetima prvostupanjski upravni sudovi nisu propustili istaknuti i citiranu odredbu Poslovníka Sabora RH u prilog svom stajalištu o nedopuštenoj retroaktivnoj primjeni relevantnih odredbi. Vidi npr. presuda Upravnog suda u Osijeku, br. Usl-634/13-6 od 29. studenoga 2013., citirana u predmetu U-III/4576/2014, od 14. srpnja 2016., para. 2.1.

45 O teorijskim aspektima zabrane povratnog djelovanja u poreznom pravu vidi detaljno: Pauwels,



zahvat u imovinu fizičkih i pravnih osoba, primarno poreznih obveznika.<sup>46</sup> Opća zabrana povratne primjene propisa, propisana Ustavom RH, u području oporezivanja tako je dodatno "pojačana", i to u pravcu jačanja pravne sigurnosti poreznih obveznika i drugih sudionika porezno-pravnog odnosa.<sup>47</sup> Može se govoriti kako je porezno pravo time unekoliko usporedivo s kaznenim pravom, gdje je naglasak na davanju posebne zakonske zaštite od povratne primjene onih zakonskih odredbi koje su za počinitelje kaznenih djela strože.<sup>48</sup>

Navedeni značaj zabrane povratnog djelovanja poreznih propisa prepoznat je i u praksi USRH-a. Tako je Ustavni sud u predmetu ocjene ustavnosti intervencija zakonodavca u područje oporezivanja dohotka od kapitala potvrdio kako je „(...) pravo svakog pravnog subjekta da u trenutku donošenja poslovnih odluka zna kojim će se poreznim zahvatima javna vlast umiješati u njegov ostvareni dohodak, odnosno koja je i kakva mu je zakonom utvrđena porezna obveza“.<sup>49</sup> U kasnijoj je praksi USRH-a također navedeno: „Uz porezne obveze u pravilu se vezuje načelo zabrane povratnog (retroaktivnog) djelovanja zakonskih i drugih propisa, budući da porezne obveze u pravilu ne mogu djelovati retroaktivno (...)“.<sup>50</sup>

### 3.2. Judikatura Visokog upravnog suda

Stajališta iznesena u prvotnoj praksi prvostupanjskih upravnih sudova, napose u pogledu zabrane retroaktivnosti kao razloga za poništenje rješenja s utvrđenjima jamstvenih obveza, nije prihvatio Visoki upravni sud, odlučujući povodom podnesenih žalbi upravnih tijela. Štoviše, VUS je zauzeo suprotno stajalište o *supra* naznačenom pitanju povratne primjene ZIDOPZ-a/12. Posljedično je u svim predmetima o kojima je odlučivao u drugom stupnju poništio presude prvostupanjskih upravnih sudova i održao na snazi sva rješenja o utvrđenim jamstvenim obvezama po osnovi zlouporabe

- 
- M., *Retroactive and retrospective tax legislation: a principle-based approach; a theory of 'priority principles of transitional law' and 'the method of the catalogue of circumstances'*, u: Gribnau, H., Pauwels, M. (ur.), *Retroactivity of tax legislation*, EATLP, 2010., str. 95-116. Za pregled komparativnih iskustava s ovom zabranom na području oporezivanja vidi npr.: Vanistendael, F., *Legal Framework for Taxation*, u: Thurony, V. (ur.), *Tax law design and drafting (vol. 1.)*, International Monetary Fund, Washington, 1998., str. 24-27. U jednom recentnom usporednom istraživanju temeljnih standarda zaštite prava poreznih obveznika upravo je zaštita od povratnog djelovanja poreznog propisa identificirana kao jedan od „minimalnih standarda zaštite“ koji mora biti ugrađen u ustavni i/ili zakondavni okvir. Vidi: Baker, P., Pistone, P., *General Report*, u: International Fiscal Association, *Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 100b – The practical protection of taxpayers' fundamental rights*, The Hague, Sdu Uitgevers, 2015., str. 66-68.
- 46 Vidi u tom smislu i presudu Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 20. travnja 2008., zahtjev br. 13378/05, para 59.
- 47 Usporedi: Arbutina, H., *Porezni postupak*, u: Šimović, J., i dr., *Hrvatski fiskalni sustav*, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 225.
- 48 Vidi: čl. 3., st. 1. Kaznenog zakona, NN br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018. Za komentar načela zabrane povratnog djelovanja kaznenog zakona vidi: Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 58-68.
- 49 U-I/4763/2012 od 18. rujna 2013., objavljeno u NN br. 120/2013, para. 9.
- 50 U-I-5294/2013 i dr. od 18. lipnja 2014., para. 10.1.

prava.<sup>51</sup>

Kao ogledni primjer pravnih shvaćanja žalbenog suda može poslužiti sljedeći izvadak iz obrazloženja jedne presude:

„(...), u vrijeme dok je porezni obveznik G.d.o.o. iz B. imao utvrđen dospjeli a nepodmiren porezni dug radi čega su donesena i rješenja o prisilnoj naplati tužitelj je kao osnivač i vlasnik poreznog obveznika otuđio nekretnine u vlasništvu poreznog obveznika i to trgovačkom društvu čiji je jedini vlasnik i osnivač tužiteljeva kćerka, koje činjenice nisu sporne, odnosno, njih niti sam tužitelj ne osporava u svojoj tužbi. Međutim, tužitelj smatra da niti kraj tako nesporno utvrđenog činjeničnog stanja porezna uprava nije njega-osnivača – direktora mogla zadužiti za plaćanje poreza kao jamca budući da je porezni dug nastao prije donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (Narodne novine, broj 78/12.) pa da bi se primjena navedenih izmjena i dopuna Zakona smatrala retroaktivnom primjenom zakona.

Tuženo je tijelo odbilo tužiteljevu žalbu uz obrazloženje da nema retroaktivne primjene članka 26.a – 26.d Općeg poreznog zakona, jer da dopustivost provedbe postupka proizlazi iz odredbe članka 158.c Općeg poreznog zakona te da odgovornost poreznog jamca proizlazi i iz odredbe članka 10. stavka 3. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, broj 111/93. i 152/11.).

Upravni sud je, međutim, uvažio tužbu i poništio i prvostupanjsko i drugostupanjsko rješenje te je zaključio „da tužitelj nije porezni jamac za porezni dug poreznog obveznika G. d.o.o., jer u vrijeme prodaje nekretnine i prijenosa ugovora o radu za zaposlenike 2010. godine, a na kojoj činjenici se temelji oporezivanje, nisu na snazi bile odredbe članka 26.a i 26.d Općeg poreznog zakona, te stoga tužitelj ne može na temelju istih biti odgovoran za dug pravne osobe“. Nadalje, „obzirom da se utvrđeni dug poreznog jamca temelji na činjenicama prijenosa imovine i zaposlenika koje je porezno tijelo okarakteriziralo kao „zlouporabu“, a koja nije utvrđena u sudskom postupku, sud zaključuje da navedene radnje tužitelja nemaju karakter zlouporabe prema pravnim normama koje su u to vrijeme bile na snazi, te da je u provedenom postupku pogrešno primijenjeno materijalno pravo i stoga sud osporavana rješenja ocjenjuje nezakonitim”.

Ovakvo stajalište ovaj žalbeni sud ne prihvaća.

Naime, u tumačenju dopustivosti primjene članka 26.a – 26.d Općeg poreznog zakona (Narodne novine, broj 147/08., 18/11., 78/12., 136/12. i 73/13.) Upravni sud je zanemario postojanje posebnih odredbi o postupku utvrđivanja zlouporabe prava (Glava VIa).

Prema članku 158.a stavka 1. Općeg poreznog zakona (dalje: OPZ) postupak zlouporabe prava iz porezno-dužničkog odnosa je dio poreznog postupka koji porezno tijelo po službenoj dužnosti pokreće i provodi nad osobama koje u skladu sa člankom 26.d ovog Zakona odgovaraju kao porezni jamci radi provjere utvrđivanja činjenica

51 Analiza u ovom poglavlju rada polazi prvenstveno od sljedećih javno objavljenih odluka VUS-a: Usz-792/2013-3 od 20. veljače 2014.; Usz-24/2014-6 od 8. svibnja 2014.; Usz-26/2014-8 od 8. svibnja 2014.; Usz-95/2014-4 od 8. svibnja 2014.; Usz-644/2013-3 od 15. svibnja 2014.; Usz-145/2014 od 20. studenog 2014.

Dodatno je moguće konzultirati one presude VUS-a protiv kojih su podnesene ustavne tužbe u predmetima obrađenim *infra*, u poglavlju 4.

koje ukazuju na postupanje koje ima obilježje zlouporabe prava, a koje za posljedicu ima nemogućnost podmirenja obveza iz porezno-dužničkog odnosa.

Prema stavku 2. istoga članka navedenog Zakona postupak zlouporabe prava iz porezno-dužničkog odnosa osoba koje u skladu sa člankom 26.d ovog Zakona odgovaraju kao porezni jamci provodi se jedino u slučaju nemogućnosti naplate poreznog duga od poreznog obveznika primjenom svih mjera prisilne naplate.

Dopustivost utvrđivanja prava propisana je člankom 158.c OPZ koji predstavlja pravni temelj za primjenu odredbi članka 26.a – 26.d toga Zakona. Naime, prema stavku 2. članka 158.c Zakona postupak utvrđivanja zlouporabe prava može se obavljati za razdoblje za koje nije nastupila zastara prava na utvrđivanje zlouporabe prava.

Nadalje, dopustivost provođenja postupka utvrđivanja zlouporabe prava proizlazi i iz članka 10. stavka 3. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, broj 152/11. – pročišćeni tekst, 111/12. i 68/13.), (...)

U konkretnom slučaju porezno je tijelo 6. rujna 2012. godine pokrenulo postupak utvrđivanja zlouporabe prava, jer je na taj dan porezni obveznik G. d.o.o. imao nepodmiren porezni dug u ukupnom iznosu od x kn koji se u postupku prisilne naplate 2010. i 2012. godine nije mogao naplatiti radi čega su se stekli uvjeti propisani Glavom VI a OPZ-a.

Nadalje, u postupku utvrđivanja zlouporabe prava utvrđivana je eventualna zlouporaba od 2010. godine, pa do dana pokretanja postupka zlouporabe prava (2012.god.) iz čega je evidentno da se radi o razdoblju za koje nije nastupila zastara u smislu članka 94. Općeg poreznog zakona.

Imajući u vidu da je tužitelj kao vlasnik i osnivač poreznog obveznika, nakon što je utvrđena porezna obveza i nakon što je doneseno rješenje o prisilnoj naplati porezne obveze raspolagao imovinom poreznog obveznika na način da je istu otuđio odnosno prenio kupoprodajnim ugovorima na trgovačko društvo u vlasništvu s njim povezane osobe (krvno srodstvo u pravoj liniji) to je nesporno da je tužitelj onemogućio porezno tijelo u naplati poreza što je nesporno utvrđeno u postupku.

Prema ocjeni ovog žalbenog suda u ovoj se upravnoj stvari radi o probouju pravne osobnosti u smislu odredbi članka 10. stavka 3. Zakona o trgovačkim društvima u vezi sa člankom 158.a do 158.f Općeg poreznog zakona, odnosno o provođenju postupka utvrđivanja zlouporabe prava u porezno-dužničkom odnosu.

Naime, radi se o postupku koji porezno tijelo po službenoj dužnosti pokreće i provodi nad osobama koje u skladu sa Zakonom odgovaraju kao porezni jamci radi provjere i utvrđivanja činjenica koje ukazuju na postupanje koje ima obilježje i zlouporabe prava, a koje za posljedicu ima nemogućnost podmirenja obveza iz porezno-dužničkog odnosa.

Te osobe su članovi uprave i izvršni direktori društva, dakle osobe koje vode poslovanje društva.

Povezanom interpretacijom članka 10. stavka 3. ZTD i članka 158.a do 158.f OPZ-a, zaključuje se da je došlo do probouja pravne osobnosti odnosno odgovornosti člana društva jer su se stekle sve propisane pretpostavke.

Naime, tužitelj je nakon što je doneseno rješenje o utvrđivanju poreznog duga

raspolagao imovinom poreznog obveznika – društva u svom vlasništvu, na način da je tu imovinu prenio na s njim povezano društvo čime je onemogućio provođenje ovrhe odnosno namirenje vjerovnika što je utvrđeno u zakonom propisanom postupku utvrđivanja zlouporabe prava. (...)

Ustavom je zakonodavac ovlašten odrediti da pojedine odredbe zakona mogu imati i povratni učinak. Imajući u vidu navedeno, prema ocjeni ovog Suda, primjena članka 26.a – 26.d vezano uz ovlaštenje iz članka 158.c stavka 2. Općeg poreznog zakona nije u nesuglasju s citiranim Ustavnim odredbama.”<sup>52</sup>

U drugom predmetu Visoki upravni sud ponavlja navedeno stajalište te ga dodatno potkrjepljuje potrebom za tumačenjem relevantnih porezno-pravnih normi pomoću teleološke metode:

„(...) Polazeći od cilja i svrhe Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, a to je povećanje razine odgovornosti osoba koje su stvarno i pravno odgovorne za vođenje poslova društva, zaustavljanje zloporabe prava raspolaganja imovinom društva te jačanje financijske discipline i osiguranja pravovremene i ravnomjerne naplate javnih prihoda radi financiranja javnih potreba, Sud nalazi da prvostupanjski upravni sud nije utvrdio pravilno i u potpunosti sve činjenice, te da nije iz utvrđenih činjenica izveo pravilan zaključak, radi čega nije niti pravilno primijenio materijalno pravo. Imajući u vidu da se porezni sustav temelji na načelima jednakosti i ravnopravnosti (članak 51. Ustava), da je zabranjena svaka zlouporaba prava, blagonaklon stav prema osobama koje ne izvršavaju svoje Ustavom i pravom propisane obveze nije prihvatljiv i ne pridonosi načelu pravne sigurnosti i vladavine prava. Prema odredbi članka 90. stavka 4. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 56/90. - 85/10.) zakoni i drugi propisi državnih tijela i tijela koja imaju javne ovlasti ne mogu imati povratno djelovanje. Stavkom 5. istog članka Ustava propisano je da iz posebno opravdanih razloga samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje. Dakle, iz citiranih Ustavni odredbi proizlazi da određivanje retroaktivne primjene zakona u cjelini ne bi bilo suglasno s Ustavom. Međutim, Ustavom je zakonodavac ovlašten odrediti da pojedine odredbe zakona mogu imati povratni učinak. Imajući u vidu navedeno, prema ocjeni ovoga Suda, primjena članka 26a) do 26d), vezano uz ovlaštenje iz članka 158c) stavka 2. Općeg poreznog zakona nije u nesuglasju s citiranim Ustavnim odredbama, što je trebalo imati u vidu prilikom odlučivanja u ovoj stvari.”<sup>53</sup>

### **3.3. Analiza zaključaka VUS-a o retroaktivnosti**

Radi bolje preglednosti i razumljivosti daljnje analize, argumentaciju VUS-a u pogledu tematiziranog problema retroaktivne primjene odredbi ZIDOPZ-a/12 korisno je raščlaniti na nekoliko elemenata, odnosno teza.

#### **3.3.1. Teza o dopustivosti provođenja postupka utvrđivanja zlouporaba**

Prva se teza, dosljedno isticana u svim presudama VUS-a, svodi na ocjenu kako

52 Usž-792/2013-3 od 20. veljače 2014.

53 Usž-644/2013-3 od 15. svibnja 2014.

su prvostupanjski upravni sudovi pri davanju zaključka o nedopuštenoj retroaktivnosti zanemarili posebne odredbe o postupku utvrđivanja zlouporabe, sadržane u čl. 158.a – 158.f OPZ-a/12.<sup>54</sup> Najvažnije, drugostupanjski upravni sud ističe: „*Dopustivost utvrđivanja prava propisana je člankom 158.c OPZ-a koji predstavlja pravni temelj za primjenu odredbi članka 26.a - 26.d toga Zakona. Naime, prema stavku 2. članka 158.c OPZ-a postupak utvrđivanja zlouporabe prava može se obavljati za razdoblje za koje nije nastupila zastara prava na utvrđivanje zlouporabe prava.*“<sup>55</sup> Citirani element obrazloženja je nejasante neutemeljen na relevantnim zakonskim pravilima. Iako VUS ispravno primjećuje kako je čl. 158.c OPZ-a/12 uređena dopustivost provođenja postupka utvrđivanja zlouporaba, što je povezano s uređenjem zastare prava poreznog tijela iz porezno-dužničkog odnosa, isto nema, niti može imati, ikakav utjecaj na sporno pitanje vremenskog važenja zakonskih odredbi o poreznom proboju, posebno čl. 26.a - 26.d OPZ-a/12. Osobito iznenađuje utvrđenje suda kako čl. 158.c OPZ-a/12 predstavlja pravni temelj za primjenu materijalno-pravnih odredbi sadržanih u prethodnim zakonskim člancima. Podsjetimo da upravo odredbe čl. 26.a – 26.d OPZ-a/12 predstavljaju pravni temelj za protezanje odgovornosti za nenaplaćeni porezni dug u odnosu na članove društva, osobe koje vode poslove društva i dr. posebno navedene osobe.<sup>56</sup>

S druge strane, odredba čl. 158.c, st. 2. OPZ-a/12 ima isključivo procesni značaj, postavljajući granice postupanja poreznih tijela u slučajevima iz čl. 26.a – 26.d OPZ-a/12 s obzirom na mogući nastup porezne zastare. Utoliko davanje ocjene o primjeni pravila iz čl. 26.a – 26. d OPZ-a/12 *ratione temporis* uopće ne zavisi o sadržaju čl. 158.c OPZ-a/12. Pritom se čini da VUS bezrazložno miješa pitanje zastare prava na naplatu poreznih dugova u okviru jednog posebnog dijela poreznog postupka uvedenog ZIDOPZ-om/12 s pravno odvojenim pitanjem mogućnosti da se relevantna pravila o poreznom proboju – i materijalno-pravna (čl. 26.a – 26.d OPZ-a/12) i procesnopravna (čl. 158.a – 158.f OPZ-a/12) – primijene na društvene odnose i činjenice nastale prije njegova stupanja na snagu. Za procjenu spomenutog pitanja mjerodavna su isključivo načela i pravila izložena *supra* (poglavlje 3.1.), posebno čl. 5. OPZ-a/12.

### 3.3.2. Teza o kontinuitetu odgovornosti

Druga se teza VUS-a u promatranim predmetima može označiti „tezom o kontinuitetu odgovornosti“. Naime, u praksi drugostupanjskog upravnog suda ustrajno se navodi: „*Nadalje, dopustivost provođenja postupka utvrđivanja zlouporabe prava proizlazi i iz članka 10. stavka 3. Zakona o trgovačkim društvima (...) prema kojemu onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za obveze društva ne može se pozvati na to da po Zakonu ne odgovara za te obveze.*“<sup>57</sup> Žalbeni se sud, osim pozivanja na opće pravilo ZTD-a o proboju pravne osobnosti

54 Vidi npr. Usž-24/2014-6 od 8. svibnja 2014. Kako je već prikazano *supra*, u poglavlju 2., radi se o odredbama čl. 172.-177. trenutno važećeg OPZ-a/16.

55 Usž-24/2014-6 od 8. svibnja 2014.

56 Za kratki prikaz ovih odredbi vidi *supra*, poglavlje 2.

57 Usž-24/2014-6 od 8. svibnja 2014.

suzdržava od daljnje razrade ovog argumenta, što donekle otežava i njegovu analizu. Međutim, VUS očito dijeli stajalište o postojanju svojevrsnog “kontinuiteta” odgovornosti članova trgovačkog društva za porezne dugove društva – glavnog dužnika u razdoblju prije i nakon trenutka stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12. Drugim riječima, žalbeni sud smatra da se u materijalno-pravnom smislu stupanjem na snagu ZIDOPZ-a/12 položaj članova i direktora trgovačkih društava uopće nije promijenio jer njegovim odredbama nije uvedena nikakva nova obveza u odnosu na već postojeća pravila propisana ZTD-om. Može se zaključiti da VUS smatra kako se uopće ne radi o retroaktivnoj primjeni ZIDOPZ-a, s obzirom na navodnu sadržajnu podudarnost njegovih pravila s relevantnim pravilima ZTD-a. Kako se pojašnjava u nastavku, ovakvo je pravno shvaćanje VUS-a teško prihvatiti, napose imajući u vidu osnovne normativnog uređenja porezno-pravnog i porezno-dužničkog odnosa u RH.

Pritom se početno valja osvrnuti na odnos između odredbi ZTD-a i OPZ-a. S jedne strane, ZTD je sistemski, temeljni propis koji uređuje, *inter alia*, pravne odnose trgovačkih društava, uključujući i prava i obveze članova društva, poslovodnih osoba i vjerovnika društva.<sup>58</sup> S druge strane, OPZ predstavlja sistemski propis u oblasti poreznog prava, u kojoj se trgovačka društva pojavljuju primarno u ulozi obveznika određenih poreznih oblika (npr. porez na dobit, porez na dodanu vrijednost i dr.). U tom smislu OPZ jest *lex specialis* u odnosu na ZTD, jer regulira odnose između trgovačkog društva i države kao jednog od njegovih potencijalnih vjerovnika, u pogledu utvrđivanja i naplate poreza i drugih javnih davanja.<sup>59</sup> U svjetlu navedenog, pravilo iz čl. 10, st. 3. ZTD-a može se primijeniti i u odnosu na porezne obveze trgovačkog društva pod uvjetom da odgovornost za iste obveze nije uređena drukčije u OPZ-u. Ovdje treba imati u vidu način na koji OPZ definira porezno-pravni i porezno-dužnički odnos, kao i njegove sudionike.<sup>60</sup> Za potrebe ove analize ključno je da je pravo na naplatu poreza temeljno pravo poreznog tijela, tj. države, u porezno-dužničkom odnosu.<sup>61</sup> Porezna tijela, sukladno odredbama OPZ-a, imaju pravo naplatiti porez samo od druge strane porezno-dužničkog odnosa – poreznog obveznika, ali i od poreznih jamaca, definiranih kao osoba koje jamče za plaćanje poreza temeljem samog OPZ-a.<sup>62</sup> Osobe koje jamče za tuđe porezne dugove definirane su *numerus clausus* pristupom, u posebnom odjeljku OPZ-a nazvanom „*Odredbe o odgovornosti*“.<sup>63</sup> Slijedom navedenog, može se izvesti zaključak da se čl. 10., st. 3. ZTD-a ne može primijeniti pri naplati poreznih dugova trgovačkog društva, jer u posebnom području poreznog prava prednost valja pridati odredbama OPZ-a, kao *lex specialisa*, o poreznom jamstvu. Drukčije

58 Općenito o značenju ZTD-a kao pravnog izvora hrvatskog prava društava, vidi: Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga prva, *Opći dio*, Zagreb, Organizator, 2008., str. 110.-131.

59 Valja nadodati kako pojedini porezni zakoni imaju *lex specialis* narav u odnosu na OPZ. Općenito o *lex specialis* pravilu i drugim pravilima za uklanjanje antinomija u pravnom sustavu vidi: Harašić, Ž., *Domesti sistematskog tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 46, 2/2009, str. 330-332.

60 Vidi posebno: čl. 13. i 20. OPZ-a/16. Isto i: čl. 12. i 19. OPZ-a/12.

61 Vidi: čl. 21., st. 1. OPZ-a/16.

62 Vidi: čl. 13., st. 2. OPZ-a/16.

63 Vidi: čl. 27-37. OPZ-a/16. Usporedi: čl. 25.-32. OPZ-a/12. Za analizu ovih pravila vidi: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*, str. 642-645.

rečeno, porezna tijela ne mogu temeljiti zahtjev za naplatu poreznog duga upućen članovima društva na čl. 10., st. 3. ZTD-a ako iste osobe nisu izrijeckom navedene kao (potencijalni) sudionici porezno-pravnog i porezno-dužničkog odnosa u OPZ-u ili kojem drugom poreznom propisu.<sup>64</sup> Na isto upućuje i čl. 1. OPZ-a/12, kojim je propisano da porezna tijela u obavljanju svojih ovlasti primjenjuju isključivo porezne propise.<sup>65</sup> Nadalje, činjenica da je zakonodavac donošenjem ZIDOPZ-a/12 „preuzeo“ normativni izričaj čl. 10. ZTD-a tako da je proširio krug OPZ-om definiranih poreznih jamaca potvrđuje valjanost ovakvog zaključka. U tom smislu širenje kruga osoba koje kao porezni jamci, po ispunjenju zakonskih pretpostavki iz OPZ-a, odgovaraju za tuđi porezni dug, u bitnome mijenja materijalnopravni položaj osoba u pitanju. Ukratko, prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12 članovi trgovačkog društva nikako nisu mogli biti odgovorni za porezne dugove društva niti je porezno tijelo imalo pravo od njih iste naplatiti.

To još više vrijedi u odnosu na druge osobe obuhvaćene odredbama čl. 26.a-26.d OPZ-a/12 – članove uprave/izvršne direktore društva kapitala te s njima povezane osobe. Naime, na njih se čl. 10. ZTD-a uopće ne odnosi te stoga u razdoblju prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12 iste osobe nikako nisu mogli predvidjeti da će ispunjenjem neke od radnji navedenih u čl. 10., st. 3. i 4. ZTD-a postati odgovorni za ikakve obveze trgovačkog društva, a ponajmanje da će postati zakonski porezni jamci. Zaključno, kvalifikacija članova/direktora društva, i drugih gore navedenih osoba, kao zakonskih poreznih jamaca može biti utemeljena isključivo na odredbama koje su stupile na snagu po donošenju ZIDOPZ-a/12 te nikako ne proizlazi iz prethodno važećih pravila ZTD-a. Stoga je i teza VUS-a o svojevrsnom kontinuitetu odgovornosti neodrživa.

Prethodno izneseni zaključak potkrjepljuje i postupovno-pravni okvir poreznog

64 U literaturi prava društava nailazimo i na suprotno mišljenje. Tako primjerice Slakoper ističe: „*Glede polja primjene odredbe čl. 10., st. 3. ZTD racione materiae potrebno je uočiti kako je korištena literatura usredotočena na privatno pravo, tj. privatnopravne obveze, dok su javnopravne obveze u drugom planu. Ponovno polazeći od teksta odredbe, uočava se kako njeno polje primjene ni u ovom smislu nije ograničeno, pa bi se moglo uzeti kako se ona može primijeniti ne samo na privatnopravne nego i na javnopravne (npr. porezne) obveze.*“ (Slakoper, Z., *Osobna odgovornost članova društava kapitala za obveze tih društava prema njihovim vjerovnicima (čl. 10., st. 3. ZTD)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999, vol. 20, 2/1999., str. 782). Važno je naglasiti da se citirani stav temelji isključivo na tekstualnom tumačenju čl. 10., st. 3. ZTD-a. Nasuprot tomu, autor se ne osvrće na odnos između ZTD-a i poreznih propisa, što je i donekle razumljivo s obzirom da u vrijeme pisanja citiranog rada u RH još nije bio donesen OPZ kao sistemski zakon za područje poreznog prava. Kako je istaknuto *supra* u tekstu, pravilo *lex specialis derogat legi generali* vodi suprotnom zaključku, tj. da se čl. 10., st. 3. ZTD-a ne može primijeniti na porezne obveze trgovačkog društva.

65 Prema čl. 1. OPZ-a/12: „*Ovaj Zakon uređuje odnos između poreznih obveznika i poreznih tijela koja primjenjuju propise o porezima i drugim javnim davanjima (naglasili autori), ako posebnim zakonima o pojedinim vrstama poreza i drugim javnim davanjima nije uređeno drugačije i predstavlja zajedničku osnovu poreznog sustava.*“ Isto i: čl. 1. OPZ-a/16. Usporedi također i čl. 2., st. 1. Zakona o poreznoj upravi (NN br. 115/16), kojim je određeno: „*Porezna uprava je jedinstvena i samostalna upravna organizacija u sastavu Ministarstva financija čija je temeljna zadaća primjena i nadzor primjene poreznih propisa (naglasili autori) i propisa o prikupljanju doprinosa.*“

proboja. Dok je za odlučivanje o proboju pravne osobnosti prema čl. 10., st. 3. ZTD-a stvarno nadležan trgovački sud, koji o uspostavi odgovornosti članova društva odlučuje prema pravilima parničnog postupka,<sup>66</sup> postupak naplate poreza i drugih javnih davanja specifični je upravni postupak za provođenje kojeg su nadležna porezna tijela.<sup>67</sup> Pravila prema kojima porezna tijela postupaju u naplati poreza i drugih javnih davanja sadržana su u OPZ-u, uz izričito propisanu podrednu primjenu propisa iz područja ovršnog prava.<sup>68</sup> Kad bi se čl. 10., st. 3. ZTD-a mogao izravno primijeniti i na porezne obveze trgovačkog društva, porezna tijela bi se našla u apsurdnoj situaciji u kojoj bi se prilikom utvrđivanja i/ili naplate poreza – tj. u poduzimanju radnji koje inherentno predstavljaju izvršavanje javnih ovlasti (*acta iure imperii*) – morala s posebnim zahtjevom obratiti sudu, koji bi o tomu odlučivao prema pravilima parničnog postupka.

Ovdje izraženi stav da u razdoblju prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12 mogućnost izravne primjene čl. 10. ZTD-a na porezne obveze nije postojala,<sup>69</sup> potvrđuje i pristup zakonodavca u normiranju instituta poreznog proboja. Naime, kako je već istaknuto supra (poglavlje 2.), ZIDOPZ/12 ne sadrži samo materijalne odredbe, već uređuje i postupovni okvir utvrđivanja odgovornosti temeljem poreznog proboja, tj. poseban postupak utvrđivanja zlouporaba prava koji provode porezna tijela.<sup>70</sup> Sukladno ovom novom uređenju, porezna tijela nadležna su za utvrđenje činjenica za koje ZIDOPZ/12 veže uspostavu odgovornosti te za donošenje rješenja kojim se članove društva, poslovodne osobe i/ili povezane osobe poziva da kao zakonski porezni jamci plate porezni dug trgovačkog društva.

### 3.3.3. Teza o „povezanoj interpretaciji“ odredbi ZTD-a i OPZ-a

Nadalje, u nekoliko predmeta VUS kao žalbeni sud dodatno potkrepljuje svoj stav o dopuštenom poreznom proboju tako da povezuje dva prethodno obrađena argumenta (pod 3.3.1. i 3.3.2.). Kako navodi VUS: „(...) *Povezanim interpretacijom članka 10. stavka 3. ZTD i članka 158.a do 158.f OPZ-a, zaključuje se da je došlo do proboja pravne osobnosti odnosno odgovornosti člana društva jer su se stekle sve propisane pretpostavke.*“<sup>71</sup> Iza argumenta tzv. „povezane interpretacije“ zapravo se krije primjena metode sustavnog (sistemskog) tumačenja relevantnih pravila.<sup>72</sup> Iako načelno vrijedi pozdraviti spremnost žalbenog suda da se upusti u sistemsko tumačenje, napose u svjetlu nemalog broja slučajeva iz administrativne i sudske porezne prakse u kojoj je ovakav pristup izostao,<sup>73</sup> ovaj argument zapravo uopće

66 Vidi: čl. 34b, st. 1., toč. 4. Zakona o parničnom postupku (NN br. 53/91 – 89/14).

67 Vidi: čl. 51. OPZ-a/16. Isto i: čl. 43. OPZ-a/12.

68 Vidi: čl. 138. OPZ-a/16.

69 Vidi i osvrt na tezu VUS-a o „povezanoj interpretaciji“, *infra*, pod 3.3.3.

70 O ovom detaljnije vidi: *supra*, poglavlje 2.

71 Vidi: Usž-792/2013-3 od 20. veljače 2014. Isto i: Usž-145/2014-5 od 20. studenoga 2014., citirano u predmetu U-III/507/2015, od 04. listopada 2017., para. 2.2.

72 Općenito o značaju sustavnog tumačenja vidi: Đerđa, D., *Neke primjedbe o tumačenju prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23., 2/2002., poglavlje 2.3.2.3.

73 Posebno u tom smislu vrijedi upozoriti na skorašnju kritiku upućenu poreznim tijelima i upravnim sudovima u usvajajućoj odluci Ustavnog suda po podnesenoj ustavnoj tužbi u predmetu



ne pojačava uvjerljivost konačnog obrazloženja. Naime, kako je već obrazloženo *supra* (pod 3.3.2.) sistemsko tumačenje, a naročito pravilo *lex specialis derogat legi generali*, vodi upravo suprotnom zaključku glede odgovornosti onih osoba koje su tzv. zloporabne radnje počinile prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12.

#### 3.3.4. *Teza o dopuštenom povratnom djelovanju temeljem ciljnog tumačenja OPZ-a*

Prethodno tematizirani argumenti VUS-a ukazuju da žalbeni sud smatra kako uopće nema mjesta tvrdnjama da mjerodavne odredbe OPZ-a/12 imaju povratno djelovanje. Međutim, VUS se u većem broju presuda upušta i u raspravu kojom nalazi opravdanje za retroaktivnu primjenu zakonskih odredbi, što povezuje s ciljem koji je zakonodavac želio postići pri donošenju ZIDOPZ-a/12 i uvođenjem instituta proboja pravne osobnosti u porezno pravo. Tako se obrazlaže:

„(...) Polazeći od cilja i svrhe Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, a to je povećanje razine odgovornosti osoba koje su stvarno i pravno odgovorne za vođenje poslova društva, zaustavljanje zlouporabe prava raspolaganja imovinom društva te jačanje financijske discipline i osiguranja pravovremene i ravnomjerne naplate javnih prihoda radi financiranja javnih potreba, Sud nalazi da prvostupanjski upravni sud nije utvrdio pravilno i u potpunosti sve činjenice, te da nije iz utvrđenih činjenica izveo pravilan zaključak radi čega nije niti pravilno primijenio materijalno pravo.“<sup>74</sup>

VUS dalje razvija ovu argumentacijsku liniju pozivanjem na ustavno načelo jednakosti i pravednosti u oporezivanju, koje dovodi u vezu s ustavnim uređenjem povratnog djelovanja propisa:

„(I)majući u vidu da se porezni sustav temelji na načelima jednakosti i ravnopravnosti (članak 51. Ustava), da je zabranjena svaka zlouporaba prava, blagonaklon stav prema osobama koje ne izvršavaju svoje Ustavom i pravom propisane obveze nije prihvatljiv i ne pridonosi načelu pravne sigurnosti i vladavine prava niti poreznom moralu. (...) Dakle, iz citiranih Ustavnih odredbi proizlazi da određivanje retroaktivne primjene zakona u cjelini ne bi bilo suglasno s Ustavom. Međutim, Ustavom je zakonodavac ovlašten odrediti da pojedine odredbe zakona mogu imati povratni učinak.“<sup>75</sup>

Opet, spremnost žalbenog suda da se pri rješavanju spornih predmeta upusti u traženje *ratio legis* načelno valja pozdraviti.<sup>76</sup> Međutim, iz iznesene argumentacije

---

utvrđivanja poreza na promet nekretnina. Vidi odluka USRH u predmetu U-III/6288/2016, od 20. travnja 2017., gdje se između ostaloga navodi: „(...) Ustavni sud smatra kako u konkretnoj pravnoj stvari porezna tijela i upravni sudovi nisu normativni sadržaj članka 4. stavaka 1. i 2., te članka 14. stavka 1. Zakona o prometu na porez nekretnina povezali s mjerodavnim člancima Zakona o obveznim odnosima, odnosno nisu ispitali utječe li združeni utjecaj navedenih zakona na prava podnositelja, s obzirom na osobite okolnosti konkretnog slučaja“ (para. 24.).

74 Usz-145/2014-5 od 20. studenoga 2014., citirano u predmetu U-III/507/2015, od 04. listopada 2017., para. 2.2.; Isto i: Usz-704/13-5 od 28. kolovoza 2014., citirano u predmetu U-III/7360/2014, od 30. ožujka 2016., para. 7.

75 *Loc. cit.*

76 O potrebi za ciljnim tumačenjem poreznih propisa više puta se očitovao i USRH u odlukama

nije jasno kako se polazeći od općih ciljeva ZIDOPZ-a/12 može izvesti zaključak da njegove odredbe valja primijeniti retroaktivno, tj. na radnje članova/poslovnih osoba društva počinjene prije njegova stupanja na snagu.

U tom smislu prvotno vrijedi upozoriti kako navedeno stajalište nema uporište ni u odredbama samog OPZ-a/12 niti u radnoj dokumentaciji (franc. *travaux preparatoires*) pratećoj uz ZIDOPZ-a/12. Štoviše, iz analize Konačnog prijedloga ZIDOPZ-a/12 proizlazi da je cilj uvođenja instituta poreznog proboda bilo djelovanje *pro futuro* na poreznu disciplinu i moral.<sup>77</sup> Tako je izričito navedeno:

„(...) Slijedom svega navedenog, predlaže se izmjena i dopuna OPZ-a da bi se izbjegli slučajevi nemogućnosti provođenja naplate koju provodi porezno tijelo (...) osigurava se položaj države kao vjerovnika iz porezno-dužničkog odnosa, povećava razina odgovornosti osoba koje su pravno i stvarno odgovorne za vođenje poslova društva, te ih se glede ispunjenja porezne obveze izjednačava s ostalim poduzetnicima na tržištu, (zaustavlja se zlouporaba prava i omogućava provedba efektivne naplate od osoba i društava u čiju korist ili uz čiju pomoć su provedena zabranjena raspolaganja na štetu poreznog tijela kao vjerovnika i na štetu proračunskih prihoda i drugih javnih davanja.“<sup>78</sup>

Ukratko, iako je predlagatelj zakonskih izmjena upozorio na praktične probleme u naplati poreznih dugova, osobito u svjetlu različitih radnji s obilježjima zlouporabe, to samo po sebi ne podrazumijeva intenciju retroaktivne primjene novih pravila koje bitno mijenjaju položaj osoba koje u pravilu ne odgovaraju za (porezne) obveze društva. Za očekivati je da bi u suprotnom slučaju komunikacija između zakonodavca i poreznih obveznika svakako bila drugačija prije stupanja na snagu ovih pravila.

Čak i da je to doista bio cilj donošenja ZIDOPZ-a/12, on je u suprotnosti sa zabranom povratnog djelovanja propisa, postavljenoj i na ustavnoj i na zakonskoj razini (vidi *supra*, poglavlje 3.1.). Iako u gore citiranom dijelu obrazložena VUS kratko adresira ustavne norme o retroaktivnosti, pritom kao da u potpunosti zaboravlja temeljno pravilo OPZ-a o primjeni poreznih propisa. Naime, kako je već ranije navedeno, Ustavom dopuštena mogućnost retroaktivnosti pojedinih zakonskih odredbi, u području poreznog prava je ipak izrijekom isključena temeljem čl. 5. OPZ-a. Ovu normu valja tumačiti na način da je u poreznom pravu apsolutno zabranjen svaki oblik tzv. prave retroaktivnosti (njem. *echte Rückwirkung*), tj. situaciju primjene poreznog propisa na činjenično stanje ostvareno (realizirano) prije njegova stupanja na snagu.<sup>79</sup> S druge strane stoji tzv. nepravna retroaktivnost (njem. *unechte Rückwirkung*;

kojima je utvrđivao povredu ustavnih prava poreznih obveznika. Vidi npr. odluka USRH u predmetu U-III/1133/2012, od 8. travnja 2014., para. 8.2. gdje je navedeno: „Zadaća je sudova, dakle, i Upravnog suda, kao i upravnih tijela, da tumače pravne norme polazeći od cilja i svrhe koji je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem, te da u skladu s tako utvrđenom svrhom primjenjuju mjerodavnu normu u skladu sa specifičnim okolnostima konkretnog slučaja.“ Usporedi i: odluka USRH u predmetu U-III/4285/2013, od 27. rujna 2016., para. 8.2.

77 Ciljevi ove zakonske intervencije već su ukratko prezentirani *supra*, poglavlje 2.

78 Vlada RH (2012), *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona*, str. 16.

79 Prema: Popović, D., Ilić-Popov, G., *Retroaktivnost zakona u poreskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 63, 1/2015., poglavlje 3. Usporedi o razlikovanju pojmova prave i nepravne retroaktivnosti u komparativnim poreznim sustavima: Gribnau, H., Pauwels, M.,

engl. *Retrospectivity*), kojom se u pravilu označavaju situacije uvođenja novih oblika oporezivanja, ili povećanja opterećenja već postojećih poreza, bez propisivanja prikladnog prijelaznog razdoblja.<sup>80</sup> Hrvatski je Ustavni sud u predmetu koji se ticao promjena u oporezivanju određenih oblika dohotka od kapitala utvrdio nesuglasje relevantnih zakonskih odredbi s Ustavom upravo zbog uočene (prave) retroaktivnosti.<sup>81</sup> Pritom vrijedi naglasiti kako se pri donošenju ovakvog pravorijeka USRH uopće nije ni osvrnuo na normu iz čl. 5. OPZ-a, što je vjerojatno i rezultiralo utvrđenjem „(...) da ni zabrana retroaktivnog djelovanja propisa ni zabrana diskriminacije nisu apsolutne kad je riječ o području oporezivanja.“<sup>82</sup> Ako se ima u vidu norma iz čl. 5. OPZ-a, koja ima status načela oporezivanja, nameće se zaključak kako su u Hrvatskoj svi slučajevi prave retroaktivnosti u području oporezivanja zabranjeni *sine exceptione*.<sup>83</sup>

Sve i kada bi se prihvatilo pravno shvaćanje o tomu da čl. 5. OPZ-a nije propisana *apsolutna* zabrana retroaktivnosti u poreznom pravu, u razmatranom slučaju nisu vidljivi jasni i ciljevi i razlozi koji bi, sukladno čl. 90., st. 5. Ustava RH, iznimno opravdali retroaktivnu primjenu ZIDOPZ-a/12.<sup>84</sup> Pritom je posve nejasno gdje VUS traži opravdanje povratnog djelovanja odredbi o poreznom probouju, s obzirom je isto propustio precizno odrediti i iznijeti predlagrač zakona, kako propisuje čl. 176. Poslovnika Hrvatskog sabora (vidi *supra*, poglavlje 3.1.).

Zaključno, metoda ciljnog tumačenja za kojom poseže VUS nikako ne može potkrijepiti zaključak da odredbe ZIDOPZ-a/12 o poreznom probouju mogu imati povratno djelovanje. Iako se ne može naći zamjerka stajalištu VUS-a kako je u hrvatskom pravnom poretku neprihvatljiv „blagonaklon stav“ prema poreznoj evaziji, na što je i u znanstvenoj i stručnoj literaturi opetovano upozoravano<sup>85</sup>, isto ne daje propusnicu poreznim tijelima za primjenu relevantnih pravila *contra constitutionem et contra legem*.

---

*General Report*, u: Gribnau, H., Pauwels, M. (ur.), *Retroactivity of tax legislation*, EATLP, 2010., str. 42-45.

80 Vidi: *ibid.*, str. 44-45.

81 Vidi: Odluka Ustavnog suda u predmetu U-I-5294/2013 i dr. od 18. lipnja 2014.

82 *Ibid.*, para. 18.

83 U tom smislu očito je naš zakonodavac prihvatio model prisutan u tek rijetkim komparativnim sustavima (npr. Portugal, Poljska). Vidi: Gribnau, H., Pauwels, M., *op. cit.*, str. 51-52.

84 Na ovom se mjestu može uputiti i na obilje domaće i poredbene literature koja jasno ističe da zakonodavac ima posebno obrazložiti i jasno urediti retroaktivnost kao iznimku. Vidi npr.: *ibid.*; Gribnau, H., *Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands, Fundamental Legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study*, *Utrecht Law Review*, vol. 9., 2./2013.; Žunić Kovačević, N., *Porezno-pravna sigurnost u hrvatskoj ustavnosudskoj praksi*, Zbornik radova „Liber amicorum Aldo Radolović“, Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet, Rijeka, 2018., str. 60-62.

85 Vidi npr. Žunić Kovačević, N. et al., *Croatia* u: Lang, M., et al. (ur.), *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post- BEPS World*, IBFD, 2016, str. 205-218; Čičin-Šain, N., *Analyse comparée des dispositifs de lutte contre l'évasion fiscale en droit fiscal croate et français Le cas de l'impôt sur les sociétés*, L.G.D.J 2017.; Gadžo, S., Klemenčić, I., *Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union*, *Financial theory and practice*, vol. 38., 3/2014.

#### 4. JUDIKATURA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Imajući u vidu prethodno opisane prijepore u praktičnoj primjeni pravila o poreznom probou, a posebno oprečne stavove pojedinih prvostupanjskih upravnih sudova i VUS-a oko problema retroaktivne primjene ZIDOPZ-a/12, ne čudi kako su u većem broju slučajeva porezni obveznici i/ili s njima povezane osobe posegli za dodatnim instrumentom zaštite njihovih subjektivnih prava – ustavnom tužbom.

Općenito, u pravnom poretku Republike Hrvatske ustavna je tužba pravno sredstvo kojim se Ustavom zajamčena temeljna prava i slobode štite na ustavnosudskoj razini, tj. u posebnom postupku pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (dalje: USRH).<sup>86</sup> Tako sukladno čl. 62., st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske „(S)vatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravne osobe s javnim ovlastima, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Ustavom, odnosno Ustavom zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu (u nastavku: ustavno pravo).“<sup>87</sup> Kako navodi USRH: „Ustavna tužba nije redovni ili izvanredni pravni lijek u sustavu domaćih pravnih lijekova. Ona je posebno ustavnopravno sredstvo zaštite ustavnih prava u pojedinačnim slučajevima.“<sup>88</sup> Za potrebe ovog rada dovoljno je naglasiti kako se ustavna tužba može podnijeti i protiv odluka javnopravnih tijela donesenih tijekom porezno-upravnog postupka, te odluke upravnih sudova u poreznim stvarima.<sup>89</sup> S obzirom da se načelno radi o supsidijarnom pravnom sredstvu, procesna pretpostavka čijeg podnošenja je prethodno iscrpljivanje dopuštenog drugog pravnog puta zaštite ustavnih prava i sloboda, što u upravnim stvarima uključuje i pokretanje upravnog spora,<sup>90</sup> porezni obveznici u pravilu mogu podnijeti ustavnu tužbu tek po donošenju pravomoćne presude u upravnom sporu.<sup>91</sup>

86 Vidi detaljnije npr. Jelušić, M. i Šarin, D., *Vladavina prava i uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske u izvršavanju upravnih i upravnosudskih odluka*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, v. 52, 1/2015, str. 184-188.; Crnić, J., *Ustavna tužba*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1999., str. 152-154.

87 NN br. 99/1999, 29/2002. Napomena: autori se služe numeracijom članaka iz službenog pročišćenog teksta ovog propisa.

88 U-III/269/2014, od 26. veljače 2014., para 5.

89 Za dvije dosad najsustavnije analize prakse USRH-a u poreznim stvarima u domaćoj pravnoj književnosti vidi: Žunić Kovačević, N., *op. cit.*, str. 49-64.; Ofak, L., *Zaštita ustavnih jamstava poreznih obveznika u poreznim postupcima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, 1/2018., str. 153-168.

90 Vidi: čl. 62. st. 2. i 3. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN br. 99/99, 29/02, 49/02.

91 Valja napomenuti kako porezni obveznici mogu podnijeti ustavnu tužbu i u onim pojedinačnim predmetima o kojima se nije odlučivalo u sklopu dvostupanjskog upravnosudskog postupka, tj. u kojima Visoki upravni sud kao nadležni drugostupanjski sud nije uopće odlučivao. Naime, imajući u vidu pravila Zakona o upravnim sporovima (NN br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17) o pravu na žalbu (čl. 66.) te pravila o pravomoćnosti presuda donesenih u upravnom sporu (čl. 63.), porezni obveznici moći će podnijeti ustavnu tužbu i protiv presude prvostupanjskih upravnih sudova kojima je potvrđena zakonitost pobijanih akata poreznih tijela. Detaljnije

Podlogu analize u ovom poglavlju predstavljaju odluke USRH-a donesene povodom ustavnih tužbi, u predmetima koji se u činjeničnom smislu odnose na tzv. porezni proboj pravne osobnosti trgovačkih društava. Sve su odluke javno objavljene, a donesene su u razdoblju od 5. veljače 2015. do 7. ožujka 2018.<sup>92</sup> Početno valja upozoriti na nekoliko elemenata koji unekoliko olakšavaju kritiku pravnih ocjena Ustavnog suda. Prvo, u svim je predmetima, bez obzira na druge možebitne prigovore podnositelja, osnovanost ustavne tužbe razmatrana isključivo u svjetlu čl. 29., st. 1. Ustava RH,<sup>93</sup> kojim je zajamčeno pravo na pravično suđenje. Drugo, u svim promatranim predmetima USRH donio je odbijajuću odluku, utvrdivši da postupanjem poreznih tijela i nadležnih upravnih sudova pravo podnositelja na pravično suđenje nije povrijeđeno. Treće, razlike u činjeničnom stanju pojedinih predmeta nisu bile od utjecaja na ocjenu USRH-a o meritumu stvari, tj. o povredi čl. 29. Ustava.

#### **4.1. Općenito o primjeni čl. 29., st. 1. Ustava RH u poreznim stvarima**

U svakom pokušaju analize ustavnosudske prakse treba imati na umu pravni karakter postupka pokrenutog ustavnom tužbom te granice u okvirima kojih USRH ispituje je li u predmetu u pitanju došlo do povrede kakvog ustavnog prava. Kad je riječ o ustavnim tužbama pokrenutim u poreznim stvarima, u dosadašnjoj jurisprudenciji USRH-a upravo čl. 29., st. 1. Ustava ima dominantno značenje, s obzirom da je eventualne povrede USRH razmatrao upravo u svjetlu prava na pravično suđenje.<sup>94</sup> Ovdje vrijedi podsjetiti kako se ovom ustavnom normom zajamčeni standardi pravičnog suđenja primjenjuju i na porezne sporove, za razliku od jamstava sadržanih u čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava.<sup>95</sup>

Prije davanja svoje ocjene o tomu je li pravo na pravično suđenje povrijeđeno, Ustavni sud, ne samo u poreznim predmetima, u pravilu ocrtava granice svog

---

vidi: Đerđa, D., Šikić, M., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, Novi informator, 2012., str. 273-276.

92 Riječ je o sljedećim odlukama, poredanim po datumu donošenja: U-III/3045/2014, od 5. veljače 2015.; U-III/3069/2014, od 5. veljače 2015.; U-III-3113/2014, od 05. veljače 2015.; U-III/5/2015, od 5. ožujka 2015.; U-III/7360/2014 od 30. ožujka 2016.; U-III-7108/2014, od 30. lipnja 2016.; U-III-4576/2014, od 14. srpnja 2016.; U-III-4772/2014, od 13. listopada 2016.; U-III-2914/2014, od 13. listopada 2016.; U-III/6657/2014, od 19. listopada 2016.; U-III-2915/2014, od 02. studenog 2016.; U-III-4137/2014, od 20. travnja 2017.; U-III-1994/2014, od 20. travnja 2017.; U-III/2350/2014 od 20. travnja 2017.; U-III/2760/2014 od 20. travnja 2017.; U-III-6077/2014, od 14. lipnja 2017.; U-III/507/2015, od 04. listopada 2017.; U-III-4508/2014, od 30. siječnja 2018.; U-III-5678/2014, od 30. siječnja 2018.; U-III-1378/2015, od 01. ožujka 2018.; U-III-4510/2014, od 07. ožujka 2018.

93 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

94 Vidi: Ofak, L., *op. cit.*, str. 163-164.

95 To je izričito potvrđeno u praksi USRH-a. Vidi: U-III-1001/2007, od 07. srpnja 2010. Usporedbe radi, o značenju Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava u poreznim stvarima, uključujući i pravo na pravično suđenje, vidi: Grau Ruiz, A., *Decisions of the European Court of Human Rights Affecting Domestic. Laws in the Financial and Tax Field*, Lex and Scientia, vol. 18., br. 1., str. 9-17.

odlučivanja, odnosno ingerencije u postupku odlučivanja po ustavnoj tužbi.<sup>96</sup> Ukratko, USRH zadržava se pri ocjeni je li postupak pred poreznim tijelima i upravnim sudovima, razmatran kao jedinstvena cjelina, bio vođen na način koji je podnositelju ustavne tužbe osigurao pravično suđenje.<sup>97</sup> Prema ustaljenoj ustavnosudskoj praksi, jedan od elemenata pravičnog suđenja jest i zaštita od arbitrarnog (samovoljnog) odlučivanja upravnih organa i sudova.<sup>98</sup> Zaštita od arbitrarnosti podrazumijeva kako određeni nivo obrazloženosti pojedinačnih odluka, tj. utemeljenje u njima zauzetih pravnih shvaćanja na ozbiljnim, relevantnim i dostatnim razlozima, tako i njihovu usklađenost s ranijom relevantnom sudskom praksom.<sup>99</sup> Za potrebe ovog rada osobito se važnim čini naglasiti da u pogledu tumačenja i primjene materijalnog prava Ustavni sud ne smije nastupati kao instancijski sud.<sup>100</sup> Kako navodi sam USRH:

*„Ustavna je obveza Ustavnog suda zaštita ustavnih prava podnositelja ustavnih tužbi u slučajevima kad su ta prava povrijeđena presudom suda ili drugim pojedinačnim aktom nadležnog tijela državne ili javne vlasti. Ustaljeno je stajalište Ustavnog suda da je zadaća u prvom redu nadležnih tijela državne i javne vlasti da tumače i primjenjuju pravo. Uloga Ustavnog suda ograničena je na ispitivanje jesu li učinci takvog tumačenja odnosno primjene prava suglasni s Ustavom i jesu li u konkretnom slučaju doveli do povrede ustavnih prava podnositelja ustavne tužbe. U postupcima pokrenutim ustavnom tužbom, Ustavni sud se u pravilu ne upušta u ispitivanje činjenica, jer njegova zadaća nije bavljenje pogreškama o činjenicama ili o pravu, osim ako i u mjeri u kojoj te pogreške mogu povrijediti ustavna prava.“<sup>101</sup>*

Iz uvida u dosadašnju ustavnosudsku praksu u poreznim stvarima ipak vrijedi primijetiti da USRH ponekad iskazuje veći stupanj aktiviteta, napose u predmetima u kojima je utvrđenje povreda čl. 29., st. 1. Ustava obrazloženo detaljnijim osvrtom na pristup tumačenju mjerodavnih pravila od strane poreznih tijela i sudova, kao i povezivanjem učinaka takvog tumačenja s konkretnim činjeničnim stanjem.<sup>102</sup>

#### **4.2. Analiza stajališta USRH-a o povratnom djelovanju ZIDOPZ-a/12**

Pregledom odluka Ustavnog suda donesenih u predmetima koji se u činjeničnom

96 Za detaljniju rasprava o ovomu vidi: Ljubić, D., *Granice ustavnog sudovanja iniciranog ustavnom tužbom*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, 1/2013., str. 159-176.

97 Vidi: U-III/3817/2009, od 19. prosinca 2012., para. 7.1.

98 Vidi: U-III/7360/2014, od 30. ožujka 2016., para. 10.1 i 11. Usporedi i: Žunić Kovačević, N., *op. cit.*, str. 53-57; Ljubić, D., *op. cit.*, str. 73. Za detaljniji uvid u pojedine aspekte prava na pravično suđenje iz čl. 29., st. 1. Ustava RH vidi: Šarin, D., *Aspekti prava na pravično suđenje - pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 53, 3/2016., str. 735-743.

99 U tom smislu vrijedi upozoriti na odluku USRH-a u predmetu vezanom za utvrđivanje poreza na promet nekretnina, u kojoj je povreda čl. 29., st. 1. utvrđena i zbog odstupanja VUS-a od svoje ranije prakse. Vidi: U-III/5154/2012, od 09. siječnja 2012., para. 9. i 10.

100 Vidi: Šarin, D., *op. cit.*, str. 739.

101 U-III/3817/2009, od 19. prosinca 2012., para. 8.

102 Vidi npr. *loc. cit.*; U-III/1133/2012, od 8. travnja 2014., para. 8.-10.; U-III/4285/2013, od 27. rujna 2016., para. 8.-9.; U-III/6288/2016, od 20. travnja 2017., para. 19.-27., U-III/1133/2012, od 8. travnja 2014., para. 8.-10.

smislu odnose na porezni probou, razvidno je kako USRH donošenje odbijajućih odluka povodom ustavnih tužbi poreznih jamaca obrazlaže istim ili veoma sličnim argumentima isticanim u prethodno analiziranoj praksi Visokog upravnog suda.<sup>103</sup> Pritom ipak vrijedi upozoriti kako argumentiranje USRH-a u svim predmetima nije jednako, a u određenim se aspektima čini i proturječnim, na što se ukazuje u nastavnoj analizi.

Prvotno vrijedi upozoriti da pri donošenju svoje ocjene o spornom pitanju Ustavni sud pokušava slijediti *supra* iznesene granice svog odlučivanja u kontekstu prava na pravično suđenje. Tako je u jednoj odluci navedeno:

*„U konkretnoj pravnoj stvari osporene akte donijela su nadležna upravna tijela i Visoki upravni sud unutar svoje nadležnosti utvrđene zakonom. Razvidno je da je Visoki upravni sud osporenu presudu donio sukladno mjerodavnim propisima Republike Hrvatske te da je pravno stajalište obrazloženo valjano, jasno i na ustavnopravno prihvatljiv način. Također je razvidno da je podnositelj bio u mogućnosti pratiti postupak i poduzimati sve zakonom dopuštene postupovne radnje te pokrenuti upravni spor. Nadalje, Visoki upravni sud je u osporenoj presudi obrazložio razloge zbog kojih je ocijenio da podnositelj odgovara kao porezni jamac za neplaćene porezne obveze trgovačkog društva Našice produkt d.o.o. te je odgovorio na sve prigovore podnositelja, pa tako i na one koje ističe u ustavnoj tužbi.“<sup>104</sup>*

Kad je riječ o ocjenjivanju razloga kojima upravni sudovi obrazlažu pobijane odluke, kao ogledni primjer pravnog rasuđivanja USRH-a može poslužiti sljedeći izvadak:

*„U odnosu na prigovore u pogledu retroaktivne primjene članaka 26.a i 26.b OPZ-a na slučaj podnositelja, Ustavni sud napominje da je Vlada Republike Hrvatske u Konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (...) kao cilj propisivanja odgovornosti poreznih jamaca navela (...)*

*Iz navedenoga proizlazi da je cilj propisivanja posebnog postupka utvrđivanja zlouporabe prava (...) bilo jačanje odgovornosti odgovornih osoba društava s ograničenom odgovornošću u porezno-dužničkom odnosu, a kod naplate (već postojećih) poreznih dugova trgovačkih društava. Pri tome Vlada Republike Hrvatske napominje da je odgovornost članova trgovačkih društava i odgovornih osoba već bila propisana člankom 10. Zakona o trgovačkim društvima (...) Iz navedenoga jasno proizlazi da člancima 26.a i 26.b OPZ-a nije propisana nova obveza poreznih obveznika i poreznih jamaca, jer je ona postojala i ranije u navedenim odredbama Zakona o trgovačkim društvima. Već postojeće obveze odgovornih osoba u društvima s ograničenom odgovornošću su samo preciznije određene i prilagođene porezno-dužničkom odnosu. Osim toga, umjesto da se zlouporaba utvrđuje u sudskom postupku (kao kod zlouporaba u trgovačkim društvima), ta se zlouporaba utvrđuje u upravnom postupku, nakon kojega je sudska zaštita osigurana u upravnom sporu, u smislu članka 19. stavka 2. Ustava. U tom sudskom postupku podnositelj je mogao ostvariti*

103 Vidi *supra*, poglavlje 3.3.

104 U-III-4576/2014, od 14. srpnja 2016., para. 4.1. Usporedi i primjerice: U-III-3113/2014, od 05. veljače 2015., para. 11.2.; U-III/7360/2014, od 30. ožujka 2016., para. 11. i 11.1.; U-III-1994/2014, od 20. travnja 2017., para. 7.

potpunu zaštitu svojih prava i dokazivati da nije došlo do zlouporabe prava, koja je utvrđena u upravnom postupku. U tom je postupku mogao predlagati dokaze i glede odlučnih činjenica od kojih zavisi njegova odgovornost kao poreznog jamca Stoga Ustavni sud utvrđuje da prigovori podnositelja u vezi primjene članka 90. stavka 4. Ustava nisu osnovani.<sup>105</sup>

Iz citiranog obrazloženja proizlazi kako se pravorijek Ustavnog suda temelji na dva argumenta sveprisutna i u judikaturi VUS-a, kritizirana ranije u radu (poglavlje 3.3.) – argumentu o „kontinuitetu odgovornosti“ te ciljnom tumačenju ZIDOPZ-a/12. Pritom USRH gotovo uopće ne pridodaje uvjerljivosti ijednog od navedenih argumenta, s obzirom da u obrazloženju svojih odluka uglavnom ponavlja argumentacijsku liniju VUS-a. Stoga se i nalazi *supra* iznesene analize o neutemeljenosti pravnih shvaćanja VUS-a, u pogledu retroaktivne primjene odredbi o poreznom probiju, mogu u potpunosti primijeniti i na ustavnosudsku praksu.

Zanimljivo je, međutim, kako Ustavni sud u jednom dijelu čak ide i korak dalje slijedeći argumentacijsku liniju VUS-a, i to kada izrijeком navodi da je cilj zakonodavca pri donošenju ZIDOPZ-a/12 bio uspostaviti odgovornost članova i osoba koje vode poslove trgovačkog društva u odnosu na postojeće porezne dugove društva. Takav zaključak USRH izvodi iz teksta Konačnog prijedloga ZIDOPZ-a/12, iako se, kako je već obrazloženo ranije u radu (poglavlje 3.3.4.), predlagач predmetne novele nije u tom smjeru odredio. U svojoj ocjeni još važnijeg problema pomirenja retroaktivnog djelovanja odredbi o poreznom probiju s čl. 90., st. 4. Ustava, USRH nejasno povezuje tobožnji *ratio legis* – naplata već postojećih poreznih dugova trgovačkih društva od novih poreznih jamaca – s tezom VUS-a o kontinuitetu odgovornosti jamaca, pozivajući se također na čl. 10., st. 3. ZTD-a. Kako je već razloženo *supra* (poglavlje 3.3.), argument kontinuiteta odgovornosti članova/direktora društva, i s njima povezanih osoba, jest neuvjerljiv. Stajalište USRH-a kako su navedene kategorije osoba i prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12 imale obveze u pogledu (poreznih) dugova društva, koje su obveze nakon tog trenutka tek „preciznije određene i prilagođene porezno-dužničkom odnosu“ jednostavno se ne može prihvatiti ako se ima u vidu priroda porezno-pravnog odnosa i svi relevantni materijalno-pravni učinci odredbi ZIDOPZ-a/12 o poreznom probiju.<sup>106</sup> Nadalje, neshvatljivo je da i Ustavni sud posve zanemaruje normativni sadržaj čl. 5. OPZ-a, jednog od temeljnih načela hrvatskog poreznog postupka, koje nalaže puno rigorozniji pristup povratnom djelovanju poreznih propisa.<sup>107</sup> Isti se zakonski članak u obrazloženjima promatranih ustavnosudskih odluka uopće ne spominje, unatoč tomu što se upravo na ovu normu često pozivaju podnositelji u svojim ustavnim tužbama.

105 U-III-7360/2014, od 30. ožujka 2016., para. 12. i 12.1. Na obrazloženje iz ove odluke USRH se izrijeком poziva i u nizu drugih, usporedivih slučajeva. Vidi npr. U-III-7108/2014, od 30. lipnja 2016., para. 17.; U-III-4576/2014, od 14. srpnja 2016.; U-III-4772/2014, od 13. listopada 2016.; U-III-2914/2014, od 13. listopada 2016.; U-III/6657/2014, od 19. listopada 2016.; U-III-2915/2014, od 02. studenog 2016.; U-III-4137/2014, od 20. travnja 2017.; U-III-1994/2014, od 20. travnja 2017.; U-III-6077/2014, od 14. lipnja 2017.; U-III/507/2015, od 04. listopada 2017.

106 Vidi detaljnije *supra*, poglavlje 3.3.3.

107 Vidi detaljnije *supra*, poglavlje 3.1.



Osobito je zanimljivo kako u nekoliko najrecentnijih odluka USRH donošenje odbijajuće odluke povodom podnesene ustavne tužbe obrazlaže drugim razlozima, što u bitnome proturječi gore citiranim argumentima iz ranije prakse. Kako navodi Ustavni sud:

„U odnosu na navedeno obrazloženje Visokog upravnog suda, Ustavni sud napominje da prema članku 26. OPZ-a, koji je bio na snazi u vrijeme nastanka poreznog duga (...) odgovornost za sudjelovanje u utaji poreza, bespravnom smanjenju poreza ili druge porezne povlastice za zastupane osobe, poreznim jamcem smatra se zastupnik ili upravitelj za manje plaćeni porez ili kamate. Člankom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (...), iza članka 26. OPZ-a dodani su članci 26.a, 26.b, 26.c i 26.d u kojima je samo detaljnije propisana odgovornost osoba koje vode poslove društva kapitala i povezanih osoba. (...) Stoga, pozivanje podnositelja na zabranu retroaktivnosti nije osnovano jer je u vrijeme poduzimanja spornih poslovnih odluka i u vrijeme provođenja postupka utvrđenja zlouporabe prava na snazi bio članak 26. OPZ-a koji je propisivao odgovornost zastupnika trgovačkog društva za sudjelovanje u utaji poreza ili bespravno ostvarivanje smanjenja poreza ili druge porezne povlastice. Slijedom navedenog, iako se u obrazloženju svoje odluke Visoki upravni sud neosnovano poziva na članke 26.a - 26.d ZIDOPZ-a/12, stajalište je Ustavnog suda da osporenom presudom podnositelju nije povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava.“<sup>108</sup>

Iz obrazloženja citirane odluke proizlazi da USRH smatra kako je VUS pogrešno primijenio materijalno pravo, pozivajući se na čl. 26.a-26.d OPZ-a/12 u slučajevima u kojima je činjenično stanje ostvareno prije stupanja na snagu istih odredbi. Međutim, USRH se ipak suzdržava od idućeg koraka i utvrđenja da je pritom povrijeđena Ustavom propisana zabrana retroaktivnosti. Argument kojim USRH u citiranoj odluci opravdava odluke poreznih tijela i VUS-a izaziva nedoumice.

Ukratko, USRH navodi kako se ne može govoriti o povratnom djelovanju odredbi o poreznom proboju stoga što je prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a/12 člankom 26. OPZ-a/12 bila propisana odgovornost, kao poreznih jamaca, osoba koje su kao zakonski zastupnici trgovačkih društava: (i) počinili kazneno djelo utaje poreza ili (ii) sudjelovali u utaji poreza ili (iii) bespravno ostvarili smanjenje poreza ili druge porezne povlastice za zastupane osobe.<sup>109</sup> USRH očito smatra da se pretpostavke uspostave odgovornosti prema čl. 26. OPZ-a/12 unekoliko podudaraju s pretpostavkama uspostave odgovornosti prema čl. 26.a – 26.d. OPZ-a/12, te da stoga osobe koje imaju zakonske ovlasti zastupanja društva, ne mogu tvrditi da u vrijeme počinjenja relevantnih radnji i donošenja poslovnih odluka nisu mogli znati da mogu biti proglašeni jamcima za porezne dugove društva. Ovaj argument Ustavnog suda naprosto nema nikakvog utemeljenja u mjerodavnom materijalnom pravu. Naime,

108 U-III-4508/2014, od 30. siječnja 2018., para. 8.3. Isto i: U-III-5678/2014, od 30. siječnja 2018., para. 8.3.; U-III-1378/2015, od 01. ožujka 2018., para. 12.; U-III-4510/2014, od 07. ožujka 2018., para. 7.3.

109 Čl. 26. OPZ-a/12 u nepromijenjenom se sadržaju pojavljuje i u važećoj verziji zakona. Vidi: čl. 28. OPZ-a/16. Za komentar ove norme, gdje se naglašava vezivanje odgovornosti poreznih jamaca tek u slučaju počinjenja *kaznenog djela* utaje poreza (naglasili autori) vidi: Budić, M., et al., *Opći porezni zakon s komentarom*, Institut za javne financije, 2001., Zagreb, str. 39.

pretpostavke odgovornosti prema čl. 26. OPZ-a/12 i prema odredbama o poreznom probouju potpuno su drugačije. Čl. 26. OPZ-a/12 odnosi se na slučajeve kod kojih je osoba ovlaštena za zastupanje društva prouzrokovala da dio poreznih obveza društva nije utvrđen, ili je utvrđen u manjem iznosu, što se u poreznom pravu najčešće i označava pojmom utaje poreza.<sup>110</sup> S druge strane, odredbe o poreznom probouju su, kako je već objašnjeno ranije u radu (poglavlje 2.), usmjerene su na potpuno drugačije situacije, gdje su porezne obveze trgovačkog društva po utvrđene (u punom iznosu), ali su, kao posljedica radnji odgovornih osoba s oznakom zlouporabe, ostale neplaćene. U tom smislu pozivanje USRH-a na čl. 26. OPZ-a/12 kao razlog opravdanja retroaktivne primjene odredbi o poreznom probouju valja označiti bespredmetnim i promašenim. Pritom ipak vrijedi naglasiti da isti argument unekoliko proturječi razlozima odbijajućih odluka iznesenih u ranijoj praksi USRH-a te se može percipirati i kao svojevrsno kolebanje Suda u ocjeni (ne)dopuštenog povratnog djelovanja ZIDOPZ-a/12.

Iz analize iznesene u ovom poglavlju proizlazi da je Ustavni sud u svojoj praksi nažalost propustio otkloniti pogreške u rasuđivanju upravnih tijela i sudova glede retroaktivne primjene pravila o poreznom probouju. Valja naglasiti da su analizirani propusti poreznih tijela i sudova u toj mjeri grubi i ozbiljni da USRH utvrđenjem povrede čl. 29., st. 1. Ustava ne bi prekoračio granice svoje nadležnosti. Mišljenja smo da je temeljitija ustavnosudska kontrola, s uporištem u svim mjerodavnim ustavnim i zakonskim pravilima, morala rezultirati drukčijim pravorijekom. Naročito je zabrinjavajuće da u razmatranoj ustavnosudskoj praksi načelu pravne sigurnosti nije dodijeljen onaj značaj koji proizlazi iz samog Ustava. Pravna je sigurnost refleksija vladavine prava kao najviše vrednote ustavnog poretka RH. Iako se nedvojbeno radi o višeslojnom i složenom pravnom konceptu, čije je konkretne zahtjeve na području pravne prakse ponekad teško u potpunosti odrediti,<sup>111</sup> pravna je sigurnost gotovo posve nespojiva s povratnim djelovanjem porezno-pravnih pravila, u svjetlu njihovih učinaka na fizičke i pravne osobe – porezne obveznike.<sup>112</sup> Stoga je i u domaćoj ustavnosudskoj judikaturi često istican imperativ stvarne i djelotvorne, a ne tek prividne, zaštite temeljnih prava poreznih obveznika iziskivao drugačiji pravorijek USRH-a u analiziranim predmetima poreznog probouja, uz nedvosmisleno određenje o nedopustivosti retroaktivnih zahvata u imovinu svih sudionika porezno-pravnog odnosa.

Osim svih dosad istaknutih ustavnih i zakonskih argumenata u prilog takvog stajališta, zaključno vrijedi istaknuti da je nezadovoljavajući stupanj (porezno-) pravne sigurnosti u većini recentnih istraživanja označen kao najveći nedostatak cjelokupnog domaćeg poreznog sustava.<sup>113</sup> Riječju, nemogućnost planiranja budućih

110 Za terminološko razgraničenje ovog i srodnih pojmova vidi: Jelčić, Bo., *et al.*, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb, Narodne novine, 2008., str. 217.-223.

111 O teškoćama definiranja koncepta pravne sigurnosti vidi: Pauwels, M., *op. cit.*, str. 100.-101.

112 Vidi: Baker, P., Pistone, P., *op. cit.*, str. 67.

113 Vidi posebno: Rogić Lugarić, T., *Porezni savjetnici: zamagljen identitet, velika očekivanja*, Društvena istraživanja, vol. 25., 2/2016., str. 230; Stojić, H., i dr., *Bijela knjiga 2017*, Foreign Investors Council, Zagreb, 2017., str. 39-44; Rogić Lugarić, T., Bogovac, J., *Pravni status poreznih izdataka: stanje i perspektive*, u: Bratić, V., Fabris, M. (ur.), *Skrivena javna potrošnja*:

porezno-pravnih posljedica sadašnjih poslovnih odluka i drugih aktivnosti na tržištu djeluju obeshrabrujuće na ukupnu poduzetničku klimu, pa time i predstavlja prepreku postizanju željenih stopa gospodarskog rasta.<sup>114</sup> Iako je utješno da je u posljednjim godinama potreba za jačanjem opće razine porezno-pravne sigurnosti prepoznata i često isticana od strane zakonodavca<sup>115</sup>, s time povezan problem obrađen u ovom radu može se pripisati kako inerciji u otklanjanju ranijih zakonodavnih propusta, tako i manjku potrebnog aktiviteta na upravnosudskoj i ustavnosudskoj razini.

## 5. ZAKLJUČAK

U gotovo sedmogodišnjoj praktičnoj primjeni pravila o „poreznom proboju“ pravne osobnosti trgovačkih društava, sadržanih u člancima 29.-31. važeće verzije Općeg poreznog zakona, uočene su brojne poteškoće i nedoumice koje dovode u pitanje opravdanost čitavog instituta. Posebno spornim pokazalo se pitanje povratnog (retroaktivnog) djelovanja relevantnih zakonskih pravila, odnosno vezivanja pravnih posljedica proboja i za činjenična stanja realizirana prije 21. srpnja 2012., kada je ZIDOPZ/12 stupio na snagu. Upravo je analizi ovog problema, pogotovo u svjetlu bogate upravnosudske i ustavnosudske prakse razvijene u prethodnom razdoblju, posvećen ovaj rad.

Ustaljeno je pravno shvaćanje Visokog upravnog suda kako u tematiziranom postupanju poreznih tijela nije povrijeđeno materijalno pravo na štetu poreznih jamaca. Isto je potkrijepljeno s nekoliko pravnih argumenata, osobito s tezom o „kontinuitetu odgovornosti“ poreznih jamaca prije i nakon stupanja na snagu ZIDOPZ/12 te pokušajem ciljnog tumačenja predmetne zakonske novele. Ustavni je sud također, u većini postupaka pokrenutih povodom ustavnih tužbi, prihvatio argumentaciju VUS-a, utvrđujući da ustavna prava podnositelja – poreznih jamaca, posebice pravo na pravično suđenje, nisu povrijeđena.

Utoliko je cilj je rada bio kritički istražiti utemeljenost navedenih pravnih shvaćanja upravnosudske i ustavnosudske prakse. Polazeći od općih pravila o vremenskom važenju poreznih propisa, naročito čl. 5. OPZ-a, utvrđeno je da se u spornoj praksi primjene instituta poreznog proboja radi o tzv. pravoj retroaktivnosti, koja je u hrvatskom poreznom sustavu zabranjena. Sve i kada bi se prihvatio stav o tomu da zabrana retroaktivnosti iz čl. 5. OPZ-a, povezana s čl. 90., st. 4. Ustava,

---

*Sadašnjost i budućnost poreznih izdataka*, Zagreb, Institut za javne financije, 2012., str. 192.

114 Za analizu ovog problema na globalnoj razini vidi: IMF & OECD (2017), *Tax Certainty: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers*, 2017., dostupno na: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-march-2017.pdf> (21. siječnja 2019.).

115 Osobito valja istaknuti da pozivanje na pravnu sigurnost poreznih obveznika prožima zakonske prijedloge usvojene u sklopu posljednje “porezne reforme”, kao i komunikaciju Vlade RH prema zainteresiranoj javnosti. Vidi npr. Vlada RH (2016), *Konačni prijedlog Općeg poreznog zakona*, dostupno na: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2016/7%20sjednica%2014%20Vlade/7%20-%202.9.pdf> (21. siječnja 2019.), str. 79.-80.; Vlada RH (2018), *Nastavak poreznog rasterećenja u okviru porezne reforme*, <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Vijesti/2018/08%20kolovoz/2%20kolovoza/Nastavak%20porezne%20reforme%202018.pdf> (21. siječnja 2019.).

može u poreznim stvarima biti iznimno dopuštena, u judikaturi VUS-a i USRH-a nisu izneseni dostatnim i relevantni razlozi koji bi eventualno opravdali povratno djelovanje pravila o poreznom proboju. Ukratko, pravni argumenti za kojima se poseže u relevantnoj sudskoj praksi ne mogu, ni pojedinačno niti u svojoj ukupnosti, voditi zaključku o dopuštenosti retroaktivne primjene ZIDOPZ-a/12.

Propisivanje retroaktivne primjene pojedinih odredbi poreznih propisa iznimka je koja bitno narušava pravnu sigurnost, u području oporezivanja posebno važnu u svjetlu izgradnje poreznog morala i unaprjeđenja koncepta dobrovoljnog ispunjenja poreznih obveza (engl. *voluntary tax compliance*). Kao takva, iznimka, dopuštena je, poredbeno pravno i prisutna, a u hrvatskom pravu predviđena Ustavom. Jednako je dopušten i legitiman pokušaj izvršne vlasti i poreznih tijela poreznim propisima utjecati na financijsku i poreznu disciplinu, pa i širenjem odgovornosti za porezne dugove na osobe koje u pravilu ne odgovaraju za obveze trgovačkih društava. Inozemna sudska praksa potvrđuje da sudovi iznimno i samo rijetko dopuštaju proboj pravne osobnosti, i to iz razloga taksativno izgrađenih u sudskoj praksi. Pri tome, ukoliko se pravnom normom želi zadirati u odnose koji već postoje ili su postojali, tada započinje komunikacija između zakonodavca i adresata željene, predložene norme. U tom smislu, bilo je moguće i razumno predložiti retroaktivnost problematiziranih odredbi te ih kao takve izrijekom propisati. Prethodno bi trebalo poreznim obveznicima obrazložiti navedeno te ostaviti vremena poreznim tijelima i poreznim obveznicima za pripremu primjene takvih novih odredbi. Poredbenopravni prikazi kazuju da bi tada porezna vlast mogla ostaviti poreznim obveznicima razdoblje u kojem će naknadno prijaviti sve obveze, ispraviti i dopuniti porezne prijave te platiti porez. U takvim okolnostima moglo bi se i pozitivnim ocijeniti uvođenje porezne amnestije za takve dugove i poreze, do stupanja na snagu strogih poreznih propisa koji šire odgovornosti poreznih obveznika a imaju retroaktivni učinak.<sup>116</sup> Sve navedeno potpuno je izostalo u hrvatskoj zakonodavnoj i upravnoj praksi kad je riječ o analiziranom pitanju.

Štoviše, čini se da su iskustva u primjeni instituta poreznog proboja potvrdila bojazan znanstvene i stručne javnosti o nesvršishodnosti njegova uvođenja u hrvatsko porezno pravo.<sup>117</sup> Osobito je, međutim, zabrinjavajuće da nadležni sudovi nisu sanirali ozbiljne propuste porezno-upravne prakse. Time je izostao nužni korak u smjeru zaštite ustavom i zakonima zajamčene razine prava poreznih obveznika i drugih sudionika porezno-pravnih odnosa. Potreba za postavljanjem porezno-pravnog sustava u okviru vladavine prava i pravne države, u smjeru ograničenja i prostora normativne regulacije i postupanja nadležnih upravnih tijela pri razrezu i naplati poreza, više je puta akcentirana i u domaćoj pravnoj književnosti, ali i u praksi Ustavnog suda.<sup>118</sup> Shodno tomu, zadatak je i nadležnih sudova da rade na očuvanju barem minimalne razine porezno-pravne sigurnosti, što je, kako potvrđuju brojna relevantna istraživanja, u hrvatskom pravnom sustavu i prijeko potrebno.

116 Općenito o institutu porezne amnestije vidi: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *Porezna amnestija kao instrument porezne politike*, Društvena istraživanja, vol. 26, 1/2017., str. 101-122.

117 Vidi posebno: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *op. cit.*, str. 635-670.

118 Za pregled vidi: Arbutina, H., *Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62., 5-6., str. 1283-1322.; Žunić Kovačević, N., *op. cit.*, str. 49-64.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Arbutina, Hrvoje, *Porezni postupak*, u: Jure Šimović i dr., *Hrvatski fiskalni sustav*, Narodne novine, Zagreb, 2010.
2. Arbutina, Hrvoje, *Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62., 5-6/2012., str. 1283-1322.
3. Baker, Philip, Pistone, Pasquale, *General Report*, u: International Fiscal Association, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100b – *The practical protection of taxpayers' fundamental rights*, The Hague, Sdu Uitgevers, 2015.
4. Barbić, Jakša, *Pravo društava: Opći dio*, Zagreb, Organizator, 2008.
5. Budić, Mirko *et al.*, *Opći porezni zakon s komentarom*, Zagreb, Institut za javne financije, 2001.
6. Cortese, Bernardo, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, u: Bernardo Cortese (ur.), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, 2014., str. 73-93.
7. Crnić, Jadranko, *Ustavna tužba*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1999.
8. Čičin-Šain, Nevia, *Analyse comparée des dispositifs de lutte contre l'évasion fiscale en droit fiscal croate et français Le cas de l'impôt sur les sociétés*, L.G.D.J., 2017.
9. Demeyere, Siel, *Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law*, *European Review of Private Law*, vol. 23, 3/2015., str. 385-413.
10. Đerđa, Dario, *Neke primjedbe o tumačenju prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23., 2/2002., str. 615-643.
11. Đerđa, D., Šikić, M., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, Novi informator, 2012.
12. Emberland, Marius, *The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63., 2003., str. 945-969.
13. Gadžo, Stjepan, Klemenčić, Irena, *Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union*, *Financial theory and practice*, vol. 38., 3/2014, str. 277-302.
14. Grau Ruiz, A., *Decisions of the European Court of Human Rights Affecting Domestic Laws in the Financial and Tax Field*, *Lex and Scientia*, vol. 18., br. 1.
15. Gribnau, Hans, *Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands, Fundamental Legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study*, *Utrecht Law Review*, vol. 9., br. 2., 2013, str. 52-74.
16. Gribnau, H., Pauwels, M., *General Report*, u: Gribnau, H., Pauwels, M. (ur.), *Retroactivity of tax legislation*, EATLP, 2010.
17. Harašić, Ž., *Domesti sistematskog tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 46, 2/2009., str. 315-335.
18. IMF & OECD (2017), *Tax Certainty: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers*, 2017., dostupno na: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-march-2017.pdf> (21. siječnja 2019.).
19. Jelčić, Božidar *et al.*, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb, Narodne novine, 2008.
20. Jelušić, M. i Šarin, D., *Vladavina prava i uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske u izvršavanju upravnih i upravnosudskih odluka*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015, str. 175-201.
21. Kačer, Hrvoje, *Još jedna porezna akrobacija – nema zastare*, RRIF, 1/2013, str. 41-43.

22. Kačer, Hrvoje, *Nove odgovornosti po (predloženoj) noveli općeg poreznog zakona*, RRIF, 7/2012, str. 128-131.
23. Kaleb, Zorislav, *Osobna odgovornost članova uprava društva i članova društva za porezne dugove*, RIF, 12/2012, str. 163-168.
24. Ljubić, Dubravko, *Granice ustavnog sudovanja iniciranog ustavnom tužbom*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, 1/2013., str. 159-176.
25. Matheson, John H., *The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context*, 87 North Carolina Law Review, vol. 87., 4/2009., str. 1091-1155.
26. Novoselec, Petar, *Opći dio kaznenog prava*, Osijek, Pravni fakultet Osijek, 2016.
27. Ofak, Lana, *Zaštita ustavnih jamstava poreznih obveznika u poreznim postupcima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, 1/2018., str. 153-168.
28. Pauwels, Melvin, *Retroactive and retrospective tax legislation: a principle-based approach; a theory of 'priority principles of transitional law' and 'the method of the catalogue of circumstances'*, u: Gribnau, H., Pauwels, M. (ur.), *Retroactivity of tax legislation*, EATLP, 2010., str. 95-116.
29. Popović, Dejan, Ilić-Popov, Gordana, *Retroaktivnost zakona u poreskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 63, 1/2015, str. 5-22.
30. Rogić Lugarić, Tereza, Bogovac, Jasna, *Pravni status poreznih izdataka: stanje i perspektive*, u: V. Bratić, M. Fabris (ur.), *Skrivena javna potrošnja: Sadašnjost i budućnost poreznih izdataka*, Institut za javne financije, Zagreb, 2012., str. 175-196.
31. Rogić Lugarić, Tereza, *Porezni savjetnici: zamagljen identitet, velika očekivanja*, Društvena istraživanja, vol. 25., 2/2016., str. 219-240.
32. Slakoper, Zvonimir, *Osobna odgovornost članova društava kapitala za obveze tih društava prema njihovim vjerovnicima (čl. 10., st. 3. ZTD)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, 2/1999.
33. Stojić, H., i dr., *Bijela knjiga 2017*, Foreign Investors Council, Zagreb, 2017.
34. Šarin, Duška, *Aspekti prava na pravično suđenje - pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 53, 3/2016., str. 729-762.
35. Tan, Chen Han., Wang, Jiangyu, Hofmann, Christian, *Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives*, Barker Centre for Law & Business Working Paper 18/04, 2018.; dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3254130> (3. siječnja 2019.).
36. Vanistendael, Frans, *Legal Framework for Taxation*, u: Thurony, V. (ur.), *Tax law design and drafting (vol. 1.)*, International Monetary Fund, Washington, 1998.
37. Vlada RH (2018), *Nastavak poreznog rasterećenja u okviru porezne reforme*, <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Vijesti/2018/08%20kolovoz/2%20kolovoza//Nastavak%20porezne%20reforme%202018.pdf> (21. siječnja 2019.).
38. Žunić Kovačević, Nataša, *Porezno-pravna sigurnost u hrvatskoj ustavnosudskoj praksi*, Zbornik radova „Liber amicorum Aldo Radolović“, Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet, Rijeka, 2018., str. 49-64.
39. Žunić Kovačević, Nataša, Gadžo, Stjepan, *Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog zakona 2012.: „Proboj pravne osobnosti“ trgovačkih društava u slučaju zlorabe prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34., 2/2013., str. 635-670.
40. Žunić Kovačević, Nataša, Gadžo, Stjepan, *Porezna amnestija kao instrument porezne politike*, Društvena istraživanja, vol. 26, 1/2017., str. 101-122.
41. Žunić Kovačević, Nataša et al., *Croatia* u: Lang, M., et al. (ur.), *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post- BEPS World*, IBFD, 2016, str. 205-218.

*Pravni izvori*

42. Europski sud za ljudska prava, odluka u predmetu *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 20. travnja 2008., zahtjev br. 13378/05.
43. Kazneni zakon, NN br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018.
44. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I/4763/2012 od 18. rujna 2013.
45. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I/5398/2012, od 7. veljače 2017.
46. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-5294/2013 od 18. lipnja 2014.
47. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/1133/2012, od 8. travnja 2014.
48. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/2350/2014 od 20. travnja 2017.
49. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/269/2014, od 26. veljače 2014.
50. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/2760/2014 od 20. travnja 2017.
51. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/3045/2014, od 5. veljače 2015.
52. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/3069/2014, od 5. veljače 2015.
53. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/3817/2009, od 19. prosinca 2012.,
54. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/4285/2013, od 27. rujna 2016.
55. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/4576/2014, od 14. srpnja 2016.
56. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/5/2015, od 5. ožujka 2015.
57. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/507/2015, od 04. listopada 2017.
58. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/5154/2012, od 09. siječnja 2012.
59. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/6288/2016, od 20. travnja 2017.
60. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/6657/2014, od 19. listopada 2016.
61. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III/7360/2014 od 30. ožujka 2016.
62. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-1001/2007, od 07. srpnja 2010.
63. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-1378/2015, od 01. ožujka 2018.
64. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-1994/2014, od 20. travnja 2017.
65. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-2914/2014, od 13. listopada 2016.
66. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-2915/2014, od 02. studenog 2016.
67. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-3113/2014, od 05. veljače 2015.
68. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-4137/2014, od 20. travnja 2017.
69. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-4374/2011 od 15. listopada 2014.
70. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-4508/2014, od 30. siječnja 2018.
71. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-4510/2014, od 07. ožujka 2018.
72. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-4576/2014, od 14. srpnja 2016.
73. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-4772/2014, od 13. listopada 2016.
74. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-5678/2014, od 30. siječnja 2018.
75. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-6077/2014, od 14. lipnja 2017.
76. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III-7108/2014, od 30. lipnja 2016.
77. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-145/2014-5 od 20. studenoga 2014.
78. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-24/2014-6 od 8. svibnja 2014.
79. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-26/2014-8 od 8. svibnja 2014.
80. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-644/2013-3 od 15. svibnja 2014.
81. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-704/13-5 od 28. kolovoza 2014.
82. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-792/2013-3 od 20. veljače 2014.
83. Odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske br. Usž-95/2014-4 od 8. svibnja 2014.
84. Opći porezni zakon, NN br. 115/2016, 106/2018.
85. Opći porezni zakon, NN br. 147/2008, 18/2011, 78/2012, 136/2012, 73/2013, 26/2015, 44/2016, 115/2016.
86. Poslovník Hrvatskog sabora, NN br. 81/2013, 113/2016, 69/2017, 29/2018.

87. presuda Upravnog suda u Osijeku, br. Usl-634/13-6 od 29. studenoga 2013., citirana u predmetu U-III/4576/2014, od 14. srpnja 2016.
88. Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
89. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN br. 99/99, 29/02, 49/02.
90. Vlada RH (2012), *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona*.
91. Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, NN br. 78/2012.
92. Zakon o parničnom postupku, NN br. 53/91 – 89/14.
93. Zakon o trgovačkim društvima, NN br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.



**Stjepan Gadžo\***  
**Nataša Žunić Kovačević\*\***

Summary

## **RETROACTIVE APPLICATION OF THE RULES ON PIERCING THE CORPORATE VEIL IN TAX MATTERS: AN ANALYSIS OF CROATIAN ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL PRACTICE**

By virtue of the amendments to General Tax Act (GTA) in July 2012 Croatian tax law saw the introduction of the rules on the so-called ‘piercing the corporate veil’, pertaining to the possibility that tax authorities recover outstanding tax debt incurred by corporate taxpayers from their shareholders and directors. In the ensuing almost seven-year practice, particularly puzzling issue concerned the retroactive application of relevant statutory rules, i.e. in relation to facts that occurred before their entry into force. The present paper contains an analysis of this particular issue, against the backdrop of pertinent administrative and judicial case-law. It is argued that neither High Administrative Court nor Constitutional Court came to the right decision in declaring the vexed practice of Croatian tax authorities as legal and constitutionally valid. In doing so, particular attention is drawn to the principle of legal certainty in tax matters.

*Keywords:* *piercing the corporate veil; General Tax Act; abuse of law; tax guarantee; retroactivity; the right to fair trial.*

Zusammenfassung

## **RÜCKWIRKENDE ANWENDUNG DER REGELN ÜBER DIE DURCHBRECHUNG DER RECHTSPERSÖNLICHKEIT IN STEUERSACHEN: ANALYSE DER VERWALTUNGSRECHT- UND VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG**

Durch die im Juli 2012 erlassene Novelle des Allgemeinen Steuergesetzes wird die Haftung der Mitglieder von Handelsgesellschaften, der die Geschäfte der

---

\* Stjepan Gadžo, Ph.D., Assistant Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; [sgadzo@pravri.hr](mailto:sgadzo@pravri.hr).

\*\* Nataša Žunić Kovačević, Ph.D., Full Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; [zunic@pravri.hr](mailto:zunic@pravri.hr).

Gesellschaft leitenden Person und der damit verbundenen Personen als Steuerbürgen für ausstehende Steuerschulden der Gesellschaften vorgeschrieben. In fast siebenjähriger praktischer Anwendung dieser sog. Institut der Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit hat sich die Frage der rückwirkenden Wirkung bestimmter Gesetzesregeln, beziehungsweise der Anwendung der Rechtsfolgen auf die vor dem Inkrafttreten der genannten Gesetzesbestimmungen entstandenen Tatbestände, als besonders umstritten erwiesen. Dieser Beitrag ist gerade der Analyse dieses Problems gewidmet, insbesondere im Lichte der reichen jüngsten Verwaltungsrecht- und Verfassungsrechtsprechung. Ausgehend von den allgemeinen Regeln über die zeitliche Geltung von (steuerlichen) Vorschriften lässt sich aus der in diesem Beitrag durchgeführten Analyse schließen, dass die Rechtsansichten des Oberen Verwaltungsgerichts und des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien bezüglich der rückwirkenden Wirkung genannter Regeln nicht auf maßgeblichen Verfassungs- und Gesetzesnormen gegründet sind. Deshalb weist man im Beitrag daraufhin, dass es wichtig ist, wenigstens eine minimale Rechtssicherheit im kroatischen Steuersystem aufzubewahren, was größtenteils in der Verantwortung zuständiger Gerichte liegt.

*Schlüsselwörter:* Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit; Steuerrecht; Allgemeines Steuergesetz; Rechtsmissbrauch; Steuerbürgschaft; Rückwirkung; das Recht auf ein faires Verfahren.

Riassunto

## **IL SEQUESTRO DELL'IMMOBILE ALLA LUCE DELLA TUTELA DEL DIRITTO AL PACIFICO GODIMENTO DEL PATRIMONIO**

Le autrici nel lavoro analizzano l'istituto del sequestro di bene immobile nel regime giuridico generale ed in alcuni regimi speciali. Nella prima parte del lavoro si offre una rassegna dell'istituto giuridico, mentre nel prosieguo se ne disaminano i presupposti e le caratteristiche. Si evidenziano i requisiti necessari per il sequestro nella disciplina nazionale, ovvero che al titolare del diritto di proprietà sia richiesta una determinata azione che costui non ha posto in essere al fine di tutelare determinati beni. Di seguito vengono esaminate le caratteristiche della temporaneità e della limitazione dell'esercizio dei poteri in capo al proprietario sul bene in relazione al significato della tutela del pacifico godimento del patrimonio. Si rileva come si tratti della terza regola sul controllo dell'uso del patrimonio e s'è valutato se ciò porti ad incrinare l'equilibrio giuridico; cioè se le limitazioni imposte dallo Stato siano proporzionate.

*Parole chiave:* sequestro; diritto al pacifico godimento del patrimonio; proporzionalità.

## ZABILJEŽBE PRAVNIH ČINJENICA U OVRŠNOM ZAKONU

Doc. dr. sc. Dinka Šago\*

UDK: 347.952(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.14>

Ur.: 14. siječnja 2019.

Pr.: 2. veljače 2019.

Prethodno priopćenje

### Sažetak

*Tema je ovog rada zabilježba u službi zaštite povjerenja u zemljišne knjige s posebnim osvrtom na zabilježbe predviđene ovršnim pravilima i pravilima osiguranja. Zabilježbe koje su povezane sa ovršnim postupkom ne moraju biti vezane isključivo za Ovršni zakon. Zabilježba pokretanja postupka popunjava određenu prazninu koja se javlja u vremenu od podnošenja prijedloga za pokretanje ovršnog postupka i zabilježbe ovrhe. Zabilježba ovrhe prva je od zabilježbi koje se vežu za ovršni postupak. Razrađeni su učinci zabilježbe ovrhe koja je bitna radi očuvanja prava ovrhovoditelja, odnosno mogućnosti namirenja ovrhovoditelja, a tako i publiciranja kako je za određenu nekretninu u tijeku ovršni postupak. Zabilježba ovršivosti također je jedna od zabilježbi predviđenih Ovršnim zakonom. Njome se štiti ovrhovoditelj, odnosno predlagatelj osiguranja nakon dospijea tražbine. U okviru zabilježbe ovršivosti obrađen je i institut prisilnog zasnivanja založnog prava na nekretnini radi osiguranja tražbine.*

**Ključne riječi:** zabilježba; zemljišne knjige; Ovršni zakon.

### 1. UVOD

Zabilježbom se u zemljišne knjige upisuju osobni odnosi nositelja knjižnih prava i pravne činjenice mjerodavne za pravni promet nekretnina. Zakonom o zemljišnim knjigama (dalje: ZZK)<sup>1</sup> propisano je da se u zemljišnu knjigu upisuju određene pravne činjenice nastale tijekom zemljišnoknjižnoga postupka. Zabilježba i brisanje zabilježbe pravnih činjenica provodi se po službenoj dužnosti. Po službenoj se dužnosti zabilježuje da prijedlogu nije priložen izvornik isprave (čl. 103. st. 5. ZZK-a), da nije priložen ovjereni prijepis isprave sastavljene na stranom jeziku (čl. 104. st. 2. ZZK-a), da je odbijen prijedlog za upis (čl. 111. st. 1., 2. ZZK-a), brojevi istodobno zaprimljenih prijedloga za upis koji se odnose na isto zemljišnoknjižno

\* Dr. sc. Dinka Šago, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; [dinka.sago@pravri.hr](mailto:dinka.sago@pravri.hr).

1 Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99 - Odluka Ustavnog suda broj U-I-58/1997., U-I-235/1997., U-I-237/1997., U-I-1053/1997., U-I-1054/1997. od 17. studenoga 1999., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08. i 126/10., 55/13., 60/13, 108/17.

tijelo (čl. 114. ZZK-a), da je pokrenut postupak za ispravljanje pogriješnog upisa (čl. 119. ZZK-a), rješenje suda prvog stupnja o odbacivanju žalbe (čl. 126. st. 1. ZZK-a), da je podnesena žalba protiv rješenja o upisu (čl. 127. st. 1. ZZK-a), naznake o glavnom i sporednim ulošcima u kojima je upisana zajednička hipoteka (čl. 130. st. 4. ZZK-a), da je djelomice ili potpuno brisana zajednička hipoteka u određenom ulošku (čl. 136. st. 2. ZZK-a), da je pokrenut postupak otpisa (čl. 161. st. 2. ZZK-a), da je podnesen prigovor protiv besteretnog otpisa dijelova male vrijednosti (čl. 157. st. 2. ZZK-a) te prijave i prigovori protiv upisa provedenih u postupku osnivanja zemljišne knjige (čl. 188. st. 3. ZZK-a).<sup>2</sup>

Zabilježbe pravnih činjenica po ZZK - a su: 1. zabilježba prvenstvenog reda;<sup>3</sup> 2. zabilježba otkaza hipotekarne tražbine i tužbe; 3. zabilježba spora;<sup>4</sup> 4. zabilježba tužbe radi pobijanja dužnikovih pravnih radnji; 5. zabilježba imenovanja, opoziva ili promjene upravitelja; 6. zabilježba odbijanja ovrhe te 7. zabilježba dosude.

Zabilježbe pravnih činjenica po Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>5</sup> su: 1. zabilježba da su strojevi i slični uređaji koji služe nekretnini samostalne stvari; 2. zabilježba zabrane otuđenja i/ili opterećenja određene na temelju pravnog posla;<sup>6</sup> 3. zabilježba ograničenja prava na razvrgnuće suvlasništva; 4. zabilježba načina upravljanja nekretninom; 5. zabilježba ograničenja prava suvlasnika na davanje u zakup ili najam posebnog dijela nekretnine; 6. zabilježba o ključu raspodjele troškova cijele nekretnine i doprinosa zajedničkoj pričuvi; 7. zabilježba otkaza hipotekarne tražbine i tužbe; 8. zabilježba obveze brisanja hipoteke te 9. zabilježba pridržaja prvenstvenog reda.

Zabilježbe pravnih činjenica po Ovršnom zakonu su:<sup>7</sup> 1. zabilježba ovrhe; 2. zabilježba ovršivosti tražbine osigurane hipotekom te 3. zabilježba privremene mjere osiguranja zabranom otuđenja ili opterećenja nekretnine.

Zabilježbe pravnih činjenica u drugim propisima su: 1. zabilježba ugovora o doživotnom uzdržavanju; 2. zabilježba postupka izvlaštenja; 3. zabilježba da za građevinu nisu priložene uporabna i građevna dozvola te 4. zabilježba da je nekretnina

2 Tako Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Zagreb, Informator, 2001., str. 222.

3 Više kod Šago, D., Zabilježba prvenstvenog reda u zemljišnim knjigama, Zbornik radova s III. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, ur. Šago, D. i dr., Split, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, 2017., str. 275-297.

4 Opširnije Šago, D., Provedba i učinci zabilježbe spora u zemljišnim knjigama u zakonodavstvu Republike Hrvatske, Revija za pravo i ekonomiju, Mostar, god. 18., 1/2017., str. 163–182.

5 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96, 68/98 – Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (ukida čl. 371.), 137/99 – Odluka Ustavnog suda broj U-I-58/1997., U-I-235/1997., U-I-237/1997., U-I-1053/1997., U-I-1054/1997. od 17. studenoga 1999., 22/00 – Odluka Ustavnog suda RH broj U-I-1094/1999. od 9. veljače 2000., 73/00, 129/00 – Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (u odnosu na čl. 366.–373.), 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 – pročišćeni tekst, 94/2017.

6 Opširnije Ernst, H., Zabilježba zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnine na temelju pravnog posla, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 11, 2004., str. 403-416.

7 Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.

kulturno dobro.<sup>8</sup>

U nastavku rada osvrnut ćemo se na zabilježbe pravnih činjenica propisane odredbama OZ-a.

## 2. ZABILJEŽBA OVRHE

### 2.1. Pojam

Zemljišne knjige imaju važnu ulogu u stjecanju prava na nekretninama koja se osnivaju u postupku ovrhe ili osiguranja na nekretninama, za publiciranje različitih stvarnih i obveznih prava i pravnih činjenica važnih za pravno stanje nekretnine na kojoj se vodi postupak ovrhe ili osiguranja. OZ sadrži brojne odredbe koje u cijelosti odgovaraju određenim pravilima i načelima iz ZZK-a, kao što su npr. odredbe o nekretnini kao predmetu ovrhe, odredbe o knjižnom predniku i sl.<sup>9</sup> U ovršnom postupku sud određuje ovrhu onim sredstvom i na onim predmetima koji su navedeni u ovršnom prijedlogu. Čim donese rješenje o ovrsi, sud će po službenoj dužnosti zatražiti da se u zemljišnoj knjizi upiše zabilježba ovrhe (čl. 84. st. 1. OZ). Rješenje o ovrsi na nekretnini treba sadržavati i dio kojim se određuje zabilježba ovrhe na nekretnini koja je predmet ovrhe s tim da je sud dužan po službenoj dužnosti, na temelju ovršne isprave prije pravomoćnosti rješenja o ovrsi, a na temelju vjerodostojne isprave nakon pravomoćnosti rješenja o ovrsi, zatražiti da se u zemljišnoj knjizi upiše zabilježba ovrhe (čl. 84. st. 1. OZ).<sup>10</sup> Zabilježba ovrhe ne može se odrediti na temelju rješenja o ovrsi javnog bilježnika kojim je određena ovrha na novčanoj tražbini po računu ovršenika.<sup>11</sup>

Zabilježba ovrhe prva je od zabilježbi koje se vežu uz ovršni postupak. Ovrha na nekretnini provodi se zabilježbom ovrhe u zemljišnoj knjizi, utvrđenjem njene vrijednosti, njenom prodajom te namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom nekretnine. Dakle, zabilježba ovrhe na nekretnini u ovršnom postupku je sredstvo ovrhe (čl. 80. OZ). Bitan sastavni dio rješenja o ovrsi na nekretnini je

8 Opširnije Čizmić, J., Šago, D., Kačer, B., Osnove zemljišnoknjižnog prava, Maribor, University of Maribor Press, 2018., str. 430–433.

9 Vidi Josipović, T., Uloga zemljišnih knjiga u pravnom prometu nekretnina, HGK, Sektor za trgovinu, Šesti forum hrvatskih posrednika u prometu nekretninama, www.agenti.hr, str. 53.

10 Jedna od najčešćih zabilježba u zemljišnoj knjizi je zabilježba ovrhe, pri čemu se najčešće u tim predmetima izjavljuje žalba u zemljišnoknjižnom postupku, a ne u ovršnom postupku. Više Barjaktar, B., Dopuštenost žalbe protiv rješenja zemljišnoknjižnog suda o upisu zabilježbe ovrhe, Informator, br. 5377, 2005., str. 8–13.

11 U tom smislu presuđeno: „Prema tome, zabilježbu ovrhe u smislu odredbe čl. 84. st. 1. OZ-a određuje isključivo ovršni sud i to po službenoj dužnosti čim donese rješenje o ovrsi na nekretnini. Prijedlog za upis zabilježbe ovrhe predlagatelj temelji na rješenju o ovrsi javnog bilježnika kojim je određena ovrha na novčanoj tražbini po računima ovršenika (protustranke) i na temelju takvog pravomoćnog i ovršnog rješenja o ovrsi predlagatelj može zatražiti od nadležnog suda da odredi ovrhu na predmetu ovrhe na kojem se na temelju takvog rješenja ne može tražiti izvansudska ovrha, a pretpostavka za podnošenje takvog prijedloga je bezuspješna provedba izvansudske ovrhe. O prijedlogu sud odlučuje primjenom odredbe čl. 5. st. 3. OZ-a, odnosno kao da je zatraženo da ovrhu odredi drugim sredstvom i na drugom predmetu ovrhe.“ Županijski sud u Varaždinu: Gž Zk 262/2017-2.

određivanje zabilježbe ovrhe.

## 2.2. Učinak zabilježbe ovrhe

Učinak zabilježbe ovrhe je da ovrhovoditelj time stječe pravo da svoju tražbinu namiri iz nekretnine (vrijednosti nekretnine koja se prodaje u ovršnom postupku - pravo na namirenje) i ako bi treća osoba kasnije stekla vlasništvo te nekretnine (čl. 84. st. 2. OZ).<sup>12</sup> Nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva niti kojega drugog stvarnog prava utemeljenog na raspoložbi ovršenika, bez obzira na to kad je ta raspoložba poduzeta (čl. 84. st. 3. OZ). Primjerice, ovršenik ne može nakon upisa zabilježbe ovrhe prodati nekretninu ili je darovati jer nisu dopuštena dobrovoljna raspolaganja ovršenika tom nekretninom. No, ako neki založni vjerovnik, koji je stekao i upisao hipoteku prije zabilježbe ovrhe, namiruje svoju tražbinu iz vrijednosti nekretnine, ta se nekretnina u tom slučaju može prodati jer se u tom slučaju ne radi o raspolaganju ovršenika. Ta je razlika ključna kod zabilježbe ovrhe i po tome se razlikuje od drugih zabilježbi jer ograničava vlasnika-ovršenika nekretnine da raspoláže tom nekretninom dok u zemljišnim knjigama postoji zabilježba ovrhe. Cilj je te zakonske odredbe spriječiti da se naknadnim promjenama vlasnika nekretnine na temelju raspoložbi ovršenika otežava i odugovlači provedba ovrhe.<sup>13</sup> Osim toga,

12 Okolnost da je nakon zabilježbe u zemljišnim knjigama prava na namirenje treća osoba stekla vlasništvo nekretnine, nije zapreka da se vjerovnik namiri iz te nekretnine. U tom smislu presuđeno: „Po odredbi čl. 144. st. 1. Zakona o izvršnom postupku u zemljišnoj će se knjizi izvršiti zabilježba rješenja o izvršenju na nekretnini. St. 2. toga članka predviđa da tom zabilježbom vjerovnik stječe pravo da svoje potraživanje namiri iz nekretnine (pravo na namirenje) i u slučaju da treća osoba kasnije stekne na istoj nekretnini pravo vlasništva ili pravo raspolaganja. Po odredbi čl. 33. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima na temelju pravnog posla pravo vlasništva na nekretninama stječe se upisom u javne knjige. U konkretnom slučaju tuženikov dužnik je bio upisan u zemljišnim knjigama kao vlasnik 12. kolovoza 1991. godine kada je prema podacima u spisu doneseno rješenje o izvršenju kojim je dopuštena spomenuta zabilježba, dok je presuda kojom je raskinut kupoprodajni ugovor temeljem kojega je tuženikov dužnik ishodio upis prava vlasništva nekretnina na svoje ime, postala pravomoćna dana 7. siječnja 1993. godine. Prema tome, tužitelj je nakon izvršene zabilježbe stekao na istim nekretninama pravo vlasništva. Stoga je prije navedenom zabilježbom tuženik stekao pravo da potraživanje prema svom dužniku D. T. namiri iz njegovoga suvlasničkog dijela nekretnina unatoč tome što je na tom dijelu tužitelj kasnije stekao pravo vlasništva.” Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 2797/93, od 18. 10. 1995.

13 Upisana zabilježba ovrhe u zemljišnoj knjizi zapreka je za upis založnog prava na taj nekretnini. U tom smislu presuđeno: „Dakle, prema sadržaju citiranih odredbi predbilježba se može dopustiti ako isprava na temelju koje se zahtijeva upis ne odgovara svim posebnim pretpostavkama za uknjižbu. U konkretnom slučaju prijedlog za uknjižbu založnog prava predlagatelj temelji na Sporazumu o osiguranju novčane tražbine od 28. travnja 2015. sklopljenom između predlagatelja i protustranke i navedena isprava nema nikakvih nedostataka zbog kojih se traženi upis ne bi mogao provesti. Međutim, u trenutku podnošenja prijedloga za upis založnog prava na nekretninama obuhvaćenim prijedlogom upisana je zabilježba ovrhe, a u smislu odredbe čl. 107 ZZK za odlučivanje o prijedlogu za upis mjerodavno je stanje u času kad je taj prijedlog stigao zemljišnoknjižnom sudu. Odredbom čl. 84. st. 3. OZ-a propisano je da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva niti kojeg drugog stvarnog prava utemeljen na raspoložbi ovršenika, bez obzira na to kad je ta raspoložba

tom se odredbom nastoji postići da se zabranom upisa drugih stvarnih prava, npr. stvarnim služnostima, koja ne prestaju prodajom nekretnine, ne isprovocira smanjenje interesa za kupnju na javnoj dražbi i smanjenje vrijednosti nekretnine. Međutim, nije zabranjeno upisati pravo vlasništva ili koje drugo stvarno pravo koje nije utemeljeno na raspoložbi ovršenika (primjerice ako je treća osoba stekla pravo vlasništva na temelju sudske odluke, nasljeđivanja ili zakona).

Cilj je ove odredbe zaštititi nekretninu na kojoj se provodi ovrha od daljnjih raspoložbi ovršenika kako bi se omogućila brza i djelotvorna naplata tražbine zbog koje se ovrha provodi. Dužnost je države omogućiti funkcioniranje pravnog sustava kao koherentnog i konzistentnog sustava pravnih pravila koja udovoljavaju načelu vladavine prava, kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske.

Učinak zabilježbe je i u tomu da ovrhovoditelj koji je predložio ovrhu, a nije prije stekao založno pravo, stječe zabilježbom ovrhe pravo da se iz nekretnine namiri prije osobe koja na toj nekretnini kasnije stekne založno pravo ili pravo na namirenje (čl. 84. st. 6. OZ). Moguća je situacija da se tijekom ovršnog postupka promijeni vlasnik nekretnine. Ta promjena, međutim, ne sprječava da se, ako je upisana zabilježba ovrhe, postupak nastavi protiv novoga vlasnika kao ovršenika. Pritom sve radnje poduzete prije toga ostaju na snazi i novi vlasnik ne može u postupku poduzimati one radnje koje ne bi mogao poduzeti prijašnji vlasnik da do promjene vlasništva nije došlo (čl. 84. st. 4. OZ). U tom će se slučaju na prijedlog ovrhovoditelja donijeti rješenje o nastavljanju ovršnog postupka protiv novoga vlasnika kao ovršenika u tom postupku. Protiv toga rješenja novi vlasnik nema pravo na žalbu (čl. 84. st. 5. OZ). Nakon upisa zabilježbe ovrhe ne može se za namirenje druge tražbine istoga ili drugoga ovrhovoditelja na toj nekretnini provesti poseban ovršni postupak. Ovrhovoditelj za čiju je tražbinu kasnije određena ovrha na istoj nekretnini stupa u već pokrenuti ovršni postupak (čl. 85. st. 1. i 2. OZ).

Dakle, učinak zabilježbe ovrhe je: 1. da nakon upisa zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva niti kojega drugog stvarnog prava utemeljen na raspoložbi ovršenika bez obzira na to kad je ta raspoložba poduzeta; 2. da ako nekretnina promijeni vlasnika, ovrhovoditelj stječe pravo da tražbinu namiri iz vrijednosti nekretnine (pravo na namirenje), pa se postupak može nastaviti protiv novoga vlasnika; 3. da radnje koje su poduzete ostaju punovažne, a novi vlasnik ne može poduzimati one radnje koje ne bi mogao ni prijašnji vlasnik; 4. da ovrhovoditelj koji je predložio ovrhu, a nije prije stekao hipoteku, stječe zabilježbom pravo da se iz nekretnine namiri prije osobe koja na toj nekretnini kasnije stekne hipoteku ili pravo na namirenje; 5. da nakon upisa zabilježbe ne može na toj nekretnini provesti poseban ovršni postupak za namirenje druge tražbine, već novi ovrhovoditelj stupa u već pokrenuti postupak, najkasnije do pravomoćnosti rješenja o dosudi.<sup>14</sup>

---

poduzeta. To znači da nije dopušten upis stvarnih prava koje bi treća osoba stekla pravnim poslom s ovršenikom, bez obzira na vrijeme sklapanja. Obzirom na sadržaj odredbe čl. 84. st. 3. OZ-a upisana zabilježba ovrhe na nekretninama protustranke predstavlja zapreku za upis založnog prava na istim nekretninama.“ Županijski sud u Varaždinu: Gž Zk 210/2018-2.

14 Tako Kontrec, D., Ovrha na nekretnini, Hrvatska gospodarska komora – sektor za trgovinu dvadeset i treći forum poslovanja nekretninama, str. 6.

### 2.3. Upis zabilježbe ovrhe

Pri upisu zabilježbe zemljišnoknjižni sud postupa prema odredbi čl. 108. st. 2. ZZK-a, što znači da ispituje jedino je li ovlašten sud odredio zabilježbu ovrhe i jesu li ispunjeni uvjeti da se ta zabilježba može upisati u zemljišnoj knjizi s obzirom na stanje zemljišne knjige (je li ovršenik ujedno i upisani ili barem predbilježeni zemljišnoknjižni vlasnik).<sup>15</sup> Ne ispune li se pretpostavke iz čl. 108. st. 2. ZZK-a, zemljišnoknjižni sud odbit će upis zabilježbe ovrhe. Varijante neudovoljavanja pretpostavkama iz čl. 108. st. 2. ZZK-a mogu se odnositi na to: 1. da je upis odredilo nenadležno tijelo kada se primjenom čl. 109. st. 5. ZZK-a odbija dopuštenje upisa i zabilježi odbijanje odnosno b) da upis nije provediv s obzirom na stanje zemljišne knjige. Tada će se na temelju čl. 111. st. 1. ZZK-a prijedlog odbiti i zabilježiti odbijanje prijedloga.<sup>16</sup>

Na temelju prijedloga za ovrhu općenito na imovini ovršenika podnesenog javnom bilježniku, da na temelju rješenja o ovrsi donesenog po tom prijedlogu nije podnesen i prijedlog nadležnom sudu za određivanje sudske ovrhe na nekretnini, nije moguće s uspjehom tražiti zabilježbu pokretanja ovrhe, jer se ne radi o postupku u kojem bi mogao biti određen upis u zemljišnu knjigu.<sup>17</sup>

15 Kada su ostvarene pretpostavke za zabilježbu ovrhe iz odredbe čl. 84. st. 1. Ovršnog zakona, zemljišnoknjižni sud ne može ispitivati pretpostavke za donošenje tog rješenja, već će se u smislu odredbe čl. 108. st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama ograničiti na pitanje je li upis provediv s obzirom na stanje zemljišne knjige, a glede ostalih pretpostavki odlučuje onaj sud ili drugo tijelo koje upis dopušta. „Odredbom čl. 84. st. 1. Ovršnog zakona (dalje OZ) propisano je da čim donese rješenje o ovrsi, sud će po službenoj dužnosti zatražiti da se u zemljišnoj knjizi upiše zabilježba ovrhe. Odredbom čl. 108. st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama (dalje ZZK) propisano je da kad zemljišnoknjižni upis određuje drugi sud ili drugo nadležno tijelo, a ne zemljišnoknjižni sud, zemljišnoknjižni sud će se ograničiti na ispitivanje je li upis odredilo za to nadležno tijelo te je li upis provediv s obzirom na stanje zemljišne knjige, a glede ostalih pretpostavki odlučuje onaj sud ili drugo tijelo koje upis dopušta. Sadržajno u biti protivnik upisa smatra da uopće nije bilo dopušteno donijeti rješenje o ovrsi, te zatim, naravno, i naložiti zabilježbu ovrhe, no u smislu odredbe čl. 108. st. 2. ZZK-a zemljišnoknjižni sud ne može ispitivati pretpostavke za donošenje rješenja o ovrsi. Katastarska Općina S. spada pod nadležnost Općinskog suda u Rijeci, te je stoga valjano prvostupanjski sud odredio zabilježbu ovrhe u smislu odredbe čl. 108. st. 2. ZZK-a, jer su ostvarene pretpostavke iz odredbe čl. 84. Ovršnog zakona. Eventualna žalba na rješenje o ovrsi, odnosno nepravomoćnost rješenja o ovrsi nije zapreka za donošenje rješenja o zabilježbi, jer se rješenje o ovrsi zabilježuje prije nastupa pravomoćnosti, a ovo sve je praktično zabilježba ovrhe i prva ovršna radnja u postupku ovrhe na nekretnini radi naplate novčane tražbine. Slijedom navedenog, kako je prvostupanjski sud na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje pravilno primijenio materijalno pravo, a nije počinio povrede postupka, valjalo je na temelju odredbe čl. 128. st. 3. ZZK-a odbiti žalbu protivnika upisa kao neosnovanu i potvrditi rješenje prvostupanjskog suda.” Županijski sud u Splitu, Gž Zk-141/16, od 7. 6. 2016.

16 Tako Mihelčić, G., u suradnji s Kontrecom, D., Komentar Ovršnog zakona s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova, Zagreb, Organizator, 2015., str. 377.

17 U tom smislu presuđeno: „Neosnovano žalitelj prigovara utvrđenom činjeničnom stanju u pogledu osnovanosti prijedloga radi zabilježbe pokretanja postupka jer je prvostupanjski sud utvrdio da je predlagatelj kod javnog bilježnika ishodio rješenje o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave radi namirenja novčane tražbine ovrhom općenito na imovini ovršenika. Pravilno je utvrđenje prvostupanjskog suda da se zabilježba pokretanja postupka zatražena primjenom čl. 84.a Zakona o zemljišnim knjigama (dalje ZZK) na točno određenim nekretninama ne može



Bitno je naglasiti da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva niti kojega drugog stvarnog prava utemeljenog na dobrovoljnoj raspoložbi ovršenika,<sup>18</sup> neovisno o tomu kada je ta raspoložba poduzeta (prije upisa zabilježbe ovrhe ili nakon toga).<sup>19</sup>

- zahtijevati a da predlagatelj nije dostavio dokaz da je pokrenut postupak ovrhe ne nekretninama protustranke podnošenjem sudu prijedloga za promjenu predmeta ovrhe na nekretninama. Prema shvaćanju ovoga Suda, pretpostavka za dopuštanje zabilježbe pokretanja postupka pred sudom ili upravnim tijelom u kojem bi se mogao odrediti upis za koji se ne može upisati zabilježba spora jest da je predlagatelj predao sudu ili upravnom tijelu podnesak na rješavanje na temelju kojega bi se mogao odrediti upis u zemljišnu knjigu, dok sud ili upravno tijelo ne odredi zabilježbu. Takva zabilježba djelovala bi protiv svih onih koji bi kasnije stekli knjižna prava, a po donošenju odluke o prijedlogu, donošenjem rješenja o zabilježbi spora, ista bi bila provedena na onome mjestu koje je osigurala zabilježba pokretanja postupka. Nije sporno da predlagatelj na temelju pravomoćnog rješenja o ovrši određenog općenito na imovini ovršenika može predložiti promjenu predmeta ovrhe pa i na nekretninama ovršenika, koje mora točno označiti u prijedlogu za promjenu predmeta ovrhe, a u skladu s odredbom čl. 285. u vezi s čl. 79. do čl. 82. Ovršnog zakona („Narodne novine”, br. 112/12 – dalje OZ). Pokretanje postupka promjenom predmeta ovrhe na nekretninama ovršenika je pretpostavka za predloženu zabilježbu jer se samo na temelju takvog prijedloga ne može odrediti zabilježba ovrhe iz čl. 84. OZ-a ili zabilježba odbijanja ovrhe iz čl. 88. ZZK-a dok sud ne odluči o prijedlogu za promjenu predmeta ovrhe donošenjem rješenja o ovrši ili odbijanjem odnosno odbacivanjem prijedloga za promjenu predmeta ovrhe.” Županijski sud u Bjelovaru, Gž - 2837/14-3, od 16. 4. 2015.
- 18 Tako Pezo, I., Upisi u zemljišnu knjigu, vrste upisa, pravni temelj, učinci... prateći popisi, Zagreb, Novi informator, 2011., str. 59.
- 19 Nakon zabilježbe ovrhe ovrhovoditelj stječe pravo na namirenje i onda kada treća osoba kasnije stekne vlasništvo na temelju sudske odluke zbog čega je dopušten upis promjene prava koji nije utemeljen na raspoložbi ovršenika nakon zabilježbe ovrhe. U tom smislu presuđeno: „Sud je usvojio prigovor treće osobe K. V. i proglasio nedopuštenom ovrhu na suvlasničkom dijelu od 1/4 nekretnine koja je pobliže označena u izreci rješenja i koja je predmet ovrhe u ovom ovršnom postupku. Polazeći od razloga koji su dati u pobijanom rješenju K. V. stekla je suvlasnički dio na nekretnini na temelju presude, pobliže označene u obrazloženju rješenja, tako da je svoj prigovor potkrijepila javnom ispravom, odnosno izvatom iz zemljišne knjige. Donoseći ovakvu odluku sud se pozvao na čl. 56. st. 1. Ovršnog zakona (NN 57/96 i 29/99, dalje OZ). Prema podacima koje sadrži spis predmeta ova promjena u zemljišnoj knjizi uslijedila je nakon što je u zemljišnoj knjizi zabilježena ovrha na predmetnoj nekretnini, pa iz obrazloženja pobijanog rješenja proizlazi pravni stav suda iako nije posebno obrazložen da činjenično stanje ukazuje na odredbe čl. 79. st. 3. OZ-a, a koje predviđaju da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva na predmetu ovrhe koji je utemeljen na raspoložbi ovršenika. Drugim riječima, do promjene u zemljišnoj knjizi je došlo na temelju sudske odluke, a ne na dobrovoljnoj raspoložbi ovršenika, pa bi to značilo da treća osoba K. V. raspolaže sa takvim pravom koje sprječava ovrhu na njenom suvlasničkom dijelu. Međutim, sud je propustio uočiti i odredbe čl. 79. st. 1. i 2. OZ-a, a koje predviđaju da ovrhovoditelj zabilježbom ovrhe stječe pravo da svoju tražbinu namiri iz nekretnine i u slučaju da treća osoba kasnije stekne vlasništvo te nekretnine. Ove odredbe potrebno je povezati s odredbama st. 4. ovog zakonskog članka, a smisao je tih odredbi da promjena vlasnika nekretnine ne sprječava da se ovršni postupak nastavi protiv novog vlasnika kao ovršenika i da ovrhovoditelj ostvari svoje pravo na namirenje iz vrijednosti nekretnine koja je predmet ovrhe. Ako se na ovaj način sagleda spor, odnosno ocijeni prigovor treće osobe K. V., tada se zaključuje da ona nema takvo pravo koje sprječava ovrhu, već naprotiv, ona je stekla pravo suvlasništva, kako to proizlazi iz spisa predmeta, ali se u tom dijelu našla u procesnoj poziciji ovršenika.” Županijski sud u Koprivnici, Gž - 1363/01-2, od 11. 12. 2001.

Ova odredba i njezin učinak razlikuje zabilježbu određenu na temelju ZZK-a i isključuje publicitetnu narav zabilježbe te sprječava daljnje upise i pravni promet nekretnina, ali samo u odnosu na osnove za promjenu zemljišnoknjižnog stanja utemeljene na raspoložbi ovršenika.<sup>20</sup> Svrha je te odredbe da se spriječi otežavanje provedbe ovrhe time što bi dispozicijom ovršenika došlo do promjene prava vlasništva na nekretnini ovršenika, kao i drugoga stvarnog prava.<sup>21</sup>

Prvi problemi pri daljnjoj uknjižbi mogu nastati kada se postavi pitanje koji su to pravni naslovi za stjecanje vlasništva utemeljeni na raspoložbi ovršenika. Svojom dispozicijom ovršenik može zaključiti ugovor o prodaji nekretnine, ugovor o darovanju, zamjeni ili opteretiti nekretninu zasnivanjem služnosti, te na drugi način utemeljen na njegovoj raspoložbi onemogućiti ili dopustiti promjenu prava vlasništva niti bilo kojega drugog stvarnog prava u zemljišnim knjigama.<sup>22</sup> Time se postiže svrha i cilj ove odredbe, a to je da se spriječi postupanje ovršenika usmjereno na odugovlačenje ovršnog postupka.<sup>23</sup>

Do promjene prava vlasništva nakon upisane zabilježbe ovrhe može doći na temelju presude kojom se mijenjaju knjižna prava s ovršenika na drugu osobu.<sup>24</sup>

Isto tako promjena vlasnika nekretnine tijekom ovršnog postupka ne sprječava da se taj postupak nastavi protiv novoga vlasnika kao ovršenika, pri čemu o tomu treba voditi računa u ovršnom postupku. Sve radnje poduzete prije toga ostaju na snazi i novi vlasnik ne može u postupku poduzimati one radnje koje ne bi mogao poduzeti raniji vlasnik da do promjene vlasništva nije došlo. U ovršnom postupku će, ako dođe do promjene vlasnika, sud na prijedlog ovrhovoditelja donijeti rješenje o nastavljanju ovršnog postupka protiv novoga vlasnika kao ovršenika, pri čemu taj novi vlasnik nema pravo žalbe na takvo rješenje.<sup>25</sup>

Ovrhovoditelj koji je predložio ovrhu, stječe ujedno i založno pravo, ako ga nije stekao ranije, te zabilježbom ovrhe stječe pravo da se iz nekretnine namiri prije osobe

20 Čizmić, J., Šago, D., Kačer, H., op. cit., str. 428.

21 Zabilježba ovrhe nije potrebna ako je vjerovnik već prije zabilježio da je podnio tužbu protiv vlasnika nekretnine. Isto vrijedi i ako je već zabilježio otkaz o kojem je ovisilo dospijeće njegove tražbine. Zabilježeni otkaz ili tužba djelovat će i protiv svakoga kasnijeg vlasnika nekretnine, pa će se na temelju ovršne presude čije je donošenje ishodeno zabilježenom tužbom ili zabilježenim otkazom, moći provesti namirenjem iz nekretnine bez obzira na to tko je u međuvremenu postao njezinim vlasnikom.

22 Rješenjem ŽS u Varaždinu prihvaćena je žalba i preinačeno rješenje na način da je odbijen prijedlog predlagatelja da se nekretnine upišu u zemljišnim knjigama na temelju darovnog ugovora od 29. lipnja 2004. jer je 21. svibnja 2004. izvršena zabilježba ovrhe na nekretninama protustranke (ŽS u Varaždinu Gž - 1708/04).

23 Tako Milaković, G., Provedba upisa u zemljišne knjige nakon upisane zabilježbe ovrhe, Hrvatska pravna revija, 3/2007., str. 71.

24 Problem nije provedba upisa utemeljenog na presudi koja je rezultat kontradiktornog postupka, već se problem pojavljuje onda kada je osnova za promjenu prava vlasništva presuda na temelju priznanja, presuda zbog izostanka, presuda zbog ogluhe te sudska nagodba. Postavlja se pitanje sadrže li ove presude i sudska nagodba element dispozitivnosti koji bi doveo do zaključka da se radi o raspoložbi ovršenika usmjerenoj na promjenu prava vlasništva nakon upisane zabilježbe ovrhe. Opširnije Milaković, G., op. cit. str. 71.

25 Tako Kontrec, D., Bulka, Z., Aktualna pitanja zemljišnoknjižnog prava – edukacija za zemljišnoknjižne referente, Zagreb, Pravosudna akademija, 2016., str. 30.

koja je na toj nekretnini kasnije stekla založno pravo ili pravo na namirenje. Često se u praksi događa da treće osobe budu upućene u ovrsi na parnicu radi utvrđenja da ovrha na nekretnini nije dopuštena. Odluke su u tim slučajevima raznolike i ovise o činjeničnim utvrđenjima, pri čemu uspjeh u parnici ovisi prije svega o poštenju (savjesnosti) te treće osobe.

#### **2.4. Pristupanje ovrsi**

Nakon upisa zabilježbe ovrhe ne može se za namirenje druge tražbine istoga ili drugoga ovrhovoditelja na toj nekretnini provesti poseban ovršni postupak (čl. 85. st. 1. OZ). Ovrhovoditelj za čiju je tražbinu kasnije određena ovrha na istoj nekretnini stupa u već pokrenuti ovršni postupak (čl. 85. st. 2. OZ). Pokrenutom ovršnom postupku može se pristupiti do pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu (čl. 85. st. 3. OZ). O pristupanju postupku sud će obavijestiti ovrhovoditelja u čiju je korist prije obavljena zabilježba (čl. 85. st. 4. OZ). Razlozi zbog kojih ovrha nije dopuštena u korist pojedinih od više ovrhovoditelja u čiju se korist ovrha provodi na istoj nekretnini, odnosno razlozi za obustavu ovrhe u odnosu na pojedine od ovrhovoditelja ne utječu na provedbu postupka u korist drugih ovrhovoditelja (čl. 85. st. 5. OZ). Ako se razlog za odgodu ovrhe tiče samo jednoga od više ovrhovoditelja, ovrha se neće odgoditi, nego će sud pri donošenju rješenja o namirenju odrediti odgodu namirenja toga ovrhovoditelja sve dok se postupak u odnosu na njega ne nastavi. Sredstva namijenjena namirenju toga ovrhovoditelja sud će pohraniti do nastavka postupka. Ako postupak ne bude nastavljen, ta će se sredstva upotrijebiti za namirenje drugih ovrhovoditelja, odnosno predat će se ovršeniku (čl. 85. st. 6. OZ).

#### **2.5. Brisanje zabilježbe ovrhe**

Za neke od zabilježbi predviđa se brisanje po službenoj dužnosti s protekom određenog vremena, no većina se briše po prijedlogu stranke, kojem treba priložiti svojevrsno rješenje iz kojeg je vidljivo da se situacija promijenila, odnosno da je dugovanje prema ovrhovoditelju podmireno ili treba biti izbrisana po nekom drugom pravnom temelju.

Zabilježba ovrhe brisat će se nakon nekog od načina pravomoćnog dovršetka ili obustave postupka ovrhe.<sup>26</sup>

26 Upis brisanja zabilježbe ovrhe treba prihvatiti kada je uz prijedlog za takav upis priložena pravomoćna odluka ovršnog suda iz koje proizlazi da je postupak obustavljen. U tom smislu presuđeno: „Ovrha na nekretninama provodi se zabilježbom ovrhe u zemljišnoj knjizi, utvrđivanjem vrijednosti nekretnine, prodajom nekretnine i namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom. Čim je donio rješenje o ovrsi, sud je po službenoj dužnosti zatražio upis zabilježbe ovrhe u zemljišnoj knjizi. Tom zabilježbom ovrhovoditelj je stekao pravo da svoju tražbinu namiri iz nekretnina, ustanovljeno kao pravo na namirenje i u slučaju da treća osoba kasnije stekne vlasništvo te nekretnine. Posljedica toga je da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva utemeljen na raspoložbi ovršenika, bez obzira na to kada je ta raspoložba poduzeta. Međutim, ako do toga i dođe, takva promjena vlasnika nekretnine tijekom ovršnog postupka ne sprječava da se postupak nastavi protiv novog vlasnika kao ovršenika. Sve radnje poduzete prije toga ostaju na snazi i novi vlasnik ne može u postupku

### 3. ZABILJEŽBA OVRŠIVOSTI TRAŽBINE OSIGURANE HIPOTEKOM

Rješenjem o osiguranju sud će odrediti uknjižbu hipoteke i zabilježbu ovršivosti i naložiti da se hipoteka i zabilježba ovršivosti upišu s onim prvenstvenim redom od dana ovrhovoditeljeva stjecanja prava na namirenje, dakle s danom zabilježbe ovrhe. Zabilježba ovršivosti tražbine osigurane hipotekom upisuje se u teretovnicu po službenoj dužnosti u postupku osiguranja pri prisilnom osnivanju založnog prava na nekretnini, istodobno s uknjižbom hipoteke kao mjerom osiguranja zasnovanom u postupku osiguranja za novčanu tražbinu za koju postoji ovršna isprava, ili na prijedlog vjerovnika čija je tražbina postala ovršna ako je za tu tražbinu već ranije na osnovi ugovora stekao hipoteku ili ako je već ranije kao prethodna mjera osiguranja predbilježena hipoteka.<sup>27</sup>

Retroaktivnost upisa hipoteke i zabilježbe ovršivosti u službi su svojevrnog nepravog očuvanja načela knjižnog prednika. Naime, ako je tijekom ovršnog postupka (a nakon zabilježbe ovrhe) došlo do promjene vlasnika nekretnine (čl. 79. st. 4. OZ) i ovrha se nastavila protiv novog vlasnika, u trenutku podnošenja prijedloga za osiguranje predlagatelj osiguranja/ovrhovoditelj (koji je pokrenuo ovrhu na temelju ovršne isprave protiv ranijeg vlasnika i zabilježbom ovrhe stekao pravo namirenja protiv novog vlasnika) nema takav naslov i u odnosu na novoga zemljišnoknjižnog vlasnika. Tako će hipoteka biti osnovana na temelju ovlaštenja iz čl. 97. OZ-a, *de facto*, retroaktivno u skladu sa zemljišnoknjižnim stanjem kakvo je bilo u trenutku zabilježbe ovrhe.<sup>28</sup>

---

poduzimati one radnje koje ne bi mogao poduzimati prijašnji vlasnik da do promjene vlasništva nije došlo. Na sve to nas upućuje normativni sadržaj odredaba čl. 75. i 79. Ovršnog zakona („Narodne novine”, br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08 - dalje OZ). Zabilježba se može odrediti kada je to predviđeno, ne samo odredbama Zakona o zemljišnim knjigama (dalje ZZK), već i drugim zakonom uključujući i OZ, o čemu je u ovoj pravnoj stvari riječ. Na taj način osnovno i glavno sredstvo zaštite ovrhovoditelja je upis zabilježbe ovršnog postupka u zemljišne knjige po službenoj dužnosti odmah po donošenju rješenja. Vodeći računa o tim odredbama, koje supstancijalno štite interese ovrhovoditelja, moguće je i dopušteno provesti upis brisanja zabilježbe na način kako to uređuje odredba čl. 83. i 84. ZZK-a, s tom razlikom da uz prijedlog za takav upis, pa i u onoj situaciji kada ga dostavlja ovršni sud, treba biti priložena pravomoćna odluka iz koje proizlazi da je postupak obustavljen, na način kako to propisuje čl. 83. st. 1. ZZK-a. Tek se u tom slučaju zabilježba može izbrisati, bilo po nalogu suda, bilo po prijedlogu nositelja knjižnog prava na koje se zabilježba odnosi. Time su za upis brisanja zabilježbe ovrhe ustanovljena drugačija pravila od onih koja vrijede, prema čl. 79. st. 1. OZ-a, za upis zabilježbe ovrhe odmah nakon donošenja rješenja o ovrsci na nekretninama.” Županijski sud u Rijeci, Gž - 3030/10, od 15. 11. 2012.

27 Tako Pezo, I., *op. cit.*, str. 86–87.

28 U praksi se problematizira bi li ovršni sud trebao sačekati pravomoćnost rješenja o obustavi ovrhe, odnosno brisanju zabilježbe ovrhe, pa tek onda odlučiti o osiguranju, ili to može učiniti istodobno te treba li rješenje o osiguranju dostaviti po pravomoćnosti ili ranije zemljišnoknjižnom sudu. Ima mišljenja da je u svrhu očuvanja prvenstvenog reda korisno istim rješenje odlučiti i o obustavi ovrhe (i brisanju zabilježbe ovrhe po pravomoćnosti obustave) i odrediti osiguranje uknjižbom hipoteke i zabilježbom ovršivosti s prvenstvenim redom zabilježbe ovrhe, i takvo rješenje dostaviti zemljišnoknjižnom sudu radi plombiranja, ali o ovom pitanju u praksi nema

Učinak je ove zabilježbe, zajedno s uknjižbom prisilnoga založnog prava, da će se ovrha na nekretninama moći provesti i prema trećoj osobi koja je tu nekretninu stekla i nakon njezina upisa. Ako se ova zabilježba upisuje za tražbinu za koju je ranije samo predbilježena hipoteka kao prethodna mjera osiguranja, jer u trenutku određivanja te prethodne mjere, tražbina još nije bila ovršna, tada će upis ove zabilježbe imati i pravne učinke opravdanja te predbilježbe.<sup>29</sup>

U rješenju kojim će odrediti osiguranje, ovršni sud odredit će da se u zemljišne knjige naznači ovršivost tražbine<sup>30</sup> radi osiguranja koje je uknjižba određena. Pravni učinak uknjižbe i zabilježbe ovršivosti očituje se u tomu da se ovrha na toj nekretnini može provesti i prema trećem koji nekretninu kasnije stekne. U tom slučaju ovrha će se odrediti protiv novog vlasnika na temelju ovršne isprave kojom je u zemljišne knjige upisana prisilna hipoteka i zabilježba ovršivosti te izvatka iz zemljišne knjige iz kojeg je vidljivo da je ta osoba upisana nakon upisa hipoteke i zabilježbe ovršivosti.<sup>31</sup> Smatramo da bi ovršni sud trebao po službenoj dužnosti rješenje o osiguranju dostaviti zemljišnoknjižnom sudu i da će tek nakon što zemljišnoknjižni sud odluči, odnosno dopusti upis hipoteke, ona i biti osnovana. Žalbu je moguće uložiti i protiv rješenja o osiguranju kao i protiv rješenja kojim je zemljišnoknjižni sud odlučio o upisu.

#### **4. ZABILJEŽBA PRIVREMENE MJERE OSIGURANJA ZABRANOM OTUĐENJA ILI OPTEREĆENJA NEKRETNINE**

Privremene mjere možemo definirati kao sredstva kojima je cilj stvaranje uvjeta za buduće ostvarenje tražbina vjerovnika na temelju odluke koja će biti ili koja je već donesena o glavnom pitanju (u glavnom postupku).<sup>32</sup> Zadaća je privremenih mjera ostvarenje regulacijske funkcije brzog i privremenog uređenja odnosa između stranaka u sporu čija je bit u ovlaštenju suda da određene pravne odnose privremeno uredi prema svojoj slobodnoj ocjeni.<sup>33</sup>

Privremene mjere koje se sastoje u zabranama i nalogima smatraju se provedenima dostavom osobi koje se tiču, odnosno zemljišnoknjižnom odjelu suda

---

konzensusa. Tako Mihelčić, G., Prisilno sudsko hipotekarno osiguranje tražbine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, 1/2007, str. 24.

29 Više Bugarin, B., Ovrha na nekretninama i zemljišne knjige: ovršni zemljišnoknjižni upisi, Hrvatska pravna revija, 1/2015., str. 68–69.

30 Naznačiti ovršivost znači da će sud zabilježiti ovršivost tražbine osigurane hipotekom. Prema Josipović, T., Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Zagreb, Informator, 1998., str. 170.

31 U dijelu prakse zastupa se stajalište da bi ovršni sud kada donese rješenje o osiguranju, trebao po službenoj dužnosti isto dostaviti zemljišnoknjižnom sudu, i to prije pravomoćnosti rješenja, a u slučaju kada odbije ili odbaci prijedlog za osiguranje, po službenoj dužnosti odrediti zabilježbu odbijenog odnosno odbačenog prijedloga za osiguranje. U teoriji ima drukčijih mišljenja prema kojima se rješenje o osiguranju dostavlja po službenoj dužnosti, ali tek nakon pravomoćnosti. Tako Dika, M., Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, u: Barbić, J. i dr., Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996., str. 81.

32 Tako Dika, M., Građansko ovršno pravo, Opće građansko ovršno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 847.

33 *Ibid.* str. 847–848.

ili drugom upisniku. Učinak zabilježbe zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnine ili stvarnih prava upisanih na nekretnini je u tomu što se upisima obavljenim u zemljišnoj knjizi na temelju dobrovoljne raspoložbe protivnika osiguranja, nakon upisa zabilježbe zabrane, mogu steći u odnosu prema predlagatelju osiguranja prava na nekretnini ili pravu na njoj upisanom samo ako predlagatelj osiguranja bude pravomoćno odbijen sa svojim zahtjevom u postupku koji je pokrenuo radi ostvarenja tražbine za čije je osiguranje zabilježba upisana.<sup>34</sup> Na temelju ovršne isprave stečene u postupku koji je pokrenuo protiv protivnika osiguranja radi ostvarenja tražbine za čije je osiguranje zabilježba zabrane upisana te dokaza da je osoba koja je stekla određeno pravo na nekretnini ili pravu upisanom na nekretnini na temelju dobrovoljne raspoložbe protivnika osiguranja to pravo stekla nakon upisa zabrane, predlagatelj osiguranja može izravno protiv te osobe tražiti ovrhu radi ostvarenja svoga prava utvrđenoga ovršnom ispravom.

Zabilježba zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnine kao privremene mjere osiguranja donesene rješenjem suda upisuje se u teretovnicu na temelju sudske odluke, a po dostavi te odluke zemljišnoknjižnom sudu od drugog suda ili po prijedlogu stranke. Upis ove zabilježbe određene rješenjem civilnog suda ne sprječava da dužnik i dalje raspoláže nekretninom, a njezin je učinak da vjerovnik može kada se ispune pretpostavke tražiti ovrhu na toj nekretnini i protiv svakoga kasnijeg stjecatelja nakon njezina upisa. Ako je upisana zabilježba određena kao privremena mjera osiguranja nenovčane tražbine, sva raspolaganja dužnika čine se uvjetnim ovisno o uspjehu predlagatelja osiguranja u sporu koji se vodi glede te nekretnine ili prava na njoj. Odnosno, kada je predlagatelj osiguranja uspio u sporu, on može tražiti ovrhu

34 Pravni učinak zabrane otuđenja nekretnina jest u tomu što predlagatelj osiguranja može predložiti ovrhu radi naplate svoje tražbine kad ona postane ovršna na nekretnini na koju se zabrana odnosi bez obzira na to što je poslije te zabrane treća osoba stekla i uknjižila pravo vlasništva na toj nekretnini, iz kojeg razloga nema zapreke da zemljišnoknjižni sud provede uknjižbu prava vlasništva na treću osobu unatoč uknjiženoj zabrani. "Što se tiče zabilježbe o ovrši, odnosno otuđenja i opterećenja, sud prvoga stupnja očigledno nije imao u vidu odredbu čl. 297. st. 5. Ovršnog zakona (dalje: OZ). Naime, učinak zabrane otuđenja i opterećenja se sastoji u tome što ovrhovoditelj, odnosno založni vjerovnik može predložiti ovrhu radi naplate svoje tražbine kad ona postane ovršna na nekretnini uknjiženoj u zemljišnoj knjizi bez obzira na to što je poslije te zabrane treća osoba, na temelju dobrovoljne raspoložbe, stekla pravo vlasništva na tim nekretninama. Dakle, imajući u vidu naprijed spomenute zakonske odredbe, očigledno je da nema zapreke, prema stajalištu ovog Suda, da se pobijani dio rješenja provede u zemljišnim knjigama. Prvostupanjski sud je osobito ispustio iz vida da se u konkretnom slučaju ne radi o raspoložbi vlasnika nekretnine upisane u z.k.ul. \_\_\_\_ k.o. Lj., odnosno sada pok. L. S. Ne radi se o raspoložbi, već o pravu nasljeđivanja. Naime, časom smrti ostavitelja sva prava i sve njegove obveze prelaze na nasljednike.

To valja osobito naglasiti. S druge strane, s obzirom da je već u tijeku ovršni postupak, taj postupak se mora i nastaviti. Ovršni postupak protiv ostavitelja kao ovršenika započeo je 1998. Ostavitelj je umro 26. travnja 2005. Ne može se voditi postupak protiv osobe čija su prava i obveze prestale smrću. Taj postupak se može voditi samo ako se nasljednici prihvate nasljeđa, što je u konkretnom predmetu i slučaj. Naime, kada se rješenje o nasljeđivanju ne bi provelo u zemljišnim knjigama glede predmetnih nekretnina, upitno je na koji način bi založni vjerovnici ostvarili svoja prava, odnosno upitno je u kojem postupku i koje osobe bi u tom postupku bile na pasivnoj strani." Županijski sud u Varaždinu, Gž-1391/05-2, od 8. 8. 2005.

protiv svake treće osobe koja je stekla nekretninu ili pravo, a kada je predlagatelj pravomoćno odbijen s tužbenim zahtjevom, treće osobe postat će bezuvjetni nositelji upisanog prava.<sup>35</sup>

Ova se zabilježba provodi protiv volje vlasnika, kako bi se spriječilo da vlasnik raspoláže nekretninom odnosno da je optereti, a sve radi osiguranja neke novčane ili nenovčane tražbine vjerovnika na čiji je prijedlog rješenje o određivanju privremene mjere i doneseno. Kod zabilježbe zabrane otuđenja ili opterećenja na temelju pravnog posla ne radi se o osiguranju tražbine kako bi se nekretnina „sačuvala“ za kasniju ovrhu, niti se ona provodi protiv vlasnikove volje.<sup>36</sup> Upravo je ova zabilježba odraz volje vlasnika i provodi se u povodu njegovog prijedloga. Motivi zbog kojih vlasnik odlučuje svoju nekretninu na neki način izuzeti iz daljnjega pravnog prometa, odnosno ograničiti svoje pravo vlasništva irelevantni su. Učinci zabilježbe privremene mjere osiguranja zabranom otuđenja ili opterećenja propisane su izričitim odredbama OZ-a i nemaju kao posljedicu onemogućavanje daljnjeg prometa, već olakšavanje ovrhe protiv eventualnog stjecatelja, dok zabrana otuđenja ili opterećenja na temelju pravnog posla ima upravo učinak sprječavanja, odnosno otežavanja daljnjega pravnog prometa.

## 5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Zemljišnoknjižni sudovi svakodnevno se susreću s različitim vrstama zabilježbi koje imaju svoje specifičnosti i različito utječu na sadržaj knjižnog prava i na mogućnost daljnjeg upisa u zemljišnim knjigama nakon upisane zabilježbe. Zabilježba ne znači i ne može značiti stjecanje bilo kakvih prava, ona je tek u funkciji stvaranja pretpostavki da se neka prava mogu steći pod određenim uvjetima. Zabilježbe koje su vezane za ovršni postupak ne moraju biti vezane isključivo za Ovršni zakon. Primjerice, zabilježba pokretanja postupka i zabilježba odbijanja ovrhe, dvije su zabilježbe koje su propisane odredbama ZZK-a. Zabilježba pokretanja postupka popunjava određenu prazninu koja se javlja u vremenu od podnošenja prijedloga za pokretanje ovršnog postupka i zabilježbe ovrhe. Zabilježba odbijanja ovrhe (čl. 88. ZZK-a) provodi se kad ovršni sud odbije prijedlog za ovrhu na nekretnini radi naplate tražbine za koju nije bila upisana hipoteka.<sup>37</sup> Naredba bi trebala biti inkorporirana u izreku rješenja ovršnog suda kojim se odbija prijedlog za ovrhu na određenoj nekretnini, a to bi se rješenje zemljišnoknjižnom sudu trebalo otpremiti nepravomoćno, istodobno s otpremom ovrhovoditelju.<sup>38</sup> Osnovni je cilj zabilježbe odbijanja ovrhe osiguranje prvenstvenog reda za namirenje tražbine ako se u povodu žalbe ovrhovoditelja (vjerovnika) protiv rješenja o odbijanju ovrhe ipak dopusti ovrha na nekretnini.<sup>39</sup> Ako se po žalbi usvoji prijedlog za ovrhu, sud će po službenoj dužnosti narediti da se na onome mjestu u prvenstvenom redu na kojem je bila upisana zabilježba odbijanja

35 Tako Pezo, I., *op. cit.*, str. 92–93.

36 Tako Ernst, H., *op. cit.*, str. 405.

37 Zabilježbu bi mogla zahtijevati i osoba čiji je prijedlog za ovrhu na nekretnini odbijen.

38 Tako Bugarin, B., *op. cit.*, str. 70.

39 Vidi Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 220.

ovrhe upiše zabilježba ovrhe. Ovu zabilježbu sud briše po službenoj dužnosti ako rješenje o odbijanju ovrhe postane pravomoćno, odnosno kad umjesto te zabilježbe bude zabilježeno rješenje o ovrsi s tim prvenstvenim redom.<sup>40</sup>

Zabilježba dosude nekretnine još je jedna od zabilježba koja je neposredno povezana s ovršnim postupkom. Njome se štiti kupac nekretnine, a svi upisi prava na nekretnini koji su predloženi nakon zabilježbe dosude brišu se na prijedlog kupca uz uvjet pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine. Pravni učinci zabilježbe dosude važni su, osim za publiciranje činjenice da je provedena dražba i da je nekretnina dosuđena određenoj osobi, i za osiguranje prava osobe kojoj je nekretnina dosuđena ako nakon provedene dražbe ovršenik raspolaže nekretninom. Zabilježbom dosude (čl. 89. ZZK-a) upisuje se u zemljišnu knjigu da je ovršni sud u postupku ovrhe na nekretnini donio rješenje o dosudi nekretnine osobi koja je na usmenoj javnoj dražbi ponudila najveću cijenu za nekretninu, odnosno koja je nekretninu kupila neposrednom pogodbom kad se na taj način može prodati nekretnina u ovršnom postupku (čl. 98., 99. OZ-a).<sup>41</sup> Tu će zabilježbu po službenoj dužnosti narediti ovršni sud pri donošenju rješenja o dosudi nekretnine kupcu, a ona se može provesti i na prijedlog kupca u čiju je korist doneseno rješenje o dosudi.<sup>42</sup> Zabilježba se upisuje u vlastovnicu na temelju rješenja o dosudi. Zabilježba će se brisati po dostavljanju pravomoćnog rješenja o dosudi s potvrdom ovršnog suda da je kupac položio kupovninu u skladu s tim rješenjem, a istodobno s upisom kupčeva prava vlasništva, ili po dostavi pravomoćnog rješenja kojim je dosuda, odnosno dražba ili prodaja oglašena nevažećom.<sup>43</sup>

Nekretnina se može prodati i neposrednom pogodbom ako se, najkasnije do prodaje na javnoj dražbi, o tomu sporazume stranke, hipotekarni vjerovnici i nositelji osobnih služnosti i stvarnih tereta koji prestaju prodajom nekretnine te odrede rok u kojem će se nekretnina prodati i osobu preko koje će se obaviti prodaja. Po zaključenju dražbe, a nakon što utvrdi tko je ponudio najveću cijenu i ispunio uvjete za dosudu, sud donosi rješenje o dosudi u kojem će odrediti brisanje prava i tereta na nekretnini, osim

40 Tako Pezo I., *op. cit.*, str. 60.

41 Iz odredbe čl. 89. ZZK-a ne proizlazi precizno koji bi bio sadržaj upisa ove zabilježbe, pa tako imamo slučajeve da zk. sud kao sadržaj zabilježbe dosude obuhvati i oznaku ovršnog predmeta (najčešće bez naznake suda koji vodi ovršni postupak) i naziv kupca, ali češće samo jednostavno navede kako se „zabilježuje dosuda”. Takav upis ionako nema nikakav realni publicitetni učinak u odnosu na stvarnog kupca nekretnine pa bi ga čak bilo moguće održati i u slučaju oglašavanja dosude nevažećom i dosuđivanja nekretnine sljedećem kupcu po visini ponuđene cijene. Tako Bugarin, B., *op. cit.*, str. 72.

42 Zabilježbu dosude nekretnine naređuje po službenoj dužnosti sud, koji je u ovršnom postupku donio odluku o tome tko je kupac nekretnine na javnoj dražbi prije pravomoćnosti rješenja o dosudi. U tom je smislu presuđeno: “Posebni propis iz odredbe čl. 89. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama ovlašćuje sud da po službenoj dužnosti naredi zabilježbu nekretnine u zemljišnoj knjizi nakon donošenja rješenja o dosudi, a ne tek nakon što takovo rješenje postane pravomoćno. Pravomoćnost rješenja o dosudi dakle nije pretpostavka za provođenje zabilježbe na temelju odredbe iz čl. 89. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama, koju je sud prvog stupnja pravilno primijenio.”  
Županijski sud u Bjelovaru, Gž-2183/00-2, od 30. XI. 2000.

43 Na prijedlog će se izbrisati i svi upisi koji su bili provedeni protiv dotadašnjeg vlasnika nakon upisa ove zabilježbe, kao i svi daljnji upisi koji su učinjeni s obzirom na njih. Tako Pezo, I., *op. cit.*, str. 60.



onih koji ostaju i poslije predaje nekretnine ili koje je kupac preuzeo, te naložiti da se, nakon polaganja kupovnine i pravomoćnosti rješenja, u zemljišne knjige upiše pravo vlasništva kupca, odnosno da će se nekretnina dosuditi kupcima koji su ponudili nižu cijenu (redom prema veličini cijene), ako kupovina ne bude položena u određenom roku (donošenjem posebnog rješenja i oglašavanjem ranije dosude nevažećom).<sup>44</sup>

Nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine i nakon što kupac položi kupovninu, donosi se zaključak o predaji nekretnine kupcu. Ovršni sud, po službenoj dužnosti, pri donošenju rješenja o dosudi mora naložiti *zabilježbu dosude* u zemljišnoj knjizi.<sup>45</sup>

#### LITERATURA

1. Barjaktar, Biljana, Dopuštenost žalbe protiv rješenja zemljišnoknjižnog suda o upisu zabilježbe ovrhe, Informator, 5377/2005., str. 8–13.
  2. Bugarin, Bojan, Ovrha na nekretninama i zemljišne knjige: ovršni zemljišnoknjižni upisi, Hrvatska pravna revija, 1/2015., str. 68–69.
  3. Čizmić, Jozo, Šago, Dinka, Kačer, Blanka, Osnove zemljišnoknjižnog prava, Maribor, University of Maribor Press, 2018.
  4. Dika, Mihajlo, Građansko ovršno pravo, Opće građansko ovršno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2007.
  5. Dika, Mihajlo, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, u: Barbić, Jakša i dr., Zagreb, Novo ovršno i stečajno pravo, 1996.
  6. Ernst, Hano, Zabilježba zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnine na temelju pravnog posla, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Aktualnosti hrvatskog
- 
- 44 Vidjeti Hrvatinić, B., Novote u ovršnom postupku, u Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, Organizator, 2005., str. 348.
- 45 Namirenju vjerovnika pristupa se na ročištu za diobu kupovnine. Rješenjem o namirenju odlučit će se o namirenju ovrhovoditelja i drugih osoba kojima pripada pravo na namirenje (vodeći računa o prvenstvu i redosljedju namirenja): hipotekarnih vjerovnika i kad nisu prijavili tražbine, nositelja osobnih služnosti i drugih prava koja prestaju prodajom te Republike Hrvatske, općina, gradova i županija po osnovi poreza i drugih pristojbi. Iz iznosa dobivenoga prodajom namiruju se prema načelu *realnog prioriteta*: u prvom isplatom redu troškovi ovršnoga postupka, u drugom porezi i druge pristojbe dospjele za posljednju godinu, (ako su prijavljeni najkasnije na ročištu za diobu i dokazivi ovršnom ispravom), u trećem tražbine osigurane hipotekom, tražbine ovrhovoditelja koji je pokrenuo ovrhu, naknade za osobne služnosti i druga prava koja prestaju prodajom, nadhipoteke i druga prava koja su teret prava koja se namiruju (troškovi i kamate za posljednje tri godine od donošenja rješenja o dosudi određeni ovršnom ispravom namiruju se kao i glavna tražbina), i to ako iznos kupovnine dostaje za namirenje svih tražbina *istodobno*, a u protivnom *razmjerno svojoj visini*; u četvrtom troškovi ovršnog postupka osim onih navedenih u čl. 106. st. 1. t. 1. OZ, a posljednja dva reda *po načelu vremenskog prioriteta*. U *peti isplati red* po redosljedju namirenja dolaze tražbine navedene u čl. 106. st. 1. t. 2. OZ za vrijeme za koje se ne namiruju prema odredbama toga članka. Prodajom nekretnine ovršenik *gubi pravo na posjed* nekretnine i dužan ju je predati kupcu odmah nakon dostave zaključka o predaji nekretnine kupcu, odnosno *prije*, ali u tom slučaju ovrhovoditelj mora položiti jamčevinu za štetu koja bi ovršeniku mogla biti prouzročena nedopuštenom prodajom ili obustavom ovrhe iz razloga za koje je ovrhovoditelj odgovoran. Nakon što donese zaključak o predaji nekretnine kupcu, sud će, na prijedlog kupca pristupiti ovrsi radi ispražnjenja i predaje nekretnine kupcu. Ovrha se provodi po pravilima o ovrsi ispražnjenjem i prodajom nekretnine. Tako Mihelčić, G., *op. cit.*, str. 31.

- zakonodavstva i pravne prakse, *Godišnjak*, 11/2004., str. 403-416.
7. Hrvatin, Branko, Novote u ovršnom postupku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, *Godišnjak*, 12/2005, str. 313-366.
  8. Josipović, Tatjana, Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Zagreb, Informator, 1998.
  9. Josipović, Tatjana, Uloga zemljišnih knjiga u pravnom prometu nekretnina, HGK, Sektor za trgovinu, Šesti forum hrvatskih posrednika u prometu nekretninama, [www.agenti.hr](http://www.agenti.hr), str. 31-61.
  10. Josipović, Tatjana, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, Informator, 2001.
  11. Kontrec, Damir, Bulka, Zinka, Aktualna pitanja zemljišnoknjižnog prava – edukacija za zemljišnoknjižne referente, Zagreb, Pravosudna akademija, 2016., str. 1–41.
  12. Kontrec, Damir, Ovrha na nekretnini, *Zbornik radova sa 23. foruma poslovanja nekretninama*, Hrvatska gospodarska komora – sektor za trgovinu, str. 1–22 na <https://www.hgk.hr/zbornik-radova-sa-23-foruma-poslovanja-nekretninama>.
  13. Mihelčić, Gabrijela, Prisilno sudsko hipotekarno osiguranje tražbine, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, 1/2007, str. 1–35.
  14. Mihelčić, Gabrijela, u suradnji s Damirom Kontrecom, Komentar Ovršnog zakona s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova, Zagreb, Organizator, 2015.
  15. Milaković, Goran, Provedba upisa u zemljišne knjige nakon upisane zabilježbe ovrhe, *Hrvatska pravna revija*, 3/2007, str. 69-74.
  16. Ovršni zakon, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.
  17. Pezo, Ivica, Upisi u zemljišnu knjigu, vrste upisa, pravni temelj, učinci... prateći propisi, Zagreb, Novi informator, 2011.
  18. Šago, Dinka, Provedba i učinci zabilježbe spora u zemljišnim knjigama u zakonodavstvu Republike Hrvatske, *Revija za pravo i ekonomiju*, Mostar, god. 18., 1/2017, str. 163–182.
  19. Šago, Dinka, Zabilježba prvenstvenog reda u zemljišnim knjigama, *Zbornik radova s III. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“*, ur. Dinka Šago i dr., Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, 2017., str. 275-297.
  20. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Narodne novine*, 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 90/2010, 143/2012, 152/2014.
  21. Zakon o zemljišnim knjigama, *Narodne novine*, br. 91/96., 68/98., 137/99 - Odluka Ustavnog suda broj U-I-58/1997., U-I-235/1997., U-I-237/1997., U-I-1053/1997., U-I-1054/1997. od 17. studenoga 1999., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08. i 126/10., 55/13., 60/13, 108/17.

**Dinka Šago\***

Summary

## **RECORDATION PROVIDED BY ENFORCEMENT RULES AND INSURANCE REGULATIONS**

The topic of this paper is recordation intended to protect trust in land registers, with special reference to recordation provided by enforcement rules and insurance regulations. In this paper the focus is on a detailed description of recordation related to enforcement proceedings and the Enforcement Act. The importance of recordation as one of the entries in the land register, as well as the method and assumptions of recordation entry in the land register have been described. Recordation of initiating proceedings fills in a gap that occurs from the time of submission of the proposal to institute enforcement proceedings and recordation of enforcement. Recordation of enforcement is the first of recordations that are associated with enforcement proceedings. The effects of the recordation of enforcement, which is very important in order to preserve the rights of the execution creditor, i.e. the possibility of settlement the execution creditor, and thus the publication of the course of enforcement proceedings for a particular real estate, have been elaborated in the paper. The recordation of enforcement is also one of the recordations provided by the Enforcement Act. It protects the execution creditor, or the applicant for measures after the maturity of a claim. As part of the recordation of enforcement, the institute of forced establishment of lien on the real estate in order to ensure the claim has been treated as well.

**Keywords:** *recordation; land registers; Enforcement Act.*

Zusammenfassung

## **VORMERKUNGEN DER RECHTSTATSACHEN LAUT ZWANGSVOLLSTRECKUNGSGESETZ**

Dieser Beitrag thematisiert die Vormerkung und den damit verbundenen Schutz des Vertrauens in das Grundbuch mit besonderer Berücksichtigung der durch Zwangsvollstreckungs- und Sicherungsregeln vorgesehenen Vormerkungen. Die mit dem Zwangsvollstreckungsverfahren verbundenen Vormerkungen müssen keinesfalls ausschließlich mit dem Zwangsvollstreckungsgesetz verbunden sein. Die Vormerkung der Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens füllt die Lücke, die ab dem Zeitpunkt

\* Dinka Šago, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Split; dinka.sago@pravni.hr.

der Stellung des Antrags auf die Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens bis zu dem Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung der Zwangsvollstreckung entsteht. Die Vormerkung der Zwangsvollstreckung ist die erste Vormerkung, die mit dem Zwangsvollstreckungsverfahren verbunden ist. Der Beitrag bearbeitet die Auswirkungen der Vormerkung der Zwangsvollstreckung, die sehr wichtig für die Bewahrung der Rechte des Vollstreckungsgläubigers, beziehungsweise für die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers, sowie auch für die Bekanntgabe des Zwangsvollstreckungsverfahrens bezüglich einer Immobilie ist. Die Vormerkung der Durchsetzbarkeit ist auch eine der durch das Zwangsvollstreckungsgesetz vorgesehene Vormerkungen. Ihr Ziel ist, den Vollstreckungsgläubiger (der die Sicherung vorschlägt) nach der Fälligkeit der Forderung zu schützen. In diesem Rahmen wird auch das Rechtsinstitut des Zwangspfandrechts auf der Immobilie wegen der Forderungssicherung bearbeitet.

*Schlüsselwörter:* Vormerkung; Grundbücher; Zwangsvollstreckungsgesetz.

Riassunto

## LE ANNOTAZIONI DI CIRCOSTANZE GIURIDICHE NELLA LEGGE SULL'ESECUZIONE

Oggetto del presente lavoro è l'annotazione al fine della tutela dell'affidamento nei libri fondiari con particolare attenzione per le annotazioni previste dalle norme sull'esecuzione e dalle regole in materia di assicurazione. Le annotazioni che sono connesse al procedimento esecutivo non debbono necessariamente essere legate alla sola legge sull'esecuzione. L'annotazione dell'attivazione del procedimento colma la lacuna che si manifesta nell'intervallo di tempo tra l'attivazione del procedimento esecutivo e l'annotazione dell'esecuzione. L'annotazione dell'esecuzione è la prima tra le annotazioni che si collega al procedimento esecutivo. Si disaminano pertanto gli effetti dell'annotazione che è davvero importante al fine della garanzia del diritto del creditore, ossia al fine del suo soddisfacimento, come pure al fine di dare pubblicità al fatto che un determinato immobile è sottoposto ad una procedura esecutiva. L'annotazione di esecutività è altresì una delle annotazioni previste con la legge sull'esecuzione. Con essa si tutela l'esecutore, ovvero il garante dopo la scadenza del credito. Nel contesto dell'annotazione dell'esecutività viene esaminato anche l'istituto della costituzione forzata del diritto di garanzia su bene immobile al fine di assicurare il credito.

*Parole chiave:* annotazione; libri fondiari; legge sull'esecuzione.

## ULOGA UPRAVNIH SUDOVA I SUDA EUROPSKE UNIJE U KREIRANJU PRAVNIH PROPISA I UPRAVNOSUDSKE PRAKSE

Izv. prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma\*

UDK: 35.077.3

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.15>

Ur.: 21. prosinca 2018.

Pr.: 21. siječnja 2019.

Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*U ovom se radu prvenstveno razmatra uloga upravnih sudova u kreiranju pravnih propisa. Ističe se kako tumačenje zakonskih propisa, kao i njihova kvaliteta tumačenja definira i kvalitetu sudske prakse. Autor pritom naglašava kako to nije uvijek jednostavan zadatak. Navodi kako sudska praksa nije samo pravni, već i društveni fenomen. Tako svi društveni odnosi, koji zahtijevaju intervenciju zakonodavca, mogu pružiti sudcu priliku da razradi pravila sudske prakse. Iako sudska praksa nikada ne može zamijeniti pravno pravilo, ona je svakako logičan nastavak (produžetak) pravnih pravila, pa čak i neophodni dodatak. Stoga je predmet interesa sudske prakse raznovrstan koliko je i interes pravnih pravila. Zato je doprinos upravnosudske prakse i njezina uloga jednako važna i u životu pojedinca i u javnom životu. Budući da se pravilo odražava u presudi, presuda treba što preciznije prenijeti stvarni smisao zakona i misao sudca koji taj zakon primjenjuje, a ukupnost presuda treba moći činiti skladnu cjelinu. Obrazloženje daje legitimitet odluci i ujedno je objašnjava. Autor također u tekstu analizira do kojih granica seže primjena presuda Suda Europske unije, njegova interpretativna uloga, kao i koje obveze presude Suda Europske unije postavljaju pred državu članicu i njene građane. Ujedno ukazuje kako se prema njima trebaju odnositi nacionalni upravni sudci.*

**Ključne riječi:** *ciljno tumačenje; uvjeti oblikovanja upravnosudske prakse; značenje upravnosudske prakse; uloga europskih sudova u kreiranju upravnosudske prakse.*

\* Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; bosiljka.britvic@pravst.hr.

## 1. UVOD

Novija povijest potvrđuje da režim koji se bitno suprotstavlja slobodnom razvitku sudovanja, zadovoljavajući se formom i prividom, nije spojiv s vladavinom prava.

Kada bi značenje zakona uvijek bilo razvidno, ne bi bilo potrebe za interpretacijom, već bi upravni sudac samo trebao podvesti relevantne činjenice konkretnog slučaja pod određenu pravnu normu. Međutim, na samom prijelazu stoljeća, polazi se od toga da zakonodavac ne može predvidjeti sve moguće slučajeve izazvane dinamikom društvenog života, nego se mora ograničiti na generalno formuliranje pravnih normi, koje onda moraju biti interpretirane da bi se mogle primijeniti, a to znači da ih i stvaralački nadopunjuju njihovi adresati (sudci, stranke, javni službenici, odvjetnici, itd.).

Dugo se vremena postavljalo pitanje je li zadaća suca samo primijeniti zakon ili je sasvim prirodno da ga i „stvora“. Pobornicima klasične teorije, utemeljene na Rousseovoj filozofiji nepogrešivosti prava te Montesquieuovom mišljenju, po kojem je sudac jedino „usta zakona“, suprotstavio se jedan moderan pravac koji je nastojao dokazati da, daleko od toga da bi bio samo „primjenjivač“ norme (zakona), sudac ima i kreativnu funkciju putem koje „zaokružuje“ značenje pravne norme. Ova je teorija danas opće prihvaćena. Naime, više se ne osporava da sudac ima „kreativno normativnu moć“, tj. moć donošenja pravnih normi – *zakonskog pravila s minimumom općenitosti, na način da se može primijeniti u određenom broju slučajeva ili barem više slučajeva*.<sup>2</sup> Ova „kreativno normativna moć“ je suštinski povezana sa sudbenom funkcijom, odnosno obvezom sudca da riješi spor.

Da bi sudovi primjenjivali zakonske propise na konkretne slučajeve (stvarajući sudsku praksu) u europskom kontinentalnom pravnom sustavu posežu za tumačenjem zakonskih propisa. Tumačenje zakonskih propisa, kao i njihova kvaliteta tumačenja definira i kvalitetu sudske prakse. Da to nije uvijek jednostavan zadatak potvrđuje i to da sudci tumačeći zakone moraju „pronaći“ zakonski propis koji odgovara konkretnom slučaju koji se rješava. Kako je apstraktnost jedna od karakteristika zakona, a slučaj koji treba suditi konkretan, sličnosti i razlike koje se isprepliću između slučajeva posredno čine sudca provoditeljem i kreatorom prava. Sudac ne primjenjuje zakon samo formalno, niti mehaničkim čitanjem zakona pronalazi pravnu osnovu, već tumačenjem pronalazi pravnu volju zakonodavca (duh zakona), dakle stvaralački se odnosi prema konkretnom slučaju. Uvažavanjem presuđenih slučajeva, kojom se uvelike postiže izvjesnost sudske prakse, uvažava se i pravni stvaralački karakter sudca.<sup>3</sup>

Jasno je stoga koliko upravni sudci imaju upravo nezamjenjivu ulogu u uspostavljanju i održavanju teško ostvarive ravnoteže između općeg interesa i slobode pojedinca, između interesa države i prava pojedinca. Novija povijest pokazuje da je sudska praksa bila ta koja je osigurala podređivanje uprave pravu. Sudska praksa

2 Waline, M., Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. SCELLE, Pariz, L.G.D.J., 1950, t. 2, 913, str. 613-632.

3 Ibid., str. 613-632.

definirala je osnovna načela prava koja moraju obvezivati i izvršnu vlast i zakonodavnu vlast. Sudska je praksa time pružila svoj prilog načelu podjele vlasti. Naime, tek sudska praksa omogućuje pravnoj državi da bude i pravedna država.<sup>4</sup>

Proučavanje upravnosudske prakse i njezine važnosti u društvu i državi omogućuje provjeru nekoliko elemenata (čimbenika): uvjete oblikovanja upravnosudske prakse, u kontekstu upravnih sudaca s jedne strane i njihove sudske djelatnosti s druge; kao i ulogu sudske prakse (istražujući pritom njen stvarni domet i njene nužne ograničenosti).

Upravne sudce obvezuju pravne norme koje treba primijeniti. Ali upravne sudce obvezuje i sve što ih nadahnjuje u traženju pravednosti; a upravo to je sudska praksa. Kao jedan od ključnih problema kreiranja sudske prakse ističe se personalni kapacitet. Stoga se u svim liberalnim sustavima pitanje statusa sudaca, odnosno njihove nezavisnosti smatra iznimno važnim. Glavna „teškoća” za sudce je njihov odnos s druge dvije vlasti, zakonodavnom i izvršnom.<sup>5</sup> Druga poteškoća koja zaokuplja danas duhove, tiče se duljine trajanja sudačke funkcije: doživotno ili na određeno vrijeme.<sup>6</sup> Zbog toga je shvatljivo da kada se govori o nezavisnosti sudstva, općenito misli na nezavisnost u odnosu na političku vlast. Ali, iako je to najizraavniji pojavni oblik problema, on nije i jedini, jer nezavisnost sudca mora postojati i prema njegovu društvenom okruženju te prema vladajućoj ideologiji.

Za nastajanje kvalitetne upravnosudske prakse potrebno je da su sudske odluke jasno obrazložene. Ta potreba podrazumijeva temeljiti trud sudca glede slova zakona, duha zakona, kao i pravnih načela, uz razumnost i zdravu razboritost.

Može se utvrditi da je sudska praksa proizvod sudske hijerahije. U tom smislu i jest uloga Vrhovnog suda Republike Hrvatske da osigura dvostruku funkciju. Najprije funkciju nadzora nad jedinstvom i koherentnošću pravnoga pravila koje primjenjuju sudovi, u interesu prvenstva zakona, u ime jednakosti svih pred zakonom, kao i pravne sigurnosti koju treba jamčiti građanima. Zatim i funkciju razjašnjavanja i modernizacije prava, u svrhu njegova razvitka i prilagođavanja životu i promjenama u društvu.

Naravno, upravni sudci svojim odlukama presuđuju pojedinačne slučajeve. Ali, ako se o situacijama, koje se pojavljuju pred sudcem, odlučuje na isti način, pojavljuje se određena pravilnost, a to je upravo vlastitost sudske prakse. Ona se pojavljuje kao ponavljanje odluka kojima daje snagu sudske vlasti. Naime, sudska praksa može postojati ako sudac interpretira zakon istodobno i jasno i trajno.

4 Primjeri zemlje kao što je Francuska, gdje se odlučujući koraci prema stvarnoj pravnoj državi učinjeni prije dvadesetak godina, pokazuju da je sudska praksa upravo bila ta koja je osigurala podređivanje uprave pravu. Sudska praksa Državnog savjeta i Ustavnog vijeća definirala je osnovna načela prava, koja moraju obvezati izvršnu i zakonodavnu vlast.

5 I zbog toga se zacijelo u Europi općenito mnogo više zanima i strahuje za kompetentnost upravnih sudaca.

6 U slučajevima doživotne funkcije, napredovanje u službi dodatna je teškoća, jer organiziranje tog napredovanja pretpostavlja: mogućnost prijelaza s jedne funkcije na drugu i evoluciju od nižih na više funkcije.

## 2. ZNAČENJE I STVARNI DOMET UPRAVNOSUDSKE PRAKSE

Jedno od pitanja koje se nameće jest dokle može dosezati sudska praksa u ime izricanje pravične presude i dokle ta obveznost može dovesti upravnog sudca.

Po suvremenom europskom kontinentalnom pravu, sudska praksa pripada redu kodificiranoga prava zasnovanog na zakonu. Takvo dakle stanje, prema kojem su pravna pravila u cijelosti izrečena putem različitih pravnih tekstova, naizgled bi moglo isključiti potrebu postojanja sudske prakse. U tom slučaju upravni sudac ne bi trebao pokazivati nikakve inicijative i ne bi smio zauzimati i izricati određeni stav. On bi se morao ograničiti isključivo na doslovnu i dosljednu primjenu pravnih pravila na pojedine slučajeve. Svaki drukčiji stav upravnog sudca povrijedio bi slobodu građana i proturječio bi demokraciji. Zbog neodrživosti ovakvog, isključivo teorijskog modela, sudska praksa s vremenom postaje „pravedna primjena zakona”. Ona je ta koja potvrđuje pravno pravilo i koja ga „oživotvoruje”, jer upravni sudac taj koji ne određuje (izriče) samo što je zakonito, a što nije, nego i što je istinito i pravedno. Pravednost je zbog toga puno više negoli obično administriranje, pravednost je i vrlina, koja od upravnog sudca zahtijeva određenu etiku koja počiva na trajnom, osobnom nastojanju. Upravo na taj način sudci pridonose koherentnosti pravne države.

Sudska praksa nije samo pravni, već i društveni fenomen, utoliko što je ona način rješavanja sukoba u društvu. Tako svi društveni odnosi, koji zahtijevaju intervenciju zakonodavca, mogu pružiti sudcu priliku da razradi pravila sudske prakse. Iako sudska praksa nikada ne može zamijeniti pravno pravilo, sudska praksa je svakako logičan nastavak (produžetak) pravnih pravila, pa čak i neophodni dodatak. Stoga je predmet interesa sudske prakse raznovrstan koliko je i interes pravnih pravila, a njezin doprinos i uloga jednako su važni i u životu pojedinca i u javnom životu.<sup>7</sup>

Poslanje sudca, kako god ono bilo osjetljivo, neophodno je jer bi ljudi u naše doba teško prihvatili da se na njihove probleme primjenjuje samo formalistički postojeće pravno pravilo, kao kakav slijepi zakon. Sudci su stoga oči, uši i usta zakona. Nikad savršen, zakon je u najbolju ruku – najbolji u određenom trenutku, ali samo u tom trenutku. Na sudcu je da izriče što je pravo, uostalom odakle i ona latinska riječ *iurisdictio*.

U okvirima kodificiranog prava, kao i u sustavima pisanog prava, sudska praksa ima i vrši više funkcija. 1. Ona ponajprije primjenjuje, tzv. „opći zakon”, koji je *a priori* teoretski i apstraktan. Ta primjena dovodi sudca do toga da mora precizirati domet pravnog pravila u odnosu na različite životne situacije, i to tako da primjenjuje propis u praksi. Tom prigodom upravni sudac i sudska praksa omeđuju područje primjene pravnih tekstova i, ako je potrebno, ustanovljuju smisao pojedinih pojmova koje pravni tekstovi nisu definirali. 2. Upravnosudska praksa isto tako ispunjava pravne praznine koje mogu postojati u pravnom pravilu, a ona to čini u općem duhu i pravnih pravila koji su na snazi i razboritosti, pravednosti kao i vrijednosti koje su u pitanju. 3. Upravnosudska praksa nalazi rješenja za ono što je ostalo nejasno, ona otklanja proturječnosti koje su izmakle zakonodavcu i koje sprječavaju pravilnu

7 Glede toga se ne smije smetnuti s uma da sloboda uopće postoji samo kroz niz posebnih sloboda.



primjenu pravnih tekstova. 4. Upravnosudska praksa odgovara na nove situacije, koje nastoji svesti na postojeće zakone, prilagođavajući zakon evoluciji društva i osuvremenjavajući rješenja, koja izvodi iz zastarjelih pravnih tekstova. 5. I na koncu, upravnosudska praksa oblikuje smjernična načela, koja ujedinjuju raznorodne tekstove, dajući im smisao i jedinstvo na osnovi cjeline pozitivnog prava.

Za značenje i stvarni domet upravnosudske prakse, ali i općenito sudske prakse, posebno je važno stajalište Ustavnog suda Republike Hrvatske iskazano u jednoj njegovoj odluci iz 2011. godine.<sup>8</sup> „Pozitivni smisao zahtjeva za određenosti i preciznošću pravne norme..... nije ispunjen ako građani, kao savjesne i razumne osobe, nagađaju o njezinu smislu i sadržaju, a njezini se primjenjivači često razilaze u njezinu tumačenju i primjeni u konkretnim slučajevima. Prijeporna tumačenja neke pravne norme, koja rezultiraju neujednačenom praksom upravnih i sudskih tijela, predstavljaju sigurnu naznaku pogrešaka i nedostataka u njezinoj određenosti. Negativni smisao zahtjeva za određenost i preciznošću pravne norme upućene tijelu državne vlasti znači da njezin izričaj mora vezati to tijelo tako da mu ne dopušta postupanje izvan svrhe određene njezinim sadržajem. To je važno i za postupanje tijela državne i javne uprave i za postupanje tijela sudbene vlasti. Prva smiju postupati samo na temelju dovoljno jasnih zakonskih mjerila koja ih pravno vezuju ili im pak dopuštaju određeni stupanj slobodne prosudbe (najčešće u obliku diskrecijske ocjene). U suprotnom bi ono ugrozilo slobodu građana od samovolje i zlorporabe državne vlasti, posebice u slučajevima mjera i radnji koje se poduzimaju prema njima bez njihova prethodnog znanja.” U istom kontekstu važno je istaknuti i odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske iz 2000. i 2008. godine: „Zakonodavac može na različite načine izbjeći neodređenost i nepreciznost pravne norme, uključujući i to da posebnim zakonskim definicijama odredi sadržaj pojedinim zakonskim pojmovima. No, pri tome je uvijek potrebno da činjenice-uvjeti u hipotezi zakonske norme sadrže elemente predvidljivosti ponašanja pravnih subjekata sukladne njezinom ustavnopravno prihvatljivom cilju (arg. iz zaključka njemačkog Saveznog ustavnog suda 1 BvF 3/92 od 3. ožujka 2004., § 113.). Konačno, moguće je i da se ustaljenom praksom sudbenih tijela u tolikoj mjeri otklone nejasnoće u tumačenju i primjeni neke norme da se može uzeti da njezin izričaj odgovara zahtjevima načela zakonitosti. Kojom će se metodom zakonodavac poslužiti Ustavni sud ne određuje.”<sup>9</sup> Potrebno je naglasiti da kako i upravni spor u Republici Hrvatskoj još uvijek ima mnoštvo nedorečenosti i praznina koje u praksi otežavaju djelovanje upravnih sudova. U tim okolnostima upravni sudovi u stvarnosti imaju veoma važnu ulogu. Isto tako je potrebno ukazati na značaj upravnosudske prakse koji se ogleda ponajprije u njezinoj gipkosti i boljoj prilagodljivosti konkretnim upravnosudskim situacijama. Reforma upravnog sudovanja nije svrha sama sebi, ona mora pružiti konkretne rezultate i omogućiti svakoj stranci ostvarenje prava na pravedno suđenje u razumnom roku. U tom kontekstu, ujednačena i kvalitetna sudska praksa bitan je čimbenik unaprjeđenja

8 Odluka i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-722/2009 od 6. travnja 2011.

9 Ustavni sud u odluci broj: U-I-1085/2000 i dr. od 30. travnja 2008. kojom nije prihvatio neustavnost članka 337. Kaznenog zakona (NN, broj 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05. i 71/06.) zbog navodne povrede načela zakonitosti

upravnosudske zaštite.<sup>10</sup> Tako, primjerice, analizirajući Zakon o upravnim sporovima, može se zaključiti da je spor pune jurisdikcije zasnovan na općoj klauzuli, što je i bila intencija zakonodavca, ali je uvjetovana i „prirodom stvari”.<sup>11</sup> Priroda stvari je odabir upravnosudske prakse i s obzirom na to da Zakon o upravnim sporovima koristi izraz priroda stvari, upravni sudovi nemaju apsolutnu obvezu riješiti upravnu stvar u sporu pune jurisdikcije. Upravni sud sam procjenjuje je li priroda stvari takva da on može riješiti upravnu stvar.

Stoga danas nitko ozbiljan ne stavlja u pitanje neophodnost sudske prakse.<sup>12</sup>

Nužno je naglasiti kako se argument u procesnopravnoj teoriji nikako ne svodi samo na sredstvo interpretacije pravne norme. Ništa manje nisu važni činjenični sudovi te zaključivanje i argumentacija pri utvrđivanju činjenica. I nad činjenicama se, da bismo došli do onih koje tvore činjenično stanje, obavlja kvalifikacija koju je nekad zaista teško odvojiti od interpretacije. I činjenični problemi mogu utjecati na karakteriziranje nekog slučaja „lakim” ili „teškim”. Dakle, sudovi kroz sudsku praksu stvaraju nova rješenja.<sup>13</sup>

### **3. UVJETI OBLIKOVANJA (NASTANKA) SUDSKE PRAKSE – ZNAČENJE OBRAZLOŽENJA**

Pojedinačno prihvaćanje<sup>14</sup> koje se objektivno vezuje za sudsku odluku postiže se putem mehanizma obrazloženja presude. Obveza davanja obrazloženja djeluje prirodno utoliko što je neosporan element kvalitete sudstva.<sup>15</sup> Ona je „obrana od arbitrarnog djelovanja kojom se prisiljava sudca da osvijesti svoje mišljenje, svoj domašaj (...) i da (među ostalim) stranci iznese (pruži) obrazloženje svoje odluke”.<sup>16</sup> Obrazloženje u konačnici mora jasno predočiti logiku kojom se koristio sudac i u tom smislu je ono obvezatno. Iako je obrazloženje temeljno načelo, prepoznato

10 O ovom vidi: Aviani, D., Đerđa, D., Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju, Split, ZPFS, vol. 49, 2/2012, str. 369-394.

11 Priroda stvari je izraz koji doktrina koristi za opis stanja upravnog spora kojeg odlikuje jasna razlika između spora pune jurisdikcije i spora o zakonitosti, diobu vlasti između uprave i sudca, zabrana da sudac u postupku ocjene zakonitosti ide dalje od poništenja. Priroda stvari obično iskazuje evidentnost, odnosno stvarnost o kojoj treba voditi računa, ona je način opisivanja situacije koju sudac stvara kroz odabire utemeljene na upravnosudskoj praksi.

12 Danas je sudska praksa kao pravna i društvena nužnost općenito prihvaćena.

13 Vidi o tome Harašić, Ž., Autoritet i sud, Split, ZPFS, vol. 52, 2/2015, str. 407-429.

14 Uvjeriti znači nekoga navesti da povjeruje, shvati i zatim usvoji. Uvjeravanje je sila koja zna koristiti jezik kao stvarni alat za uvjeravanje, što omogućuje manje-više potpuno prihvaćanje nekog načina razmišljanja, logike, te u apsolutnom smislu rješenja. Ako to primijenimo na sudsku odluku, snaga uvjeravanja znači da želimo postići da je prihvati onaj kome je upućena. Ali s obzirom na to da prihvaćanje stvara subjektivni pristanak, gotovo „afektivni” odnos, kako možemo prihvatiti neku sudsku odluku koja nam ne ide u prilog?

15 Budući da je obrazloženje srž svake presude, služiti se presudom bez iznošenja obrazloženja isto je kao da se netko služi tijelom bez duše, Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, Pariz, 1779, citirao Jeuland, E., La motivation, u Dictionnaire de la Justice, Pariz, Loïc Cadet, PUF, 2004, str. 912.

16 Guinchard, S., La théorie de l'apparence en droit administratif: vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common law, Pariz, RD publ., 2005, str. 773.

i prihvaćeno u svim pravosudnim sustavima, činjenica je da ga različite europske države različito. To može biti ustavna<sup>17</sup> ili jednostavno zakonska<sup>18</sup> obveza i u nekim se zemljama ograničava isključivo na prijepis silogističke logike, ukoliko ne prenosi imperativ razumijevanja usmjeren prema strankama (Austrija, Španjolska, Estonija, Mađarska, Irska, Nizozemska, Slovenija i Švedska).

Obveza davanja obrazloženja ne spominje se izričito u formulaciji Europske konvencije o ljudskim pravima<sup>19</sup> i bilo je potrebno tumačenje sudaca u Strasbourgu kako bi ona postala sastavni dio prava na pravično suđenje.<sup>20</sup> Sudci Suda u Strasbourgu dovode u vezu spomenutu obvezu, bilo s pravom na saslušanje predmeta pred sudom,<sup>21</sup> bilo sa zahtjevom za nepristranošću suda.<sup>22</sup> Europski sud za ljudska prava onda ocjenjuje *in concreto* poštovanje toga zahtjeva za obrazloženjem sudskih odluka u svjetlu specifičnih okolnosti karakterističnih za svaki predmet.

Obrazloženje omogućuje sudcu da „utvrdi, definira i opravda premise kako bi došao do konačne odluke ili zaključka.“<sup>23</sup> Obrazloženje je u tom slučaju sastavni dio sudske logike, premisa koja omogućuje da se dođe do zaključka, način izražavanja čija je namjera opisati *itinerer* kojim idu sudci, obvezujući ih da se „izraze na način koji pokazuje da postupaju u skladu s pravilima ispravne logike“.<sup>24</sup>

Neke europske države obrazloženje doživljavaju kao spoj triju elemenata (činjenica, pravnih propisa i na kraju primjene prvih na druge u svrhu sastavljanja izreke); druge države stavljaju naglasak na razumijevanje stranaka kojemu obrazloženje treba pridonijeti. S jedne strane su obrazloženja koncizna, budući da ih se percipira isključivo kao instrument u službi sudca i težnja za brzinom, što dovodi do određenog formalizma u sastavljanju.<sup>25</sup> S druge strane, obrazloženja su dugačka,

17 Italija (čl. 111., stavak 1.: „Sve sudske mjere moraju biti obrazložene“), Nizozemska (čl. 121.: „Izuzetak su slučajevi predviđeni zakonom, rasprave se održavaju u javnosti i presude su obrazložene, Belgija (čl. 149.: „Svaka presuda ima obrazloženje“), Grčka (članak 93., stavak 3.: „Svaka sudska odluka mora biti obrazložena na poseban i cjelovit način“).

18 Za pregled poredbenog prava, vidi Spencer, R. John, *Quelques observations préliminaires, in Juges et jugements: l'Europe plurielle, l'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Pariz, Société de législation comparée, 1998, str. 73.

19 Međutim, na temelju formulacije prvih redaka članka 6., stavka 1. spomenute Konvencije („svatko ima pravo da...se ispita njegov slučaj...“) lako je zaključiti kako ta obveza mora biti sastavni dio pojma pravičnog postupka u smislu da je nezamislivo da sudac ne obrazloži odluke koje donese upravo zbog opasnosti da ne ispita „slučaj“ na koji ima obvezu odgovoriti. Vidi o tome Boré, L., *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme*, Pariz, JCP, 2002. I. 122: „Kada bi se sudu dopustilo da ne odgovori na dokaze koje iznese tužitelj, pravo stranke u postupku pred sudom bilo bi tek prazna školjka, isključivo fiktivno jamstvo“; vidi isto tako Europski sud za ljudska prava, 21. ožujka 2000., Pariz, Dulaurans, RTD civ. 2000, str. 439, bilješka J.-P. Marguénaud.

20 Europski sud za ljudska prava, 23. studenog 1992., Hadjianastassiou, Serija A, br. 252; Europski sud za ljudska prava, 19. travnja 1994., Van de Hurk, Serija A, br. 288; L. Boré, op. cit., str. 121.

21 Europski sud za ljudska prava, 16. prosinca 1992., Hadjianastassiou, Serija A, br. 252.

22 Europski sud za ljudska prava, 28. listopada 1987., H. c/ Belgique, Serija A, br. 127 B.

23 Ghirardi, A. Olsen, *Le raisonnement judiciaire*, Pariz, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 2000, str. 39.

24 Ibid., str. 42.

25 Softver Ariane u Francuskoj.

precizna i omogućuju stranci da dobro shvati smisao odluke.<sup>26</sup>

Obrazloženje predstavlja „očitošć“ presude jer je plod inteligentnog razmišljanja koje omogućuje konkretnu primjenu teorijskog načela. Sâmo iščitavanje razmišljanja tog tipa trebalo bi gotovo automatski dovesti do prihvaćanja.<sup>27</sup> U konačnici obrazloženje sudskih odluka treba sagledavati ne tek kao instrument koji služi da se arbitrarnosti sudca suprotstavi logika utemeljena u pravu, nego i kao instrument u službi stranaka i da se time sagledaju pedagoški ciljevi.

U obrazloženju sudske odluke treba paziti na poštovanje dvaju kriterija: biti pravna podloga za izreku i biti sredstvo za razumijevanje koje koristi onome kome je namijenjeno. Ova dva zahtjeva u svojoj biti sastavni su dio zadaće suda. Obrazloženje daje legitimitet odluci i ujedno je objašnjava. Drugim riječima, opseg obveze objašnjenja sagledava se isključivo iz perspektive legitimnosti: odluka je obrazložena, utemeljena u pravu i prema tomu nužno shvaćena i prihvaćena.<sup>28, 29</sup>

Obrazloženje odluka upravnih sudova priznaje i Zakon o upravnim sporovima koji propisuje da presuda mora sadržavati i obrazloženje, te da u obrazloženju sud izlaže zahtjeve stranke, činjenice koje su iznijele i dokaze koje su predložile, koje je činjenice sud utvrđivao, zašto i kada ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koje je dokaze izvodio i kako ih je ocijenio.<sup>30</sup> Sud će posebno navesti koje je odredbe materijalnog prava primijenio odlučujući u sporu i izjasniti se o prijedlozima i prigovorima stranaka o kojima nije iznio razloge tijekom spora. Đerđa i Šikić ističu kako bi se tako detaljnim propisivanjem sadržaja obrazloženja presude u Zakonu o upravnim sporovima trebala spriječiti pojava sudskih obrazloženja koja faktično ništa ne obrazlažu, a pogotovo ne obrazlažu primjenu materijalnog prava.<sup>31</sup>

Mnogostruku važnost obrazloženja u nizu svojih presuda istaknuli su Ustavni

26 Uglavnom je riječ o tradiciji sustava *common law*.

27 Pedagogija je nužno rezultat procesa logike suda, ali ako se držimo te konstatacije, pedagogija kojoj težimo nužno je okrenuta sama sebi dok se ne možemo zadovoljiti odlukom koja se smatra pravednom, budući da ljudski duh želi znati zašto je takva i kako je donesena.

28 Jednostavna logika koja ide samo za primjenom pravnog načela nije zadovoljavajuća i treba joj nadodati logiku koja se nadahnjuje normama uvjeravanja. Jasno je da upravni sudac mora objasniti, argumentirati, a da se ne zadrži samo na logici racionalnosti, kako bi njegova odluka bila učinkovito prihvaćena od stranaka. Međutim, to podrazumijeva da treba udahnuti dozu retorike u sustav koji je načelno odbacuje. Deduktivni duh čini po svojoj prirodi argumentaciju štedljivom budući da je silogistička logika sama sebi dostatna i to je u teoriji čini izravno prihvatljivom strankama. Osim toga, toj novoj dimenziji koja se pripisuje zahtjevu obrazloženja suprotstavlja se jedan drugi potpuno antagonistički zahtjev: težnja za brzinom ili pravosudnom produktivnošću koju ponekad podupiru poticajne mjere. Pedagoški pritisak tu popušta pred pritiskom brojki, kvantitete. Dok prva dovodi do očiglednog produljenja postupka, druga zahtijeva obrnuti ekstrem.

29 Više o svemu vidi Britvić Vetma, B., Kvaliteta odluka upravnih sudova, Split, ZPFS, vol. 51, 2/2014, str. 393-414.

30 O važnosti obrazloženja odluke u upravnom postupku vidi u Đerđa, D., Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj, Split, ZPFS, vol. 50, 2/2013, str. 415-417.

31 Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, Zagreb, Novi informator, 2012, str. 262.

sud Republike Hrvatske i Visoki upravni sud Republike Hrvatske.<sup>32</sup> Obrazloženje je važno i zbog uobličavanja buduće prakse nižih sudova.<sup>33</sup>

#### **4. INTERPRETATIVNA ULOGA SUDA EUROPSKE UNIJE**

U Republici Hrvatskoj kao jednoj od novijih država članica Europske unije, nužno se postavljaju određena pitanja vezana uz primjenu presuda Suda Europske unije. Kao, primjerice, do kojih granica seže primjena presuda Suda Europske unije? Koje obveze spomenute presude postavljaju pred državu članicu i njene građane? Kako se prema njima trebaju odnositi nacionalni upravni sudci?

U okviru Europske unije, Sud Europske unije zauzima posebno mjesto jer se, između ostalog, temelji na ugovorima čiji je učinak s obzirom na nacionalna prava posebno proširen. Odredbe tih ugovora, ne samo da imaju prednost pred nacionalnim pravom, već ih je nacionalni upravni sudac obvezatan izravno primjenjivati, te se na njih može pozvati svaka zainteresirana osoba. Svrha Suda Europske unije je osigurati pravilno tumačenje te pravilnu primjenu primarnog i sekundarnog zakonodavstva Europske unije. Sud Europske unije je istovremeno i institucija koja je zadužena, jednako kao i Vijeće, Komisija ili Parlament, da bdije nad ostvarivanjem zadaća Unije.

Na razini Europske unije, istovremeno postoji podudarnost između podvrgavanja vladavini prava i obveze uzimanja u obzir rješenja Suda Europske unije. Njegova je nadležnost obvezujuća i ostvaruje se i u odnosu na nacionalne upravne sudove i u odnosu na javnopravna tijela.

Prema tomu, Europska unije, sveobuhvatno koristi ovlasti koje potiču na rastuću integraciju tako što pojedincima daje pravo na koje se može izravno pozvati pred nacionalnim upravnim sudovima. Sud u Luxembourgu time svoje djelovanje temelji na konceptu „suradnje“ s nacionalnim pravnim sustavima.

Hrvatsko se pravo treba još uvijek prilagođavati, i danas, kada je Hrvatska punopravna članica Europske unije, europskom pravnom sustavu. Naime, novi izvori prava, pojavljuju se zajedno s rastućom globalizacijom i europeizacijom te neprestano nameću nova pravila i nove standarde.<sup>34</sup>

32 Vidi primjerice US-13302/2009-5 od 26. siječnja 2012.

Đerđa ističe: „Na obrazloženju rješenja inzistira i sudska praksa, navodeći kako se upravo pomoću obrazloženja utvrđuje je li se javnopravno tijelo rukovodilo načelom zakonitosti i postupalo tako da u vođenju upravnog postupka i u odlučivanju omogući stranci što lakše zaštititi svoja prava i pravne interese, te da se nenavođenjem razloga kojima se nadležno tijelo vodilo pri odbijanju zahtjeva stranke krši ustavno pravo jednakosti pred zakonom, jer je stranka u postupku koja ne zna te razloge u nejednakom položaju prema onima kojima su razlozi poznati pa zbog toga ne može valjano štititi svoja prava niti na učinkovit način ostvariti Ustavom zajamčena prava na pravnu zaštitu.“ Đerđa, D., Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj, cit., str. 416-417.

33 Vidi Harašić, Ž., Autoritet i sud, cit., str. 407-429.

34 Brzina, obujam i složenost promjena, na posredan će način prisiliti sudce da prate praksu domaćih sudova, ali i praksu Europskog suda za zaštitu ljudskih prava i Suda Europske unije i da u njoj traže uporište za rješavanje konkretnih sporova. Zbog toga je proučavanje artikulacije između nacionalnog i europskoga pravnog poretka privilegirano područje dijaloga između nacionalnih i europskih sudaca već pola stoljeća. Kao što je naglašavao Bruno Genevois, istinski začetnik

Ostvarivanje prava koja proizlaze iz pravne stečevine Europske unije, izjednačeno je s ostvarivanjem prava koja su zajamčena hrvatskim pravnim poretkom. Pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama Europske unije primjenjuju se u Republici Hrvatskoj u skladu s pravnom stečevinom Europske unije. Hrvatski sudovi štite subjektivna prava utemeljena na pravnoj stečevini Europske unije. Državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima izravno primjenjuju pravo Europske unije (članak 141.c Ustava). U skladu s navedenim, potrebno se osvrnuti i na članak 141.d Ustava Republike Hrvatske koji u svojim odredbama ističe kako su državljani Republike Hrvatske građani Europske unije, i u skladu s tim uživaju sva prava koja im jamči pravna stečevina Europske unije te uživaju jednaka prava kao i svi građani Europske unije.<sup>35</sup>

Iz navedenih članaka Ustava Republike Hrvatske proizlazi ustavna obveza primjene europskog prava u nacionalnom pravnom poretku uz poštovanje načela svojstvenih europskom pravnom poretku. Štoviše, Republika Hrvatska, otada ima ustavnu obvezu, a ne samo europsku, da „korigira“ svoju politiku prijenosa europskih direktiva.<sup>36</sup> Ta kontrola sukladnosti ili kompatibilnosti zakona kojim se prenosi direktiva, sa samom direktivom, odraz je nove koncepcije mjesta koje zauzima europsko sekundarno pravo u nacionalnom pravnom sustavu.

U mjeri u kojoj je u ovom desetljeću Republika Hrvatska angažirana u provođenju jedne od najvećih pravnih reformi u svojoj povijesti, možemo reći da je riječ o pravoj upravnopravnoj revoluciji.<sup>37</sup> Sva područja djelatnosti dotaknuta su europskim stečevinama, koje hrvatsko pravo treba ne samo apsorbirati već i primjenjivati u praksi. Navedeno pretpostavlja da osim nekih 120.000 do 200.000 stranica pravnih mjera Unije, treba usvojiti i dosadašnju (pedesetak) sudsku praksu Suda Europske unije koja je iznimno bogata i obvezujuća. Dovoljno je spomenuti njegove dvije odluke, od 23. veljače 2013. (predmet *Stefano Melloni c/Ministerio fiscal*<sup>38</sup> i predmet *Akerberg Fransson*<sup>39</sup>), koje pokazuju da odredbe Povelje o temeljnim pravima Europske unije,

---

koncepta „dijaloga sudaca“, odnosi između sudova Europske unije i nacionalnih sudova u znaku su dijaloga i suradnje. I upravo zbog toga Europska unija danas pronalazi svoju dosljednost. Prvenstvo europskog prava čini svaku nespojivu nacionalnu normu neprimjenjivom. Ono „znači da je nadležnim nacionalnim vlastima u potpunosti zabranjeno primijeniti nacionalnu odredbu koja je nespojiva s ugovorom te, ako je potrebno, da imaju obvezu poduzeti sve mjere kako bi olakšale potpuno ostvarivanje europskog prava.“ Sud Europske unije, 13. srpnja 1972., *Commission c/ Italie*, predmet 48-71.

35 Staničić, F., Britvić Vetma, B., Horvat, B., Komentar Zakona o upravnim sporovima, Zagreb, Narodne novine, 2017, str. 51.

36 Četiri su najvažnija elementa približavanja sudskih praksi hrvatskog i europskoga pravnog poretka su: prvenstvo i specifičnost europskog prava; izravni učinak europskih direktiva; tumačenje europskog prava i recepcija načela pravne sigurnosti u nacionalnom pravnom poretku. Oni su povezani s recipročnim uklapanjem nacionalnog i europskog pravnog poretka te s ovlastima nacionalnih sudaca u njihovoj zadaći tumačenja i primjene prava.

37 U sadašnjem trenutku, očekivanja Europske unije odnose se, između ostalog, na javnu upravu i upravno sudovanje.

38 Predmet C399/11.

39 Predmet C617/10.

imaju prednost nad nacionalnim pravilima u stvarima koje u potpunosti uređuje pravo Unije. No, i u svim ostalim područjima, nacionalno pravo ne može dovesti u pitanje načela prednosti, jedinstva i učinkovitosti europskog prava. Stoga je danas potpuno jasno da europsko pravo uvelike utječe na nacionalna prava.

Pravo zajednice bilo je podložno interpretaciji već zbog svojih vlastitih karakteristika. Po svojoj prirodi, europske norme su djelomične i programatske te zahtijevaju interpretativnu nadopunu. One su podložne primjeni metoda konstruktivne interpretacije sistematskog i teleološkog karaktera. Tako uspostavljena pravna konstrukcija poziva u svim svojim dimenzijama, da se nadopune praznine, otklone nejasnoće, pojase nedorečenosti za koje nikako nije isključeno da neke nisu i namjerne, dok su druge bile tehnički neizbježne, ali ni jedne ni druge ne bi mogle navesti sudca da odustane od svoje misije. Iz navedenih razloga, ugovori impliciraju priznavanje interpretativne funkcije Suda, kako bi se omogućio progresivni razvoj institucionalnih ciljeva Zajednice.<sup>40</sup>

Stoga ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju postoji potreba za upravne sudce koji su u stanju razumjeti, poštovati i primjenjivati pravo Zajednice. Osim što je sasvim normalno od upravnih sudaca očekivati učinkovitost, njihova primarna misija je zaštita općeg interesa, zaštita subjektivnih prava stranke i poštovanje zakona.<sup>41</sup>

Poznato je da se Sud Europske unije ne može jednostavno definirati tradicionalnim institucijskim kanonima. Djelovanje Suda Europske unije sastoji u osiguravanju trajnosti i poštovanju sveukupnih europskih normi na kojima počiva i njegova institucionalna utemeljenost. Njegov je status kompleksan i ne može se reducirati na transpoziciju kategorija koje se obično koriste u definiranju poznatih pravosudnih instanci međunarodnog ili nacionalnog tipa.

Sud Europske unije putem regulatorne funkcije kada odgovara na prethodna pitanja, usko je povezan s nacionalnim pravom. Sud postaje i međunarodna jurisdikcija kada se bavi postupanjem država članica u odnosu na njihove obveze s obzirom na Zajednicu, osobito kada ih kažnjava za propuste ili kada presuđuje u sporovima među državama članicama.

Kroz niz, različitih, postupaka Sud, kao institucija Europske unije, pazi na poštovanje prava Europske unije u primjeni i interpretaciji ugovora. Na temelju članka 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, on jedini daje autentičnu interpretaciju europskog prava. Ispunjavanje ove funkcije prirodno više podrazumijeva stvaranje, a ne samo iščitavanje prilagođeno konkretnom slučaju. Sud je prilagodio svoje interpretativno rezoniranje stupnju integracije Zajednice, a potom i Unije.

40 Suočeni s ovom neuvijenom potvrdom prvenstva europskog prava nad svim normama nacionalnog prava, pa bile one i na ustavnoj razini, nacionalni sudci moraju razmotriti rješenja iz vlastite sudske prakse. O tomu je pisao Jean-Marc Sauvé: „... Državni savjet je prvo bio „neposlušni učenik“, čak i „buntovan“, koji je pokazivao svoje nepovjerenje prema sudskoj praksi Suda Europske unije i prema europeizaciji javnog prava, a zatim se malo po malo pretvorio u suradnika, da bi na kraju postao proaktivna i konstruktivna instanca kakav je danas“.

41 Kao regulator društvenih odnosa, sudac osigurava prvenstvo prava i pravednosti, rješavajući sporove između pojedinaca, između njih i uprave, ograničavajući moguća odstupanja političke vlasti.

U svjetlu ove interpretativne metode izgrađena je sudska praksa.<sup>42</sup> Sud nastoji postići ravnotežu između razvoja nadležnosti i ovlasti koje se pripisuju Zajednici, a potom i Uniji, te poštovanju namjera koje su izričito izrazili autori ugovora.<sup>43</sup> Sudac pazi da ne narušava njihovu volju. Sud Europske unije pridonosi obogaćivanju pisanog zakona njegovom konkretizacijom. Njegova se sudska praksa uključuje u tumačenu odredbu, jer daje njeno značenje i objektivni opseg, koji na taj način evoluiraju.<sup>44</sup>

## 5. SUD EUROPSKE UNIJE I OPĆA PRAVNA NAČELA

Baš kao i sudovi država članica, Sud Europske unije poziva se na opća načela prava i osigurava njihovo poštovanje. Sud je utvrdio ova načela radi jačanja sveukupne koherentnosti pravnog sustava Zajednice i naglašavanja koncepta Zajednice prava. Pritom razlikujemo načela koja proizlaze iz same prirode Zajednice, koja proizlaze iz gospodarskog sustava uspostavljenog ugovorom i ciljevima izgradnje zajednice. Ova se načela ostvaruju generalizacijom određenih odredbi Ugovora ili proizlaze iz sveukupnosti tekstova Zajednice. Neka od tih pojedinih načela su institucionalne naravi.<sup>45</sup>

Druga skupina uključuje načela koja su svojstvena svakom organiziranom pravnom sustavu. Kreativna funkcija Suda jasno se pojavljuje kada objavljuje ta načela, jer najčešće sam sudac ne navodi njihove izvore. Sud ih implicitno crpi iz načela koja postoje u nacionalnim porecima, ali nisu izravno povezana s njima, primjerice, u slučaju načela zakonitosti i općeg načela prava na žalbu, načela pravne sigurnosti, načela zaštite stečenih prava stranke, načela postupanja u dobroj vjeri, načela „dobre uprave“ itd., koja imaju ključnu ulogu u upravno postupovnom pravu.

Također ovdje moramo spomenuti i načela koja su zajednička načela država članica.<sup>46</sup> Naime, već od prvih presuda Suda Europske unije postavljeno je pitanje da li bi Sud mogao koristiti načela država članica u tumačenju odredbi Ugovora. Sud

42 Potaknut željom da europskom pravu osigura puni učinak, Sud Europske unije dopustio si je odlučivanje *ultra petita* kad to zahtijeva interes europskog prava. U presudi Roquette iz 1980. (Sud Europske unije, 15. listopada 1980., predmet 145/79.), Sud navodi kako su u okviru podjele funkcija između nacionalnih sudova i Suda u svrhu primjene članka 177. EEZ (234. EZ, 267. EUFU) nacionalni sudovi zaduženi odlučiti o relevantnosti postavljenih pitanja, no Sud si zadržava pravo da iz elemenata koje dostavlja nacionalni sud izvuče one elemente europskog prava koji, s obzirom na predmet spora, zahtijevaju tumačenje ili ocjenu valjanosti.

43 „Izvršna snaga europskog prava ne može varirati od jedne do druge države po volji nacionalnog zakonodavstva nastalog naknadno a da ne dovede u opasnost ostvarivanje ciljeva ugovora.“ Sud Europske unije, 15. srpnja 1964., Costa c/ Enel, predmet 6-64.

44 Više o svemu vidi: Britvić Vetma, B., Suradnja između nacionalnih upravnih sudova, Suda Europske unije i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, Rijeka, ZPFR, vol. 35, 1/2014, str. 219-244; Britvić Vetma, B., Ljubanović, B., Suradnja između nacionalnih upravnih sudova, Suda Europske unije i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava u izvršavanju upravnosudskih odluka nakon Lisabonskog ugovora, Split, ZPFS, vol. 52, 2/2015, str. 431-447.

45 Gaudemet, Y., Droit administratif, Pariz, L.G.D.J., 2005, str. 34-40.

46 Đerđa, D., Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka, Rijeka, ZPFR, vol. 37, 1/2016, str. 175-200. Šikić, M., Ofak, L., Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava), Rijeka, ZPFR, vol. 32, 1/2011, str. 127-153.



je odgovorio na ovo pitanje primjenjujući načela nacionalnog prava država članica: *Ovo je problem upravnog prava dobro poznat u sudskoj praksi i doktrini svih zemalja Zajednice, ali za rješenje kojeg ugovor ne sadrži pravila. Sud je, kako ne bi počinio uskraćivanje pravde, dakle, bio dužan razriješiti problem oslanjajući se na pravila definirana u zakonima, teoriji i sudskoj praksi zemalja članica.*<sup>47</sup> U ovakvom pristupu, Sud ne provodi združivanje nacionalnih načela, već povlači zaključke u duhu njihovih nacionalnih prava, njihovih općih usmjerenja, zajedničkog nazivnika, koji mogu poslužiti kao osnove načela Zajednice. Iako su ti standardi izvedeni iz zakona država članica, kreativni voluntarizam Suda široko se manifestira.

Sud je utvrdio i jednu drugu kategoriju načela koja se tiču temeljnih prava. Ta se prava odnose na sva ljudska prava i javne slobode, koje su općenito zajamčene nacionalnim ustavnim pravima i međunarodnim instrumentima ljudskih prava, među kojima Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ima vodeću ulogu. Među temeljnim pravima sadržanim u sudskoj praksi Suda Europske unije su i sva prava pojedinca na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja te vjerske slobode. Osim toga, tu su i prava koja se odnose na gospodarski i društveni život, kao što je pravo na imovinu, pravo na slobodno ostvarivanje gospodarskih djelatnosti, zaštitu poslovne tajne, slobodu udruživanja ili slobode izražavanja. Većina je tih načela kodificirana u Povelji o temeljnim pravima Europske unije, koja je stupila na snagu s Lisabonskim ugovorom.<sup>48</sup> Iz svega navedenog proizlazi da se Sud ne ograničava samo na pravila i načela, već u stvarnosti ostvaruje kreativnu funkciju zakona budući da razrađuje *modele novih odnosa među ljudima i državama koje čine Zajednicu*.<sup>49</sup> On je treća strana koja ima istinsku funkciju nadležnosti (*jurisdictio*), a ne puko zakonodavstvo (*legisdictio*). Čin je stvaranja očit, a opća načela čine najcjelovitiji oblik sudske kreativnosti. Čak i ako Sud ukaže na nešto što je već sadržano u postojećem pravu, presuda i sudska praksa stvaraju novi standard. Kada Sud Europske unije promiče neko opće načelo, kao što je pravna sigurnost, on ga izvodi iz određenih odredbi izvornog teksta, ali prije svega konačnom interpretacijom, kako bi se konsolidirao pravni poredak Zajednice; on ga stvara u trenutku kada ga formalizira u svojem sudskom postupku. Iako većina temeljnih načela i prava imaju ustavno ili državno ustavno podrijetlo, oni su više rezultat tumačenja Suda Europske unije i njihove prilagodbe pravnom poretku Zajednice. Tumačenja i prilagodbe koje čini Sud Europske unije proizlaze iz logike stvaranja, a ne pasivnog izvođenja zaključaka. On ispunjava svoju ulogu sudskoga tijela uključivanjem u proces formiranja zakona. Treba naglasiti da je njegova normativna sudska praksa, izraz zakonodavne povlastice te ima višu hijerarhijsku vrijednost od sekundarnog prava Zajednice.

47 Sud Europske unije, 12. srpnja 1957., Algera i ostali, predmet 7/56 i 3/57 do 7/57.

48 Mertens de Wilmars, J., *La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire*, Bruxelles, C.D.E., 1976, n°12., str. 135-148.

49 *Ibid.*, str. 148.

## 6. VAŽNOST I UTJECAJ PRAKSE SUDA EUROPSKE UNIJE

Važno je istaknuti da su sudska praksa i opća načela izraz prerogativa javne ovlasti budući da su obvezujući za institucije u izradi sekundarnog zakonodavstva i u državama članicama. Ipak, njihova značaj i utjecaj nemaju istu osnovu. Treba posebno razlikovati važnost normativne sudske prakse, od općih načela prava Zajednice.

Pitanje normativnog tumačenja Suda Europske unije nije ograničeno samo na prethodno pitanje. Naime, tumačenje pravne norme nije rezervirano samo za ovu vrstu postupanja, već ono obuhvaća cjelokupnu nadležnost Suda. U slučaju tužbe za neispunjavanje obveze ili tužbe za poništenje, Sud Europske unije može također tumačiti odredbe Ugovora. Spomenuta tumačenja imaju isti autoritet kao na temelju članka 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

Pitanje dosega interpretativnih presudbi Suda izazvalo je mnoge kontroverze. Pitanje je ima li tumačenje Suda učinak samo u postupku za kojeg je izdano ili vrijedi i za sve ostale slučajeve u kojima se ovo pitanje postavlja. Ovo pitanje je presudno: riječ je o tomu da se razjasni jesu li nacionalni upravni sudovi koji odlučuju u budućim sporovima, u kojima se pojavljuje isto pitanje tumačenja, slobodni ili ne, usvojiti drugo tumačenje, ako bi presuda imala samo „moralni autoritet“. U preliminarnim pitanjima očito je da upravni sudac koji je postavio pitanje mora uzeti u obzir odgovor koji je sam zatražio, ali što je s ostalim sudcima?<sup>50</sup> Sud daje konsenzualni odgovor na to pitanje smještajući raspravu, ne u područje autoriteta *res judicata*, nego u područje autoriteta tumačene stvari, pozivajući nas da razlikujemo pojmove autoriteta kao i nepromjenjivost tumačene stvari. Takva sudska praksa temelji se na ideji da je sudske tumačenje ugrađeno u tumačenu normu, koju ono specificira, razvija i obogaćuje.

### 6.1. Načelo autoriteta tumačene stvari u interpretativnim presudama

Doktrinalne kontroverze o pitanju autoriteta interpretativnih presuda su stare i usredotočene na pitanje jesu li presude imale apsolutni ili relativni autoritet o pitanju *res judicata*. Za zastupnike relativnog autoriteta, glavna je briga bila da se ne prigruši zakon Unije i da ga se jednom zauvijek ne zaključa u nekom tumačenju. Takvo je bilo mišljenje generalnog odvjetnika Lagrangea, koji je smatrao da je potrebno mudro „pravilo“,<sup>51</sup> koje će omogućiti sudske evolucije. S druge strane, za ostale, apsolutni autoritet *res judicata* činio se prikladan za očuvanje javnog reda zajednice. Teza o relativnom autoritetu *res judicata* imala je velike nedostatke. Naime, to bi moglo u kratkom roku dovesti do zagušenja Suda Europske unije, pogotovo što nije bila prilagođena ciljevima Ugovora, osobito onima sadržanim u članku 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, koji ima za cilj očuvanje javne politike Zajednice i Zajednice prava putem jedinstvene<sup>52</sup> i homogene interpretacije<sup>53</sup> osnovnih ugovornih

50 Sud Europske unije, 3. veljače 1977., Benedetti, predmet 52-76.

51 Sud Europske unije, 27. ožujka 1963., Da Costa en Schaake, spojeni predmeti 28, 29, 30/62, rec., str. 79-91.

52 Teitgen, P.-H., Cours de droit institutionnel communautaire. Structure et fonctionnement des Communautés européennes, Licence 4<sup>e</sup> année, Pariz, Les cours de droit, 1976-1977, str. 510.

53 Trabucchi, A., L'effet erga omnes des décisions préjudicielles, Pariz, R.T.D.E., 1974, str. 56.

odredbi. Sud je morao formulirati apstraktni odgovor, koji ima potencijalno jedinstveno značenje, za sve eventualne nedoumice koje bi mogle nastati po istom pitanju. Kao odgovor na ove različite argumente, Sud je konstruktivno protumačio članak 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, koji omogućava simultano uvažavanje ovih doktrinalnih pozicija, iako disonantnih. Položaj Suda je nijansiran.

On vraća natrag zastupnike apsolutnog autoriteta kao i one relativnog autoriteta *res judicata*, razlikujući obvezu koja se nameće nacionalnim upravnim sudovima od mogućnosti da se bilo koji nacionalni upravni sudac obrati Sudu s pitanjem tumačenja Ugovora, Sud potvrđuje da „ako Ugovor o funkcioniranju Europske unije obvezuje upravne sudove čije odluke ne podliježu sudskom nadzoru nacionalnog (domaćeg) prava, na traženje tumačenja pitanja koje se postavlja pred njima, autoritet (nadležnost) tumačenja potonjeg može, međutim, oduzeti tu obvezu svog uzroka i lišiti je sadržaja. Osobito kada je postavljeno pitanje materijalno istovjetno pitanju koje je već predmet prethodnog rješenja u sličnom slučaju. Međutim, ipak se dopušta nacionalnom sudu, ukoliko smatra da je to potrebno, da ponovno uputiti Sudu zahtjev za tumačenje”.<sup>54</sup>

Položaj Suda je suptilan i zaslužuje nekoliko objašnjenja. Prema Sudu, prethodno pitanje ukida obvezu „viših“ sudova da ponovno upute predmet Sudu Europske unije, budući da moraju poznavati već tumačenu odredbu Zajednice. No, u takvoj situaciji oni, poput nižih sudova, moraju ili primjenjivati presudu ili se ponovno obratiti Sudu Europske unije. Ni na koji način ne mogu je primijeniti u smislu različitom od onoga koji je odredio Sud. Diskrecija koja se dodjeljuje Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske temelji se na razlikama između „predmeta“ i „uzroka“ tužbe. Stoga, kada je Sud sazvan radi tumačenja, on zahtjev ne odbacuje *a priori* kao nedopušten samo zato što je o tom pitanju već odlučeno. Naprotiv, on ga prihvaća. Međutim, ako utvrdi da ne postoji materijalna razlika, niti pojava nekoga novog elementa, Sud će smatrati da je „uzrok” postupka nestao i vratit će se na prethodnu presudu, tvrdeći da nema mjesta za novo tumačenje, osim, naravno, ako smatra da ga je potrebno izmijeniti. Drugim riječima, prema Sudu, „predmet“ zahtjeva za tumačenje leži u pitanju nacionalne zakonske odredbe koja ga je „pokrenula“, dok je „uzrok“ postupka u odredbi članka 267. stavak 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, koji može utjecati na činjenicu da je pitanje koje se postavlja materijalno istovjetno pitanju o kojem je već odlučeno u sličnom slučaju.<sup>55</sup> Pristup Suda je mudar. Komisiji, koja je na temelju apsolutnog autoriteta *res judicata*, smatrala da bi postavljena pitanja trebala biti odbijena jer je pitanje već riješeno u prethodnoj presudi, Sud odgovara da je domaći sudac uvijek slobodan procijeniti potrebu takvog upućivanja. Ali, istodobno, zastupnicima ideje relativnog autoriteta, on odgovara da njegova misija nije riješiti spor, već da „u konkretnom slučaju spora koji je u tijeku pred nacionalnim sudovima, izvede apstraktno tumačenje slova i duha ugovora“.<sup>56</sup>

54 Sud Europske unije, 23. ožujka 1963., Da Costa en Schaake, spojeni predmeti 28, 29, 30/62.

55 Ibid.

56 Sud Europske unije, 23. ožujka 1963., Da Costa en Schaake, spojeni predmeti 28, 29, 30/62.

## 6.2. Temelji autoriteta tumačene stvari u interpretativnim prosudbama

Autoritet tumačene stvari, dodijeljen sudskoj praksi, razlikuje se od autoriteta tumačene norme. To se tumači s obzirom na interpretativnu funkciju koja je povjerena Sudu. Kao jedini kvalificirani tumač volje autora ugovora, njegova je misija rasvijetliti odredbe zakona sadržane u primarnim izvorima, kako bi se laicima, osobito državama članicama, otkrila stvarna volja, do tada virtualna, autora ugovora. Dakle, on razotkriva pravnu normu kroz evolutivno čitanje i teleološko tumačenje odredbi konstitutivnog ugovora. Poput dinamičnih institucija, Sud je kreator normi koje proširuju primarno pravo. On ne stvara neko drugo pravo čija bi egzistencija bila paralelna i drukčija od prvog, već razvija postojeće pravo, obogaćuje ga i produbljuje. U tom smislu tumačenje postaje sastavni dio tumačene pravne norme.

R. Chapus je naglasio: „tumačenje se miješa s interpretiranom normom: ono predstavlja sam sadržaj akta o kojem je riječ. Stoga se ono nameće kao jednakovrijedno normi na koju se primjenjuje i od koje se ne isključuje.“<sup>57</sup> I O. Gohin je tako primijetio da „Sud određuje pravna pravila umjesto država članica i umjesto vlasti zajednice, autora ugovora i akata za njegovo provođenje. Na taj način, on kreira pravo koje se inkorporira u tumačenu normu, te ima jednaku vrijednost. Doseg njegove presude ne procjenjuje se, dakle u terminima *res iudicata*, nego proizlazi iz stvarne legislativne vrijednosti ili regulatorne vrijednosti koja se pridaje sukladno prirodi interpretiranog akta. On stoga ima *erga omnes* efekt i manifestira se u apsolutnom smislu kao u tumačenom tekstu“.<sup>58</sup> A D. Chabanol dodaje da se tumačenje „inkorporira u pravnu normu koju interpretira na način da nestaje zajedno s njom“. Interpretativna presuda jednaka je novoj formulaciji zakona.<sup>59</sup>

Autoritet sudskog tumačenja utvrđuje se presudom, koja razvija inicijalno pravilo. Autoritet se prenosi na tumačenu normu, dakle radi se o „autoritetu tumačene stvari“. Zbog toga je legitimno pozvati se na pravila sudske prakse, na isti način na koji govorimo o ustavnim ili zakonodavnim pravilima, ne radi samog postupanja suda, nego zbog asimiliranja inkorporacijom tumačenja i tumačene pravne norme. Sud kao kvalificirani tumač odredbi prava Zajednice, ne zamjenjuje primarnu nadležnost autora.

Dakle, priznavanjem njegovog autoriteta ne riskira se „zaključavanje“ Suda Europske unije u vlastitom tumačenju, na način da on više ne bude u stanju razviti ili ispraviti svoju sudsku praksu. Čini se da je upućivanje na autoritet tumačene stvari omogućilo prevladavanje ove poteškoće. Da bi to učinio, potrebno je prihvatiti razliku koju je Sud uveo između apsolutnog autoriteta i promjenjivosti interpretativne odluke. Želeći spriječiti statističke vrijednosti interpretacijskih odluka, prihvatio je mogućnost da se nacionalni sudovi ponovno obraćaju Sudu s pitanjima u odnosu na tumačenja koja su već donesena, ali čije značenje i opseg otvaraju nova pitanja. Ova mogućnost nije kršenje, niti odstupanje od načela apsolutnog autoriteta tumačenja. Ona proizlazi iz suštinske razlike između autoriteta i nepromjenjivosti. Iz sudske prakse Zajednice

57 Više o svemu vidi: Chapus, R., *Droit du contentieux administratif*, Pariz, Montchrestien, 12. izd., 2008, str. 121-196.

58 Više o tome: Gohin, O., *Contentieux administratif*, 2. izd., Pariz, Litec, 1999, str. 81-87.

59 Vidi: Chabanol, D., *Le juge administratif*, Pariz, LGDJ, 1993, str. 79-98.

proizlazi sljedeće načelo: svako tumačenje Zajednice po svojoj prirodi ima apsolutni autoritet u odnosu na nacionalne vlasti i institucije Zajednice, uzimajući u obzir, međutim, razloge svojstvene logici i dinamici sustava Zajednice, koje mogu izazvati njegovu djelomičnu ili potpunu izmjenu te posljedičnu zamjenu novim tumačenjem istog karaktera. Tumačeni tekst dakle može biti predmetom novih tumačenja, a da to nije kršenje autoriteta *res judicata*.<sup>60</sup>

Tumačenja Suda manifestacija su izvršenja prerogativa javne vlasti. Za države članice i institucije Zajednice, ona imaju apsolutni autoritet tumačene stvari, koji ih obvezuje da se pridržavaju pravnih normi proizašlih iz sudske prakse, a koje su uključene u protumačenu odredbu. Obvezujući učinak tumačene norme tada određuje obvezujuću snagu sudske interpretacije. Ona time dobiva normativnu neposrednost, postaje trenutno i istodobno primjenjiva u svim državama članicama te protiv djelovanja tijela javne vlasti, kao i tijela privatnog prava.

Također, na nju se primjenjuje načelo primata prava Zajednice, čije implikacije objašnjavaju obvezujuću snagu interpretativnih odluka koje je donio Sud Europske unije. U konačnici, jedino ograničenje s kojim se Sud suočava jest ne prekoračiti „prag tolerancije koji se nameće njegovom interpretativnom djelovanju, kako bi se zadržao konsenzus država članica u odnosu na sudske odluke“.<sup>61</sup> Problem se postavlja u različitim terminima s obzirom na opća načela. Teško je reći da su oni uključeni u tumačenu normu, jer se najčešće proizvode bez ikakve tekstualne osnove. S druge strane, ako mogu preuzeti inspiraciju iz državnih ili konvencionalnih ustavnih načela, neće moći preuzeti nikakvu vlast u pravnom poretku Zajednice. Opća načela zakona nisu izvan pozitivnoga pravnog poretka, oni su dio nje, ali nemaju vlastitu egzistenciju: „to je sudac koji im daje snagu i život“.<sup>62</sup> Iz te točke gledišta, s formalnog i organskog stajališta, iz sudske prakse oni imaju svoje ovlasti. Njihova jurisprudencijska priroda daje im autoritet koji je dostupan pravosuđu Zajednice u ostvarivanju ovlasti koje su mu dodijeljene. Sud razmatra opća načela prava Zajednice kao dio pravnog sustava Zajednice za koji osigurava usklađenost. U stvarnosti, to je „super-zakonitost“ ako se nameće institucijama u razvoju i primjeni sekundarnog zakonodavstva. Ne primjenjuju se na radnje iz djelokruga njihovih rezerviranih ovlasti<sup>63</sup> ili koje nisu u nadležnosti prava Zajednice,<sup>64</sup> već su nametnute mjerama poduzetim na temelju prava Zajednice.<sup>65</sup>

Iz ovih razmatranja slijedi da su interpretativna sudska praksa, kao i opća načela prava Zajednice, pravi zakonski činovi, smještene na istoj razini kao i izvorni tekstovi. Imaju obvezujuću vrijednost, superiornu od sekundarnog zakonodavstva, što obvezuje institucije Zajednice i države članice. U tom su izrazu ovlasti Suda Europske unije. Ovo

60 Ibid., str. 79-98.

61 Simon, D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Pariz, Politique étrangère, 1982, str. 773.

62 Jeanneau, B., *La nature des principes généraux du droit en droit français*, Pariz, Travaux de recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, T. XXIII, 1962, str. 203.

63 Sud Europske unije, 11. srpnja 1985., Cinéthèque, spojeni predmeti 28, 29, 30/62.

64 Ibid.

65 Sud Europske unije, 26. travnja 1988., Hauptzollamt Hamburg Jonas c/ Krüchen, spojeni predmeti 316/86.

je tijelo uvjet ispunjavanja misije nadležnosti; dopušta Sudu, instrumentu europskog jedinstva, da uspostavi svoju nadležnost. Konačno, valja istaknuti da je autoritet Suda naglašen činjenicom da ga ne nosi nikakva institucionalna ili funkcionalna protuteža, kao što je većina nacionalnih vrhovnih sudova.

## 7. ZAKLJUČAK

Tumačenje pravnih pravila, ako je primijenimo na upravno sudstvo, može se mjeriti samo kao „process” koji se tiče izrade sudskih odluka: kvalitetno sudstvo trebalo bi biti u stanju kvalitetno tumačiti pravne propise. Tekstualne definicije ponekad nisu cjelovite, sažete ili jednostavno ne postoje, pa postaje nužno u sudskom postupanju namijenjenom upravnom aktu istraživati dominantna mjerila za definiciju, a znamo da ove dvije istraživačke metode o sastavnicama pojma upravnog akta, tekstualni temelj ili pristup kroz spor, svakako nemaju svrhu isključivanja, već naprotiv, nadopunjavanja.

Danas je sudska praksa, kao pravna i društvena potreba i nužnost, općenito prihvaćena. Sudska praksa nije samo pravni, već i društveni fenomen, utoliko što je ona način rješavanja sukoba u društvu. Tako svi društveni odnosi, koji zahtijevaju intervenciju zakonodavca, mogu pružiti sudcu priliku da postavi pravila upravnosudske prakse. Poslanje sudca, kako god ono bilo osjetljivo, neophodno je. Nikad savršen, zakon je, u najboljem ruku, najbolji u određenom trenutku, ali samo u tom trenutku. Na sudcu je, dakle, da kaže ne samo što je zakonito, a što nije, nego i da kaže što je istinito, što je dobro i što je pravedno. Upravo na taj način, upravni sudci pridonose koherentnosti pravne države.

Isto tako, treba naglasiti kako su i metode pravnog tumačenja evoluirale. Naime, osim dogmatskog tumačenja pozitivno pravnih propisa, potrebno je sve više usvajati i teleološko tumačenje pravnih propisa (ciljeve pravnih propisa). Ciljno tumačenje pravnih pravila proces je koji upravno sudstvo, ma koliko ono bilo neovisno, više ne može zaobići.

Prema načelu djelotvornosti, nacionalna pravila postupka ne smiju učiniti ostvarivanje prava zajamčenih propisima Europske unije praktično nemogućim ili pretjerano teškim. S obzirom na važnost načela djelotvornosti, „pravo na sudca“, pravo pristupa upravnim sudovima bitan je element, koji mora biti konkretan i djelotvoran, a ne samo teorijski. U pravu Europske unije, načelo djelotvornosti zahtijeva da nacionalna postupovna pravila u praksi ne čine nemogućim ili iznimno teškim ostvarivanje prava koja pojedincima daje pravni poredak Unije.<sup>66</sup> Nacionalni upravni sudovi su tako obvezatni tumačiti i primjenjivati nacionalna postupovna pravila na način koji omogućuje strankama u postupku da imaju djelotvorno pravno sredstvo kako bi se omogućilo osiguranje prava koja proizlaze iz europskih pravnih propisa.<sup>67</sup>

66 Sud Europske unije, 10. travnja 2003., Steffensen, predmet C-276/01; Sud Europske unije, 3. rujna 2009., Fallimento Olimpiclub, predmet C-208.

67 Sud Europske unije, 23. travnja 1986., Zeleni protiv Europskog parlamenta, predmet 294/83; Sud Europske unije, 27. veljače 2007., Gestoras Pro Amnistia protiv Savjeta, predmet C-354/04.

Sve je navedeno razlog zbog kojeg u Republici Hrvatskoj naglasak treba biti stavljen na usvajanju europskih pravnih propisa i sudske prakse, razvoju metode primjene i tumačenju pozitivnog prava te praćenju evolucije sudske funkcije slične onoj koju su države članice Europske unije već doživjele. Svemu ovomu treba pridodati minimalno poznavanje poredbenoga prava i velikih pravnih sustava glavnih država članica Europske unije.

Danas u Hrvatskoj, rješavanje u upravnom sporu znači primjenjivanje nacionalnih pravila, ali i europskih pravnih normi u sve većoj mjeri.

Budući da se pravilo odražava u presudi, presuda treba što je moguće preciznije prenijeti stvarni smisao zakona i misao sudca koji taj zakon primjenjuje, a ukupnost presuda treba moći činiti skladnu cjelinu. Obrazloženje daje legitimitet odluci i ujedno je objašnjava.

Upravni sudci imaju zadaću ne samo primjenjivati zakon, već ga i tumačiti. Eventualne nejasnoće u primjeni, upravni sudovi moraju riješiti primjenom nacionalnih, europskih, pa čak i međunarodnih propisa te u svjetlu posve novih načela. S jedne strane, tu su norme koje potječu iz prava Europske unije iz kojih proizlazi obveza osiguranja učinkovite zadaće subjektivnih prava. S druge strane, tu su norme koje potječu iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, osobito zahtjeva u vezi s pravom na djelotvorni postupak i pravom na pošteno suđenje kako ih tumači Sud u Strasbourgu. Te promjene nalažu, među ostalima, upravnim sudcima da ulažu pojačane napore kako bi uskladili svoje odluke, ustalili i pojasnili pravno tumačenje koje proizlazi iz njihovih odluka. Način na koji bi upravni sudac danas trebao osmišljavati svoje ovlasti pune jurisdikcije mora biti rezultat suvremenog razmišljanja o njegovoj službi, o njegovoj dužnosti. Sudac ima veliku slobodu izbora u ovlastima koje provodi u granicama svoje nadležnosti i samostalno određuje načine na koje će vršiti svoju kontrolu.

Danas, općenito promatrano, najvažnija pravna i politička karakteristika upravnog sudovanja je zaštita građana od nezakonitoga djelovanja javnopravnih tijela.

Danas više ne postoji nikakva sumnja u postojanje interakcije između nacionalnih i europskih sudova. One su očite, brojne i zbog višestrukih razloga neophodne. Svaki je sud brzo razumijevao korisnost interakcije sa svrhom koja se odnosila na obogaćivanje svoje sudske prakse. Nacionalna dimenzija je očigledna. Kada govorimo o dimenziji zajednice i europskoj dimenziji, jasno nam je da je i Sud Europske unije, na kompleksan način, ali ipak, među ovim sudionicima.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci*

1. Aviani, Damir, Đerđa, Dario, Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju, Split, ZPFS, vol. 49, 2/2012, str. 369-394.
2. Boré, Louis, La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme, Pariz, JCP, 2002.
3. Britvić Vetma, Bosiljka, Kvaliteta odluka upravnih sudova, Split, ZPFS, vol. 51, 2/2014, str. 393-414.
4. Britvić Vetma, Bosiljka, Suradnja između nacionalnih upravnih sudova, Suda Europske

- unije i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, Rijeka, ZPFR, vol. 35, 1/2014, str. 219-244.
5. Britvić Vetma, Bosiljka, Ljubanović, Boris, Suradnja između nacionalnih upravnih sudova, Suda Europske unije i Europskog suda za zaštitu ljudskih prava u izvršavanju upravnosudskih odluka nakon Lisabonskog ugovora, Split, ZPFS, vol. 52, 2/2015, str. 431-447.
  6. Chabanol, Daniel, *Le juge administratif*, Pariz, LGDJ, 1993.
  7. Chapus, Rene, *Droit du contentieux administratif*, 12. izdanje, Pariz, Montchrestien, 2008.
  8. Đerđa, Dario, Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka, Rijeka, ZPFR, vol. 37, 1/2016, str. 175-200.
  9. Đerđa, Dario, Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj, Split, ZPFS, vol. 50, 2/2013, str. 393-427.
  10. Đerđa, Dario, Šikić, Marko, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, Novi informator, 2012.
  11. Gaudemet, Yves, *Droit administratif*, Pariz, L.G.D.J., 2005.
  12. Ghirardi, A. Olsen, *Le raisonnement judiciaire*, Pariz, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 2000.
  13. Gohin, Olivier, *Contentieux administratif*, 2. izd., Pariz, Litec, 1999.
  14. Guinchard, Stéphanie, *La théorie de l'apparence en droit administratif: vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common law*, Pariz, RD publ., 2005.
  15. Harašić, Žaklina, *Autoritet i sud*, Split, ZPFS, vol. 52, 2/2015, str. 407-429.
  16. Jeanneau, Benoit, *La nature des principes généraux du droit en droit français*, Pariz, Travaux de recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, T. XXIII, 1962.
  17. Jeuland, Emmanuel, *La motivation*, u *Dictionnaire de la Justice*, Pariz, Loïc Cadet, PUF, 2004.
  18. Mertens de Wilmars, Joss, *La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire*, Bruxelles, C.D.E., 1976., n°12.
  19. Simon, Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Pariz, Politique étrangère, 1982.
  20. Spencer, R. John, *Quelques observations préliminaires*, in *Juges et jugements: l'Europe plurielle, l'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Pariz, Société de législation comparée, 1998.
  21. Staničić, Frane, Britvić Vetma, Bosiljka, Horvat, Božidar, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, Narodne novine, 2017.
  22. Šikić, Marko, Ofak, Lana, *Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)*, Rijeka, ZPFR, vol. 32, 1/2011, str. 127-153.
  23. Teitgen, Pierre-Henri, *Cours de droit institutionnel communautaire. Structure et fonctionnement des Communautés européennes*, Licence 4<sup>e</sup> année, Pariz, Les cours de droit, 1976-1977.
  24. Trabucchi, Alberto, *L'effet erga omnes des décisions préjudicielles*, Pariz, R.T.D.E., 1974.
  25. Waline, Marcel, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public*, Etudes en l'honneur de G. SCELLE, Pariz, L.G.D.J., 1950.



**Bosiljka Britvić Vetma\***

Summary

## **THE ROLE OF ADMINISTRATIVE COURTS AND THE EUROPEAN UNION COURT IN THE CREATION OF LEGAL REGULATIONS AND ADMINISTRATIVE COURT PRACTICE**

This paper primarily deals with the role of administrative courts in the creation of legal regulations. How legal regulations are interpreted is emphasised as is how the quality of interpretation also defines the quality of court practice. The author emphasises that it is not always an easy task. How court practice is not a legal but also a social phenomenon is mentioned. So too are all relations that require legislative intervention. They can offer the judge the opportunity to develop rules of court practice. Even though court practice can never replace the legal rule, it is certainly a logical continuation or extension of legal rules and even an indispensable addition. Therefore, it is court practice's subject of interest which is as varied as the subject of legal rules' interest. That is why the contribution of administrative court practice and its role is equally as important in the life of the individual as it is in public life. Given that the rule is maintained in the judgement, the judgement should as precisely as possible express the real meaning of the law and the thought of the judge who applies that law. The totality of the judgement should comprise a harmonised whole. The explanation gives the decision legitimacy and at the same time explains it. The author also analyses the limits of the application of the judgement of the European Union Court. This includes the interpretative role as well as which obligations the European Union Court judgement sets before the member state and its citizens. At the same time, it points out how national administrative judges should behave towards them.

**Keywords:** *purposive interpretation; conditions for administrative court practice formation; meaning of administrative court practice; role of the European Union Court in the creation of administrative court practice.*

---

\* Bosiljka Britvić Vetma, Ph.D., Associate Professor, University of Split, Faculty of Law; bosiljka.britvic@pravst.hr.

## Zusammenfassung

**DIE ROLLE DER VERWALTUNGSGERICHE UND  
DES GERICHTSHOFS DER EUROPÄISCHEN UNION IN  
DER KREIERUNG VON RECHTSVORSCHRIFTEN UND  
VERWALTUNGSRECHTSPRECHUNG**

Dieser Beitrag bespricht in erster Linie die Rolle der Verwaltungsgerichte in der Kreierung von Rechtsvorschriften. Es wird betont, dass die Auslegung von Gesetzesvorschriften sowie auch die Qualität dieser Auslegung auch die Qualität der Rechtsprechung selbst definiert. Ebenfalls wird betont, dass das nicht immer eine leichte Aufgabe ist. Im Beitrag wird behauptet, dass die Rechtsprechung nicht nur ein Gerichts- sondern auch ein Gesellschaftsphänomen ist. Deshalb bieten alle gesellschaftliche Verhältnisse, welche den Eingriff des Gesetzgebers fordern, dem Richter die Angelegenheit, die Regeln der Rechtsprechung durcharbeiten. Obwohl die Rechtsprechung die Rechtsregel nie ersetzen kann, ist sie auf jeden Fall die logische Fortsetzung der Rechtsregeln, oder sogar eine notwendige Ergänzung. Demnach ist der Gegenstand des Interesses der Rechtsprechung so verschiedenartig wie auch jener der Rechtsregeln. Der Beitrag und die Rolle der Verwaltungsrechtsprechung sind deshalb ebenso wichtig sowohl für das Leben des Einzelnen als auch für das öffentliche Leben. Da sich die Regel in der Gerichtsentscheidung widerspiegelt, sollte die Entscheidung möglichst präziser den eigentlichen Sinn des Gesetzes und den Gedanken des Richters, der dieses Gesetz anwendet, übermitteln. Die Gesamtheit der Entscheidungen sollte eine harmonische Ganzheit bilden können. Die Entscheidungsgründe geben der Entscheidung eine Legitimität und gleichzeitig erklären sie sie. Das Ausmaß der Anwendung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union, die auslegende Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie auch die von Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union auferlegten Verpflichtungen für den Mitgliedsstaat und seine Bürger werden analysiert. Ebenfalls weist dieser Beitrag daraufhin, wie sich die Richter der Verwaltungsgerichte in nationalen Mitgliedsstaaten diesen Entscheidungen gegenüber verhalten sollten.

**Schlüsselwörter:** teleologische Auslegung; Voraussetzungen für die Kreierung der Verwaltungsrechtsprechung; Bedeutung der Verwaltungsrechtsprechung; Rolle der europäischen Gerichte in der Kreierung der Verwaltungsrechtsprechung.

Riassunto

## **IL RUOLO DEI TRIBUNALI AMMINISTRATIVI E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA NELLA CREAZIONE DELLE NORME GIURIDICHE E DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

Nel presente lavoro in primo luogo si valuta il ruolo dei tribunali amministrativi nella creazione di precetti giuridici. Si rileva come l'interpretazione delle disposizioni di legge, come pure la qualità della stessa determini anche la qualità della giurisprudenza. L'autore inoltre evidenzia la difficoltà di tale compito. Osserva infatti come la giurisprudenza rappresenti non soltanto un fenomeno giuridico, ma anche sociale. Così tutti i rapporti sociali, che richiedono l'intervento del legislatore possono dare al giudice l'occasione di arricchire la giurisprudenza. Benché la giurisprudenza non possa mai sostituire la regola giuridica, essa comunque rappresenta la continuazione logica delle regole giuridiche, o meglio ne costituisce la necessaria prosecuzione. Pertanto l'oggetto di interesse della giurisprudenza è variegato tanto quanto il contenuto delle norme giuridiche. Pertanto l'apporto alla giurisprudenza amministrativa ed il suo ruolo sono al pari importanti come nella vita del singolo, così anche nella vita pubblica. Posto che la regola trova espressione nella sentenza, questa deve riportare quanto più precisamente possibile il senso della norma ed il pensiero del giudice che applica tale norma, mentre la sentenza deve risultare in un'unità armonica. La motivazione offre legittimità alla decisione e nel contempo la spiega. L'autore inoltre nel testo disamina fino a che confini giunge l'applicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE; valuta il ruolo interpretativo di tale Corte e disamina quali obblighi le sentenze della Corte pongono dinanzi allo Stato membro ed ai suoi cittadini. Al contempo illustra in quale modo i giudici amministrativi nazionali debbano porsi dinanzi a dette decisioni.

**Parole chiave:** *interpretazione mirata; condizioni di formazione della giurisprudenza amministrativa; significato della giurisprudenza amministrativa; ruolo delle corti europee nella creazione della giurisprudenza amministrativa.*



## PRAVO NA UVID U SPIS U UPRAVNIM STVARIMA

Izv. prof. dr. sc. Lana Ofak\*  
Izv. prof. dr. sc. Marko Šikić\*\*

UDK: 35.077.2  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.16>  
Ur.: 2. siječnja 2019.  
Pr.: 10. veljače 2019.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*U radu se analiziraju bitna pitanja vezana za ostvarivanje prava na uvid u spis u upravnim stvarima. Tako se u radu, nakon uvodnog poglavlja, najprije ukazuje na ustavni rang prava na uvid u spis kao sastavnog dijela prava na pravični postupak. S obzirom na činjenicu da je riječ o pravu koje je zaštićeno i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koju su javnopravna tijela u Republici Hrvatskoj dužna primjenjivati, u radu je prikazana i praksa Europskog suda za ljudska prava. U središnjem dijelu rada analiziraju se pitanja ovlaštenika prava na uvid u spis, izuzimanja pojedinih spisa od razgledavanja i umnažanja, načina sastavljanja izreke i obrazloženja rješenja kojim se uvid u spis odbija, primjene načela razmjernosti pri odlučivanju o ograničavanju prava na uvid te vremena ostvarivanja prava na uvid u spis. U zaključku rada naglašava se kako se osiguravanjem uvida u spis u upravnim stvarima u konačnici postiže i veća kvaliteta rješenja javnopravnih tijela te osigurava zakonitost u funkcioniranju javne uprave.*

**Ključne riječi:** *uvid u spis; pravični postupak; Zakon o općem upravnom postupku; Ustav Republike Hrvatske; Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.*

### 1. UVOD

Jedno od temeljnih prava nužnih za zaštitu prava i pravnih interesa stranaka u svim upravnim postupcima jest pravo stranke biti obaviještena o svim činjeničnim i pravnim pitanjima koja se pojavljuju u postupku u kojem se odlučuje o njezinim pravima, obvezama i pravnim interesima.<sup>1</sup> Način kako se u postupku osigurava ostvarenje tog prava jest putem prava stranke na obavješćivanje o tijeku postupka te na uvid u spis predmeta o kojem rješava javnopravno tijelo (članak 84. Zakona

\* Dr. sc. Lana Ofak, izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; lana.ofak@pravo.hr.

\*\* Dr. sc. Marko Šikić, izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; marko.sikic@pravo.hr.

1 Đerđa, D., Pravila upravnog postupka u europskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 33, 1/2012, str. 130-131.

o općem upravnom postupku<sup>2</sup> (dalje: ZUP)). Iako je riječ o jednom od temeljnih procesnih prava stranaka zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske (dalje: Ustav, v. poglavlje 2.),<sup>3</sup> kao i člankom 6. stavkom 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija ili Konvencija, v. poglavlje 3.),<sup>4</sup> o toj problematici u hrvatskoj upravno-pravnoj literaturi ne postoje samostalni znanstveni radovi, već se o njoj raspravlja u okviru širih tema.<sup>5</sup>

Načelo pristupa podacima izrijekom je propisano kao jedno od temeljnih načela upravnog postupka (članak 11. ZUP-a). Međutim, osim pristupa podacima, u upravnom postupku mora se osigurati i zaštita podataka, sukladno propisima o zaštiti osobnih podataka, odnosno tajnosti podataka (članak 11. stavak 2. ZUP-a). To je iz razloga što je u upravnim postupcima moguće postojanje suprotstavljenih interesa, kao što je, primjerice, potreba za čuvanjem tajnosti podataka ili potreba za zaštitom prava trećih osoba, koji se moraju odvagati u odnosu na prava pojedinca, tj. stranke.

U ovom će se radu analizirati bitna pitanja vezana za ostvarivanje prava na uvid u spis u upravnim stvarima koja uključuju ovlaštenike tog prava, izuzimanja pojedinih spisa od razgledavanja i umnažanja, način sastavljanja izreke i obrazloženja rješenja kojim se uvid odbija, primjenu načela razmjernosti pri odlučivanju o ograničavanju prava na uvid te vrijeme ostvarivanja prava (poglavlje 4.). Prije svega rad je nužno započeti s objašnjenjem ustavnoga ranga prava na uvid u spis kao sastavnog dijela prava na pravični postupak (poglavlje 2.) kako bi se u cijelosti mogla razumjeti problematika koja analizira u radu. Osim toga, budući da je riječ o pravu koje je zaštićeno i Europskom konvencijom koju su javnopravna tijela u Hrvatskoj dužna primjenjivati, potrebno je i prikazati praksu Europskog suda za ljudska prava (poglavlje 3.).

## **2. PRAVO NA UVID U SPIS KAO PROCESNO PRAVO STRANAKA ZAJAMČENO USTAVOM**

Pravo na uvid u spis u upravnim stvarima jedno je od temeljnih procesnih prava stranaka koje proizlazi iz Ustava kojim se jamči pravo na pravični postupak. Ustavno pravo na pravično suđenje, zaštićeno člankom 29. stavkom 1. Ustava,<sup>6</sup> jamči pravnu zaštitu stranaka u odlučivanju sudova, ali i drugih državnih odnosno javnopravnih tijela. Naime, Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) opetovano u svojim odlukama ponavlja da pravo na pravično suđenje jamči svakome pravičnost postupka pred svim tijelima koja odlučuju o njegovim pravima i obvezama. Dakle, ne samo pred sudovima nego i pred svim drugim tijelima ovlaštenim za odlučivanje o

2 NN, br. 47/09.

3 NN, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

4 NN – MU, br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02. i 1/06.

5 V. primjerice, Đerđa, D., *Pravila*, str. 130-131; id., *Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 50, 2/2013, str. 412-414.

6 Članak 29. stavak 1. Ustava u svom relevantnom dijelu glasi: „*Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama ...*“.

pravima i obvezama građana i drugih osoba.<sup>7</sup>

Primijenjeno na upravni postupak, ovo ustavno pravo zahtijeva da javnopravna tijela vode upravni postupak uz poštovanje osnovnog pravila o pravu stranke na izjašnjanje o svim činjenicama, okolnostima i pravnim pitanjima važnim za rješavanje upravne stvari (članak 30. stavak 1. ZUP-a). To joj pravo omogućava da se pravovremeno zaštiti u postupku protiv svih djelovanja koja mogu utjecati na njezina prava, obveze ili pravne interese. Pravo na obaviještenost stranke o stanju postupka te pravo uvida u spis predmeta nužan su preduvjet za izjašnjanje stranke u upravnom postupku, jer ona, prije negoli se izjasni, mora znati o kojim se činjeničnim i pravnim pitanjima uopće treba izjasniti i u kojem smjeru.<sup>8</sup>

Povezanost prava uvida u spis s člankom 29. stavkom 1. Ustava Ustavni sud posebno je obrazložio u predmetu U-I-448/2009 i dr.<sup>9</sup> u kojem je ocijenio neustavnima pojedine odredbe Zakona o kaznenom postupku (NN, br. 152/08., 76/09. i 80/11.). Iako je riječ o dvama različitim postupcima, obrazloženje Ustavnog suda koje se odnosi na važnost prava uvida u spis predmeta u kaznenom postupku smatramo primjenjivim i na upravni postupak, budući da je u oba slučaja riječ o pravno uređenim postupcima koji potpadaju pod doseg prava na pravično suđenje. U tom smislu, prilagođeno na termine svojstvene za upravni postupak, smatramo da se iz odluke Ustavnog suda U-I-448/2009 i dr. (točka 97.2.)<sup>10</sup> mogu izvesti sljedeća stajališta koja bi se primjenjivala na uvid u spis u upravnim stvarima:

- Pravo uvida u spis predmeta (prema terminologiji ZUP-a: pravo razgledavanja spisa), kao inherentni dio prava na izjašnjanje stranke i njezinog prava na sudjelovanje u postupku,<sup>11</sup> izvodi se iz članka 29. stavka 1. Ustava.
- Pravo uvida u spis predmeta i pravo na predlaganje i izvođenje dokaza osnove su prava na izjašnjanje stranke u upravnom postupku.
- Uvid u spis predmeta omogućava spoznaju stranke o svim činjenicama i okolnostima koje su bitne za rješavanje upravne stvari, kao i pravo na

7 V. primjerice odluku Ustavnog suda br. U-III-281/2018 od 22. svibnja 2018., točke 18. i 24.

8 Đerđa, D., *Učinak...*, op. cit., str. 412.

9 Odluka Ustavnog suda br. U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012.

10 „Ustavni sud podsjeća da se pravo uvida u spis predmeta (prema terminologiji ZKP-a: pravo razgledavanja spisa), kao inherentni dio prava na obranu, izvodi iz članka 29. stavka 2. alineje 1. Ustava [...] Pravo uvida u spis predmeta i pravo na predlaganje i izvođenje dokaza osnove su prava obrane u kaznenom postupku. Uvid u spis predmeta omogućava spoznaju o tome što se okrivljeniku stavlja na teret, koji su dokazi za to pribavljeni i druge informacije. Bez prava uvida u spis predmeta pravo na obranu je nudum ius. Djelotvornim ostvarenjem tog prava osumnjičenik odnosno okrivljenik dobiva aktivnu ulogu i prelazi iz „objekta istrage” u subjekt kaznenog postupka. O tom pravu u velikoj mjeri ovisi poštenost kaznenog postupka i funkcioniranja pravne države u okvirima kaznenog pravosuđa.“

11 Umjesto „prava na obranu“ smatramo primjerenijim u kontekstu upravnog postupka koristiti termin „pravo na izjašnjanje stranke“. Izjašnjanje stranke propisano je u članku 30. ZUP-a koji glasi:

„(1) U postupku stranci se mora omogućiti izjašnjanje o svim činjenicama, okolnostima i pravnim pitanjima važnim za rješavanje upravne stvari.

(2) Bez prethodnog izjašnjavanja stranke postupak se može provesti samo ako se usvaja zahtjev stranke ili ako odluka u postupku nema negativan učinak na pravne interese stranke ili kad je tako propisano zakonom.“

pobijanje točnosti navoda koji se ne slažu s njezinim navodima (članak 52. stavak 1. ZUP-a).

- Bez prava uvida u spis predmeta pravo stranke na izjašnjavaње u postupku je *nudum ius* („golo“ pravo bez sadržaja).
- Djelotvornim ostvarenjem prava uvida u spis predmeta stranka dobiva aktivnu ulogu i prelazi iz „objekta“ u subjekt upravnog postupka.
- O pravu uvida u spis predmeta u velikoj mjeri ovisi pravičnost upravnog postupka i funkcioniranje pravne države u okvirima javnopravnih tijela.

Pravo na pravični postupak zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava nije apsolutno pravo već je podložno dopuštenim ograničenjima. Prema ustaljenoj praksi Ustavnog suda, granicu dopustivosti pojedinog ograničenja označava zahtjev da je ono propisano na takav način i u takvoj mjeri da ne narušava bit prava, da teži legitimnom cilju i da postoji razumni odnos razmjernosti između upotrijebljenog sredstva ograničavanja i cilja koji se njime nastoji ostvariti.<sup>12</sup> To znači da pravo na uvid u spis može biti ograničeno zbog nekoga drugog legitimnog suprotstavljenog interesa, primjerice zaštite slobode i prava drugih ljudi. Međutim, ako će se ograničiti, njegova ograničenja moraju proći test razmjernosti (članak 16. stavak 2. Ustava).<sup>13</sup>

O tome je bila riječ u odluci Ustavnog suda br. U-III/2086/2016 od 13. ožujka 2018. u kojoj je odlučivao je li podnositelju ustavne tužbe (načelniku Policijske postaje) povrijeđeno pravo na pravično suđenje u upravnom sporu u kojem je osporavao rješenje Ureda vijeća za nacionalnu sigurnost o odbijanju zahtjeva za izdavanje uvjerenja (certifikata) o obavljenoj sigurnosnoj provjeri koji bi mu omogućio pristup klasificiranim podacima. Ured je, naime, odbio zahtjev zbog toga što je ocjenom izvješća sigurnosno-obavještajne agencije, označenog stupnjem tajnosti „povjerljivo“, utvrđeno da kod podnositelja postoji sigurnosna zapreka zbog neistinitog navođenja podataka u Upitniku za sigurnosnu provjeru. Također je utvrđeno da postoje i činjenice iz članka 22. Pravilnika o standardima sigurnosne provjere koje su isto tako sukladno članku 18. stavku 6. Zakona o tajnosti podataka<sup>14</sup> sigurnosna zapreka za izdavanje certifikata. Pravilnik je označen oznakom neklasificiran, ali je neobjavljen i bio je nedostupan podnositelju. Protiv rješenja Ureda podnositelj je podnio tužbu Upravnom sudu u Osijeku. Svi dokumenti koji su korišteni, osim rješenja koje je dostavljeno podnositelju, bili su izdvojeni iz spisa i u njih je uvid mogao izvršiti samo sud, a ne i podnositelj niti njegov punomoćnik. Upravni sud odbio je tužbu podnositelja protiv koje je izjavio žalbu Visokom upravnom sudu. Nakon neuspješne žalbe podnositelj je

12 V. primjerice odluku Ustavnog suda br. U-III/2339/2009 od 28. studenoga 2012., točke 12. i 13.; odluku Ustavnog suda br. U-III/3516/2013 od 11. veljače 2016., točka 14.; odluku U-1/2753/2012 i dr. od 27. rujna 2016., točka 11.

13 Članak 16. Ustava glasi: „Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.“

14 Članak 18. stavak 6. Zakona o tajnosti podataka (NN, br. 79/07. i 86/12.) glasi: „Sigurnosne zapreke u smislu ovoga Zakona su: neistinito navođenje podataka u upitniku za sigurnosnu provjeru, činjenice koje su posebnim zakonom propisane kao zapreke za prijam u državnu službu, te izrečene stegovne sankcije i druge činjenice koje predstavljaju osnovu za sumnju u povjerljivosti ili pouzdanosti osobe za postupanje s klasificiranim podacima.“



podnio ustavnu tužbu protiv presude Visokog upravnog suda.

Ustavni sud ustanovio je da u obrazloženju osporavanih odluka nisu navedeni nikakvi detalji o neistinitim navodima podataka u Upitniku za sigurnosnu provjeru ni o drugim činjenicama koji ukazuju na postojanje sigurnosnih zapreka. U obrazloženju prvostupanjske presude navodi se da se radi o zaprekama određenim člankom 22. Pravilnika o standardima sigurnosne provjere od 30. prosinca 2013., bez navođenja sadržaja odredbe toga Pravilnika.

Raspravljanje pred sudom u predmetima koji se tiču izdavanja certifikata ograničeno je člankom 19. stavkom 3. Zakona o tajnosti podataka koji nalaže sudu da pri utvrđivanju činjenica i izvođenja dokaza kojima bi mogla nastati šteta za rad sigurnosno-obavještajnih agencija i nacionalnu sigurnost poduzme mjere i radnje iz svoje nadležnosti kojima će spriječiti nastanak štete. U tom smislu Ustavni sud je utvrdio da je u konkretnom slučaju riječ o ograničenju prava na uvid u sve dokaze zbog zaštite nacionalnoga pravnog poretka (nacionalne sigurnosti) te sloboda i prava drugih ljudi.<sup>15</sup> Međutim, sukladno članku 16. Ustava svako ograničenje mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.<sup>16</sup> Riječima Ustavnog suda: „*to ograničenje ne može biti tako široko da podnositelju onemogućiti da učinkovito i stvarno osporava zakonitost rješenja koje pobija u upravnom sporu. To ograničenje treba se svesti na najmanju moguću mjeru koja će istovremeno zaštititi javni interes, ali i pružiti mogućnost podnositelju da uvjeri sud u opravdanost svog zahtjeva.*“<sup>17</sup>

U konkretnom slučaju Ustavni sud je ustvrdio da: „*osporavane presude ne sadrže relevantne razloge za takva ograničenja koja bi pokazala da bi otkrivanjem sadržaja pojedinih dokumenata odnosno njihovih dijelova došlo do takvog ugrožavanja rada državnih tijela radi kojeg su ograničenja predviđena. Članak 19. stavak 3. Zakona o tajnosti podataka, prema shvaćanju Ustavnog suda, ne postavlja pred upravni sud zahtjev da potpuno onemogućiti stranci uvid u dostavljene dokaze, već zahtjeva da u pogledu onih dokaza otkrivanjem kojih bi mogla nastati šteta poduzme mjere i radnje kojima će spriječiti nastanak štete, pri čemu je na upravnom sudu da odluči koju će mjeru i radnju poduzeti u odnosu na koji dokaz te da tu svoju odluku obrazloži.*“<sup>18</sup> Na kraju svoje odluke Ustavni sud je zaključio da nadležni sudovi nisu proveli postupak u kojem je podnositelj na djelotvoran način mogao zaštititi svoja prava u vezi s provedenom sigurnosnom provjerom, odnosno da su sudovi propustili svoja pravna stajališta obrazložiti na način koji ne dovodi u sumnju u arbitrarnost postupanja i odlučivanja.<sup>19</sup> Stoga, je Ustavni sud utvrdio da je došlo do povrede ustavnog prava na pravično suđenje iz članka 29. stavka 1. Ustava.

Važnost ove odluke Ustavnog sud ogleda se u tomu što se, čak i ako je riječ o ograničavanju uvida stranke u spis zbog zaštite nacionalne sigurnosti, pri odlučivanju o tom ograničavanju mora primijeniti načelo razmjernosti, a odluka o ograničavanju uvida mora biti dostatno obrazložena. To znači da se u njoj moraju konkretnije

15 V. točke 16 – 17. odluke br. U-III/2086/2016.

16 Ibid., točka 16.

17 Ibid., točka 17.

18 Loc. cit.

19 Ibid., točka 18.

obrazložiti ona ograničenja koja su stvarno potrebna radi zaštite onih interesa radi kojih su ustanovljena. Ograničenja se neće smatrati suglasnima članku 29. stavku 1. Ustava ako ne postoji razuman odnos razmjernosti između sredstava koja su upotrijebljena i cilja koji se namjeravao postići.

U obrazloženju svoje odluke Ustavni sud citirao je i dijelove presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu *T.G. protiv Hrvatske*<sup>20</sup> koja će se razmotriti u idućem poglavlju.

### **3. PRAVO NA UVID U SPIS KAO LJUDSKO PRAVO ZAŠTIĆENO EUROPSKOM KONVENCIJOM**

U srpnju 2017. Europski sud za ljudska prava (dalje: Europski sud ili Sud) donio je presudu u predmetu *T.G. protiv Hrvatske*, kojom je utvrdio da upravni postupak, u kojem je podnositelju zahtjeva odbijeno produženje valjanosti njegovog oružnog lista, nije bio proveden pošteno (povreda članka 6. stavka 1. Europske konvencije).<sup>21</sup> Podnositelj zahtjeva prigovorio je nepravdičnosti upravnog postupka jer se odbijanje temeljilo na službenim zabilješkama policije koje nisu u potpunosti bile dostupne ni njemu ni njegovom odvjetniku. Naime, člankom 9. Zakona o tajnosti podataka propisano je da se stupnjem tajnosti „ograničeno“ klasificiraju podatci čije bi neovlašteno otkrivanje naštetilo djelovanju i izvršavanju zadaća državnih tijela u obavljanju njihovih poslova. Nadalje, člankom 4. Pravilnika o načinu postupanja policijskih službenika u postupku za izdavanje odobrenja za nabavu oružja fizičkoj osobi<sup>22</sup> propisano je da o podacima i obavijestima prikupljenim terenskom provjerom, policijski službenik sastavlja službenu zabilješku iz koje su razvidne okolnosti o postojanju ili nepostojanju zakonom propisanih uvjeta za izdavanje odobrenja za nabavu oružja. Službena zabilješka ne smije sadržavati podatke o izvorima prikupljenih podataka i obavijesti. Osim te službene zabilješke, policijski službenik sastavlja i izvješće o obavljenoj terenskoj provjeri u koje, uz podatke sadržane u službenoj zabilješci, upisuje i podatke o građanima od kojih je tražio i prikupio podatke i obavijesti. Izvješće se sastavlja u jednom primjerku, označava se stupnjem tajnosti „ograničeno“ i ulaže se u spis terenske provjere. Osobne podatke građana od kojih je tražio ili prikupio podatke i obavijesti sadržane u službenoj zabilješci, kao i sadržaj podataka i obavijesti koje je od njih prikupio, policijski službenik dužan je čuvati kao službene podatke i ne smije ih priopćiti podnositelju zahtjeva za izdavanje odobrenja za nabavu oružja ili drugim neovlaštenim osobama.

U konkretnom upravnom postupku, na temelju podataka i obavijesti prikupljenih od ispitanih građana, policijski službenik došao je do saznanja da je podnositelj zahtjeva sklon češćem i prekomjernom uživanju alkohola, što ukazuje na mogućnost zloupotrebe oružja. Zbog toga mu je rješenjem Ministarstva unutarnjih poslova odbijeno produženje valjanosti oružnog lista protiv kojeg je podnio tužbu Upravnom

20 Zahtjev br. 39701/14, presuda od 11. srpnja 2017.

21 Članak 6. stavak 1. u mjerodavnom dijelu glasi: „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ... svatko ima pravo da ... sud pravično ... ispita njegov slučaj”.

22 NN, br. 33/08.

sudu. Upravni sud odbio je tužbu podnositelja obrazloživši u svojoj presudi da je pregledom povjerljivih službenih zabilješki ustanovio da je policija imala osnovane razloge za odbijanje produženja valjanosti oružnog lista. Protiv presude Upravnog suda podnositelj je podnio ustavnu tužbu koja je također odbijena s obrazloženjem da uskraćivanje pojedinosti na kojima su se temeljila izvješća o sigurnosnoj provjeri, uključujući osobne podatke o pojedincima koji su dali informacije, nije predstavljalo povredu njegovih ustavnih prava.

Sukladno ustaljenoj praksi Europskog suda, odluke koje donose upravna tijela koja sama ne zadovoljavaju zahtjeve iz članka 6. stavka 1. moraju biti podvrgnute naknadnoj kontroli „sudbenoga tijela koje ima punu nadležnost“.<sup>23</sup> Nadalje, pojam poštenog suđenja podrazumijeva i pravo na kontradiktorni postupak, prema kojemu stranke moraju imati priliku ne samo obznaniti sve dokaze potrebne da bi uspjele sa svojim zahtjevima, nego i saznati za sve predložene dokaze ili dostavljena očitovanja te staviti svoje primjedbe na njih, a sve to kako bi mogli utjecati na odluku suda.<sup>24</sup> Međutim, kao što je to Europski sud za ljudska prava objasnio u predmetima *Užukauskas protiv Litve*<sup>25</sup> i *Pocius protiv Litve*<sup>26</sup> u svakom sudskom postupku moguće je postojanje suprotstavljenih interesa, kao što je nacionalna sigurnost ili potreba za zaštitom svjedoka kojima prijeti opasnost od odmazde ili za čuvanjem tajnosti policijskih metoda istraživanja kaznenih djela, koji se moraju odvagati u odnosu na prava pojedinca. U nekim slučajevima može biti potrebno uskratiti određene dokaze kako bi se očuvala temeljna prava nekoga drugog pojedinca ili zaštitio važan javni interes. Međutim, člankom 6. stavkom 1. dopuštene su samo one mjere koje su strogo potrebne. Osim toga, kako bi se osiguralo da osoba ima pošteno suđenje, sve poteškoće uzrokovane ograničenjem njezinih prava moraju imati dovoljnu protutežu u postupcima koje provode sudske vlasti.<sup>27</sup>

Primjenom navedenih načela na predmet *T.G. protiv Hrvatske* Europski sud je potvrdio da se uvid u određene dijelove spisa predmeta može opravdati potrebom da se spriječi da neovlašteno otkrivanje uzrokuje štetu pravilnom djelovanju i izvršavanju policijskih zadaća u okviru sigurnosnih provjera u svrhu izdavanja dozvola za oružje. Međutim, u ovom predmetu Europski sud primijetio je da nije pružen niti jedan relevantan razlog koji ukazuje na to da bi otkrivanje činjenica i informacija sadržanih u povjerljivim izvješćima o sigurnosnoj provjeri podnositelja zahtjeva uzrokovalo štetu pravilnom djelovanju i izvršavanju policijskih zadaća.<sup>28</sup> Nadalje, razlozi koje je policija navela o tomu zašto se podnositelju zahtjeva ne može izdati oružni list bili su vrlo općenite prirode (navodno jer je bio sklon uživanju alkohola). Stoga Europski sud smatra da se ne može reći da je podnositelj zahtjeva bio dovoljno upoznat s tvrdnjama protiv njega, što bi mu omogućilo učinkovito osporavanje tih tvrdnji podnošenjem dokaza koji idu u njegovu korist. Prema riječima Suda, teško je dokučiti kako se

23 *Ortenberg protiv Austrije*, zahtjev br. 12884/87, presuda od 25. studenoga 1994., par. 31. V. i *Letinčić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 7183/11, presuda od 3. svibnja 2016., par. 46.

24 *Letinčić protiv Hrvatske*, *op. cit.*, par. 49.

25 Zahtjev br. 16965/04, presuda od 6. srpnja 2010., par. 46.–47.

26 Zahtjev br. 35601/04, presuda od 6. srpnja 2010., par. 52–53.

27 *T.G. protiv Hrvatske*, *op. cit.*, par. 52.

28 *Ibid.*, par. 61.

podnositelj zahtjeva, uz tako ograničene informacije, mogao u ovom predmetu pripremiti za učinkovito osporavanje zakonitosti rješenja Ministarstva pobijanjem tvrdnji sadržanih u izvješćima.<sup>29</sup> Mišljenje je Suda da je tako ograničeni opseg informacija dostupnih podnositelju zahtijevao od Upravnog suda da posveti posebnu pažnju i pozornost tomu da osigura da postupak donošenja odluke u najvećoj mogućoj mjeri ispunjava zahtjeve kontradiktornog postupka i jednakosti oružja. Međutim, u ovom je predmetu Upravni sud bez prisutnosti stranaka izvršio procjenu dokaza na kojima je policija temeljila svoja izvješća o sigurnosnoj provjeri podnositelja zahtjeva te je prihvatio njezina izvješća kao dovoljnu činjeničnu osnovu za odluku koja se pred njim osporavala, a da pritom nije uzeo u obzir prethodno navedena ograničenja prava podnositelja zahtjeva. Sud ne smatra da je takva procjena dokaza bila dovoljna za zaštitu interesa podnositelja zahtjeva bez da mu se dala učinkovita mogućnost da ospori činjenice na kojima se temeljilo rješenje Ministarstva.<sup>30</sup> Stoga je presudio da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Europske konvencije.

Iz prikazane presude *T.G. protiv Hrvatske* važno je zamijetiti da je, sukladno članku 6. stavku 1. Europske konvencije, pri odlučivanju o uskrati uvida stranke u određene dijelove spisa, pa čak i kada je riječ o povjerljivim podacima, potrebno razmotriti i obrazložiti na koji način bi otkrivanje podataka stranci uzrokovalo štetu suprotstavljenom legitimnom interesu koji se želi zaštititi. To je važan aspekt primjene načela razmjernosti koji će se analizirati u poglavlju 4.2. ovoga rada.

#### **4. OGRANIČAVANJE PRAVA NA UVID U SPIS NA TEMELJU ZAKONA O OPĆEM UPRAVNOM POSTUPKU**

Odredbom članka 84. stavka 1. ZUP-a propisano je da stranke i druge osobe koje dokažu pravni interes imaju pravo obavijestiti se o tijeku postupka i razgledati spis predmeta te o svom trošku umnožiti akte iz spisa. Međutim, u istoj odredbi izuzeti su od prava na razgledavanje i umnažanje sljedeći akti:

- zapisnici o vijećanju i glasovanju članova kolegijalnih tijela,
- nacrti rješenja,
- akti koji su propisima označeni određenim stupnjem tajnosti,
- akti čije bi priopćavanje bilo protivno interesu stranke te
- akti čije bi priopćavanje bilo protivno interesu trećih osoba.

Odredba članka 84. stavka 1. ZUP-a razlikuje se od analognih odredaba članka 80. stavaka 1., 2. i 4. prijašnjega Zakona o općem upravnom postupku (dalje: ZUP/1991)<sup>31</sup> u nekoliko točaka. Za našu analizu istaknuli bismo dvije razlike.<sup>32</sup> Prvo, sužen je krug osoba koje imaju pravo razgledavati spis i umnožiti akte iz spisa. Tablica 1. sadrži usporedni prikaz ovlaštenika sukladno prijašnjem i sadašnjem ZUP-u (u

29 Ibid., par. 63.

30 Ibid., par. 64.–65.

31 NN, br. 53/91. i 103/96.

32 Postoje i druge razlike koje se neće detaljnije obrazlagati u ovom radu. Riječ je o tomu da se o odbijanju zahtjeva za razgledanje i prepisivanje spisa prema ZUP-u/1991 donosio zaključak protiv kojeg je bila dopuštena posebna žalba, a žalba se mogla izjaviti i kada zaključak nije bio izdan pismeno. Žalba se mogla izjaviti odmah (članak 80. stavak 6. ZUP-a/1991).

tablici označen kao ZUP/2009).

Tablica 1. Ovlaštenici prava razgledanja spisa i umnažanja akata iz spisa

ZUP/1991	ZUP/2009
stranke svaka druga osoba koja učini vjerojatnim svoj pravni interes društvene organizacije i stručna udruženja ako za to postoji opravdan interes	stranke svaka druga osoba koja dokaže svoj pravni interes

Bitno je istaknuti da je Promjenom Ustava 2010. godine<sup>33</sup> pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti postalo Ustavom zaštićeno pravo (članak 38. stavak 4.). No, smatramo da drukčije uređenje ovlaštenika uvida u spis u novom ZUP-u nije dovelo do smanjenja prava pravnih i fizičkih osoba koje su zainteresirane za pristup aktima koji se nalaze u spisu. Naime, osobe koje nemaju pravo pristupa aktima iz spisa na temelju ZUP-a, pristup mogu zatražiti na temelju Zakona o pravu na pristup informacijama (dalje: ZPPI).<sup>34</sup> Međutim, korisnik prava na pristup informacijama nema pravo u uvida u cjelokupni spis, već pravo pristupa pojedinim njegovim dijelovima (npr. određenim zapisnicima, rješenjima i sl.) uz uvjete propisane ZPPI-om. Naime, sukladno članku 18. stavku 5. ZPPI-a traženje uvida u cjelokupni spis predmeta ne smatra se zahtjevom za pristup informacijama.

Druga razlika odredaba prijašnjeg i sadašnjeg ZUP-a koju bismo istaknuli, prikazana u tablici 2., odnosi se na akte koji se ne mogu razgledati niti umnažati.

Tablica 2. Akti koji su izuzeti od prava na razgledavanje i umnažanje

ZUP/1991	ZUP/2009
zapisnik o vijećanju i glasanju službeni referati i nacrti rješenja drugi spisi koji se vode kao povjerljivi, ako bi se time mogla osujetiti svrha postupka, ili ako se to protivi javnom interesu, ili opravdanom interesu jedne stranke, ili trećih osoba	zapisnici o vijećanju i glasanju članova kolegijalnih tijela nacrti rješenja akti koji su propisima označeni određenim stupnjem tajnosti akti čije bi priopćavanje bilo protivno interesu stranke akti čije bi priopćavanje bilo protivno interesu trećih osoba

Pojedini autori u svojim komentarima prijašnjih Zakona o općem upravnom postupku ne osvrću se na razloge zašto je za pojedine akte koji se nalaze u spisu propisano da se ne smiju razgledavati i umnažati, već samo prepisuju o kojim aktima je riječ.<sup>35</sup>

33 NN, br. 76/10.

34 NN, br. 25/13. i 85/15.

35 V. Krbeč, I., *Zakon o općem upravnom postupku*, Zagreb, Tisak Jugoslovenske štampe, 1931., str. 55; Majstorović, B., *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Beograd,

Željeli bismo se, stoga, osvrnuti na izuzimanje zapisnika o vijećanju i glasovanju članova kolegijalnog tijela (u nastavku: zapisnik o vijećanju i glasovanju) i nacrt rješenja od prava razgledavanja i umnažanja spisa. Navedeno ograničavanje, naime, propisano je još Zakonom o općem upravnom postupku iz 1930.<sup>36</sup> te je zadržano u svim kasnijim zakonskim tekstovima kojima se u hrvatskom pravu uređivao opći upravni postupak.<sup>37</sup>

Smatramo kako ograničavanje prava razgledavanja i umnažanja navedenih akata treba promatrati u svjetlu ranije spomenutih ustavnih odredbi, a posebno uzimajući u obzir načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa.<sup>38</sup> Pritom smatramo da je posebno važno i pitanje traži li stranka uvid u navedene akte tijekom vođenja postupka, tj. prije donošenja rješenja ili to čini nakon što je rješenje doneseno.

Držimo, naime, da je osnovna svrha izuzimanje zapisnika o vijećanju i glasovanju i nacrt rješenja od prava razgledavanja i umnažanja spisa u sprječavanju mogućnosti „prijevremenog“ saznanja stranaka o načinu na koji će javnopravno tijelo riješiti upravnu stvar. Naime, uvid u rezultate glasovanja članova kolegijalnog tijela ili nacrt rješenja sasvim sigurno će strankama dati jasnu sliku o tomu kako će se riješiti upravna stvar. To u višestranačkim upravnim stvarima može privilegirati stranke koje su tražile uvid u spis, a može dovesti i do nepotrebnih pritisaka na javnopravna tijela kako bi se eventualno donijelo drukčija rješenja. Stoga mislimo kako javnopravna tijela moraju izuzeti zapisnike o vijećanju i glasovanju i nacrt rješenja od razgledavanja i umnažanja kada se to zatraži prije donošenja rješenja.

Međutim, mislimo da bi u situacijama kad se razgledavanje i umnažanje zapisnika o vijećanju i glasovanju i nacrt rješenja zatraži nakon što je doneseno rješenje, javnopravna tijela trebala u pravilu dopustiti takva razgledavanja i umnažanja.<sup>39</sup> Naravno, i ovdje bi trebalo provoditi test razmjernosti i uzimati u obzir

---

Nova administracija, 1957., str. 91; Krbek, I. Pravo jugoslavenske javne uprave, III Knjiga – Funkcioniranje i upravni spor, Zagreb, Birotehnički izdavački zavod, 1962., str. 72, Jevtić, Lj., Šramek, R., Upravni postupak – opšti i posebni – i upravni spor, 6. prer. i dop. izd., Beograd, Savremena administracija, 1970., str. 90; Tomić, Z., Bačić, V., Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Beograd, Službeni list SFRJ, 1986., str. 122; Crnković, V., Dupelj, Ž., Primjena Zakon o općem upravnom postupku, 3. izm. i dop. izd., Zagreb, Informator, 1996., str. 50.

36 Službene Novine od 25. XI. 1930., br. 271, pod tek. br. 571, s ispravkom u Službenim Novinama od 20. XII. br. 292, pod tek. br. 624. Navedeni zakon, međutim, od razgledavanja i prepisivanja isključivao je samo zapisnik o vijećanju, dok su se nacrti rješenja (kao i „*razni drugi spisi povjerljive prirode*“) isključivali samo u slučajevima kad se njihovo razgledavanje i prepisivanje protivilo javnom interesu odnosno opravdanom interesu jedne stranke ili trećih osoba, kao i ako bi se time mogla osujetiti svrha postupka. V. čl. 42. st. 3. Zakona o općem upravnom postupku iz 1930.

37 Mogućnost razgledanja zapisnika o vijećanju i glasanju izuzima i Zakon o parničnom postupku (NN, br. 53/91; 91/92; 58/93; 112/99; 88/01; 117/03; 88/05; 02/07; 84/08; 96/08; 123/08; 57/11; 148/11; 25/13 i 89/14).

38 V. čl. 6. ZUP-a.

39 Smatramo da omogućavanje uvida u zapisnik o vijećanju i glasovanju svakako pridonosi mogućnosti korištenja izvanrednog pravnog lijeka – obnove postupka, jer je obnovu moguće zatražiti i ako kolegijalno tijelo koje je donijelo rješenje nije rješavalo u propisanom sastavu ili ako za rješenje nije glasovala propisana većina. V. čl. 123. st. 1. t. 4. ZUP-a. Isticanje činjenice

moguće osujećivanje svrhe postupka i protivljenje razgledavanja i umnažanja javnom interesu, interesu stranke ili interesu trećih osoba.<sup>40</sup>

Posebno, u pogledu razgledavanja zapisnika o vijećanju i glasovanju želimo naglasiti da onemogućavanje razgledavanja i umnažanja takvih akata ne treba pravdati pozivanjem na zaštitu anonimnosti članova kolegijalnog tijela. ZUP bez ikakve dvojbe podupire ideju da upravne akte donose ljudi, službene osobe u javnopravnom tijelu, a ne apstraktna javna uprava, između ostalog to svakako čini i normiranjem da rješenja potpisuju službene osobe.<sup>41</sup> Prema tome, držimo da nema opravdanja stajalište da članove kolegijalnih tijela treba skrivati od „oka javnosti“.<sup>42</sup>

#### **4.1. Način sastavljanja rješenja ako se zahtjev za razgledavanje ili umnažanje spisa odbija**

Kada stranka podnese zahtjev za razgledavanje ili umnažanje spisa, javnopravno tijelo može na nekoliko načina riješiti njezin zahtjev. Zahtjev se može:

- u cijelosti usvojiti, u tom slučaju se ne donosi rješenje već se stranci omogućava ostvarenje njezinog prava,
- u cijelosti odbiti, u tom slučaju se donosi rješenje čija izreka glasi da se odbija zahtjev stranke,
- djelomično odbiti, u tom slučaju se donosi rješenje o djelomičnom usvajanju zahtjeva, a izreka tog rješenja mora biti jasna u svom iskazu sukladno članku 98. stavku 3. ZUP-a.<sup>43</sup>

Jedna od osnovnih značajki upravnog akta je njegova obveznost.<sup>44</sup> Ta obveznost znači da izreka rješenja obvezuje stranku, ali i javnopravno tijelo koje ga je donijelo, na način da su dužni poštovati izreku akta kojom se odlučuje o pravima, obvezama ili pravnim interesima stranke. Iz tog razloga, izreka je najvažniji dio rješenja. Sukladno ZUP-u sadržaj izreke mora biti kratak i određen. Ovisno o karakteru stvari koja se

---

da se uskraćivanjem mogućnosti razgledavanja i umnažanja spisa stranci ujedno onemogućava korištenje pravnih sredstava v. i u: Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Inženjerski biro, 2010., str. 198.

40 Upućivanje na ondašnju sudsku praksu koja je upućivala na mogućnost razgledavanja cjelokupnog spisa predmeta i nacрта rješenja tek od trenutka kad se donese i dostavi rješenje u predmetu v. u Popović, S., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, Savremena administracija, 1987., str. 230.

41 V. čl. 98. st. 1. ZUP-a.

42 Željeli bismo na ovom mjestu podsjetiti na razmišljanja stara već više od trideset i pet godina: „*Lista tih općih zahtjeva u pogledu sastavnih dijelova rješenja je podugačka, ali ima osnovu u politici zakonodavca da uprava treba prema svakome, a u prvom redu prema građanima, nastupati otvoreno, jer više nema posla s feudalnim podanikom, nego s modernim čovjekom koji zna svoje mjesto u društvenom sistemu. Ta će otvorenost biti afirmirana jednako kad stranka zna da je o njezinoj stvari odlučivao čovjek odnosno grupa poznatih ljudi, a ne anonimna upravna vlast, kao i naročito kad su mu saopćeni razlozi zbog kojih je došlo do odluke određenog sadržaja.*“ Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983., str. 319. O navedenoj problematici v. i poglavlje 4.2. u nastavku rada.

43 Relevantni dio članka 98. stavka 3. ZUP-a glasi: „*Izreka sadržava odluku o upravnoj stvari. Izreka mora biti kratka i određena*“.

44 V. Borković, I., *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 382-383.

rješava, izreka se može podijeliti i na više točaka čime se također omogućuje njezina kratkoća i jasnoća.

Budući da izreka rješenja u određenom trenutku stječe svojstvo izvršnosti, tj. mogućnost svog ostvarenja odnosno provedbe, izreka mora biti određena, a to znači da mora biti jasna u svom iskazu i točno utvrđena. Ivančević navodi još dva razloga zbog kojih je jasnoća izreke osobito važna: zato što stranka nije pozvana da sama tumači sadržaj izreke bez opasnosti da za nju nastupe neugodne posljedice, a nije ni poželjno da takvo tumačenje daje naknadno donositelj rješenja jer stranka do tog vremena ostaje u neizvjesnosti.<sup>45</sup>

Iz ustavnog značaja prava stranke da razgleda spis, i primjene načela razmjernosti, proizlazi da ako javnopravno tijelo djelomično odbija zahtjev stranke na uvid u spis, samo oni podatci odnosno dijelovi akata koji podliježu opravdanom ograničenju će se izuzeti od pristupa, a preostali dijelovi akta učinit će se dostupnim.

Budući da izreka rješenja mora biti određena, dužnost je javnopravnog tijela da u izreci rješenja precizira svaki akt koji podliježe ograničenju te da, ako je to s obzirom na cjelokupan sadržaj akta moguće, navede koji će se njegovi dijelovi prekriti (zacrnuti ili na drugi način učiniti nedostupnim) u odnosu na preostale dijelove akta koji će se učiniti dostupnim. Primjerice, ako neki akt sadrži osobne podatke trećih osoba, samo će se ti podatci prekriti i izuzeti od uvida te će se stranci omogućiti uvid u preostali dio akta. Ta dužnost javnopravnog tijela postoji u svakom slučaju u kojem tijelo donosi rješenje kojim djelomično odbija zahtjev stranke za razgledavanje i umnažanje spisa predmeta ili njegovih pojedinih dijelova, a ne samo u slučajevima u kojima stranka izričito zatraži od javnopravnog tijela izdvajanje, tj. prekrivanje podataka te omogućavanje uvida u preostale dijelove akta za koje ne postoje nikakva ograničenja.

Zaključno, izreka rješenja kojim je djelomično odbijen zahtjev za razgledavanje i umnažanje dokumenata koji se nalaze u spisu predmeta mora biti sastavljena tako da se:

1. jasno određuje svaki pojedini akt u odnosu na kojeg se odbija zahtjev; akt se u izreci rješenja treba precizirati prema svom nazivu, donositelju (ili tvorcu) i datumu te prema klasifikacijskoj oznaci i urudžbenom broju, ako postoje;
2. zahtjev odbija samo u odnosu na one dijelove akta koji podliježu opravdanom ograničenju od uvida na način da se oni prekriju, a da se preostali dijelovi akta učine dostupnim; izreka mora sadržavati konkretan opis podataka koji se izuzimaju od uvida.<sup>46</sup>

45 Ivančević, *Institucije ... op. cit.*, str. 320.

46 Primjer izreke: Djelomično se usvaja zahtjev za razgledavanje i umnažanje sljedećih akata:  
- Dopis (naziv javnopravnog tijela), KLASA: \_\_\_\_\_, URBROJ: \_\_\_\_\_ od (datum) na način da se na istom prekrije podatak o jedinstvenom matičnom broju i vlastoručni potpis ..... te se u tim dijelovima zahtjev odbija.  
- Račun br. \_\_\_\_\_ od (datum) na način da se na istom prekrije adresa ..... te se u tom dijelu zahtjev odbija.  
- Bilješka sa sastanka (naziv tijela), KLASA: \_\_\_\_\_, URBROJ: \_\_\_\_\_ od (datum) na način da se na stranici 2. istog prekriju podaci o adresi ..... te se u tom dijelu zahtjev odbija.



Uz izreku, i obrazloženje rješenja čini obvezatni sastavni dio svakog rješenja.<sup>47</sup> Iznimno, u stvarima manjeg značenja u kojima se udovoljava zahtjevu stranke, a ne dira se u javni interes niti interes trećih osoba, rješenje se može sastojati samo od izreke u obliku zabilješke u spisu, ako su razlozi za takvu odluku očiti (članak 99. ZUP-a).

O načinu sastavljanja obrazloženja, Ustavni sud je u svojoj je odluci, br. U-I-406/1994 i dr. iz 1999. godine izrazio pravno stajalište: „*da se pravo na žalbu, odnosno drugu pravnu zaštitu, može učinkovito ostvarivati samo ako tijelo koje je donijelo rješenje navede razloge za to rješenje, koji se onda mogu pobijati u obrani žaliteljevih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Bez upućenosti u te razloge onemogućeno je ili bitno otežano učinkovito korištenje ustavnim pravom na žalbu odnosno drugu pravnu zaštitu. Jedino građanin kojemu su razlozi rješenja poznati može ga uspješno pobijati, ali isto tako i doći do uvjerenja o bezizglednosti žalbe protiv rješenja u kojemu razlozi nisu navedeni. Nesumnjivo je da obrazloženje određenog rješenja učvršćuje načelo zakonitosti te djeluje protiv eventualne samovolje i proizvoljnosti. Upravo se iz obrazloženja može najlakše utvrditi da li je upravno tijelo poštovalo načelo zakonitosti i postupalo na način da je u vođenju postupka i odlučivanju omogućilo strankama da što lakše zaštite svoja prava, vodeći pritom računa da ostvarenje njihovih prava ne bude u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom.*“<sup>48</sup> Istom odlukom, izrazio je pravno stajalište da tek općenita zakonska naznaka o razlozima zaštite određenih interesa, a uz izostanak obrazloženja u rješenju, dovode do bitnog ograničenja temeljnih elemenata prava na žalbu, odnosno drugu pravnu zaštitu. Važnost obrazloženja istaknuta je i u prikazanoj odluci Ustavnog suda br. U-III/2086/2016 u poglavlju 2. ovoga rada.

Rješenje kojim se zahtjev za razgledavanje i umnažanje spisa predmeta djelomično ili u cijelosti odbija ograničavanje je jednog od temeljnih procesnih prava stranke u upravnom postupku. Takvo ograničenje, da bi bilo dopušteno, mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. Pri odlučivanju o odbijanju zahtjeva za razgledavanje i umnažanje spisa predmeta (bilo djelomično bilo u cijelosti) i sastavljanja takvog obrazloženja naročito je važna pravilna primjena ustavnog načela razmjernosti, koje se primjenjuje u svim slučajevima ograničavanja prava i sloboda stranaka. Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa jedno je i od temeljnih načela upravnog postupka koje je propisano u članku 6. ZUP-a, a čija relevantna odredba stavka 1. glasi: „Pravo stranke može se ograničiti postupanjem javnopravnih tijela samo kad je to propisano zakonom te ako je takvo postupanje nužno za postizanje zakonom utvrđene svrhe i razmjerno cilju koji treba postići.“<sup>49</sup>

47 Ustavni sud je 1996. godine ukinuo pojedine odredbe ZUP-a/1991 koje su dopuštale da se izostavi obrazloženje rješenja u kojem se odlučuje diskrecijskom (slobodnom) ocjenom kad je to zakonom ili uredbom izričito predviđeno (odluka Ustavnog suda br. U-I-248/1994 od 13. studenoga 1996.).

48 Odluka Ustavnog suda, br. U-I-406/1994, U-I-907/1994, U-I-418/1995 od 10. veljače 1999.

49 Članak 6. stavci 2. i 3. ZUP-a glase: “(2) *Kad se na temelju propisa stranci nalaže kakva obveza, prema njoj će se primjenjivati one mjere za ispunjenje obveze koje su za nju povoljnije, ako se takvim mjerama postiže svrha propisa.*“

#### **4.2. Primjena načela razmjernosti pri odlučivanju o ograničavanju prava na uvid u spis**

Prvi korak u primjeni načela razmjernosti je identificiranje potpada li akt (ili njegov dio) pod neki od zakonom definiranih razloga. Pri provedbi testa razmjernosti prvo je potrebno utvrditi je li ograničavanje prava stranke utemeljeno na zakonu. Kao što je već spomenuto, članak 84. stavak 1. ZUP-a propisuje mogućnost da se pojedini akti izuzmu od prava na razgledavanje i umnažanje, a to su zapisnici o vijećanju i glasovanju članova kolegijalnih tijela, nacrti rješenja, akti koji su propisima označeni određenim stupnjem tajnosti te akti čije bi priopćavanje bilo protivno interesu stranke ili interesu trećih osoba. To su jedini akti koji su u ZUP-u propisani kao razlozi za moguće ograničenje uvida stranke u spis predmeta, ali moguće je i da posebni zakoni propisuju i neke druge razloge. Međutim, drukčije uređenje pitanja razgledavanja spisa od onog propisanog ZUP-om mora biti nužno za postupanje u tom posebnom upravnom području i ne smije biti suprotno temeljnim odredbama i svrsi upravnog postupka (članak 3. stavak 1. ZUP-a). Osim toga, mora biti takvo da građani i pravne osobe mogu na jednostavan i djelotvoran način ostvarivati svoja Ustavom zajamčena prava i zakonom zaštićene interese (članak 81. Zakona o sustavu državne uprave<sup>50</sup> (dalje: ZSDU)). To je stajalište Ustavnog suda utvrđeno u odluci br. U-I-1678/2013 od 19. prosinca 2013.,<sup>51</sup> kojom su ukinuti članak 102. stavak 3. i članak 165. stavak 3. Zakona o javnoj nabavi.<sup>52</sup> Ukinutim odredbama bilo je propisano da se određeni podatci i dokumenti iz spisa ne smiju kopirati, umnažati, reproducirati, fotografirati niti snimati već samo ručno bilježiti.<sup>53</sup>

Što se tiče kategorije akata čije bi priopćavanje bilo protivno interesu trećih osoba, važno je napomenuti da se ni jedno javnopravno tijelo ni član javnopravnog tijela ne može smatrati „trećom stranom“ u smislu odredbe članka 84. stavka 1. ZUP-a. Treće osobe koje su propisane u toj odredbi ZUP-a su privatnopravni subjekti (fizičke ili pravne osobe), čiji se podatci mogu nalaziti u spisu predmeta. Javnopravna tijela osnovana na temelju zakona osnivaju se s određenim djelokrugom poslova koje su dužna obavljati. Kada je riječ o javnoj sferi, a ne o privatnoj sferi pojedinca, nije primjenjivo uskraćivati uvid u određene podatke, kao što su npr. imena i prezimena osoba koje obavljaju određene funkcije u javnopravnim tijelima. Članovi javnopravnih tijela ne obavljaju te poslove u svom privatnom svojstvu, već kao ovlašteni nositelji javnih ovlasti. Stoga se na njih ne mogu primjenjivati razlozi zaštite

---

*(3) Pri vođenju postupka javnopravna tijela dužna su strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, vodeći pri tome računa da ostvarivanje njihovih prava ne bude na štetu prava trećih osoba niti u protivnosti s javnim interesom.“*

50 NN, br. 150/11., 12/13. – Odluka Ustavnog suda, 93/16. i 104/16.

51 V. točku 8.3.

52 NN, br. 90/11., 83/13. i 143/13.

53 Ustavni sud utvrdio je da se ciljevi ukinutih odredaba koje dopuštaju da ponuditelji samo ručno bilježe podatke iz ponuda drugih ponuditelja, odnosno iz spisa predmeta, a zabranjuje im se da ih barem kopiraju i umnažaju (na kojem je temeljnom pravilu ustrojen upravni postupak) ne mogu smatrati legitimnim, odnosno da ograničenja (mjere) nemaju razumno i objektivno opravdanje. Budući da je utvrdio nelegitimnost cilja osporenih ograničenja (mjera), dalje nije ispitivao njihovu razmjernost (v. točke 12. – 13. odluke br. U-I-1678/2013).

osobnih podataka kao razlog za uskratu uvida u zapisnike o njihovom radu i zaključke koje su donijeli. Moguće je u nekim slučajevima odbiti uvid u zapisnik ako je riječ o vijećanju i glasovanju članova kolegijalnih tijela, ali to se odnosi na kolegijalno tijelo koje takvim vijećanjem i glasovanjem rješava upravnu stvar koja je predmet upravnog postupka, a ne na sve zapisnike o radu pojedinih javnopravnih tijela. Kada bi se od uvida uskraćivali zapisnici o radu javnopravnih tijela time bi se u potpunosti narušilo načelo javnosti rada, kojim se osigurava transparentnost i otvorenost tijela javne vlasti te stvara osnova za povjerenje građana u rad institucija.

Drugi korak u primjeni načela razmjernosti je određivanje je li ograničenje usmjereno na postizanje nekoga legitimnog cilja (zaštićenog interesa). Primjerice, u predmetu *T.G. protiv Hrvatske* povjerljivost se, prema Europskom sudu, mogla opravdati potrebom da se spriječi šteta koju bi neovlašteno otkrivanje uzrokovalo u ispravnom djelovanju i izvršavanju policijskih zadaća u okviru sigurnosnih provjera u svrhu izdavanja oružnog lista.<sup>54</sup> U prikazanom predmetu U-III-2086/2016 Ustavni sud je ocijenio da je ograničenje bilo vezano za zaštitu nacionalnoga pravnog poretka te slobode i prava drugih ljudi.<sup>55</sup> S druge strane, u spomenutom predmetu br. U-I-1678/2013 Ustavni sud je utvrdio nelegitimnost cilja osporenih ograničenja budući da zabrana kopiranja i umnažanja određenih podataka iz spisa predmeta nije imala nikakvo razumno i objektivno opravdanje.<sup>56</sup>

Zadnji korak u primjeni načela razmjernosti je utvrđivanje je li ograničenje prava stranke na razgledavanje i umnažanje spisa predmeta nužno za ostvarenje cilja koji se želi postići tim ograničenjem. Samo utvrđenje da je riječ o aktu ili dijelu akta za koji je ZUP u članku 84. stavku 1. propisao da se smije uskratiti njegovo razgledavanje ili umnažanje, još uvijek ne znači da se pristup takvom aktu treba ograničiti, tj. donijeti rješenje kojim se odbija zahtjev stranke. U ovom koraku provedbe načela razmjernosti javnopravno tijelo mora obrazložiti vjerojatnost da bi za zaštićeni interes nastala šteta. To se odnosi na sve akte navedene u članku 84. stavku 1. ZUP-a. Naime, sama činjenica da pojedini akt pripada u kategoriju moguće uskrate od uvida ne znači da bi u konkretnom slučaju zaštićeni interes doista i bio povrijeđen omogućavanjem uvida u predmetni akt. Drugim riječima, nastanak štete za zaštićen interes mora konkretan. Nije dovoljno pozvati se na razloge uskrate ili koristiti uopćene fraze poput „nastala bi šteta za interese trećih osoba“, već je potrebno te razloge utemeljiti i obrazložiti kako bi se utvrdila vjerojatnost povrede zaštićenog interesa. Ta dužnost proizlazi iz obveze javnopravnog tijela da utvrdi je li ograničavanje prava stranke na uvid u spis zaista nužno za postizanje zakonom utvrđene svrhe (čl. 6. st. 1. ZUP-a), kao i iz njegove obveze da valjano sastavi obrazloženje rješenja.<sup>57</sup>

54 *T. G. protiv Hrvatske, op. cit.*, par. 61.

55 V. točku 16. odluke br. U-III/2086/2016.

56 V. točke 12. – 13. odluke br. U-I-1678/2013.

57 U svojoj odluci br. U-III-2086/2016, prikazanoj u poglavlju 2. ovog rada, Ustavni sud ukinuo je presude Visokog upravnog suda i Upravnog suda u Osijeku jer osporavane presude nisu sadržavale relevantne razloge za ograničenja prava stranke na uvid u određene dijelove spisa koja bi pokazala da bi otkrivanjem sadržaja pojedinih dokumenata odnosno njihovih dijelova došlo do takvog ugrožavanja rada državnih tijela radi kojeg su ograničenja predviđena (točka 17. odluke). Sudovi, pa tako i javnopravna tijela, dužni su obrazložiti ograničenja koja su

I na samom kraju primjene načela razmjernosti, ako je javnopravno tijelo utvrdilo vjerojatnost nastanka štete za zaštićeni interes, potrebno je i da ocijeni odnos između razloga koji govore u prilog ograničenju prava stranke na uvid u spis, s jedne strane, i zaštite interesa stranke da joj se omogući uvid, s druge. Javnopravno tijelo treba uzeti u obzir vjerojatnost i ozbiljnost povrede zaštićenog interesa s jedne strane te osiguranje prava stranke na pravičan postupak s druge. Na temelju provedene ocjene prevladava li u konkretnom slučaju interes stranke nad mogućom štetom koja bi mogla nastati za zaštićene interese, tijelo javne vlasti će donijeti odluku o tomu hoće li i u kojoj mjeri odbiti zahtjev stranke za uvid u spis. Ako prevladava interes stranke za osiguranje njezinog prava na pravični postupak, uvid će joj se omogućiti.

### **4.3. Vrijeme ostvarenja prava na uvid u spis**

ZUP ne sadrži odredbe kojim bi se pobliže uredio način ostvarenja prava na uvid u spis, odnosno vrijeme u kojem se uvid može izvršiti, osim što propisuje načelo učinkovitosti i ekonomičnosti sukladno kojem se u upravnim stvarima postupa što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova, ali tako da se utvrde sve činjenice i okolnosti bitne za rješavanje o upravnoj stvari (članak 10. ZUP-a). Propisano je jedino mjesto ostvarenja prava na uvid, a to su službene prostorije javnopravnog tijela kod kojeg se vodi postupak. U opravdanim slučajevima spisi se mogu razgledati u službenim prostorijama drugoga javnopravnog tijela (članak 84. stavak 2. ZUP-a).

Stoga se odgovor na pitanje o načinu, odnosno vremenu ostvarenja prava na uvid treba pronaći u odredbama ZSDU-a, kao i Uredbe o načelima za unutarnje ustrojstvo tijela državne uprave<sup>58</sup> (dalje: Uredba o načelima). U tom pogledu važna je već spomenuta odredba članka 81. ZSDU-a, sukladno kojoj su tijela državne uprave dužna svoj rad i poslovanje ustrojiti tako da građani i pravne osobe mogu na jednostavan i djelotvoran način ostvarivati svoja Ustavom zajamčena prava i zakonom zaštićene interese te ispunjavati svoje građanske dužnosti.

Nadalje, članak 39. Uredbe o načelima propisuje da se tjedni i dnevni raspored radnog vremena, dnevni odmor te uredovno vrijeme za rad sa strankama u tijelima državne uprave pobliže uređuju pravilnikom o unutarnjem redu tijela državne uprave. Tijela državne uprave dužna su putem sredstava javnog priopćavanja, na oglasnim pločama tijela državne uprave, odnosno na drugi prikladan način obavijestiti javnost o radnom vremenu tijela državne uprave, odnosno uredovnom vremenu za rad s građanima i drugim strankama.

Uzevši u obzir citirane odredbe, ako stranka pristupi javnopravnom tijelu tijekom radnog vremena za rad sa strankama trebao bi joj se odmah omogućiti uvid u spis njezinog predmeta. Naime, ZSDU-om je propisano da su tijela državne uprave dužna svoj rad i poslovanje ustrojiti tako da građani i pravne osobe mogu na jednostavan i djelotvoran način ostvarivati svoja Ustavom zajamčena prava i zakonom zaštićene interese. Osim toga, u skladu s načelom ekonomičnosti i učinkovitosti, u upravnim

---

stvarno potrebna radi zaštite onih interesa radi kojih su ustanovljena.  
58 NN, br. 154/11., 17/12. i 118/16.

stvarima trebalo bi se postupati što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova i za javnopravno tijelo i za stranku. Ako stranka smatra da mu se zbog neopravdanih razloga otežava ostvarenje njezinog prava na uvid u spis, ima pravo podnijeti prigovor čelniku javnopravnog tijela na rad tijela državne uprave, kao i na nepravilan odnos državnih službenika u vezi s ostvarivanjem svojih prava i interesa (članak 84. ZSDU-a).

## 5. ZAKLJUČAK

Pravo na uvid u spis procesno je pravo zajamčeno Ustavom koje je potrebno sagledavati u sklopu prava na pravični postupak. Pravo na uvid u spis također je i ljudsko pravo zajamčeno Europskom konvencijom.

Zakoni kojima je uređen opći upravni postupak u hrvatskom pravu pravo na uvid u spis, tj. pravo na obavješćivanje o tijeku postupka, razgledavanje i umnažanje spisa jamče već skoro devedeset godina.

Osiguravanjem uvida u spis u upravnim stvarima strankama u postupcima olakšava se očitovanje o činjeničnim i pravnim pitanjima te im se omogućuje potpunija pravna borba i zaštita u svim fazama upravnog postupka. Dakako, u konačnici, omogućavanjem uvida u spis postiže se i veća kvaliteta rješenja javnopravnih tijela te osiguravanje zakonitosti u funkcioniranju javne uprave.

Zbog toga je iznimno važno da su službenici u javnopravnim tijelima svjesni važnosti prava na uvid u spis te da građanima takav uvid zaista, u skladu s propisanim ograničenjima, i omogućuju.

### LITERATURA

1. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002.
2. Crnković, Vladimir, Dupelj, Željko, *Primjena Zakon o općem upravnom postupku*, 3. izm. i dop. izd., Zagreb, Informator, 1996.
3. Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Inženjerski biro, 2010.,
4. Đerđa, Dario, *Pravila upravnog postupka u europskom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 33, 1/2012, str. 109-144.
5. Đerđa, Dario, *Učinak europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 50, 2/2013, str. 393-427.
6. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983.
7. Jevtić, Ljubomir, Šramek, Radomir, *Upravni postupak – opšti i posebni – i upravni spor*, 6. prer. i dop. izd., Beograd, Savremena administracija, 1970.
8. Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave*, III Knjiga – Funkcioniranje i upravni spor, Zagreb, Birotehnički izdavački zavod, 1962.
9. Krbek, Ivo, *Zakon o opštem upravnom postupku*, Zagreb, Tisak Jugoslovenske štampe, 1931.
10. Majstorović, Bogdan, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, Nova administracija, 1957.
11. Popović, Slavoljub, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, Savremena administracija, 1987.

12. Tomić, Zoran, Bačić, Vera, Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, Beograd, Službeni list SFRJ, 1986.

#### *PRAVNI IZVORI*

1. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN – MU, br. br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02. i 1/06.
2. Pravilnik o načinu postupanja policijskih službenika u postupku za izdavanje odobrenja za nabavu oružja fizičkoj osobi, NN, br. 33/08.
3. Uredba o načelima za unutarnje ustrojstvo tijela državne uprave, NN, br. 154/11., 17/12. i 118/16.
4. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.
5. Zakon o javnoj nabavi, NN, br. 90/11., 83/13. i 143/13.
6. Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 47/09.
7. Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 53/91. i 103/96.
8. Zakon o općem upravnom postupku, Službene Novine od 25. XI. 1930., br. 271., pod tek. br. 571, s ispravkom u Službenim Novinama od 20. XII., br. 292, pod tek. br. 624
9. 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, 148/11, 25/13 i 89/14.
10. Zakon o pravu na pristup informacijama, NN, br. 25/13. i 85/15.
11. Zakon o sustavu državne uprave, NN, br. 150/11., 12/13. – Odluka Ustavnog suda, 93/16. i 104/16.
12. Zakon o tajnosti podataka, NN, br. 79/07. i 86/12.

#### *PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA*

1. Letinčić protiv Hrvatske, zahtjev br. 7183/11, presuda od 3. svibnja 2016.
2. Ortenberg protiv Austrije, zahtjev br. 12884/87, presuda od 25. studenoga 1994.
3. Pocius protiv Litve, zahtjev br. 35601/04, presuda od 6. srpnja 2010.
4. T. G. protiv Hrvatske, zahtjev br. 39701/14, presuda od 11. srpnja 2017.
5. Užkauskas protiv Litve, zahtjev br. 16965/04, presuda od 6. srpnja 2010.

#### *PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE*

1. Odluka Ustavnog suda br. U-I-248/1994 od 13. studenoga 1996.
2. Odluka Ustavnog suda br. U-I-406/1994, U-I-907/1994, U-I-418/1995 od 10. veljače 1999.
3. Odluka Ustavnog suda br. U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012.
4. Odluka Ustavnog suda br. U-III/2339/2009 od 28. studenoga 2012.
5. Odluka Ustavnog suda br. U-III/3516/2013 od 11. veljače 2016.
6. Odluka Ustavnog suda br. U-I/2753/2012 i dr. od 27. rujna 2016.
7. Odluka Ustavnog suda br. U-III/2086/2016 od 13. ožujka 2018.
8. Odluka Ustavnog suda br. U-III-281/2018 od 22. svibnja 2018.

Lana Ofak\*  
Marko Šikić\*\*

Summary

## THE RIGHT TO ACCESS TO CASE FILE IN ADMINISTRATIVE MATTERS

The paper analyses key issues related to the exercise of the right to access to case file in administrative matters. After the introductory chapter, the paper first points to the constitutional status of the right of access to the case file as an integral part of the right to a fair trial. The case law of the European Court of Human Rights is also presented in the paper, given the fact that this is a right protected by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which the public authorities in the Republic of Croatia must apply. The central part of the paper analyses the issues of the right of access to the case file, the exclusion of certain files from viewing and multiplication, the method of making a ruling and reasoning of the decision rejecting the access to case file, the application of the principle of proportionality when deciding on limiting the right to access and the time period of accessing into the file. The conclusion of the paper emphasizes that securing access to case file in administrative matters ultimately achieves higher quality of the decisions of public authorities and ensures legality in the functioning of public administration.

**Keywords:** *access to case file; fair procedure; General Administrative Procedure Act; Constitution of the Republic of Croatia; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

Zusammenfassung

## DAS RECHT AUF AKTENEINSICHT IN VERWALTUNGSRECHTSSACHEN

Der Beitrag analysiert wichtige Fragen bezüglich der Verwirklichung des Rechts auf Akteneinsicht in Verwaltungsrechtssachen. Nach dem einführenden Teil des Beitrags wird zuerst auf den Verfassungsrang des Rechts auf Akteneinsicht als Teiles des Rechts auf ein faires Verfahren hingewiesen. Da es sich dabei um das durch

---

\* Lana Ofak, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; lana.ofak@pravo.hr.

\*\* Marko Šikić, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb; marko.sikic@pravo.hr.

die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistetetes Recht handelt und da öffentlich-rechtliche Körperschaften in der Republik Kroatien die Konvention anwenden müssen, wird im Beitrag die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dargestellt. Im zentralen Teil des Beitrags werden die Fragen des Berechtigten auf Akteneinsicht, der Beschränkung der Akteneinsicht oder dessen Kopierens, der Art der Erstellung des Tenors und der Entscheidungsgründe für die Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht, der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beim Entscheiden über die Beschränkung des Rechts auf Akteneinsicht und des Zeitraums für die Verwirklichung des Rechts auf Akteneinsicht analysiert. Abschließend wird betont, dass die Ermöglichung der Akteneinsicht in Verwaltungsrechtssachen letztendlich zur Erhöhung der Qualität von Beschlüssen öffentlich-rechtlicher Körperschaften und zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit in der Arbeit öffentlicher Verwaltung beiträgt.

**Schlüsselwörter:** *Akteneinsicht; faires Verfahren; Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren; die Verfassung der Republik Kroatien; die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.*

Riassunto

## **IL DIRITTO DI ACCESSO AL FASCICOLO NELLE QUESTIONI AMMINISTRATIVE**

Nel lavoro si analizzano questioni importanti legati alla realizzazione del diritto di accesso al fascicolo nelle questioni amministrative. Così nel lavoro, dopo una parte introduttiva, per prima cosa si evidenzia la dimensione costituzionale del diritto di accesso al fascicolo quale parte integrante del diritto ad un giusto procedimento. In considerazione del fatto che si tratta di un diritto garantito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale deve essere applicata dagli organi dell'amministrazione pubblica nella Repubblica di Croazia, nel lavoro si disamina anche la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo. Nella parte centrale del lavoro si analizzano le questioni della titolarità del diritto di accesso al fascicolo, della limitazione di accesso e di riproduzione di certi atti, del modo di redazione del dispositivo e della motivazione del provvedimento con il quale si rifiuta l'accesso al fascicolo, dell'applicazione del principio di proporzionalità in occasione della decisione circa la limitazione del diritto di accesso e del tempo di realizzazione del diritto di accesso al fascicolo. Nelle conclusioni del lavoro si evidenzia come attraverso la garanzia del diritto di accesso al fascicolo nelle questioni amministrative si raggiunga anche una maggiore qualità delle decisioni della pubblica amministrazione e si garantisce la legalità nel funzionamento dell'amministrazione pubblica.



**Parole chiave:** *accesso al fascicolo; procedimento giusto; legge sul procedimento amministrativo generale; Costituzione della Repubblica di Croazia; Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*



## SLIČNOSTI I RAZLIKE NAKNADE ŠTETE NASTALE PACIJENTIMA U ZDRAVSTVENOJ USTANOVI U REPUBLICI SLOVENIJI I REPUBLICI HRVATSKOJ (KROZ DVA SUDSKA PREDMETA)

Doc. dr. sc. Jakob Nakić\*  
Izv. prof. dr. sc. Loris Belanić\*\*

UDK: 347.426.6:618.1  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.17>  
Ur.: 8. siječnja 2019.  
Pr.: 29. siječnja 2019.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*Autori u radu paralelno prikazuju zakonsku regulativu naknade imovinske i neimovinske štete nastale u zdravstvenim ustanovama u Republici Sloveniji i Republici Hrvatskoj. Nadalje se analizira tko odgovara za štete nastale u zdravstvenim ustanovama i prema kojoj osnovi. Također se daje prikaz pravnog odnosa između pacijenata i zdravstvene ustanove, tj. liječnika. U sudskoj praksi u zadnje vrijeme uočava se povećanje zahtjeva za naknadu štete pacijenata prema zdravstvenim ustanovama, stoga se u radu prikazuju po jedan sudski predmet, povezan s naknadom štete nastalom u zdravstvenoj ustanovi, iz Republike Slovenije i Republike Hrvatske te se ujedno daje i njihova analiza.*

**Ključne riječi:** *zdravstvena ustanova; pravo osobnosti; imovinska šteta; neimovinska šteta; pacijent; liječnik; zdravstvena usluga.*

*Medicus curat, natura sanat.<sup>1</sup>*

### 1. UVOD

U Republici Sloveniji (dalje: RS) i Republici Hrvatskoj (dalje: RH) glavni nositelji zdravstvene djelatnosti su zdravstvene ustanove. Prema pravnoj regulaciji tih zemalja zdravstvenu ustanovu može osnovati svaka pravna i fizička osoba, naravno,

\* Dr. sc. Jakob Nakić, docent, umirovljeni zamjenik Županijskog državnog odvjetništva u Rijeci, jakobnakic@yahoo.com.

\*\* Dr. sc. Loris Belanić, izvanredni profesor, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; lorisb@pravri.hr.

Ovaj rad je financiralo Sveučilište u Rijeci projektom Pravni aspekti restrukturiranja trgovačkih društava i tranzicija prema novoj kulturi korporativnog upravljanja (uniri-drustv-18-43).

1 Liječnik liječi, priroda ozdravljuje. Potječe iz djela *Regimen Sanitatis Salernitanum*, edition 1607., dostupno na: <http://worldofquotes.com/topic/Medicine/index.html>, stranica posjećena 12. prosinca 2018.

uz uvjete utvrđene zakonom.<sup>2,3</sup>

Imajući na umu tko je osnivač ustanova one mogu biti javne i privatne.<sup>4</sup> Zdravstvene ustanove obavljaju specifičnu djelatnost zaštite zdravlja građana i njezinim obavljanjem dolazi do neposrednog odnosa zdravstvene ustanove i pacijenta. Stoga se može prihvatiti mišljenje Radišića<sup>5</sup> da su obveze zdravstvene ustanove - liječnika spram pacijenta trojake i to: profesionalne (stručne), moralne i pravne s tim da granice među njima nisu čvrste i jasne.

Kao i u svakoj djelatnosti tako i u zdravstvenoj djelatnosti mogu nastati štete njezinim korisnicima. Posljednjih godina svjedočimo naglom porastu tužbi, i u RS u RH, zbog šteta nastalih u pružanju zdravstvene usluge s vrlo visoko postavljenim tužbenim zahtjevima i dugim parničnim postupcima.

Pravni sustavi obje zemlje pravo na naknadu štete, pa i one nastale u zdravstvu, (po)vezuju s pravima osobnosti.<sup>6,7</sup>

Koliko je tužbi hrvatskih građana do sada podneseno protiv zdravstvenih ustanova? Koliko su teške parnice koje se vode? Koliko je slučajeva riješeno u korist tužitelja te koliko su milijuna kuna na temelju naknada za štetu zbog nesavjesnog liječenja i liječničke pogreške, do sada isplatile hrvatske bolnice i domovi zdravlja?<sup>8</sup>

- 2 Vidi čl. 3. Zakona o zdravstvenoj dejavnosti, Uradni list (dalje: Ur. l.), št. 23/05 – uradno prečišćeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13, 88/16 – ZdZPD, 64/17, dalje: ZZD/Slo) prema kojem: »Izvajalci zdravstvene dejavnosti so domaće in tuje pravne in fizične osebe, ki so pridobile dovoljenje ministrstva, pristojnega za zdravje, za opravljanje zdravstvene dejavnosti.«
- 3 Prema odredbi čl. 35. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine – dalje: NN, br. 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12, 70/12, 144/12, 82/13, 159/13, 22/14, 154/14, 70/16, 131/17, dalje: ZZZ/Hr):  
*Zdravstvenu djelatnost obavljaju zdravstvene ustanove, trgovačka društva i privatni zdravstveni radnici pod uvjetima i na način propisan ovim Zakonom, Zakonom o obveznom zdravstvenom osiguranju, Zakonom o ustanovama, Zakonom o trgovačkim društvima i Zakonom o koncesijama.* Od 1. siječnja 2019. na snazi je novi Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN, br. 100/18. Vidi čl. 70.
- 4 Poblježi vidi kod Bauer, T., *Lekarniška dejavnost – javna služba ali gospodarska dejavnost, magistarska radnja*, Maribor, Univerzitet u Mariboru, Pravni fakultet, 2016., str. 7, 46-77. Javna ustanova je ustanova koja se osniva za obavljanje određenih djelatnosti (odgoj, obrazovanje, zdravstva, znanost, bibliotečna djelatnost i dr.) ili dijela tih djelatnosti ako je zakonom određeno da se obavljaju kao javna služba. Petrović, S., *Pravni oblici pravnih osoba za obavljanje djelatnosti - pretpostavke i posljedice*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, Posebni broj 2006., str. 87-127. Dostupno i na: <https://hrcak.srce.hr/6429>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.
- 5 Radišić, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, Nomos, 2004., str. 53. i 54.
- 6 Za RH poblježi vidi čl. 19. i 1045. Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, dalje: ZOO/Hrv. Vidi čl. 21. i 23. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, NN, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, dalje: Ustav RH.
- 7 Za RS vidi odredbe čl. 134. i 179. Obligacijskog zakonika, Ur. l, št. 97/07 – uradno prečišćeno besedilo, 64/16 – odl. US, 20/18 – OROZ631, dalje: OZ/Slo. Vidi i čl. 35. Ustava Republike Slovenije, Ur. l. št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 in 75/16 – UZ70a, dalje: Ustav RS.
- 8 Ova ista pitanja postavili su i novinari, poblježi vidi na: <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/>

U RH do cjelovitog i potpunog odgovora nije bilo moguće doći, međutim u RS se može naći odgovor barem za određeno razdoblje.<sup>9,10</sup>

## **2. IMOVINSKA I NEIMOVINSKA ŠTETA – OPĆI PRIKAZ**

### **2.1. Republika Slovenija**

Slovenska pravna teorija definira prava osobnosti kao prava čovjeka koja se odnose na njegovu osobu i njegove osobnosti, kao primjerice pravo na život, pravo na osobno dostojanstvo, pravo na tjelesnu i duševnu cjelovitost, prava na sigurnost, pravo slobode izražavanja i sl.<sup>11</sup>

Odgovornost za štetu uređuje OZ/Slo koji u članku 132. daje definicije imovinske i neimovinske štete. Imovinska šteta, u najširem smislu, svaka je radnja zadiranja u imovinskopravnu sferu drugoga, koja je zaštićena imovinskopravnim pravima kojih je on nositelj. Pravno, nije svaka imovinska šteta pravno priznata šteta. Navedena odredba propisuje da je pravno priznata imovinska šteta samo ono kršenje prava drugoga koja može prouzročiti bilo smanjenje imovine oštećenog bilo sprečavanje povećanja imovine.<sup>12</sup> Članak 132. OZ/Slo opće je pravilo o pravno priznatim štetama, a članak 168. istog zakona ima narav posebnog pravila.<sup>13</sup> Način na koji će se uspostaviti prijašnje stanje, ono prije štete, ovisi o pojavnom obliku štete.

Neimovinska šteta,<sup>14</sup> svaka je promjena u pravno zaštićenoj sferi oštećenog koje za posljedicu nema umanjeње njegove imovine. Takvim štetama smatraju se tjelesne i

---

podaci-o-tuzbama-protiv-bolnica-kriju-se-od-javnosti-20120320, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

- 9 Primjerice vidi »Projekt Šilih« Poročilo o analizi kaznenskih in pravdnih spisov ter o raziskavi Ministarstva za zdravje o stanju na področju zagotavljanja učinkovitega (sodnega) varstva v primeru kršitve pravice pacienta do primerene, kakovostne in varne zdravstvene obravnave, dostupno na: [www.mz.gov.si/...si/.../zdravstveno\\_varstvo/Porocilo\\_Silih\\_1.doc](http://www.mz.gov.si/...si/.../zdravstveno_varstvo/Porocilo_Silih_1.doc), mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018. Tako nalazimo podatak da je 2012. do 2017. bilo ukupno 289 tužbi protiv zdravstvenih ustanova za naknadu štete, i to: 2012. – 44 predmeta, 2013. – 51 predmet, 2014. – 38 predmeta, 2015. – 75 predmeta, 2016. – 58 predmeta i 2017. – 23 predmeta. Od ukupnog broja predmeta čak njih 176 (61%) odnosi se na zdravstvenu pogrešku! U 10 predmeta su tužitelji bili i posredni oštećeni (roditelji, braća i sestre). Vidi i tamo prikazanu sudsku praksu.
- 10 Premda je i u RH poveliki broj sudskih tužbi spram zdravstvenih ustanova nakon predmeta Bajić protiv RH (Zahtjev br. 41108/10, dostupno na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//BAJI%C4%86,%20presuda.pdf>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., nadležna tijela do sada još nisu provela analizu kaznenih i građanskih predmeta u kojima se razmatra šteta nastala u zdravstvenim ustanovama. Prema neformalnim saznanjima samo jedna bolnica imala je tijekom 2017. postupaka za naknadu štete u visini od 20.000.000,00 kn.
- 11 Vidi Juhart, M. et al., *Uvod u civilno pravo*, Ljubljana, Uradni list, 2016., str. 263.
- 12 Pobljiže vidi u Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R., *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana, GV Založba, 2009., str. 524 i 758.
- 13 *Ibid.*, str. 611-614.
- 14 Za koju se često rabe i izričaji nematerijalna, moralna, idealna šteta. Pobljiže vidi u Valenti, V., *Nepremoženjska škoda: uredite v italijanskem pravnem redu, magistrarsko delo*, Univerzitet u Ljubljani, Ljubljana, Pravni fakultet, 2018., str. 27-30.

duševne boli, strah i umanjeње ugleda pravne osobe.<sup>15</sup> Najvažniji institut građanskog prava u pogledu zaštite prava osobnosti je novčana naknada za neimovinsku štetu.<sup>16</sup> Prema OZ/Slo nije svaki napad na pravo osobnosti ujedno i temelj za pravno priznatu neimovinsku štetu. Oštećeni će imati pravo na naknadu štete samo ako je imao za posljedicu tjelesne, duševne bolove ili strah. Slovenska sudska praksa zastupa stajalište da moraju biti dokazani svi elementi građanskog delikta tj. odštetne odgovornosti, dakle protupravno djelovanje, šteta, uzročna veza i odgovornost za štetu.<sup>17</sup>

## **2.2. Republika Hrvatska**

ZOO/Hrv u članku 1046. štetu određuje kao umanjeње nečije imovine (obična šteta), sprječavanje povećanja imovine (izmakla korist) i povredu prava osobnosti<sup>18</sup> (neimovinska šteta).

Dakle, imovinskim štetama smatraju se obična šteta i izmakla korist.

ZOO/Hrv je u naš pravni poredak uveo, tzv. objektivni koncept neimovinske štete, te prema članku 1046. ZOO/Hrv neimovinska šteta povreda prava osobnosti,<sup>19</sup> a ne, kao što je bilo do tada, fizičke i psihičke boli te strah kao svojevrsne psihološke emanacije povrede prava osobnosti. Po tom novom konceptu, već je sama povreda prava osobnosti neimovinsku štetu. Navedenom odredbom neimovinska šteta se definira kao povreda prava osobnosti. Što se smatra pravom osobnosti određuje odredba članka 19. ZOO/Hrv te u stavku 1. propisuje da svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih prava osobnosti pod pretpostavkama određenim zakonom. Stavak 2. određuje da se pod pravom osobnosti smatra pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog

15 Članak 132. OZ/Slo ovako ih definira: Škoda je zmanjšanje premoženja (navadna šteta), preprečitev povećanja premoženja (izgubljeni dobiček), pa tudi povzročitev telesnih ali duševnih bolečin ali strahu drugemu ter okrnitev ugleda pravne osebe (nepremoženjska šteta). [Šteta je umanjeње imovine (stvarna šteta), sprječavanje povećanja imovine (izmakla dobit), kao i prouzročenje drugome tjelesnih i duševnih boli ili straha te povreda ugleda prave osobe (neimovinska šteta),- prijevod autora].

16 Toplak, L., *Civilno pravo, Splošni del civilnega prava*, Maribor, Pravni fakultet u Mariboru, 2002., str. 252-254.

17 Vidi Lampe, R., *Varovanje osebnostnih pravic proti medijem*, u *Medijsko pravo*, Ljubljana, Planet GV, 2009., str. 88.

18 O tome koje kontroverze može proizvesti naziv »pravo osobnosti« vidi kod Vodinić, V. V., *Prava ličnosti – stare i nove dileme o nazivu i još ponečem*, *Liber amicorum* Aldo Radolović, Zbornik radova, uredili: Z. Slakoper, M. Bukovac Puvača, G. Mihelčić, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2018., str. 259-300.

19 Ovdje valja ukazati kako je prvi doktorat na temu prava osobnosti na prostoru današnje RH napisao Aldo Radolović pod nazivom *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, 1985. Od novijih radova vidi u bilješci 20. Pionir u toj temi u RS je Finžgar, A., *Osebnostne pravice*, Ljubljana, Slovenska akademija znanosti i umetnosti, 1985., vidi i prijevod na srpski *Prava ličnosti*, Beograd, Službeni list SFRJ, 1988.

života, slobodu i dr.<sup>20,21</sup>

Svaka povreda prava osobnosti, iako je time objektivno nastala neimovinska šteta (čl. 1046. ZOO/Hrv), ne znači i bezuvjetno pravo oštećenika na isplatu pravične novčane naknade. Sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu u slučaju povrede prava osobnosti samo ako nađe da težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju takvu naknadu (čl. 1100 st. 1 ZOO/Hrv).

Stoga su, sudovi dužni najprije utvrditi je li neka štetna radnja povreda prava osobnosti iz čl. 19. ZOO/Hrv, a potom odlučiti je li navedena povreda takvog značenja (težina povrede i okolnosti slučaja) da opravdava dosuđenje pravične novčane naknade. Ovdje ukazujemo da fizičke boli, duševne boli i strah po ZOO/Hrv više nisu samostalni oblik povrede prava osobnosti.<sup>22</sup> No, bolovi i strah nisu potpuno izostavljeni iz odlučivanja o visini pravične novčane naknade. Izriječno je propisano da će sud, pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade, voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih i duševnih boli te straha (čl. 1100 st. 2 ZOO/Hrv). Oni su jedno od mjerila<sup>23</sup> težine povrede prava osobnosti odnosno, visine pretrpjele neimovinske štete i s tim u vezi mogući kriterij odabira oblika popravljanja neimovinske štete.<sup>24</sup>

Na štete koje nastanu pri pružanju zdravstvenih usluga u hrvatskom pravu mogu se primijeniti kako pravila ugovorne odgovornosti i pravila izvanugovorne (deliktne) odgovornosti.<sup>25</sup> Oštećenik je taj kojemu je prepušten izbor po kojim će pravilima zahtijevati naknadu štete. Razlika između tih dviju vrsti odgovornosti tiče se pretpostavki koje moraju biti ispunjene. Kod deliktne odgovornosti to su sljedeće pretpostavke, a koje imaju ujedno važnost općih pretpostavki odgovornosti za

20 Poblježi vidi Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, 9., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Narodne novine, 2006., str. 104; Gavella, N., Osobna prava, I. dio, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2000., str. 13; Radolović, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., 1/2006., str. 129-170, dostupno i na: <https://hrcak.srce.hr/8204>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018; *id.*, Specifični postupovnopравни problemi u zaštiti prava osobnosti, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 63, 3-4/2013., str. 695-715, dostupno na <https://hrcak.srce.hr/109726>; Baretić, M., Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, Posebni broj 2006., str. 461-500, dostupno i na: <https://hrcak.srce.hr/6441>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

21 ZOO iz 1991., NN, br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01, dalje: ZOO/91, taksativno je određivao oblike duševnih boli zbog kojih se mogla dosuditi pravična novčana naknada, a novi ZOO, iz 2005., ih određuje samo primjerično. Stoga je lista mogućih povreda prava osobnosti neograničena.

22 Poblježi na što sve mora sudu paziti kod suđenja o povredi prava osobnosti vidi kod Crnić, I., Pravo fizičke osobe na popravljnje neimovinske štete u: Barbić, J. et al., Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, Narodne novine, 2005., str. 19-40, Crnić, I., Parnični postupak i naknada štete, Zagreb, Organizator, 2008., str. 93-94, 166-167.

23 Ostala mjerila koja sudovi uzimaju u obzir pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade jesu: cilj kojemu služi takva naknada i da se pravičnom novčanom naknadom ne pogoduje težnjama koja nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom (čl. 1100 st. 2. ZOO/Hrv).

24 Klarić P., Vedriš, M., *op. cit.*, str. 591.

25 Klarić, P., *op. cit.*, str. 390.

štetu:<sup>26</sup> 1) subjekti odgovornosti za štetu, 2) štetna radnja 3), šteta, 4) uzročnost i 5) protupravnost. Kod ugovorne odgovornosti pretpostavke su sljedeće:<sup>27</sup> 1) postojanje ugovora (primjerice ugovora o zdravstvenoj usluzi između bolnice i pacijenta), 2) povreda ugovorne obveze, tj. neispunjenje obveze dužnika (ako zdravstvena ustanova nije uopće ispunila svoju obvezu, ili nije ispunila onako kako je ugovoreno, ili je zakasnila s ispunjenjem), 3) šteta nanesena vjerovniku (tj. pacijentu), 4) postojanje uzročne veze između štetne radnje, tj. povrede ugovorne obveze i prouzročene štete, 5) postojanje protupravnosti odnosno izostanak zakonom predviđenih okolnosti za oslobođenje dužnika od odgovornosti. Odredbe o izvanugovornoj odgovornosti za štetu su opće odredbe o odgovornosti za štetu, a ZOO/Hrv je određeno da će se one primjenjivati i na ugovornu odgovornost ukoliko nije drukčije propisano.<sup>28</sup>

Spomenimo i to da se u hrvatskom pravu za odgovornost kod šteta nastalih pružanjem zdravstvene usluge primjenjuju pravila o subjektivnoj odgovornosti kod koje se krivnja pretpostavlja.<sup>29</sup> Dakle, pored općih pretpostavki odgovornosti traži se i postojanje krivnje zdravstvene ustanove/liječnika. Pritom se njihova pretpostavlja, a liječnik odnosno zdravstvena ustanova da bi se oslobodili odgovornosti moraju dokazati da su radili prema pravilima i standardima struke i da nema njihove krivnje. Oštećeniku, tj. pacijentu preostaje dokazivanje uzročne veze između štetne radnje i prouzročene štete. S tim u vezi postavlja se pitanje što se smatra štetnom radnjom kod šteta nastalih pružanjem zdravstvene usluge. Klarić navodi četiri grupe takvih štetnih radnji:<sup>30</sup> 1) povreda pravila zdravstvene struke (liječnička pogreška), 2) povreda prava na tjelesni integritet (liječenje bez pristanka pacijenta), 3) povreda obveze pružanje hitne medicinske pomoći i 4) povreda obveze sklapanja ugovora o zdravstvenoj usluzi.

Potrebno je i navesti da za pogreške koje zdravstveni radnik počini u radu ili u svezi s radom odgovara zdravstvena ustanova (primjerice bolnica) kao poslodavac (čl. 1061. st. 1. ZOO/Hrv). Zdravstvena ustanova ima pravo regresa prema zdravstvenom radniku koji je štetu skrivio namjerno ili krajnjom nepažnjom i to u roku od šest mjeseci od dana isplaćene naknade štete (čl. 1061. st. 3. ZOO/Hrv). Ako je zdravstveni radnik štetu uzrokovao namjerno, oštećeni ima pravo zahtijevati naknadu štete i neposredno od zdravstvenog radnika (primjerice liječnika - čl. 1061. st. 2. ZOO/Hrv).

### **3. OSNIVAČI ZDRAVSTVENIH USTANOVA I NJIHOVA ODGOVORNOST ZA ŠTETU**

Osim toga tko je osnivač zdravstvenih ustanova, često se u teoriji postavlja i pitanje je li zdravstvena djelatnost javna ili gospodarska djelatnost. U RS zdravstvena djelatnost koju obavljaju javni zavodi i koncesionari u zdravstvu obavlja se u jednom

26 Klarić, P., Vedriš, M., *op. cit.*, str. 583-584.

27 Crnić, I., *Naknada štete*, Zagreb, Organizator, 1995., str. 165-169; Gorenc, V., *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, RRIF, 2005., str. 503-506.

28 Vidi čl. 349. ZOO/Hrv.

29 Klarić, P., *op. cit.*, str. 392. do 393. VSRH, Rev-3118/1993, od 1. ožujka 1995. Izbor odluka, 1/1997, odl. br. 19.

30 Klarić, P., *op. cit.*, str. 398.



dijelu kao javna služba, a u drugom kao gospodarska djelatnost.<sup>31</sup>

U RH zdravstvena djelatnost obavlja se kao javna služba,<sup>32</sup> pa je za zaključiti da je u RH prihvaćen javnopravni model pružanja zdravstvene usluge.<sup>33</sup>

### 3.1. Republika Slovenija

I u RS postoji propis *lex generalis* o ustanovama, a to je Zakon o ustanovah<sup>34</sup> koji ne sadrži odredbe o solidarnoj i neograničenoj odgovornosti osnivača za obveze ustanove. Međutim, postoji i Zakon o zavodih<sup>35</sup> koji u članku 1. nabraja za koje se djelatnosti osnivaju zavodi, i jedna od njih je zdravstvena djelatnost, dok u članku 49. ZZ/Slo određuje da osnivač zavoda solidarno odgovara za obveze zavoda.

U RS sukladno ZZD/Slo osnivač javnih zavoda koji obavljaju zdravstvenu djelatnost<sup>36</sup> je država i odgovara solidarno<sup>37</sup> i neograničeno za obveze zdravstvenih ustanova čiji je osnivač.

Sukladno članku 5. ZZD/Slo osnivači zdravstvenih ustanova u RS su općine za primarnu službu, i to osnovnu zdravstvenu zaštitu i ljekarništvo, RS za primarnu službu na demografski ugroženim područjima, službe za zdravstvenu zaštitu studenata, zdravstvene službe sekundarne i tercijarne naravi, i to specijalističke ambulante i bolnice, klinike, klinički instituti i sl.

Zdravstveni zavod sredstva za rad stječe iz sredstava ustanovljenih aktima zavoda, iz cijene izvršene usluge, iz ugovora s zavodom za zdravstveno osiguranje i iz drugih izvora dopuštenih zakonom.

31 Poblize vidi kod Bauer, T., Lekarniška dejavnost – javna služba ali gospodarska dejavnost, magistrska naloga, Univerza v Mariboru, Maribor, Pravna fakulteta, 2016., str. 7-14 i 87; Bohinc, R., Tržna dejavnost in preoblikovanje javnih zavodov, Lex localis, Revija za naročila in javne finance, letnik V, 3/2007., str. 1-13; Bohinc, R., Tičar, B., Pravo zavodov, Koper, Univerza na Primorskem, Fakulteta za management, 2012., str. 48-78.

32 Vidi čl. 24. ZZZ/Hrv.

33 Poblize vidi kod Nikšić, S., Ugovor o zdravstvenoj usluzi, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 78-96. I u pravu Republike Srbije zastupa se takav stav. Vidi Mujović Zornić, H., Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog prava i pravne prakse, 3/2005, str. 255.

34 Ur. l., št. 60/95, 53/05, 70/05, 91/05, dalje: ZU/Slo.

35 Ur. l., št. 12/91, 8/96, 36/00 – ZPDZC in 127/06 – ZJZP, dalje: ZZ/Slo, u čl. 1. daje definiciju zavoda kao (...) *organizacije, ki se ustanovijo za opravljanje dejavnosti vzgoje in izobraževanja, znanosti, kulture, športa, zdravstva, socialnega varstva, otroškega varstva, invalidskega varstva, socialnega zavarovanja ali drugih dejavnosti, če cilj opravljanja dejavnosti ni pridobivanje dobička*. U čl. 49. ZZ/Slo propisuje da osnivač zavoda odgovara za obveze zavoda.

36 Tako, primjerice u čl. 2. Statuta Univerzitetnega kliničnega centra Ljubljana (dostupan na: <https://www.kclj.si/dokumenti/statut.pdf>, stranica posjećena dana 12. prosinca 2018.) stoji: » *Ustanovitelj UKC je Republika Slovenija. Ustanoviteljske pravice in obveznosti izvršuje Vlada Republike Slovenije.*«

37 O solidarnoj odgovornosti poblize vidi u Perović, S. M., Solidarna odgovornost u obligacionim odnosima, doktorska disertacija, Beograd, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, 2018., str. 106-138; Nakić, J., Republika Hrvatska kao solidarni dužnik, *Liber amicorum* Aldo Radolović, Zbornik radova, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2018., str. 551-576; Karamarković, L., Solidarna odgovornost dužnika i njihov procesni značaj, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, 2008., str. 23-43 i 118-125.

Prema članku 61. ZZD/Slo svaki liječnik, koji radi neposredno s bolesnicima, mora biti osiguran od odgovornosti za štetu<sup>38</sup> koja može nastati u njegovom radu. Zdravstvena ustanova osigurava liječnika zaposlenog u toj ustanovi.<sup>39</sup>

U posljednjih pet godina nismo uspjeli naći podatak da je u RS bila tužena kao solidarni dužnik s zdravstvenim ustanovama čiji je ona osnivač.

### 3.2. Republika Hrvatska

Prema članku 44. ZZZ/Hrv osnivači zdravstvenih ustanova u RH su:

1) država – a) za državni zdravstveni zavod, kliniku kao samostalnu ustanovu, kliničku bolnicu i klinički bolnički centar; b) za potrebe pružanja zdravstvene zaštite djelatnicima Ministarstva obrane i pripadnicima Oružanih snaga RH, u sastavu Ministarstva obrane i Oružanih snaga RH, osniva se vojno zdravstveno središte Ministarstva obrane i Oružanih snaga RH kao vojna zdravstvena ustanova; c) za zdravstvenu ustanovu radi pružanja zdravstvene zaštite osobama lišenih slobode;

2) jedinice područne (regionalne) samouprave - za opću bolnicu i dom zdravlja, zavod za hitnu medicinu i zavod za javno zdravstvo, polikliniku, lječilište, ustanovu za zdravstvenu njegu, ustanovu za palijativnu skrb i ljekarničku ustanovu;

3) fizičke ili pravne osobe - za polikliniku, lječilište, ustanovu za zdravstvenu njegu, ustanovu za palijativnu skrb i ljekarničku ustanovu;

4) fizičke osobe sa završenim sveučilišnim diplomskim studijem zdravstvenog usmjerenja za ustanovu za zdravstvenu skrb.

Sukladno odredbe članka 8. stavak 2. ZZD/Hrv RH osigurava sredstva za investicijsko ulaganje i investicijsko i tekuće održavanje zdravstvenih ustanova čiji je osnivač kao i pokriće gubitka zdravstvenih ustanova čiji je osnivač. I članak 56. ZZD/Hrv propisuje ako u obavljanju djelatnosti zdravstvene ustanove nastane gubitak,<sup>40</sup>

38 O poredbenom prikazu sustava osiguranja u zdravstvu vidi kod Vamberger, E., Zavarovanje odgovornosti zdravnikov v Sloveniji, Nemčiji in Angliji, magistrski rad, Maribor, Doba fakultet za uporabne poslovne in družbene študije, 2012., str. 22-70.

39 Visinu osigurane svote za svaku specijalizaciju posebno određuje za svaku godinu Zdravniška zbornica Slovenije uz suglasnost nadležnog ministarstva. Zadnja odluka o visini osiguranja donijeta je 2018. i to s *Sklepom o zavarovanju zdravnikov in zobozdravnikov za škodo, ki bi lahko nastala pri njihovem delu*, dostupno na: [40 U primjeni ove odredbe može se postaviti pitanje obuhvaća li izričaj »gubitak« i izričaj »šteta«. Sudovi se u svojim pravorijecima uglavnom referiraju, u odnosu na zdravstvene ustanove, samo na čl. 59. ZU/Hrv, dok se na odredbe ZZZ/Hrv uopće ne osvrću. Primjerice Županijski sud u Rijeci u presudi Gž-881/16, od 30. ožujka 2017., dostupna na: <http://sudovi.pravosudje.hr/zsri/>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., navodi: \*Stoga proizlazi pravilnim zaključak suda prvog stupnja o odgovornosti 2.-go tuženika kao Ustanove koja se bavi pružanjem liječničke skrbi temeljem odredbe čl. 1045. st. 1. i 2. ZOO-a, te 1.-vo tužitelja \(očito pogrešno treba pisati tuženoga-op.a.\) kao osnivača te Ustanove i to temeljem čl. 59. Zakona o ustanovama \(„Narodne novine“ broj: 76/93, 29/97, 47/99 i 35/08\), a zbog ne pružanja adekvatne liječničke skrbi 1.-vo tužitelju. “ Općinski sud u Rijeci u prvostupanjskoj presudi, u istom predmetu \(neobjavljena\),\*](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aCEWTcS12EoJ:https://e-uprava.gov.si/download/edemokracija/datotekaVsebina/367536%3Fdisposition%3Dattachment+&cd=3&hl=hr&ct=clnk&gl=hr,mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., i utvrđena je u iznosu od najmanje 130.000,00 eura, koja vrijedi za 2019. i za sve specijalnosti.</p>
</div>
<div data-bbox=)

pokriva ga osnivač prema odredbama Zakona o ustanovama.<sup>41</sup> ZU/Hrv u članku 59. propisuje kako ustanove cijelom svojom imovinom odgovaraju za svoje obveze kao i da osnivač ustanove solidarno<sup>42</sup> i neograničeno odgovara za obveze ustanove.

U RH članak 124. ZZD/Hrv određuje da je poslodavac obvezatan sve zdravstvene radnike koji neposredno u vidu zanimanja pružaju zdravstvenu zaštitu stanovništvu osigurati od štete koja bi mogla nastati u provođenju zdravstvene zaštite.<sup>43</sup> Prema podatcima iz 2004.<sup>44</sup> od ukupnog broja profesionalnih liječnika u RH osigurano jedva oko 10 %!

U RH se češće nego u RS događa da uz zdravstvenu ustanovu bude tužen i njezin osnivač.<sup>45</sup>

#### **4. PRAVNI ODNOS DAVATELJA I PRIMATELJA ZDRAVSTVENE USLUGE**

Pravni odnos koji nastaje između pravnih i/ili fizičkih osoba koje pružaju zdravstvene usluge i pacijenta bitan je da bi se mogla (raz)riješiti odgovornost za štetu koja može nastati u realizaciji pružanja zdravstvene usluge.<sup>46</sup> Zato valja posebnu pažnju posvetiti analizi ugovora o pružanju zdravstvenih usluga, ali sudska praksa različito pristupa tim ugovorima u RS i RH.

Sudovi u RS vrlo često se bave tim problemom<sup>47</sup> dok je kod sudova u RH to sporadično. Novija sudska praksa u RS odnos zdravstvene ustanove i pacijenta kod izvođenja medicinskih zahvata sve više priznaje kao ugovorni odnos.<sup>48</sup> U literaturi

---

*iskazao je da „ 1. tuženik Republika Hrvatska kao osnivač Kliničkog bolničkog centra Rijeka primjenom odredbe čl. 59. Zakona o ustanovama solidarno odgovara sa 2. tuženikom za štetu nastalu 1. tužitelju. Drugostupanjska presuda potvrđena je presudom VSRH, Rev-x-848/17, od 31. listopada 2017., neobjavljeno.*

41 NN, br. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08, dalje: ZU/Hrv. Vidi čl. 59.

42 O solidarnoj odgovornosti države kao osnivača ustanova vidi kod Nakić, J., *op. cit.*, str. 551-576. U radu se obrađuje i problem regresnog potraživanja osnivača.

43 Poblje vidi kod Proso, M., Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj djelatnosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 46, 2/2009., str. 359-372. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/38222>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

44 Prema podacima iz članka Liječnici vs. pacijent, objavljenom u Jutarnjem listu, subota 28. kolovoza 2004. Novije podatke nismo uspjeli pronaći!

45 U RS ponajprije se tuži osiguravatelja pa onda zdravstvena ustanova. Nismo pronašli predmeta u kojima je tužena i RS. U RH najčešće se tuže zdravstvene ustanove, a tek potom i njihov osnivač. Nismo našli predmeta u kojima je tužen osiguravatelj.

46 Za razjašnjenje nastalih pitanja naknade štete početna točka je točno i precizno utvrditi postojanje i sadržaj odnosa između štetnika (zdravstvene ustanove) i oštećenog (pacijenta). Vidi i Ovčak Kos, M., *Civilnopravna odgovornost zdravnika*, Ljubljana, Aletheia, 2017., str. 2.

47 Primjerice presude Vrhovnog suda Republike Slovenije, dalje: VSSI, Cp-2868/14, od 3. prosinca 2014. ECLI:SI:VSLJ:2014:ICP.2868.2014, I Cp-2523/2014, od 7. siječnja 2015., ECLI:SI:VSLJ:2015:ICP.2523.2014., Cp-555/2016, od 16. ožujka 2017., ECLI:SI:VSCE:2017:CP.555.2016 i I CP-2257/2017, od 23. svibnja 2018., ECLI:SI:VSLJ:2018:ICP.2257.2017.

48 Vidi odluku VSSI II Ips-207/2015, od 14. siječnja 2016., ECLI:SI:VSRS:2016:II.IPS.207. u kojoj je izrečeno: »Razmerje med zdravnikom oz. zdravstveno ustanovu in bolnikom je

se može naći mišljenje da se ugovor o zdravstvenim uslugama smatra ugovorom o djelu (*podjemna pogodba*).<sup>49</sup> Takav je stav zauzimao i VSSI.<sup>50</sup> U novije vrijeme pravna teorija sve više zastupa mišljenje da se radi o ugovoru o nalogu (mandatu).<sup>51</sup> Neki teoretičari zastupaju stav da se radi o neimenovanom tipu ugovora *sui generis*.<sup>52</sup> Slovenski sudovi su i u razmatranim odlukama zauzimali stav da se radi o ugovoru o pružanju usluga.<sup>53</sup>

Sudovi u RH ne opterećuju se prečesto problemom pravnih odnosa koji nastaju između osoba koje pružaju zdravstvene usluge i pacijenta. Mali je broj presuda koje su dostupne stručnoj javnosti o toj temi, ali se iz njih može steći dojam da je Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH) zauzeo stajalište da se radi o ugovoru o djelu.<sup>54</sup> VSRH je opravdanje za takovu kvalifikaciju očito pronašao u pravnoj teoriji.<sup>55</sup> Naravno, bilo je i drugačijim mišljenja.<sup>56</sup> Klarić<sup>57</sup> smatra da se radi, o tzv.

- praviloma pogodbene narave (izjema npr. velja, ko zdravnik ravna v nuji). Obveznost bolnika je plaćilo opravljene storitve, ki ga opravi sam ali preko skladov zdravstvenega zavarovanja, obveznost zdravnika pa je izpolnitev dogovorjene zdravstvene storitve, ki ima običajno značilnosti obligacije prizadevanja. V pravni teoriji se zdravniška pogodba opredeljuje kot podjemna pogodba. Če zdravnik ne ravna v skladu s standardi, ki jih nalaga strokovna doktrina, in bolniku nastane škoda, gre za kršitev pogodbenega razmerja. Odločilno je vprašanje kršitve dolžne skrbnosti, to je ravnanje *contra legem artis*. V skladu z določili 239. in 240. člena Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ) se dolžnik svoje odgovornosti razbremeni z dokazom o ustreznih skrbnosti, dokazati pa mora tudi, da so obstajale okoliščine, zaradi katerih pogodbe ni mogel (pravilno) izpolniti, ki so bile nepremagljive oziroma neodvrtljive.«. Identično i II Ips 342/2014, od 22. siječnja 2015., ECLI:SI:VSRH:2015:II.IPS.342.2014.
- 49 Vidi kod Polajnar Pavčnik, A., Obligacijski vidik razmerja med bolnikom in zdravnikom, *Pravo in medicina*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2004., str. 731-733; Brus, M., *Podjemna pogodba*, *Pravosodni bilten*, št. 2/17, Ljubljana, Ministarstvo za pravosodje, 2017., str. 21.
- 50 Primjerice u odluci II Ips-342/2014, od 22. siječnja 2015., ECLI:SI:VSRH:2015:II.IPS.342.2014 i II Ips-207/2015, od 14. siječnja 2016., ECLI:SI:VSRH:2016:II.IPS.207.
- 51 Plavšak, N., Juhart, M., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga, Ljubljana, GV Založba, 2004., str. 199; Ovčak Kos, M., *op. cit.*, str. 4, Mesojedec, T., *Podjemna pogodba - pasti in zanke*, dostupno na: <https://www.medicina-danes.si/268520?cctest&>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.
- 52 Klarić, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2003., str. 385.
- 53 Vidi bilješku 80.
- 54 Vidi odluke VSRH, Rev-2156/91, od 8. siječnja 1992., ECLI:HR:VSRH:1992:1090, Rev-1483/91, od 24. listopada 1991., ECLI:HR:VSRH:1991:4224.
- 55 Vidi kod Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga druga, Kragujevac, Kulturni Centar, Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, 1980., str. 290. Istovjetno i Blagojević, B. T., Krulj, V., *Komentar Zakon o obligacionim odnosima*, knjiga druga, Beograd, Savremena administracija, 1980., str. 78; Momčinović, H., *Ugovori obveznog prava*, prva knjiga, Zagreb, Narodne novine, 1987., str. 57. Indirektno možemo zaključiti da isto smatra i Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb, RRIF, 1998., str. 769-771.
- 56 Ovi autori spore da se radi o ugovoru o djelu, ali ne daju svoj stav koji bi ugovor to bio. Vidi Vedriš, M., Klarić, P., *Građansko pravo*, 8. izd., Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 506; Vizner, B., Bukljaš, I., *Komentar Zakona o obveznim (obligacijskim) odnosima*, II. posebni dio, ugovori, 3. knjiga, Zagreb, Vlastita naklada, 1979., str. 541 i 656; Cigoj, S., *Obligacijska razmerja*, *Zakon o obligacijskih razmerjah s komentarjem*, Ljubljana, Uradni list SR Slovenije, 1978., str. 541 i 656.
- 57 Klarić, P., *op. cit.*, str. 385.

neimenovanom ugovoru *sui generis*. Ali isti autor<sup>58</sup> ističe da se radi o ugovoru o djelu, ali bez obveze postizanja određenog rezultata u pružanju zdravstvene usluge. Bevanda<sup>59</sup> smatra da ugovor o djelu, obuhvaća i klasične ugovor o djelu ali i ugovore o uslugama.<sup>60</sup>

#### **4.1. Republika Slovenija - pravni izvori**

I za RS i RH valja ponajprije ukazati na neke međunarodne dokumente, koji ih obvezuju, kao UN-ova Opća deklaracija o pravima čovjeka,<sup>61</sup> Konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda,<sup>62</sup> Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine s dodatnim protokolima.<sup>63</sup>

Od propisa koji se mogu primijeniti na ugovore o pružanju zdravstvenih usluga valja ukazati na: Ustav RS,<sup>64</sup> OZ/Slo, ZZD/Slo, Zakon o zdravniškoj službi,<sup>65</sup> Zakon o pacijentovih pravica,<sup>66</sup> Zakon o opravljavanju zdravstvenih pokliceva u Republici Sloveniji za državljane drugih članica Evropske unije<sup>67</sup> te Zakon o zdravstvenom varstvu in zdravstvenem zavarovanju.<sup>68</sup>

Članak 51. Ustava RS pravo na zdravstvenu uslugu ubraja u čovjekova prava i temeljne slobode.

Za razliku od propisa u RH u RS nema definiranja zdravstvene djelatnosti kao djelatnosti od posebnog interesa za državu. U članku 3.a ZZD/Slo određuje da na temelju uloge domaće ili strane pravne ili fizičke osobe nadležno ministarstvo izdaje dozvole za obavljanje zdravstvene djelatnosti. Člankom 4. ZZD/Slo određeno je da se zdravstvena djelatnost kao javna služba obavlja u okviru mreže javne zdravstvene službe.

58 Klarić, P., Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu, prvi dio, Hrvatska pravna revija, br. 8/01, Zagreb, 2001., str. 17-35.

59 Bevanda, M., Ugovor između liječnika i pacijenta, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 1/2005, str. 307-338.

60 Ovaj stav vrlo argumentirano pobija Nikšić, S., *op. cit.*, str. 221.

61 Dostupna na: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/src1.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/src1.pdf), mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

62 NN, MU, br. 13/03, dalje: EKZLJPTS.

63 NN, MU, br. 13/03.

64 Čl. 51. Ustava RS propisuje:

*Vsakdo ima pravico do zdravstvenega varstva pod pogoji, ki jih določa zakon.*

*Zakon določa pravice do zdravstvenega varstva iz javnih sredstev.*

*Nikogar ni mogoče prisiliti k zdravljenju, razen v primerih, ki jih določa zakon.*

65 Ur. l. št. 72/06 – uradno prečišćeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF, 88/16 – ZdZPZD, 40/17, 64/17 – ZZDej-K, 49/18, dalje: ZS/Slo.

66 Ur. l. št. 15/08, 55/17, dalje: ZZP/Slo.

67 Ur. l. št. 86/02, 2/04, 88/16 – ZdZPZD.

68 Ur. l. št. 72/06 – uradno prečišćeno besedilo, 114/06 – ZUTPG, 91/07, 76/08, 62/10 – ZUPJS, 87/11, 40/12 – ZUJF, 21/13 – ZUTD-A, 91/13, 99/13 – ZUPJS-C, 99/13 – ZSVarPre-C, 111/13 – ZMEPIZ-1, 95/14 – ZUJF-C, 47/15 – ZZSDT, 61/17 – ZUPŠ in 64/17 – ZZDej-K.

## 4.2. Republika Hrvatska - pravni izvori

Ustav RH u članku 21. i 23. stavak 1. pravo na samoodređenje u odnosu na liječnike i znanstvene eksperimente ubraja u krug osobnih i političkih prava i sloboda. Članak 58. i 69. pravo na zdravstvenu zaštitu i zaštitu zdravlja ubrajaju u ustavnu kategoriju gospodarskih, socijalnih i kulturnih prava. Od zakonskih izvora o zdravstvenoj djelatnosti u širem smislu možemo navesti ZOO/Hrv, Obiteljski zakon,<sup>69</sup> Zakon o zaštiti potrošača<sup>70</sup> i dr. Od izvora u užem smislu valja navesti ZZZ/Hrv, Zakon o zaštiti prava pacijenata,<sup>71</sup> Zakon o liječništvu,<sup>72</sup> Zakon o obaveznom zdravstvenom osiguranju i zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj,<sup>73</sup> Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju,<sup>74</sup> Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju<sup>75</sup> itd.<sup>76</sup>

Sukladno odredbi članka 24. ZZZ/Hrv zdravstvena djelatnost je djelatnost od interesa za RH koja se obavlja kao javna služba i koju po stručno medicinskoj doktrini i uz uporabu medicinske tehnologije obavljaju zdravstveni djelatnici pri pružanju zdravstvene zaštite, uz uvjete i na način propisan ZZZ/Hrv. Iz toga možemo zaključiti da se zdravstvena djelatnost obavlja kao javna službe neovisno o tome obavljaju li se zdravstvena ustanova, trgovačko društvo ili privatni zdravstveni djelatnik. VSRH<sup>77</sup> je u svojoj praksi proširio pojam javne službe i na djelatnosti koje u svojoj

69 NN, br. 103/15.

70 NN, br. 41/14, 110/15.

71 NN, br. 169/04, 37/08, dalje: ZZPP/Hrv.

72 NN, br. 121/03, 117/08, dalje: ZL/Hrv.

73 NN, 80/13, 15/18.

74 NN, br. 80/13, 137/13.

75 NN, br. 85/06, 150/08, 71/10.

76 Poblježi vidi kod Bošković, Z., *Pogled u normativno i stvarno u zdravstvenom sustavu*, JAHR, vol. 1, 2, Rijeka, Katedra za društvene i humanističke znanosti u medicini Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i Dokumentacijsko-istraživački centar za europsku bioetiku Fritz Jahr Sveučilišta u Rijeci, 2010., str. 250-265; Franjić, S., *Ishodišni temelji medicinskog prava*, JAHR, vol. 4, 8, Katedra za društvene i humanističke znanosti u medicini Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i Dokumentacijsko-istraživački centar za europsku bioetiku Fritz Jahr Sveučilišta u Rijeci, 2013., str. 857-870., Nikšić, *op. cit.*, str. 30.

77 Vidi primjerice: Rev-735/98, od 21. studenog 2000., ECLI:HR:VSRH:2000:902, Rev-1873/98, od 4. srpnja 2001., dostupno na: <http://www.vsrh.hr>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., Rev-3017/98, od 8. svibnja 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:4492, Rev-11/99, od 5. rujna 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:4465, Rev-170/99, od 11. ožujak 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:1545, Rev-205/99, od 3. rujna 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:4641, Rev-903/98, od 30. rujna 1998., ECLI:HR:VSRH:1998:355, Rev-575/99, od 23. srpanj 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:4931, Rev-694/99, od 12. prosinca 2001., ECLI:HR:VSRH:2001:3543, Rev-2573/99, od 15. siječanja 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:3826, Rev-3276/99, od 29. svibanja 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:4076, Rev-1598/00, od 16. studenog 2000., ECLI:HR:VSRH:2000:2872, Rev-2427/00, od 15. siječnja 2002., dostupno na: <http://www.vsrh.hr>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., Rev-2860/00, od 22. listopada 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:3128, Rev-684/01, od 16. srpnja 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:1081, Rev-745/01, od 25. rujna 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:4887, Rev-1331/01, od 10. rujna 2003., ECLI:HR:VSRH:2003:6569, Rev-221/02, od 11. lipanj 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:3386, Rev-521/02, od 28. svibnja 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:5250, Rev-779/02, od 20. listopada 2004., ECLI:HR:VSRH:2004:2200, Rev-1200/02, od 11. veljače 2004., ECLI:HR:VSRH:2004:3004, Rev-306/03, od 9. ožujka 2005., ECLI:HR:VSRH:2005:2695, Rev-811/03, od 9. veljače 2005.,

biti predstavljaju javne usluge pa se to odnosi i na zdravstvene djelatnosti za koje zakonom nije izričito određeno da se obavljaju kao djelatnost javne službe.

U RH gotovo da i nema stručnog interesa za obradom problematike ugovora o pružanju zdravstvenih usluga.<sup>78</sup> Sudska praksa se time bavi sporadično i nedovoljno metodično.<sup>79</sup>

## **5. PRIKAZ SUDSKOG PREDMETA IZ REPUBLIKE SLOVENIJE<sup>80</sup>**

Ženska osoba, tada stara 45 godina, zaprimljena je u bolnicu dana 4. srpnja 2002., zbog operacije postoperativne kile. Slijedećeg dana bila je zakazana operacija i u 12.25 sati je anesteziolog oštećenju započeo s postupkom spinalne anestezije, a nakon toga je izveden kirurški zahvat. Na poslijepodnevoj viziti oštećena se žalila na bolove u leđima te joj je prepisan lijek Ketonal. Dežurni liječnik je ponovno pozvan oko 19.00 sati zbog daljnjih bolova u leđima te je on tada pregledao i noge oštećene i ustanovio da su oba ekstremiteta flakcidna,<sup>81</sup> o čemu je obavijestio dežurnog anesteziologa koji je odredio terapiju lijekovima, ali je ujedno odredio i MRI<sup>82</sup> kralježnice. Nakon toga je oštećena premještena na odjel neurokirurgije jer je MRI pokazao hematom pa je žurno učinjeno kirurško odstranjenje hematoma. Međutim, i unatoč uklanjanju hematoma oštećena je ostala paraplegičar.

Zbog štete pretrpljene u bolnici oštećena je zatražila naknadu štete u ukupnom iznosu od 37.899.465,00 SIT (što je oko 158.151,66 eura) i to za tjelesne boli, straha, bolova zbog unakaženosti te zbog smanjenja životnih aktivnosti, troškova lijekova i pomagala, prijevoznih troškova, gubitka na plaći te rentu. Tijekom postupka je mijenjala tužbeni zahtjev.

Oštećena je tužila solidarno osiguratelja i bolnicu.

Slovenski sud je, poradi ekonomičnosti postupka,<sup>83</sup> međupresudom odlučio o osnovanosti tužbenoga zahtjeva utvrdivši da su tuženi solidarno odgovorni za štetni događaj od 5. srpnja 2002., s time da je osiguravatelj solidarno odgovoran do iznosa revaloriziranog limita osigurane svote.

Prvostupanjskom presudom<sup>84</sup> oštećenju je dosuđeno 225.000,00 eura s naslova neimovinske štete uz zakonske zatezne kamate. Zbog izgubljene zarade dosuđen joj je iznos od 64.040,44 eura uz zakonske kamate. Dosuđena joj je i renta u iznosu od 238,00 eura mjesečno. Na ime imovinske štete dosuđen joj je iznos od 1.102,76 eura

---

ECLI:HR:VSRH:2005:718, Rev-945/03, od 22. ožujka 2005., ECLI:HR:VSRH:2005:1761.

78 Ovdje moramo navesti gotovo pa jedino djelo koje se sveobuhvatno i sustavno bavi ugovorom o pružanju usluga u zdravstvu, a to je Nikšić. S., *Ugovor o zdravstvenoj usluzi, doktorska disertacija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007.

79 Tako VSRH u pravorijeku Rev-2156/91, od 8. siječnja 1992., ECLI:HR:VSRH:1992:1090.

80 Predmet Okružnog suda u Ljubljani, P-2135/03, P-1803/15 i P-747/17, neobjavljen, Viši sud u Ljubljani, I Cp-2868/14, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.2868.2014 i I Cp-3251/15, ECLI:SI:VSLJ:2016:I.CP.3251.2015 i VSSI, II Ips-94/15, ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.94.2015.

81 Radi se o mlitavosti mišića.

82 Uredaj za magnetsku rezonanciju.

83 Presuda donijeta 13. studenog 2009., a tužba je podnijeta 2002.

84 Okružni sud u Ljubljani, P-2153/2003, od 5. listopada 2016. – neobjavljeno.

uz zakonske zatezne kamate.<sup>85</sup>

Posredno oštećeni (suprug i djeca) u tužbenom zahtjevu tražili su naknadu neimovinske štete zbog teškog invaliditeta supruge i majke. OZ/Slo u članku 180. stavak 2 određuje da u slučaju naročito teškog invaliditeta neke osobe sud može dosuditi njezinom supružniku i djeci pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne boli.

U odnosu na tužbene zahtjeve posredno oštećenih prvostupanjski sud dosudio je naknadu neimovinske štete i to suprugu u iznosu od 25.000,00 eura, s kamatama, a djeci svakom po 10.000,00 eura, s kamatama.

Drugostupanjski sud preinačio je prvostupanjsku odluku na način da je suprugu dosudio 30.000,00 eura, s kamatama, a djeci svakom po 12.000,00 eura, s kamatama.

Bitno je za istaknuti da u RS ne postoje, tzv. orijentacijski kriteriji, kao u RH, već se visina pravične novčane naknade za neimovinsku štetu regulira judikatima VSSI-a.<sup>86</sup>

Predmet Šilih<sup>87</sup> koji je RS imala pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje: ESLJP) bio je povod Vladi RS da izradi analizu tog predmeta, ali i svih predmeta naknade štete od zdravstvenih ustanova od 2012. do 2017.

## **6. PRIKAZ SUDSKOG PREDMETA IZ REPUBLIKE HRVATSKE<sup>88</sup>**

U hitnom traktu u bolnicu je 9. srpnja 2006. zaprimljen mladić u dobi od 22 godine kojem je dijagnosticirana akutna upala slijepog crijeva. Nakon klinički potvrđene dijagnoze pristupilo se operativnom zahvatu, sljedeći dan u 00,30 sati, i primijenjena je laparaskopska<sup>89</sup> metoda. Na kraju operativnog zahvata anesteziolog

85 Za naknadu štete paraplegičaru, ali iz prometne nezgode, vidi odluku VSSI, II Ips-144/2017, od 25. siječnja 2018., ECLI:SI:VSRS:2018:II.IPS.144.2017.

86 VSSI od 1991. vodi evidenciju sudske prakse na način da evidentira pojedinačne predmete a primjeri su javno dostupni u bazi neimovinske štete (NEGM), odnosno u zbirci odluka o naknadi štete u kojima je VSRS odlučivao. Poblježe vidi u odluci II Ips 247/2015, od 5. studenog 2015., ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.247.2015.

87 U RS je Vlada izradila Poročilo o izvedenih ukrepah iz Projekta Šilih, od 25. svibnja 2018., dostupno na: [http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/novice/2018/180620\\_porocilo.VG.pdf](http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/novice/2018/180620_porocilo.VG.pdf), stranica posjećena 12. prosinca 2018. Predmet Šilih detaljnije je analiziran u poglavlju 7.3.

88 Predmet Općinskog suda u Rijeci, P-943/07, Županijskog suda u Rijeci, Gž-881/16, dostupan na: <https://sudovi.pravosudje.hr/zsri/img/File/test/presuda%20i%20rjesenje.doc> i VSRH, Rev-x-848/18 – neobjavljen.

89 Vidi Medicinska enciklopedija, 2. dopunski svezak, Zagreb, Jugoslavenski leksikografski zavod, 1974., str. 355-357. Laparoskopija je minimalno invazivna procedura kojom se u trbušnu duplju ulazi sa rigidnim cijevima, troakarima, kroz koje se može u trbušnu duplju uvesti teleskop s malom kamerom i specijalni laparaskopski kirurški instrumenti. Prethodno se u trbušnu šupljinu upumpava, s posebnim uređajem, ugljik-dioksid i time se formira šupljina u kojoj je moguće izvesti operacije na više intrabdominalnih organa. Kirurg postupak ne vidi direktno nego na posebnom monitoru poput onoga na običnom kućnom računalu. Najčešća operacija je laparaskopska kolecistektomija. Ovom operacijom se uklanja žučni mjehur zajedno sa njenim sadržajem i žučnim kamencima ako su prisutni. Vidi na: <https://bs.wikipedia.org/wiki/Laparoskopija>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.



je zamijetio krvarenje u abdomenu. U tom se trenutku operativni zahvat konvertira te se čini medijalna laparatomija.<sup>90</sup> Odmah po otvaranju trbušne šupljine uočena je velika razderotina aorte što je i bio razlog obilnog krvarenja oštećenog. Pregledom su utvrđene i druge unutrašnje povrede nastale instrumentarijem koji se uobičajeno rabi pri laparaskopskoj tehnici. Po operativnom zahvatu nastupile su postoperacijske komplikacije te je nastupilo višeorgansko zatajenje i akutno bubrežno zatajenje, akutni respiracijski distres sindrom sepsa, pneumonija te *compartment* sindrom<sup>91</sup> obje potkoljenice. Oštećeni je 18 dana bio u stanju duboke kome i priključen na parate za održavanje života. Cijelo je vrijeme imao visoku tjelesnu temperaturu, liječen jakim lijekovima te mu se na glavi i tijelu, zbog dugog ležanja, razvio dekubitus. Zbog cirkulacijske insuficijencije lijeve potkoljenice amputirana mu je lijeva noga u razini trećine natkoljenice 21 srpnja 2006. Imao je ukupno 29 operacija.

Zbog štete pretrpljene u bolnici oštećeni je zatražio naknadu štete u ukupnom iznosu od 13.045.000,00 kn,<sup>92</sup> a od toga je za neimovinsku štetu zatražio 7.500.000,00 kn.<sup>93</sup> Tužbom je kao tužene označio RH i bolnicu označivši ih kao solidarne dužnike.<sup>94</sup>

Prvostupanjskom presudom oštećenom je dosuđen iznos od 2.450.000,00 kn na ime neimovinske štete sa zakonskim zateznim kamatama.

Drugostupanjski sud preinačio je prvostupanjsku presudu, u odnosu na neimovinsku štetu, i tužitelju s tog osnova dosudio 1.380.000,00 kn, sa zateznim kamatama.

Posredno oštećeni (majka, otac i sestra) ustali su tužbom tražeći pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete zbog naročito teškog invaliditeta sina odnosno brata.

Prvostupanjski sud je majci i ocu dosudio svakome po 220.000,00 kn, s kamatama a sestri 75.000,00 kn, s kamatama.

Drugostupanjski sud preinačio je prvostupanjsku presudu i posredno oštećene odbija sa tužbenim zahtjevom.

90 Laparotomija (grč. *λαπάρη*: slabine, trbušna šupljina + -tomija), operacijsko otvaranje trbušne šupljine trbušnim rezom, radi kirurškoga zahvata u truhu. Vidi na: <http://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?ID=35416>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

91 Kompartment sindrom, sindrom mišićnih odeljaka reperfuzijski je poremećaj izazvan ishemijskim otokom mišića, zatvorenih u gustom fascijalnom omotaču (najčešće kod podlaktice, potkolenice i butine). Kao posljedica otoka raste subfascijalni (intrakompartmentski) tlak, što dovodi do narušavanja mikrocirkulacije u mišićima i porasta ishemijskog otoka koji napreduje do gangrene na udovima. Ireverzibilna neuromuskularna oštećenja nastaju poslije 12 sati od početka kliničkih manifestacija kompartment sindroma. Stoga su brza i prava dijagnoza kompartment sindroma i dekompresija putem fasciotomije presudne za uspostavljanje normalne cirkulacije i spašavanja ugroženog ekstremiteta od nekroze i amputacije. Vidi na: [https://sr.wikipedia.org/sr-el/Kompartment\\_sindrom](https://sr.wikipedia.org/sr-el/Kompartment_sindrom), mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

92 U radu nećemo razmatrati traženu imovinsku štetu obzirom da u tom dijelu još uvijek traje prvostupanjski postupak. Osim oštećenog naknadu štete zatražili su i posredno oštećeni njegovi roditelji i sestra.

93 Konačni tužbeni zahtjev, u odnosu na neimovinsku štetu, tužitelj je postavio 6. studenog 2015. zatraživši 7.000.000,00 kn.

94 Posredno oštećeni majka, otac i sestra tužili su samo bolnicu za pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete.

VSRH je svojom odlukom preinačio drugostupanjsku odluku na način da je roditeljima dosudio svakome po 170.000,00 kn, s kamatama. Revizija sestre odbačena je kao nedopuštena zbog visine vrijednosti predmeta spora.<sup>95</sup>

VSRH<sup>96</sup> donio je tzv. orijentacijske kriterije za dosudu pravične novčane naknade neimovinske štete. U teoriji se pojavila kritika navedenih kriterija tim više što je 1. siječnja 2006. stupio na snagu novi ZOO/Hrv prema kojem je prihvaćena objektivna koncepcija neimovinske štete kao povrede prava osobnosti. Tako Crnić<sup>97</sup> zaključuje: „(...) suđenje u predmetima neimovinske štete zahtijeva primjenu pravnog standarda pravičnosti, a ne samo matematiku koja proizlazi iz mehaničke primjene orijentacijskih kriterija.“

## 7. ANALIZA PREDMETA

### 7.1. Predmet iz Republike Slovenije

U predmetu iz RS prijeporno je bilo je li tijekom liječenja počinjena liječnika pogreška<sup>98</sup> i da li je medicinski zahvat učinjen bez davanja adekvatnog obavještenja pacijentici. Raspravljalo se o tomu je li odgovornost za štetu ugovorna ili izvanugovorna, kao i radi li se o liječničkoj pogrešci ili komplikaciji,<sup>99</sup> odnosno je li oštećena dobila sva objektivno raspoloživa objašnjenja.

95 Revizija je odbačena iz razloga jer visina pobijanog dijela presude po zahtjevu sestre (70.000,00 kn) ne prelazi granični iznos za dopuštenost revizije (200.000,00 kn – čl. 382. st. 1. t. 1. Zakona o parničnom postupku, Sl. l. SFRJ, br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, i NN, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

96 Kriterije je prihvatio Građanski odjel VSRH, Broj: Su-1331-VI/02 i 1372-11/02, na sjednici održanoj 29. studenoga 2002. Dostupno na: [http://www.iusinfo.hr/Appendix/DDOKU\\_HR/DDHR20110111N53\\_5\\_1.pdf](http://www.iusinfo.hr/Appendix/DDOKU_HR/DDHR20110111N53_5_1.pdf), stranica posjećena 12. prosinca 2018. Orijetacijski kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete izvorno su objavljeni u Izboru odluka VSRH, br. 1/03., str. 60.

97 Vidi Crnić, I., Značenje orijentacijskih kriterija Vrhovnog suda Republike Hrvatske za dosudu pravične novčane naknade neimovinske štete, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, 5–6/2012., str. 1715-1730.

98 O liječničkoj pogrešci vidi odluke VSSI, II Ips-384/2009, od 19. svibnja 2011., t. 3., ECLI:SI:VSRH:2011:II.IPS.384.2009., II Ips-302/2011, od 26. travnja 2012., ECLI:SI:VSRH:2012:II.IPS.302.2011, t. 12., II Ips-385/2006, od 21. studenog 2008., ECLI:SI:VSRH:2008:II.IPS.385.2006, II Ips-1145/2008, od 28. siječnja 2010., ECLI:SI:VSRH:2010:II.IPS.1145.2008. O razlikovanju između liječničke pogreške i komplikacije vidi kod Mirković, N., *Odgovornost za strokovno napako v zdravstvu*, magistrarska radnja, Nova Gorica, Evropski pravni fakultet u Novoj Gorici, 2011., str. 80-88.

99 O komplikaciji vidi odluke VSSI, II Ips-342/2014, od 22. siječnja 2015., II Ips 342/2014, ECLI:SI:VSRH:2015:II.Ips.342.2014. Vidi i Flis, V., *Medicinska napaka, Medicina in pravo, Sodobne dileme*, Maribor, 2006., str. 234. Definiciju liječničke greške možemo iščitati negativnom interpretacijom čl. 45. ZZD/Slo. Nadležno ministarstvo u RS osnovalo je komisiju da iznađe definiciju liječničke greške. Vidi na: *Ministrstvo za zdravje Republike Slovenije, Zdravstvene napake, dostupno na* [http://www.mz.gov.si/si/delovna\\_podrocja/zdravstveno\\_varstvo/kakovost\\_in\\_varnost\\_sistema\\_zdravstvenega\\_varstva/varnost/zdravstvene\\_napake/](http://www.mz.gov.si/si/delovna_podrocja/zdravstveno_varstvo/kakovost_in_varnost_sistema_zdravstvenega_varstva/varnost/zdravstvene_napake/), stranica posjećena 12. prosinca 2011.

Što se tiče davanja adekvatnog obavještenja pacijentici<sup>100</sup> sudovi su, pozvavši se na članak 47. ZZD/Slo, iskazali kako to obavještenje treba biti takvo da se pacijenta obavijesti i o svim mogućim negativnim posljedicama zahvata, a koji nisu ovisni o konkretnim prilikama pacijentice te da obavještenje ne može biti samo generalno.<sup>101</sup>

Iz sudskih predmeta nesporno proizlazi da u suglasnosti koju je oštećena potpisala nije naznačena mogućnost nastanka spinalnog hematoma, odnosno mogućnost nastanka paraplegije kao posljedice spinalne anestezije. Također joj tu mogućnost nije objasnila niti anesteziologinja koja je izvodila spinalnu anesteziju. Dakle, izostanak obavijesti i nastanku tipične, mada iznimno rijetke, komplikacije oštećenoj nije omogućio njezino izražavanje slobodne volje o tome kakovu anesteziju želi odabrati.

Sud, među inim, navodi: *Glede na ugotovitve sodišča o kršitvi pojasnilne dužnosti je zato za razmejitev odgovornosti tožene stranke za nastalo škodo tudi pravno neodločno vprašanje, v koliko meri bi hitrejše prepoznanje zapleta izboljšalo današnje stanje tožnice. Tožena stranka je zaradi odvzema možnosti toženici, da svobodno izbere poseg in posledično tveganje, ki jih bo trpela, za nastalo škodo u celotiodgovorna na pogladi 131. člena OZ.*

Zanimljivo je da je sud<sup>102</sup> o nedavanju adekvatnog obavještenja (informacije) pacijentici obrazložio čak na sedam stranica presude.

Što se tiče liječničke pogreške<sup>103</sup> sudovi su zauzeli stav da oštećena nije tijekom postupka uspjela dokazati da je pri izvođenju spinalne anestezije došlo do liječničke pogreške kao i da ona nije izvedena nepažljivo. Sud je tako zaključio iz provedenih vještačenja, iskaza svjedoka kao i medicinske dokumentacije. Sud navodi: *Sodišče kod odločilno torej v konkretnem primeru izpostavlja, da sta oba izvedenca potrdila trditve tožene stranke, da gre za komplikacijo, ki ni posledica strokovne napake, temveč gre za tipično negativno posledico takšnega posla. Četudi je torej njena pogostost majhna, je zdravstvena ustanova oziroma zdravnik dolžan z njo seznamiti pacienta, predvsem tudi zato, ker je zaplet takšne narave, ga gre za hudo posledico na zdravlje pacienta (v obravnavanem primeru plegija).*

Kako je sud donio međupresudu ona ima i neke pravne posljedice na tužbene zahtjeve koje je oštećena naknadno podnosila. Tako je oštećena 2015. zatražila naknadu štete za troškove izgradnje dizala i prilagodbe kupaonice koji zahtjev nije bio zatražen prvotnom tužbom. Sud stoga smatra da je taj dio u zastari upravo zato jer

100 Vidi Pohar, K., *Pojasnilna dužnost zdravnika: obseg pojasnila o tveganjih*, Podjetje in delo, 39, 1/2013, str. 146-169.

101 Pri tome se sud pozvao i na pravnu teoriju Bernat, E., *Zdravnikova pojasnjava dužnost – prikaz iz avstrijskog prava*, Medicina in pravo III, Maribor, Slovensko zdravniško in pravniško društvo v Mariboru, 1995., str. 100, ali i na stav VSSI, II Ips-99/2006, od 16. lipnja 2008., točke 6. i 8., ECLI:SI:VSRS:2008:II.IPS.99.2006.

102 Okružni sud u Ljubljani, P-2135/2003, od 7. listopada 2013., str. 7-14.

103 Sudovi putem vještaka medicinara utvrđuje što je to sadržaj medicinskog standarda u svakom pojedinom slučaju, vidi odluku VSSI, II Ips-342/2014, od 22. siječnja 2015., ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.342.2014., gdje se povredom medicinskog standarda smatra kada se kod zastoja rada srca nije posumnjalo u pneumotoraks. Sud smatra povredom medicinskog standarda kada je samo liječenje započelo nepravodobno i krivim odabirom lijekova, Viši sud u Ljubljani, I Cp-60/2014, od 4. lipnja 2014., ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.60.2014.

nije pokriven međupresudom.<sup>104</sup>

Vezano za pitanje radi li se o ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti za štetu, sud najprije ukazuje na pravnu teoriju koja zastupa stav da je odnos između pacijenta i liječnika, odnosno zdravstvene ustanove ugovorne naravi.<sup>105</sup> Nadalje, sud navodi da i sudska praksa zastupa stav da je odnos pacijenta i zdravstvene ustanove ugovorni odnos. No, sudu ostaje dvojba je li ispunjenje dužnosti obavještanja pacijenta uvjet za valjani način zaključenja ugovora ili je dio ugovornih obveza liječnika, tj. zdravstvene ustanove. Ali navodeći i teoriju<sup>106</sup> tako i sudska praksu<sup>107</sup> sud zauzima stav da informativna privola nema nikakav pravni učinak na zaključenje ugovora. Navodi se kako teorija ugovor između pacijenta i zdravstvene ustanove smatra ugovorom o djelu navodeći da to proizlazi iz odredaba ZZS/Slo (članak 1.) i ZZD/Slo (članak 47.).

U odnosu na dosudu naknade štete posredno oštećenima valja ukazati da su se i sudovi u RS dosta šaroliko odnosili u tumačenju standarda naročito teškog invaliditeta.<sup>108</sup>

Ovdje valja ukazati da iz analize<sup>109</sup> proizlazi da se u tri predmeta radilo o šteti zbog kršenja obveze davanja obavještanja pacijentima, dok je u ostalim predmetima razlog za dosudu novčane naknade neimovinske štete bila medicinska pogreška u užem smislu.

## 7.2. *Predmet iz Republike Hrvatske*

U predmetu iz RH prijeporno je bilo je li oštećeni dao pravno valjani pristanak na laparaskopsku metodu operacije te je li bio pravovaljano obaviješten i o dijagnostičkom i o terapijskom postupku, odnosno jesu li mu objašnjene sve moguće komplikacije pri izvođenju takvog operativnog postupka i je li tijekom operativnog zahvata počinjena pogreška ili se radilo o komplikaciji.<sup>110</sup>

104 O vezanosti međupresude i naknadnih zahtjeva vidi VSSI, II Ips-166/2014, od 7. svibnja 2015., t. 8., ECLI:SI:VRSR:2015:II.IPS.166.2014.

105 Pozivaju se na Polajnar Pavčnik, A., *Pravo in medicina*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 1998., str. 92-98; Cigoj, S., *Institucije obligacij*, Ljubljana, Uradni list, 1989., str. 147.

106 Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.*, str. 105; Krušić, M., *Pravica do zasebnosti v medicini*, Ljubljana, GV Založba, 2010., str. 44.

107 Vidi odluke VSSI, II Ips-65/2012, od 24. siječnja 2013., ECLI:SI:VRSR:2013:II.IPS.65.2012, t. 14., II Ips- 716/2006, od 26. veljače 2009., ECLI:SI:VRSR:2009:II.IPS.716.2006, t. 7., II Ips-214/2008, 26. svibnja 2011., ECLI:SI:VRSR:2011:II.IPS.214.2008, t. 7.

108 Vidi VSSI, II Ips-308/2004, od 6. listopada 2005., ECLI:SI:VRSR:2005:II.IPS.308.2004, II Ips-418/2006, od 6. studenog 2008., ECLI:SI:VRSR:2008:II.IPS.418.2006, II Ips-1058/2007, od 7. svibnja 2009., ECLI:SI:VRSR:2009:II.IPS.1058.2007, II Ips-458/2008, od 10. ožujka 2011., ECLI:SI:VRSR:2011:II.IPS.458.2008.

109 Vidi bilješku 9. Vidi predmet Šilih protiv Slovenije, zahtjev br. 71463/01, presuda od 9. travnja 2009., dostupna na: <http://www2.gov.si/dp-rs/escp.nsf>, stranica posjećena 12. prosinca 2018.

110 O liječničkim pogreškama i komplikacijama pobliže vidi kod Klarić, P., *Odgovornost za štete u medicini*, u: *Medical malpractice*, Zagreb, Medicinska naklada, 2008., str. 454-501; Crnić, I., *Odgovornost liječnika za štetu*, Zagreb, Organizator, 2009., str. 48-67; Radišić, J., *op. cit.*, str. 157-164. VSRH tako smatra da je došlo do povrede medicinskog standarda primjerice, kada liječnik ne provjeri starost pacijenta, Rev-829/06, od 6. rujna 2006., ECLI:HR:VSRH:2006:5913,

Oštećeni tijekom cijelog postupka tvrdi da od njega nije tražen, niti dobiven, informirani pristanak za operativni zahvat koji mu je učinjen. Prvostupanjski sud tako utvrđuje (...) *iz medicinske dokumentacije priležeće spisu nepobitni proizlazi da N.N. nije potpisao pristanak na operativni zahvat, dok je potpisao pristanak za anesteziju.* To potvrđuje i drugostupanjski sud navodeći da (...) *1.-vo tužitelj nije potpisao suglasnost za operaciju niti mu je usmeno od strane liječnika prije operacije objašnjen način operativnog zahvata i koji su rizici istoga, kao i moguće komplikacije.*

I ako je pacijent potpisao pristanak za anesteziju, nije time potpisao i pristanak za kirurško liječenje.

VSRH u svojoj odluci iznosi jednu zbudujuću rečenicu (...) *da je nakon operacije slijepog crijeva, zbog liječničke pogreške, došlo do komplikacija, zbog čega je tužitelju, tada dvadesetogodišnjak, amputirana lijeva noga u visini donje trećine natkoljenice.*

Svi sudovi u RH, koji su odlučivali u sporu, utvrdili su da je jedina pismena suglasnost koju je oštećeni potpisao ona o anesteziji, za druge suglasnosti u medicinskoj dokumentaciji nema traga. Činjenica je da je valjan samo onaj pristanak koji je pacijent dao nakon što je obaviješten o mogućim rizicima postupka, jer samo u toj situaciji nema odštetne odgovornosti bolnice za nastalu neimovinsku štetu.<sup>111, 112</sup>

Isključenje protupravnosti medicinskih intervencija na temelju pristanka oštećenika temelji se prema načelu *volenti non fit iniuria*.<sup>113</sup> Pristanak pacijenta predstavlja izjavu pacijenta kojom opunomoćuje liječnika da provede određene medicinske radnje. Svrha pristanka pacijenta jest omogućiti mu da razmotri, procijeni i uravnoteži prednosti i nedostatke predloženoga medicinskog tretmana, kako bi racionalno odabrao podvrgnuti se ili odbiti predloženi medicinski tretman.<sup>114</sup> To nesporno proizlazi iz članka 16. ZZPP/Hrv: *Pacijent ima pravo prihvatiti ili odbiti pojedini dijagnostički, odnosno terapijski postupak, osim u slučaju neodgodive medicinske intervencije čije bi nepoduzimanje ugrozilo život i zdravlje pacijenta ili*

---

prebrzi otpust iz bolnice mada infekcija nije bila u cijelosti sanirana, Rev-1180/97 i Rev-859/96, od 5. prosinca 2000., dostupno na: <http://www.vsrh.hr>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

111 Vidi odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: USUD), U-III-3002/2005, od 21. studenog 2007. (NN, br. 133/07).

112 Vidi Pravilnik o obrascima suglasnosti te obrascu izjave o odbijanju pojedinog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka, NN, br. 10/08. Pravna osnova za dopušteno liječenje i bez pristanka nalazi se u ZZPP/Hrv. Vidi čl. 18. Vidi i Pichler, D., Obaviješteni pristanak u obrascima suglasnosti kojima se prihvaća preporučeni dijagnostički odnosno terapijski postupak Kliničkog bolničkog centra Osijek i njihova usklađenost s propisima i međunarodnom praksom, Pravni vjesnik, god. 30, 1/2014., str. 89-114.

113 Onome tko pristaje ne čini se nepravda.

114 Ivančić Kačer, B., *Informed consent* ili informirani pristanak pacijenta na liječenje u hrvatskom pravu . s naglaskom na zaštiti prava liječnika, u: Zborniku Medicina in pravo: Sodobne dileme II, Maribor, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, 2010., str. 201-226; Kraljić, S., Informirana privolitev in pravica pacienta do obveščenosti v enotah intezivne medicine (s pregledom evropske sodne prakse), Zbornik radova s međunarodnog kongresa 1. Hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem, 3. do 5. studenoga 2017., Zagreb, str. 216.

izazvalo trajna oštećenja njegovoga zdravlja.<sup>115</sup>

Osnovni uvjeti za pristanak obaviještenog pacijenta jesu kompetentnost, obavještanje, razumijevanje,<sup>116</sup> dobrovoljnost i pristanak.<sup>117</sup> Liječenje bez pristanka nije samo građanski delikt, već i kazneno djelo.<sup>118</sup> Možemo zaključiti da je liječenje protupravno, ako ne postoji pristanak pacijenta, bez obzira na to što je provedeno *lege artis*. Stoga su sudovi ispravno zaključili da je na oštećenom izvršen kirurški zahvat bez njegovog pristanka. To što je zdravstvena djelatnost u RH korisna ne može biti razlog za opravdanje medicinskog zahvata u tjelesni integritet pacijenta, a pogotovo bez njegove suglasnosti. Drugim riječima samo razlozi medicinske naravi, bez pristanka pacijenta, nisu dovoljno opravdanje za pružanje zdravstvene usluge.<sup>119</sup> Okolnost da je pacijent dao suglasnost za poduzimanje operativnog zahvata u svrhu liječenje sama po sebi ne oslobađa bolnicu odgovornosti za propuste pri operaciji.<sup>120</sup> Slobodom pristanka pacijenta na zahvat bavio se i VSRH.<sup>121</sup>

115 Poredbe poradi vidi odredbu čl. 17. Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, Službene novine Federacije BiH, broj 40/10. Vidi i Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srbije, 2005, poglavlje V Ljudska prava i vrednosti u zdravstvenoj zaštiti i prava pacijenata, čl. 25 do čl. 35, Pravo na informacije čl.27, Pravo na obaveštenje čl. 28, Pravo na slobodan izbor čl. 29; Pravo na samoodlučivanje i pristanak čl. 31-35; vidi izmene i dopune u Sl. glasnik RS, br. 107/05, 72/09 - dr. zakon, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 - dr. zakon, 93/14, 96/15, 106/15, 113/17 - dr. zakon i 105/2017 - dr. zakon. Dostupno na: [https://www.paragraf.rs/propisi/zakon\\_o\\_zdravstvenoj\\_zastiti.html](https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_zdravstvenoj_zastiti.html), mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018. Poblizje vidi Radosavljević, T., Pravna regulacija lekarske delatnosti u Srbiji, master rad, Beograd, Univerzitet u Beogradu, Fakultet organizacionih nauka, Medicinski fakultet, 2014., str. 16-40.

116 O lošim primjerima odnosa liječnika prema pacijentima vidi Štifanić, M., Loša komunikacija i druge liječničke pogreške, JAHR, vol. 4, 7, Rijeka, Katedra za društvene i humanističke znanosti u medicini Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i Dokumentacijsko-istraživački centar za europsku bioetiku Fritz Jahr Sveučilišta u Rijeci, 2013., str. 301.

117 Poblizje vidi Meisel A, Roth, L. H., What we do and do not know about informed consent, JAMA, 1981., 246, str. 2473-2477. Cit. prema Vučemilo, L., Babić-Bosanać, S., Altarac, S., Borovečki, A., Pristanak obaviještenog pacijenta s posebnim osvrtom na Hrvatsku. Liječnički vjesnik, Zagreb, 136/2014, str. 104. Tako i Jeremić, V., Informirani pristanak: komunikacija između liječnika i bolesnika, Jahr, vol. 4, 7, Katedra za društvene i humanističke znanosti u medicini Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i Dokumentacijsko-istraživački centar za europsku bioetiku Fritz Jahr Sveučilišta u Rijeci, 2013., str. 528.

118 Ustav RH u čl. 23. st. 1. propisuje: *Nitko ne smije biti podvrgnut bilo kakvom obliku zlostavljanja ili, bez svoje privole, liječničkim ili znanstvenim pokusima*. U trenutku pisanja ovoga rada kazneni postupak spram operatera u predmetu iz RH još nije okončan.

119 Vidi čl. 1054. st. 2. ZOO/Hrv. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2006., str. 603; Gavella, N., Osobna prava, I. Dio, Predavanja o osobnim pravima uopće, o pravu na tjelesni integritet, na tjelesnu slobodu, na čast i ugled, na privatnost, vlastiti lik, vlastiti glas, osobne zapise i pisma, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2000., str. 58; Stipković, Z., Protupravnost kao pretpostavka odgovornosti za štetu, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1991., str. 80-81.

120 Vidi odluku VSRH, Rev-3374/93, od 11. svibnja 1995., dostupno na: <http://www.vsrh.hr>, stranica posjećena 12. prosinca 2018. Važnošću pristanka pacijenta bavio se USUD, primjerice U-III-3002/2005, od 21. studenog 2007. Vidi u NN, br. 133/07.

121 *Oštećeni se nije dužan podvrgći rizičnoj operaciji da bi otklonio štetne posljedice povrede koju je zadobio*, Vrhovni sud Hrvatske, Gž-510/78, od 6. rujna 1978. Pregled sudske prakse 14/78

Pacijentov potpis na informirani pristanak<sup>122</sup> je forma pravnog akta, koji predstavlja učešće u procesu donošenja medicinske odluke o liječenju.<sup>123</sup>

Na prvom je mjestu pitanje koje sve rizike treba pacijentu priopćiti, da bi se on osposobio za odluku o svome liječenju. U većini europskih zemalja, sudska je praksa usvojila u pogledu dužnosti obavještenja „razuman liječnički standard“, s tim što je sud, u slučaju spora, ovlašten da utvrdi, je li liječnik ispoštovao standard koji je zakonom propisan ili ne. Također je liječnik dužan dati obavještenje, ne čekajući da bude prethodno pitan. Nije prijeporno da obavještenje kao skup mjera koje se planiraju poduzeti, posebno obavještenja o rizicima, spada u jedno od najtežih pitanja sa kojim se liječnik svakodnevno sreće u kliničkoj praksi. Prema članku 8. ZZPP/Hrv<sup>124</sup> pacijent ima pravo na potpunu obaviještenost: o svome zdravstvenom stanju, uključujući medicinsku procjenu rezultata i ishoda određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka, o preporučenim pregledima i zahvatima te planiranim datumima za njihovo obavljanje, o mogućim prednostima i rizicima obavljanja ili neobavljanja preporučenih pregleda i zahvata, o svome pravu na odlučivanje o preporučenim pregledima ili zahvatima, mogućim zamjenama za preporučene postupke, o tijeku postupaka pri pružanju zdravstvene zaštite, o daljnjem tijeku pružanja zdravstvene zaštite, preporučenom načinu života i pravima iz zdravstvenoga osiguranja i postupcima za ostvarivanje tih prava.

Prvostupanjsku sud zaključio je da oštećeni uopće nije obaviješten<sup>125</sup> koja će se

---

odluka br. 197.

- 122 Unutar država članica Europske unije, ali i u državama našeg okruženja pronašli smo samo jedan popis koji izričito traži pismenu formu kao i ZZP/Hrv, a to je čl. 18. i dalje Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 40/10.
- 123 Tako Gavella smatra da je pristanak po svojoj prirodi pravni posao, iz čega proizlazi da je za valjanost pristanka potrebno da ispunjava opće pretpostavke valjanosti pravnog posla. S druge strane, Klarić, u skladu s određenjima iz njemačke pravne teorije, smatra da pristanak na medicinski zahvat po svojoj prirodi nije pravni posao jer nije usmjeren na imovinskopravno raspolaganje, pa prema tomu može biti valjan i kada ne ispunjava opće pretpostavke valjanosti pravnog posla. Autori s područja teorije kaznenog prava, npr. F. Bačić, određuju pristanak pacijenta oštećenika kao privatnopravni institut. Slična suprotstavljena stajališta postoje i u njemačkoj i austrijskoj pravnoj književnosti prema kojoj pristanak pacijenta nema karakter pravnog posla, već pristanak na medicinski zahvat predstavlja radnju sličnu pravnom poslu. Švicarsko pravo, s druge strane, pristanak oštećenog na nanošenje štete, pa tako i pristanak pacijenta, smatra jednostranim pravnim poslom. Ovo jer se u švicarskom pravu osobna dobra (život, tjelesni integritet, itd.) određuju objektima građanskopravnih odnosa bez obzira na to što nemaju imovinski karakter. Zbog toga pravni subjekti i mogu raspolagati svojim osobnim dobrima temeljem pravnih poslova. Vidi Nikšić, S., *op. cit.*, str. 368-373.
- 124 Vidi i Grbčić, Ž., Kakva prava pruža Zakon o zaštiti pacijenata, Informator, br. 5145/2005, str. 40-44; Rušinović Sunara, Đ., Proso, M., Neka pitanja zaštite prava pacijenata u Hrvatskoj, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42/2005., str. 381-389; Proso, M., Neka pravna pitanja informiranog pristanka u Hrvatskoj legislativi i praksi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 43, 2/2006., str. 103-114. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/37819>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.
- 125 O građanskopravnim posljedicama neinformiranja pacijenata vidi šire Nikšić, S., Građanskopravna odgovornost za liječenje bez pristanka, Građanskopravna odgovornost u medicini, Zagreb, HAZU, 2008., Boila, R. L., Respect for Human Dignity. Ethical and

vrsta operativnog zahvata nad njim izvesti, u čemu se taj operativni zahvat sastoji i koje su moguće komplikacije navedenoga operativnog zahvata, pa je time postupljeno suprotno odredbi čl. 6. i 16. ZZPP/Hrv.

Zdravstvena djelatnost je zahtjevna profesija te se na njih ima primijeniti članak 10. ZOO/Hrv, kao standard pažnje u obavljanju djelatnosti, gdje je svaki sudionik u obveznom odnosu dužan u ispunjavanju obveza iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom sukladno pravilima struke i običajima.

U konkretnom slučaju takvo postupanje je izostalo. Prvi je propust što oštećenom nije pružena potpuna informacija o načinu i metodi operacije, nadalje nisu mu zatražene potrebne suglasnosti i na kraju u jedinici intenzivne njege propustili su na vrijeme uočiti *compartment sindrom*.

Sudovi u RH nisu se uopće bavili o problemu ugovorne ili izvanugovorne odgovornosti u konkretnom predmetu.<sup>126, 127</sup> Prvostupajski sud samo je naveo (...) da

Legal Reflections Regarding the Breach of the Obligation to Inform the Patient, *Postmodern Openings*, 2013., vol. 4, Iss. 1, March, str. 39. do 54. Dostupno na: <http://postmodernopenings.com>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., Dias Pereira, G. A., *Existing challenges in medical liability: causation, burden of proof and informed consent. The ever-growing challenge of medical liability: national and European responses, Conference, Strasbourg, 2-3 June 2008, Council of Europe, 2009.*, str. 141. do 146.

126 Ustavni sud je u odluci U-III-3002/2005 izrekao: *Bolnica za liječničku grešku odgovara po načelu presumirane krivnje, što znači da ona mora dokazati da je u svemu postupila na način koji je propisan pravilima liječničke struke, te da do štete nije došlo ni zbog obične nepažnje liječnika koji je provodio zahvat. Pri tome je od odlučnog značaja i okolnost je li podnositeljica bila obaviještena o mogućim rizicima punkcije koja je nad njom provedena. Valjan je samo onaj pristanak na dijagnostički postupak koji je pacijent dao nakon što je obaviješten o mogućim rizicima tog postupka. Samo u tom slučaju nema odštetne odgovornosti bolnice za nastalu neimovinsku štetu.* Nadalje kaže: „Isto tako prvostupajski sud netočno navodi da se o odgovornosti medicinske ustanove za liječničku grešku odlučuje temeljem načela dokazane krivnje (»nije dokazala krivnju liječnika«), jer se o toj odgovornosti odlučuje prema načelu presumirane krivnje (na liječniku/medicinskoj ustanovi je teret dokaza da je u svemu postupao po pravilima liječničke struke). Praksu VSRH glede presumirane odgovornosti kod odgovornosti bolnica vidi Rev-x-232/08, od 18. veljače 2009., ECLI:HR:VSRH:2009:588, Rev-1248/11, od 17. veljače 2015., ECLI:HR:VSRH:2015:1681, Rev-265/12, od 28. veljače 2012., ECLI:HR:VSRH:2012:541, Rev-397/06, od 28. lipnja 2006., ECLI:HR:VSRH:2006:1012, Rev-612/08, od 7. prosinca 2010., ECLI:HR:VSRH:2010:7440, Rev-985/07, od 28. studenog 2007., ECLI:HR:VSRH:2007:2317, Rev-x-222/09, od 7. srpnja 2009., ECLI:HR:VSRH:2009:5224, Rev-15/11, od 22. siječnja 2014., ECLI:HR:VSRH:2014:239, Rev-1786/10, od 11. rujna 2012., ECLI:HR:VSRH:2012:2563, Rev-x-1062/13, od 4. lipnja 2014., ECLI:HR:VSRH:2014:27, Rev-x-56/11, od 31. kolovoza 2011., ECLI:HR:VSRH:2011:6818, Rev-x-1129/13, od 19. veljače 2014., ECLI:HR:VSRH:2014:325, Rev-x-564/09, od 23. prosinca 2009., ECLI:HR:VSRH:2009:6755, Rev-1180/08, od 28. listopada 2011., neobjavljena, Rev-x-806/2011, od 15. siječnja 2014., ECLI:HR:VSRH:2014:3153.

127 O ugovornoj i izvanugovornoj odštetnoj odgovornosti šire Crnić, I., *Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse, Hrvatska pravna revija, veljača 2009.*, str. 28-41; Markenstein, F. L., *Country Report The Netherlands, u: Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens (Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of patients at the End of Their Life)*, Springer, 2000., str. 741-772; Mujović Zornić, H., *Physician's error: medical or legal concept?* 29 *Med. & L.*, 2010., str. 159-169; dostupno na: <http://heionline.org>, stranica posjećena 12. prosinca 2018., Radišić,



stav tužitelja o objektivnoj odgovornosti bolnice ne može se uzeti za točnim jer bolnica ne obavlja opasnu djelatnost koja vodi do objektivne odgovornosti, naime liječenje nije i ne može biti opasna djelatnost jer je nesporno bolest ta koja je izvor opasnosti, a liječnici nastoje otkloniti već postojeću opasnost za zdravlje i život bolesne osobe. Stoga glede odgovornosti bolnice može se govoriti samo o odgovornosti po osnovi krivnje temeljem odredbe čl. 1049 ZOO-a.

Mada je oštećeni u tužbi i tijekom postupka tvrdio da mu je šteta nastala liječničkom pogreškom, sudovi nisu prihvatili njegovo mišljenje. Što je pogreška a što komplikacija i danas je kamen smutnje između pravnika i medicinaru. U literaturi koristile su se i koriste se razne definicije liječničke (po)greške. Prema Virchowu<sup>128</sup> greška je (...) *kršenje opće priznatih pravila umijeća liječenja zbog pomanjkanja dužne pažnje i opreza*. Avdijejev<sup>129</sup> daje ovakvu definiciju: (...) *liječnikom pogreškom treba smatrati zabludu liječnika u njegovoj profesionalnoj djelatnosti koja u svojoj osnovi ima nepotpunosti ili nesavršenstvo suvremenih načina istraživanja, objektivne vanjske uvjete kao i neiskustvo samog liječnika*. Hansen<sup>130</sup> daje ovu definiciju: *liječnička greška je povreda liječničkog umijeća činjenjem nečega što je nedopustivo ili propuštanjem mjera koje su preporučene*. Pejaković<sup>131</sup> ističe da je (...) *liječnička greška je stručna zabluda bez elemenata nesavjesnosti*.

Prema članku 120. ZZZ/Hrv liječnik čini grešku ako ne postupa: (...) *prema pravilima zdravstvene struke i moralnim i etičkim načelima*.<sup>132</sup> U RH mjerilo pažnje za zdravstvene radnike je pažnja dobrog stručnjaka (članak 10. stavak 2. ZOO/Hrv) a to znači povećanu pažnju prema pravilima struke i običajima. Dakle, skrivljeno bi postupao zdravstveni radnik koji bi postupao s pažnjom koje ne bi bila na visini pažnje dobrog stručnjaka.

Komplikacija:<sup>133</sup> (...) *nastaje usprkos medicinski ispravnom i pravodobno provedenom postupku koji je izveden pravilnom upotrebom ispravne opreme i sredstva uz optimalnu organizaciju rada*.

Odštetno pravo u RH ne pozna pojam *liječnika (po)greška*.

Sudovi RH veoma su lapidarno utvrdili i obrazložili izostanak obaviještenosti oštećenog o namjeri medicinskih mjera koje će se poduzeti. Opseg obavještenja o rizicima zavisi o okolnostima konkretnog slučaja. U predmetu iz RH liječnici su trebali oštećenoga upoznati s rizicima koje donosi laparaskopska operacija u odnosu na klasičnu, tako primjerice, da s obzirom na mršavost pacijenta postoji mogućnost

---

J., *Pravna priroda odgovornosti medicinskih poslenika i njihovog odnosa s pacijentima*, Pravni život, 9-10/1992., str. 1759-1771; Bollweg, H. G., *Defining the extent of (medical) liability, The evergrowing challenge of medical liability: national and European responses*, Conference, Strasbourg, 2008.

128 Virchow, R., *Gesammelte Abhandlugen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre*, 1. Band, Berlin, Hirschwald, 1879., str. 514.

129 Citirani prema Škavić, J., Zečević, D., *Komplikacija i greška – sudskomedicinski pristup u Gradanskoopravna odgovornost u medicini*, Zagreb, HAZU, 2008., str. 23.

130 *Loc. cit.*

131 *Loc. cit.*

132 Istovjetno i čl. 2. t. 5. ZL/Hrv.

133 *Ibid.*, str. 25.

oštećenja krvnih žila, i sl. Kako zahvat na oštećenom očito nije bio hitan<sup>134</sup> bilo je više nego dovoljno vremena upoznati ga sa svim prednostima i nedostacima, laparoskopske operacije u odnosu na klasičnu. Naime, kada zahvat nije hitan tada se traži totalno obavještenje, koje mora da obuhvati ne samo krajnje rijetke rizike i moguće neuspjehe zahvata, nego čak i neugodnosti u obliku bolova i sl.<sup>135</sup>

Ovdje ukazujemo da poduzimanje određenog medicinskog postupka, a bez valjanog pristanka pacijenta, znači za liječnika odgovornost ne samo za eventualni slučaj pogreške u liječenju, već odgovornost nastaje i zbog samovoljnog liječenja. Zanimljivo je da tu okolnost tužitelj u predmetu iz RH nije uopće iznosio.

Može se postaviti pitanje čini li se nedavanjem obavještenja pacijentu i liječnička (po)greška? Valja ukazati da liječničku (po)grešku u parnici mora dokazati pacijent dok nepostojanje (po)greške u obavještavanju mora dokazati liječnik, tj. zdravstvena ustanova.

Oštećeni je tijekom parničnog postupka dokazao da je do pogoršanja njegova zdravlja došlo kao posljedica provedenoga medicinskog zahvata. Nadalje, on nije morao dokazivati liječnikovu odgovornost (prema članku 1045. ZOO/Hrv), njegova se krivnja presumira, ali je zato dokazao postojanje uzročne veze između provedenog liječenja i nastale štetne posljedice. Niti sudska vještačenja (u kaznenom i u parničnom postupku) nisu dala decidirani odgovor na pitanje koji je dio medicinskog postupka bio posljedica pogreške, a koji dio je komplikacija. Sudovi su zauzeli stav da se radilo samo o propustu u liječenju u jedinici intenzivnog liječenja.

Ovdje ukazujemo da je drugostupanjski sud dosta hrabro, premda manjkavo obrazloženo, odbio tužbeni zahtjev posredno oštećenih uz obrazloženje: *U konkretnom slučaju kod 1. – vo tužitelja – koji je brat i sin 2.- go do 4. – to tužitelja, je uslijed štetnog događaja nastupio trajni invaliditet u omjeru 85%, međutim pojavni oblici tog invaliditeta koji se isto očituje u konkretnom slučaju ukazuje na neosnovanost tužbenog zahtjeva 2. – go do 4. – to tužitelja. Naime, tužitelj unatoč naročito teškom invaliditetu može samostalno komunicirati (u stanju je samostalno se kretati uz pomoć ortopedskih pomagala, u stanju je voziti automobil s automatskim mjenjačem), može samostalno obavljati osnovne životne aktivnosti, očuvane su mu spoznajne mogućnosti, kao i mogućnosti valjanog upravljanja svojom voljom, te u takvoj situaciji vanjski pojavni oblici invaliditeta ne pružaju osnov za dosudu pravične novčane naknade*

134 Na operativni zahvat čekalo se od oko 18,00 sati pa sve do 00,30 sati sljedećeg dana.

135 Liječnik nema obveze davanja obavještenja ako je pacijent već obaviješten, ako se odrekne prava na obavještenje i ako postoji medicinska kontraindikacija.

*neimovinske štete zbog naročito teškog invaliditeta bliske osobe.*<sup>136, 137</sup>

Treba naglasiti da su stranke (neposredno oštećeni) u oba predmeta zahtijevale naknadu štete za tuđu pomoć i njegu, a uopće nisu zahtijevale naknadu štete u obliku novčane rente radi trajno povećanih potreba (čl. 1095. st. 2. ZOO/Hrv). I sudska praksa rijetko može odlučivati o tužbenom zahtjevu za tuđu pomoć i njegu i o zahtjevu za novčanom rentom radi trajno povećanih potreba.<sup>138</sup> O tomu da je u praksi prisutan problem razlikovanja ta dva vida naknade štete ukazuje i jedan sudski predmet iz Republike Srbije.<sup>139</sup>

### **7.3. Liječnička pogreška i komplikacija, kao povreda ljudskih prava**

Pred Europskim sudom za ljudska prava (ESLJP)<sup>140</sup> bilo je više predmeta iz RS i RH vezanih za štete u medicini. Katić<sup>141</sup> navodi da su predmeti protiv RH koji su se pred ESLJP-om pojavili pokazali da RH nije imala pravni i sustavni odgovor na pitanje kako prepoznati, utvrditi, istražiti, a onda i adekvatno sankcionirati situacije u kojima je postojala sumnja da je smrt pacijenta nastupila zbog liječničke pogreške. Nadalje navodi kako se kao posebno pitanje u tim predmetima pojavio problem objektivnosti vještačenja jer se pokazalo da često liječnici iz iste ustanove, bolnice ili medicinskog

136 Po tom pitanju i praksa VSRH je dosta šarolika, vidi primjerice Rev-1180/97, od 5. prosinca 2000., dostupno na: <http://www.vsrh.hr>, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018., Rev-2103/99, od 3. prosinca 2002., ECLI:HR:VSRH:2002:4859, Rev-1194/11-2 od 24. travnja 2012., ECLI:HR:VSRH:2015:3703, Rev-x-1099/13, od 8. siječnja 2014., ECLI:HR:VSRH:2014:2263, Rev-x-980/11, od 22. veljače 2012., ECLI:HR:VSRH:2012:7709. USUD je u odluci, U-III-576/2000, od 24. siječnja 2007., iskazao: (...) *pri ocjeni postoji li naročito teški invaliditet kao osnova za dosuđenje pravične novčane naknade treba utvrđivati ne samo postotak invaliditeta, već i pojavne oblike (vanjske, trajne i stalne manifestacije) kroz koje se taj invaliditet očituje, jer spomenuti elementi tek u svojoj ukupnosti predstavljaju temelj za procjenu pripada li posrednom oštećeniku pravo na pravičnu novčanu naknadu.*

137 Širi prikaz prakse VSRH vidi kod Jelušić, D., Pravo na pravičnu novčanu naknadu u slučaju osobito teškog invaliditeta bliske osobe, Novi Informator, br. 5690/2008, str. 8-11 i 5691/2008, str. 11-12.

138 U dostupnoj sudskoj praksi RH nismo uspjeli pronaći takav tužbeni zahtjev, odnosno pravorijek.

139 Vidi presudu Apelacionog suda u Beogradu, Gž-128/17, od 10. veljače 2017., kao i presudu Vrhovnog kasacionog suda, Rev-1266/17, od 13. srpnja 2017., citirano prema Borovac, J., Novčana renta zbog trajnog povećanih medicinskih potreba u: Zborniku XXI Međunarodnog naučnog skupa Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje, Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo, Beograd – Valjevo, Pravosudna akademija, 2018., str. 121-130.

140 ESLJP je međunarodni sud ustrojen 1959., sa sjedištem u Strasbourgu. Njegova je nadležnost odlučivati o pojedinačnim ili međunarodnim zahtjevima koji se odnose na povredu građanskih i političkih prava sadržanih u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKZLJPTS, NN, MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10). Zadaća ESLJP-a je osigurati da države poštuju prava i jamstva predviđena EKZLJPTS-om. U trenutku kada utvrdi da je neka država povrijedila jedno ili više tih prava i jamstava, EKZLJPTS donosi presude koje su obvezujuće za svaku državu i dovode do toga da dotične zemlje imaju obvezu postupiti po njima i mijenjati svoje zakonodavstvo i administrativnu praksu u velikom broju područja kako se slične povrede ne bi ponavljale u budućnosti.

141 Katić, N., Liječnička pogreška kao povreda ljudskih prava, Sarajevo, Fondacija Centra za javno pravo, 2008., dostupno na: [http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Nikolina\\_Katic.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Nikolina_Katic.pdf), mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

fakulteta vještače o (ne)savjesnosti liječnika i o postupanju svojih kolega.

U RH ne postoji sustavna evidencija o tomu je li zbog liječničke pogreške došlo do smrti ili narušavanja zdravlja, odnosno drugih teških posljedica.<sup>142</sup>

EKZLJPTS ne sadrži pravo na zdravlje kao konvencijsko pravo, ali se ono iskristaliziralo u postupke vođenim pred ESLJP-om.<sup>143</sup>

Predmet, u odnosu na RH, je predmet Bajić,<sup>144</sup> dok je za RS važan predmet Šilih.<sup>145</sup>

U predmetu Bajić radi se o smrti sestre podnositelja zahtjeva, zbog liječničke pogreške. Liječnici su kazneno i disciplinski prijavljeni u RH. ESLJP je u ovom predmetu utvrdio kako kazneni postupak koji se vodio pred domaćim tijelima nije zadovoljio jamstva članka 2. EKZLJPTS. Sud smatra zahtjev da postupak, kojim se može utvrditi uzrok smrti pacijenata u skrbi medicinskih stručnjaka, mora biti vođen tako da se osigura neovisnost nalaza i mišljenja vještaka koji u njemu sudjeluju. ESLJP je utvrdio kako se vještaci koji su sudjelovali u kaznenom postupku protiv liječnika u predmetu Bajić nisu mogli smatrati objektivno nepristranima, budući da su bili profesori na istom Medicinskom fakultetu, odnosno zaposlenici istog KBC-a, kao i liječnik čiji rad su vještačili. Sud zaključuje: „ (...) *s obzirom na takvu pozadinu [predmeta], Sud nalazi da domaći sustav u cjelini, suočen s predmetom u kojem se radi o navodnom nesavjesnom liječenju koje je dovelo do smrti podnositeljeve sestre, nije dao odgovarajući i pravodoban odgovor u skladu s postupovnim obvezama države iz članka 2. Konvencije.* Gotovo istovjetno ESLJP zaključio u predmetu Kudra:<sup>146</sup> (...) *kako domaći sustav, suočen s predmetom nenamjernog lišenja života, nije dao djelotvoran i brz odgovor u skladu s postupovnim obvezama države iz članka 2. Konvencije.*

142 Sukladno iznesenom niti Hrvatska liječnička komora nema evidencija o disciplinskim postupcima koji se vode poradi liječničke pogreške. Nažalost niti sudovi ne vode takove evidencije. Nema ih niti državno odvjetništvo.

143 Vidi primjerice Thematic Report: Health – related issues in the case-law of the European Court of Human Rights. Dostupno na: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_health.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf), stranica posjećena 12. prosinca 2018. Vidi odluke ECHR, *Trocellier* protiv Francuske, br. 75725/01, § 4, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22trocellier%22,%22itemid%22:%22001-77737%22>}, Kudra protiv Hrvatske, 13904/07, presuda od 18. 12. 2012, § 100. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22besen%22,%22itemid%22:%22001-112140%22>}, *Konczelska* protiv Poljske, br. 27294/08, odluka od 20. 09. 2011, § 35. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22Konczelska%22,%22itemid%22:%22001-106894%22>}, mrežne stranice posjećene 12. prosinca 2018.

144 Bajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 41108/10, presuda od 13. 11. 2012. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22%22CASE%20OF%20BAJI%20C4%20v.%20CROATIA%22%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22respondent%22:%22HRV%22,%22itemid%22:%22001-114490%22>}, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

145 Vidi bilješku 127.

146 Vidi bilješku 143. Vidi i predmet predmetu *Bilbija i Blažević protiv Hrvatske*, zahtjev br. 62870/13, presuda od 12. 01. 2016. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22bilbija%22>}, mrežna stranica posjećena 12. prosinca 2018.

U predmetu Šilih<sup>147</sup> sin podnositelja zahtjeva umro je u bolnici 19. svibnja 1993. od anafilaktičkog šoka, koji je vjerojatno nastupio kao rezultat alergijske reakcije na jedan od lijekova koji mu je prepisao dežurni liječnik pri pokušaju da izliječi urtikariju zbog koje se javio u bolnicu. U trenutku smrti imao je 20 godina. Podnositelji zahtjeva su 1993. podnijeli kaznenu prijavu protiv dežurnog liječnika zbog nesavjesnog liječenja, ali je ta prijava odbačena zbog nedostatka dokaza. Dana 1. kolovoza 1994., pošto je stupila na snagu Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava u Sloveniji, podnositelji zahtjeva su iskoristili svoje pravo na temelju slovenskog Zakona o kaznenom postupku da kao oštećena strana postupe kao tužitelji i podnesu zahtjev za pokretanje kaznene istrage. Ta je istraga ponovo otvorena 26. travnja 1996. i 28. veljače 1997. podignuta je optužnica. Slučaj je dva puta vraćan radi dodatne istrage prije nego što je 18. listopada 2002. obustavljen kazneni postupak, ponovo uz obrazloženje da nema dovoljno dokaza. Podnositelji zahtjeva su se žalili, ali bez uspjeha. U međuvremenu su 6. srpnja 1995. podnositelji zahtjeva povelili građansku parnicu protiv bolnice i liječnika. Prvostupanjski postupak, koji je mirovao između listopada 1997. i svibnja 2001., okončan je tako što je tužba odbačena 25. kolovoza 2006., više od 11 godina poslije inicijalnog pokretanja postupka. Tijekom tog razdoblja u ovom slučaju sudilo je šest sudaca. Poslije toga podnositelji zahtjeva su uložili žalbu na presudu, kao i žalbu iz formalnih razloga, ali nijedna od tih žalbi nije riješena u njihovu korist.

U presudi od 28. lipnja 2007. ESLJP je jednoglasno presudio da je prekršen članak 2. EKZLJPTS-a u svezi s odsustvom djelotvornoga pravnog postupka kojim bi se ustanovio uzrok smrti u bolnici sina podnositelja zahtjeva. ESLJP je zaključio i da nacionalne vlasti nisu, pri odlučivanju u predmetu pokrenutom na temelji prijave podnositelja zahtjeva koja se odnosila na smrt njihova sina, iskazale onu vrstu pažnje koju nalaže članak 2. EKZLJPTS-a. Dakle, time je narečena odredba prekršena zbog neučinkovitosti slovenskog pravosuđa koje nije ustanovilo uzrok smrti sina podnositelja zahtjeva, a niti je ustanovio tko je odgovoran za smrt.

## 8. ZAKLJUČNO

Zakonodavci u većini zemalja nisu donijeli precizne norme oko šteta u zdravstvu, pa se one razmatraju unutar općih pravila o odgovornosti – naknadi štete. Stoga je polje slobodne sudske ocjene ostalo jako široko, a posljedica toga je šarolikost sudske prakse.<sup>148</sup> Niti u Europskoj uniji ne postoje jedinstvene metode vrednovanja

147 Poblize vidi kod Jurkovič, M., *Zdravstvena napaka – pravni in etični vidiki odgovornosti zdravnika v Republiki Sloveniji*, magistrski rad, Evropska Pravna fakulteta v Novi Gorici, Nova Gorica, 2013., str. 45-48. Predmet je u RS bio jako medijski zastupljen vidi <http://web.vecer.com/portali/vecer/v1/default.asp?kaj=3&id=2009041005424060>, <http://www.dnevnik.si/kronika/1042307779>, <http://www.dnevnik.si/kronika/1042416803>, <https://www.demokracija.si/slovenija/zgodbe/11355-stara-gregorja-iliha-e-vedno-ieta-pravico>, <http://www.delo.si/clanek/43784>, mrežne stranice posjećene 12. prosinca 2018.

148 Poblize vidi kod Szoeloesy, P., Tissot, C.R., *L'evaluation du dommage resultant de l'invalidité dans divers pays européens*, Zürich, Schulthess, 1974., str. 10.

neimovinske štete, odnosno ocjene njezinih posljedica i visine naknade.<sup>149</sup> I medicinska su vještačenja i u parničnim i kaznenim postupcima neujednačena.<sup>150</sup>

Zakonodavac u RH mora početi razmišljati ili da dopuni ZOO/Hrv ili ZZPP/Hrv odredbama o ugovoru o zdravstvenoj usluzi. Ovdje možemo samo podržati *de lege ferenda* prijedloge Nikšića<sup>151</sup> koji daje vrlo dobar prijedlog teksta o odredbama ugovora o zdravstvenoj usluzi koji bi trebalo ugraditi u zakon.

U RS i RH prevladava stav da je osnova odgovornosti zdravstvenih radnika subjektivna na temelju presumirane krivnje. Teorija u RH<sup>152</sup> zastupa stav da bi se tužitelju (oštećenom) trebalo prepustiti odluku po kojoj osnovi će tražiti naknadu štete od zdravstvene ustanove.<sup>153</sup> No, dok u sudskoj praksi RS prevladava stav da se radi o šteti iz ugovornog odnosa<sup>154</sup> u RH nema o tomu decidiranog stava VSRH.

Nadalje, dok sudska praksa u RH nema dvojbi pripada li pravo na naknadu neimovinske štete i posredno oštećenima (primjerice unuku)<sup>155</sup> u sudskoj praksi RS još uvijek o tome nema jedinstvenog stava.<sup>156,157</sup> Većinom se zauzima stav da je krug osoba kojima se može dosuditi neimovinska šteta zatvoren.<sup>158</sup> Pravna teorija u RS<sup>159</sup> smatra da je odredba članka 179. OZ/Slo apstraktna i pravni standard kojega upravo

149 Poblize vidi kod Ćurković, M., *Europa neujednačena u određivanju šteta*, Svijet osiguranja br. 8/2006., str. 38-42; *id.*, *Repozicioniranje neimovinske štete u nekim europskim zemljama*, u: *Naknada neimovinske štete (pravno-medicinski okvir)*, Zagreb, Inženjerski biro, 2009., str. 121-137.

150 Pokušaj ujednačavanja u RH nalazimo primjerice, kod Zečević, D., Škavić, J., *Osnove sudske medicine za pravnike*, Zagreb, Barbat, 1996., str. 281-289.

151 Nikšić, S., *op. cit.*, str. 490-504.

152 Vidi Klarić, P., *op. cit.*, str. 385.

153 ZOO/Hrv u čl. 349. propisuje: *Ako odredbama ovog odsjeka (radi se o odsjeku 5 – op. a.) nije drukčije propisano, na naknadu ove štete na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovoga Zakona o naknadi izvanugovorne štete.*

154 Vidi odluke VSSI, II Ips-342/2014, od 22. siječnja 2015., ECLI:SI:VSRs:2015:II.IPS.342.2014, II Ips-207/2015, od 14. siječnja 2016., ECLI:SI:VSRs:2016:II.IPS.207.2015.

155 Praksa VSRH je još u razdoblju važenja ZOO/91 unuku priznavala pravo na naknadu neimovinske štete zbog gubitka bake, primjerice Rev-259/85, od 20. svibnja 1985., iz arhive autora.

156 VSSI je u jednom pravnom mišljenju baki priznao pravo na naknadu neimovinske štete radi smrti unuka koji je s njom živio u zajedničkom domaćinstvu, pravno mišljenje sjednice VSSI, od 21. i 22. prosinca 1992., Poročilo VSSI, 2/92.

157 Vidi odluku VSSI, II Ips-183/2015, od 3. prosinca 2015., ECLI:SI:VSRs:2015:II.IPS.183.2015.

158 Vidi odluke VSSI, II Ips-591/2008, od 24. lipanj 2009., ECLI:SI:VSRs:2009:II.IPS.591.2008, II Ips-470/2009, od 8. srpnja 2009., ECLI:SI:VSRs:2009:II.IPS.470.2009.

159 Možina, D., *Nepremoženjska šteta zaradi izgube počitnic: Leitner pri nas doma*; *Podjetje in delo*, št. 1/14, Ljubljana, 2014., str. 41 navodi: „*Nepremoženjske pravne dobrine so v slovenskem pravu na splošno priznana dobrina. Iz njihovega položaja v ustavni hierarhiji pravnih dobrin, ki je načeloma višji od položaja premoženja, bi lahko sklepali, da je takšno tudi njihovo odškodninsko varstvo, ki ga zagotavlja obligacijsko pravo. Vendar pa, če sledimo zakonu, ni čisto tako: medtem ko načeloma vsak poseg v premoženje pomeni priznana premoženjsko škodo, so pravno priznane le tiste oblike nepremoženjske štete, ki jih opredeljuje zakon.*« Božič Penko, A., *Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo*, Ljubljana, Pravni letopis Inštituta za primerjalno pravo, 2016., str. 69.

sud treba tumačiti u konkretnom sporu. Takav stav je čak prihvaćen u nekim odlukama VSSI.<sup>160</sup>

Svakako je preporuka sudovima u RS da se u tumačenju pravnih odredbi OZ/Slo u naknadi neimovinske štete posredno oštećenima više drže ciljnog (teleološkog) tumačenja odredbe, a ne isključivo gramatičkog.<sup>161</sup> Također se nadamo da će sudovi u RH zadržati i unaprijediti svoj način širokog tumačenja kruga posredno oštećenih osoba, a što će pokazati praksa u tumačenju istospolnih zajednica bilo one registrirane ili neregistrirane.

Konačno pridružujemo se stajalištu Hallera<sup>162</sup> da se profesionalna odgovornost liječnika mora sagledati iz perspektive deset pojmova: stručnosti, povjerenja, odnosa između sudionika, kvalitete u pružanju zdravstvene zaštite, ostvarivosti, ekonomičnosti, prihvaćene znanstvene misli, odsutnosti sukoba interesa i same stručne odgovornosti.

*Dvije stvari ispunjavaju mi dušu sve većim divljenjem i strahopoštovanjem:  
zvezdano nebo iznad mene i moralni zakon u meni.*

E. Kant, Kritika praktičnog uma

#### LITERATURA

1. Adams, David Carl, Consent to medical treatment of a minor under the Family Code, Baylor L. Rev., 27/1975, str. 319-330.
2. Bagić, Snježana, Informirani pristanak u sudskoj praksi, Zbornik radova, 2. Hrvatski simpozij medicinskog prava, Vodice, 2016., str. 255-277.
3. Balažić, Jože i dr., Zakon o pacijentovih pravica (ZPacP) skomentarjem. Ljubljana, GV Založba, 2009.
4. Barbić, Jakaša i dr., Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, Narodne novine, 2005.
5. Baretić, Marko, Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, Posebni broj, 2006., str. 461-500.
6. Baümann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6th ed., 1974.,
7. Bedoya Bergua, Francisco, Žnidaršič, Viktorija, García San José, Daniel, Régimen jurídico de la investigación biomédica en Andalucía en el marco de la legislación nacional e internacional, Sevilla, Laborum, 2009.,
8. Bevanda, Marko, Ugovor između liječnika i pacijenta, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 26, 1/2005, str. 307-338.
9. Bevanda, Marko, Čolaković, Maja, Pravo pacijenta na obaviještenost i pristanak i pravne posljedice liječenja bez pristanka pacijenta, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse 7/2009., str. 200-202.
10. Boilă, Rodica Lacrima, Respect for Human Dignity. Ethical and Legal Reflections Regarding the Breach of the Obligation to Inform the Patient, Postmodern Openings, 2013., vol. 4, Iss. 1, March, str. 39-54. Dostupno na: <http://postmodernopenings.com> ,

160 Primjerice odluka II Ips-409/2009, od 18. veljače 2010., ECLI:SI:VSRS:2010:II.IPS.409.2009.

161 Vidi Božič Penko, A., *op. cit.*, str. 72-73.

162 Haller, H., Medicinski pogled na liječničku odgovornost, u Građanskopravna odgovornost u medicini, Zagreb, HAZU, 2008., str. 20.

11. Bollweg, Hans Georg, Defining the extent of (medical) liability, The ever-growing challenge of medical liability: national and European responses, Conference, Strasbourg, 2008.
12. Bošković, Zvonimir, Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje, Informator, br. 5343, od 21. svibnja 2005.
13. Božič Penko, Ana, Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo, Ljubljana, Pravni letopis Inštituta za primerjalno pravo, 2016.
14. Burkle, M. Christopher et al., Physician perspectives and compliance with patient advance directives: the role external factors play on physician decision making, BMC Medical Ethics 2012, str. 13-31. Dostupno na: <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/13/31>, posjećeno: 18. prosinca 2018.
15. Callens, Stefaan, Medical Civil Liability in Belgium. Four Selected Cases, European Journal of Health Law, 1/2003, str. 115-133.
16. Cantrell, Crispin, A Physician's Liability for Experimental Procedures, Med Law, 3/1984, str. 339-344.
17. Ceković Vuletić Simonida, Medicinsko pravo, Beograd, Institut društvenih nauka, 1998.
18. Crnić, Ivica, Naknada štete, Zagreb, Organizator, 1995., str. 165-169.
19. Crnić, Ivica, Parnični postupak i naknada štete, Zagreb, Organizator, 2008.
20. Crnić, Ivica, Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse, Hrvatska pravna revija, veljača 2009., str. 28-41.
21. Crnić, Ivica, Značenje orijentacijskih kriterija Vrhovnog suda Republike Hrvatske za dosudu pravične novčane naknade neimovinske štete, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, 5-6/2012., str. 1715-1730.
22. Čizmić, Jozo, Pravo pacijenata na obaviještenost, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 1/2008, str. 227-275.
23. Ćurković, Marijan, Europa neujednačena u određivanju šteta, Svijet osiguranja, 8/2006.,
24. Ćurković, Marijan, Repozicioniranje neimovinske štete u nekim europskim zemljama, u: Naknada neimovinske štete (pravno-medicinski okvir), Zagreb, Inženjerski biro d.d., 2009., str. 121-137.
25. Ćurković, Marijan, Talijanski sustav naknade štete zbog povrede prava na život i zdravlje, Zbornik radova sa 18. savjetovanja o obradi i likvidaciji međunarodnih automobilskih šteta, Opatija, 2010.
26. Ćurković, Marijan, Talijanski sustav naknade neimovinske štete, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, 5-6/2012., str. 1579-1598.
27. Damaška, Marjan, Neki krivičnopravni aspekti liječničkih zahvata, Hrestomatija hrvatskog medicinskog prava, Zagreb, Pravni fakultet, 2016., str. 72-80.
28. De Bord, Jessica, Informed Consent, dostupno na: <https://depts.washington.edu/bioethx/topics/consent.html>, posjećeno: 18. prosinca 2018.
29. De Cruz, Peter, Comparative Healthcare Law, Cavendish Publishing, 2000.
30. De Palma, A., Conoscenza, errori, comunicazione con il paziente e consenso consapevole (Knowledge, mistakes, communication with patients and informed consent), Italian Journal of Medicine, 2013., 3(1), str. 67-71.
31. Deutsch, Eerwin, Medizinrecht—Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, Berlin, 2003.
32. Deutsch, Erwin, Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2008.,
33. Dias Pereira, G. André, Existing challenges in medical liability: causation, burden of proof and informed consent. The ever-growing challenge of medical liability: national and European responses, Conference, Strasbourg, 2-3 June 2008, Council of Europe, 2009., str. 141-146.



34. Dickens, M. Bernard, Patients' Interests and Clients' Wishes: Physicians and Lawyers in Discord, *L. Med. & Health Care*, 1987-1988, 15, str. 110-117.
35. Drobac, A. Jennifer, Goodenough, R. Oliver, Exposing The Myth Of Consent, *Indiana health Law Review*, vol. 12, 2/2015, str. 471-531. Dostupno na: <https://journals.iupui.edu>, posjećeno 18. prosinca 2018.
36. Elliott, Carl, Patients doubtfully capable or incapable of consent, Kuhse, H., Singer, P. (ed.), *A Companion to Bioethics*, 2001, str. 452-462.
37. Gavella, Nikola, *Osobna prava*. I. dio, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2000.
38. Gazdek, Davorka, *Informirani pristanak: korijeni, svrha, primjena i ograničenja*, Split, Pravni fakultet u Splitu, 2013.
39. Geerds, Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, 1953.,
40. Gorenc, Vilim, *et alt.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, RRIF, 2005.
41. Haller, Herman, *Medicinski pogled na liječničku odgovornost*, u *Gradansko-pravna odgovornost u medicini*, Zagreb, HAZU, 2008.
42. Hallinan, P. Zahary et al., *Barriers to Change in the Informed Consent Process*, *A Systematic Literature Review*, May-June 2016, vol. 38, iss. 3. Dostupno na: <http://www.thehastingscenter.org/>, posjećeno 18. prosinca 2018.
43. Hartman, Kurt M., Liang, A. Bryan, *Exception to Informed Consent in Emergency Medicine*, *Hospital Physician*, 1999., 35, str. 53-59. Dostupno na: [http://www.turner-white.com/pdf/hp\\_mar99\\_emergmed.pdf](http://www.turner-white.com/pdf/hp_mar99_emergmed.pdf), posjećeno: 18. prosinca 2018.
44. Hofmann Johannes, *Ausgewählte Probleme der Eigenmächtigen Heilbehandlung im Rettungsdienst*, 2017., dostupno na: <https://www.oegern.at/wp/wp-content/uploads/>, 18. prosinca 2018.
45. Ivančić-Kačer, Blanka, *Informed consent ili informirani pristanaka pacijenta na liječenje u hrvatskom pravu (s naglaskom na zaštitu prava liječnika)*, *Pravo i porezi*, 6/2009., str. 10-22.
46. Jefford, Michael, Moore, Rosemary, *Improvement of informed consent and the quality of consent documents*, *Lancet Oncol*, 2008., 9, 5, str. 485-493.
47. Jeremić, Vida, *Informirani pristanak: komunikacija između liječnika i bolesnika*, *JAHR*, vol. 4, 7/2013, str. 525-533.
48. Juhart, Miha et al., *Uvod v civilno pravo*, Ljubljana, Uradni list, 2016.
49. Jurkovič, Margerita, *Zdravstvena napaka – pravni in etični vidiki odgovornosti zdravnika v Republiki Sloveniji*, magistrski rad, Nova Gorica, Evropska Pravna fakulteta v Novi Gorici, 2013.
50. Kennedy, I., Grubba, A., *Medical Law*, London, 2000.
51. Klarić, Petar, *Odštetno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2003.
52. Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Gradansko pravo*, IX izdanje, Zagreb, Narodne novine, 2006.
53. Koh, L. K., *Doctrine Of Consent In Criminal Law*, *Malaya L. Rev.* 9/1967, str. 181-201.
54. Korošec, Damjan, *Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostnopravni vidik) Physicians' Rights In Slovenia and Europe (From The Standpoint Of The Law Of Personal Rights)*, *Zdravstveni vestnik*, 75/2006, str. 645-651.
55. Kraljić, Suzana, *Informirana privolitev in pravica pacijenta do obveščenosti v enotah intezivne medicine (s pregledom evropske sodne prakse)*, *Zbornik radova s međunarodnog kongresa 1. Hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem*, 3-5. studenoga 2017., str. 213-226.
56. Laufs, Adolf, Uhlenbruck, Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, 2002.
57. Leischner, Lenzhofer et al., *Medical law in Austria*, *Kluwer Law Internacional*, 2011.
58. Makary, Martin A., Daniel, M., *Medicial error – third leading cause of death in USA*, *BMJ*, 2016.; 353 i 2139.

59. Markenstein, F. L., Country Report The Netherlands u Zivlrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens (Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of patients at the End of Their Life), Springer, 2000., str. 741-772.
60. Matijević, Berislav, Kvantitativno ograničenje naknade neimovinske štete kod osiguranja od automobilske odgovornosti – primjeri iz prakse Suda Europske unije, Hrvatska pravna revija, 9-10/2018.
61. Mihuč, Alexandru, The Respect for Human Dignity Throughout Life as Reflected in the New Civil Code, Societate și Politică, 2011., 5(9), str. 67-88. Dostupno na: <http://socpol.uvvg.ro/image>.
62. Možina, Damjan, Nepremoženjska škoda zaradi izgube počitnic: Leitner pri nas doma; Podjetje in delo, 1/14, Ljubljana, 2014.
63. Mujović Zornić, Hajrija, Petrović, Zdravko, Odgovornost zdravstvenih ustanova za štete kao posledice lečenja (Responsibility of medical institutions for damages resulting from treatment), Vojnosanitetski Pregled, 2012., 69(8), str. 692-699.
64. Mujović Zornić, Hajrija, Physician's error: medical or legal concept?, 29 Med. & L., 2010., str. 159-169., dostupno na: <http://heionline.org>.
65. Nikšić, Saša, Ugovor o zdravstvenoj usluzi, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007.
66. Nikšić, Saša, Građanskopravna odgovornost za liječenje bez pristanka, Građanskopravna odgovornost u medicini, Zagreb, HAZU, 2008.
67. Ovčak, Kos, Maja, Civilnopravna odgovornost zdravnikov, Ljubljana, Aletheia, 2017.
68. Pichler, Davorin, Obaviješteni pristanak u obrascima suglasnosti kojima se prihvaća preporučeni dijagnostički odnosno terapijski postupak Kliničkog bolničkog centra Osijek i njihova usklađenost s propisima i međunarodnom praksom, Pravni vjesnik, god. 30, 1/2014., str. 89-114.
69. Pichler, Davorin, Privatno zdravstveno osiguranje u sustavu zdravstvenog osiguranja, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku, 2014.
70. Plavšak, Nina, Juhart, Miha, Obligacijski zakonik s komentarjem, 4. knjiga, Ljubljana, GV Založba, 2004.
71. Polajner, Pavčnik, Ada, Obligacijski vidik razmerja med bolnikom in zdravnikom, Pravo in medicina, Ljubljana, Cankarjeva založba, 1998.
72. Radolović, Aldo, Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., 1/2006, str. 129-170.
73. Radišić Jakov, Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima predložene medicinske mere i njegova odgovornost – poseban osvrt na praksu nemačkih i austrijskih sudova, Evropska revija za pravo osiguranja, 2/2012., str. 32-43.
74. Radišić, Jakov, Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i obaveštavanju pacijenta, Beograd, 2007.
75. Radišić, Jakov, Pravna priroda odgovornosti medicinskih poslenika i njihovog odnosa s pacijentima, Pravni život, 9-10/1992., str. 1759-1771.
76. Radišić, Jakov, Pristanak pacijenta na lečenje i odgovornost zbog lečenja bez punovažnog pristanka, Evropska revija za pravo osiguranja, 1/2012., str. 39-48.
77. Sjeničić, Ž. Marta, Pristanak pacijenta na meru lečenja, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 129/2009., str. 45-60.
78. Sorta Bilajac, Iva, Informirani pristanak – konceptualni, empirijski i normativni problemi Informed consent – conceptual, empirical and normative issues“, Medicina fluminensis, vol. 47, 1/2011, str. 37-47.
79. Spranger, Tade Matthias, Medical law in Germany, Kluwer Law Internacional, 2011.,
80. Szoeloesy, Paul, Tissot, Charles Robert, *L'evaluation du dommage resultant de l'invalidité dans divers pays européens*, Zürich, Schulthess, 1974.

81. Stipković, Zlatan, Protupravnost kao pretpostavka odgovornosti za štetu, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1991.
82. Škavić, Josip, Zečević, Dušan, Komplikacija i greška – sudskomedicinski pristup u Građanskopravna odgovornost u medicini, Zagreb, HAZU, 2008.
83. Turković, Ksenija, Informirani pristanak i pravo na odbijanje tretmana u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Hrestomatija hrvatskoga medicinskog prava, 2016., str. 551-566.
84. Virchow, Robert, Gesammelte Abhandlugen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre, 1. Band, Berlin, Hirschwald, 1879.
85. Vodinelić, V. Vladimir, Prava ličnosti – stare i nove dileme o nazivu i još ponečem, *Liber amicorum* Aldo Radolović, Zbornik radova, uredili: Z. Slakoper, M. Bukovac Puvača, G. Mihelčić, Rijeka, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, 2018., str. 259-300.
86. Vučemilo, Luka et al., Pristanak obaviještenog pacijenta s posebnim osvrtom na Hrvatsku, *Liječnički vjesnik*, 136/2014., str. 104-109.

**Jakob Nakić\***  
**Loris Belanić\*\***

Summary

## **SIMILARITIES AND DIFFERENCES OF COMPENSATION FOR DAMAGES OF PATIENTS IN HEALTH INSTITUTION IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA AND THE REPUBLIC OF CROATIA (THE TWO COURT CASES)**

The authors show the parallel legislation fees pecuniary and non-pecuniary damage caused to health facilities in the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia. Further analysis of the man responsible for the damage caused to health facilities and on what basis. It also gives an overview of the legal relationship between patients and health care institutions, i.e. Doctors. In the case-law recently noticed an increase in claims for damages patients to health facilities because the paper presented at a court case, related to the damages caused in the health institution of the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia and gives their analysis.

*Keywords: medical institution; the right personality; property damage; immaterial Damage; patient; physician; health services.*

Zusammenfassung

## **ÄHNLICHKEITEN UND UNTERSCHIEDE ZWISCHEN DEM ERSATZ DES AN PATIENTEN VERURSACHTEN SCHADEN IN GESUNDHEITSEINRICHTUNGEN DER REPUBLIK SLOWENIEN UND REPUBLIK KROATIEN (DURCH DIE DARSTELLUNG ZWEI RECHTSSACHEN)**

Der Beitrag stellt die Gesetzesregulative des Ersatzes für den in Gesundheitseinrichtungen der Republik Slowenien und der Republik Kroatien entstandenen materiellen und immateriellen Schaden dar. Weiterhin analysiert der

\* Jakob Nakić, Ph.D., Assistant Professor, Deputy of County Public Prosecutor in Rijeka, in retirement; jakob.nakic@yahoo.com.

\*\* Loris Belanić, Ph.D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; lorisb@pravri.hr.

This paper is written under support of the University of Rijeka Research Project "Legal Aspects of Companies Restructuring and Transition Towards New Corporate Governance Culture" (uniri-drustv-18-43).

Beitrag die Frage, wer für den in Gesundheitseinrichtungen entstandenen Schaden haftet und auf welchen Grund. Ebenfalls wird das Rechtsverhältnis zwischen den Patienten und der Gesundheitseinrichtung, bzw. der Ärzte dargestellt. Neulich kann man in der Rechtsprechung die Zunahme der Schadenersatzansprüche von Patienten gegenüber den Gesundheitseinrichtungen bemerken. Deshalb analysiert man in diesem Beitrag zwei Rechtssachen, welche mit dem Ersatz des in den Gesundheitseinrichtungen der Republik Slowenien und der Republik Kroatien entstandenen Schadens verbunden ist.

**Schlüsselwörter:** *Gesundheitseinrichtung; Persönlichkeitsrecht; materieller Schaden; immaterieller Schaden; Arzt; medizinische Dienstleistung.*

Riassunto

**SIMILARITÀ E DIVERSITÀ RELATIVE AL  
RISARCIMENTO DEL DANNO DEI PAZIENTI NELLA  
STRUTTURA SANITARIA NELLA REPUBBLICA DI  
SLOVENIA E NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA  
(ATTRAVERSO L'ANALISI DI DUE CASI  
GIURISPRUDENZIALI)**

Gli autori nel lavoro illustrano parallelamente la normativa giuridica del danno patrimoniale e non patrimoniale sorto nelle strutture sanitarie nella Repubblica di Slovenia e nella Repubblica di Croazia. Successivamente disaminano chi risponda dei danni cagionati nelle strutture sanitarie e sulla base di quali presupposti. Altresì riflettono sul rapporto giuridico tra i pazienti e le strutture sanitarie, cioè i medici. Nella giurisprudenza in tempi recenti si osserva un aumento di richieste da parte dei pazienti di risarcimento del danno nei confronti delle strutture sanitarie; perciò nel lavoro viene illustrato un caso giurisprudenziale per ciascun ordinamento (sloveno e croato) relativo al risarcimento del danno sorto in una struttura sanitaria, procedendo all'uopo alla loro analisi.

**Parole chiave:** *struttura sanitaria; diritto della personalità; danno patrimoniale; danno non patrimoniale; paziente; medico; prestazione sanitaria.*



## NOVO STVARNOPRAVNO UREĐENJE LOVIŠTA

*Doc. dr. sc. Davorin Pichler\**

UDK: 347.516

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.18>

Ur.: 21. prosinca 2018.

Pr.: 27. siječnja 2019.

Pregledni znanstveni rad

### **Sažetak**

*Novi Zakon o lovstvu treba stvoriti pretpostavke za uvođenje više reda u lovstvu uređivanjem odnosa između lovoovlaštenika i davatelja prava lova te preciznije urediti privatnovlasničke odnose kao pretpostavke bržega razvoja lovnog turizma i unaprjeđenja lovstva kao važne gospodarske grane. U radu se problematizira pitanje stjecanje prava vlasništva na divljači te status divljači i trofeja divljači kao stvari ograničenih u prometu. Kritizira se zakonsko rješenje isključenja naknade štete za šume i šumska zemljišta kao dobara od interesa za Republiku Hrvatsku te ostvarivanje proklamiranog načela razmjernosti između ograničenja vlasničkih ovlaštenja i ostvarivanja prava lova. Otvorena pitanja o kojima bi zakonodavac trebao voditi računa pri uređenju prava lova mogu poslužiti i eventualnim de lege ferenda rješenjima vlasničkopravnih odnosa u lovstvu.*

**Ključne riječi:** *lovište; vlasništvo; pravo lova; divljač; zemljište; naknada.*

### **1. UVOD**

Novi Zakon o lovstvu<sup>1</sup> stupio je na snagu 17. studenog 2018. godine. Kao i u dosadašnjem zakonskom uređenju predmet zakonske regulacije gospodarenje je divljači i lovištem. Kako je predlagatelj naveo u Prijedlogu Zakona o lovstvu,<sup>2</sup> novim zakonskim rješenjem stvaraju su pretpostavke za uvođenje više reda u lovstvu, uređivanjem odnosa između lovoovlaštenika i davatelja prava lova. ZL bi trebao preciznije urediti odnose koji se odnose na privatno vlasništvo. Vlasnicima privatnih zemljišta omogućuje se osnivanje privatnog lovišta na predmetnoj površini te omogućuje i udruživanje vlasnika zemljišta pri osnivanju privatnih lovišta. Prepoznavanje prava privatnog vlasništva u lovstvu pretpostavka je za brži razvoj

\* Dr. sc. Davorin Pichler, docent, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku; davorin.pichler@pravos.hr.

1 Zakon o lovstvu, NN br. 99/18. – dalje ZL.

2 Prijedlog Zakona o lovstvu, <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2018/05%20svibnja/96%20sjednica%20VRH/96%20-%202.pdf>>, očitavanje 20. listopada 2018. - dalje Prijedlog ZL.

lovnog turizma te unaprjeđenja lovstva kao važne gospodarske grane.<sup>3,4</sup> Osnivanjem privatnog lovišta izbjegli bi se sporovi oko naknade štete na predmetnim površinama, budući da bi osnivanjem privatnog lovišta na površini zemljišta koju posjeduje kao vlasnik, vlasnik tako ustanovljenog lovišta preuzeo obveze povezane sa sprječavanjem štete od divljači na tim površinama i sam odgovarao za nastalu štetu na svojoj površini. Time bi se izbjegli prijepori koji se pojavljuju u dosadašnjoj praksi kada vlasnici poljoprivrednih površina terete ovlaštenike prava lova za nastale štete od divljači, smatrajući da nedovoljno provode mjere sprječavanja štete od divljači. U radu će naglasak biti na posebnom pravnom režimu zemljišta obuhvaćenih lovištem.<sup>5</sup> U tom smislu, analizirat će se uspostavljeno posebno stvarnopravno uređenje kao jamstvo legitimnih interesa za zaštitom divljači kao dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku. Intenzitet posebnih ograničenja koja se nameću izvršavanju vlasničkih ovlaštenja analizirati će se s aspekta jamstva zaštite prava vlasništva. Istaknut će se i pitanja različitih vlasničkih režima u lovištu u odnosu na različite subjekte prava vlasništva: Republiku Hrvatsku, korisnike zemljišta, ovlaštenike prava lova i poljoprivrednike. Rad će analizirati i razlike u načinu stjecanja prava vlasništva na životinjama, s obzirom na njihov zakonski status (divlje životinje, divljač). Problematizirat će se koncepcija sadržaja posebnoga stvarnopravnog uređenja lovišta i pokušat će se kao rezultat dati određene smjernice i moguća rješenja za sporna pitanja *de lege ferenda*. U nastavku rada prikazat će se razvoj prava lova na području sadašnje Republike Hrvatske.

U nastavnim poglavljima ukazat će se na ograničenja koja proizlaze iz posebnoga stvarnopravnog uređenja lovišta, ponajprije, u odnosu na pitanja vlasništva divljači i raspolaganja trofejima i dijelovima divljači. Ukazat će se i na probleme koji nastaju kada se divljač nađe na zemljištu izvan lovišta, te u vezi s tim na novo pravno uređenje ograđivanja lovišta. Na kraju, rad će problematizirati i pitanje naknada vlasniku zemljišta za ograničenja kojima je podvrgnut na temelju ustanovljenja prava lova.

- 3 U tom smislu, bitni su podaci koji ukazuju na vlasničku strukturu lovišta u Republici Hrvatskoj, a prema kojima je udjel vlasništva privatnih lovišta sveden na statističku pogrešku. Prema podatcima Ministarstva poljoprivrede Republike Hrvatske u Republici Hrvatskoj ustanovljeno je 314 državnih lovišta, 772 zajednička lovišta i jedno privatno lovište. Republika Hrvatska, Ministarstvo poljoprivrede, klasa: 323-01/18-01/235, urbroj: 525-11/1349-18-2 od 3. prosinca 2018.
- 4 Zajednička lovišta ustanovljavaju se na onim zemljištima različitih vlasnika koji nisu mogli, na temelju odredbi ZL-a, ustanoviti državno ili privatno lovište. Ograničenja vlasničkih ovlaštenja posebnim stvarnopravnim režimom za poljoprivredna zemljišta, šumska zemljišta i lovišta sigurno su razlog za mali broj privatnih lovišta. Međutim, više je čimbenika djelovalo na prikazanu vlasničku strukturu lovišta, ponajprije potpuna dominacija društvenog vlasništva u razdoblju prije društvenih promjena devedesetih godina prošlog stoljeća. V. *infra* str. 5.
- 5 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Zagreb, Narodne novine, 2011., str. 555.



## 2. RAZVOJ PRAVA LOVA U HRVATSKOJ

Kao jedna od prvih ljudskih djelatnosti lov je u najstarija vremena bio izuzet od svake zakonske regulative.<sup>6,7</sup> Temelj lovnoga prava daju Rimljani,<sup>8</sup> koji prepoznaju i lov kao način stjecanja vlasništva originarnim putem, jer ulovljena divlja životinja pripada onome tko ju je ubio ili uhvatio.<sup>9</sup> Tako su u rimskim pravnim izvorima divlje životinje (*ferae bestiae*) tretirane kao *res nullius*. Svatko ih je mogao uhvatiti i steći pravo vlasništva okupacijom.<sup>10</sup> Međutim, lov je bilo ograničen pravom vlasništva na zemljištu, pa je vlasnik zemljišta mogao protiv onoga tko lovi na njegovom zemljištu ustati čitavim nizom pravnih lijekova.<sup>11</sup> Kasnije, u feudalnom razdoblju, razvija se regalno pravo lova koje ostaje stoljećima na snazi u Europi. Zemljište i sve ostalo je u vlasništvu kraljeva koji diskrecijskom odlukom prenose svoja ovlaštenja na vazale, feudalce, pa tako i ovlasti lova. Za ostalo stanovništvo lov je zabranjen pod prijetnjom strogih sankcija.<sup>12</sup> Na području današnje Hrvatske, situacija je bila jednaka kao i u ostatku Europe.<sup>13</sup> Od 16. do 19. stoljeća izvršavanje prava lova u rukama je vladara ili osoba koje je on odredio. Feudalni duh prožima i „Patent od lova“ Josipa II. iz 1786. godine, koji je bio do tada najpotpuniji lovački propis.<sup>14</sup> Ukinućem kmetstva, 1848. godine, lov se vezuje za vlasništvo nad zemljom.<sup>15</sup> Time se dokida stari regalni

6 Gardaš, M. i Haman, D., Regalno pravo lova i lovno zakonodavstvo u Hrvatskoj kroz povijest, Zbornik radova sa naučnog skupa, Historija države i prava BiH – izazovi i perspektive, Tuzla, 2017., str. 283.

7 Međutim, već od 2500. godine u Gornjoj Mezopotamiji lov više nije djelatnost kojom se prehranjuje obitelj, već je djelatnost društvenoga prestiža više klase. Više nije dopušteno svima loviti, već tu djelatnost aristokracija preuzima u svoje ruke. Gardaš, M. i Alebić, T., *The introduction of a dominant legal system for the regulation of hunting in Croatia in the second half of the 19th century*, 7. Međunarodni znanstveni simpozij gospodarstvo istočne Hrvatske – vizija i razvoj, Osijek, 2018., str. 29.

8 *Loc. cit.*

9 Romac, A., Rječnik rimskog prava, Zagreb, Informator, 1989., str. 382.

10 *Ibid.*, str. 43.

11 Gardaš, M., Haman, D., *op. cit.*, str. 284.

12 Gardaš, M., Alebić, T., *op. cit.*, str. 29.

13 Lov kao zabava plemstva preuzima se s njemačkih prostora, osobito austrijskog plemstva. Kolar-Dimitrijević, M. i Wagner, E., Lov i plemstvo u Hrvatskoj i Slavoniji, *Ekonomika i Ekohistorija: časopis za gospodarsku povijest i povijest okoliša*, vol. V, 1/2009, str. 45.

14 Bajt-Vučević, V., Alegro, A., Žvorc, Z., Razvoj hrvatskog zakonodavstva o lovu, *Stočarstvo: Časopis za unapređenje stočarstva*, vol. 50, 3/1996, str. 220.

15 Nakon toga, u prvo vrijeme, bilo je dopušteno svima loviti na zemljištu koje nije u privatnom vlasništvu. Vrlo brzo se od te prakse odustalo budući da je pretjerani lov ozbiljno ugrozio populaciju divljači. Gardaš, M., Alebić, T., *op. cit.*, str. 32.

sustav lova i 1870. godine uvodi dominalni sustav lova.<sup>16,17</sup> Novi sustav razlikuje privatna lovišta koja su se mogla uspostaviti na zemljištu vlasnika koji je u komadu imao 200 katastarskih rali zemlje, te općinska lovišta koja su se ustrojavala također na minimalno 200 katastarskih rali zemlje. Općinska lovišta su putem javne dražbe kotarski sudovi davali u zakup najboljem ponuđaču na vrijeme od 10 do 12 godina za bavljenje lovom. Ovim ustrojem lov postaje dostupan najširem krugu građana, a ne kao do tada isključivo privatnim vlasnicima zemljišta.<sup>18</sup> Dominalni sustav lova koji je uveden 1870. godine zadržan je do danas. Nizom kasnijih zakona nastojala su se urediti različita važna pitanja lovstva (osnivanje lovačkih društava, zabrane upotrebe različitih lovačkih metoda (stupice), uporaba lovačkih pasa i sl.).<sup>19</sup> Godine 1947. lov je u tadašnjoj Jugoslaviji zakonski reguliran na saveznoj razini, a 1949. godine Hrvatska donosi republički Zakon o lovu. Lovišta su podijeljena na „državna lovišta“ i „društvena lovišta“ kojima upravljaju lovačke organizacije. S oba segmenta upravlja republički centar.<sup>20</sup> Sabor Republike Hrvatske republičkim Zakonom o lovstvu iz 1973. godine divljač proglašava društvenom imovinom od posebnog interesa.<sup>21</sup> Raspadom Jugoslavije, u Republici Hrvatskoj donesen je 1994. godine Zakon o lovu,<sup>22</sup> koji predstavlja raskid sa socijalističkim uređenjem lovstva i ponovnu reinkorporaciju, tzv. dominalnog sustava lovstva.<sup>23</sup> Novo zakonsko rješenje gospodarenja lovištima pokušalo se pronaći u Zakonu o lovstvu iz 2005. godine,<sup>24</sup> a koji je nakon 13 godina napokon zamijenjen aktualnim ZL-om.

### 3. POSEBNO STVARNOPRAVNO UREĐENJE

Norme općega stvarnopravnog uređenja imaju za cilj regulaciju odnosa u pogledu bilo kojih objekata stvarnih prava, tretirajući ih u načelu jednako. Posebna stvarnopravna uređenja uređuju te odnose u pogledu neke određene vrste stvari,

16 Kriza iz 1873. godine, zbog sloma dionica na bečkoj burzi, onemogućila je gospodarski oporavak plemstva u Hrvatskoj. Oni koji nisu uspjeli organizirati svoje veleposjede na dohodovnoj razini počeli su krčiti šume i prodavati drvenu masu velikim tvrtkama. Ukinućem kmetstva, plemstvo se stalno nalazi u krizi osobito u sjeverozapadnoj Hrvatskoj gdje gotovo nije moguće urediti posjed na dohodovnoj robno-novčanoj osnovi. Velikaši zbog toga počinju razmišljati o mogućnosti davanja lovišta u zakup. Lov više nije zabava već ozbiljan posao s vrlo malo dobiti. Kolar-Dimitrijević, M. i Wagner, E., *op. cit.*, str. 45-54.

17 Začetak lovnoga zakonodavstva pronalazimo u propisima iz 18. stoljeća kao, npr. član 22. Trećeg dekreta Hrvatsko-Ugarskog kralja Karla III. Iz 1729. godine, čl. 11. Vojnog regimenta Marije Terezije iz 1751. godine, te pojedini paragrafi u marijaterezijanskim urbarima. Bajt-Vučević, V., Alegro, A., Žvorc, Z., *op. cit.*, str. 219.

18 Gardaš, M., Haman, D., *op. cit.*, str. 295–296.

19 Tako se u Kraljevini SHS 1931. godine donosi Zakon o lovu kojim se ograničava pravo lova i za vlasnika zemljišta koji mora posjedovati 200 ha neprekinutog zemljišta. Time se pruža zaštita divljači koja bi bila ugrožena pravom lova svakog vlasnika na svojoj parceli. Bajt-Vučević, V., Alegro, A., Žvorc, Z., *op. cit.*, str. 223.

20 *Loc. cit.*

21 *Ibid.*, str. 224.

22 Zakon o lovu, NN, br. 10/94., 29/99., 76/99., 14/01., 4/02.

23 Bajt-Vučević, V., Alegro, A., Žvorc, Z., *op. cit.*, str. 224.

24 Zakon o lovstvu, NN, br. 140/05., 75/09., 153/09., 14/14., 21/16., 41/16., 62/17. – dalje ZL-05.

obilježene nekom njihovom funkcijom ili namjenom.<sup>25</sup> Kada je za neku vrstu stvari potrebno posebno stvarnopravno uređenje, trebalo bi pažljivo prosuditi koji bi mu sadržaj bio primjeren. Sadržaj posebnoga pravnog uređenja može biti primjeren samo ako je njime uspostavljen ispravan razmjer između šireg interesa, koji se tim posebnim uređenjem štiti i onih prava koja se u tom interesu njime ograničavaju. Tu je potrebna ispravna primjena ustavnog pravila razmjernosti, prema kojem svako ograničenje prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.<sup>26</sup> Pravilo razmjernosti ograničenja sloboda i prava daje članak 16. Ustava Republike Hrvatske.<sup>27</sup> Njime se određuje da se slobode i prava mogu ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u pojedinom slučaju. Također, članak 33. stavak 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>28</sup> određuje pravo na naknadu vlasniku stvari koji je podvrgnut ograničenjima u odnosu na tu stvar, a koja inače ne terete ostale vlasnike takvih stvari.<sup>29</sup>

Da bi ograničenje prava vlasništva, određeno posebnim stvarnopravnim režimom bilo dopušteno, s pozicije citiranog određenja Ustava RH, mora se raditi o stvarima čiji je način uporabe i iskorištavanja određen zakonom, te da je ograničenje vlasništva razmjerno naravi potrebe za ograničenjem.<sup>30</sup> ZL u članak 3. stavak 1. divljač određuje kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku koje ima njenu osobitu zaštitu. Također, ZL određuje da je ustanovljenje lovišta u interesu Republike Hrvatske.<sup>31</sup> Dakle, poseban pravni režim uspostavlja se u odnosu na zemljišta koja u posebnom postupku budu proglašena lovištem, kako bi se osigurala zaštita divljači.<sup>32</sup> U tom smislu, zakonodavac je iskoristio svoje ovlaštenje iz članak 52. Ustava RH i posebnim stvarnopravnim uređenjem pružio osobitu zaštitu dobru od interesa za Republiku Hrvatsku.<sup>33</sup> Zakonodavac je odredio i naknadu vlasnicima zemljišta bez prava lova za ograničenja kojima su podvrgnuti posebnom zakonskom regulacijom.<sup>34</sup>

25 Gavella, N., i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 5–6.

26 *Ibid.*, str. 32.

27 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90., 135/97., 8/98. (pročišćeni tekst), 113/00., 124/00. (pročišćeni tekst), 28/01., 41/01. (pročišćeni tekst), 55/01. (ispravak), 76/10., 85/10. (pročišćeni tekst), 5/14. (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske) – dalje Ustav RH.

28 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12., 152/14., 81/15. (pročišćeni tekst), 94/17. (pročišćeni tekst). – dalje ZV.

29 Citirani članak ZV-a u cijelosti određuje da ako je vlasnik glede neke svoje stvari podvrgnut ograničenjima radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskoga okoliša ili zdravlja ljudi, koja od njega, ali ne i od svih ostalih vlasnika takvih stvari, zahtijevaju težu žrtvu, ili ga inače dovode u položaj nalik na onaj u kojem bi bio da je provedeno izvlaštenje – on ima pravo na naknadu kao za izvlaštenje.

30 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 368.

31 Čl. 3. st. 2. ZL.

32 Čl. 20. ZL određuje da divljač uživa posebnu zaštitu tako što na onim površinama na kojima je zabranjeno ustanovljivanje lovišta, korisnik te površine je dužan štiti divljač.

33 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 367.

34 U tom smislu čl. 19. ZL određuje da se vlasniku zemljišta bez prava lova određuje naknada za ograničenja kojima je podvrgnut u ostvarivanju prava lova drugih osoba. Kriterije za

Opseg, odnosno razmjernost ograničenja vlasništva koje postavlja ZL, te pravičnost naknade vlasnicima kao kompenzacije za podvrgavanje ograničenjima, biti će nastavno analizirani u radu.

#### 4. VLASNIČKOPRAVNI REŽIMI U LOVIŠTU

I zakonsko uređenje prije aktualnog ZL-a omogućavalo je da se lovišta mogu ustanoviti na svakom zemljištu u privatnom ili javnom vlasništvu, osim na zemljištima kojima je posebnim propisom ili posebnim aktom o određenju namjene zemljišta, izričito zabranjen lov.<sup>35,36</sup> Nakon što je lovište ustanovljeno, ne mijenja se vlasničkopravni režim zemljišta na kojem je ono ustanovljeno. Međutim, poseban režim uspostavlja se u odnosu na vršenje vlasničkih ovlaštenja radi učinkovitijeg gospodarenja lovištem u korist nositelja prava lova.<sup>37,38,39</sup> Dakle, dva različita prava, vlasništvo i pravo lova, postoje na istom objektu (zemljištu) i mogu međusobno konkurirati. Inače, ta su dva prava načelno neovisna jedna od drugog. Međutim, dok pravo vlasništva zemljišta, u pravilu, ne utječe na pravo lova, ovlaštenje osobe da se koristi pravom lova podvrgava vlasnika ograničenjima vlasničkih ovlaštenja.

Stoga će nastavno biti istaknuta neka pitanja o posebnom vlasničkopravnom režimu koji je uspostavio ZL. I sam zakonodavac je, u Prijedlogu ZL-a, naglasio potrebno preciziranje zakonskih odredbi koje se odnose na privatno vlasništvo. Prije svega, predlaganjem mogućnosti osnivanja privatnog lovišta izbjegava se mogućnost sporova oko naknade štete na predmetnim površinama, budući da bi osnivanjem privatnog lovišta na površini zemljišta koju posjeduje kao vlasnik, vlasnik tako ustanovljenog lovišta preuzeo obveze vezane za sprječavanje štete od divljači na tim površinama i sam odgovarao za štetu nastalu na svojoj površini. Time bi se izbjegli

- 
- određivanje i raspored naknade daje čl. 31. ZL-a, određujući da vlasnik zemljišta bez prava lova ima pravo na 10 % sredstava od naknade za pravo lova, razmjerno površini koja je obuhvaćena lovištem za koje se uplaćuje naknada za pravo lova, preko proračuna županija i Grada Zagreba, na čijem je području ustanovljeno lovište. Čl. 41. st. 3. ZL određuje da vlasnik zemljišta bez prava lova ima pravo u tom omjeru i na sredstva naknade za koncesiju prava lova.
- 35 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 556.
- 36 ZL u čl. 11. st. 2. zabranjuje ustanovljenje lovišta na miniranim površinama, na moru i ribnjacima, u rasadnicima i nasadima voćaka, vinove loze, ljekovitog i drugog bilja te pašnjacima ako su ograđeni ogradom koja sprječava prirodnu migraciju dlakave divljači, na zaštićenim dijelovima prirode ako je posebnim propisima u njima zabranjen lov, na javnim cestama i drugim javnim površinama, na građevinskom području, na vojnim lokacijama, na drugim površinama na kojima je aktom o proglašenju njihove namjene zabranjen lov.
- 37 Gavella N. i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 556.
- 38 Čl. 7. st. 1. toč. 19. ZL određuje pravo lova kao ovlast da se na određenoj površini zemljišta i voda provode radnje uzgoja, zaštite, lova i korištenja divljači i njezinih dijelova.
- 39 ZL ne određuje pravnu narav prava lova. ZL navodi samo da se gospodarenjem divljači postiže ispunjavanje gospodarske, turističke i rekreativne funkcije i zaštite biološke raznolikosti i ekološke ravnoteže (čl. 4.), da vlasnik privatnog lovišta može pravo lova u lovištu dati u zakup (čl. 33.), te da je dopušteno baviti se komercijalnim lovom. To ukazuje da je pravo lova subjektivno pravo koje obuhvaća različita ovlaštenja od kojih neka imaju imovinski karakter. Nositelj prava lova ostvarivanjem svojih ovlaštenja može ostvarivati i gospodarsku dobit, pa pravo lova ima i imovinsku vrijednost. Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 563.

prijeperi iz dosadašnje prakse kada su vlasnici poljoprivrednih površina teretili ovlaštenike prava lova za štete nastale od divljači, smatrajući da nedovoljno provode mjere sprječavanja šteta od divljači.<sup>40</sup> Naglasit će se i vlasničkopravna pitanja iz zakonskog uređenja koja se odnose na različite vlasničkopravne režime u lovištima, ograđivanje lovišta, odnosno, označavanje dosega vlasnikove pravne vlasti, pitanje ostvarivanja naknade za ograničenja vlasničkih ovlaštenja vlasnicima zemljišta na čijim površinama su ustanovljena lovišta te pitanje stjecanja vlasništva divljači.

#### **4.1. Konkurencija posebnih vlasničkih režima**

Kao kuriozitet može se istaknuti okolnost da se na području lovišta susreću različiti vlasnički režimi, svaki s posebnim stvarnopravnim uređenjem. Tako je moguće da na površini lovišta postoji poljoprivredno zemljište koje je na temelju Zakona o poljoprivredom zemljištu<sup>41</sup> određeno kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu,<sup>42</sup> što određuje i članak 52. Ustava RH.<sup>43</sup> Na površini lovišta može postojati i šuma koja je Zakonom o šumama<sup>44</sup> isto tako, određena dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku i uživa njenu osobitu zaštitu.<sup>45,46</sup> S obzirom na navedeni vlasničkopravni režim, nužno je istaknuti ograničenje da su privatna lovišta u vlasništvu stranih fizičkih ili pravnih osoba ako je lovište ustanovljeno na zemljištu koje je prema namjeni poljoprivredno zemljište, budući da članak 2. stavak 2. ZPZ-a određuje da nositeljima prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu ne mogu biti strane pravne i fizičke osobe.<sup>47,48</sup> Ova ograničenja mogu biti i u koliziji s intencijom zakonodavca za stvaranje pretpostavki za brži razvoj lovnog turizma, utvrđivanje prava i obveza vlasnika poljoprivrednih površina i lovoovlaštenika, te unaprjeđenja lovstva kao važne gospodarske grane Republike Hrvatske koja je konkurentna na europskom tržištu.<sup>49</sup>

Slična situacija proizlazi na temelju odredbi ZOŠ-a kojim se zabranjuje gospodarska uporaba prirodnih dobara u zaštićenim šumama.<sup>50</sup> Od cijelog niza ograničenja vlasničkih ovlaštenja kojima su podvrgnuti vlasnici zemljišta na kojima je

40 Prijedlog ZL, str. 5–6.

41 Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN br. 20/18. – dalje ZPZ.

42 Čl. 2. st. 1. ZPZ.

43 Klarić, P. i Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2006., str. 519.

44 Zakon o šumama, NN br. 68/18. – dalje ZOŠ.

45 Čl. 2. st. 1. ZOŠ.

46 Posebno stvarnopravno uređenje za šume također proizlazi iz čl. 52. Ustava RH koji šume određuje kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku. Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 159.

47 Međutim, uz uvjet reciprociteta, strane fizičke i pravne osobe mogu stjecati pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu nasljeđivanjem. Čl. 2. st. 3. ZPZ.

48 Čl. 16. st. 1. ZL određuje da privatna lovišta ustanovljuje odlukom ministar nadležan za poslove lovstva na zemljištu u vlasništvu pravnih ili fizičkih osoba.

49 Prijedlog ZL, str. 3.

50 Čl. 22. st. 8. i 9. ZOŠ određuje zaštićene šume kao šume koje, uz očuvanje i unaprjeđenje njihovih općekorisnih funkcija, primarno služe za zaštitu tla, voda, naselja, objekata i druge imovine, a radovi u njima provode se uz uvažavanje njihove primarne namjene.

ustanovljeno lovište treba istaknuti dužnost provedbe lovnogospodarskog plana<sup>51</sup> koji mora biti u skladu sa šumskogospodarskim planom,<sup>52</sup> uvjetima i načinom korištenja poljoprivrednog zemljišta, prostornim planovima, odnosno posebnim propisima iz područja prostornog uređenja, zaštite okoliša i prirode te međunarodnim ugovorima kojih je Republika Hrvatska stranka iz područja lova i zaštite prirode, kao i propisima Europske unije kojima se uređuje očuvanje divljih vrsta i prirodnih staništa.<sup>53,54</sup>

Ako je lovište ustanovljeno na poljoprivrednom zemljištu, vlasnici i posjednici poljoprivrednog zemljišta dužni su obrađivati poljoprivredno zemljište primjenjujući agrotehničke mjere<sup>55,56</sup> koje je propisao ministar nadležan za poljoprivredu.<sup>57</sup> Treba ukazati i na okolnost da postoji vrsta poljoprivrednog zemljišta koje se ne može koristiti u nepoljoprivredne svrhe. Radi se o osobito vrijednom obradivom i vrijednom obradivom poljoprivrednom zemljištu.<sup>58</sup> Mjerila za utvrđivanje osobito vrijednog obradivog i vrijednog obradivog poljoprivrednog zemljišta propisuje pravilnikom ministar nadležan za poljoprivredu.<sup>59</sup> Nije teško zamisliti situaciju da nakon što lovište bude ustanovljeno na određenom poljoprivrednom zemljištu ono bude utvrđeno kao osobito vrijedno obradivo ili vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište.<sup>60,61</sup> U

- 51 Čl. 7. st. 1. toč. 11. ZL određuje lovnogospodarski plan kao program uzgoja i zaštite divljači i njihove revizije.
- 52 Čl. 27. st. 1. ZOŠ određuje šumskogospodarski plan kao temeljni dokument za gospodarenje i korištenje šuma i šumskih zemljišta na području Republike Hrvatske, koji utvrđuje uvjete za održivo gospodarenje šumama i šumskim zemljištem i zahvate na tom prostoru, potreban opseg uzgoja i zaštite šuma, mogući stupanj iskorištenja te uvjete za gospodarenje životinjskim svijetom.
- 53 Čl. 48. st. 1. ZL.
- 54 Čl. 43. st. 1. i 2. ZL određuje da se pravo lova izvršava kao pravo i dužnost provedbe lovnogospodarskog plana. Bez odobrenoga lovnogospodarskog plana nije dopušteno izvršavanje prava lova.
- 55 Agrotehnika obuhvaća sve zahvate koji se odnose na uzgoj poljoprivrednih kultura. Agrotehničke mjere se odnose na pojedine intervencije u agrotehničkom kompleksu, sve prostorne i vremenske zahvate kojima se postiže što povoljniji razvoj poljoprivrednih kultura. Poljoprivredna enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, 1967., str. 17.
- 56 Pod agrotehničkim mjerama smatraju se: minimalna razina obrade i održavanja poljoprivrednog zemljišta, sprječavanje zakorovljenosti i obrastanja višegodišnjim raslinjem, suzbijanje biljnih bolesti i štetnika, korištenje i uništavanje biljnih ostataka, održavanje organske tvari u tlu, održavanje povoljne strukture tla, zaštita od erozije. Čl. 3. Pravilnika o agrotehničkim mjerama, NN br. 142/13.
- 57 Čl. 4. st. 6. i 7. ZPZ.
- 58 Čl. 22. st. 1. i 2. ZPZ određuje kao osobito vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište najkvalitetnije površine poljoprivrednog zemljišta predviđene za poljoprivrednu proizvodnju koje oblikom, položajem i veličinom omogućavaju najučinkovitiju primjenu poljoprivredne tehnike. Kao vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište određuje površine poljoprivrednog zemljišta primjerene za poljoprivrednu proizvodnju po svojim prirodnim svojstvima, obliku, položaju i veličini.
- 59 Čl. 22. st. 5. ZPZ.
- 60 Hrvatski centar za poljoprivredu, hranu i selo utvrđuje koje se poljoprivredno zemljište smatra osobito vrijedno obradivo i vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište, ako ima bitnih promjena u odnosu na postojeće stanje, odnosno pokazatelje na jednom širem području. Čl. 4. st. 4. ZPZ.
- 61 Treba istaknuti da poljoprivredna inspekcija u provođenju inspeksijskog nadzora osobito nadzire koristi li se poljoprivredno zemljište u nepoljoprivredne svrhe, ako takvo korištenje

tom smislu, posebno je važno da u postupku ustanovljenja lovišta izrada i provedba lovnogospodarske osnove<sup>62</sup> mora biti usklađena sa šumskogospodarskim planovima te uvjetima i načinom korištenja poljoprivrednog zemljišta.<sup>63</sup>

#### 4.2. *Vlasništvo divljači*

Osim konkurencije različitih posebnih vlasničkih režima na zemljištu na kojem je ustanovljeno lovište važno je istaknuti i pitanje vlasništva nad različitim životinjskim vrstama koje se nalaze na zemljištu na kojem je ustanovljeno lovište. U odnosu na divljač<sup>64</sup> nema zakonske odredbe koja nedvosmisleno uređuje pravo vlasništva na divljači. Naime, članak 3. ZL-a određuje samo da je divljač dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i da ima njenu osobitu zaštitu. Iz dikcije članka 5. stavka 1. ZL-a<sup>65</sup> može se zaključiti da divljač predstavlja *res nullius*, no i da za stjecanje prava vlasništva na divljači okupacijom vrijedi poseban zakonski režim. Članak 74. stavak 1. ZL-a određuje da ulovljena, ranjena i uginula divljač te njezini dijelovi pripadaju lovoovlašteniku, a na površini na kojoj je zabranjeno ustanovljivanje lovišta korisniku te površine. Dakle, isključivo pravo stjecanja u vlasništvo divljači prisvojenjem imaju ovlaštenik prava lova i korisnik zemljišta na kojem je zabranjeno ustanovljivanje lovišta.<sup>66</sup> Te osobe stječu pravo vlasništva divljači ulovom, ranjavanjem i uginućem divljači.<sup>67</sup> Ako bi netko drugi izvršio akt prisvajanja divljači, time bi u vlasništvo divljač stekao onaj tko je ovlaštenik prava lova, odnosno korisnik zemljišta na kojem je zabranjeno ustanovljivanje lovišta. Prisvojitelj bi stekao samo posjed, no ne i vlasništvo divljači.<sup>68</sup> Jasna i nedvosmislena zakonska odredba kojom se utvrđuje vlasništvo nad divljači, *de lege ferenda*, pridonijela bi pravnoj sigurnosti pogotovo u slučajevima kada od pitanja tko je vlasnik divljači ovisi sudska odluka u postupcima

---

nije dopušteno. Poljoprivredni inspektor zapisnikom utvrđuje nepravilnosti i nedostatke i donosi rješenje u kojem određuje rok za njihovo otklanjanje, odnosno određuje propisanu upravnu mjeru. Protiv rješenja poljoprivrednog inspektora ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor. Čl. 87. st. 1. i 88. st. 1. i 4. ZPZ.

62 Čl. 44. st. 1. ZL određuje da je lovnogospodarska osnova planski akt kojim se detaljno uređuje gospodarenje, uzgoj, zaštita, lov i korištenje određenom divljači i lovištem za razdoblje od deset lovnih godina s mogućnošću staništa te brojnosti i stanjem populacije divljači koja se uzgaja u otvorenim i ograđenim lovištima.

63 Čl. 48. st. 1. ZL.

64 Definiciju divljači ne daje ZL već u čl. 9. taksativno navodi koje se životinjske vrste smatraju divljači (kao temeljnu podjelu ZL razlikuje: krupnu divljač i sitnu divljač, koju se dijeli na dlakavu i pernatu divljač). Međutim, definiciju divljači sadrži ZOŠ koju određuje kao posebnim zakonom određene životinjske vrste koje slobodno žive u prirodi, na površinama namijenjenim za uzgoj ili intenzivni uzgoj i razmnožavanje u svrhu lova i korištenja. Čl. 8. st. 1. toč. 3. ZOŠ.

65 Citirani članak određuje da se ZL primjenjuje na divljač odnosno ZL-om određene životinjske vrste koje slobodno žive u prirodi, na površinama namijenjenim za uzgoj ili intenzivni uzgoj i razmnožavanje u svrhu lova i korištenja.

66 Štoviše, ostalim osobama ZL zabranjuje i svako premještanje, prenošenje i prevoženje divljači. Čl. 74. st. 2. i 3. ZL.

67 Čl. 74. st. 1. ZL.

68 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 510.

odštetnih zahtjeva za divljač.<sup>69</sup>

Osim divljači, u lovištu se nalaze i druge životinje. Tako ZL prepoznaje pojam „podivljale životinje domaćih vrsta“ koje određuje kao domaće životinjske vrste koje žive slobodno u prirodi i koje je vlasnik napustio i ostavio bez odgovarajućeg nadzora.<sup>70</sup> U odnosu na podivljale životinje domaćih vrsta radi zaštite i očuvanja biološke i ekološke ravnoteže staništa, divljači i divlje faune i flore, Ministarstvo nadležno za poslove lovstva određuje načine trajnog uklanjanja.<sup>71</sup> Također, ZL spominje i „druge životinjske vrste“.<sup>72</sup> U odnosu na određene divljih životinja koje nisu divljač *lex specialis* je Zakon o zaštiti prirode<sup>73</sup> koji određuje pojam divlje vrste<sup>74</sup> i njihovu sistematizaciju. Divlje životinje ničije su stvari koje svatko može steći u vlasništvo prisvojenjem. ZZP postavlja određena ograničenja<sup>75</sup> i zabrane i propisuje kazne, no to ne utječe na građanskopravni učinak prisvojenja.<sup>76,77</sup>

#### 4.2.1. Divljač na tuđem zemljištu

ZL ne sadrži posebne odredbe o načinu postupanja u slučajevima kada je divljač dospjela na tuđu nekretninu. U tom smislu, za navedene situacije dolazila bi u obzir primjena odredbi ZV-a kojima se uređuje pristup na tuđe. Dakle, temeljem čl. 106. ZV-a, ako bi na tuđu nekretninu dospjela divljač, onaj čija je divljač može, u primjermom roku, pristupiti na tuđe zemljište kako bi ju uzeo nazad. Pritom se ne mora od vlasnika nekretnine tražiti posebno dopuštenje, a ukoliko bude zatraženo, vlasnik nekretnine ga je dužan dati.<sup>78</sup> Vlasnik nekretnine može zabraniti pristup na

69 Ovo pitanje je od akutnog značaja upravo u vezi s postupcima odgovornosti za štetu u prometnim nesrećama u kojima sudjeluje vozilo i divljač. U praksi je postavljeno pitanje odgovara li se po načelu subjektivne ili objektivne odgovornosti? Na pitanje je li divljač opasna stvar, sudska praksa nije dala jedinstven odgovor, jer ne stavlja znak jednakosti između kune ili zeca i jelena i vepa. Od rješenja pitanja je li divljač opasna stvar ovisi primjena načela objektivne odgovornosti. Također, od utvrđivanja je li divljač vlasništvo Republike Hrvatske ili lovoovlaštenika zavisi rješenje pitanja tko ima pravo podnijeti odštetni zahtjev za divljač. Savić, Š., Pitanje naknade štete možemo promatrati dvosmjerno, *Lovački vjesnik*, 4-5/2018., str. 36.

70 Čl. 7. st. 1. toč. 18. ZL.

71 Čl. 63. st. 3. toč. 7. ZL.

72 Čl. 52. i čl. 54. st. 1. toč. 8. ZL.

73 Zakon o zaštiti prirode, NN br. 80/13., 15/18. – dalje ZZP.

74 Čl. 9. st. 1. toč. 4. ZZP određuje da je divlja vrsta ona koja nije nastala pod utjecajem čovjeka kao posljedica umjetnog odabiranja ili genetske modifikacije nasljednog materijala tehnikama moderne biotehnologije. ZZP.

75 Tako čl. 64. st. 1. i st. 4. ZZP određuje da je za sakupljanje, odnosno uzimanje iz prirode u svrhu prerade i/ili prodaje zavičajnih divljih vrsta pravna i fizička osoba dužna ishoditi dopuštenje Ministarstva nadležnog za zaštitu prirode. Zavičajne divlje vrste otkupljene od fizičkih ili pravnih osoba koje nisu nositelji dopuštenja ne smatraju se zakonito stečenim.

76 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 509.

77 U tom smislu, ukoliko nedostaje valjani pravni temelj za stjecanje prava vlasništva na divljoj životinji, kao alternativni način stjecanja prava vlasništva ostaje putem instituta dosjelogosti. Naravno, uz uvjet da ne bude osporeno poštenje stjecatelja.

78 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 659.



svoju nekretninu jedino ako bi stvar sam vratio bez odgađanja posjedniku.<sup>79</sup> U odnosu na odredbe ZL-a kojima se određuje da lovoovlaštenik pravo vlasništva nad divljači stječe ulovom, ranjavanjem i uginućem, može se zaključiti da ako je divljač koja je dospjela na tuđu nekretninu ranjena, vlasnik divljači je lovoovlaštenik. Kada vlasnik nekretnine uhvati ranjenu divljač, on postaje neposrednim posjednikom divljači koji posjedovne čine izvršava za posrednog posjednika – lovoovlaštenika. Međutim, i u slučaju kada se ne radi o ranjenoj divljači, hvatanjem divljači od strane vlasnika nekretnine on također ne postaje njezinim vlasnikom, već činom hvatanja vlasnik divljači postaje lovoovlaštenik.

Na temelju članka 106. stavka 3. ZV-a vlasnik nekretnine za štetu koja mu je nastupila od životinje, od njenog uzimanja i vraćanja ili su u vezi s tim za vlasnika nekretnine nastali troškovi koji su bili nužni, on ima pravo zadržati životinju,<sup>80</sup> sve dok mu šteta i troškovi ne budu u cijelosti namireni. Međutim, ZL propisuje vrste šteta koje nastupaju od divljači, ali se ne nadoknađuju.<sup>81,82</sup> U tom smislu, za vlasnika nekretnine ne nastaje ni pravo zadržanja radi osiguranja naknade takve štete od divljači.

Važno je kritički osvrnuti se na konačno prihvaćenu formulaciju iz čl. 81. ZL-a po kojoj se ne nadoknađuje šteta koju divljač počini ako je nastala na površini manjoj od 5 % ukupne površine tehnološke cjeline sukladno posebnom propisu. Takvo zakonsko uređenje može se kvalificirati kao nepotrebno kompliciranje zakonodavca u odnosu na nomotehnički jasnu formulaciju iz prijedloga u izvješću Odbora za poljoprivredu o Prijedlogu ZL-a koje može imati za posljedicu pravnu nesigurnost u postupcima za naknadu štete od divljači. Također, možemo se upitati i o dosegu odredbe iz članka 106. stavka 3. ZV-a, čiji je *ratio legis* upravo stvarno pojačanje pravnog položaja vjerovnika, ako ZL određuje da se određena vrsta šteta koju divljač počini uopće ne nadoknađuje? Ovo uređenje može se posebno kritizirati

79 Čl. 106. st. 2. ZV.

80 Pravo zadržanja, kao oblik stvarnog pojačanja obveznopravnog odnosa, je ovlaštenje vjerovnika da dužnikovu stvar, koja se nalazi u njegovim rukama, zadrži do ispunjenja tražbine te da se, ako ispunjenje izostane, naplati iz njezine vrijednosti. Pravo zadržanja nastaje *ex lege*, u tom slučaju na temelju citirane odredbe ZV-a. Vjerovnik svoje ovlaštenje naplatiti se iz vrijednosti zadržane stvari, ostvaruje na isti način kao založni vjerovnik. Klarić, P. i dr., op. cit., str. 432-433.

81 Tako čl. 81. ZL određuje da se ne nadoknađuje šteta koju divljač počini: ako je nastala šteta na površini manjoj od 5 % ukupne površine tehnološke cjeline sukladno posebnom propisu, na površinama na kojima vlasnik ili korisnik zemljišta nije poduzeo mjere i radnje za sprječavanje šteta u lovištima, stoci na površinama na kojima je posebnim propisom zabranjen pristup i ispaša stoke, na neoznačenim i neregistriranim domaćim životinjama, kao ni šteta na domaćim životinjama koje su bez nadzora puštene u prirodu, na neograđenim višegodišnjim nasadima, na šumi i šumskom zemljištu, korisnicima zemljišta koji protupravno koriste zemljište.

82 Formulaciju iz čl. 81. st. 1 ZL-a treba tumačiti da se predloženih 5% vrijednosti poljoprivredne proizvodnje ne odnosi na ukupnu poljoprivrednu proizvodnju oštećenika, nego samo na parcelu koja je pretrpjela štetu od divljači. Takav je prijedlog i u izvješću Odbora za poljoprivredu o Prijedlogu ZL-a. Izvorno, Prijedlog ZL-a odnosio se na 5 % ukupne vrijednosti poljoprivredne proizvodnje. Izvješće Odbora za poljoprivredu o Prijedlogu zakona o lovstvu, P. Z. E. br. 339, dostupno na: <<http://www.sabor.hr/izvjesce-odbora-za-poljoprivredu-s-rasprave-o-0006>>, očitavanje 19. listopada 2018.

u odnosu na štetu koju divljač počinu na šumi i šumskom zemljištu. Naime, kako je već istaknuto, šume i šumska zemljišta ZOŠ-om određeni su dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku te uživaju njezinu osobitu zaštitu.<sup>83</sup> Ovakvim određenjem ZL-a onemogućava se zaštita i očuvanje funkcije šuma kao načina ostvarivanja interesa Republike Hrvatske u upravljanju šumskim ekosustavima proklamiranim u članku 6. stavku 1. toč. 2. ZOŠ-a. U konkretnom slučaju dolazi do izražaja spomenuta mogućnost kolizije u ostvarivanju posebnih vlasničkopravnih uređenja na području lovišta. Pritom, zakonodavac nije jasno istaknuo kriterije zašto je određenom vlasničkopravnom režimu dao prednost u odnosu na drugi. U konkretnom slučaju može se postaviti i pitanje dopuštenosti ograničavanja prava vlasništva u širem smislu. Zakonsko ograničenje prava vlasništva, u cilju uspostave posebnog pravnog uređenja za dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, da bi bilo dopušteno, potrebno je da ispunjava pretpostavke predviđene Ustavom RH. Posebno uređenje mora se odnositi i na stvari koje Ustav RH određuje da su od interesa za Republiku Hrvatsku i da imaju njenu osobitu zaštitu, da je način uporabe i iskorištavanja tih stvari određen zakonom, da je zakonom određena naknada vlasnicima za ograničenja kojima su podvrgnuti posebnim pravnim uređenjem te da je ograničenje vlasništva razmjerno naravi potrebe za ograničenjem.<sup>84</sup> U konkretnom slučaju, postavlja se pitanje koja potreba i u kojem razmjeru se zadovoljava ne priznavanjem prava na naknadu štete nositeljima vlasničkih ovlaštenja na određenim vrstama stvari koje ujedno predstavljaju dobra od interesa za Republiku Hrvatsku? Svakako da izneseno zakonsko uređenje može predstavljati osnovu za pokretanje postupka ocjene suglasnosti ZL-a s Ustavom RH pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske zbog povrede temeljnih sloboda i prava čovjeka i građanina, odnosno nepovredivosti vlasništva.

### ***4.3. Vlasništvo i raspolaganje trofejima<sup>85</sup> i dijelovima divljači***

U odnosu na pravo vlasništva nad trofejima ZL određuje posebna ograničenja raspolaganja. Iz diktije članka 74. stavka 1. ZL-a trofej kao dio divljači pripada lovoovlašteniku ulovom, ranjavanjem ili uginućem divljači. Međutim, trofej divljači koji podliježe vrednovanju<sup>86</sup> mora se i ocjenjivati. Trofej divljači iz Republike Hrvatske dopušteno je iznositi uz propisani trofejni list, dok je vrhunski trofej divljači<sup>87</sup> zabranjeno trajno iznijeti iz Republike Hrvatske. Vrhunski trofej divljači od vlasnika otkupljuje Republika Hrvatska prema odštetnom cjeniku koji donosi ministar nadležan za lovstvo, a čuva se u lovačkom muzeju Hrvatskog lovačkog saveza.<sup>88</sup>

83 Čl. 2. st. 1. ZOŠ.

84 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 367–368.

85 Lovačke su trofeje, u užem smislu riječi, određeni dijelovi tijela ulovljenih krupnih vrsta divljači koje se ocjenjuju i vrednuju te koji nam mogu poslužiti kao pokazatelji njihova općeg stanja u lovištu te kvalitete staništa i provedenih gospodarskih mjera. Frković, A. i dr., *Lovstvo*, Zagreb, Hrvatski lovački savez, 2004., str. 460.

86 Način ocjenjivanja i vođenja evidencije trofeja divljači propisuje pravilnikom ministar nadležan za lovstvo. Čl. 71. st. 4. ZL.

87 Vrhunski trofej divljači je trofej koji je ocijenjen većim brojem bodova od najjačeg evidentiranog trofeja (prvaka) pojedine vrste divljači u Republici Hrvatskoj. Čl. 7. st. 1. toč. 28. ZL.

88 Čl. 72. st. 2. ZL.

Divljač i njeni dijelovi podliježu i posebnim zakonskim ograničenjima u odnosu na prijenos ili prijevoz.<sup>89</sup> Naime, nakon što se stekne vlasništvo divljači prisvojenjem ulovom, divljač i njezini dijelovi smiju se držati, prenositi ili prevoziti uz potvrdu o podrijetlu divljači i njezinih dijelova, dok se ocijenjeni trofej divljači smije držati, prenositi ili prevoziti samo uz trofejni list. Potvrdu o podrijetlu divljači i njezinih dijelova izdaje lovoovlaštenik, odnosno korisnik površine na kojoj je zabranjeno ustanovljivanje lovišta.<sup>90</sup> Može se postaviti pitanje stvarne potrebe za visokim stupnjem regulacije prometa divljači i trofeja kao prepreke pravnom prometu koji je preduvjet za proklamirani razvoj gospodarske, turističke i rekreativne funkcije lovstva.

## 5. OGRAĐIVANJE LOVIŠTA

Jedno od pitanja koje se pokušalo riješiti donošenjem ZL-a jest postavljanje granice lovišta, odnosno donošenje pravila o ograđivanju lovišta. Naime, utvrđivanje granica lovišta označava do kuda u prostoru doseže pravna vlast ovlaštenika prava lova u odnosu na nekretninu<sup>91</sup> koja je lovište. Također, ograđivanje lovišta obvezatno je radi provedbe lovnogospodarske osnove, odnosno programa uzgoja divljači.<sup>92</sup> ZL razlikuje otvorena lovišta, ograđena lovišta i uzgajališta divljači.<sup>93</sup> Pravila o ograđivanju lovišta, u tom smislu, razlikuju se od pravila iz ZV-a i Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina,<sup>94</sup> kojima se određuje obveza vlasnika nekretnine da obilježi granicu svoje nekretnine.<sup>95</sup> Budući da se lovište može ustanoviti na zemljištima koja su u vlasništvu više različitih fizičkih i pravnih osoba tako se ne moraju podudarati oznake međašnih znakova i oznake granica lovišta. Isto tako je moguće da doseg vlasnikove pravne vlasti određen međom koincidira s granicom lovišta, odnosno dosegom nositelja ovlasti prava lova. U tom smislu, za utvrđivanje granice lovišta podredno se mogu primijeniti pravila iz članka 103. ZV-a o načinu uređenja međe.<sup>96</sup> Naime, i sam ZL

89 U tom smislu, u odnosu na divljač i trofeje divljači jasno je da se radi o stvarima ograničenim u prometu, budući da se iz socijalnih i gospodarskih razloga prometna sposobnost ovih stvari ograničava, odnosno podvrgava posebnom režimu prometa. Klarić, P. i dr., op. cit., str. 74.

90 Čl. 75. st. 3.–5. ZL.

91 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 650.

92 Čl. 13. st. 4. ZL.

93 Otvoreno lovište ne može biti ustanovljeno na manje od 1000 ha, iznimno može se ustanoviti na otoku ili skupini otoka površine veće od 500 ha, te na zemljištu u vlasništvu pravne ili fizičke osobe, minimalne površine od 500 ha. Ograđeno lovište obuhvaća površine na kojima postoje uvjeti za intenzivan uzgoj, zaštitu, lov i korištenje divljači, a ne može biti manje od 1000 ha. Uzgajalište divljači je lovište minimalne površine od 100 ha državnog ili privatnog zemljišta na kojem se mogu uzgajati pojedine vrste divljači za uzgoj većeg broja divljači namijenjene lovu i razmnožavanju. Čl. 12. st. 2.–5. ZL.

94 Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, NN br. 112/18. – dalje ZDIK.

95 Tako ZDIK u čl. 46. određuje obvezu nositelja prava na zemljištu na području na kojemu se provodi katastarska izmjera ili tehnička reambulacija da vidljivim trajnim oznakama na svoj trošak označi granice zemljišta, na kojemu imaju pravo vlasništva ili druga prava ili kojim upravljaju. ZDIK.

96 Sud će među obnoviti ili ispraviti prema katastarskom nacrtu, ako je to moguće i ako na to stranke pristanu. Ako nije u stanju postupiti na taj način, sud će među obnoviti ili ispraviti prema

u članku 13. određuje da ako se granice lovišta ne mogu odrediti prema kriterijima određenim ZL-om moguće ih je odrediti i na drugi način.<sup>97</sup> Međni znakovi, u tom smislu, izuzetno su pogodni, budući da predstavljaju dijelove nekretnine (npr. stijena, stablo, građevina i sl.), ili posebno postavljene međne znakove (međne kolčiće).<sup>98</sup> Ovo osobito zbog zahtjeva iz članka 13. stavka 4. ZL-a da granice lovišta moraju biti vidljivo obilježene.

Vlasnici nekretnina koje graniče s površinama na kojima ima divljači imaju obvezu provođenja mjera za sprječavanje šteta koju divljač prouzroči svojim djelovanjem na poljoprivrednim kulturama, domaćim životinjama, gospodarskim ili drugim objektima. U tom smislu imaju obvezu ograđivanja zemljišta, ali i drugih mjera u svrhu zaštite svoje imovine od nastanka takve štete.<sup>99,100</sup> Oštećenik koji ne poduzme mjere kojima se sprječava nastanak štete ili odstrani objekte (npr. ogradu) koji služe za sprječavanje šteta nema pravo na naknadu štete koju prouzroči divljač.<sup>101</sup>

## **6. NAKNADA VLASNIKU ZEMLJIŠTA ZA OGRANIČENJA NA TEMELJU PRAVA LOVA**

Vlasnici zemljišta na kojima je ustanovljeno lovište u različitom su položaju s obzirom na intenzitet i sadržaj posebnih ograničenja koja se vlasniku nameću na temelju ustanovljenja lovišta. Najmanji stupanj ograničenja postoji u slučaju kada je vlasnik zahtijevao ustanovljenje lovišta samoinicijativno na svom zemljištu, tj. kada se radi o privatnom lovištu. Tada se on dobrovoljno podvrgava ograničenjima svog vlasništva. I kod ustanovljenja privatnog lovišta, spajanjem više zemljišta privatnih vlasnika, postoji mogućnost da vlasnik zemljišta bez slobodne odluke bude podvrgnut ograničenjima temeljem proglašenja zemljišta lovištem.<sup>102</sup> Kod ustanovljenja državnog ili zajedničkog lovišta i bez pristanka vlasnika njegovo zemljište se podvrgava posebnom pravnom režimu što za vlasnika rezultira ograničenjima u korištenju i posjedovanju nekretnine.<sup>103</sup> Za ograničenja kojima je podvrgnut u ostvarivanju prava lova drugih osoba, vlasniku zemljišta bez prava lova određuje se naknada.<sup>104</sup> Sredstva

---

sporazumu susjeda čija je međa u pitanju, a ne bude li postignut sporazum, prema posljednjem mirnom posjedu, a ne uspije li ga utvrditi – prema pravičnoj ocjeni. Čl. 103. st. 2.–3. ZV.

97 Granice lovišta moraju biti uočljive, a određuju se, ovisno o prirodnoj cjelini, ekološkim, geografskim i drugim uvjetima, obalnim pojasom mora i autocestama koje sprječavaju prirodnu migraciju dlakave divljači. Ako se granice lovišta ne mogu odrediti u ovom smislu, određuju se željezničkim prugama, županijskim i lokalnom cestama, putovima, vododjelnicama, rijekama ili na drugi način. Čl. 13. st.1.–2. ZL.

98 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, str. 651.

99 Čl. 79. st. 1. toč. 2. ZL.

100 ZL navodi radnje i zahvate za sprječavanje štete u lovištima kao što su ciljano čuvanje dobara, istjerivanje divljači, upotrebljavanje mehaničkih, električnih i kemijskih zaštitnih sredstava koja je na zahtjev oštećenika dužan osigurati lovoovlaštenik. Čl. 79. st. 1. toč. 2. ZL.

101 Čl. 79. st. 2. ZL.

102 Ako vlasnik zemljišta ne podnese zahtjev za ustanovljenje privatnog lovišta u roku određenom ZL-om njegove površine će se pripojiti lovištima u skladu s odredbama ZL-a. Čl. 16. st. 7. ZL.

103 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo – posebna*, str. 558.

104 Čl. 19. ZL.

za predmetnu naknadu vlasnicima zemljišta bez prava lova izdvajaju se, odnosno prikupljaju, u skladu s člankom 31. ZL-a.<sup>105</sup>

Činjenica je da su vlasnici zemljišta na kojima se ustanovljuje zajedničko lovište podvrgnuti znatnim ograničenjima zbog ostvarivanja prava lova lovoovlaštenika. Tako je vlasnik zemljišta dužan trpjeti da nositelj prava lova, kao i osobe kojima on to dopusti provode na njegovom zemljištu sve radnje koje predstavljaju gospodarenje lovištem i divljači, što prije svega znači ovlaštenje na neposredan posjed zemljišta.<sup>106</sup> S druge strane, za vlasnika zemljišta, u pravilu, to znači da mu je prilikom lova i lovnih aktivnosti onemogućen neposredan posjed zemljišta zbog prirode korištenja njegovog zemljišta od strane lovaca (upotreba vatrenog oružja). Također, vlasnik zemljišta ne može slobodno odlučivati o drugoj namjeni svoga zemljišta ako ono ispunjava preduvjete da bude ustanovljeno lovištem.<sup>107</sup>

Treba se kritički osvrnuti na okolnost da pravo na naknadu vlasnici zemljišta bez prava lova ostvaruju tek podnošenjem zahtjeva za isplatu naknade za tekuću lovnu godinu.<sup>108</sup> Naknada se isplaćuje iz sredstava ostvarenih naknadama za koncesiju prava lova i iz zakupnine koje plaćaju lovozakupnici.<sup>109</sup> Iznos naknade ZL ne vezuje za procjenu tržišnih vrijednosti ograničenja vlasničkih ovlaštenja, odnosno procjenu umanjenja tržišne vrijednosti zemljišta temeljem ograničenja nastalih ustanovljenjem lovišta.<sup>110</sup> Naknada se vlasnicima zemljišta bez prava lova isplaćuje tek na njihov zahtjev. Pritom su vlasnici zemljišta vezani prekluzivnim rokom za zahtijevanje isplate naknade.<sup>111</sup> Rok u kojem se može podnijeti zahtjev za isplatu naknade za tekuću lovnu godinu je od 30. rujna do najkasnije 30. ožujka. Nakon isteka kojega će se sredstva naknade koristiti za financiranje razvoja i unapređenja lovstva.<sup>112,113</sup>

Postavlja se pitanje, ako su vlasnici zemljišta bez prava lova automatizmom ZL-a podvrgnuti vlasničkim ograničenjima zbog ostvarivanja prava lova drugih osoba, zašto istim zakonskim automatizmom vlasnici zemljišta bez prava lova nisu podvrgnuti ostvarivanju svojih ovlaštenja na isplatu novčane naknade, već ista ostvaruju samo

105 Tako se sredstva naknade raspoređuju na način da 10 % sredstava pripada vlasnicima zemljišta bez prava lova, razmjerno površini koja je obuhvaćena lovištem za koje se uplaćuje naknada za pravo lova, preko proračuna županija i Grada Zagreba na čijem je području ustanovljeno lovište, 30 % sredstava pripada državnom proračunu, 50 % sredstava raspoređuje se u državni proračun na račun Ministarstva za financiranje mjera određenih ZL-om i aktima donesenim na temelju njega, 10 % sredstava raspoređuje se na račun županija i Grada Zagreba za provedbu ZL-a.

106 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo – posebna*, str. 570.

107 Loc. cit.

108 Čl. 31. st. 2. ZL.

109 Sredstva naknade za koncesiju prava lova raspoređuju se i koriste u skladu s odredbama članka 31. ovoga Zakona. Čl. 41. st. 3. ZL.

110 Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 571.

111 Loc. cit.

112 Čl. 31. st. 2. i 4. ZL.

113 Također, i iznos naknade koja se raspoređuje vlasnicima zemljišta bez prava lova ovisi o iznosu sredstava koji su ostvareni naplatom naknada za koncesije i zakupnine, odnosno dinamičnu uplatu ih sredstava u proračun, neovisno je li to dovoljno da se svim vlasnicima kompenzira naknada u visini tržišne vrijednosti ograničenja vlasničkih ovlaštenja. Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo - posebna*, str. 571.

temeljem zahtjeva? Nije nevažno i što se sredstva koja ne budu isplaćena vlasnicima zemljišta, koji zbog nepoznavanja svojih prava nisu potraživali novčanu naknadu u zakonom predviđenom roku, koriste za razvoj i unaprjeđenje lovstva, što u stvari znači da se novac opet zakonskim automatizmom vraća koncesionaru. Dakle, isti zakonski automatizam ne djeluje u oba smjera. Zbog toga se može zaključiti da opisano uređenje iz ZL-a nije u skladu s Ustavom RH proklamiranim načelom da svako ograničenje prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. ZL, u tom smislu, ne uspostavlja ravnotežu u ostvarivanju prava lova i ograničavanju vlasničkih ovlaštenja, već korištenje zemljišta vlasnika bez prava lova od strane lovoovlaštenika postavlja kao imperativ.

## **7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA**

Predmet je zakonske regulacije novog ZL-a gospodarenje lovištem i divljači. Novo zakonsko rješenje treba stvoriti pretpostavke za uvođenje više reda u lovstvu, uređivanjem odnosa između lovoovlaštenika i davatelja prava lova i preciznije uređenje privatnovlasničkih odnosa. Vlasnicima privatnih zemljišta omogućuje se osnivanje privatnog lovišta na predmetnoj površini te se omogućuje i udruživanje vlasnika zemljišta pri osnivanju privatnih lovišta. Uređenje odnosa na temelju prava privatnog vlasništva u lovstvu prepoznato je kao pretpostavka bržeg razvoja lovnog turizma te unaprjeđenja lovstva kao važne gospodarske grane.

Stvarnopravni režim unutar lovišta analiziran je kroz ograničenja koja se nameću vlasnicima zemljišta na kojima su ustanovljena lovišta. Ovo je od posebnog značaja s obzirom na činjenicu da su zakoni koji interferiraju sa ZL-om, ZOŠ i ZPZ, kao i sam ZL, novijega datuma, te je bilo nužno naglasiti njihove dodirne točke, ali i mjesta kolizije. Ograničenja vlasničkih ovlaštenja temeljem posebnih stvarnopravnih režima za poljoprivredna zemljišta, šumska zemljišta i lovišta sigurno predstavljaju razlog veoma maloga broja privatnih lovišta, čiji je udjel u ukupnoj vlasničkoj strukturi lovišta sveden na statističku pogrešku. Također, naslijeđene tendencije iz razdoblja prije društvenih promjena devedesetih godina prošlog stoljeća, ponajprije potpuna dominacija društvenog i suspektnost privatnog vlasništva, predstavljaju prepreku privatnoj inicijativi u ustanovljenju lovišta.

S druge strane, visoka normiranost ovog područja ukazuje da je lovstvo polivalentno i interdisciplinarno područje i upravljanje njime mora biti znanstveno i stručno utemeljeno, budući da se time ostvaruju i opći interesi. Zbog toga je zakonodavac i uspostavio posebno pravno uređenje koje djeluje ograničavajuće na ostvarenje vlasničkih ovlaštenja koja tendiraju zadovoljavanju uskih privatnih interesa. Posebna pravna uređenja vlasničkopravne odnose uređuju autoritarno, tako da oni ovise o tijelima javne vlasti koja u pogledu njih izvršavaju neka javna ovlaštenja. Zakonodavac je u odnosu na vlasničke odnose u lovištu to obilno i iskoristio.

U radu se ukazuje na okolnost da se na području lovišta susreću različiti vlasnički režimi, za lovišta, šume i šumsko zemljište, te za poljoprivredno zemljište svaki s posebnim stvarnopravnim uređenjem. Iz te komplicirane konstelacije pravnih odnosa na istom etnitetu proizašao je i specifični pravni položaj nositelja različitih

vlasničkih ovlaštenja. Posebno je problematizirano pitanje stjecanje prava vlasništva na divljači, pitanje statusa divljači i trofeja divljači kao stvari ograničenih u prometu, isključenja mogućnosti naknade štete za šume i šumska zemljišta koja predstavljaju dobra od interesa za Republiku Hrvatsku te pitanje ostvarivanja proklamiranoga načela razmjernosti između ograničenja vlasničkih ovlaštenja i ostvarivanja prava lova u odnosu na iznose naknade koja se raspoređuje vlasnicima zemljišta bez prava lova.

Prikaz otvorenih pitanja koja se danas mogu postaviti na teorijskoj i praktičnoj razini, a o kojima bi zakonodavac trebao voditi računa pri uređenju prava lova može poslužiti i eventualnim *de lege ferenda* rješenjima vlasničkopravnih odnosa u lovstvu.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci*

1. Bajt-Vučevac, Vesna, Alegro, Antun, Žvorc, Zdravko, Razvoj hrvatskog zakonodavstva o lovu, Stočarstvo: Časopis za unapređenje stočarstva, vol. 50, 3/1996, str. 219-225.
2. Frković, Alojzije, Lovstvo, Zagreb, Hrvatski lovački savez, 2004.
3. Gardaš, Miro, Alebić, Tamara, The introduction of a dominant legal system for the regulation of hunting in Croatia in the second half of the 19th century, 7. Međunarodni znanstveni simpozij gospodarstvo istočne Hrvatske – vizija i razvoj, Osijek, 2018., str. 28–37.
4. Gardaš, Miro, Haman, Daniel, Regalno pravo lova i lovno zakonodavstvo u Hrvatskoj kroz povijest, Zbornik radova sa naučnog skupa, Historija države i prava BiH – izazovi i perspektive, Tuzla, 2017., str. 283–298.
5. Gavella, Nikola i dr., Stvarno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2007.
6. Gavella, Nikola i dr., Stvarno pravo – posebna pravna uređenja, Zagreb, Narodne novine, 2011.
7. Klarić, Petar, Vedriš, Martin, Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2006.
8. Kolar-Dimitrijević, Mira, Wagner, Elizabeta, Lov i plemstvo u Hrvatskoj i Slavoniji, Ekonomska i Ekohistorija: časopis za gospodarsku povijest i povijest okoliša, vol. V, 1/2009, str. 44–58.
9. Poljoprivredna enciklopedija, Zagreb, Jugoslavenski leksikografski zavod, 1967.
10. Romac, Ante, Rječnik rimskog prava, Zagreb, Informator, 1989.
11. Savić, Šime, Pitanje naknade štete možemo promatrati dvosmjerno, Lovački vjesnik, 4-5/2018.

##### *Odluke upravnih tijela*

1. Republika Hrvatska, Ministarstvo poljoprivrede, klasa: 323-01/18-01/235, urbroj: 525-11/1349-18-2 od 3. prosinca 2018.

##### *Vrela s interneta*

1. Izvješće Odbora za poljoprivredu o Prijedlogu zakona o lovstvu, P.Z. E. br. 339, dostupno na: <<http://www.sabor.hr/>>, 15. listopada 2018.
2. Prijedlog zakona o lovstvu, dostupno na: <<https://vlada.gov.hr/>>, 15. rujna 2018., 20. listopada 2018.

##### *Pravni akti*

1. Pravilnik o agrotehničkim mjerama, NN, br. 142/13.

2. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90., 135/97., 8/98. (pročišćeni tekst), 113/00., 124/00. (pročišćeni tekst), 28/01., 41/01. (pročišćeni tekst), 55/01. (ispravak), 76/10., 85/10. (pročišćeni tekst), 5/14. (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske).
3. Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, NN, br. 112/18.
4. Zakon o lovstvu, NN, br. 140/05., 75/09., 153/09., 14/14., 21/16., 41/16., 62/17.
5. Zakon o lovstvu, NN, br. 99/18.
6. Zakon o lovu, NN, br. 10/94., 29/99., 76/99., 14/01., 4/02.
7. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN br. 20/18.
8. Zakon o šumama, NN, br. 68/18.
9. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12., 152/14., 81/15. (pročišćeni tekst), 94/17. (pročišćeni tekst).
10. Zakon o zaštiti prirode, NN, br. 80/13., 15/18.



**Davorin Pichler\***

Summary

## **NEW PROPERTY LAW REGIME OF THE HUNTING GROUND**

The new Hunting Act should create the prerequisites for introducing more orders in hunting by regulating relations between hunters and provider of rights of hunting and more precisely regulating private property relations as a prerequisite for faster development of hunting tourism and the promotion of hunting as a significant economic branch. The paper deals with the question of acquiring ownership rights on game, wild game and game trophies status as goods restricted in commerce. In the paper, subject of criticism is the legal solution of the exclusion of compensation for damage to forests and forest land as goods of interest to the Republic of Croatia and the proclaimed principle of proportionality between the restriction of ownership rights and enforcement of hunting rights. An overview of the open issues that the legislator should take into account in regulating hunting rights may also serve to possible *de lege ferenda* solutions in the regulating of the ownership relations in hunting.

**Keywords:** *hunting ground; property; rights of hunting; game; land; fees.*

Zusammenfassung

## **NEUE SACHENRECHTLICHE REGELUNG DES JAGDREVIERS**

Das neue Jagdgesetz soll das Jagen in Ordnung bringen, indem es die Verhältnisse zwischen dem Jagdausübungsberechtigten und der Jagdbehörde regelt. Ebenfalls soll das Gesetz die privatrechtlichen Verhältnisse präziser regeln, weil das die Voraussetzung für eine schnellere Entwicklung des Jagdtourismus und die Förderung des Jagens als einer wichtigen wirtschaftlichen Branche ist. Der Beitrag problematisiert die Frage des Erwerbs des Eigentumsrechts auf das Wild, den Status des Wildes und der Jagdtrophäe als einer beschränkt verkehrsfähigen Sache. Kritisiert wird die Gesetzeslösung über den Ausschluss des Schadenersatzes für Wälder und Waldgrundstücke als Güter von Interesse für die Republik Kroatien sowie auch des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zwischen den Eigentumsbefugnissen und der Ausübung des Jagdrechts. Die Darstellung offener Fragen, welcher der Gesetzgeber

\* Davorin Pichler, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek; davorin.pichler@pravos.hr.

bei der Jagdregelung Rechnung tragen müsste, kann als eventuelle de lege ferenda Lösung über eigentumsrechtliche Verhältnisse im Jagdbereich dienen.

**Schlüsselwörter:** *Jagdrevier; Eigentum; Jagdrecht; Wild; Grundstück; Ersatz.*

Riassunto

## LA NUOVA DISCIPLINA DI DIRITTO REALE DELLA CACCIA

La nuova legge sulla caccia deve porre i presupposti per l'introduzione di maggiore ordine nella caccia mediante la regolamentazione del rapporto tra chi detiene la concessione di caccia ed il soggetto che la rilascia e deve regolare con maggiore precisione i rapporti di diritto privato quali presupposti di un più rapido sviluppo del turismo della caccia e del miglioramento della caccia quale ramo rilevante dell'economia. Nel lavoro si tratta della questione dell'acquisto della proprietà sulla selvaggina e circa lo stato della selvaggina e dei trofei di caccia quali cose la cui circolazione incontra limitazioni. Si critica la soluzione giuridica in base alla quale si esclude il risarcimento del danno per i boschi ed i terreni boscosi quali demanio della Repubblica di Croazia e la realizzazione del principio di proporzionalità tra la limitazione delle espropriazioni e la realizzazione del diritto alla caccia. L'illustrazione delle questioni aperte delle quali il legislatore dovrebbe tenere conto nel disciplinare il diritto alla caccia potrebbe servire anche per delle eventuali soluzioni de lege ferenda nei rapporti di proprietà.

**Parole chiave:** *riserva di caccia; proprietà; diritto di caccia; selvaggina; terreno; risarcimento.*

## NOVINE U REVIZIJSKOM POSTUPKU

Doc. dr. sc. Paula Poretti\*  
Martina Mišković, mag. iur.\*\*

UDK: 347.958  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.19>  
Ur.: 17. siječnja 2019.  
Pr.: 10. veljače 2019.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*U ovom radu analizirat će se nacrt novele Zakona o parničnom postupku iz 2016. godine koji je usmjeren k važnim izmjenama u pogledu instituta revizije kako bi se Vrhovnom sudu Republike Hrvatske osiguralo ispunjavanje njegove javne funkcije - osiguranja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni. U svezi s time definirana je uloga Vrhovnog suda prema Ustavu Republike Hrvatske, ali i kroz shvaćanja Europskog suda za ljudska prava. S obzirom na temu rada, analiziran je razvoj instituta revizije kao izvanrednog pravnog lijeka kroz povijest hrvatskoga zakonodavstva te je ukazano na probleme koji postoje u sadašnjem uređenju. Razlog nužnosti promjena u pogledu revizije je preopterećenost Vrhovnog suda zbog pristizanja velikog boja revizijskih predmeta uz istodobno postojanje ogromnih zaostataka u dosadašnjem radu. Razlog zbog kojega su protivnici ove reforme toliko brojni je promjena paradigme u određenju uloge i funkcije Vrhovnog suda iz privatne u javnu funkciju čime bi Sud odlučivao samo o pravnim pitanjima u javnome interesu. Upravo zbog promjene paradigme, došlo bi do ukidanja dvostrukog kolosijeka u režimu revizije te bi bila propisana samo, tzv. revizija po dopuštenju. Predložene izmjene proučavane su kroz prizmu slovenskoga zakonodavstva koje je slične reforme provelo 2008. godine, a zbog sličnosti dvaju sustava pogodno je za usporedbu i predviđanja rezultata koji bi trebali uslijediti i u Republici Hrvatskoj.*

**Ključne riječi:** *Vrhovni sud Republike Hrvatske; izvanredni pravni lijek; revizija; revizija po dopuštenju; pravo na pristup sudu; pravo na suđenje u razumnom roku.*

*„Ako uspiješ suditi sam sebi, znači da si zbilja mudar.“  
Antonie de Saint-Exupery*

\* Dr. sc. Paula Poretti, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku; [pstojcevic@pravos.hr](mailto:pstojcevic@pravos.hr).

\*\* Martina Mišković, mag. iur., menadžer kampanje za Pure Telecom, Billsave PJB Management, Walkinstown, Dublin 12, Irska; [miskovic.martina@outlook.com](mailto:miskovic.martina@outlook.com).

## **1. UVOD**

Potaknuti riječima slavnoga francuskog pisca, a svjesni stanja u hrvatskom zakonodavstvu i pravosuđu možemo zamijetiti da su potrebne duboke i promišljene reforme na mnogim područjima. Jedno od područja na kojemu su potrebne reforme je parnični postupak, a osobito u dijelu kojim se uređuje revizija kao izvanredni pravni lijek. Razlozi nužnosti promjena su brojni, među kojima je najznakovitija preopterećenost Vrhovnog suda Republike Hrvatske te predugo trajanje revizijskih postupaka. Do toga je došlo zbog „široim otvorenih“ vrata Vrhovnoga suda kojim se omogućilo svakome da mu pristupi te da inicira aktivaciju suda u njegovoj pravnoj stvari.

Radi kvalitetne analize problema i iznalaženja rješenja, ponajprije će se definirati institut revizije kao takav te razvoj instituta kroz povijest hrvatskog zakonodavstva. Bit će definirana stajališta Ustavnog suda te Europskog suda za ljudska prava kroz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a potom i kroz iznesena stajališta o ulozi i funkciji vrhovnih sudova unutar pravosudnoga sustava pojedine države. Fokus ovoga rada bit će na aktualnom Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2016. godine, kojim je predviđeno ukidanje dvostrukog kolosijeka dopustivosti podnošenja revizije Vrhovnom sudu, bilo da je riječ, o tzv. redovnoj reviziji ili, tzv. izvanrednoj reviziji te nadomještanje samo jednim tipom revizije koji je po svojim karakteristikama vrlo sličan sadašnjem uređenju tzv. izvanredne revizije. Kolokvijalni naziv revizija po dopuštenju opravdano je dodijeljen s obzirom na to da bi, ako se usvoji navedeni prijedlog zakona i revizijski postupak bio podijeljen u dva dijela – prvi dio u kojemu se odlučuje o dopustivosti revizije te drugi u kojemu se donosi odluka o osnovanosti. Nadalje, istraženo je i pitanje potrebe instituta odgovora na žalbu i odgovora na reviziju u skladu sa načelom kontradiktornosti. Analiziran je i problem neujednačenosti sudske prakse samog Vrhovnog suda Republike Hrvatske, ali i neujednačenost prakse na relaciji Vrhovni sud -županijski sudovi - općinski sudovi te utjecaj Zakona o područjima i sjedištima sudova na usuglašavanje sudske prakse.

Cilj je ovoga rada dati odgovor na pitanje hoće li promjena paradigme o ulozi i funkciji Vrhovnog suda Republike Hrvatske polučiti nužne promjene kojim će se Sudu omogućiti da dosljedno izvršava svoju ustavnu zadaću osiguranja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.

## **2. USTAVNA ZADAĆA VRHOVNOG SUDA I TUMAČENJA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA / PRISTUP VRHOVNOM SUDU KAO USTAVNO I KONVENCIJSKO PRAVO**

Kao polazište za proučavanje pojedinih zajamčenih prava pa tako i prava na pristup Vrhovnom sudu Republike Hrvatske (dalje: VSRH) radi preispitivanja pravomoćne sudske odluke krećemo od Ustava Republike Hrvatske<sup>1</sup> (dalje: Ustav

<sup>1</sup> Ustav Republike Hrvatske (pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14)

RH) koji u članku 29.<sup>2</sup> jamči pravo na pravično suđenje. To se pravo nužno mora promatrati kroz prizmu jedne od najviših vrijednosti našeg ustavnog poretka – kroz vladavinu prava. Temeljno obilježje vladavine prava je načelo pravne sigurnosti koje je ključno u izgradnji povjerenja u sudstvo. Pravna sigurnost nalaže ispunjenje zahtjeva predvidljivosti, dostupnosti i primjenjivosti propisa. Ona zahtijeva ravnotežu između stabilnosti i fleksibilnosti pravila kako bi se izbjegao pretjerani formalizam u njihovoj primjeni.<sup>3</sup> Ustavom RH zajamčeno pravo na pravično suđenje, nadalje, jamči zaštitu od arbitrarnosti u odlučivanju sudova i drugih državnih tijela. Arbitraran je onaj pojedinačni akt pri čijem donošenju donositelj bez razboritih ili bez ikakvih razloga odstupa od ustaljene prakse, odnosno nije uzeo u obzir očigledno mjerodavan propis ili je mjerodavan propis pogrešno protumačio i primijenio, na način i u mjeri koja pojedinačni akt u konkretnom slučaju čini pravno neprihvatljivim. S obzirom na prethodno navedeno, možemo zaključiti da su ona obrazloženja odluka nadležnih sudova koji u sebi ne sadrže relevantne i razborite razloge svoje ocjene zapravo rezultat arbitrarne odluke u postupovnom i/ili materijalnom smislu.

Ustav RH, kao temeljni akt države, određuje i temeljnu zadaću Vrhovnoga suda kao najvišeg suda RH. U članku 119. stavku 1. Ustava RH definira se kako je Vrhovni sud Republike Hrvatske zadužen za osiguranje jedinstvene primjene prava i jednakosti svih u njegovoj primjeni. Navedeno je inkorporirao u članak 20. Zakona o sudovima<sup>4</sup> (dalje: ZS) koji propisuje sve zadaće VSRH, a dodaje još i donošenje odluka o redovnim pravnim lijekovima kad je to propisano posebnim zakonom te o izvanrednim pravnim lijekovima protiv pravomoćnih odluka sudova u RH, rješavanje sukoba nadležnosti kad je to propisano posebnim zakonom i razmatranje aktualnih pitanja sudske prakse, analiziranje potrebe za stručnim usavršavanjem sudaca, sudskih savjetnika i sudačkih vježbenika te obavljanje drugih poslova određenih zakonom. Neovisno o tomu što je Ustavom RH utvrđena zadaća VSRH, istodobno, pravo na izjavljivanje revizije, kao izvanrednoga pravnog lijeka VSRH, nije zajamčeno Ustavom HR, nego je propisano Zakonom o parničnom postupku<sup>5</sup> (dalje: ZPP). Iz toga proizlazi sloboda zakonodavca da pravo na izjavljivanje revizije uredi kako želi, ako se odluči na omogućavanje pristupa VSRH, ili da ga potpuno isključi. Pritom mora imati na umu da je ustavna uloga VSRH kao najvišeg suda u državi, ujednačavati sudsku praksu te da se (pre) liberalnim uređenjem revizije kao pravnoga lijeka može ugroziti ta uloga. Isto tako, revizija kao pravni lijek i odredbe koje ju uređuju moraju biti u suglasju sa člankom 14. stavkom 2. Ustava RH, koji određuje da su svi pred zakonom jednaki te da ona mora biti dostupna svima pod jednakim uvjetima.<sup>6</sup>

2 Odredba čl. 29. Ustava RH: „Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.“

3 Grgić Tolj, R., Grgić, M., *Dopuštenost revizije protiv odluke o troškovima parničnog postupka*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, god. 9, 17/2016., str. 267.

4 Zakon o sudovima (pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, 28/13, 33/15, 82/15, 82/16).

5 Zakon o parničnom postupku (pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14)

6 Sessa, Đ., *Novela zakona o parničnom postupku - troškovi, električno vođenje postupka, žalba, revizija, udružena tužba*, Pravo u gospodarstvu 1/2012, vol. 51 1/2012, str. 188.

Jedna od međunarodnih konvencija koje je RH potpisala ili im pristupila, a jamče svim hrvatskim građanima slobodan pristup sudu, jednakost svih pred zakonom, pravo na pravično i pošteno suđenje je Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljenih sloboda<sup>7</sup> (dalje: EKLJP). Ona je u svojim odredbama posebno naglasila sva navedena prava, a Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) u svojoj ustaljenoj sudskoj praksi, štoviše u sudskoj praksi koja se odnosi na predmete protiv RH nedvojbeno utvrđuje da neće dopuštati bilo kakvo ograničenje ljudskih prava koja se odnose na pristup sudu te pošteno i pravično suđenje.<sup>8</sup> U ovome dijelu potrebno je spomenuti članak 6. stavak 1. EKLJP-a i djelovanje ESLJP-a vezano za tumačenje prava na pravično suđenje. Člankom 6. stavak 1. jamči se da svatko, radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi, ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.<sup>9</sup> U predmetu *Bulfracht Ltd. protiv Hrvatske*,<sup>10</sup> ESLJP istaknuo je, da način na koji se članak 6. stavak 1. odnosi na žalbene ili kasacijske sudove ovisi o posebnim značajkama odnosnog postupka te da se u obzir treba uzeti ukupnost postupka vođenog u domaćem pravnom poretku i ulogu kasacijskog suda u njemu. Nadalje, istaknuo je da uvjeti dopuštenosti revizije mogu biti stroži negoli uvjeti za podnošenje redovne žalbe. Sud se nebrojeno puta u svojim odlukama doticao problema nedosljedne sudske prakse. Među tim odlukama je i odluka u predmetu *Tudor protiv Rumunjske*<sup>11</sup> gdje je bila riječ o nedosljednoj praksi rumunjskih sudova u primjeni domaćeg restitucijskog zakonodavstva. U odluci je naznačeno kako država mora stvoriti „mehanizam“ za osiguranje dosljednosti prakse nacionalnih sudova u pitanjima koje imaju „veliko značenje za društvo“, a kojemu je cilj otkloniti „trajnu nesigurnost“, na način da najviši sud u zemlji „ispita određenu primjenu prava u pojedinačnim slučajevima“. <sup>12</sup> Hrvatski zakonodavac sadrži takav mehanizam u obliku izvanredne revizije, no potrebno je unijeti određene izmjene kako bi u potpunosti zadovoljavao zahtjevima svoje funkcije.

ESLJP, međutim, utvrđuje i da su odstupanja u sudskoj praksi sastavni dio svakoga pravosudnog sustava koji je utemeljen na mreži sudova različitih stupnjeva.<sup>13</sup> ESLJP navodi kako je uloga Vrhovnog suda upravo rješavanje takvih sukoba, a da sam Vrhovni sud može biti izvorom pravne nesigurnosti upravo ako on uzrokuje odstupanja u sudskoj praksi što dovodi do potkopavanja načela pravne sigurnosti i smanjenja povjerenja javnosti u pravosudni sustav. U potonjoj odluci ESLJP ističe da nedosljednost sudske prakse i nepostojanje mehanizma na Vrhovnom sudu koji bi

7 (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pročišćeni tekst, Međunarodni ugovori 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10)

8 Barac, N., *Okrugli stol o prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a*, Odvjetnik, 5-6/2016., str. 6

9 Čl. 6. st. 1. EKLJP (bilj. 6).

10 Europski sud za ljudska prava, *Bulfracht Ltd protiv Hrvatske*, presuda od 21.06.2011., zahtjev br. 53261/08.

11 Europski sud za ljudska prava, presuda, od 24. ožujka 2009., zahtjev br. 21911/03.

12 Grgić Tolj, R., Grgić, M., *op. cit.*, str. 270.

13 *Ferreira Santos Pardal protiv Portugala*, 30. srpnja 2015., zahtjev br. 30123/10, [https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/PREGLED%20PRAKSE//PREGLED\\_PRAKSE\\_3\\_15.pdf](https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/PREGLED%20PRAKSE//PREGLED_PRAKSE_3_15.pdf).

ispitao takvu nedosljednost, uskraćuje podnositeljima zahtjeva pravo na preispitivanje donesenih odluka te ispravljanje neadekvatne sudske prakse.

### 3. RAZVOJ INSTITUTA REVIZIJE

Temeljna zadaća zakonodavca je osigurati sustav u kojemu će se poštovati prava i obveze svake osobe te postojanje učinkovitog mehanizam kojim će se ukloniti nepoštovanje i uzurpiranje tuđih prava. Osim ustavne garancije pravičnog suđenja predviđene člankom 29. Ustava RH, odredbama ZPP-a, u kojima je također integrirano to jamstvo, predviđeni su pravila postupka, uvjeti kojima sud raspravlja i odlučuje u sporovima o temeljnim pravima i obvezama čovjeka i građanina, o osobnim i obiteljskim odnosima građana te u radnim, trgovačkim, imovinskim i drugim građanskopravnim sporovima, ako zakonom za neke od njih nije određeno da u njima sud rješava po pravilima nekoga drugog postupka.<sup>14</sup> Cilj kojem zakonodavac teži pri uređivanju djelovanja pravosuđa je omogućiti sudovima da što brže dovrše postupak i da su njihove odluke zakonite (što je veća mogućnost preispitivanja sudske odluke, to je i veća vjerojatnost da će to uroditi donošenjem zakonite odluke). Dok, s druge strane, omogućavanje beskonačnog parničenja pogoduje pravnoj nesigurnosti i nepovoljno utječe na autoritet sudova.<sup>15</sup> Ovdje valja napomenuti da sudska odluka proizvodi pravnorelevantne učinke kada stekne svojstvo pravomoćnosti, odnosno, prema ZPP-u, kada se više ne može pobijati žalbom, a njome je odlučeno o zahtjevu iz tužbe ili protutužbe te nakon donošenja odluke drugostupanjskoga suda u povodu žalbe. To zapravo znači da sudska odluka u relativno brzom roku stječe svojstva pravomoćnosti te da proizvodi sve pravne učinke. No, hrvatski zakonodavac odlučio se omogućiti preispitivanje i pravomoćnih odluka putem izvanrednih pravnih lijekova.

Kako bi što bolje razumjeli postojeće probleme i nedostatke u režimu revizije, smatramo da je potrebno prezentirati sve promjene koje su se povijesno dogodile u određenju instituta revizije. Cijeli proces uređivanja pravosudnoga sustava započeo je nakon preuzimanja Zakona o parničnom postupku iz 1976.<sup>16</sup> nakon raspada bivše SFRJ te je on drastično modificiran nekoliko puta. U ovome radu obuhvatit ćemo isključivo odredbe koje se tiču izvanrednih pravnih lijekova, s posebnim naglaskom na institut revizije. Novelom Zakona o parničnom postupku iz 1999.<sup>17</sup> te povećanjem imovinskog cenzusa za dopustivost revizije, kojim je ona postala iznimno dopušteni pravni lijek, došlo je do određene krize u shvaćanju uloge VSRH u skladu sa odredbama Ustava RH koje su propisivale da je njegova misija osiguranje jedinstvene primjene prava i jednakosti građana. Sve to je rezultiralo reformom instituta revizije kojom se željelo upravo to - omogućiti da se ona uz određena ograničenja, izjavljuje i u slučajevima u kojima inače nije dopuštena kad je to potrebno radi osiguranja jedinstvene primjene prava i jednakosti građana. Navedena zadaća o dopustivosti, tzv. izvanredne revizije

14 Grgić Tolj, R., Grgić, M., *op.cit.*, str. 254.

15 Grbin, I., Izvanredni pravni lijekovi - revizija prema zakonskim novelama, *Pravo i porezi, časopisi za pravnu i ekonomsku teoriju i praksu*, XIII /2004., str. 30.

16 Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77, s ispravcima 36/77).

17 Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99).

dodijeljena je, Novelom ZPP-a 2003.<sup>18</sup> godine, drugostupanjskim sudovima koji pri odlučivanju u presudi iznosi i materijalnopravno ili procesnopravno pitanje zbog kojeg dopušta njezino ulaganje. Navedeno rješenje, s obzirom na to da ovisi o diskrecijskoj odluci, ali i „dobroj volji“ suca, nije polučilo ostvarenjem Ustavom RH zacrtane zadaće VSRH.<sup>19</sup> To se iz nekoliko razloga pokazalo lošim rješenjem. Malo koji sudac bi dopustio bi reviziju protiv svoje odluke pa su stranke, u nemogućnosti izjavljivanja izvanredne, ali i redovne revizije, automatski podnosile ustavnu tužbu Ustavnom sudu Republike Hrvatske (dalje: USRH). Logično, time je samo došlo do prelijevanja predmeta u pravcu USRH-u u povodu ustavne tužbe te dovelo do opterećenja suda.<sup>20</sup> Cjelokupna situacija rezultirala je postupkom za ocjenu suglasnosti ZPP-a s Ustavom RH, odnosno s odlukom Ustavnoga suda broj: U-I/1569 od prosinca 2006. godine prema kojoj „u Republici Hrvatskoj postoji poremećaj ustavnih nadležnosti između Ustavnog suda Republike Hrvatske i Vrhovnog suda Republike Hrvatske, jer zakonski okviri ne omogućavaju najvišem sudu u zemlji da osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana na cijelom području Republike Hrvatske“.<sup>21</sup> Tom su odlukom Ustavnoga suda ukinute odredbe članka 382. stavka 1. točke 1. i 2., stavka 2. i stavka 3. te članka 497. ZPP-a, pri čemu je prestanak važenja navedenih odredbi odgođen za 15. srpnja 2008. (zatim do 1. listopada 2008.).<sup>22</sup>

U međuvremenu je zakonodavnoj vlasti pružena jedinstvena prilika za uređivanje zakonodavnog okvira djelotvornih pravnih sredstava za osiguranje provedbe ustavne nadležnosti VSRH u revizijskom postupku. Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2008.<sup>23</sup> prilika nije iskorištena jer ni tada nije omogućeno VSRH-u da se u svom djelovanju ograniči samo na ostvarenje ustavne nadležnosti osiguranja jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana.<sup>24</sup> Razlog tomu je članak 29. Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a 2008., kojim članak 382. stavak 2. određuje da za podnošenje izvanredne revizije više nije bilo potrebno dopuštenje drugostupanjskog suda, već je reviziju bilo moguće podnijeti protiv svih drugostupanjskih odluka kojima se pravomoćno završava postupak, ali samo ako odluka u sporu ovisi o rješenju nekoga materijalnopravnog ili procesnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene zakona i jednakosti građana.<sup>25</sup> Time su vrata Vrhovnoga suda postala otvorena (možemo reći) svima pa je stoga „prepravljen“ velikim brojem predmeta te je sud u svakom konkretnom slučaju morao ocjenjivati radi li se zbilja o pitanju koje je važno za jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnosti svih pred zakonom. Situaciju

18 Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03).

19 Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 719.

20 Katić, D., *Zašto (opet) izmjene zakona o parničnom postupku*, „Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća, Zbornik radova s II. Međunarodnog savjetovanja, Split, 2016.“, str. 154.

21 Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka U-1-1569/2006, od 20. prosinca.2006.,

22 Gović, I., *Izvanredna revizija - uvjeti za izjavljivanje i ovlaštenici prava na podnošenje*, *Odvjetnik, Hrvatska odvjetnička komora*, 11-12/2008., str. 51.

23 Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08)

24 Eraković, A., *Izvanredna revizija*, *Hrvatska pravna revija*, vol. 10, br. 2/2010., str. 97.

25 Katić, D., *op. cit.*, str. 155.



im nije olakšavala ni odredba koja je propisala da svako rješenje od odbacivanje revizije mora biti obrazloženo.<sup>26</sup> Čak ni daljnje izmjene Zakona o parničnom postupku iz 2011.<sup>27</sup> nisu dovele do smanjenja priljeva predmeta na Vrhovni sud jer je ovom Novelom samo preciziran sadržaj, tzv. izvanredne revizije (podnositelj je od tada bio dužan određeno navesti propise i druge izvore prava vezane za postavljeno pitanje) te je jezična terminologija članka 382. stavka 2. samo usklađena s izričajima iz Ustava RH i Zakona o sudovima, jer se revizija može podnijeti zbog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava (ranije: zakona) i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni (ranije: građana).<sup>28</sup>

S obzirom na to da se iznesenim izmjenama ZPP-a u pogledu revizije naglo povećao broj predmeta u radu Vrhovnog suda s kojima se suočavaju suci nakon Novele 2008. godine, VSRH je izazvao nemali broj prigovora na način na koji se rješavaju predmeti koji pristižu na njegovu adresu. Naime, prigovara se da previše izvanrednih revizija završava odbačajem (u rasponu od 70 do 80 %) „uniformiranim“ obrazloženjima, zbog formalnih nedostataka u sadržaju bilo zbog toga što u njima nije naznačeno pravno pitanje ili nisu naznačeni razlozi važnosti zbog kojih bi najviši sud trebao iznijeti svoje stajalište u konkretnom predmetu odnosno da rješenje spora ne ovisi o odluci VSRH.<sup>29</sup> Zaključujemo, ako koja od navedenih pretpostavki nije kumulativno ispunjena, nema pretpostavki za razmatranje u smislu odredbe članak 382. stavak 2. te dolazi do odbacivanja revizije.

No koji su razlozi tomu? Najprije je potrebno promotriti kome je povjereno „sastavljanje“ revizije. „Sastavljači“ su u pravilu odvjetnici kao kvalificirani punomoćnici stranaka, koji nisu na zakonom definiran način pisali izvanredne revizije, odnosno pisali su ih na isti način kao i redovne revizije, no s vremenom se problem prevelikoga broja odbačaja revizija zbog sadržajnih nedostataka smanjio. U ovome trenutku prevladava odbacivanje jer postavljeno pitanje nije važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.<sup>30</sup> No, ako navedeni problem sagledamo iz drugoga ugla, razlog prevelikoga broja odbačenih revizija iz formalnih razloga može značiti da je pravna norma iz članka 382. stavaka 2. i 3. ZPP-a nejasna te da adresate dovodi u nedoumice i time onemogućava kvalitetno sastavljanje izvanredne revizije. U prilog tomu, potrebno je iznijeti da u nekim situacijama ni suci Vrhovnoga suda ne znaju kao postaviti odgovarajuće pravno pitanje od kojeg bi zavisila odluka u konkretnom sporu, a pogotovo ako se radi o postupovnopравnim pogreškama (a da Zakon na to ne daje odgovor), što to rezultira preopćenitim pravnim pitanjem te se svodi na žalbeni razlog bitne povrede odredaba parničnog postupka, zbog kojeg se izvanredna revizija ne može podnijeti.<sup>31</sup>

Iz prethodno navedenih činjenica može se izvesti zaključak, ako revizija ne sadržava određeno pravno pitanje, ako je izostalo određeno navođenje propisa i

26 Eraković, A., op. cit., str. 97.

27 Zakon o parničnom postupku (Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11)

28 Katić, D., op. cit., str. 97.

29 *Loc. cit.*

30 *Ibid.*, str. 156.

31 *Ibid.*, str. 157.

drugih važećih izvora prava koji se odnose na konkretno pravno pitanje ili su izostali razlozi zbog kojih adresat smatra da je postavljeno pitanje relevantno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, da je Vrhovni sud Republike Hrvatske u tom slučaju dužan rješenjem odbaciti reviziju.<sup>32</sup>

U prilog „unificiranom“ tekstu rješenja o odbacivanju revizije iz formalnih razloga ide i jednako postupanje svih sudova pa i Europskog suda za ljudska prava. Razumljivo, ako reviziji nedostaju komponente jasno propisane ZPP-om tada i nema potrebe za detaljnom elaboracijom razloga zbog kojih se revizija odbacuje jer se formalni nedostaci revizije mogu objasniti u jednoj jasnoj i razumljivoj rečenici koju će razumjeti svaka osoba.

Tijekom određenoga vremena, početni problemi vezani za sastavljanje revizije sukladno članku 382. stavku 2. i 3. ZPP-a djelomično su prevladani, no ostao je relativno visok broj odbačaja zbog toga što postavljeno pitanje nije važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni. Razlog tomu je što većina drugostupanjskih odluka koje se pobijaju revizijom imaju izneseno stajalište koje je podudarno pravnim shvaćanjima izraženim u revizijskim odlukama ili stranke pogrešno zaključuju da postoji različita praksa, odnosno različite odluke drugostupanjskih sudova, a zapravo se radi o tome da se odluke u konkretnim predmetima ne mogu uspoređivati jer nemaju ni činjenično ni pravno identično stanje. Sve nas to dovodi do zaključka da drugostupanjski sudovi donose odluke koje su pravilne te da je suđenje u tom predmetu bilo zakonito i pravilno.<sup>33</sup>

## **4. SADAŠNJE UREĐENJE REVIZIJE PROTIV PRESUDE**

### **4.1. Određenje pojma i opća obilježja**

Revizija je *izvanredan pravni lijek koji se podnosi protiv drugostupanjskih odluka kojima se postupak pravomoćno završava*.<sup>34</sup> Revizija protiv presude je, *izvanredan, samostalan, devolutivan, nesuspendivan, ograničen i dvostrani pravni lijek stranaka zbog povrede zakona protiv pravomoćne presude drugostupanjskog suda donesene u povodu žalbe protiv presude prvostupanjskog suda*.<sup>35</sup> Ona nije zajamčena svakome u svakoj vrsti postupka već se može podnijeti ako se ispune pretpostavke određene ZPP-om. Navedeni je institut, promatrajući izmjene zakona koji su uređivali parnični postupak, prošao pravni put od redovnog i suspendivnoga pravnog lijeka pa sve do sadašnjega uređenja kao izvanredan i nesuspendivan pravni lijek.<sup>36</sup>

Bez obzira na sve uočene probleme, manjkavosti i iznesena mišljenja pravnih stručnjaka, revizija kao institut i dalje nije u cijelosti jedinstveno i jednoobrazno

32 Članak 392.b stavak 2. Zakona o parničnom postupku (bilj. 23).

33 Katić., D. *op.cit.*, str. 158.

34 Dika, M., *Gradansko parnično pravo*, Pravni lijekovi, X. knjiga, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 258.

35 Triva, S, Dika, M., *op. cit.*, str. 718.

36 Sessa, Đ., *op. cit.*, str. 186.

uređena. ZPP u člancima 129.<sup>37</sup> te 325. stavak 1.<sup>38</sup> određuje da je presuda odluka kojom se odlučuje o osnovanosti tužbenoga zahtjeva, odnosno, da se njome pruža meritorna pravna zaštita, pa je stoga institut revizije zakonski oblikovan i razvijan kao institut revizije protiv presude.

Svojstvo pravomoćnosti stječe odluka donesena u drugostupanjskom postupku, iznimno i prvostupanjska odluka ako stranke nisu uložile žalbu. Donošenjem drugostupanjske presude iscrpljen je redovan pravni put pred parničnim sudom i ta bi presuda trebala donijeti pravnu sigurnost i mir. Pravna odluka ne osigurava uvijek pravnu sigurnost i mir te je upravo zbog toga zakonodavac omogućio ulaganje revizije. Time bi ona trebala biti konačna instanca koja osigurava da neovisan i nepristran najviši sud odluči o jedinstvenoj primjeni prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, a napose za stranke u konkretnoj stvari.<sup>39</sup> Kao što je detaljno elaborirano u prethodno u ovome radu, Ustav RH jamči pravo na redovan pravni lijek odnosno pravo na žalbu, dok je pravo na izvanredni pravni lijek priznato ZPP-om. Funkcija je revizije ispitati pravilnost i zakonitost pravomoćne drugostupanjske presude (i drugostupanjskog rješenja kojim je postupak pravomoćno okončan), ali i pravomoćne drugostupanjske međupresude. Imajući na umu pravno-politički aspekt zaključeno je da sve drugostupanjske odluke s obzirom na vrijednost i vrstu predmeta spora, stranke te postupak koji je prethodio njihovu donošenju nemaju jednaku važnost, zakonodavac je uspostavio razliku između odluka protiv koji je revizija uvijek dopuštena prema vrijednosnom, kauzalnom, kauzalno-personalnom i proceduralnom kriteriju (tzv. *redovna revizija*) te onih odluka protiv kojih je ona samo iznimno i ograničeno dopuštena uz ispunjenje posebnih pretpostavki (tzv. *izvanredna revizija*). Načelno se, tzv. *izvanredna revizija* može izjaviti protiv svih drugostupanjskih odluka (osim onih u odnosu na koje je revizija apsolutno isključena), no potrebno je da odluka u sporu ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih.<sup>40</sup> U sporovima male vrijednosti, u kojima je s obzirom na vrijednost predmeta spora isključena mogućnost ulaganja revizije, omogućeno je ulaganje revizije ako je drugostupanjski sud u izrijeci presude odredio da je revizija protiv drugostupanjske odluke ipak dopuštena (tzv. *izvanredna revizija po dopuštenju*).<sup>41</sup> Što se tiče mogućnosti izjavljivanja revizije protiv određenih drugostupanjskih rješenja,<sup>42</sup> ona je određena neovisno o pravilima

37 „Sud donosi odluke u obliku presude ili rješenja. O tužbenom zahtjevu sud odlučuje presudom, a u postupku zbog smetanja posjeda rješenjem. Kad ne odlučuje presudom, sud odlučuje rješenjem. U postupku izdavanja platnog naloga rješenje kojim se prihvaća tužbeni zahtjev donosi se u obliku platnog naloga. Odluka o troškovima u presudi smatra se rješenjem.“

38 Članak 129. ZPP-a: „Presudom sud odlučuje o zahtjevu koji se tiče glavne stvari i sporednih traženja.“

39 Pelcl, H, *Dopuštenost izvanredne revizije u građanskom parničnom postupku Republike Hrvatske*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, god. 9, 17/2016., str. 200.

40 Dika, M., *op.cit.*, str. 261-2.

41 Pelcl, H., *op.cit.*, str. 203.

42 Članak 400.: “Stranke mogu izjaviti reviziju i protiv rješenja drugostupanjskog suda kojim je postupak pravomoćno završen u sporovima u kojima bi revizija bila dopuštena protiv drugostupanjske presude (članak 382.).

Protiv rješenja drugostupanjskog suda kojim se podnesena žalba odbacuje, odnosno potvrđuje

mjerodavnim za izjavljivanje revizije protiv presude te prema tomu o čemu se odlučuje određenim drugostupanjskim rješenjem.<sup>43</sup>

Za razliku od hrvatskog procesnog prava, njemački *Zivilprozeßordnung*<sup>44</sup> omogućava podnošenje revizije i protiv prvostupanjske presude, čime se zaobilazi drugostupanjski sud. Takva se revizija naziva *skokovitom*, s tim što je za njeno podnošenje potrebno ispunjenje procesnih pretpostavki: a) da se radi o prvostupanjskoj presudi protiv koje se može izjaviti žalba, b) potrebna je suglasnost stranaka za izjavljivanje revizije i c) potrebno je da je reviziju dopustio revizijski sud.<sup>45</sup> Procesni sustav Republike Hrvatske ne poznaje navedeni institut, ali Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu zajamčena je ustavna tužba koja ima neka obilježja skokovite revizije što se očituje u mogućnosti ulaganja ustavne tužbe<sup>46</sup> i prije negoli je pravni put iscrpljen.

Prema ZPP-u, svaka stranka ima pravo podnošenja revizije, ali najčešće je to ona stranka koja se i žalila na prvostupanjsku odluku. Naravno, moguće je da je podnositelj revizije stranka koja se nije žalila, ali je u povodu žalbe protivne strane odluka preinačena. Dakle, jedna od temeljnih pretpostavki je postojanje pravnoga interesa odnosno očekivanje konkretne koristi od aktiviranja suda u njezinoj pravnoj stvari.<sup>47</sup> S obzirom na ozbiljnost i kompleksnost revizije kao izvanrednoga pravnog lijeka, ZPP-om je određeno da stranka reviziju može podnijeti isključivo putem opunomoćenika koji je odvjetnik ili osobe koja ima položen pravosudni ispit. Navedeno je opravdao i USRH, vodeći se i pravnim stajalištem ESLJP-a, napominjući kako je za podnošenje revizije potreban viši stupanj stručnosti i kompetencije negoli je to slučaj kod redovnih pravnih lijekova. Razlog *za* je osiguranje veće djelotvornosti i učinkovitosti kod pristupa najvišoj sudskoj instanci u državi za jedinstvenim zadatkom osiguranja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.<sup>48</sup>

---

rješenje prvostupanjskog suda o odbacivanju revizije uvijek je dopuštena revizija iz članka 382. stavka 1. ovoga Zakona, neovisno o tome je li riječ o sporu u kojem bi revizija bila dopuštena protiv drugostupanjske presude po odredbi članka 382. stavka 1. ili članka 382. stavka 2. ovoga Zakona.

U postupku u povodu revizije protiv rješenja na odgovarajući će se način primjenjivati odredbe ovog zakona o reviziji protiv presude.

Protiv rješenja iz članka 325.a stavka 1. ovoga Zakona revizija je dopuštena prema uvjetima iz stavka 1. ovoga članka.“

Zakon o parničnom postupku (bilj. 5)

43 Dika, M., *op. cit.*, str. 258.

44 *Zivilprozeßordnung*, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>, 12.1.2018.

45 Pelcl, H., *op. cit.*, str. 201.

46 „Ustavni sud će pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, u slučaju kad o pravima i obvezama stranke ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela nije u razumnom roku odlučio sud ili u slučaju kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice.“ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, (Narodne novine, 99/99, 29/02, 49/02), članak 63.

47 Pelcl, H., *op. cit.*, str. 202.

48 *Ibid.*, str. 203.

## 4.2. Redovna revizija

Redovna revizija, koja je dopuštena protiv određenih drugostupanjskih presuda neovisno o razlozima zbog kojih se izjavljuje, jest pravni lijek koji bi zbog važnosti objekta pobijanja trebao omogućiti preispitivanje materijalnopravne i postupovnopravne zakonitosti pobijane presude. U tom je smislu ona pravno sredstvo osiguranja zakonitosti *in concreto* i time, svakako, osiguranja jedinstva u primjeni prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.<sup>49</sup> Kako Dika navodi, upravo zbog toga se, tzv. redovna revizija može izjaviti samo zbog pogrešne primjene materijalnog prava i određenih bitnih povreda odredaba parničnog postupka. Kako se da zaključiti, revizija se ne može izravno izjaviti zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja, već tek posredno i to ako se pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje poklapa s nekim od razloga zbog kojih je redovna revizija dopuštena ili ga uvjetuju. Taj se razlog može uzeti u obzir u povodu revizije jer je to jedan od razloga zbog kojih se pravni lijek, općenito, može podnijeti.

Prema članku 382. stavku 1. Zakona o parničnom postupku, redovna revizija može se podnijeti protiv drugostupanjske presude:

a) ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 200.000,00 kuna,

b) ako je presuda donesena u sporu o postojanju ugovora o radu, odnosno prestanku radnog odnosa ili radi utvrđenja postojanja radnog odnosa,

c) ako je drugostupanjska presuda donesena prema odredbama članka 373.a<sup>50</sup> i 373.b ovoga Zakona.<sup>51</sup>

49 Dika, M., *Novo uređenje revizije protiv presude*, Zbornik 47. susreta pravnika, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Opatija, 2009., str. 179.

50 Članak 373.a ZPP-a:

*Drugostupanjski će sud presudom odbiti žalbu i potvrditi prvostupanjsku presudu, odnosno presudom će preinačiti prvostupanjsku presudu ako prema stanju spisa nađe:*

*1) da bitne činjenice među strankama nisu sporne, ili*

*2) da ih je moguće utvrditi i na temelju isprava i izvedenih dokaza koji se nalaze u spisu, neovisno o tome je li prvostupanjski sud prigodom donošenja svoje odluke uzео u obzir i te isprave, odnosno posredno izvedene dokaze.*

*Prigodom donošenja odluke iz stavka 1. ovoga članka, drugostupanjski je sud ovlašten uzeti u obzir i činjenice o postojanju kojih je prvostupanjski sud izveo nepravilan zaključak na temelju drugih činjenica koje je po njegovoj ocjeni pravilno utvrdio.*

*U slučaju u kojem su ispunjeni uvjeti za donošenje presude iz stavka 1. ovoga članka, drugostupanjski sud može je donijeti i ako nađe da postoji bitna povreda odredaba parničnoga postupka iz članka 354. stavka 2. točke 11. ovoga Zakona.*

51 Članak 373.b ZPP-a.

*Drugostupanjski sud odlučuje o žalbi, u pravilu, bez rasprave.*

*Kad vijeće drugostupanjskog suda nađe da je radi pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja potrebno da se pred drugostupanjskim sudom ponove već izvedeni dokazi, zakazat će raspravu pred drugostupanjskim sudom.*

*Vijeće drugostupanjskog suda može odlučiti da se određeni dokazi izvedu u sudskoj zgradi prvostupanjskog suda pred sucem izvjestiteljem drugostupanjskog suda. Ako za to postoje važni razlozi, vijeće drugostupanjskog suda može odlučiti da se određeni dokazi izvedu pred sucem pojedincem ili predsjednikom vijeća prvostupanjskog suda.*

*Pravila o izvođenju dokaza pred predsjednikom vijeća na odgovarajući način se primjenjuju*

Iako je zakonski određeno da se revizija podnosi protiv određenih drugostupanjskih presuda, revizijski sud tijekom ispitivanja drugostupanjske odluke u povodu revizije, mora ispitivati i prvostupanjsku odluku u povodu žalbe protiv koje je drugostupanjska presuda donesena te s obzirom na to da je ovlašten i dužan ukinuti odnosno preinačiti ne samo drugostupanjsku već i prvostupanjsku presudu. U tom smislu, prvostupanjska presuda bi imala značenje akcesornog objekta pobijanja revizijom odnosno akcesornog objekta oficijoznog ispitivanja u mjeri u kojoj je revizijski sud po službenoj dužnosti u povodu revizije ispitivati drugostupanjsku presudu.<sup>52</sup>

Krug drugostupanjskih presuda koje se pobijaju, tzv. redovnom revizijom utvrđen je primjenom vrijednosnog, kauzalnog, kauzalno-personalnog i proceduralnog kriterija.

### 4.3. Izvanredna revizija

Donošenjem Novele Zakona o parničnom postupku 2003. godine, uveden je institut, tzv. izvanredne revizije koja je načelno dopuštena protiv svih drugostupanjskih presuda, ali samo ako ne postoje uvjeti za podnošenje, tzv. redovne revizije, i to zbog bitno ograničenih razloga od onih zbog kojih je dopuštena redovna revizija.<sup>53</sup> Razlog uvođenja ovoga pravnog lijeka kao posebnog instituta postupovnog prava omogućavanje je VSRH-u ispunjavanje svoje zadaće, odnosno, osiguranja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, sukladno članku 24. stavka 1. ZS-a.<sup>54</sup>

Naime, razlog zbog kojeg *stranke mogu podnijeti reviziju protiv drugostupanjske odluke ako odluka u sporu ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.*<sup>55</sup>

---

*na suca izvjestitelja drugostupanjskog suda, odnosno na suca pojedinca ili predsjednika vijeća prvostupanjskog suda u slučaju.*

*U slučaju iz stavka 3. ovoga članka vijeće drugostupanjskog suda odlučuje o žalbi bez rasprave, ali na sjednicu vijeća mora pozvati stranke. Odredba članka 363. ovoga Zakona primjenjuje se i u ovom slučaju.*

*Vijeće drugostupanjskog suda može odlučiti da se rasprava pred tim sudom provede i kad 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.*

*U slučaju iz stavka 6. ovoga članka sudac izvjestitelj drugostupanjskog suda može zatražiti od suca 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.*

52 Dika, M., *op.cit.*, str. 263.

53 Prema tadašnjem uređenju članka 382. stavak 2., stranke su mogle podnijeti izvanrednu reviziju protiv drugostupanjske presude samo ako je drugostupanjski sud u izrijeci te presude odredio da je protiv te presude revizija dopuštena.

54 Katić, D., *Izvanredna revizija*, *Odvjetnik*, glasilo i časopis Hrvatske odvjetničke komore, 9-10/12, str. 34.

55 Članak 382. stavak 2. ZPP-a.

Iz svega gore navedenog proizlazi da se za dopuštenost, tzv. izvanredne revizije moraju ispuniti određeni uvjeti:

- mora se raditi o reviziji protiv presude suda drugog stupnja,
- mora se raditi o slučajevima u kojima se ne može podnijeti revizija prema odredbi članka 382. stavka 1. ZPP-a,
- odluka u sporu mora ovisiti o rješenju nekoga materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih.

Iz navedenih pretpostavki proizlazi da je izvanredna revizija supsidijarna i dopunska u odnosu na redovnu jer je isključena u slučaju da su ispunjeni uvjeti za podnošenje redovne revizije te da se njome omogućava kontrola jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih građana kada se ta zaštita ne može ostvariti tzv. redovnom revizijom.<sup>56</sup>

Promatrajući samo slovo zakona, izvanredna revizija podnosi se samo protiv drugostupanjskih presuda. No, revizijski sud, ispitujući drugostupanjsku presudu u povodu izvanredne revizije, mora ispitivati i prvostupanjsku presudu u povodu žalbe protiv koje je drugostupanjska donesena te s obzirom na to da je ovlašten i dužan ukinuti, odnosno preinačiti ne samo drugostupanjsku već i prvostupanjsku presudu, izvanrednom revizijom se može izravno ili posredno pobijati i prvostupanjska presuda. U skladu s time, prvostupanjska presuda ima značenje akcesornog objekta pobijanja pri čemu su ovlaštenja revizijskog suda kod ispitivanja prvostupanjske presude znatno uža negoli u povodu redovne revizije.<sup>57</sup>

Krug razloga zbog kojih je izvanredna revizija dopuštena određen je na dva načina – općom formulom te egzemplifikativnim navođenjem slučajeva u kojima bi općom formulom predviđeni razlozi uvijek postojali.

Zakon nabroja primjere u kojima su ispunjeni gore navedeni uvjeti:

1) ako o tom pitanju revizijski sud još uvijek nije zauzeo shvaćanje odlučujući u pojedinim predmetima na odjelnoj sjednici, a riječ je o pitanju o kojemu postoji različita praksa drugostupanjskih sudova,

2) ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje, ali je odluka drugostupanjskoga suda utemeljena na shvaćanju koje nije podudarno s tim shvaćanjem,

3) ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje i presuda se drugostupanjskoga suda temelji na tom shvaćanju, ali bi osobito uvažavajući razloge iznesene tijekom prethodnoga prvostupanjskog i žalbenog postupka, zbog promjene u pravnom sustavu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumima te odlukom USRH-a, ESLJP-a ili Europskog suda trebalo preispitati sudsku praksu.<sup>58</sup>

Pri sastavljanju izvanredne revizije, revident mora paziti da određeno naznači pravno pitanje zbog kojeg je podnosi i izložiti razloge zbog kojih smatra da je ono važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, neovisno o tomu podnosi li je prema općoj formuli ili od primjerice

<sup>56</sup> Triva, S., Dika, M., *op. cit.*, str. 722.

<sup>57</sup> Dika, M., *op. cit.*, str. 299-300.

<sup>58</sup> Čl. 382. st.3.ZPP-a

navedenih slučajeva. To je izrazito važno iz razloga što revizijski sud u povodu takve revizije ispituje pobijanu drugostupanjsku presudu samo u granicama razloga zbog kojih je podnesena. Iz prethodno navedenog donosi se zaključak da je u ovome slučaju revizijski sud lišen oficioznosti ovlasti. Drugim riječima, on smije pobijanu odluku ispitivati samo zbog pitanja zbog kojih je podnesena bez obzira na to što ona sadrži više materijalnopравnih i/ili postupovnopравnih pitanja koja bi inače sama po sebi mogla biti važna za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih.<sup>59</sup> Pitanje kako tretirati slučaj u kojemu ne bi bilo određeno naznačeno pitanje zbog kojeg se revizija podnosi, treba li ju tretirati kao nedopuštenu ili iz njezina sadržaja pokušati izvesti zaključak o tomu zbog kojeg je pitanja izjavljena. Čini se da bi izvanrednost izvanredne revizije nalagala načelan stav da bi: (1) pitanje zbog kojeg se izjavljuje trebalo biti precizno određeno, ali i da bi (2) trebalo posebno argumentirati zašto bi to pitanje bilo važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih.<sup>60</sup> U prilog tome ide i zakonska odredba prema kojoj reviziju mogu podnijeti samo osobe s pravosudnim ispitom, razumljivo, jer se od njih može očekivati da na odgovarajući način mogu individualizirati i argumentirati pravno pitanje zbog kojih se revizija podnosi. Uz točno određeno navođenje pravnoga pitanja zbog kojega se revizija podnosi, prema sadašnjem uređenju revizije po članku 382. stavku 2., potrebno je i *određeno navođenje propisa i drugih važećih izvora prava koji se na njega odnose te izložiti razloge zbog kojih smatra da je ono važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.*<sup>61</sup> Navedeno nije bilo propisano prije posljednje izmjene ZPP-a u „revizijskom“ dijelu. Tom se izmjenom razriješla dvojba mora li VSRH istraživati iz sadržaja revizije koje pitanje revident smatra važnim za jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnosti svih pred zakonom i je li ono uopće postavljeno te se time izlagati riziku da iz sadržaja revizije pronade pravno pitanje koje revident uopće nije imao u vidu.<sup>62</sup>

#### **4.4. Revizija protiv rješenja**

ZPP, osim što propisuje mogućnost izjavljivanja redovne i izvanredne revizije, propisuje i mogućnost ulaganja revizije protiv rješenja<sup>63</sup> drugostupanjskog suda kojim je postupak pravomoćno *završen* u sporovima u kojima bi revizija bila dopuštena protiv drugostupanjske presude, dakle protiv onih rješenja koje dovode do prestanka litispencijacije u određenoj stvari.<sup>64</sup> Obilježja ovoga pravnog lijeka su izvanrednost, nesuspendivnost, dvostranost i ograničenost.

Odredbe kojima se uređuje revizija protiv rješenja maksimalno su reducirane te se njima samo određuju kriteriji za određivanje drugostupanjskih rješenja protiv kojih je ona dopuštena. Što se tiče svih ostalih pitanja vezanih za taj pravni lijek, njegovih obilježja, razloge zbog kojih se može izjaviti, postupka u povodu njega, vrsti odluka

59 Dika, M., *op. cit.*, str. 299-300.

60 *Loc. cit.*

61 Čl. 382. st. 3. ZPP-a.

62 Sessa, Đ., *op. cit.*, str. 201.

63 Čl. 400. ZPP-a

64 Triva, S., Dika, M., *op. cit.*, str. 736.



koje se mogu donijeti, upućuje se na primjenu odredaba o reviziji protiv presude. Razumljivo, budući da institut revizije protiv presude nije jedinstveno uređen, već da se s obzirom na presude koje se mogu pobijati, razloge zbog kojih se mogu pobijati a u određenom smislu i postupak koji se u povodu njih provodi razlikuju, tzv redovna i izvanredna revizija, odgovarajuće će primjena odredaba o reviziji protiv presude ovisiti o tomu hoće li za podnošenje revizije protiv rješenja biti ispunjene pretpostavke za podnošenje tzv. redovne ili izvanredne revizije protiv rješenja.<sup>65</sup>

Rješenjem drugostupanjskog suda treba smatrati svako rješenje toga suda bez obzira na to je li ono doneseno u povodu žalbe protiv odluke prvostupanjskog suda ili nije jer ZPP ustraje samo na tomu da ono potječe od suda drugog stupnja. U skladu s time je određeno da je pravni lijek protiv rješenja drugoga stupnja revizija neovisno što je taj sud, odlučujući o nekom pravnom pitanju, prvi donio odluku.<sup>66</sup> Pitanje protiv kojih je rješenja drugostupanjskog suda dopuštena revizije riješeno je na dva načina. Opće pravilo određuje da stranke mogu izjaviti reviziju protiv rješenja drugostupanjskog suda kojim je postupak pravomoćno završen u sporovima u kojima bi revizija bila dopuštena protiv drugostupanjske presude. Kao iznimku od općega pravila određeno je da je revizija uvijek dopuštena protiv rješenja drugostupanjskog suda kojim se podnesena žalba odbacuje, odnosno kojim se potvrđuje rješenje prvostupanjskog suda o odbacivanju revizije.<sup>67</sup>

## **5. RAZLOZI ZA „REVIZIJSKU“ NOVELU ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU**

Godine 2013., kada je Hrvatska bila pred ulaskom u Europsku uniju i tijekom predpristupnoga monitoringa za poglavlje 23. „Pravosuđe i temeljna prava“, Europska komisija je u svojim izvješćima navela kako se mora poduzeti više aktivnosti kako bi se smanjio veliki broj neriješenih predmeta i skratilo vrijeme trajanja sudskih postupaka u cilju poboljšanja načina vođenja predmeta, uz racionalizaciju mreže sudova i reformu pravne pomoći.<sup>68</sup> Potaknut navedenim izvješćem, hrvatski zakonodavac proveo je određene izmjene vezane za parnični postupak, ali one nisu urodile plodom koji se očekivao odnosno nije došlo do smanjenja broja predmeta, suđenja u razumnom roku te ubrzanja postupka.

Stoga se i danas postavlja pitanje novih izmjena i dopuna ZPP-a, pogotovo u dijelu koji propisuje reviziju. Novine uvedene 2003. godine zahtijevale su daljnje zahvate u odnosu na tijek postupka pa i na pravne lijekove, stoga su doneseni ZID 2008. i 2011. No, ni oni nisu bitno utjecali na učinkovitost rada VSRH-a. Sud je i dalje preopterećen predmetima u povodu podnesenih revizija i to ponajviše zbog preširoko otvorene mogućnosti pristupa VSRH-a preko revizije iz članka 382. stavka 2., čime se logično dovodi u pitanje učinkovito ostvarivanje njegove ustavne uloge. Navedeno stanje dovelo je do formiranja radne skupine pri Ministarstvu pravosuđa koja se,

65 Dika, M., *op. cit.*, str. 334.

66 *Ibid.*, str. 335.

67 *Loc. cit.*

68 Katić, D., *op. cit.*, str. 143-144.

svjesna problema s kojima se suočavaju suci VSRH, odlučila za hitnu „revizijsku“ novelu te ostavila izradu novoga cjelovitog teksta ZPP-a za primjereniji trenutak.

Kao što je prethodno navedeno, članak 382. stavci 1. i 2. ZPP-a, omogućavaju podnošenje tzv. redovne revizije u određenim slučajevima te, tzv. izvanredne revizije u gotovo svim vrstama parničnih i izvanparničnih postupaka, odnosno kada nije moguće podnijeti redovnu reviziju. No, kako to obično biva, stranke se mogućnošću podnošenja revizije neograničeno koriste premda su svjesni činjenice da VSRH u konkretnom predmetu neće intervenirati ako se ne radi o pitanju važnom za osiguranje jedinstvene primjene prava i jednakosti svih pred zakonom ili ako već postoji čitav niz revizijskih odluka, a pobijane odluke drugostupanjskih sudova su u svojim pravnim shvaćanjima podudarne shvaćanju revizijskog suda. Čak ako je podnesena revizija s takvim pitanjem, revizijski sud ju je dužan odbaciti s obrazloženjem da postavljeno pitanje ne smatra važnim za ujednačavanje sudske prakse (što razumljivo sucima oduzima vrijeme za odlučivanje o nekom pravnorelevantnom pitanju). Iz svega navedenog proizlazi da ta „revizijska novela“ treba unijeti radikalne promjene dosadašnjeg uređenja revizije i to tako da više ne bi bilo dviju vrsta revizije već samo jedna, koja bi s obzirom na pravnu prirodu nazvali „revizija po dopuštenju“ VSRH-a.<sup>69</sup> Navedeni model, koji će biti detaljno elaboriran u nastavku, dijelom je utemeljen na modelu iz postupovnog uređenja Slovenije, Njemačke i Austrije. Svrha je takvog uređenja revizije omogućiti da najviši sud u državi ostvaruje učinkovito svoju ustavnu ulogu ujednačavanja i razvijanja sudske prakse te da se bavi javnopravnim interesom. Naravno, time bi svjesno privatni interesi bili stavljeni po strani, što pravna doktrina smatra opravdanim.

Takav je prijedlog izazvao burne reakcije posebice odvjetnika koji smatraju da je takva revizija preradikalna te predlažu blaži prijelaz iz postojećeg uređenja uz zadržavanje redovne revizije uz povećanje vrijednosnoga kriterija. S druge strane, određena grupacija smatra da će se time onemogućiti pristup revizijskom sudu te povećati broj ustavnih tužbi. Drugi smatraju da bi se samo trebao iznova uvesti zahtjev za zaštitu zakonitosti kao paralelan pravni lijek. Kao temeljni stav protivnika ovakvoj izmjeni ZPP-a iznosimo stav Roberta Travaša koji smatra da će predloženo rješenje, kojim se ukida tzv. redovna revizija oslabiti pravnu sigurnost građana i oslabiti njihovo povjerenje u pravosuđe jer su izmjene usmjerene isključivo na umjetno smanjenje broja predmeta o kojima odlučuje VSRH.<sup>70</sup>

### **5.1. Treba li revizija biti u privatnom ili javnom interesu?**

S obzirom na buru izazvanih reakcija, potrebno je prvo odgovoriti na pitanje treba li revizija djelovati u privatnom ili javnom interesu, odnosno treba li „žrtvovati“ borbu za privatne interese kako bi se postigao boljitak cijele zajednice. Revizija se kao izvanredni pravni lijek, tradicionalno koncipirala kao pravni lijek s dvojakom funkcijom: osiguranja pravilne i zakonite odluke u konkretnom predmetu te ostvarivanja jedinstva u primjeni prava na cjelokupnom području njegova važenja.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> *Ibid.*, str. 145.

<sup>70</sup> Katić, D., *op.cit.*, str. 148.

<sup>71</sup> Bratković, M., *Revizija po dopuštenju: hrvatske dvojbe i slovenska iskustva*, Aktualnosti

Osiguranje pravilnosti i zakonitosti u pojedinom predmetu je u privatnom interesu stranaka, dok je ostvarivanje jedinstva u primjeni zakona na cjelokupnom području njegova važenja u javnom interesu, odnosno da revizijska shvaćanja najviše sudske instance doprinesu jedinstvenosti primjene prava. Kada bi VSRH bilo primarno ostvarivanje privatnoga interesa stranaka, sud bi stalno bio orijentiran na prošlost provjeravajući je li u konkretnom predmetu materijalno i procesno pravo bilo pravilno primijenjeno te bi li trebao intervenirati u slučaju bitnih povreda prava ukidanjem odluka nižih sudova ili preinakom istih tih odluka. S druge strane, kada bi se u fokus rada VSRH-a stavila javna funkcija suda, doprinijelo bi se jedinstvenosti primjene prava te bi u budućnosti do izražaja došla i predvidivost i konzistentnost sudske prakse koju bi putem revizije uspostavio VSRH.<sup>72</sup>

Ako prethodno navedena razmatranja povežemo s aktualnim uređenjem revizije, zaključujemo da je, tzv. redovna revizija u privatnom interesu, odnosno da joj je svrha kontrole zakonitosti i pravilnosti odluke drugostupanjskog suda protiv koje je bila izjavljena. Zapravo, ona je po svom sadržaju i funkciji ograničena žalba o kojoj odlučuje najviša sudska instanca u RH. S druge strane, funkcija tzv. izvanredne revizije ostvarenje je jedinstvenosti u primjeni prava i njegovu razvoju te bi VSRH kroz nju trebao ostvarivati svoju javnu funkciju.<sup>73</sup>

No, ostvaruje li VSRH doista svoje funkcije? Prema statističkim podacima za 2017. godinu VSRH imao je skoro 16.000 revizijskih predmeta od kojih je samo 12% bilo riješeno u tome razdoblju.<sup>74</sup> Iako se ta brojka čini premalom, nemoguće je da sudac građanskog odjela VSRH donese odluku u nekoliko stotina predmeta tijekom jedne godine. U tome nalazimo razloge zašto odluke suda ne održavaju onu razinu kvalitete koji se zahtjeva odnosno da njihove odluke nemaju onu kvalitetu kojom bi se doprinijelo ostvarivanju jedinstvene primjene prava.<sup>75</sup> Razlog tomu je i to što na VSRH opetovano dolaze predmeti sa sličnim činjeničnim supstratom koji su u nekoliko navrata riješeni. Kao primjer tomu navodi se broj od oko 60 usvojenih izvanrednih revizija u pogledu troškova parničnog postupka, 50-ak vezanih za pravo na plaću na radnom mjestu na kojem radi ili na kojem je radnik raspoređen, 40-ak prihvaćenih revizija u kojima se odlučivalo o troškovima a prijedlog za mirno rješavanje sporova, i to samo u razdoblju od 1. siječnja 2010. do 1. ožujka 2016.<sup>76</sup> Količinu predmeta koji cirkuliraju VSRH nemoguće je na adekvatan način proučavati, usustaviti i komentirati što je u doba napredne tehnologije paradoksalno. To je problem i nižim sudovima pa i odvjetnicima i njihovim strankama, ali i studentima pravnih fakulteta. Jedno od imperativa napretka svakako treba biti izrada kvalitetne i pregledne elektroničke baze

---

građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća, Split, 2016., str. 322.

72 *Ibid.*, str. 323.

73 *Loc. cit.*

74 Statističko izvješće o radu Vrhovnog suda RH za 2017. godinu, Vrhovni sud Republike Hrvatske., dostupno na: <http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=28>, 18.1.2018.

75 Bratković, *op.cit.*, str. 325.

76 Sudska praksa VSRH, dostupno na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/searchResults?courtType=7&ubDateFrom=08.01.2018&sortField=date&sortDirection=1>, 18.1.2018.

u kojoj bi se odluke suda lakše pronalazile i proučavale te bi na taj način odluke VSRH imale veći utjecaj na odluke nižih sudova čime bi se trebao smanjiti broj izjavljenih izvanrednih pravnih lijekova.

Kriza identiteta koja je zahvatila VSRH može se riješiti kada zakonodavac odluči treba li VSRH kontrolirati zakonitost i pravilnost što većeg broja nižestupajskih sudova ili se treba usmjeriti na uspostavljanje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni kako je propisano člankom 119. Ustava RH. Prema sadašnjem uređenju građanskog postupka, VSRH provodi svoju ustavnu zadaću upravo donošenjem odluka u povodu, tzv. izvanredne revizije koja se može izjaviti, ako se smatra da „odluka u sporu ovisi o rješenju nekoga materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni“.<sup>77</sup> Prihvati li se promjena paradigme u određenju uloge i funkcije VSRH i usmjeravanje samo na javnu funkciju te napuštanje dvostrukog kolosijeka u režimu revizije, možemo li se nadati poboljšanjima u radu VSRH?<sup>78</sup>

Podsjećamo da je, tzv. izvanredna revizija uvedena ZPP-om iz 2003. godine u cilju doprinosa ostvarivanja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni. Kao što je već prethodno istaknuto, svoju svrhu nije ispunila jer je po mišljenju stranaka i njihovih odvjetnika, prevelik broj izjavljenih revizija odbačen kao nedopušten, a VSRH se brani isticanjem kako većina revizija nije bila sastavljena na adekvatan način. Možemo li onda očekivati da ćemo ukidanjem „dvostrukog kolosijeka“ u režimu revizije te modificiranjem postojeće, tzv. izvanredne revizije postići uspjeh? Možemo, ali samo ako se osvijesti i promjena u koncipiranju revizije kao pravnoga lijeka te promjena u percipiranju uloge i funkcije VSRH. Drugim riječima, potrebno je da se naglasak u pristupu sudu sa zaštite prava stranaka u konkretnim predmetima prebacuje na javni interes osiguranja jedinstvene primjene prava i njegova razvoja.<sup>79</sup> VSRH u svojoj sadašnjoj situaciji preopterećenosti predmetima u kojima mora intervenirati u konkretne predmete zbog povreda materijalnog ili procesnog prava koje su se dogodile tijekom prvostupajskog i/ili drugostupajskog postupka, ostaje zakinut za vrijeme u kojemu bi donosio odluke koje bi doista doprinijele očuvanju jedinstvenosti u primjeni prava. Upravo zbog toga bi se VSRH trebala priznati samo javna funkcija kao osnovna. Navedenu promjenu paradigme Vrhovnog suda primijenio je i slovenski zakonodavac kada je krenuo u reformu režima revizije. Kada pogledamo rezultate slovenske reforme, broj predmeta koji su pristizali na Vrhovni sud Republike Slovenije (dalje: VSRS) nakon revizije opada što i jest bio cilj kako bi se VSRS omogućilo da može kvalitetno odlučivati u javnom interesu. Malen broj predmeta omogućuje koherentno, dobro obrazloženo i razumljivo odlučivanje u predmetima. Nadalje, taj maleni broj odluka omogućuje da su te odluke i javno dostupne te da ih stoga niži sudovi, odvjetnici, ali i studenti mogu poznavati, a pravni teoretičari svojim razmišljanjima pratiti. Iz gore izloženog, dolazimo do zaključka da ako su vrata VSRH-a otvorena više negoli je potrebno,

77 Čl. 382 .st. 2. ZPP

78 Bratković, M., *op. cit.*, str. 327.

79 *Ibid.*, str. 328.

ugrožavaju njegovu ustavnu zadaću osiguravanja jedinstva u primjeni prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.<sup>80</sup>

Kritičari, s druge strane, smatraju da se do rasterećenja VSRH može doći i povećanjem broja sudskih savjetnika, financijskom stimulacijom rada sudaca iznad propisane norme ili smanjenjem broja sudaca u vijećima dok se paradigmatički zaokret o ulozi VSRH uopće ne spominje. Te bi promjene dovele do smanjenja sudskih zaostataka, ali bi i dalje postojala hiperprodukcija odluka koje ne bi imale potrebnu kvalitetu jer ovise o važnosti postavljenih pravnih pitanja, a problem neujednačenosti prakse suda bi se čak i povećao.<sup>81</sup> Potrebno je istaknuti kako RH pripada krugu europskih zemalja s vrlo velikim brojem sudaca vrhovnog suda u odnosu na broj stanovnika, njih 37 od čega 22 radi u građanskom odjelu.<sup>82</sup> Smatra se da navedeno nije realno jer toliki broj ljudi udovoljava najvišim stručnim i etičkim zahtjevima koje pretpostavlja pozicija.<sup>83</sup>

Nakon svega iznesenog, smatra se da je RH doista potreban paradigmatički zaokret ka djelovanju VSRH u javnom interesu kako bi se na adekvatan način mogao posvetiti funkciji osiguranja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.

## 6. REVIZIJA PO DOPUŠTENJU VSRH-A

Nit vodilja kojom se hrvatski zakonodavac treba voditi pri budućim izmjenama ZPP-a u pogledu revizije zapravo je temeljna ustavna zadaća VSRH. On kao najveći autoritet u suđenju svoju zadaću ne treba ispunjavati kroz „kasatorna“ ovlaštenja žalbenih sudova nego tako da dopušta postavljanje onih pravnih pitanja koja će doprinijeti jedinstvenoj primjeni prava i ravnopravnosti svih te razvoju prava kroz praksu.<sup>84</sup> Istina je da bi se, ako ova reforma bude provedena, pravo na pristup VSRH ograničilo, što bi moglo značiti povredu Ustava RH i EKLJP-a, ali to je slučaj i sada. Garancije koje nam daju Ustav RH i EKLJP nesporno se odnose i na postupke pred Vrhovnim sudom, ali nam praksa i iznesena stajališta ističu kako je ograničavanje pristupa sudu legitiman cilj u interesu pravosuđenja u svrhu osiguravanja jedinstvene primjene prava. Iz toga proizlazi kako prethodno odlučivanje o dopuštenju pristupa Vrhovnom sudu<sup>85</sup> nije protivno konvencijskom pravu te da se time omogućuje VSRH

80 *Ibid.*, str. 330.

81 *Ibid.*, str. 331.

82 Vrhovni sud Republike Hrvatske, dostupno na: <http://www.vsrh.hr/easyweb.asp?pcpid=42>, 21.1.2018.

83 Jedan sudac VSRH dolazi na preko 100.000 ljudi, dok je u drugim zemljama omjer jedan sudac Vrhovnog suda na 200.000 do 500.000 ljudi.

84 Katić, D., *op.cit.*, str. 158.

85 Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a, Članak 50.: „Članak 382. mijenja se i glasi: „Protiv pravomoćne presude donesene u drugom stupnju, stranke mogu podnijeti reviziju u roku od 30 dana od primitka odluke revizijskog suda o dopuštenosti revizije.

Sud će dopustiti reviziju ako se može očekivati odluka o nekom pravnom pitanju koje je važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava kroz sudsku praksu, a osobito:

- ako je riječ o pravnom pitanju o kojem odluka suda drugog stupnja odstupa od prakse

da odgovornije ispunjava svoju ustavnu zadaću što pozitivno utječe na ostvarivanje ljudskih prava.<sup>86</sup>

Revizijski postupak služi ostvarivanju objektivno važnih ciljeva pravne stečevine u cijelosti ujednačavanjem i razvojem sudske prakse i osiguravanjem jednakosti pred zakonom te štiti opće interese. Subjektivni interesi se pritom štite tek posredno. Takva bi revizija ojačala ulogu VSRH-a budući se time povećava predvidljivost pravnih normi što dovodi do pravne sigurnosti građana. Dokidanjem, tzv. redovne revizije prema sadašnjem uređenju ZPP-a, kojom počinje svojevrсни trećestupanjski postupak u povodu povrede određaba materijalnog i/ili postupovnog prava, rasteretiti će se ne samo VSRH već i USRH, a naposljetku i ESLJP. Slijedom navedenoga, postupak odlučivanja u povodu prijedloga za dopuštenje revizije u svojoj biti nije usmjeren na zaštitu individualnih pravnih interesa stranaka koji trebaju biti ostvareni tijekom redovnog postupka pred sudovima prvoga i drugoga stupnja. To uključuje pravo na učinkovito i nepristrano suđenje odnosno suđenje u razumnom roku, pravo na obrazloženu sudsku odluku te učinkovit pravni lijek.<sup>87</sup>

Stranka bi trebala posegnuti za revizijom kao izvanrednim pravnim lijekom kako bi potaknula interes javnosti za svoj slučaj kroz opće pravno pitanje čije rješenje u konačnici može njoj donijeti određenu korist. Na taj način će podnositelj ostvariti simbiozu objektivne važnosti predmeta i svog subjektivnog interesa te jednakost pred zakonom i pravnu sigurnost. Upravo zbog toga, odluka kojom se prijedlog za podnošenje revizije odbija i ne dopušta revizija, nije potrebno obrazlagati već je dovoljno da se pozove na nedostatak razlog iz pravne norme u kojoj su propisane pretpostavke za dopustivost. Stranci je, dakle, u slučaju da odbaci reviziju ili odbije prijedlog za dopuštenje revizije jer postavljeno pravno pitanje nije važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih pred zakonom, rečeno da je u njenoj pravnoj stvari dobro suđeno te da nema razloga za intervenciju. Naravno, gore navedeno pretpostavlja puno povjerenje u nepristranost i stručnost sudaca koji su odlučivali u konkretnom predmetu.<sup>88</sup>

Hrvatski zakonodavac, vođen svim gore navedenim donio je Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku<sup>89</sup> (dalje: NP ZID

---

revizijskog suda, ili

- ako je riječ o pravnom pitanju o kojem nema prakse revizijskog suda, pogotovo ako sudska praksa viših sudova nije jedinstvena, ili

- ako je riječ o pravnom pitanju o kojem sudska praksa revizijskog suda nije jedinstvena, ili

- ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje i presuda se drugostupanjskoga suda temelji na tom shvaćanju, ali bi – osobito uvažavajući razloge iznesene tijekom prethodnoga prvostupanjskoga i žalbenoga postupka, zbog promjene u pravnom sustavu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumima te odlukom Ustavnoga suda Republike Hrvatske, Europskoga suda za ljudska prava ili Europskog suda – trebalo preispitati sudsku praksu.” Dostupno na: <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=3184>. 21.1.2018.

86 Bratković, M., *op.cit.*, str. 332.

87 Katić, D., *op.cit.*, str. 159.

88 *Loc. cit.*

89 Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, dostupno na: <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=3184>, 21.1.2018.

ZPP). Tim izmjenama postojala bi samo monotipska revizija, revizija po dopuštenju, koja bi bila dopuštena samo ako se odluka donosi o nekom pravnom pitanju važnom za osiguranje jedinstvene primjene prava ili ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava kroz sudsku praksu. Dakle, brisane bi bile odredbe vezane za tzv. redovnu reviziju koju poznaje sadašnji ZPP. Bitne promjene prevedene NP ZID ZPP-om odnose se i na postupak u povodu revizije: prvo bi se u povodu revizije odlučivalo o njevoj dopuštenosti, pa tek onda u drugom dijelu postupka o osnovanosti.<sup>90</sup> Postupak bi započinjao podnošenjem prijedloga za dopuštenje revizije prvostupanjskom sudu, pa ako on bude dopušten pokreće se odlučivanje o osnovanosti pred vijećem revizijskog suda.

Kad u povodu prijedloga za dopuštenje revizije odlučuje o dopustivosti revizije, peteročlano vijeće VSRH će dopustiti reviziju ako se može očekivati odluka o nekom pravnom pitanju koje je važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava putem sudske prakse (prijedlog novog čl. 382. st. 2. ZPP<sup>91</sup>). Iz odredbe proizlazi zakonska obveza VSRH-a da dopusti reviziju u tom slučaju, ali i da ne smiju dopustiti reviziju ako nisu ispunjene sve zakonske pretpostavke. Nekolicina smatra da se time sudu daje prevelika sloboda, odnosno da prema diskrecijskoj ocjeni procjenjuje hoće li neki revizijski predmet uopće uzeti u rad. Tomu u prilog ide i zakonska odredba koja određuje da je, u slučaju da se prijedlog za podnošenje revizije odbija, dovoljno samo određeno pozivanje na nedostatak pretpostavki za podnošenje revizije, a pravni lijek u tom slučaju nije dopušten. VSRH je dužan po zakonu dopustiti reviziju ako se može očekivati odluka o nekom pravnom pitanju koje je važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava kroz sudsku praksu.<sup>92</sup> Prema NP ZID ZPP-a člankom 51. kojim se mijenja sadašnji članak 382., „Sud će dopustiti reviziju ako se može očekivati odluka o nekom pravnom pitanju koje je važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava kroz sudsku praksu, a osobito:

- ako je riječ o pravnom pitanju o kojem odluka suda drugog stupnja odstupa od prakse revizijskog suda, ili
- ako je riječ o pravnom pitanju o kojem nema prakse revizijskog suda, pogotovo ako sudska praksa viših sudova nije jedinstvena, ili
- ako je riječ o pravnom pitanju o kojem sudska praksa revizijskog suda nije jedinstvena, ili
- ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje i presuda se drugostupanjskoga suda temelji na tom shvaćanju, ali bi – osobito uvažavajući razloge iznesene tijekom prethodnoga prvostupanjskoga i žalbenoga postupka, zbog promjene u pravnom sustavu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumima te odlukom Ustavnoga suda Republike Hrvatske, Europskoga suda za ljudska prava ili Europskog

90 Dika, M., *O nekim novinama u uređenju parničnog postupka prema Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz svibnja 2016. –revizija*, Zagreb, Informativator, broj 6424, str. 2.

91 Vidi fusnotu 85.

92 Bratković, M., *op .cit.*, str. 333-4.

suda – trebalo preispitati sudsku praksu.”<sup>93</sup>

Među slučajevima u kojima bi revizijski sud (uvijek) trebao dopustiti reviziju primjećujemo da je uveden novi razlog, a to je nejedinstvena sudska praksa VSRH što je bilo potrebno jer u nekim stvarima ni danas nije usuglašena sudska praksa, a da o tom pitanja još nije zauzeto pravno shvaćanje na sjednici građanskog odjela najvišeg suda.<sup>94</sup>

Što se tiče mišljenja kako će se sucima VSRH dopustiti donošenje odluke o dopustivosti revizije na diskrecijski način, dovoljno je istaknuti da bi se takvom onda mogla smatrati svaka odluka u kojoj sud primjenjuje pravnu normu koja sadrži generalnu klauzulu, pravni standard ili neku značenjski širu pravnu normu. Naravno, značenje generalnim klauzulama i pravnim standardima daje VSRH koji će nužno morati dati objektivne kriterije prema kojima odlučuje koja pravna pitanja zaslužuju angažman najvišeg suda u državi. Daljnji problem koji iznose protivnici proizlazi iz činjenice da je dovoljno samo pozivanje na nedostatak pretpostavki za podnošenje revizije bez detaljne elaboracije razloga odbijanja prijedloga. Navedeno ne znači da je odluka bez detaljnog obrazloženja diskrecijska, već služi VSRH kao mehanizam kako bi svoj rad mogao usmjeriti na doista važna pitanja za osiguranje jedinstvene primjene prava i njegova razvoja (što „ruku na srce“ ne znači da neće doći do zloupotrebe). Strah da će suci VSRH zloupotrijebiti ovlast neobrazloženog odbijanja prijedloga za dopuštenje revizije radi vlastitog rasterećenja, bez obzira na važnost postavljenog pitanja, rezultat je niskog povjerenja građana u sudstvo, čak i prema radu VSRH-a. To se može promijeniti uvjerljivošću i snagom argumenata u odlukama koji dolaze od iskusnih pravnih stručnjaka s istaknutim etičkim načelima i stručnošću.<sup>95</sup> Istaknute kritike na koje smo se osvrnuli ne možemo shvatiti toliko ozbiljno zato jer je slično postupanju postojalo i u slučaju izvanredne revizije, prema sadašnjem uređenju ZPP-a, kada postavljeno pravno pitanje nije bilo važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.

### **6.1. Utjecaj razdvajanja odlučivanja o dopustivosti i osnovanosti revizije na funkcionalnost postupka**

NP ZID ZPP u članku 52. kojim se dodaje članak 382. b koji propisuje da „o dopuštenosti revizije Vrhovni sud Republike Hrvatske odlučuje na temelju prijedloga stranke da se dopusti podnošenje revizije“.<sup>96</sup> Prijedlog se podnosi sudu prvog stupnja u roku od 30 dana od primitka drugostupanjske presude. Prema tome, na stranci je da inicira djelovanje suda u njenom slučaju odnosno da sud, ako dopusti podnošenje revizije, u drugom dijelu postupka u kojemu odlučuje o osnovanosti revizije odluči o pravnom pitanju. Neki diobu postupka na fazu odlučivanja o osnovanosti revizije i fazu u kojoj se odlučuje o njenoj osnovanosti ocjenjuju nefunkcionalnom i neekonomičnom jer zauzimaju stajalište da je potrebno podnijeti jedinstveni podnesak

93 Čl. 51. NP ZID ZPP.

94 Katić, D., *op.cit.*, str. 161.

95 Bratković, M., *op. cit.*, str. 335.

96 Čl. 52. NP ZID ZPP.



u kojem bi stranka iznijela i razloge njene dopuštenosti i osnovanosti.<sup>97</sup>

S obzirom na upućene kritike reforme revizije koja ide u ovome smjeru, možemo reći da se ne razumije, u potpunosti, razlika između podneska kojim se traži dopuštenje za podnošenje revizije i same revizije. NP ZID ZPP navodi kako je na stranci da u prijedlogu za dopuštenje revizije određeno postavi pravno pitanje zbog kojeg predlaže da joj se dopusti podnošenje revizije te da određeno izloži razloge zbog kojih ona smatra da ju treba dopustiti. Svrha je prijedloga da se opravda intervencija revizijskog suda u općem interesu jer je postavljeno pitanje važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni.<sup>98</sup> Drugim riječima, potrebno je uputiti na nejedinstvenost sudske prakse, odstupanje od te prakse ili važnost pravnog pitanja za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava putem sudske prakse.<sup>99</sup> Uz prijedlog stranka je dužna dostaviti i prvostupanjsku te drugostupanjsku presudu, kao i odluke sudova na koje se poziva ili određeno naznačiti odluke sudova na koje se poziva.<sup>100</sup> NP ZID ZPP propisuje da će u odluci kojom se dopušta reviziju, revizijski sud navesti u kojem dijelu i u odnosu na koje određeno pravno pitanje dopušta podnošenje revizije. Slijedom toga dolazimo do zaključka da se revizija neće dopustiti ako prijedlog za dopuštenje revizije ne sadrži pravno pitanje. Pitanja se mogu preformulirati i u jedno ako ih je više pri čemu sud ima izvjesnu slobodu uređivanja postavljenog pitanja i da ga onda kao takvo, u interesu razvoja prava kroz sudsku praksu, naznači u odluci kojom se revizija dopušta.<sup>101</sup> Ako VSRH dopusti reviziju, stranka je ovlaštena u dodatnom roku izjaviti reviziju u kojoj će detaljno elaborirati svoja pravna stajališta u vezi s materijalnopравnim i/ili procesnopравnim nezakonitostima presude protiv koje izjavljuje reviziju te je dužna pozivati se na propise i druge izvore prava koji se odnose na to pitanje.<sup>102</sup> Tada treba napisati sve ono što bi se inače isticalo u redovnoj reviziji, ali uvijek u granicama pravnog pitanja zbog kojeg je revizija dopuštena. Sudu, koji je pokazao interes za intervencijom u konkretnom predmetu, potrebno je određeno navesti i obrazložiti razloge koji će opravdati reviziju u konkretnom predmetu u njezinu privatnopравnom interesu.<sup>103</sup>

Iako se na prvi pogled takvo uređenje revizije može činiti kao nepotrebno dupliranje posla i za stranke, a i za VSRH, ali treba se imati na umu kako će samo dio tih prijedloga biti prihvaćen. Ove izmjene utjecat će i na naknade za rad odvjetnika, odnosno trebalo bi uvesti posebnu odvjetničku tarifu za sastavljanje prijedloga za dopuštenje revizije koja treba biti niža od one propisane za sastavljanje revizije. Strankama će time biti olakšano s ekonomske strane ako njihov prijedlog za dopuštenje revizije bude odbijen pa neće morati platiti i tarifu za sastavljanje revizije. Time bi se riješio i problem kvalitete podnesaka odvjetnika pogotovo što se tiče sastavljanja izvanrednih revizija, kojima je manjkalo pozivanje na sudsku

97 Bratković, M., *op. cit.*, str. 344.

98 Katić, D., *op. cit.*, str. 162.

99 *Loc. cit.*

100 Čl. 52. NP ZID ZPP.

101 Katić, D., *op. cit.*, str. 164.

102 Bratković, M., *op. cit.*, str. 345.

103 Katić, D., *op. cit.*, str. 164.

praksu, citiranje stručnih i znanstvenih radova te nedostatne argumentacije. Svjesni smo i poteškoća u pronalaženju odluke potrebne za kvalitetno sastavljanje revizije, jer dostupni pretraživači ne udovoljavaju uvjetima. Dakle, potrebno je i ustrojavanje nove ili poboljšavanje funkcionalnosti i praktičnosti postojećih javno dostupnih baza i pretraživača sudske prakse, uz obvezu sudova da svoje odluke unose u njih.<sup>104</sup>

Sastavljanje je revizije zahtjevan posao za koji je potreban trud i stručnost odvjetnika. Takvom diobom revizijskog postupka, odvjetnici će biti motivirani pri sastavljanju prijedloga za dopuštenje revizije koji bi kasnije doveo do podnošenja i revizije. Svakako, oni trebaju odmah na početku procijeniti izglednost uspješnosti revizije i upozoriti stranku kako se ne bi izlagala nepotrebnim troškovima, pri čemu vrše određenu selekciju predmeta koji dolaze pred VSRH.

## **6.2. Odlučivanje o dopustivosti i osnovanosti revizije**

Dvodioba revizijskoga postupka koja je predložena NP ZID ZPP-a ne razlikuje se toliko od postupka koji i sada provodi VSRH u povodu revizije. I danas sud prvo ocjenjuje dopustivost revizije, a tek potom njenu osnovanost. Ako se prihvati odvajanje postupka, posao VSRH-a bit će lakši jer će na pregledniji način biti izneseni razlozi koji po mišljenju podnositelja opravdavaju dopustivost, a u reviziji razlozi koji opravdavaju njenu osnovanost.

Kao i prema sadašnjem uređenju revizije, kada se podnosi prvo stupanjskom sudu, tako će i sada prijedlog za dopuštenje revizije prvo ići na adresu prvostupanjskog suda, koji će potom pravodoban prijedlog dostaviti protivnoj strani te umješaču.<sup>105</sup> Time i dalje prvostupanjski sud ima zadaću zaprimati i otppravljati podneske što, možemo reći, odugovlači postupak. Prema nekima dvojbena je i odredba koja propisuje uključivanje protivne stranke u postupak i prije nego se odluči o dopustivosti revizije. Smatra se da se, tek kada peteročlano vijeće odluči o dopustivosti revizije i nakon što ju stranka podnese, poštujući načelo kontradiktornosti, može omogućiti protivnoj stranci da se uključi u postupak i poslati joj reviziju na odgovor.<sup>106</sup> Peteročlano vijeće VSRH-a odlučuje o dopustivosti revizije na temelju prijedloga stranke i uz njega priloženih presuda. Pravni stručnjaci stoje pri mišljenju da je teško na takav način odlučiti o važnosti postavljenog pitanja bez izučavanja konkretnog predmeta, dok drugi smatraju da je odluku o važnosti postavljenog pitanja za osiguravanje javne funkcije VSRH moguće donijeti i samo uz priložene presude. Zadatak suda odnosno vijeća je u toj fazi, samo utvrđivanje relevantnost postavljenog pravnog pitanja za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni ili za razvoj prava kroz sudsku praksu. Ovime dolazimo do drugog pitanja koje se postavlja, odnosno može li se odluka o važnosti nekog pitanja odvojiti od odluke jesu li nižestupanjski sudovi to pitanje pravilno riješili te je li tim odlukama povrijeđeno materijalno i/ili procesno pravo. S obzirom na dvojnost revizijskog postupka, opravdanim se smatra odvojeno odlučivanje o dopustivosti revizije od odlučivanja o njezinoj osnovanosti, pa se stoga trebaju odvojiti i podnesci kojima stranke iniciraju

104 Bratković, M., *op. cit.*, str. 345-346.

105 Čl. 52. NP ZID ZPP kojim se mijenja čl. 382. st. 2. i 4.

106 Bratković, M., *op.cit.*, str. 347.

pojedine faze odlučivanja.<sup>107</sup>

Također, treba istaknuti da predviđena „štura“ obrazloženja rješenja od (ne) dopustivosti revizije ne bi trebala utjecati na brzinu postupaka pred sudom. Time će stranka u relativno kratkom roku saznati je li njezin prijedlog za dopustivost revizije usvojen. Jedino što može utjecati na vremenski rok je zapravo brzina prvostupanjskoga suda. Strankama, isto tako, mora biti jasno da odluka o dopuštenosti revizije ne znači da se VSRH slaže ili ne slaže s odlukama nižih sudova niti strankama može ukazivati na stav koji će zauzeti u svojoj odluci. I ako drugostupanjska odluka odstupa od prethodno zauzetog stajališta VSRH-a, može s dogoditi da upravo ta drugostupanjska odluka inicira preispitivanje postojeće sudske prakse po tom pravnom pitanju te da rezultira sa zauzimanjem stava koji je zauzet u drugostupanjskoj odluci. Slična situacija može se dogoditi i ako su različite prakse drugostupanjskih sudova, a da VSRH još uvijek o tome nije zauzeo određeno stajalište. Za očekivati je da će sud iskorištavati svaku priliku u kojoj može izraziti pravna mišljenja o postavljenim pravnim pitanjima. Potrebno je još napomenuti kako nepravilna i/ili nezakonita odluka ne jamči da će revizija protiv nje biti dopuštena, osim ako je postavljeno pravno pitanje potrebno u javnom interesu raspraviti. Jedino kada bi revizija uvijek morala biti dopuštena je situacija u kojoj se podnositelj poziva na to da mu je tijekom prethodnih postupaka povrijeđeno neko Ustavom RH-a ili EKLJP-a zajamčeno pravo.<sup>108</sup>

Sve u svemu, revizija kao izvanredni pravni lijek bit će dopuštena, samo ako će njenim rješavanjem biti postignuto saniranje povreda ne samo u privatnom interesu stranaka nego i u javnom interesu kako bi se očuvala pravna sigurnost i mir. Revizija neće uvijek biti dopuštena ni zbog svih apsolutno bitnih odredaba parničnom postupka, već u situacijama u kojima se može pridonijeti osiguranju jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni te za razvoj prava kroz sudsku praksu.

## **7. BRISANJE INSTITUTA ODGOVORA NA ŽALBU I REVIZIJU KAO INSTITUTA PARNIČNOG POSTUPKA**

Kao jedan od većih problema s kojima se susrećemo analizirajući problematiku parničnog postupka, Jelušić u svom radu<sup>109</sup> teoretizira o odgovoru na žalbu i reviziju te postavlja pitanje jesu li nam ti instituti doista potrebni za donošenje pravilne i zakonite odluke. Smatramo da je i to potrebno proučiti jer bi se nauštrb načela kontradiktornosti i načela saslušanja stranaka eventualno došlo do bržeg i ekonomičnijeg postupka.

Odgovor na žalbu te odgovor na reviziju regulirani su tek kroz nekoliko članaka. Prvi se pronalazi na samom početku ZPP-a u dijelu u kojemu se propisuju temeljne okosnice uređenja ZPP-a - načelo kontradiktornosti i načelo saslušanja stranaka kojima se jamči strankama postupka mogućnost izjašnjavanja o zahtjevima

<sup>107</sup> *Ibid.*, str. 348.

<sup>108</sup> *Ibid.* str. 349.

<sup>109</sup> Jelušić, D., *Odgovor na žalbu i reviziju – (ne)potrebni instituti parničnog procesnog prava*, IUS-INFO, dostupno na: [https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph\\_proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?3\\_fSOPI=3dCLN20V01D2017B1057=26Doc=3dCLANCI\\_HR,19.1.2017](https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph_proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?3_fSOPI=3dCLN20V01D2017B1057=26Doc=3dCLANCI_HR,19.1.2017).

i tvrdnjama protivne stranke.<sup>110</sup> Kao produkt navedenih načela u člancima 359. i 390. ZPP-a propisani su odgovor na žalbu i odgovor na reviziju kao alati kojim stranke imaju mogućnost intervenirati u daljnji postupak u povodu konkretne pravne stvari. Nadalje, ZPP propisuje obvezu prvostupanjskog suda da primjerak pravodobne, potpune i dopuštene žalbe dostavi protivnoj stranci koja, u roku od osam dana odnosno 15 dana računajući od dana primitka žalbe odnosno revizije, može podnijeti odgovor na žalbu odnosno revizije primjerak, kojeg nadležni prvostupanjski sud u neodređenom roku, mora dostaviti žalitelju odnosno revidentu.<sup>111</sup> U nastavku, ZPP propisuje da prvostupanjski sud nepravodobno podneseni odgovor na žalbu odnosno reviziju neće odbaciti nego ga mora dostaviti instancijskom sudu koji ga je pri odlučivanju dužan uzeti u obzir ukoliko je to još moguće.<sup>112</sup> Također je nužno istaknuti kako je rok za podnošenje odgovora na žalbu osam odnosno revizije 30 dana, a za podnošenje žalbe 15, a odgovora na reviziju 15 dana. No, odredbe kasnije propisuju da će prvostupanjski sud nepravodobni i nepravovremeni odgovor na žalbu ili reviziju dostaviti drugostupanjskom odnosno revizijskom sudu te da će ga on uzeti u obzir ako je to moguće. Iz svega toga proizlazi kako je rok za žalbu/reviziju prekluzivan, a rok za podnošenje odgovora na žalbu/reviziju instruktivan, odnosno da je pravo na odgovor na žalbu/reviziju procesnopravno privilegirano u odnosu na pravo na žalbu/reviziju bez opravdanog, objektivnog i razumnog razloga ili legitimnog cilja.<sup>113</sup>

Razlozi zbog kojih Jelušić i njegovi istomišljenici smatraju da je potrebno isključiti ova dva, po njima, nepotrebna instituta bit će navedeni u nastavku. Oni polaze od pretpostavke da stranka koja se aktivno procesno postavi ima od početka pa do kraja postupka dovoljno puta mogućnost da se i usmeno i pismeno pravno referira na činjeničnu i pravnu argumentaciju protustranke o bilo kojem pravnom ili činjeničnom navodu. Stranka koja se na takav način postavila tijekom parnice, može u odgovoru na žalbu odnosno reviziju samo ponavljati svoju pravnu argumentaciju koju je iznosila i prije. S druge strane, stranka koja se pasivno procesno postavila, ako parnica i dođe do te procesne faze, očekuje se da neće niti onda posegnuti za propisanim procesnim institutima. Kada to tako sagledamo, onda uklanjanjem instituta odgovora na žalbu i reviziju ni na koji način ne bi bila povrijeđena načela kontradiktornosti i saslušanja stranaka, odnosno stranke ne bi bile onemogućene da raspravljaju o bilo kojem spornom procesnopravnom ili materijalnopravnom pitanju ili bilo kojoj spornoj činjenici.<sup>114</sup> Daljnji argument koji ide na ruku pobornicima brisanja ova dva instituta je i činjenica kako se u žalbi i reviziji ne mogu iznositi nove činjenice i dokazi, kao ni prigovori osim onih iznimno zakonom omogućenih.<sup>115</sup> Gledajući s administrativne strane, normativnom eliminacijom instituta, postupak bi bio kraći samo zbog nestanka rokova za njihovo podnošenje ali onda ne bi bilo potrebe za procesnim fazama po pojedinim sudskim instancama kako što je sada slučaj (podnošenje odgovora na

110 Čl. 5. st. 1. ZPP-a, čl. 5. „Sud će svakoj stranci dati mogućnost da se izjasni o zahtjevima i navodima protivne stranke.“

111 Jelušić, D, *op. cit.*

112 Čl. 359. ZPP.

113 Jelušić, D., *op. cit.*

114 *Loc. cit.*

115 Čl. 352. u vezi s čl. 387.

žalbu / reviziju prvostupanjskom sudu, pa dostavljanje instancijom sudu, podnošenje dodatnih očitovanja o navodima u odgovorima na žalbu / reviziju). Kao posljednji razlog nepotrebnosti instituta odgovora na žalbu i odgovora na reviziju svrhovito je navesti sudsku praksu. Naime, suci drugostupanjskog i revizijskog suda svoj stav o nepotrebnosti ovih instituta zauzeli su kroz (ne)odmjeravanje odvjetničke nagrade za sastavljanje tih dviju pisanih radnji. Ne može se reći da takve odluke ne postoje već se pojavljuju kao iznimka koja potvrđuje pravilo da drugostupanjski sudovi i revizijski sud sporedni zahtjev, odnosno traženje osnovom naknade troškova postupka za navedene odvjetničke radnje, u pravilu, odbijaju uz uvijek identično obrazloženje da navedene radnje nisu bile potrebne za vođenje postupka. Navedeno s razlogom demotivira odvjetnike da poduzimaju te pravne radnje, jer su okarakterizirane kao nepotrebne za vođenje postupka te zbog činjenice da neće biti plaćeni za te radnje, iako im Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika to jamči.<sup>116</sup>

Zaključno, smatramo da je potrebno i sve gore iznesene činjenice detaljno analizirati pri izradi budućih izmjena i dopuna ZPP-a. Sadašnja svrha i smisao postojanja procesnih instituta odgovora na žalbu i odgovora na reviziju nije opravdana nekim objektivnim, razumljivim i razumnim razlozima, osobito kada se sagleda kroz prizmu razloga koje su navedeni radi obrazlaganja nužnosti normativne eliminacije instituta iz ZPP-a.

## **8. PROBLEM NEUJEDNAČENOSTI SUDSKE PRAKSE NA RELACIJI VSRH - ŽUPANIJSKI SUD - OPĆINSKI SUD**

Jedan od najvećih problema koji se moraju hitno riješiti u hrvatskom pravosudnom sustavu je neujednačenost sudske prakse na svim razinama kako bi se postigla ujednačena primjena zakona te jednakost i ravnopravnost svih, naravno uz razmjerno dugo trajanje sudskog postupka. Navedeni problem svakim danom postaje sve veći iako postoji i sada institut izvanredne revije radi osiguravanja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih no zbog rigoroznih pretpostavki za podnošenje nije pridonio rješavanju problema.

Hrvatski zakonodavac je stoga krenuo u reformu vezanu za nadležnost sudova te donio Zakon o područjima i sjedištima sudova (dalje: ZPSS).<sup>117</sup> Tim je zakonom smanjen broj općinskih i županijskih sudova, ali najvažnija izmjena sustava vezana je za nadležnost žalbenih sudova. Prema ovome zakonu, za odlučivanje o žalbama protiv odluka svih općinskih sudova ostalim građanskim predmetima određuje se svaki županijski sud,<sup>118</sup> dok će se odluka o tomu kojem županijskom sudu će se dodijeliti određeni predmet u drugostupanjski postupak donositi elektroničkom nasumičnom dodjelom primjenom odgovarajućeg algoritma. Predviđa se da ovakva dodjela predmeta neće biti problem za stranke postupka, budući da se u žalbenim postupcima rasprave i javne sjednice samo iznimno zakazuju te nije potreban dolazak stranke na sud.

<sup>116</sup> Jelušić, D., *op. cit.*

<sup>117</sup> Zakon o područjima i sjedištima sudova, (Narodne novine br. 128/14).

<sup>118</sup> Čl. 4. st. 4. ZPSS.

Razlog zbog kojeg se odlučilo na ovaj korak navode činjenicu da je takvom organizacijom svaki županijski sud u okviru svoje mjesne nadležnosti stvarao vlastitu sudsku praksu, pa se događa da u sličnim predmetima različiti županijski sudovi donose različite odluke. No, kada navedeno promotrimo iz drugog ugla, dolazimo do zaključka da se pred županijskim sudovima u tom slučaju vršila primarna korekcija razlika pri interpretaciji zakona od strane prvostupanjskih sudova na tom području kroz zauzeta pravna shvaćanja. Takva visoka protočnost predmeta između općinskih i nadležnog županijskog suda omogućuje razmjerno učinkovito ujednačavanje sudske prakse na toj osnovnoj razini. Konačno ujednačavanje sudske prakse između različitih županijskih sudova i ujednačena primjena zakona na cijelom državnom području trebaju biti postignuti odlučivanjem VSRH-a o revizijama protiv odluka županijskih sudova.<sup>119</sup> Međutim, svjesni smo strogih pretpostavki koje važe za izjavljivanje revizije kao izvanrednoga pravnog lijeka, onog lijeka koji je u službi ujednačavanja sudske prakse na području cijele države.

Zakonodavac je odlučio dokinuti neujednačenosti sudske prakse, ali i doprinijeti ravnomjernijoj radnoj opterećenosti sudova donošenjem ZPSS-a. No, kako je novi ustroj utjecao za problematiku neujednačene sudske prakse? Županijski sudovi i dalje nastoje ujednačeno odlučivati u istim ili sličnim predmetima, ali to ne znači da će nestati i neke posebne prakse pojedinoga županijskog suda. Ovim promjenama došlo je do nemogućnosti utjecanja županijskog suda na ujednačavanje prakse općinskih sudova na novoosnovanim pravosudnim područjima budući da o žalbama protiv njihovih odluka odlučuju svi županijski sudovi te se može očekivati povećanje stupnja neujednačenosti sudske prakse na lokalnoj razini. Što se tiče državne razine, smatramo da je stupanj neujednačenosti prakse sudova ostao neujednačen, a to je bio problem kojeg je bilo nužno riješiti. Razlike u praksama županijskih sudova su neizbježna posljedica primarnog ujednačavanja sudske prakse. Tu bi trebala doći do izražaja uloga VSRH-a koji bi svojim autoritetom osigurao učinkovito sekundarno ujednačavanje prakse županijskih sudova kroz dobro organiziran sustav i temelje za ujednačenu primjenu zakona.<sup>120</sup>

Nakon analize i uočenih problema, smatramo da je potrebno iznijeti razmišljanja vezana za sustav koji bi maksimalno učinkovito ujednačavao sudsku praksu na relaciji općinski sudovi - županijski sudovi - VSRH. Maksimalno učinkovito ujednačavanje sudske prakse podrazumijeva da nema dvojnosti između primarnog i sekundarnog ujednačavanja, već se ujednačavanje provodi odmah u žalbenom postupku. To je moguće samo ako postoji jedan jedinstveni žalbeni sud s dobro koordiniranim žalbenim vijećima. I u takvom ustroju postoji mjesto za najviši sud koji bi u povodu revizija eventualno mogao korigirati stajališta žalbenog suda.<sup>121</sup> Takav ustroj ne bi išao prema destrukciji postojećeg učinkovitoga sustava, već k jačanju sekundarnog ujednačavanja prakse koji se mogu postići bolje reguliranim pretpostavkama za

119 Stokić, M., Izgledi za učinkovitije ujednačavanje sudske prakse uslijed nove mjesne nadležnosti žalbenih sudova, IUS-INFO, dostupno na: [https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph-proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article.aspx=3fSOP1=3dCLN20V01D2014B723=26Doc=3dCLANCI\\_HR, 11.1.2018.](https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph-proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article.aspx=3fSOP1=3dCLN20V01D2014B723=26Doc=3dCLANCI_HR, 11.1.2018.) Content.

120 *Loc. cit.*

121 *Loc. cit.*

izjavljivanje revizije kao izvanrednog pravnog lijeka čiji je funkcija osiguranje jedinstvene primjene zakona te povećanjem kapaciteta VSRH-a, kako bi se brže došlo do potrebnih rezultata.

## **9. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA**

Nakon sveobuhvatne analize i interpretacije tematike ovoga rada, možemo izvesti nekoliko zaključaka. Sadašnje uređenje instituta revizije onemogućava da Vrhovni sud Republike Hrvatske podjednako učinkovito i kvalitetno odlučuje o individualnim pravima stranaka kontrolom pravilnosti i zakonitosti rada nižih sudova te istodobno djelovanje u javnom interesu u cilju razvitka prava i osiguranja jedinstvenosti i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.

Prvenstveni razlog tomu je preopterećenost suda zbog prevelikih zaostataka u radu te stalnog priljeva novih predmeta. Upravo zbog toga, suci Vrhovnog suda nisu u mogućnosti donijeti ni kvalitetno obrazloženu odluku u konkretnom predmetu, a još manje su u prilici donositi odluke kojima bi se osiguravala jedinstvena primjena i razvoj prava kroz sudsku praksu. Usvajanjem aktualnog Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku te promjenom svijesti o ulozi i funkciji Vrhovnog suda unutar pravosudnog sustava može doći do toliko potrebnog napretka. Predložena „revizija po dopuštenju“ omogućava sucima Vrhovnoga suda rad na onim predmetima čija važnost nadilazi privatne interese stranaka u konkretnom predmetu te da time utječu na osiguravanje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, a slijedom toga da odlikuju pravo kroz sudsku praksu. Promjena paradigme zahtijeva visok stupanj povjerenja u rad VSRH-a da će on uredno ispunjavati svoju ustavnu zadaću i time pridonijeti funkcioniranju pravne države u cjelini snagom uvjerljivosti iznesenih argumenata. Ovdje se valja osvrnuti na najveći strah protivnika ove reforme koji se odnosi na ovlast suda da bez punog obrazloženja odbacuje prijedloge za reviziju. Navedeno ne smije biti zlouporabljeno u svrhu smanjenja broja predmeta, nego u cilju kvalitetnog i stručnog rješavanja onih pravnih pitanja koji su u javnom interesu. Smatramo da bi tome pridonijelo i uvođenje „testa“ po uzoru na ESLJP, kojim se inicijalno provjerava ispunjava li navedeno pravno pitanje sve pretpostavke kojima bi se utjecalo na osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih pred zakonom.

Na samome kraju, potrebno je iznijeti i činjenicu da će sve ove promjene iziskivati spremnost i vrijeme da javnost prihvati noveliranu javnu ulogu VSRH-a, ali i rad samog VSRH-a na promjeni slike koju je godinama stvarao. Nepovjerenje spram suda i neorganizirana elektronička baza sudske prakse može negativno utjecaji na uspješnost reforme, iako izravno ne kolidiraju s predloženim uređenjem revizije po dopuštenju. Zaključno, usvajanjem novele bila bi finalizirana reforma građanskoga parničnog postupka započetog još 2003. godine, te bi se završio postupak moderniziranja hrvatskoga parničnog prava po uzoru na europsku pravnu stečevinu.

## LITERATURA

*Knjige i članci:*

1. Barac, Nataša, *Okrugli stol o prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a*, Odvjetnik, br. 5-6/2016.
2. Bratković, Marko, *Revizija po dopuštenju: hrvatske dvojbe i slovenska iskustva*, u: Vesna Rijavec et al. (ur.), *Zbornik radova s II. međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, 2016., str. 319-351.
3. Dika, Mihajlo, *Građansko parnično pravo*, *Pravni lijekovi*, X. knjiga, Zagreb, Narodne novine, 2010.
4. Dika, Mihajlo, *Novo uređenje revizije protiv presude*, *Zbornik 47. susreta pravnika, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu*, Opatija, 2009.
5. Dika, Mihajlo, *O nekim novinama u uređenju parničnog postupka prema Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz svibnja 2016. – revizija*, Informator, broj 6424, 2016.
6. Eraković, Andrija, *Izvanredna revizija*, *Hrvatska pravna revija*, vol. X, 2/2010.
7. Gović, Iris, *Izvanredna revizija- uvjeti za izjavljivanje i ovlaštenici prava na podnošenje*, *Odvjetnik*, Hrvatska odvjetnička komora, 11-12/2008.
8. Grbin, Ivo, *Izvanredni pravni lijekovi - revizija prema zakonskim novelama*, *Pravo i porezi*, časopisi za pravnu i ekonomsku teoriju i praksu, god. 13, 2004.
9. Grgić Tolj, Renata, Grgić, Matea, *Dopuštenost revizije protiv odluke o troškovima parničnog postupka*, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, god. 9, 17/2006., str. 253-275.
10. Jelušić, Damir, *Odgovor na žalbu i reviziju – (ne)potrebni instituti parničnog procesnog prava*, IUS-INFO, [https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph-proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx=3fSOPi=3dCLN20V01D2017B1057=26Doc=3dCLANCI\\_HR](https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph-proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx=3fSOPi=3dCLN20V01D2017B1057=26Doc=3dCLANCI_HR), 19.1.2017.
11. Katić, Dragan, *Izvanredna revizija*, *Odvjetnik*, glasilo i časopis Hrvatske odvjetničke komore, 9-10/12/2012.
12. Katić, Dragan, *Zašto (opet) izmjene zakona o parničnom postupku*, u: Rijavec et al. (ur.), *Aktualnosti građanskog procesnog prava-nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2016.
13. Pelcl, Hrvoje, *Dopuštenost izvanredne revizije u građanskom parničnom postupku Republike Hrvatske*, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, god. 9, 17/2006., str. 197-221.
14. Sessa, Đuro, *Novela Zakona o parničnom postupku - troškovi, električno vođenje postupka, žalba, revizija, udružena tužba*, *Pravo u gospodarstvu* vol. 51., 1/2012.
15. Stokić, Matija, *Izgledi za učinkovitije ujednačavanje sudske prakse uslijed nove mjesne nadležnosti žalbenih sudova*, IUS-INFO, [https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph-proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx=3fSOPi=3dCLN20V01D2014B723=26Doc=3dCLANCI\\_HR](https://proxy.pravos.hr/cgi-bin/nph-proxy.pl/hr/00/http/www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx=3fSOPi=3dCLN20V01D2014B723=26Doc=3dCLANCI_HR), 11.1.2018.
16. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2004.

*Pravni propisi, sudska praksa i dr.:*

1. (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pročišćeni tekst, Međunarodni ugovori Narodne novine br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10)
2. Europski sud za ljudska prava, *Bulfracht Ltd protiv Hrvatske*, presuda od 21.06.2011., zahtjev, br. 53261/08
3. Europski sud za ljudska prava, *Ferreira Santos Pardal protiv Portugala*, presuda od 30. srpnja 2015., zahtjev, br. 30123/10



4. Europski sud za ljudska prava, *Tudor protiv Rumunjske*, presuda od 24. ožujka 2009., zahtjev, br. 21911/03
5. Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=3184>, 21.1.2018.
6. Statističko izvješće o radu Vrhovnog suda RH za 2017. godinu, Vrhovni sud Republike Hrvatske. <http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=28>, 18.1.2018.
7. Sudska praksa VSRH, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/searchResults?courtType=7&pubDateFrom=08.01.2018&sortField=date&sortDirection=1>, 18.1.2018.
8. Ustav Republike Hrvatske (pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14)
9. Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka U-1-1569/2006. od 20. prosinca.2006.,
10. Vrhovni sud Republike Hrvatske, <http://www.vsrh.hr/easyweb.asp?pcpid=42>, 21.1.2018.
11. Zakon o parničnom postupku (Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11)
12. Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03)
13. Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99)
14. Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08)
15. Zakon o parničnom postupku (pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14)
16. Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77, s ispravcima 36/77)
17. Zakon o područjima i sjedištima sudova, (Narodne novine, br. 128/14)
18. Zakon o sudovima (pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16)
19. Zivilprozeßordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>, 12.1.2018.

**Paula Poretti\***  
**Martina Mišković\*\***

Summary

## **NOVELTIES IN ‘REVISION’ (FURTHER APPEAL ON POINTS OF LAW) PROCEDURE**

In this paper, a draft of the 2016 Law on Civil Procedure will be analyzed, focusing on significant changes to the audit institute to ensure that the Supreme Court of the Republic of Croatia ensures the fulfillment of its public function - ensuring the uniform application of the rights and equality of all in its use. In this regard, the role of the Supreme Court was defined according to the Constitution of the Republic of Croatia, but also through the notions of the European Court of Human Rights. Considering the topic of work, the development of the audit institute as an extraordinary legal remedy has been analyzed through the history of Croatian legislation and pointed to the problems that exist in the current arrangement. The reason for the necessity of revising the audit is overwork by the Supreme Court because of the large number of the audit subjects at the same time as the existence of huge backlogs in the work so far. The reason why opponents of this reform are so numerous is the change of the paradigm in determining the role and function of the Supreme Court from private to public function, which would make the Court decide only on legal issues in the public interest. Properly to the paradigm change, there would be a two-way revocation in the revision regime and only the so-called “Revision by Permission” could be legitimate. The proposed changes have been studied through the prism of Slovenian legislation, similar to the reforms carried out in 2008, and due to the similarity of the two systems, it is appropriate to compare and predict the results that should follow in the Republic of Croatia.

**Keywords:** *Supreme Court of the Republic of Croatia; extraordinary legal remedy, audit; audit by permission, right of access to court; right to trial within a reasonable time.*

---

\* Paula Poretti, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek; pstojcevic@pravos.hr.

\*\* Martina Mišković, mag. iur., manager for Pure Telecom, Billsave PJB Management, Walkinstown, Dublin 12, Ireland; miskovic.martina@outlook.com.

## Zusammenfassung

### NEUIGKEITEN IM REVISIONSVERFAHREN

Dieser Beitrag analysiert den Entwurf der Novelle des Zivilprozessgesetzes aus dem Jahr 2016, welcher wesentliche Änderungen in das Institut der Revision eingeführt hat, mit dem Ziel, dem Obersten Gerichtshof der Republik Kroatien die Erfüllung seiner öffentlichen Funktion – Sicherung der einheitlichen Rechtsanwendung und Gleichberechtigung aller Personen bei dieser Anwendung – zu ermöglichen. Diesbezüglich wird die Rolle des Obersten Gerichtshofs der Republik Kroatien dem Verfassungsgericht der Republik Kroatien aber auch den Ansichten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegenüber definiert. Die Entwicklung des Instituts der Revision als eines außerordentlichen Rechtsbehelfs in der Geschichte der kroatischen Gesetzgebung wird im Beitrag analysiert. Es wird auch auf die Probleme bei der bestehenden Regelung hingewiesen. Änderungen bezüglich der Revision sind notwendig, weil der Oberste Gerichtshof infolge der großen Anzahl von Revisionsgegenständen und der Rückstände überlastet ist. Andererseits gibt es viele Gegner dieser Reform, denn die Rolle und Funktion des Obersten Gerichtshofs wurde damit von privater auf öffentliche Funktion geändert, was bedeuten würde, dass der Gerichtshof nur über Rechtssachen von öffentlichem Interessen entscheiden würde. Gerade wegen der Änderung dieses Paradigmas wurde man die Zweigleisigkeit im Regime der Revision aufheben, was bedeuten würde, dass man nur die sog. „Revision nach Zulässigkeit“ erlauben würde. Die vorgeschlagenen Änderungen wurden durch das Prisma der slowenischen Gesetzgebung untersucht, die im Jahr 2008 ähnliche Reformen durchführte. Wegen Ähnlichkeiten zwischen zwei Systemen eignet sich diese Vergleichung für die Vorhersage der in der Republik Kroatien zu erwartenden Ergebnisse.

**Schlüsselwörter:** *Oberster Gerichtshof der Republik Kroatien; außerordentlicher Rechtsbehelf, Revision; Revision nach Zulässigkeit; Recht auf Gerichtszugang; Recht auf Gerichtsverhandlung innerhalb vernünftiger Frist.*

## Riassunto

### LE NOVITÀ NEL PROCEDIMENTO DI REVISIONE

Nel presente lavoro si analizzerà il disegno della novella della legge sul contenzioso civile del 2016 volto a riformare in maniera importante il procedimento di revisione al fine di garantire alla Suprema Corte della Repubblica di Croazia le sue funzioni pubbliche, *in primis* di garante dell'applicazione univoca del diritto e dell'eguaglianza di tutti nella sua applicazione. A tale proposito viene definito il ruolo

della Suprema Corte nel rispetto della Costituzione della Repubblica di Croazia, ma anche attraverso l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. In considerazione del tema oggetto d'indagine, viene presa in disamina l'evoluzione dell'istituto della revisione quale mezzo di impugnazione straordinario nella storia della legislazione croata, sollevando all'uopo le questioni che emergono nella disciplina attuale. La ragione dell'esigenza di modificare la revisione si rinviene nella pressione avvertita dalla Suprema Corte a causa dell'elevato numero di casi di revisione unitamente ai rilevanti arretrati relativi a procedimenti pregressi. Il motivo per il quale tale riforma incontri lo sfavore di molti va rinvenuto nel cambiamento del paradigma nella concezione del ruolo e della funzione della Suprema Corte da privata a pubblica, con la quale la Corte sarebbe deputata a decidere soltanto delle questioni giuridiche di interesse pubblico. Proprio in ragione del cambiamento di paradigma, si giungerebbe all'eliminazione del doppio binario nel regime della revisione e verrebbe regolata la sola "revisione eccezionale". Le modifiche proposte sono disaminate attraverso il prisma della legislazione slovena che riformò similmente la materia nel 2008; vista la somiglianza dei due ordinamenti, ciò potrebbe essere utile nella previsione delle conseguenze cui la riforma potrebbe condurre nella Repubblica di Croazia.

**Parole chiave:** *Suprema Corte della Repubblica di Croazia; mezzo di impugnazione straordinario; revisione; revisione eccezionale; diritto di accesso alla giustizia; diritto ad un processo di ragionevole durata.*

## ISTICANJE POVREDA KONVENCIJSKIH I USTAVNIH PRAVA U POSTUPCIMA PRED REDOVNIM SUDOVIMA

Dr. sc. Sandra Marković\*  
Sanja Trgovac, dipl. iur.\*\*

UDK: 341.645  
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.20>  
Ur.: 8. siječnja 2019.  
Pr.: 18. veljače 2019.  
Pregledni znanstveni rad

### Sažetak

*Prema stajalištu Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) načelo supsidijarnosti jedno je od temeljnih načela na kojima se temelji konvencijski nadzorni sustav. Konkretno to znači da je mehanizam zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda uspostavljen Konvencijom supsidijaran u odnosu prema nacionalnim sustavima zaštite ljudskih prava. U radu se ističe protek vremena u kojem su sve strane u sudskim postupcima morale shvatiti i prihvatiti važnost primjene Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, ali i Ustava Republike Hrvatske u postupcima pred redovnim sudovima. Važnost ova dva dokumenta konkretizira se kroz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava, koji su svojom ulogom interpretatora Konvencije, odnosno Ustava jasno definirali sadržaje pojedinih ustavnih i konvencijskih prava, sloboda, jamstava i načela te stvorili putokaz za njihovu kvalitetniju zaštitu. Prednosti isticanja povreda konvencijskih i ustavnih prava već tijekom postupaka pred redovnim sudovima nesporna je, a u radu se ističe i njihova obveznost, u situacijama kada stranke svojim zahtjevima teže doći pred sudove na tim instancama. Autorice, baveći se karijerno ustavnim i konvencijskim pravom, prate razvoj prakse ovih sudova, posebno Ustavnog suda, pa tako i uviđaju pooštavanje kriterija i jednog i drugog suda za meritorno odlučivanje u pojedinačnim predmetima. U radu se stavlja naglasak na odluke Ustavnog suda i ESLJP-a u kojima je došlo do izražaja načelo supsidijarnosti. Pojašnjava se važnost ustavne tužbe i položaj ustavnog sudovanja u odnosu na redovne sudske postupke te se naglašava prijelaz Ustavnog suda na ustavnu argumentaciju umjesto redovnosudske, koja je prevladavala u ranijoj ustavnosudskoj praksi. U tom se kontekstu sagledava i uočava još uvijek nedovoljno „korištenje“ ustavnosudskih i konvencijskih argumenata i pogrešna argumentacija ustavne tužbe i zahtjeva Europskom sudu za ljudska prava redovnim žalbenim razlozima.*

\* Dr. sc. Sandra Marković, odvjetnica, Zajednički odvjetnički ured dr. sc. Sandra Marković i Sidonija Grbavac; [sandra.markovic@mgg-law.eu](mailto:sandra.markovic@mgg-law.eu).

\*\* Sanja Trgovac, dipl. iur., voditeljica Savjetničke službe Ustavnog suda RH; [sanja\\_trgovac@usud.hr](mailto:sanja_trgovac@usud.hr).

**Ključne riječi:** *Ustavni sud; ESLJP; Konvencija, Ustav; načelo supsidijarnosti; Protokol 15; konvencijsko pravo; ustavno pravo; ustavna tužba; zahtjev ESLJP-u; argumentacija.*

## 1. UVOD

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>1</sup> stupila je na snagu u Republici Hrvatskoj 5. studenog 1997. Ustav Republike Hrvatske donesen je 1990. godine.<sup>2</sup> Ističemo ove dvije činjenice kao uvod u ovaj rad, a njima naglašavamo protok vremena od stupanja na snagu ova dva dokumenta u Republici Hrvatskoj, čije sadržaje i primjenu u sudskoj praksi aktivno analiziramo preko dva desetljeća. Važnost primjene ova dva dokumenta pratimo kroz konkretne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) i Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP), koji su kroz razvoj svoje prakse jasno definirali sadržaje pojedinih ustavnih i konvencijskih prava, sloboda, jamstava i načela te stvorili putokaz za njihovu kvalitetniju zaštitu. Prednosti isticanja povreda konvencijskih i ustavnih prava već tijekom postupaka pred redovnim sudovima prepoznali smo davno, a sada ističemo i njihovu obveznost, u situacijama kada stranke svojim zahtjevima teže doći pred sudove na tim instancama. Ustavni sud ni ESLJP više ne toleriraju nepoznavanje i neisticanje povrede Ustavom i Konvencijom zajamčenih prava i sloboda tijekom postupaka koji prethode ustavnosudskom postupku odnosno postupku pred ESLJP-om. U radu stavljamo naglasak na odluke Ustavnog suda i ESLJP-a u kojima je došlo do izražaja načelo supsidijarnosti.

## 2. VAŽNOST USTAVNE TUŽBE

Ustavna tužba je institut uveden u hrvatski pravni sustav Ustavom iz 1990. godine. Napominjemo ovu činjenicu zato što kroz razvoj prakse Ustavnog suda pratimo i prijelaz od tolerantnijeg pristupa tog suda sadržaju ustavnih tužbi u početnim godinama prema strožem pristupu. Kriteriji kojima Ustavni sud procjenjuje argumentaciju ustavne tužbe zahtijeva od stranaka i njihovih punomoćnika više znanja ustavnog i konvencijskog prava i kvalitetnije ustavne tužbe odnosno argumentaciju primjerenu važnosti ustavnog sudovanja. Činjenica koja se često zaboravlja jest da ustavna tužba nije redovni ili izvanredni pravni lijek u sustavu domaćih pravnih lijekova.<sup>3</sup> Slijedom navedenoga, i sadržaj ustavne tužbe razlikuje se od sadržaja pravnih lijekova i podnesaka koji su pisani do tog trenutka u postupku.

1 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06., u daljnjem tekstu; Konvencija.

2 Ustav Republike Hrvatske donesen je na 10. skupnoj sjednici svih vijeća Sabora 21. prosinca 1990. te je proglašen na istoj sjednici drugog dana, 22. prosinca 1990. Vidi: Šarin, D., Nastanak hrvatskoga Ustava, Zagreb, Narodne novine, 1997. U ovom radu koristimo se redakcijski pročišćenim tekstom Ustava kojim se služi Ustavni sud Republike Hrvatske, Narodne novine 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

3 V. rješenje broj: U-III-1747/2009 od 10. studenoga 2009., Narodne novine, broj 139/09.

Razdoblje u radu Ustavnog suda koje karakterizira prihvaćanje i izgradnja europskih ustavnih standarda, kao i oslanjanje na jurisprudenciju ESLJP-a, u primjeni posebnih načela za interpretaciju Ustava i u prihvaćanju različitih sudskih tehnika za utvrđivanje ustavno relevantnog supstrata konkretnog slučaja i za njegovo rješavanje, otvara novi pristup i u odnosu na argumentaciju ustavne tužbe. Taj prijelaz Ustavnog suda na ustavnu argumentaciju umjesto redovnosudske, koja je u ranijoj ustavnosudskoj praksi prevladavala, postupan je i višegodišnji.<sup>4</sup> Takav razvoj prakse Ustavnog suda u odlučivanju o ustavnim tužbama rezultirao je i većim postotkom nerazmatranja (odbačaja) onih ustavnih tužbi u kojima nisu navedeni ustavnopravni argumenti kojima bi se potkrijepila istaknuta povreda ustavnog prava, odnosno onih ustavnih tužbi u kojima su se podnositelji, nezadovoljni neuspjehom u sudskom postupku, „zadržali“ na ponavljanju revizijskih ili žalbenih razloga.<sup>5</sup> Često se, naime zanemaruje i da: Ustavni sud nije redovni sud trećeg ili četvrtog stupnja, ne provodi sudski postupak i ne odlučuje meritorno o pravima ili obvezama stranaka ni o sumnji ili optužbi za kaznena djela u pojedinačnim slučajevima.<sup>6</sup> Ustavni sud posebno je tijelo utemeljeno Ustavom radi zaštite pojedinačnih ljudskih prava i temeljnih sloboda (ustavnih prava) u postupku pokrenutom ustavnom tužbom.<sup>7</sup>

### **3. OPĆENITO O NAČELU SUPSIDIJARNOSTI U PRAKSI USTAVNOG SUDA I ESLJP-A**

Ustavni sud u postupcima pokrenutim ustavnim tužbama ima zadaću osigurati da se nadležna tijela državne i javne vlasti pridržavaju svojih obveza osiguravanja ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih u Ustavu (članak 125. alineja 4.). Pritom se „cjelokupno hrvatsko pravo mora tumačiti u skladu s pravnim standardima koje u svojoj sudskoj praksi stvara Europski sud, sve dok je Republika Hrvatska članica Vijeća Europe, što znači sve dok je dio svoje sudbene jurisdikcije vlastitom suverenom odlukom prenijela na Europski sud.”<sup>8</sup> To je obveza ne samo Ustavnog suda (da u postupcima pokrenutim ustavnim tužbama primjenjuje pravne standarde koje je u svojoj praksi izgradio Europski sud), „već to je prije svega obveza redovnih sudova na čelu s Vrhovnim sudom kao najvišim sudom, nadležnim za osiguravanje jedinstvene primjene prava i ujednačavanje sudske prakse”.<sup>9</sup>

4 Kao jednu točku tog prijelaza možemo naznačiti kraj 2009. godine, kada je Ustavni sud uveo novi način „trijažiranja“ ustavnih tužbi, kroz „meritorni kriterij“. Više u: Marković, S., Trgovac, S., Nova praksa u postupanju Ustavnog suda Republike Hrvatske, Pretpostavke za odlučivanje o ustavnim tužbama, Informator, broj 5844, od 10. ožujka 2010.

5 Više: Marković, S., Trgovac, S., Ustavna tužba i zahtjev Europskom sudu za ljudska prava-analiza i značaj tih pravnih sredstava“, u: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25, Zagreb, Organizator, 2018.

6 V. odluku broj: U-III-4150/2010 i dr. od 12. siječnja 2015. (t. 214. obrazloženja), Narodne novine, broj 6/15.

7 V. rješenje navedeno u bilješki 3

8 V. odluku broj: U-I- U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012., Narodne novine, broj 91/12., t. 121.7. obrazloženja.

9 V. rješenje broj: U-III-1118/2015 od 30. ožujka 2016. (www.usud.hr).

Prema članku 115. stavku 3. Ustava sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava. Primarnu zaštitu ustavnih i konvencijskih prava pružaju dakle redovni sudovi, dok je uloga Ustavnog suda supsidijarna. Ustavni sud će u pojedinačnim slučajevima ukinuti presude ako su sudovi pri tumačenju i primjeni propisa zanemarili ustavna prava podnositelja odnosno ustavna načela (Primjerice u predmetu U-III-1897/2014, vezanom za parnicu radi povrata rekviriranog vozila, Ustavni sud je utvrdio da je nadležni drugostupanjski sud: „ignorirao ustavni i konvencijski zahtjev za postizanjem pravedne ravnoteže između općeg interesa države i zaštite imovinskih prava podnositelja (...) On je interpretirao podnositeljev tužbeni zahtjev uz potpuno zanemarivanje osnovnog pravila pravnog poretka utemeljenog na vladavini prava i zaštiti ljudskih prava: da je svrha sudske zaštite jamčiti pojedincima prava koja su provediva u praksi i djelotvorna, a ne ona koja su teorijska ili prividna (iluzorna)).<sup>10</sup>

U tom je smislu i ustavnu tužbu, kao i zahtjev ESLJP-u, dopušteno podnijeti tek nakon iscrpljivanja pravnog puta.<sup>11</sup> Svrha inzistiranja na iscrpljivanju dopuštenoga pravnog puta ne samo u vidu pukog korištenja dopuštenih pravnih lijekova već i isticanja prigovora pred redovnim sudovima koji se kasnije ističu u ustavnoj tužbi ili zahtjevu ESLJP-u jest omogućavanje redovnim sudovima, odnosno Ustavnom sudu ispraviti eventualne „pogreške”, odnosno povrede ustavnih i konvencijskih prava: „Prigovor u smislu članka 36. stavka 2. ZKP-a (pristranosti suca - op. autorica) podnositelj je prvi put istaknuo u ustavnoj tužbi, pa bi se, imajući u vidu činjenicu da je tijekom trajanja kaznenog postupka imao, i propustio, dvije prigode za isticanje takvih prigovora, podnositeljeva ustavna tužba u tom dijelu morala odbaciti zbog nedopuštenosti. Pritom Ustavni sud podsjeća na svoju odluku, broj: U-III-857/2008 od 1. listopada 2008., u kojoj je izrekao stajalište da je podnositelj, koji je pred redovnim sudom propustio iznijeti prigovore postupovne naravi, koje iznosi tek u ustavnoj tužbi, bitno umanjio mogućnost redovnih sudova da reagiraju na eventualne povrede zakona, uslijed čega činjenica neiscrpljenosti pravnog puta još više poprima na važnosti.”<sup>12</sup> Kako bi se ispunila pretpostavka iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava, a u skladu s načelom supsidijarnosti, podnositelji moraju, prije nego što podnesu svoje prigovore Sudu, prvo dati hrvatskom Ustavnom sudu, kao najvišem sudu u Hrvatskoj, priliku da ispravi njihovu situaciju i riješi pitanja koja žele podastrijeti Sudu.”<sup>13</sup>

10 V. odluku broj: U-III-1897/2014 od 18. svibnja 2016. ([www.usud.hr](http://www.usud.hr)).

11 Članak 62. stavak 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst, u daljnjem tekstu: Ustavni zakon, glasi: „Ako je zbog povrede ustavnih prava dopušten drugi pravni put, ustavna tužba može se podnijeti tek nakon što je taj pravni put iscrpljen.“ Članak 35. stavak 1. Konvencije glasi: „Sud može razmatati predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i unutar razdoblja od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke.”

12 Odluka broj: U-III-2374/2009 od 4. listopada 2010., Narodne novine, broj 119/10., t. 9. obrazloženja.

13 V. predmet ESLJP-a *Jurić protiv Hrvatske* (odluka od 26. lipnja 2018., zahtjev br. 29843/13, §19.).



### 3.1. *Praksa Europskog suda za ljudska prava*

Prema stajalištu ESLJP-a načelo supsidijarnosti jedno je od temeljnih načela na kojima se temelji konvencijski nadzorni sustav. To znači da je mehanizam zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda uspostavljen Konvencijom supsidijaran u odnosu prema nacionalnim sustavima zaštite ljudskih prava. Pritom „Konvencija ne postavlja državama članicama niti jedan zadani način na koji bi u svojem unutarnjem pravu trebale osigurati djelotvornu provedbu Konvencije. Izbor najprikladnijeg sredstva da se to postigne u načelu je na domaćim vlastima, koje su u stalnom kontaktu s djelatnim vlastima svojih zemalja i u boljem su položaju da ocjene mogućnosti i resurse koje im daju njihovi domaći pravni sustavi”.<sup>14</sup>

U presudama *Vučković i drugi protiv Srbije*<sup>15</sup> i *Gherghina protiv Rumunjske*<sup>16</sup> ESLJP je sažeo svoja stajališta vezana za načelo supsidijarnosti. Između ostalog, pravilo o iscrpljivanju domaćih pravnih sredstava usko je povezano s člankom 13. Konvencije,<sup>17</sup> a temelji se na pretpostavci da u državi članici postoji djelotvorno pravno sredstvo za sprječavanje ili ispravljanje navodne povrede konvencijskog prava. To pravno sredstvo mora biti dostupno i dostatno, dovoljno izvjesno ne samo u teoriji već i u praksi, i mora biti sposobno izravno spriječiti ili ispraviti povredu konvencijskog prava te pružiti razumne izgleda za uspjeh. Ako na nacionalnoj razini postoji pravno sredstvo koje domaćim sudovima omogućuje da, barem u biti, ispituju tvrdnju o povredi nekoga konvencijskog prava, onda je to pravno sredstvo koje treba iscrpiti. Pritom nije dovoljno da podnositelj zahtjeva neuspješno upotrijebi neko drugo pravno sredstvo, koje bi, doduše, moglo utjecati na ishod spora i izmijeniti osporenu mjeru, ali na drugoj osnovi, koja nema veze s prigovorom o povredi konvencijskog prava.<sup>18</sup>

U tom smislu podnositeljima se nameće obveza prije podnošenja zahtjeva ESLJP-u iskoristiti djelotvorna pravna sredstva koja imaju na raspolaganju u svom nacionalnom pravnom poretku. Ta obveza zahtijeva od podnositelja da se tim sredstvima posluže na uobičajeni način, u skladu s formalnim zahtjevima domaćeg prava i u propisanim rokovima. Prigovor koji se podnosi ESLJP-u mora se, barem u biti, iznijeti pred domaće sudove. Potrebno je također koristiti sva procesna sredstva

14 V. predmet ESLJP-a *Srbić protiv Hrvatske* (odluka od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 4464/09), v. i odluke na koje se u predmetu *Srbić protiv Hrvatske* ESLJP pozvao: *Swedish Engine Drivers' Union protiv Švedske*, od 6. veljače 1976. godine, stavak 50., Serija A br. 20; *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 27238/95, stavak 91., ESLJP 2001-I i *Sisojeva and Others protiv Latvije* [GC], br. 60654/00, stavak 90., ESLJP 2007-II.

15 Predmet *Vučković i drugi protiv Srbije* (presuda Velikog vijeća od 25. ožujka 2014., zahtjevi br. 17153/11 i dr.).

16 Predmet *Gherghina protiv Rumunjske* (presuda Velikog vijeća od 9. srpnja 2015., zahtjev br. 42219/07).

17 Članak 13. Konvencije glasi:

„Pravo na djelotvoran pravni lijek

Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim tijelom čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.”

18 Predmet *Jureša protiv Hrvatske* (odluka od 22. svibnja 2018., zahtjev br. 24079/11, §19.).

koja mogu spriječiti povredu Konvencije.

Ne postoji, međutim, obveza korištenja onih pravnih sredstava koja su neodgovarajuća ili neučinkovita. Uz to, mogu postojati posebne okolnosti koje oslobađaju podnositelje od iscrpljivanja domaće pravnog sredstva (primjerice u repetitivnim slučajevima). Pravilo o iscrpljivanju pravnog puta ESLJP primjenjuje s određenim stupnjem fleksibilnosti i bez pretjeranog formalizma (primjerice neće zahtijevati iscrpljivanje toga pravnog sredstva, ako ni sam najviši sud u državi ne zahtijeva od podnositelja njegovo iscrpljivanje).

U ovom radu prikazat ćemo navedeno kroz odluke i presude ESLJP-a, donesene u predmetima protiv Hrvatske u kojima su primijenjena navedena stajališta ESLJP-a.

### *3.1.1. Odluka Merot d.o.o. i Storitve Tir d.o.o. protiv Hrvatske<sup>19</sup>*

U zahtjevu ESLJP-u društva Merot d.o.o. i Storitve Tir d.o.o. prigovarala su tomu što su im u prekršajnom postupku vođenom protiv brodarka (trgovačkog društva) i odgovorne osobe u tom trgovačkom društvu, oduzete njihove jahte. Podnositelji su također prigovarali, na temelju članka 6. stavka 1. Konvencije, da prekršajni postupak nije bio pošten te, na temelju članka 13. Konvencije, da nisu imali djelotvorno pravno sredstvo jer im je prvostupanjsko rješenje od 31. kolovoza 2005. dostavljeno tek po njihovom zahtjevu i tek nakon što je Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske već odbio žalbu okrivljenika protiv tog rješenja. Iako se podnositelji nisu pozvali na povredu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, koji jamči pravo vlasništva, ESLJP je ocijenio da prigovor o oduzimanju jahti koje su vlasništvo podnositelja treba razmatrati s aspekta toga članka.

Vlada Republike Hrvatske tvrdila je da podnositelji nisu iscrpili dopušteno pravno sredstvo. Trebali su podnijeti tužbu radi naknade štete protiv brodarka i u ustavnim tužbama, a niti tijekom postupka koji im je prethodio, nisu isticali povredu prava vlasništva. Vezano za prvi navod, ESLJP je utvrdio da je nad tim društvom otvoren stečajni postupak 26. lipnja 2008. te bi podnošenje građanske tužbe protiv njega bilo bezuspješno. Vezano za drugu tvrdnju Vlade, ESLJP je prvo utvrdio da se podnositelji u svojim ustavnim tužbama doista nisu pozivali na članak 48. Ustava, odnosno članak 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, niti su u biti istaknuli povredu prava vlasništva. Umjesto toga, u ustavnim tužbama isključivo su prigovarali različitim postupovnim pogreškama, a ne oduzimanju njihovih jahti. Štoviše, u odgovoru na tvrdnje Vlade o neiscrpjivanju pravnog puta podnositelji nisu ni pokušali tvrditi da su svojim ustavnim tužbama u biti prigovarali povredi njihova prava vlasništva. Umjesto toga, u odgovoru su se ograničili na tvrdnju da iz sadržaja tih ustavnih tužbi proizlazi da je oduzimanje jahti imalo za posljedicu povredu njihova prava vlasništva. Prema stajalištu ESLJP-a činjenica da su podnositelji iznijeli svoj slučaj pred različite nadležne sudove ne znači samo po sebi udovoljavanje zahtjevu iz članka 35. stavka 1. Konvencije, jer čak niti u pravnom sustavu u kojem domaći sudovi imaju mogućnost, ili čak obvezu, ispitati slučaj po službenoj dužnosti (što Ustavni sud Republike Hrvatske nema), podnositelji nisu oslobođeni isticanja prigovora pred tim sudovima

19 Predmet *Merot d.o.o. i Storitve TIR d.o.o.* (odluka od 10. prosinca 2013., zahtjevi br. 29426/08 i 29737/08).

prije nego ih potom iznesu pred ESLJP-om. Stoga, kako bi pravilno iscrpili domaća pravna sredstva nije dostatno da povreda Konvencije „proizlazi“ iz činjenica predmeta ili podnesaka podnositelja. Umjesto toga, oni moraju stvarno iznijeti prigovor o tome (izričito ili u biti) na način koji ne ostavlja sumnju da je prigovor, koji je kasnije podnesen ESLJP-u, stvarno bio istaknut na domaćoj razini.

ESLJP je naveo da podnositelji nisu tvrdili da bi prigovor pred Ustavnim sudom koji bi se odnosio na oduzimanje njihovih jahti bio lišen ikakve šanse za uspjeh. Praksa Ustavnog suda, s druge strane, pokazuje da taj sud razmatra razmjernost mjere oduzimanja predmeta kada je na to pozvan. ESLJP je ocijenio da podnositelji nisu pravilno iscrpili domaća pravna sredstva, odnosno nisu dala domaćim tijelima priliku da razmotre i spriječe ili isprave određenu povredu Konvencije koja se protiv njih iznosi. Ovaj je prigovor odbačen zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava.<sup>20</sup>

### 3.1.2. Odluka *Josip Habulinec i Anita Filipović protiv Hrvatske*<sup>21</sup>

U zahtjevu ESLJP-u podnositelji, izvanbračni drugovi, prigovarali su zbog nemogućnosti upisivanja u matičnu knjigu rođenih prvog podnositelja kao oca djeteta koje je umrlo dan nakon rođenja, budući da se ne može priznati očinstvo mrtvog djeteta. Prigovarali su na temelju članka 8. Konvencije (pravo na privatni i obiteljski život) zasebno i zajedno s člankom 14. Konvencije (zabrana diskriminacije), u usporedbi s roditeljima djece rođene u braku.

U odnosu na prigovor Vlade o neiscrpljenosti pravnog puta ESLJP je utvrdio da su podnositelji Matičnom uredu predali pisani zahtjev za upis očinstva prvog podnositelja te da na njihov zahtjev nije odgovoreno nikakvom formalnom odlukom. Prema ocjeni ESLJP-a, podnositelji su mogli koristiti sredstva zbog šutnje administracije. S obzirom na dvojbe podnositelja o izgledima za uspjeh bilo kojeg od tih pravnih sredstava vezanih za šutnju administracije, ESLJP je ponovio da samo postojanje dvojbi o djelotvornosti domaćega pravnog sredstva ne oslobađa automatski podnositelja obveze iscrpljivanja tog sredstva.

Nadalje, ESLJP je naveo da je Konvencija sastavni dio hrvatskoga pravnog sustava, u kojem ima prednost pred svakom suprotnom zakonskom odredbom<sup>22</sup> te je izravno primjenjiva (članak 5. Zakona o sudovima<sup>23</sup>). S tim u vezi ESLJP je naveo

20 V. primjerice i predmete *Godler protiv Hrvatske* (odluka od 20. veljače 2018., zahtjev br. 9440/12) vezano za pravo vlasništva i *Jurišić protiv Hrvatske* (odluka od 23. kolovoza 2016., zahtjev br. 29555/11) vezano uz pravo na poštovanje privatnog života (članak 8. Konvencije). V. i suprotno tome, predmete *Paulić protiv Hrvatske* (presuda od 22. listopada 2009., zahtjev br. 3572/06, § 26) i *Orlić protiv Hrvatske* (presuda od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 48833/07, § 41), oba vezana uz pravo na dom (članak 8. Konvencije).

21 Predmet *Josip Habulinec i Anita Filipović protiv Hrvatske* (odluka od 4. lipnja 2013., zahtjev br. 51166/10).

22 U redakcijski pročišćenom tekstu Ustava riječ je o članku 134. koji glasi: „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.”

23 Zakon o sudovima, Narodne novine, broj 3/94., 100/96., 131/97., 129/00., 17/04. i 141/04.

da je njegova sudska praksa sastavni dio sustava Konvencije. Također je istaknuo da je već rješavao sličnu situaciju, u predmetu *Znamenskaya protiv Rusije*.<sup>24</sup> Središnje pitanje u tom predmetu bila je nemogućnost podnositeljice da dobije priznanje da je g. G. biološki otac njezinoga mrtvog djeteta. ESLJP je utvrdio povredu članka 8. Konvencije u tom predmetu. Presuda u predmetu *Znamenskaya* donesena je prije nego što je nastala situacija kojoj su prigovarali podnositelji u ovom predmetu. ESLJP je smatrao da su podnositelji, pozivom na utvrđenja ESLJP-a u predmetu *Znamenskaya*, mogli tvrditi pred nacionalnim vlastima da im je, u danim okolnostima, povrijeđeno njihovo pravo na poštovanje njihova privatnog i obiteljskog života, protivno članku 8. Konvencije. Mogli su i iznijeti svoje tvrdnje o članku 14. Konvencije, jer hrvatski Ustav jamči i pravo ne biti diskriminiran. Tada bi nacionalne vlasti, uključujući i Ustavni sud, mogle odgovoriti na te tvrdnje podnositelja. ESLJP je istaknuo da je Ustavni sud u svojim odlukama zauzeo stajalište da se prava zajamčena Konvencijom i njezinim protokolima imaju smatrati ustavnim pravima s pravnom snagom jednakom odredbama Ustava te je tako priznao svoju nadležnost za ispitivanje navodnih povreda Konvencije. S obzirom na to, tvrdnja podnositelja da nisu imali izgleda za uspjeh zbog zakonske odredbe koja sprječava upis očinstva, prema ocjeni ESLJP-a, ima manju važnost, jer u hrvatskom pravnom sustavu Konvencija ima prvenstvo pred domaćim zakonima. ESLJP je zaključio da su podnositelji trebali, u skladu s načelom supsidijarnosti, prije podnošenja svog zahtjeva ESLJP-u, izložiti svoje tvrdnje pred nacionalnim vlastima i tako im dati priliku za ispravljanje njihove situacije, osobito pred Ustavnim sudom kao najvišim sudom u Hrvatskoj. Ovaj dio zahtjeva ESLJP je odbacio zbog neiscrpljenja domaćih pravnih sredstava.

### 3.1.3. Odluka *Šimunovski protiv Hrvatske*<sup>25</sup>

Podnositelj zahtjeva ESLJP-u prigovorio je na temelju članka 3. Konvencije općim uvjetima u kojima je bio zatvoren u raznim zatvorima. Prigovorio je na temelju članka 8. Konvencije da mu je povrijeđeno pravo na poštovanje njegovog dopisivanja i da je bio lišen i privatnih bračnih posjeta i prava na korištenje osobnog računala. Na temelju članka 10. Konvencije i na temelju članka 1. Protokola br. 1 prigovorio je da zatvorenici nisu bile osigurane nikakve novine i da nije mogao podizati svoju mirovinu, koja mu je bila uplaćivana na njegov bankovni račun.

ESLJP je utvrdio da podnositelj nije ni jednom nadležnom sucu podnio detaljne i konkretne prigovore o materijalnim uvjetima u kojima je bio zatvoren, u odnosu na razdoblje u kojem je bio zatvoren do 5. lipnja 2009. O uvjetima u kojima je podnositelj zahtjeva bio zatvoren nakon 5. lipnja 2009. u svojim je podnescima upućenim istražnom sucu Županijskog suda u Varaždinu prigovorio uvjetima u kojima je zatvoren. Podrobno je opisao svoju ćeliju i naveo da je bio u samici. Taj se prigovor smatrao žalbom na odluku upravitelja KL-a od 23. lipnja 2009. godine te je utvrđeno da je nepravodobna. Podnositelj nije podnio ustavnu tužbu protiv te odluke.

ESLJP je nadalje primijetio da podnositelj nije podnio ustavnu tužbu u odnosu na odluku koje se tiču njegovog dopisivanja, a koje su donijeli sudac izvršenja

24 Predmet *Znamenskaya protiv Rusije* (presuda od 2. lipnja 2005., zahtjev br. 77785/01).

25 Predmet *Šimunovski protiv Hrvatske* (odluka od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 42550/08).

Županijskog suda u Varaždinu 4. prosinca 2007. i 23. listopada 2008. i sudac izvršenja Županijskog suda u Šibeniku 27. ožujka 2008. U odnosu na odluke upravitelja KL-a, kojima je spriječio podnositelja zahtjeva da pošalje pisma, podnositelj nije podnio žalbu sucu izvršenja. Podnositelj nije ESLJP-u dostavio dokaz da je prigovorio sucu izvršenja Županijskog suda u Šibeniku zbog odbijanja dozvole za privatne bračne posjete tijekom njegovog boravka kao zatvorenika u zatvoru u Šibeniku. U odnosu na lišenje prava na korištenje osobnog računala podnositelj nije podnio ustavnu tužbu protiv odluke suca izvršenja Županijskog suda u Varaždinu kojom mu se to pravo ne odobrava. Konačno, ESLJP je utvrdio da podnositelj nije naveo jasne i razumljive prigovore sucu izvršenja koji bi se odnosili na navode o povredi članka 10. i članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. Prema ocjeni ESLJP-a podnositelj je propustio pravilno iscrpiti dostupna domaća pravna sredstva u odnosu na sve prigovore te tako protivno načelu supsidijarnosti nije dao priliku nacionalnim vlastima da isprave situaciju kojoj prigovara pred ESLJP-om.

### *3.1.4. Presuda Pavlović i dr. protiv Hrvatske<sup>26</sup>*

Podnositeljice su bile tužiteljice u parničnom postupku u kojem su tražile iseljenje stanara iz stana u njihovom vlasništvu i uklanjanje svih građevinskih zahvata na tom stanu. Tuženik je protutužbom tražio sklapanje ugovora o najmu stana sa zaštićenom najamninom ili povrat sredstava na osnovi ulaganja u stan. Na ročištu na kojem je zaključena glavna rasprava podnositeljice su tražile naknadu parničnih troškova te su priložile u spis troškovnik. Općinski sud naložio je iseljenje tuženika. Ostale zahtjeve sud je odbio. U vezi s troškovima presudio je da svaka stranka snosi svoj trošak. U žalbenom postupku podnositeljice su osporile odluku prvostupanjskog suda u dijelu u kojem je odlučeno o trošku parničnog postupka. Drugostupanjski sud odbio je žalbu podnositeljica. Istaknuo je da podnositeljicama doista pripada parnični trošak, no kako nisu postupile sukladno članku 164. stavku 3. Zakona o parničnom postupku i do završetka rasprave dostavile troškovnik (kako to proizlazi „iz stanja spisa”), trošak im nije mogao biti dosuđen. Ustavnu tužbu podnositeljica podnesenu u povodu drugostupanjske presude Ustavni sud je odbacio sukladno svojoj dugogodišnjoj praksi (od 2003. godine) prema kojoj odluka o parničnom trošku nije pojedinačni akt u smislu članka 62. stavka 1. Ustavnog zakona, u povodu kojeg bi Ustavni sud bio nadležan pružiti ustavnosudsku zaštitu.

U zahtjevu podnesenom ESLJP-u podnositeljice su istaknule da je drugostupanjski sud propustio pažljivo proučiti spis jer su one uredno priložile troškovnik. Istaknule su povredu prava na pošteno suđenje i prava na mirno uživanje vlasništva.

Vlada je tvrdila da je konačna odluka u predmetu podnositeljica zahtjeva bila drugostupanjska presuda Županijskog suda u Rijeci od 2. veljače 2010., a ne odluka Ustavnog suda od 23. rujna 2010., budući da su podnositeljice zahtjeva, koje je zastupao odvjetnik, trebale znati da prema praksi Ustavnog suda ustavna tužba nije pravno sredstvo koje treba koristiti u pogledu troškova postupka. Prema Vladi, to je bilo jasno od 3. listopada 2003. kad je Ustavni sud objavio svoju odluku br.

26 Predmet *Pavlović i dr. protiv Hrvatske* (presuda od 2. travnja 2015., zahtjev br. 13274/11).

U-III-402/2002 od 12. rujna 2003. u Narodnim novinama. Vlada je smatrala da se podnositeljice, pozivajući se na rješenje Ustavnog suda kao konačnu domaću odluku i podnoseći zahtjev ESLJP-u 3. veljače 2011., nisu pridržavale šestomjesečnog roka.

ESLJP je istaknuo da su zahtjevi sadržani u članku 35. stavku 1. Konvencije koji se tiču iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava i šestomjesečni rok u bliskom međusobnom odnosu, jer nisu samo navedeni u istome članku nego su izrečeni u jednoj rečenici čije gramatičko tumačenje podrazumijeva takav međusobni odnos.<sup>27</sup>

U pravilu, šestomjesečni rok teče od datuma posljednje, konačne odluke donesene u postupku iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava. Prema stajalištu ESLJP-a, članak 35. stavak 1. Konvencije ne može se tumačiti na način koji bi zahtijevao da podnositelj obavijesti ESLJP o svom prigovoru prije nego što je njegov položaj u vezi s tim pitanjem konačno riješen na domaćoj razini.

Prema ustaljenoj praksi ESLJP-a odluke koje se odnose na troškove postupka spadaju u opseg članka 6. Konvencije.<sup>28</sup>

S obzirom na tvrdnju Vlade da ustavna tužba nije bila pravno sredstvo koje treba iscrpiti u svrhu izračuna šestomjesečnog roka, ESLJP je ponovio da je kontinuirano smatrao da se prije podnošenja prigovora protiv Hrvatske ESLJP-u, kako bi bio u skladu s načelom supsidijarnosti, od podnositelja u načelu zahtijeva da Ustavnom sudu, kao najvišem sudu u Hrvatskoj, daju priliku da popravi situaciju u kojoj se nalazi.<sup>29</sup> U brojnim prijašnjim predmetima u kojima je postupao s istim prigovorom Vlade, ESLJP je primijetio da na temelju članka 62. Ustavnog zakona svatko može podnijeti ustavnu tužbu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Ustavom. Prema tomu, kad god je podnositelj podnio ustavnu tužbu, ističući prigovore koji spadaju u opseg konvencijskog prava, ESLJP je smatrao, bez obzira na moguću odluku Ustavnog suda, da podnošenje ustavne tužbe nije nerazumno korištenje toga pravnog sredstva. Ne namjeravajući ispitivati kriterije Ustavnog suda za ocjenu dopuštenosti ustavnih tužbi, ESLJP je polazeći od svoje ranije prakse prema kojoj se smatra da je podnositelj Ustavnom sudu dao priliku popraviti situaciju u kojoj se nalazi, neovisno o praksi Ustavnog suda, a imajući u vidu tekst članka 62. Ustavnog zakona, činjenica da su podnositeljice zahtjeva podnijele ustavnu tužbu protiv drugostupanjske presude Županijskog suda u Zagrebu, ne smije se ni na koji način uzeti protiv njih. U tim okolnostima, ESLJP je smatrao da su podnositeljice propisno iskoristile dostupna domaća pravna sredstva.

27 V. bilj. 11.

28 ESLJP se pozvao na sljedeću praksu: „*Robins protiv Ujedinjene Kraljevine*, 23. rujna 1997., §§ 28. i 29., *Izvjješća o presudama i odlukama 1997-V; Nikolay Matveyev protiv Rusije*, br. 10418/04, § 31., 25. studenoga 2010. i *Ležaja protiv Hrvatske* (odl.), br. 53004/08, § 24., 17. travnja 2012.)”

29 ESLJP se pozvao na sljedeću praksu: “*Orlić*, § 46.; *Čamovski protiv Hrvatske*, br. 38280/10, § 27., 23. listopada 2012.; *Bajić protiv Hrvatske*, br. 41108/10, § 66., 13. studenoga 2012.; *Remetin protiv Hrvatske*, br. 29525/10, § 81., 11. prosinca 2012.; *Tarbuk protiv Hrvatske*, br. 31360/10, § 29., 11. prosinca 2012.; *Damjanac protiv Hrvatske*, br. 52943/10, § 70, 24. listopada 2013. i *Šimecki protiv Hrvatske*, br. 15253/10, § 29., 30. travnja 2014.”

Na sličnu situaciju u presudi *Vrtar protiv Hrvatske*<sup>30</sup> ESLJP je još i dodao da je ustavna tužba, s obzirom na svoja svojstva, „pravno sredstvo kojim se očito može očitovati o relevantnom pitanju Konvencije i dobiti zadovoljština za povredu koja je predmet prigovora”. Smatrati da se takvo pravno sredstvo nije smjelo iskoristiti samo zato što u to vrijeme prema praksi Ustavnog suda osporeni akt nije pojedinačni akt u povodu kojeg se može podnijeti ustavna tužba, ignoriralo bi činjenicu da se takva praksa može razvijati, ali bi i uklonilo svaki poticaj za takav razvoj jer bi podnositelji zahtjeva sustavno upućivali svoje pritužbe ESLJP-u ne dajući priliku Ustavnom sudu da promijeni svoju praksu. To bi bilo protivno načelu supsidijarnosti.

### 3.1.5. Odluka *Vilić protiv Hrvatske*<sup>31</sup>

Podnositelji su tijekom 2002. pokrenuli parnični postupak radi naknade štete protiv Republike Hrvatske jer je njihova kuća od 1995. do 2000. bila dana na korištenje trećim osobama na temelju Zakona o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom.<sup>32</sup> Sudovi su odbili tužbeni zahtjev jer podnositelji nisu dokazali ni navodnu štetu ni visinu štete. Postupak se vodio dva puta na tri razine nadležnosti. Iako je vrijednost predmeta spora ostala nepromijenjena tijekom cijeloga postupka, Vrhovni sud Republike Hrvatske reviziju podnositelja jednom je odbio, a drugi put odbacio kao nedopuštenu *ratione valoris*. U ustavnoj tužbi podnositelji nisu prigovorili da im je Vrhovni sud povrijedio pravo na pristup sudu i pravično suđenje zbog različitih odluka Vrhovnog suda o reviziji u istom postupku. ESLJP je taj prigovor odbacio zbog neiscrpljivanja pravnog puta.

### 3.1.6. Odluka *Drljan protiv Hrvatske*<sup>33</sup>

Podnositelj je u zahtjevu ESLJP-u prigovorio da u kaznenom postupku protiv njega nisu bili zadovoljeni zahtjevi poštenog suđenja jer nije imao priliku ispitati svjedoke pozvane u ime optužbe. U ustavnoj tužbi nije se niti u biti pozvao na iste prigovore koje je iznio u zahtjevu ESLJP-u. U ustavnoj tužbi je naime prigovarao osnovama pritvora, kvaliteti pravnog zastupanja i ocjeni činjenica od strane domaćih sudova. Prema ocjeni ESLJP-a, suprotno načelu supsidijarnosti, podnositelj zahtjeva nije dao Ustavnom sudu „priliku da mu pruži pravno sredstvo u odnosu na prigovore koje je podnio Sudu”.

### 3.1.7. Odluka *Jurić protiv Hrvatske*<sup>34</sup>

Prvostupanjskom presudom usvojen je tužbeni zahtjev podnositeljice te je naloženo tuženiku da s podnositeljicom sklopi ugovor o kupoprodaji stana. Drugostupanjski sud usvojio je žalbu tuženika, te pozivom na članak 373.a Zakona

30 Predmet *Vrtar protiv Hrvatske* (presuda od 7. siječnja 2016., zahtjev br. 39380/13).

31 Predmet *Vilić protiv Hrvatske* (odluka od 12. prosinca 2017., zahtjev br. 59816/12).

32 Zakon o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom, Narodne novine, broj 73/95.

33 Predmet *Drljan protiv Hrvatske* (odluka od 25. ožujka 2010., zahtjev br. 34687/08).

34 V. bilj. 13.

o parničnom postupku preinačio prvostupanjsku presudu i odbio tužbeni zahtjev podnositeljice. Pritom je ocijenio da prostor u kojem je podnositeljica zahtjeva stanovala nije stan, već prostorija za samce te da podnositeljica zahtjeva nikada nije stekla stanarsko pravo na predmetnom stanu, već samo pravo privremeno ga koristiti. Županijski sud naložio je iseljenje podnositeljice zahtjeva na temelju činjenice da nije imala pravnu osnovu za korištenje predmetnog prostora. Ustavnu tužbu podnositeljice Ustavni sud je odbacio zbog neiscrpljivanja dopuštenoga pravnog puta, odnosno nepodnošenja revizije Vrhovnom sudu.

U zahtjevu ESLJP-u podnositeljica je prigovorila da joj je odlukom o iseljenju povrijeđeno pravo na poštovanje doma te da su ju domaće vlasti, uskraćujući joj pravo na kupnju predmetnog stana, diskriminirale i povrijedile njezino pravo na mirno uživanje njezinog vlasništva. Pozvala se na članke 8. i 14. Konvencije kao i na članak 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

ESLJP je pošao od članka 382. Zakona o parničnom postupku kojim je propisano da je revizija dopuštena ako drugostupanjski sud preinači prvostupanjsku presudu na temelju članka 373.a Zakona o parničnom postupku. Vezano za tvrdnje podnositeljice da je u nekim slučajevima Vrhovni sud odbacio revizije, iako je drugostupanjska presuda bila donesena na temelju članka 373.a Zakona o parničnom postupku, ESLJP je ponovio da samo postojanje sumnje u izgleda za uspjeh određenoga pravnog sredstva koje nije očito uzaludno, nije dostatan razlog za propust iskorištavanja toga domaćeg pravnog sredstva. Činjenica da je Vrhovni sud u nekim slučajevima koji se odnose na primjenu članka 373a. Zakona o parničnom postupku odbacivao reviziju prema ocjeni ESLJP-a nije mogla osloboditi podnositeljicu obveze da u ovom predmetu iskoristi reviziju jer je to bio preduvjet za podnošenje ustavne tužbe. Naglasio je i da se domaća pravna sredstva moraju koristiti u skladu s formalnim pretpostavkama domaćeg prava i u propisanim rokovima. Suprotno stajalištu podnositeljice, obraćanjem Vrhovnom sudu podnositeljica bi stvorila priliku za razvoj domaće sudske prakse o predmetnim pitanjima, što bi potencijalno bilo korisno bilo kome drugom u sličnoj ili usporedivoj situaciji. ESLJP je zaključio da su razlozi koje je podnositeljica zahtjeva iznijela kako bi opravdala nepodnošenje revizije neuvjerljivi.

### 3.1.8. Odluka *Godler protiv Hrvatske*<sup>35</sup>

U zahtjevu ESLJP-u podnositelj je prigovorio neopravdanom odbijanju njegova zahtjeva za novčanu naknadu tijekom nezaposlenosti, pritom se pozivajući na članak 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. ESLJP je utvrdio da se na domaćoj razini podnositelj nikada nije pozvao na članak 1. Protokola br. 1, niti na zaštitu vlasništva na temelju članka 48. Ustava. Napomenuo je da se prema dosljednoj praksi Ustavnog suda, socijalna davanja smatraju imovinskim pravima na temelju Ustava te stoga nije bilo razloga da se podnositelj ne pozove na tu odredbu. Umjesto toga, podnositelj se u ustavnoj tužbi pozvao na članak 14. stavak 1. (zabrana diskriminacije), članak 19. stavak 2. (sudska kontrola zakonitosti upravnih akata), članak 26. (jednakost stranaca i državljana RH u postupku) i članak 29. stavak 1. (pravično suđenje) Ustava, koji u

35 Predmet *Godler protiv Hrvatske* (odluka od 20. veljače 2018., zahtjev br. 9440/12).



biti nisu relevantni za njegove konkretne prigovore iznesene na temelju Konvencije. U ustavnoj tužbi podnositelj nije prigovorio povredi svojeg prava na poštovanje vlasništva, čak ni u biti. Umjesto toga, ograničio se na osporavanje tumačenja mjerodavnoga domaćeg prava i tvrdio je da je u tom pogledu bio diskriminiran, da nije izvršena sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i da je došlo do povrede njegovog prava na pošteno suđenje. ESLJP je ponovio svoje stajalište prema kojem, da bi pravilno iscrpili domaća pravna sredstva, nije dostatno da je povreda Konvencije „jasna“ iz činjenica predmeta ili podnesaka podnositelja. Umjesto toga, podnositelji moraju stvarno iznijeti prigovor o tomu (izričito ili u biti) na način koji ne ostavlja sumnju da je prigovor, koji je kasnije podnesen ESLJP-u, stvarno bio istaknut na domaćoj razini.

U konkretnom slučaju prema zaključku ESLJP-a podnositelj nije pravilno iscrpio domaća pravna sredstva.

### **3.2. Praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske**

Iscrpljenost pravnog puta jedna je od postupovnih pretpostavki dopuštenosti ustavne tužbe.<sup>36</sup> Ako podnositelj ne iskoristi dopušteni pravni put, uključivo reviziju i upravni spor kad su dopušteni, ustavna tužba bit će odbačena.<sup>37</sup> Riječ je o postupovnom rješenju.

Ustavna tužba bit će odbačena kao nedopuštena i ako podnositelj u prethodnom postupku nije koristio dopušteno pravno sredstvo.<sup>38</sup> Primjer za to je prigovor povrede prava na suđenje u razumnom roku. Ustavnu tužbu podnesenu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, ili prigovor povrede toga ustavnog prava iznesen u, tzv., „redovnoj“ ustavnoj tužbi, Ustavni sud će odbaciti ako podnositelj ne dokaže da je koristio pravna sredstva za ubrzanje postupka koja su mu bila na raspolaganju dok je postupak trajao (najčešće će biti riječ o pravnim sredstvima propisanim Zakonom o sudovima).<sup>39</sup>

U ranijoj praksi Ustavni sud je isto postupao i s prigovorom diskriminacije. Od stupanja na snagu Zakona o suzbijanju diskriminacije<sup>40</sup> 1. siječnja 2009., ustavna tužba u svim predmetima vezanim za zaštitu prava na jednako postupanje odnosno zaštitu od diskriminacije dopuštena je samo nakon što navodna žrtva diskriminacije prethodno iscrpi dopušteni pravni put propisan tim zakonom.<sup>41</sup> Kasnije je takvu praksu, odbačaja tog prigovora rješenjem (često sadržanim u odluci o meritumu),<sup>42</sup>

36 V. bilj 11.

37 V. primjerice rješenja U-III-3317/2003 od 30. siječnja 2004., U-III-2451/2007 od 26. rujna 2007. (www.usud.hr).

38 Članak 72. Ustavnog zakona glasi: “Ustavni sud će rješenjem odbaciti ustavnu tužbu: ... ako je ustavna tužba ... nedopuštena. Tužba je nedopuštena: ako nije iscrpljen dopušteni pravni put, odnosno ako podnositelj tužbe u prethodnom postupku nije koristio dopušteno pravno sredstvo...”.

39 V. primjerice rješenje U-III-A-322/2014 od 23. prosinca 2014., Narodne novine, broj 8/15. i odluku U-III-3467/2015 od 13. rujna 2018. (www.usud.hr).

40 Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, broj 85/08.

41 V. rješenje U-III-1097/2009 od 9. studenoga 2010., Narodne novine, broj 130/10.

42 V. primjerice odluku i rješenje U-III-7229/2014 od 5. ožujka 2015. (www.usud.hr).

napustio, te sada u pravilu samo u obrazloženju konstatira da podnositelj nije dokazao da je koristio pravna sredstva propisana Zakonom o suzbijanju diskriminacije.<sup>43</sup> Jedan od razloga napuštanja ranije prakse postupanja je i nedosljedna praksa Ustavnog suda vezana za prigovor diskriminacije na koju je ukazao i ESLJP u predmetu *Pajić protiv Hrvatske*.<sup>44</sup> Predmet postupka koji je prethodio ustavnosudskom bio je zahtjev podnositeljice za odobrenje privremenog boravka u Republici Hrvatskoj zbog spajanja obitelji. Njezin zahtjev odbijen je s obrazloženjem da postojanje istospolne zajednice nije propisana osnova za odobravanje boravka strancu zbog spajanja obitelji. Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu podnositeljice a u odnosu na prigovor diskriminacije, u obrazloženju je naveo da nije našao činjenice ili okolnosti koje bi na bilo koji način upućivale da je u postupku, koji je prethodio ustavnosudskom postupku, podnositeljica bila diskriminirana po bilo kojem svojstvu, pa je njezino pozivanje na povredu tog ustavnog jamstva ocijenio neosnovanim. Međutim, nastavno je napomenuo da podnositeljica nije dokazala da je prethodno koristila pravno sredstvo na temelju Zakona o suzbijanju diskriminacije, pri čemu se pozvao na rješenje kojim je odbacivši ustavnu tužbu, zauzeo stajalište o obvezi iscrpljivanja tog pravnog puta prije podnošenja prigovora o diskriminaciji Ustavnom sudu. Zaključno, utvrdio je da podnositeljici nije povrijeđeno pravo zajamčeno člankom 14. Ustava.

ESLJP je primijetio da Ustavni sud nije proglasio ustavnu tužbu podnositeljice nedopuštenom zbog neiscrpljenja domaćih pravnih sredstava, kao što je to bila praksa u drugim predmetima povezanim sa zahtjevima za zaštitu od diskriminacije, u kojima podnositelji nisu pravilno iscrpili pravna sredstva pred nižim domaćim tijelima. Ustavni sud je naprotiv ocijenio da nije bilo povrede ustavnog prava podnositeljice na zaštitu od diskriminacije. U skladu s tim, iako je obrazloženje odluke Ustavnog suda donekle zbunjujuće, jer nije jasno kakvu je važnost pridao propustu podnositeljice da iskoristi posebnu parnicu predviđenu Zakonom o suzbijanju diskriminacije, ESLJP je ocijenio da je podnositeljica pravilno iskoristila pravna sredstva pred nadležnim domaćim tijelima, uključujući i pred Ustavnim sudom.

Ako podnositelj ustavnu tužbu podnese po iscrpljivanju dopuštenoga pravnog puta, međutim neki od prigovora istakne prvi put u ustavnoj tužbi, iako je imao mogućnost istaknuti ga tijekom postupka koji je prethodio ustavnosudskom, Ustavni sud ustavnu tužbu neće odbaciti zbog neiscrpljenosti pravnog puta, već, u pravilu, taj prigovor neće razmatrati.

### 3.2.1. *Ne bis in idem*

Prigovor povrede načela *ne bis in idem* jedan je od prigovora koje Ustavni sud neće razmatrati ako je istaknut prvi put u ustavnoj tužbi, a podnositelj je imao priliku taj prigovor istaknuti tijekom postupka koji je prethodio ustavnosudskom. Prema stajalištu Ustavnog suda taj prigovor može se postaviti prvi put u ustavnoj tužbi samo ako podnositelj taj prigovor nije mogao istaknuti ranije u postupku. Tu činjenicu Ustavni sud utvrđuje na temelju podataka iz spisa.

Primjerice, u odluci U-III-3775/2012 od 20. svibnja 2015., Ustavni sud je

43 V. primjerice odluku U-III-3418/2015 od 19. travnja 2018. ([www.usud.hr](http://www.usud.hr)).

44 predmet *Pajić protiv Hrvatske* (presuda od 23. veljače 2016., zahtjev br. 68453/13).

utvrdio da je prekršajno rješenje (nalog) postalo pravomoćno 28. veljače 2010., dok je prvostupanjska presuda u kaznenom postupku donesena 20. listopada 2011., a drugostupanjska 27. travnja 2012. Ustavni sud je zaključio da je taj prigovor podnositelj mogao i bio dužan isticati u kaznenom postupku, a ne prvi put u ustavnoj tužbi podnesenoj u povodu kaznenih presuda. Slično i u odluci U-III-4902/2011 od 1. lipnja 2016. Prekršajni sud presudu je donio 18. rujna 2009., koja je isti dan stekla svojstvo pravomoćnosti. Prvostupanjska presuda u kaznenom postupku donesena je 17. veljače 2011., a drugostupanjska presuda, u povodu koje je podnesena ustavna tužba, 31. kolovoza 2011. Podnositelj je mogao, i bio je dužan, taj prigovor iznijeti pred kaznenim sudovima. Ili u odluci U-III-5923/2016 od 4. listopada 2017., u kojoj je podnositelj tužbu upravnom sudu (radi naplate trošarine) podnio poštom preporučenom pošiljkom 12. travnja 2016., a Općinski sud u Požegi je donio kaznenu presudu, broj: 2 K-60/14-6 dana 30. siječnja 2015., koja je postala pravomoćna 17. kolovoza 2015. Podnositelj nije u tužbi upravnom sudu, niti u žalbi na prvostupanjsku presudu upravnog suda istaknuo prigovor povrede načela *ne bis in idem*, iako je taj prigovor mogao i bio dužan isticati u upravnom postupku, budući da je u trenutku podnošenja upravne tužbe (12. travnja 2016.) presuda u kaznenom postupku bila pravomoćna (17. kolovoza 2015).<sup>45</sup>

### 3.2.2. Nepristranost suda

Kao i kod prigovora povrede načela *ne bis in idem*, Ustavni sud neće razmatrati prigovor pristranosti suda ako ga je podnositelj propustio istaknuti u postupku koji je prethodio ustavnosudskom.

U odluci U-III-458/2011 od 19. studenoga 2015. Ustavni sud nije razmatrao prvi put u ustavnoj tužbi istaknuti prigovor pristranosti predsjednice prvostupanjskog vijeća i člana drugostupanjskog žalbenog vijeća. Ako je podnositelj smatrao da razlozi za izuzeće tih sudaca postoje, bio ih je dužan, prema ocjeni Ustavnog suda, istaknuti u žalbenom postupku, odnosno na sjednici drugostupanjskog vijeća održanoj pred Vrhovnim sudom.

Slično i u odluci U-III-4626/2017 od 21. ožujka 2018. Podnositelj je u ustavnoj tužbi iznio prigovore o sudjelovanju dvoje sudaca Županijskog suda u postupku odlučivanja o njegovoj žalbi podnesenoj protiv presude Općinskog suda. Uvidom u reviziju koju je podnositelj protiv presude Županijskog suda podnio Vrhovnom sudu Ustavni sud utvrdio je da ti prigovori nisu uvršteni u njezin sadržaj. Slijedom utvrđenja da te prigovore podnositelj prvi put navodi tek u ustavnoj tužbi, Ustavni sud o istima nije odlučivao.

### 3.2.3. Neučinkovitost branitelja po službenoj dužnosti

U predmetu U-III-7454/2014 (odluka od 17. veljače 2016.) podnositelj je podnio ustavnu tužbu u povodu presuda kojima je proglašen krivim zbog počinjenja kaznenog djela ubojstva u pokušaju i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina. Jedan

<sup>45</sup> Vezano uz primjenjivost načela *ne bis in idem* u upravnim stvarima radi naplate trošarine v. U-III-5981/2016 od 27. lipnja 2017., Narodne novine, broj 77/17.

od prigovora iz ustavne tužbe odnosio se na nezadovoljstvo braniteljem po službenoj dužnosti. U ustavnoj tužbi podnositelj je istaknuo da je “upozoravao sud prvog stupnja radi promjene odvjetnika po službenoj dužnosti koji nije poduzeo ništa u vezi toga da ga zamijene jer je branitelj očito nemarno postupao prema meni”. U odnosu na taj prigovor, Ustavni sud je nakon uvida u kazneni spis utvrdio da podnositelj tijekom provedenoga kaznenog postupka nije sudu iznosio (usmeno na glavnim raspravama i/ili u pisanom obliku) primjedbe na (ne)rad svog branitelja (po službenoj dužnosti) i/ili na neslaganja oko (strategije) obrane, a niti je to učinio u žalbi protiv prvostupanjske presude. S obzirom na to da je te prigovore podnositelj iznio prvi put u ustavnoj tužbi, Ustavni sud ih nije posebno razmatrao.

#### *3.2.4. Pravo na obranu uz branitelja*

U predmetu U-III-6308/2014 (odluka od 11. svibnja 2016.) podnositelj je podnio ustavnu tužbu u povodu presude kojom je utvrđeno da je podnositelj u stanju neubrojivosti u stjecaju počinio više kaznenih djela, te mu je određen prisilni smještaj u psihijatrijsku ustanovu. Jedan od prigovora koji je iznio u ustavnoj tužbi bio je prigovor da mu je bila „onemogućena zakonom propisana obrana” po branitelju koji mu je dodijeljen po službenoj dužnosti. Ustavni sud utvrdio je da podnositelj nije tijekom postupka, kao niti u žalbi protiv prvostupanjske presude isticao navedeni prigovor. Slijedom tog utvrđenja, smatrao je da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede njegovih ustavnih prava koje navodi u ustavnoj tužbi.

U predmetu U-III-2411/2011 (odluka od 9. srpnja 2014.) podnositelj je podnio ustavnu tužbu u povodu presuda kojima je proglašen krivim i osuđen zbog kaznenog djela zlorporabe položaja i ovlasti. U ustavnoj tužbi prvi je put istaknuo prigovor da mu je „onemogućena zakonom propisana obrana”, s obzirom na to da mu je kao branitelj po službenoj dužnosti dodijeljen odvjetnik (B. K. – „nametnut od strane predsjednika vijeća”), kojem je otkazao punomoć zbog toga što mu je „onemogućio pravno relevantnu obranu”. Budući da podnositelj nije tijekom postupka, kao niti u žalbi protiv prvostupanjske presude isticao navedeni prigovor, Ustavni je sud smatrao da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede njegovih ustavnih prava koje navodi u ustavnoj tužbi.

Također, Ustavni sud je uvidom u kazneni spis utvrdio da je podnositelj 17. svibnja 2006. podneskom otkazao punomoć odvjetniku B. K.-u radi nemogućnosti plaćanja odvjetničkih usluga uz zamolbu da mu sud dodijeli odvjetnika po službenoj dužnosti. Na glavnoj raspravi 2. listopada 2006. podnositelj je izjavio da je suglasan da ga tijekom daljnjeg postupka zastupa postavljeni branitelj po službenoj dužnosti (isti) odvjetnik B. K.

#### *3.2.5. Razni prigovori postupovne naravi*

U predmetu U-III-3753/2011 (odluka od 13. studenoga 2014.) podnositelj je u ustavnoj tužbi istaknuo i prigovor da „prvostupanjski sud nije smio saslušati tužitelja u parničnom postupku kao stranku na ročištu na koje podnositelj nije pristupio zbog

toga što nisu bile ispunjene pretpostavke za izvođenje dokaza saslušanjem stranaka”. Taj je prigovor prvi put istaknuo u ustavnoj tužbi. S obzirom na to da podnositelj nije tijekom postupka, niti u žalbi protiv prvostupanjske presude isticao navedeni prigovor, Ustavni je sud smatrao da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede ustavnog prava na pravično suđenje, osobito jer je predložio održavanje pripremnog ročišta u njegovoj odsutnosti.

U radnom sporu (odluka U-III-4304/2011 od 15. listopada 2014.) podnositeljica je osporila presude kojim je odbijen njezin tužbeni zahtjev za poništaj otkaza ugovora o radu. Podnositeljica je u ustavnoj tužbi, između ostalih, istaknula i prigovor da je tijekom parničnog postupka nije zastupala stručna osoba te da je sud nije upozorio da može imati besplatnog odvjetnika zbog lošeg imovnog stanja. Navedene prigovore podnositeljica je prvi put istaknula u ustavnoj tužbi. S obzirom da podnositeljica nije tijekom postupka, u žalbi protiv prvostupanjske presude, kao niti u reviziji protiv drugostupanjske presude isticala navedene prigovore, Ustavni sud je smatrao da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede ustavnih prava na pravično suđenje.

U predmetu U-III-3659/2015 (odluka od 13. prosinca 2017.) podnositelji su podnijeli ustavnu tužbu u povodu presude Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u upravnoj stvari radi objavljivanja ponude za preuzimanje društva. Jedan od prigovora podnositelja bio je da su zbog neodržavanja usmene rasprave pred Hrvatskom agencijom za nadzor financijskih usluga onemogućeni u ostvarivanju svog prava na sudjelovanje u postupku. Uvidom u osporene akte te mjerodavnu dokumentaciju iz spisa Ustavni sud utvrdio je da podnositelji navedeni prigovor (neodržavanje usmene rasprave) prvi put iznose u ustavnoj tužbi. Naime, u postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku podnositelji su isticali prigovor nemogućnosti raspravljanja, ali ne i prigovor neodržavanja usmene rasprave.

U tzv. pritvorskom predmetu (odluka U-III-4077/2018 od 28. studenoga 2018.) jedan od prigovora podnositeljice bio je da se osporena rješenja ne mogu temeljiti na psihijatrijskom vještačenju jer ga je sačinio vještak psihijatar koji je bio zaposlen u psihijatrijskoj ustanovi u kojoj je podnositeljica liječena. Ustavni sud utvrdio je da je taj prigovor podnositeljica prvi put istaknula tek u ustavnoj tužbi, zbog čega ga Ustavni sud nije razmatrao.

Rješenjem U-III-902/2008 od 20. siječnja 2011. Ustavni sud odbacio je ustavnu tužbu (tzv. meritorni odbačaj). U vezi s prigovorom podnositelja glede nepropisnog sastava prvostupanjskog suda, kao bitne povrede odredaba kaznenog postupka, utvrdio je da taj prigovor ističe prvi put u ustavnoj tužbi. Uvidom u kazneni spis Ustavni sud utvrdio je da je podnositelj tijekom trajanja kaznenog postupka imao, i propustio, dvije prigode za isticanje takvih prigovora (na glavnoj raspravi pred prvostupanjskim sudom i u žalbi na presudu). Pritom se pozvao na stajališta u citiranim odlukama U-III-857/2008 i U-III-2374/2009, prema kojem je podnositelj, koji pred redovnim sudom propusti iznijeti prigovore postupovne naravi, a iznosi ih prvi put u ustavnoj tužbi, „bitno umanjio mogućnost redovnih sudova da reagiraju na eventualne povrede zakona, uslijed čega činjenica neiscrpljenosti pravnog puta još više poprima na važnosti”.

### 3.2.6. Blaži zakon

Kao jedan od, za ovaj rad, zanimljivih primjera navodimo i odluku u povodu ustavne tužbe, u kojoj je (U-III-2387/2011) podnositelj prvi put istaknuo prigovore o tomu da su sudovi, s obzirom na vrijeme počinjenja kaznenih djela za koja je optužen, trebali primijeniti Krivični zakon RH te da su sudovi pogrešno primijenili materijalno pravo jer nisu primijenili blaži zakon. Budući da podnositelj nije tijekom kaznenog postupka, kao niti u žalbi protiv prvostupanjske presude isticao navedene prigovore, Ustavni sud je ocijenio da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede njegovih ustavnih prava koje je naveo u ustavnoj tužbi.

### 3.2.7. Ostali prigovori

Ustavni sud je u odluci U-III-3727/2015 od 21. listopada 2015. naveo da: „Podnositelj nije u ustavnoj tužbi naveo razloge zbog čega nije prigovore vezane uz formu darovnog ugovora iznio tijekom parničnog postupka, niti zbog čega ih tek sada iznosi (iako je tužba podnesena još 2008.). Navedeni prigovor podnositelj prvi put ističe u ustavnoj tužbi. S obzirom da podnositelj nije tijekom postupka, niti u žalbi protiv prvostupanjske presude, a ni u reviziji isticao navedeni prigovor, Ustavni sud smatra da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede njegovog ustavnog prava koje navodi u ustavnoj tužbi. Stoga nije osnovano ni pozivanje podnositelja na odluke Ustavnog suda (navedene u točki 3.1. obrazloženja ove odluke) jer su one donesene u parničnim postupcima u kojima se raspravljalo samo o formi darovnog ugovora”. Dok je u odluci U-III-2448/2011 od 9. srpnja 2014. utvrđenje Ustavnog suda: „U ustavnoj tužbi podnositeljica po prvi put ističe prigovor o tome da su sudovi pogrešno primijenili na konkretan slučaj Kazneni zakon koji je stupio godinu i pol nakon navodnog izvršenja kaznenog djela”. S obzirom da podnositeljica nije tijekom postupka, kao niti u žalbi protiv prvostupanjske presude isticala navedeni prigovor, Ustavni sud smatra da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede njezinih ustavnih prava koje navodi u ustavnoj tužbi.” U odluci U-III-2447/2011 od 9. srpnja 2014. istaknuto je: „Nadalje, u ustavnoj tužbi podnositelj po prvi put ističe prigovor o tome da su sudovi pogrešno u konkretnom slučaju primijenili zakonske odredbe o stjecaju, smatrajući da nije mogao počinuti dva odvojena kaznena djela u stjecaju već jedno zbirno kazneno djelo. S obzirom da podnositelj nije tijekom postupka, kao niti u žalbi protiv prvostupanjske presude isticao navedeni prigovor, Ustavni sud smatra da se na ove okolnosti ne može osnovano pozivati kao na razloge zbog kojih bi došlo do povrede njegovih ustavnih prava koje navodi u ustavnoj tužbi.”

## 4. ZAKLJUČNO

Ističući važnost interpretativne uloge i ESLJP-a i Ustavnog suda u praćenju sveukupnog životnog napretka te tako pojačavanju kvalitete i širine zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, kroz njihova navedena stajališta, kontinuirano se pronalaze

nove teme koje je potrebno isticati s konvencijskog i ustavnog aspekta. Zbog načela supsidijarnosti, koje je praksa sudova jasno definirala, a na kojem se temelji sustav zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, prigovore materijalne naravi, kao što su npr. povreda prava vlasništva, poštovanje privatnog i obiteljskog života, pravo na dom, pravo na rad, sloboda izražavanja, okupljanja, udruživanja i dr., treba isticati tijekom redovnog postupka, a postupovni prigovor, npr. pristranosti prvostupanjskog suca, potrebno je isticati čim ga je moguće istaknuti. Važnost tog načela posebno je naglašena usvajanjem Protokola br. 15 uz Konvenciju kojim se dopunjuje Preambula Konvencije novom alinejom: „potvrđujući da visoke ugovorne stranke, u skladu s načelom supsidijarnosti, imaju prvenstvenu odgovornost osigurati prava i slobode određene u ovoj Konvenciji i Protokolima uz Konvenciju i da pri tome one uživaju slobodu procjene pod nadzorom Europskog suda za ljudska prava osnovanog ovom Konvencijom”.<sup>46</sup>

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci:*

1. Crnić, Jadranko, Uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske u zaštiti temeljnih ljudskih prava i sloboda: postaje li Ustavni sud „usko grlo“ u ostvarivanju ustavnog prava na pravično suđenje u razumnom roku, *Hrvatska pravna revija*, 5/2005., 1, str. 1-8.
2. Marković, Sandra, Trgovac, Sanja, Nova praksa u postupanju Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Pretpostavke za odlučivanje o ustavnim tužbama*, Informator, broj 5844, od 10. ožujka 2010.
3. Marković, Sandra, Trgovac, Sanja, *Ustavna tužba i zahtjev Europskom sudu za ljudska prava-analiza i značaj tih pravnih sredstava*, u: *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 25, Organizator, 2018.
4. Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourški acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013.
5. Šarin, Duška, *Nastanak hrvatskoga Ustava*, Zagreb, Narodne novine, 1997.

##### *Pravni propisi u sudska praksa:*

1. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine - Međunarodni ugovori*, broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.
2. Odluka U-III-1897/2014 od 18. svibnja 2016., [www.usud.hr](http://www.usud.hr).
3. Odluka broj: U-III-2374/2009 od 4. listopada 2010., *Narodne novine*, broj 119/10.
4. Odluka U-I- U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012., *Narodne novine*, broj 91/12.
5. Odluka USRH broj: U-III-4150/2010 i dr. od 12. siječnja 2015., *Narodne novine*, broj 6/15.
6. Predmet *Chapman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 27238/95, stavak 91., ECHR 2001-I.
7. Predmet *Drljan protiv Hrvatske*, odluka od 25. ožujka 2010., zahtjev br. 34687/08.
8. Predmet *ESLJP-a Jurić protiv Hrvatske*, odluka od 26. lipnja 2018., zahtjev br. 29843/13, §19.
9. Predmet *ESLJP-a Srbić protiv Hrvatske*, odluka od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 4464/09.
10. Predmet *Gherghina protiv Rumunjske*, presuda Velikog vijeća od 9. srpnja 2015., zahtjev br. 42219/07.

46 Protokol br. 15 još nije stupio na snagu; Republika Hrvatska ga je potpisala i potvrdila (*Narodne novine - Međunarodni ugovori*, broj 13/17.).

11. Predmet *Godler protiv Hrvatske*, odluka od 20. veljače 2018., zahtjev br. 9440/12.
12. Predmet *Josip Habulinec i Anita Filipović protiv Hrvatske*, odluka od 4. lipnja 2013., zahtjev br. 51166/10.
13. Predmet *Jureša protiv Hrvatske*, odluka od 22. svibnja 2018., zahtjev br. 24079/11, §19.
14. Predmet *Jurišić protiv Hrvatske*, odluka od 23. kolovoza 2016., zahtjev br. 29555/11.
15. Predmet *Merot d.o.o. i Storitve TIR d.o.o.*, odluka od 10. prosinca 2013., zahtjevi br. 29426/08 i 29737/08.
16. Predmet *Orlić protiv Hrvatske*, presuda od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 48833/07.
17. Predmet *Paulić protiv Hrvatske*, presuda od 22. listopada 2009., zahtjev br. 3572/06.
18. Predmet *Pavlović i dr. protiv Hrvatske*, presuda od 2. travnja 2015., zahtjev br. 13274/11.
19. Predmet *Sisojeva and Others protiv Latvije* [GC], br. 60654/00, stavak 90., ECHR 2007-II.
20. Predmet *Swedish Engine Drivers' Union protiv Švedske*, od 6. veljače 1976., stavak 50., Serija A br. 20.
21. Predmet *Šimunovski protiv Hrvatske*, odluka od 21. lipnja 2011., zahtjev br. 42550/08.
22. Predmet *Vilić protiv Hrvatske*, odluka od 12. prosinca 2017., zahtjev br. 59816/12.
23. Predmet *Vrtar protiv Hrvatske*, presuda od 7. siječnja 2016., zahtjev br. 39380/13.
24. Predmet *Vučković i drugi protiv Srbije*, presuda Velikog vijeća od 25. ožujka 2014., zahtjevi br. 17153/11 i dr.
25. Predmet *Znamenskaya protiv Rusije*, presuda od 2. lipnja 2005., zahtjev br. 77785/01.
26. Rješenja U-III-3317/2003 od 30. siječnja 2004., U-III-2451/2007 od 26. rujna 2007., [www.usud.hr](http://www.usud.hr)
27. Rješenje U-III-1118/2015 od 30. ožujka 2016., [www.usud.hr](http://www.usud.hr).
28. Rješenje USRH broj: U-III-1747/2009 od 10. studenoga 2009., Narodne novine, broj 139/09.
29. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.



**Sandra Marković\***  
**Sanja Trgovac\*\***

Summary

## **STRESSING THE RIGHTS GUARANTEED BY THE CONSTITUTION AND CONVENTION IN THE PROCEEDINGS BEFORE ORDINARY COURTS**

The ECtHR's position is that the subsidiarity principle is one of the fundamental principles upon which the supervisory system of the Convention is based. This specifically means that the mechanism for the protection of human rights and fundamental freedoms established by the Convention is subsidiary to national human rights protection systems. This paper focuses on the period when all parties in court proceedings had to understand and accept the importance of the application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as of the Constitution of the Republic of Croatia in proceedings before ordinary courts. The importance of these two documents is expressed in the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and those of the European Court of Human Rights, which, with their role as interpreters of the Convention and of the Constitution respectively, clearly defined the contents of individual constitutional and Convention rights, freedoms, guarantees and principles, and created guidance for their better protection. The advantages of stressing violations of Convention and constitutional rights, even during proceedings before ordinary courts, are indisputable, and this paper also stresses their obligatory nature, in situations where parties strive with their requests to appear before courts of these instances. The authors, who have been dealing with constitutional and Convention law throughout their careers, have followed the development of the case law of these courts, especially of the Constitutional Court, and thus noticed the development of stricter criteria of both courts when deciding on the merits in individual cases. In this paper, the authors focus on Constitutional Court and ECtHR decisions where the principle of subsidiarity is more prominent. They clarify the importance of a constitutional complaint, as well as the status of constitutional adjudication compared to ordinary court proceedings, and the shift of the Constitutional Court to constitutional argumentation in place of the argumentation of an ordinary court, which prevailed in the earlier jurisprudence of the Constitutional Court. In this context, it is possible to still perceive the insufficient "usage" of Constitutional Court and Convention arguments, as well as the incorrect argumentation of the constitutional complaint and of references to the European Court with regular appellate reasoning.

\* Sandra Marković, Ph.D., lawyer, Joint Law Office dr. sc. Sandra Marković and Sidonija Grbavac; sandra.markovic@mgg-law.eu.

\*\* Sanja Trgovac, dipl. iur., Head of the Counseling Service of the Constitutional Court of the Republic of Croatia; sanja\_trgovac@usud.hr.

**Keywords:** *Constitutional Court; ECtHR; Convention; Constitution; subsidiarity principle; Protocol 15; Convention law; constitutional complaint; reference to the ECtHR; argumentation.*

### Zusammenfassung

## HERVORHEBUNG VON VERLETZUNGEN DER KONVENTIONS- UND VERFASSUNGSRECHTE VOR ORDENTLICHEN GERICHTEN

Der Ansicht des EGMR nach ist der Grundsatz der Subsidiarität eine der grundlegenden Prinzipien, auf welchen sich das Kontrollsystem der Konvention stützt. Konkret bedeutet das, dass der Mechanismus des durch die Konvention eingerichteten Schutzes der Menschenrechte und Grundfreiheiten den nationalen Systemen des Schutzes von Menschenrechten gegenüber subsidiär ist. Der Beitrag bespricht den Zeitablauf, nach welchem alle Parteien des Gerichtsverfahrens die Wichtigkeit der Anwendung der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aber auch der Verfassung der Republik Kroatien in Verfahren vor ordentlichen Gerichten begreifen und akzeptieren sollten. Die Wichtigkeit dieser zwei Dokumente wird im Beitrag durch die Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte konkretisiert, die durch ihre Rollen als Ausleger der Konvention, beziehungsweise der Verfassung, die Inhalte einzelner Verfassungs- und Konventionsrechte, Freiheiten, Gewährleistungen und Grundsätze klar definiert haben und somit den Wegweiser für einen besseren Schutz begründet haben. Die Vorteile der Hervorhebung von Verletzungen der Konventions- und Verfassungsrechte während des Verfahrens vor ordentlichen Gerichten sind unumstritten. Der Beitrag schlägt vor, dass das unumgänglich sein sollte, vor allem in Situationen, in welchen die Parteien mit ihren Ansprüchen schwieriger zu Gerichten dieser Instanzen kommen. Da sich die Autorinnen dieses Beitrags professionell mit dem Verfassungs- und Konventionsrecht beschäftigen, können sie die Praxis dieser Gerichte, insbesondere des Verfassungsgerichts, folgen. Dabei bemerkten sie, dass die Kriterien beider Gerichte für meritorische Entscheidungen in einzelner Rechtsachen verschärft wurden. Besonderes Augenmerk gilt dabei den Entscheidungen des Verfassungsgerichts und des EGMR, in welchen der Grundsatz der Subsidiarität angewendet wurde. Die Verfassungsklage und der Stellenwert der Verfassungsgerichtsbarkeit den ordentlichen Gerichtsverfahren gegenüber wird erklärt. Dabei wird betont, dass das Verfassungsgericht von Argumentierung ordentlicher Gerichtsbarkeit, welche in der früheren Verfassungsrechtsprechung dominierte, auf Verfassungargumentierung wechselte. In diesem Kontext bemerkt man, dass die verfassungs- und konventionsrechtliche Argumente immer noch ungenügend benutzt werden sowie auch dass die Verfassungsklage und die Beschwerden an den EGMR durch Berufungsgründe falsch argumentiert werden.

**Schlüsselwörter:** *Verfassungsgericht; EGMR; Konvention; Verfassung; Grundsatz der Subsidiarität; Protokoll Nr. 15; Konventionsrecht; Verfassungsrecht; Verfassungsklage; Beschwerde an den EGMR; Argumentation.*

Riassunto

## **IL RILIEVO DELLE VIOLAZIONI DEI DIRITTI CONVENZIONALI E COSTITUZIONALI NEI PROCEDIMENTI DINNANZI AI TRIBUNALI ORDINARI**

Secondo l'orientamento della CEDU il principio di sussidiarietà costituisce uno dei principi fondamentali sui quali posa il sistema di controllo della Convenzione. In concreto ciò significa che il meccanismo di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali concepito dalla Convenzione ha carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti umani. Nel lavoro si evidenzia l'intervallo di tempo che è servito alle parti processuali nei contenziosi per capire ed accettare l'importanza dell'applicazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come pure della Costituzione della Repubblica di Croazia nei procedimenti dinnanzi ai tribunali ordinari. L'importanza di queste due fonti si manifesta attraverso le pronunce della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella veste di interpreti della Convenzione e della Costituzione hanno definito chiaramente i contenuti di determinati diritti, libertà, garanzie e principi costituzionali e convenzionali, indicando la via per la loro idonea tutela. Il vantaggio del rilievo delle violazioni dei diritti convenzionali e costituzionali già dinnanzi ai tribunali ordinari è indubbio, e nel lavoro se ne sottolinea anche l'obbligatorietà, nelle situazioni nelle quali le parti con le loro domande intendano in realtà giungere a tali istanze. Le autrici, occupandosi professionalmente di diritto costituzionale e convenzionale, seguono l'evoluzione della giurisprudenza di dette corti, in particolare della Corte costituzionale, osservando altresì la crescente rigidità dei criteri di entrambe le corti nel valutare nel merito singoli casi. Nel lavoro si pone l'accento sulle pronunce della Corte costituzionale e della CEDU nelle quali sia emersa l'applicazione del principio di proporzionalità. Si precisa il significato del ricorso costituzionale e la posizione della giustizia costituzionale rispetto ai tribunali ordinari, osservando il passaggio della Corte costituzionale all'argomentazione costituzionale rispetto a quella ordinaria, la quale prevalse per un certo periodo. In tale contesto si osserva e si nota l'ancora insufficiente „utilizzo“ delle argomentazioni costituzionali e convenzionali e l'errata argomentazione del ricorso costituzionale e dei ricorsi dinnanzi alla Corte europea fondati su motivi impugnatori ordinari.

**Parole chiave:** *Corte costituzionale; CEDU; Costituzione; principio di sussidiarietà; Protocollo 15; diritto convenzionale; diritto costituzionale; ricorso costituzionale; ricorso dinnanzi alla CEDU; argomentazione.*

## ZAŠTITA OVISNOG DRUŠTVA – NEDAVNI JUDIKATI VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE SLOVENIJE

Doc. dr. sc. Jerneja Prostor\*

UDK: 347.72.04

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.21>

Ur.: 9. siječnja 2019.

Pr.: 25. veljače 2019.

Stručni rad

### Sažetak

*U ovom se radu obrađuju primjeri sudske prakse u kojima su članovi društva prekršili zabranu vraćanja uloga. Radi se o zabrani koja omogućava očuvanje temeljnoga kapitala u društvu kapitala. Institut temeljnoga kapitala razvio se u cilju pružanja sigurnosti vjerovnicima društava kapitala, jer članovi društva ne odgovaraju za obveze tih društava svojom imovinom. Ako članovi društva ne poštuju pravila koje je zakonodavac odredio u cilju održavanja temeljnoga kapitala i pritom iz imovine društva isplaćuju nedopuštena primanja koja se mogu izolirati i procijeniti, dužni su to vratiti društvu. U analiziranim primjerima sudske prakse riječ je o društvima koja su povezana u koncern, a sud je na najvišoj instanci u svima njima pronašao povredu pravila o nedopuštenim primanjima. Posljedice takvih postupanja utječu i na uključene treće osobe (npr. banke koje su za osiguranje svojih tražbina prema članovima društva primile, tzv. uzlazna sredstva osiguranja društva), ako su znale da se s tim pravnim poslovima vrijeđa zabrana vraćanja uloga.*

**Ključne riječi:** temeljni kapital; zabrana vraćanja uloga; koncern; osiguranje; dobra vjera.

### 1. UVOD

U društvima osoba članovi odgovaraju za obveze društva cijelom svojom imovinom. U društvima kapitala njihov je rizik obično ograničen visinom njihovog udjela u kapitalu društva. Iznimka je prihvatljiva u društvima s ograničenom odgovornošću, s obzirom na činjenicu da se u tom pravnom obliku društva miješaju elementi društva osoba i društva kapitala. U društvu kapitala, dakle, institut temeljnoga kapitala preuzima funkciju pružanja sigurnosti vjerovnicima društva, dok, članovi zbog postojanja te povlastice nepreuzimanja odgovornosti društva moraju preuzeti određene druge obveze. One moraju biti ispunjene, inače, u krajnjem slučaju, kada nastupe okolnosti, odnosno kada se ispune uvjeti za proboj pravne osobnosti,

\* Dr. sc. Jerneja Prostor, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru, viši sudski savjetnik na Vrhovnom sudu Republike Slovenije; jerneja.prostor@um.si.

neograničeno odgovaraju za obveze društva kapitala. Međutim, ovaj rad ne ulazi u te detalje, nego se bavi podređenim pitanjima, tj. pitanjima odgovornosti članova društva, primjerice pri kršenju zabrane nedopuštenih isplata. U tim primjerima članovi društva utječu na imovinu društva na način kojeg je moguće prepoznati i ocijeniti, stoga društvo ima na temelju korporacijskog regresnog zahtjeva pravo zahtijevati isplaćene koristi.

Za lakše razumijevanje ovoga rada bitno je poznavati institut temeljnoga kapitala koji štiti interese vjerovnika. Iako, treba naglasiti da je temeljni kapital stavka u pasivi društva, što znači da se njime ne odgovara za obveze društva, već društvo za obveze odgovara svojom imovinom, dakle onime što je u aktivni društva. U posljednjih nekoliko godina razmjerno gledano minimalni iznosi temeljnoga kapitala za osnivanje društva se umanjuju, i sve češće je moguće čuti misao, da temeljni kapital nema toliko važnu ulogu za zaštitu vjerovnika.<sup>1</sup> Uistinu, nekoliko tisuća eura vjerovnicima ne znače mnogo ako ih društvo ne može namiriti vjerovnicima. Međutim, valja istaknuti da se vjerovnicima pruža odgovarajuća zaštita posebnim pravilima kojima se osigurava obveza održavanja temeljnoga kapitala u društvu, tijekom njegova postojanja. Ta se zaštita pruža također u i slučaju stečaja koji je posljedica nedopuštenih isplata članovima društva, ako su vjerovnici upoznati s tim pravilima i koriste zaštitu koju im pruža zakonodavac.

U ovom će radu biti prikazani primjeri sudske prakse u kojima su članovi društva i društvo prekršili zabranu vraćanja uloga zajedno s pravnim posljedicama isplaćivanja nedopuštenih isplata.

U poslovnoj se praksi, a radi namjere prikrivanja imovinskog tijeka iz imovine društva u imovinu člana društva u transakcije često uključuju treće nepovezane osobe, a zadatak sudstva je prepoznati sve neizravne oblike zabranjenog vraćanja uloga. Iz tih razloga pravne se posljedice u tim primjerima mogu razlikovati. U ovom razmatranju će biti, između ostalog, osvijetljena problematika povezanih društava u koncernu pa se slijedom toga stremi zaključku, da su i sva pravna pravila tako povezanih društava u funkciji održavanja temeljnoga kapitala društva.

S obzirom na sve nedavne slučajeve koje je razmatrao Vrhovni sud Republike Slovenije i koji su vezani za nedopuštene isplate u dioničkom društvu, u ovom se radu neće posebno razmatrati kako to pitanje funkcionira u društvu s ograničenom odgovornošću, jer se način uređenja tih pitanja u dioničkom društvu od društva s ograničenom odgovornošću u određenoj mjeri razlikuje.

## **2. NEDOPUŠTENA PRIMANJA**

Iz članka 227. *Zakona o gospodarskih družbah* (dalje u tekstu: ZGD-1),<sup>2</sup> koji nosi naslov „Zabrana povrata plaćenog i plaćanja kamata na ulog“ izričito proizlazi, da povrat plaćenog i plaćanje kamata na ulog dioničaru nije dopušten (st. 1.), pri čemu

1 Vidi npr. Ho, J. K. S., *Revisiting the Legal Capital Regime in Modern Company Law*, *The Journal of Comparative Law*, vol. 12, 1/2017, str. 2, 9, 13-20.

2 *Zakon o gospodarskih družbah*, Ur. l. RS, br. 65/09 – UPB, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 82/13 in 55/15, 15/17.

se povratom uplaćenog uloga ne smatraju: (1) isplate udjela u bilančnoj dobiti i (2) isplate kod dopuštenog stjecanja vlastitih dionica (st. 2.). Uz te dvije iznimke možemo u Zakonu na nekoliko mjesta pronaći još neke (npr. isplate na temelju umanjenja temeljnoga kapitala, isplate otpremnina kod nekih od oblika preoblikovanja društva). Pritom je važno, da su one Zakonom određene. Zacijelo je dopustivo, da dioničko društvo sa svojim dioničarima sklapa obveznopravne poslove, pod uvjetom da su sklopljeni isto kao s trećim osobama.

U dioničkim društvima, dakle, nedopustiva je svaka isplata, koja ne označava: (1) zakonitu dividendu, (2) isplate kod dopuštenog stjecanja vlastitih dionica, (3) neke od drugih zakonskih iznimaka, koje dopuštaju isplate dioničarima te (4) isplate na pravno-poslovnoj osnovi i prema tržišnim uvjetima. U teoriji razlikujemo otkrivene i prikrivene isplate (povrat uloga). Otkrivene isplate su one koje su očigledne i one u poslovnoj praksi uzrokuju manje poteškoća, naime:

- isplata dividendi, ako je godišnji financijski izvještaj ništetan,
- isplata dividendi bez odluke skupštine o upotrebi bilančne dobiti ili ako je ta odluka ništetna ili ako odluka ne predviđa isplate dioničarima,
- isplata prijelaznih dividendi koja je protivna prisilnim propisima,
- podjela imovine društva među dioničarima u postupku likvidacije protivno pravilima o zaštiti vjerovnika, odnosno
- podjela imovine između dioničara koja nije proporcionalna s njihovim udjelom u temeljnom kapitalu.<sup>3</sup>

U članku 227. stavku 3. ZGD-1 određena je i izričito nedopustiva prikrivena isplata dobiti – prikrivena isplata koja zabranjuje potcijenjene transakcije između društva i dioničara u korist dioničara (također *disguised distributions*).<sup>4</sup> Izraz proizlazi iz poreznog prava, a inače se radi o prikrivenom prijenosu imovine društva na njegove dioničare.<sup>5</sup> Zabel prema odredbi članka 227. stavka 3. ZGD-1 zaključuje, da zabrana važi za svaki posao „bez odgovarajuće naknadne protučinidbe/usluge“ (njem. *ohne angemessene Gegenleistung*).<sup>6</sup> Premda izloženo znači tek „isplatu za potraživanja ili usluge dioničara“ pravilo važi za svako potraživanje, pravo ili uslugu koje društvo daje dioničaru.<sup>7</sup> Dakle, suprotna obveza dioničara mora odgovarati standardu „prave vrijednosti“ koja obično znači tržišnu vrijednost (npr. uobičajene komercijalne kamate za zajam).

Prikriveni oblik zabrane vraćanje uloga Vrhovni sud Republike Slovenije prepoznao je u sudskoj praksi VSRS III Ips 79/2017, 12. 2. 2018. godine, u kojoj je dioničko društvo osiguralo solidarno jamstvo za tražbinu, koju je banka imala prema

3 Više Kobal, A., Varstvo premoženja delniške – korporacijskopravni vidiki prikritih prenosov premoženja (prikritih izplačil dobička), Podjetje in delo 1/2008, str. 15-17.

4 Armour, J., Hertig, G., Kanda, H., u Kraakman, R., i dr., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Second Edition, New York, Oxford, Oxford University Press, 2009, str. 132.

5 Kobal, A., Varstvo ..., cit., str. 21. Usp. Podgorelec, P., Ohranjanje osnovnega kapitala pri d.o.o., Podjetje in delo 8/2006, str. 1678.

6 Zabel, B., Prikrivo izplačilo dobička v delniški družbi, *Pravnik*, 1-2/2012, str. 81; osvrće se na Schmidta.

7 Loc. cit.

trećoj osobi. Banka je imala ulogu dioničara u društvu. Davanjem jamstva od strane društva, za banku se smanjio rizik nenamirenja tražbine prema trećoj osobi. Taj je rizik umjesto banke preuzelo društvo, čime je imovinu društva dovelo u lošiji položaj. Naime, sud je ustanovio da preuzeto jamstvo nije bilo osigurano odnosno da društvo za preuzimanje toga solidarnog jamstva nije primilo odgovarajuću novčanu naknadu. Da banka nije bila dioničar društva, svakako ne bi primila takvo osiguranje tražbina prema trećoj osobi.

Sud je u tom primjeru utvrdio, da je zbog davanja jamstva prekršena zabrana isplate (jer je zabranjeno i samo davanje, a ne samo unovčenje osiguranja), stoga je davanje osiguranja ništetno.

### 3. POSLJEDICE PRIKRIVENOGA VRAĆANJA ULOGA

U slovenskoj, njemačkoj pa i u austrijskoj pravnoj literaturi autori jednoglasno smatraju, kada je u pitanju otkriveno vraćanje uloga u dioničkom društvu, da je pravni posao ništetan u cijelosti, što znači, da je ništetan i obveznopravni posao i posao raspolaganja.<sup>8</sup> Određivanje pravnih posljedica prikrivenih vraćanja uloga je zahtjevnije, stoga se rad ne upušta u detaljniju raspravu o tomu pitanju.<sup>9</sup> Nije sporno da se već sklopljen pravni posao koji ima značajke kršenja zabrane isplaćivanja ne smije ispuniti, premda mora posloводство društva odbiti ispunjenje takvog posla, upućujući na zabranu vraćanja uloga.<sup>10</sup> Društvo može svoju obvezu ispuniti samo ako će se suglasnom promjenom pravnog posla dioničkom društvu moći naknaditi gubitak od umanjenja vrijednosti.<sup>11</sup> Ako je takav pravni posao već ispunjen (i pritom nije bio odgovarajuće promijenjen), članovi upravnog i nadzornog odbora društva odgovaraju za naknadu štete. Posloводство je odgovorno unatoč tomu, ako se zabranjena isplata izvela na osnovi odluke skupštine, takva je odluka prema članku 390. ZGD-1 ništetna,<sup>12</sup> jer odredba članka 263. st. 3. ZGD-1 ne štiti članove posloводства.<sup>13</sup> Zbog sklapanja nedopuštenog pravnog posla dioničar može odgovarati za naknadu štete društvu zbog

8 Kopal, A., *Pravna narava zahtevka delniške družbe za vračilo prepovedanega vračila vložka*, Podjetje in delo, 2/2008, str. 213. Kocbek, M., u: Ivanjko, Š., Kocbek, M., Prelič, S., *Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov*, 2. dopunjeno i izmijenjeno izd., GV Založba, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2009., str. 469, koji se osvrće na Hüfferja. Bayer, W., u: Goette, W., Habersack, M., Kalss, S., Bayer, W., *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., Bd. 1, München, Beck, 2016., § 57, r. br. 222. Koppensteiner, H. G., *Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge?*, u: Hainz, B., Krejci, H. (urednici), *Festschrift Reich-Rohrwig*, Wien, MANZ Verlag, 2014., str. 119.

9 Više Prostor, J., *Korporacijska kondicija: varstvo upnikov kapitalskih družb s pravili o vezanem kapitalu*, Doktorska disertacija, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2018., str. 57-77.

10 Bayer, W., Scholz, P., *Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bei verbotener Einlagerückgewähr*, *Die Aktiengesellschaft*, 11/2013, str. 429. Koch, J., u: Hüffer, U., Koch, J., *Aktiengesetz*, München Beck, München, Beck-Online, 2016., § 57, r. br. 32.

11 Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 231. Bayer in Scholz mjere na uklanjanje nedostatka pravnog posla (*quasi »heilen«*). Bayer, W., Scholz, P., op. cit., str. 428.

12 Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 221.

13 Usp. Koch, J., op. cit., § 57, r. br. 32.



iskorištavanja svog utjecaja, ako su ispunjeni uvjeti prema članku 264. ZGD-1.<sup>14</sup>

Ako je takav pravni posao već ispunjen (i pritom nije bio odgovarajuće promijenjen – prilagođen tržišnim uvjetima), društvo ima pravo na korporacijski zahtjev na povrat prema članku 233. ZGD-1.<sup>15</sup> Sankcija ništetnosti u tim primjerima nije izričito predviđena zakonom. Drukčije je određeno u članku 6. stavku 4. Zakona o pogojih imenovanja izrednoga člana uprave v družbah sistemskoga pomena za Republiku Sloveniju (ZIČUDSP) (*lex Mercator*),<sup>16</sup> prema kojem su jamstva u društvu sistemskog značenja za Republiku Sloveniju, većinskim članovima društva ili s njima povezanim društvima, garancije, zajmovi, jamstva ili slične obveze ništetni, ako je većinski član društva ili s njime povezana osoba u postupcima zbog insolventnosti, odnosno točnije, ako su bili ispunjeni uvjeti, da je bio u upravi društva od sistemskog značenja imenovan izvanredan član, koji nije dao suglasnost za sklapanje takvog pravnog posla (to važi i prema čl. 5. st. 5. ZIČUDSP-a).

#### **4. UKLJUČIVANJE TREĆIH (NEPOVEZANIH) OSOBA U POSLOVE PRIKRIVENIH ISPLATA**

Dioničar i društvo su u međusobnom korporacijskom odnosu. Iz tog razloga društvo može od dioničara na temelju korporacijskog zahtjeva zahtijevati povrat nedopuštenih isplata, a taj je zahtjev zbog zaštite vjerovnika jači od obveznopravnoga zahtjeva.

Primarni adresati zabranjenih vraćanja uloga su društvo i njegov dioničar, pri čemu je vraćanje nedopustivih isplata prvenstveno obveza dioničara. Rizik kršenja zabrane vraćanja uloga dioničaru isto tako postoji ako:

- društvo sklapa pravni posao s trećom osobom, a pritom je dioničar onaj koji je na temelju takvog posla primio neku korist ili
- umjesto društva nastupa treća osoba, ispunjenje koje obveze dioničaru se smatra kao zabranjeno vraćanje uloga.<sup>17</sup>

Premda u tim primjerima formalno ne dolazi do vraćanja uloga, možemo i takve primjere ubrajati među nedopustive isplate, ako se utvrdi, da se ekonomski učinci takvoga pravnog posla lako pripisuju u korist dioničaru na račun društva.<sup>18</sup> Učinkovita zaštita imovine društva je moguća samo, ako su zabranjeni i svi oblici vraćanja uloga, to su »poslovi koji uključujući treće osobe doista pokušavaju prikriti postojeći tok kapitala« od imovine društva prema njegovom dioničaru.<sup>19</sup>

Pitanje, kada postoji zabranjeno vraćanje uloga, potrebno je odvojiti od pitanja

14 Usp. Koch, J., op. cit., § 57, r. br. 32.

15 Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 231.

16 Zakon o pogojih imenovanja izrednoga člana uprave v družbah sistemskoga pomena za Republiku Sloveniju, Ur. l. RS, br. 23/17.

17 Kopal, A., Varstvo..., cit., str. 30. Više Koch, J., op. cit., § 57, r. br. 17. O nedopuštenim isplatama možemo govoriti kada treća osoba djeluje za račun društva. Isto tako nedopuštene se isplate pripisuju društvu, ako ima treća osoba manjinski udio (bar 25 %) i može im dati povod za nedopuštene isplate. Loc. cit.

18 Usp. Kopal, A., Varstvo..., cit., str. 14, 30.

19 Ibid., str. 29.

protiv koga je moguće postaviti korporacijski regresni zahtjev. Vraćanje nedopustive isplate moguće je od treće osobe zahtijevati samo u iznimnim slučajevima, i to samo ako tu osobu možemo izjednačiti s dioničarom. Ako je, npr. primatelj isplate – treća osoba bivši, budući ili de facto dioničar ili od dioničara ovisno društvo, društvo može ostvarivati zahtjev za povrat i od te osobe, analognom primjenom odredbe članka 233. ZGD-1.<sup>20</sup> Kada se nedopustiva isplata može samo pripisati dioničaru (onda, kada treće osobe ne izjednačavamo s dioničarem) – npr. isplata se izvrši trećoj osobi, a zapravo je prima dioničar, ili je prima treća osoba po nalogu dioničara, ili je primatelj član obitelji dioničara, ili druga s njim povezana osoba, ili društvo daje osiguranje za dioničarev zajam – onda je dioničar (a ne i treća osoba) onaj, koji je dužan društvu vratiti takve nedopustive isplate, jer je on primatelj nedopustivih isplata. Isto tako će biti i ako nedopustiva isplata uistinu ostaje u rukama treće osobe.<sup>21</sup>

U poslovnoj praksi pogotovo su aktualni primjeri, u kojima društvo trećim osobama daje osiguranje za zajam ili kredit, kojeg je s tom osobom sklopio njegov dioničar. Osiguranja, koja društvo daje vjerovniku svog dioničara za zaštitu vjerovnikove tražbine prema dioničaru, sporna su sama po sebi. Dioničar se obraća društvu da mu ono pribavi osiguranje za tražbinu koju treća osoba ima prema dioničaru, bilo zbog toga jer sam nije sposoban ishoditi osiguranje, s kojim bi mogao zaštititi svoju obvezu prema vjerovniku ili zbog mogućnosti da mu društvo pribavi takvo osiguranje pod uvjetima koji su povoljniji od tržišnih.<sup>22</sup>

Dakle, takva su osiguranja sklopljena pod uvjetima, koji su povoljniji od tržišnih, i koje društvo u suprotnom slučaju pod tim uvjetima (ili uopće) ne bi sklopilo u svrhu zaštite obveza trećih, nepovezanih osoba. Stoga u tim pravnim poslovima obično dolazi do povrede zabrane vraćanja uloga. Bez ikakve sumnje, društvo koje daje jamstvo za plaćanje neke obveze, bez obzira na to da se pritom obvezuje kao jamac ili kao sredstvo osiguranja nudi neku svoju imovinu, zbog toga u ekonomskom smislu vrijedi manje prije nego što je pružilo jamstvo, što dodatno utvrđuje tezu o nedopustivim isplatama. Unatoč izloženom, u poslovnoj praksi takve vrste pravnih poslova obično su dopuštene i u poredbenim pravnim poretcima kao i u Republici Sloveniji.

Prevladavajući je stav, prema kojem u sličnim primjerima govorimo o zabrani vraćanja uloga, izvršenog poticajem dioničara pod uvjetom da postoji konkretan rizik, da će se osiguranje unovčiti, a pored toga nije uređeno odgovarajuće osiguranje regresnog zahtjeva prema dioničaru ili ako za osiguranje nije bila uplaćena tržišna provizija. U tim primjerima društvo protiv zajma, odnosno zajmodavaca u slučaju unovčenja osiguranja, ne može uvažiti neusklađenost s pravilima o očuvanju temeljnoga kapitala, jer se već zasnivanjem osiguranja nazire, da je došlo do nedopustive isplate dioničaru.<sup>23</sup> Isto tako, kad se unovči osiguranje koje je dalo društvo, ono prema

20 Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 126, 232, § 62, r. br. 18-19, 22 i 24.

21 Kobal, A., *Pravna...*, cit., str. 233-234. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 123. Vidi također OGH 6 Ob 14/14y, 15. 12. 2014 (Humanitas).

22 Usp. Bilić, A., *Uzlazna sredstava osiguranja (upstream guarantees)*, Zbornik Susreta pravnika Opatija, 2018., str. 192.

23 Habersack, M., u: Ulmer, P., Habersack, M., Löbbe, M., *GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II, 29-52*, Tübingen, Mohr

trećoj osobi ne može istaknuti korporacijski regresni zahtjev, jer nedopuštena isplata obvezuje poslovodstvo društva i zabranjuje mu isplate iz imovine društva, u odnosu prema dioničaru, ali i s njime izjednačene treće osobe<sup>24</sup> (a ne i prema nepovezanim trećim osobama).

U poslovnoj je praksi dioničar, čije je obveze prema trećoj osobi osiguralo „njegovo“ društvo, najčešće u slabom financijskom položaju. Drugim riječima: dioničar, prema kojem bi moglo društvo istaknuti korporacijski regresni zahtjev, često nije sposoban osloboditi društvo obveze koju je to društvo preuzelo za njegove dugove prema trećim osobama, odnosno društvu nije sposoban dati osiguranje u slučaju da dođe do unovčavanja tog jamstva.<sup>25</sup> Društva su stoga sklona tomu da se sama rasterete obveza koje su preuzela prema trećim osobama. U poredbenim pravnim sustavima u se tim primjerima ustalilo rješenje, kojim, društvo protiv primatelja osiguranja koji je znao za povredu zabrane isplate, odnosno kojem ta povreda nije mogla ostati nepoznata, ima pravo isticati prigovor zloupotrebe ovlasti za zastupanje, zbog kojeg se poslovodstvo društva pri davanju navedenog osiguranja nije valjano obvezalo. Povreda pravila o nedopuštenim isplatama mora biti očita. Tako, primjerice, u Njemačkoj očita nemarnost treće osobe zbog koje ista nije znala za povredu pravila, nije dostatna.<sup>26</sup> U Austriji društvo može istaknuti prigovor protiv unovčenja osiguranja s naslova zloupotrebe ovlasti za zastupanje, ako treća osoba to nije znala zbog očite nemarnosti.<sup>27</sup> Ne zahtijeva se da treća osoba mora u trenutku sklapanja pravnog posla s društvom s kojim to društvo vrijeđa pravilo o nedopuštenim isplatama, sudjelovati s namjerom oštetiti druge vjerovnike društva – dovoljno je, da to zna ili da je to očito.<sup>28</sup> Ako bi treća osoba (primatelj osiguranja tražbine), znala za nedopuštene isplate, odnosno te joj isplate ne bi mogle ostati nepoznate, htjela pozvati se na neograničene ovlasti za zastupanje poslovodstva, to bi značilo zloupotrebu njenih prava,<sup>29</sup> odnosno to bi značilo povredu načela savjesnosti i poštenja.<sup>30</sup> Pravni posao između društva i treće osobe zbog zloupotrebe ovlasti za zastupanje poslovodstva zastupanog (društva) ne obvezuje,<sup>31</sup> osim ako treća osoba nije znala za nedopuštene isplate i isplata nije bila očita. U suprotnom, ako je osoba koja je primila osiguranje tražbine u dobroj

---

Siebeck, 2014., § 30, r. br. 96.

24 Ibid., r. br. 121. Poseban režim tih pitanja u društvu sistemskog značenja za Republiku Sloveniju prema ZIČUDSP (*lex Mercator*).

25 S obzirom na mogućnost društva Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 192, upućuje se na Altmepena.

26 Altmeppen, H., u: Roth, G. H., Altmeppen, H., Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 8. Aufl., München, Beck-Online, Beck, 2015., § 30, r. br. 165, međutim to stajalište nije jedinstveno prihvaćeno.

27 OGH 6 Ob 14/14y, 15. 12. 2014 (Humanitas), OGH 4 Ob 2078/96h, 25. 6. 1996 (Fehringer), OGH 6 Ob 29/11, 14. 9. 2011 (Almassi/Stade).

28 Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 237.

29 Altmeppen, H., op. cit., § 30, r. br. 165. Torggler, U., Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, Einlagenrückgewähr, 2. Wiener Unternehmensrechtstag, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014., str. 100, za austrijski pravni sistem.

30 Podgorelec, P., Dopustnost posojil in finančne pomoči med družbeniki, delničarji in njihovo gospodarsko družbo, Podjetje in delo, 6-7/2014., str. 1313.

31 Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 237.

vjeri, onda je potrebno pravni posao održati kao valjan, a društvo može svoje interese zaštititi samo putem isticanja korporacijskoga regresnog zahtjeva prema dioničaru, a u čemu zbog nedostatnih financijskih sredstava dioničara najčešće neće moći uspjeti. Za treću osobu koja je primila osiguranje tražbine nije štetno, ako tek kasnije sazna da je sa sklopljenim pravnim poslom povrijeđeno načelo očuvanja kapitala, a također se od nje ne zahtijeva da bi morala o tim okolnostima posebno istraživati.<sup>32</sup>

## **5. VRHOVNI SUD REPUBLIKE SLOVENIJE O OSIGURANJU ZA VLADAJUĆE DRUŠTVO**

U 2018. godini Vrhovni sud Republike Slovenije odlučivao je u dva predmeta u kojima je ovisno društvo osiguralo obveze dioničara – vladajućeg društva prema banci. U oba su primjera postojale okolnosti faktičnog koncerna, u kojem po slovenskom pravu vladajuće društvo može iznimno utjecati štetno na ovisno društvo, ako mu naknadi štetu (čl. 545. st. 1. ZGD-1). Taj, tzv. koncernski privilegij smije vladajuće društvo ostvariti samo, ako je to u interesu koncerna<sup>33</sup> i samo u opsegu, koji omogućava naknadu pojedinačne štete. Kvalificirana šteta je, naime, u faktičnom koncernu zabranjena, jer nju nije moguće izolirati, izmjeriti i posljedično tomu namiriti.<sup>34</sup> Izvršavanje prevladajućeg utjecaja na način koji nije u skladu sa sustavom pojedinačne naknade, znači okolnost kvalificiranog faktičnog koncerna, koja je protupravna.<sup>35</sup> Pojedinačnu štetu vladajuće društvo može naknaditi: (1) jednokratno tijekom poslovne godine u kojoj je nastala šteta, ako određena pogodnost prijeđe u imovinu vladajućeg društva do zaključnoga datuma bilance<sup>36</sup> ili (2) na kraju poslovne godine u suglasnosti s vladajućim društvom sa sklapanjem ugovora iz kojega proizlazi pravo zahtijevati naknadu štete.<sup>37</sup> Pojedinačno osiguranje za obveze vladajućeg društva prema banci svakako je šteta, koju je moguće izolirati, izmjeriti i namiriti, stoga se pitanje protupravnosti kvalificiranog koncerna na ovom mjestu obično ne pojavljuje. Štetan utjecaj vladajućeg društva je uzrokovan, ako ovisno društvo daje osiguranje u okolnostima u kojima postoji konkretan rizik, da će osiguranje ovisnog

32 Altmepfen, H., op. cit., § 30, r. br. 166. Tako o istraživanju također Torggler, U., op. cit., str. 100, u austrijskom pravnom sustavu; vidi tamo citiranu sudsku odluku OGH 4 Ob 2078/96h, 25. 6. 1996 (Fehringler). Sud je zahtijevao istraživanje u slučaju u kojem je sumnja na postojanje zabranjenog vraćanja uloga bila tako očigledna, da je bila gotovo nedvojbeno. Već na početku sumnjivi primjeri zahtijevaju daljnje istraživanje. Zajmodavac je morao sudionika upitati o suprotnoj obvezi, a pritom se nije smio osloniti na očito pogrešne informacije. Torggler smatra, da bi bilo potrebno zahtijevati daljnje istraživanje, ako je zajmodavac ima neke naznake, da je došlo do nedopustivih isplata ili to očito proizlazi iz jednostavno dostupnih podataka. Ibid., str. 102. Slično Karollus, M., Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Der Gesellschafter 2/2015, str. 134. Vidi također OGH 6 Ob 29/11, 14. 9. 2011 (Almassi/Stade).

33 Koch, J., op. cit., § 311, r. br. 43.

34 Ibid., r. br. 42.

35 Podgorelec, P., Sodobni trendi v razvoju prava d.o.o. in izzivi za ZGD-1, Podjetje in delo, 3-4/2009, str. 571, Kocbek, M., Odškodninski in drugi zahtevki znotraj povezanih družb v dejanskem ter pogodbenem koncernu, Podjetje in delo, 6-7/2010, str. 999.

36 Koch, J., op. cit., § 311, r. br. 41, 44.

37 Kocbek, M., op. cit., str. 992; Koch, J., op. cit., § 311, r. br. 46.

društva biti unovčeno i pritom ne postoji odgovarajuće osiguranje regresnog zahtjeva prema vladajućem društvu ili ako svrhom osiguranja nije plaćena tržišna provizija. Uglavnom, vladajuće društvo bi moglo plaćanje tržišne provizije za osiguranje izvršiti kasnije, moglo bi i ovisnom društvu kasnije dati osiguranje ako dođe do realizacije osiguranja tražbine, ali bi zato moralo u skladu sa koncernskim privilegijem to učiniti najkasnije krajem poslovne godine, u kojem je osiguranje omogućeno. Ako se šteta ovisnom društvu ne nadoknadi pravodobno, to se, u okolnostima faktičnoga koncerna, ako je došlo do davanja osiguranja ovisnog društva za obveze vladajućeg društva prema banci, smatra povredom načela očuvanja kapitala.

U tom slučaju ovisno društvo može postaviti korporacijski regresni zahtjev prema vladajućem društvu, što u pravilu ne bi urodilo plodom (vidi prethodni odjeljak). Zbog toga je ovisno društvo zainteresirano, da se rastereti od davanja jamstva banci kao trećoj, nepovezanoj osobi. Budući da banke nije moguće izjednačiti s dioničarima društva, ovisno društvo protiv banke ne može istaknuti zahtjev analognom primjenom odredbe članka 233. ZGD-1. Vrhovni sud Republike Slovenije u sudskom postupku pod oznakom III Ips 115/2016, od 13. lipnja 2018. godine, zauzeo je stajalište da je banka u tom slučaju „pasivno stvarno legitimirana tek prema općim pravilima obveznog prava, koja određuju ništetnost pravnih poslova“. Međutim, sklapanje ugovora o osiguranju zajma s kojim ovisno društvo i vladajuće društvo krše načelo očuvanja kapitala, banci kao trećoj osobi nije zabranjeno, jer ugovor sam po sebi i prema članku 86 stavku. 2. slovenskoga Obligacijskog zakonika (dalje u tekstu: OZ),<sup>38</sup> nije ništetan. Iako se ugovaranjem osiguranja povrjeđuje načelo očuvanja kapitala, to, međutim, znači da je pravni posao između ovisnog društva i banke obično valjan.

Drukčija je pravna posljedica u situaciji, ako je banka znala da „je sklapanje takvog pravnog posla nedopušteno i ono znači vraćanje uloga dioničaru“ i unatoč tomu je sklopila ugovor o osiguranju tražbina. U takvom primjeru je Vrhovni sud Republike Slovenije odlučio, da banka i sama krši kogentna pravila ZGD-1. Zbog postupanja banke u lošoj vjeri ugovor bi bio ništetan zbog suprotnosti prisilnim propisima prema članku 86. stavku 1. OZ-a.<sup>39</sup>

Iz razloga jer se dobra vjera predmnijeva, ovisno društvo koje prigovara nepostojanje dobre vjere banci to bi moralo bi dokazati, odnosno da je banka znala ili morala znati za nedopušteno vraćanje uloga. Sud je dodao još: „U situaciji u kojoj bi postojale okolnosti, zbog kojih bi se dovela u pitanje prihvatljivost sklapanja ugovora o osiguranju tražbine, tada bi morao tuženik (banka – op. a.) provjeriti, je li ugovor o osiguranju tražbine, kojeg je tužitelj (ovisno društvo – op. a.) sklopilo u korist vladajućeg društva nedozvoljen pravni posao u smislu čl. 227. ZGD-1. A to zbog toga jer tuženik obavlja djelatnost financiranja profesionalno, pa je potrebno zbog ovakve sumnje provesti daljnje istraživanje. Postojanje faktičnog koncerna kod ovakve sumnje samo po sebi nije dovoljno.“

38 Obligacijski zakonik, Ur. l. RS, br. 97/07 – UPB. Ta određuje: „Ako je sklapanje ugovora zabranjeno samo jednoj stranci, ugovor ostaje važeći, osim ako je zakonom u pojedinačnom primjeru drukčije određeno, stranku koja je prekršila zakon, pogadaju pravne posljedice.“

39 Ta određuje: „Ugovor, koji je suprotan ustavu, prisilnim propisima ili načelu morale, ništetan je, ako svrha kršenog pravila ne upućuje na kakvu drugu sankciju ili zakon u pojedinačnom primjeru ne određuje nešto drugo.“

Na temelju jednakih očitovanja Vrhovni sud je u trećem stupnju u predmetu pod oznakom III Ips 6/2017, od 24. srpnja 2018., dodao još smjernice kako utvrditi dobru, odnosno lošu vjeru treće, nepovezane osobe: „Vezano na lošu vjeru tuženika (banke – op. a.) nije dovoljno poznavanje okolnosti o povezanosti tužitelja (ovisnog društva – op. a.) i njegova vladajućeg društva i da bi danim jamstvom moglo doći do zabranjenog vraćanja uloga. Dobra vjera se predmnijeva, zato banci kao trećoj osobi za osiguranje svakog odobrenog zajma nije moguće nametnuti teret istraživanja o tome, dolazi li u pojedinačnim slučajevima do nedopuštenog vraćanja uloga“. Banka mora svoju dobru vjeru dokazati samo, ako bi u dokaznom postupku bilo ustanovljeno, da su u trenutku primanja osiguranja postojale takve okolnosti, koje bi očito značile zabranjeno vraćanje uloga.« Konkretno okolnosti slučaja su bile, naime takve, da je povreda zabrane isplate bila očigledna. Banci, uz dobro poznavanje okolnosti u svezi s ovisnim društvom i njegovim vladajućim društvom, nije mogla ostati nepoznata činjenica, da ovisno društvo za sklopljena jamstva nije primilo nadoknade. Znala je da vladajuće društvo nije uspijevalo ispuniti svoje obveze plaćanja zajma, stoga ih je reprogramirala i pritom zahtijevala osiguranje od ovisnog društva. Banka svoju dobru vjeru nije uspjela dokazati pozivajući se na izjavu o naknadi štete preuzetu iz izvješća ovisnosti, koje se uključuje u poslovno izvješće kao sastavni dio godišnjeg izvješća ovisnog društva. Vrhovni sud Republike Slovenije je pojasnio: „Tuženik (banka – op. a.) nije mogla izvesti zaključak, da je tužitelj od vladajućeg društva primio osiguranje za dana jamstva, ako u izvješću ne piše ništa o nadoknadama za jamstva, odnosno o bilo kakvim poslovima sklopljenima s trećim osobama.“

Pored toga, spomenuto godišnje izvješće bilo je izdano nakon isteka poslovne godine, u kojem je bilo dano osiguranje, pa se banka u trenutku prihvaćenja osiguranja već s pojmovnog aspekta nije mogla pouzdati u njega.

## **6. ZAKLJUČAK**

U trenutku osnivanja društva kapitala potrebno je osigurati imovinu u iznosu temeljnoga kapitala koji je potrebno u društvu održavati na način, da ne dolazi do nedopuštene podjele članovima društva. U dioničkom je društvu dioničarima dopuštena isplata zakonitih dividendi, a sve ostale imovinske koristi dobivene iz imovine društva za dioničara uglavnom su nedopušteno vraćanje uloga. Jednako važi za osiguranja koje društvo pribavi radi osiguranja dioničarskih obveza prema trećim osobama, ako postoji konkretan rizik, da dioničar neće ispuniti svoje obveze, i ako pritom regresni zahtjev, koji bi mogao biti istaknut prema dioničaru, nije osiguran. Isto tako radit će se o nedopuštenom vraćanju uloga, ako društvo za pribavljanje takvog osiguranja ne primi tržišnu proviziju. Premda u tim primjerima društvo prema zajmodavcu ne može postaviti korporacijski regresni zahtjev, nego samo zahtjev za utvrđenje ništetnosti prema općim pravilima obveznog prava, ako dokaže da je zajmodavac postupao u lošoj vjeri. Takvo postupanje postoji ako je kod zajmodavca postojala svijest, odnosno ako je bio dužan imati svijest o tomu da je društvo danim osiguranjem povrijedilo pravila o očuvanju temeljnoga kapitala društva. Praktički isto vrijedi i u okolnostima fiktivnoga koncerna u kojem pravila o načelnoj zabrani štetnog utjecaja vladajućeg

društva i regulative za naknadu štete, u prvom redu i upravo služe tomu da osiguraju primjerenu kapitalnu opremljenost ovisnog društva u koncernu i time zaštitu vjerovnika tog društva. Kada dolazi do nedopuštenih davanja osiguranja ovisnog društva u korist vladajućeg društva, vjerovnici nisu dovoljno zaštićeni od mogućnosti pobijanja dužnikovih pravnih radnji (*actio Pauliana*).<sup>40</sup> Društvo se osniva sa svrhom ostvarenja dobiti, a ne radi toga da služi interesima vladajućeg društva. Postavlja se pitanje je li stvarno moralno da vladajuće društvo iscrpljuje ovisno društvo za svoje namjere, premda te radnje ne poduzima kako bi naštetilo vjerovnicima ovisnog društva, ali je pritom svjesno, da interesi tih vjerovnika ipak u konačnici mogu biti povrijeđeni? Nemoralno ili ne, Vrhovni sud Republike Slovenije zaključio je, da je pravni posao, kod kojeg je zajmodavac u trenutku primanja osiguranja od ovisnog društva svjestan, da se time povređuje zabrana isplata, ništetan zbog suprotnosti prisilnim propisima. Samo tako je moguće osigurati učinkovitu zaštitu interesa ovisnog društva i njegovih vjerovnika.

#### LITERATURA

1. Bayer, Walter, Scholz, Philipp, Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bei verbotener Einlagerückgewähr, *Die Aktiengesellschaft*, 11/2013, str. 426-429.
2. Bilić, Antun, Uzlazna sredstava osiguranja (*upstream guarantees*), *Zbornik Susreta pravnika Opatija*, 2018., str. 187-229.
3. Goette, Wulf, Habersack, Mathias, Kalss, Susanne, Bayer, Walter, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., Bd. 1, München, Beck, 2016.
4. Ho, John Kong Shan, Revisiting the Legal Capital Regime in Modern Company Law, *The Journal of Comparative Law*, vol. 12, 1/2017, str. 1-21.
5. Hüffer, Uwe, Koch, Jens, *Aktiengesetz*, München, München Beck, Beck-Online, 2016.
6. Ivanjko Šime, Kocbek, Marijan, Prelič, Saša, *Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov*, Druga, dopolnjena in predelana izdaja, Ljubljana, GV Založba, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2009.
7. Karollus, Martin, Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, *Der Gesellschafter*, 2/2015, str. 130-136.
8. Kopal, Aleš, Varstvo premoženja delniške družbe – korporacijskopравни vidiki prikritih prenosov premoženja (prikritih izplačil dobička), *Podjetje in delo*, 1/2008, str. 5-40.
9. Kopal, Aleš, Pravna narava zahtevka delniške družbe za vračilo prepovedanega vračila vložka, *Podjetje in delo*, 2/2008, str. 210-244.
10. Kocbek, Marijan, Odškodninski in drugi zahtevki znotraj povezanih družb v dejanskem ter pogodbenem koncernu, *Podjetje in delo*, 6-7/2010, str. 987-999.
11. Koppensteiner, Hans-Georg, Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge?, u: Hainz, Bernhard, Krejci, Heinz (Urednika), *Festschrift Reich-Rohrwig*, Wien, MANZ Verlag, 2014, str. 117-129.
12. Kraakman, Reiner i dr., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Second Edition, Oxford, New York, Oxford University Press, 2009.
13. Podgorelec, Peter, Ohranjanje osnovnega kapitala pri d.o.o., *Podjetje in delo*, 8/2006, str. 1669-1698.
14. Podgorelec, Peter, Sodobni trendi v razvoju prava d.o.o. in izzivi za ZGD-1, *Podjetje in delo*, 3-4/2009, str. 545-578.

40 Drukčije Bilić, A., op. cit., str. 198 i tamo navedeni radovi.

15. Podgorelec, Peter, Dopustnost posojil in finančne pomoči med družbeniki, delničarji in njihovo gospodarsko družbo, Podjetje in delo, 6-7/2014, str. 1308-1319.
16. Roth, Günter H., Altmeyen, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 8. Aufl., München, Beck-Online, Beck, 2015.
17. Torggler, Ulrich, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, Einlagenrückgewähr, 2. Wiener Unternehmensrechtstag, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014, str. 89-105.
18. Ulmer, Peter, Habersack Mathias, Löbke Marc, GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II, 29-52, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
19. Zabel, Bojan, Prikrilo izplačilo dobička v delniški družbi, Pravniki, 1-2/2012, str. 79-88.



**Jerneja Prostor\***

Summary

## **THE PROTECTION OF THE CONTROLLED COMPANY – RECENT JUDGEMENTS OF THE SUPREME COURT OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA**

The article deals with a few court cases in which the shareholders violated the prohibition on the return of the contribution. This ban ensures the maintenance of the share capital in a company with share capital, which is primarily intended to protect the creditors of the company. Namely, the share capital has primarily developed with the aim of providing alternative creditor protection in companies with share capital, in which shareholders are not liable for the obligations of these companies with their assets. If shareholders do not comply with the rules laid down by the legislator in order to maintain the share capital and unjustified benefits (which can be isolated and evaluated) are paid to them out of the assets of the company, these benefits must be returned to the company. In some recent cases with affiliated companies, the Slovenian Supreme Court recognized the violation of the prohibition on returning contributions. The consequences of such practices also apply to involved third parties (for example, to banks that accept the insurance provided by the subsidiary company to insure the claim against the parent company), if they knew for the violation of the prohibition of returning contributions.

**Keywords:** *share capital; the prohibition on returning contributions; affiliated enterprises; insurance; good faith.*

Zusammenfassung

## **SCHUTZ DER ABHÄNGIGEN GESELLSCHAFT – DIE JÜNGSTE RECHTSPRECHUNG DES OBERSTEN GERICHTSHOFS DER REPUBLIK SLOWENIEN**

Dieser Beitrag wird die Beispiele aus der Rechtsprechung bezüglich der Verletzung des Verbots der Einlagenrückerstattung vonseiten der Gesellschaftsmitglieder darstellen. Es handelt sich dabei um ein Verbot, welches die Erhaltung des zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienenden Stammkapitals in einer Kapitalgesellschaft ermöglicht. Das Stammkapital entwickelte sich mit dem Ziel, den Gläubigern der

\* Jerneja Prostor, Ph.D., Assistant Professor, University of Maribor, Faculty of Law; Senior Judicial Advisor at the Supreme Court of the Republic of Slovenia: jerneja.prostor@um.si.

Kapitalgesellschaften eine Sicherheit anzubieten, denn die Gesellschaftsmitglieder haften nicht für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaften mit ihrem Vermögen. Wenn sich die Gesellschaftsmitglieder nicht im Einklang mit den vom Gesetzgeber zu Zwecken der Erhaltung des Stammkapitals auferlegten Regeln benehmen und dabei aus dem Gesellschaftsvermögen unerlaubte Einnahmen (welche isoliert und bewertet werden können) auszahlen, müssen sie diese der Gesellschaft zurückzahlen. In den in diesem Beitrag analysierten Beispielen aus der Rechtsprechung handelt es sich um Konzerngesellschaften. Der Gerichtshof hat letztinstanzlich in allen drei Beispielen die Verletzung der Regel über unzulässige Einnahmen erkannt. Die Folgen solcher Handlungen wirken sich auch auf Dritte aus (z.B. auf Banken, die wegen Sicherung ihrer Mittel den Gesellschaftsmitgliedern gegenüber die Bürgschaft der Tochtergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Muttergesellschaft erhalten haben), falls sie wussten, dass durch solche Rechtsgeschäfte das Verbot der Einlagenrückerstattung verletzt wird.

***Schlüsselwörter:** Stammkapital; Verbot der Einlagenrückerstattung; Konzern; Sicherung; guter Glauben.*

Riassunto

## **LA TUTELA DELLA SOCIETÀ CONTROLLATA – GIURISPRUDENZA RECENTE DELLA CORTE SUPREMA DELLA REPUBBLICA DI SLOVENIA**

Nel presente lavoro verranno illustrati casi giurisprudenziali nei quali i soci della società hanno violato il divieto di restituzione del capitale versato. Si tratta di un divieto che serve a proteggere il capitale sociale nella società di capitali che in primo luogo serve alla tutela dei creditori della società. Il capitale sociale s'è anzi tutto sviluppato quale istituto con l'intento di offrire sicurezza ai creditori della società, posto che i soci della società non rispondono delle obbligazioni di tali società con il proprio patrimonio personale. Se i soci della società non rispettano le regole che il legislatore ha statuito con l'intento di mantenere il capitale sociale e per aggiunta si accreditano somme che non si possono individuare e valutare, hanno l'obbligo di restituire un tanto alla società. Nella giurisprudenza in esame si trattava di società collegate di un gruppo societario e la corte nella sua somma istanza in tutti e tre i casi ha riconosciuto la violazione delle regole di entrate non ammesse. Le conseguenze di tali operazioni raggiungono pure soggetti terzi (ad esempio le banche che per la garanzia dei propri crediti nei confronti dei soci della società hanno ricevuto somme a garanzia della società), nel caso fossero a conoscenza del fatto che con tali attività giuridiche si violi il divieto di restituzione del capitale versato.

***Parole chiave:** Capitale sociale; divieto di restituzione del capitale versato; gruppi societari; garanzia; buona fede.*

## ODNOS PREDSJEDNIKA SUDA SA SUDSKIM STRANKAMA – PRAVNO UREĐENJE I PITANJA IZ PRAKSE

Doc. dr. sc. Alen Rajko\*

UDK: 347.921

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.22>

Ur.: 20. prosinca 2018.

Pr.: 17. siječnja 2019.

Stručni rad

### Sažetak

*Analizirani su normativni okvir i pitanja iz prakse povezana s odnosima između stranaka suda i predsjednika suda, kao tijela sudske uprave, izvan materije suđenja (rješavanja konkretnih predmeta) te praktični problemi koji se javljaju u tim odnosima. Prije svega, riječ je o predstavkama na rad suda i sudaca, zahtjevima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i predlaganju primjene oficijoznih ovlasti predsjednika suda. Naglašeno je razgraničenje između domene s time povezanih ovlasti predsjednika suda i nedopuštenog zadiranja u sudačku autonomiju. Ponuđeni su odgovori na neke od dvojbi koje se javljaju u praksi. Zaključno je istaknuta važnost korištenja međunarodnih izvora kao orijentira u ovoj materiji te jačanja ovlasti zamjenika predsjednika Suda, bitnih obilježja odgovornosti sudova za svoj rad, dosljednosti u razgraničenju poslova sudske uprave od poslova suđenja, kao i autonomije sudstva u demokratskoj pravnoj državi.*

**Ključne riječi:** predsjednik suda; sudska uprava; stranka suda; predstavka; samostalnost i neovisnost sudaca.

### 1. UVOD

Pored sudjelovanja u konkretnim sudskim postupcima, dio stranaka sudova obraća se, različitim vrstama traženja, i sudskoj upravni odnosnog suda. Odnosi koji pritom nastaju relevantni su i za stranke i za funkcioniranje suda.

Poslove sudske uprave obavlja predsjednik suda, a u tim mu poslovima pomažu ravnatelj sudske uprave, predsjednici odjela, voditelj stalne službe ili službenik kojeg odredi predsjednik suda (čl. 30. st. 1. i 4. Zakona o sudovima).<sup>1</sup> Zamjenik predsjednika suda zamjenjuje predsjednika suda u obavljanju poslova sudske uprave u slučaju

\* Dr. sc. Alen Rajko, docent, predsjednik Upravnog suda u Rijeci; vanjski suradnik Sveučilišta u Rijeci, Pravnog fakulteta; [alen.rajko@public.carnet.hr](mailto:alen.rajko@public.carnet.hr)

1 Zakon o sudovima, NN, br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16 i 67/18.

U sudovima s više od 20 sudaca predsjednik suda može obavljati samo poslove sudske uprave (čl. 30. st. 3. Zakona o sudovima).

spriječenosti ili odsutnosti predsjednika suda (čl. 30. st. 3. Zakona o sudovima). Od sudske uprave potrebno je razlikovati pravosudnu upravu, koju obavlja Ministarstvo pravosuđa (čl. 71.-84. Zakona o sudovima).

U odnosu na državne službenike u sudovima, predsjednik suda ima položaj čelnika tijela po propisima o službeničkim odnosima, u prvom redu prema Zakonu o državnim službenicima.<sup>2</sup> Postoje i drugi posebni (sektorski) propisi kojima je djelomice uređen status predsjednika suda kao tijela sudske uprave (primjerice, kao čelnika proračunskog korisnika).<sup>3</sup>

Poslovi sudske uprave definirani su odredbama članka 29. Zakona o sudovima i članka 4. Sudskog poslovnika<sup>4</sup> (u nastavku teksta: Poslovnik). Okvirno, ti se poslovi mogu podijeliti u nekoliko glavnih skupina:

- upravljanje ljudskim i materijalnim resursima suda,
- upravljanje poslovnim procesima suda (uključujući unutarnji nadzor),
- statistički, analitički i izvještajni poslovi,
- odnosi s općom javnošću,
- odnosi sa strankama suda,
- poslovi povezani s drugim subjektima (suci porotnici, vještaci, tumači, procjenitelji, podrška svjedocima i žrtvama, administrativni poslovi u pogledu međunarodne pravne pomoći, ovjere isprava, izdavanje uvjerenja i sl.).

U članku 3. Poslovnika propisano je da je unutarnje poslovanje u sudu odvojeno od suđenja.

Svi poslovi sudske uprave u određenoj mjeri utječu na učinkovitost rada suda, a time i na ostvarivanje zaštite koju sudovi pružaju strankama. Razmatranje u ovom radu ograničeno je na neposredne odnose između predsjednika suda (sudske uprave) i stranaka suda koje se obraćaju sudskoj upravi, u svjetlu međunarodnih smjernica te prema općoj hrvatskoj regulaciji ove materije, koja, pored mjerodavnih ustavnih odredbi, ponajprije obuhvaća systemske propise na području sudstva.

Analizu započinjemo upućivanjem na mjerodavne dijelove Mišljenja br. 19 (2016) Savjetodavnog vijeća europskih sudaca o ovlastima predsjednika sudova, nastavljamo raščlambom hrvatskoga pravnog okvira i prakse, uz poseban osvrt na materiju koja ne ulazi u ingerencije predsjednika suda (sudske uprave). Zaključno su sumirane glavne teze rada. Pored sistematiziranja pravnog uređenja odnosa predsjednika suda sa strankama suda, razmotrena su neka pitanja tog odnosa koja se javljaju u praksi te su ponuđeni odgovori na njih.

2 Zakon o državnim službenicima, NN, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 34/11., 49/11., 150/11., 34/12., 38/13., 37/13., 1/15., 138/15. i 61/17.

3 Zakon o proračunu, NN, br. 87/08., 109/07., 136/12. i 15/15.

4 Sudski poslovnik, NN, br. 37/14., 49/14., 8/15., 35/15., 123/15., 45/16., 29/17., 33/17., 34/17., 57/17. i 101/18.

Ovlasti i dužnosti predsjednika suda regulirane su odredbama čl. 5. Poslovnika.

## **2. RELEVANTNI DIJELOVI MIŠLJENJA BR. 19 (2016) SAVJETODAVNOG VIJEĆA EUROPSKIH SUDACA O OVLASTIMA PREDSJEDNIKA SUDOVA**

Savjetodavno vijeća europskih sudaca (tijelo Vijeća Europe) donijelo je u studenom 2016. Mišljenje br. 19 (2016) o ovlastima predsjednika sudova<sup>5</sup> (u nastavku teksta: Mišljenje). Svrha je Mišljenja „istražiti pitanja i probleme koji se odnose na ulogu predsjednika sudova, s obzirom na prevladavajuću potrebu da se osigura učinkovitije funkcioniranje neovisnog sudstva i unaprijedi kvaliteta pravosuđa“ (t. I.2. Mišljenja).

Odnosi sudske uprave sa strankama suda u određenoj su mjeri prisutni u okviru svih triju uloga predsjednika suda navedenih u točki II.6. stavku 1. Mišljenja: predstavljanju suda i kolega sudaca, osiguranju učinkovitog funkcioniranja suda i unapređivanju uloge i službe koju sudovi imaju u društvu te izvršavanju zadataka iz svoje nadležnosti.

U razradi predstavljачke uloge predsjednika sudova (t. A. Mišljenja) nisu izrijekom navedeni odnosi sa strankama suda, za razliku od odnosa s drugim pravosudnim tijelima, odvjetničkim komorama, ministarstvom pravosuđa, medijima i javnošću. Međutim, primjenjivom smatramo opću odrednicu iz točke A.7. Mišljenja, prema kojoj predsjednici sudova ispunjavaju ključnu ulogu u predstavljanju sudova.

Predsjednici sudova trebali bi imati ovlast nadgledati duljinu sudskih postupaka (t. B.17. Mišljenja).

Po točki C.24. mišljenja, postoji opći trend prema široj upravljачkoj ulozi predsjednika sudova, što je rezultat zahtjeva da se pruži bolja usluga strankama i korisnicima usluga suda i društvu, održavajući opće viđenje da predsjednici koji imaju tu ulogu mogu unaprijediti učinkovitost suda.

S temom ovog rada u najizravnijoj je vezi točka B.23. Mišljenja, koja glasi:

*Gdje predsjednici sudova imaju ulogu u primanju i odgovaranju na pritužbe stranaka glede predmeta koji su u tijeku na sudu, trebali bi uzeti u obzir načelo neovisnosti sudaca, kao i legitimna očekivanja stranaka u postupku i društva u cjelini.*

U tekstu Mišljenja dosljedno se naglašava da ispunjavanje funkcija predsjednika suda ne smije ići na štetu neovisnosti i nepristranosti sudaca, čiji čuvari su (i) predsjednici sudova. Štoviše, u točki A.7. stavku 2. Mišljenja navedeno je da glavni zadatak predsjednika sudova „mora biti da u svakom trenutku nastupaju kao čuvari neovisnosti i nepristranosti sudaca i suda u cjelini“. Pored već citirane točke B.23. Mišljenja, takva izričita upozorenja istaknuta su, primjerice, vezano za sljedeće dijelove Mišljenja:

- opća uloga predsjednika sudova (t. II.6. st. 2. i V.1.);
- poštovanje vanjske neovisnosti sudaca unutar sudova, pri čemu vanjska neovisnost zahtijeva da pojedini sudac bude slobodan od uputa i pritisaka predsjednika suda kada rješava predmete (t. B.13. i V.3.);

5 Opinion No 19 (2016) – The role of the court presidents, CCJE(2016)2. Dostupno npr. pod: <http://pak.hr/cke/pdf%20hr/Mi%C5%A1ljenje%20Savjetodavnog%20vije%C4%87a%20europskih%20sudaca%20br%2019.pdf> (pristupljeno: 15. prosinca 2018.).

- promoviranje konzistentnosti sudske prakse (t. B.16.) i
- nadgledanje duljine trajanja sudskih postupaka (t. B.17.).

Također, predsjednici se ne bi trebali baviti bilo kakvim radnjama ili aktivnostima koje bi mogle umanjiti sudsku neovisnost i nepristranost (t. C.25. Mišljenja).

### 3. HRVATSKI NORMATIVNI OKVIR I PRAKSA

Sudbena vlast je samostalna i neovisna, obavljaju je sudovi, a sudačka dužnost povjerava se osobno sucima (čl. 118. st. 1. i 2. i čl. 121. st. 1. Ustava Republike Hrvatske,<sup>6</sup> u nastavku teksta: Ustav). Suci imaju imunitet u skladu sa zakonom te ne mogu biti pozvani na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasovanje pri donošenju sudbene odluke, osim ako se radi o kršenju zakona od strane suca koje je kazneno djelo (čl. 122. st. 1. i 2. Ustava).

Neovisnost i nepristranost suda jedan je od ključnih elemenata ostvarivanja konvencijskog prava na pravično suđenje (čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda).<sup>7</sup>

Prema članku 4. stavku 3. Zakona o sudovima, svatko ima pravo podnijeti pisano ili usmeno predstavku predsjedniku suda na rad suda ili suca zbog odugovlačenja postupka u kojem je stranka ili ima pravni interes, odnosno zbog nedoličnog ili neprimjerenog ponašanja suca i drugog zaposlenika u službenim odnosima sa strankom koje je suprotno etičkom kodeksu i dobiti odgovor na njih. Predsjednik suda dužan je odgovoriti na predstavku najkasnije u roku od 30 dana od dana njezina zaprimanja.<sup>8</sup>

Izuzeće suca i drugih sudionika u postupku regulirano je normama postupovnih zakona mjerodavnima za pojedinu granu sudovanja.<sup>9</sup> Kada se izuzeće ne traži po nekoj od osnova vezanih za jasno svojstvo uključenih osoba (npr. srodstvo, zastupanje, ranije odlučivanje u predmetu i sl.), već zbog drugih okolnosti koje dovode u sumnju nepristranost suca, mora se raditi o objektivnim okolnostima. Ponekad je dovoljno da konkretne okolnosti mogu izazvati sumnju u nepristranost sudaca, radi izbjegavanja svake moguće sumnje u nepristranost daljnjeg postupanja.<sup>10</sup> S druge strane, pravna

6 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 59/90., 135/97., 8/98. – proć. tekst, 113/00., 124/00. – proć. tekst, 28/01., 41/01. – proć. tekst, 55/01. – ispr., 76/10., 85/10. – proć. tekst i 5/14 – odluka USRH.

7 Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, – Međunarodni ugovori br. 18/97.

8 Uz to, u čl. 29. st. 1. t. 9. Zakona o sudovima određeno je da su poslovi u vezi s predstavkama na rad suda obuhvaćeni poslovima sudske uprave.

9 Čl. 71.-76. Zakona o parničnom postupku (NN, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. – proć. tekst, 25/13. i 89/14.); čl. 15. Zakona o upravnim sporovima (NN, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17.); čl. 32.-35. Zakona o kaznenom postupku (NN, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14. i 70/17.); čl. 104.-107. Prekršajnog zakona (NN, br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15. i 70/17.).

10 Npr. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Su-IV212/16-2 od 19. travnja 2016. i Su-IV-285/17-2 od 2. lipnja 2017.

stajališta suca, i materijalnopravna i procesnopravna, nisu valjani razlog za izuzeće suca.

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku uređena je, pak, odredbama članka 63.-70. toga Zakona.

Istodobno, odredbom članka 6. stavka 1. Zakona o sudovima propisano je da je zabranjen svaki oblik utjecaja na donošenje sudske odluke, posebno svaki oblik prisile prema sucima, zlouporaba javnih ovlasti i osobnog utjecaja te korištenje medija i javnih istupanja na način suprotan načelima demokratskog društva, a koje ima za svrhu utjecaj na tijek i ishod sudskih postupaka.

Državno sudbeno vijeće će predsjednika suda razriješiti dužnosti kada kršenjem propisa ili na drugi način povrijedi načelo neovisnosti suca u suđenju (čl. 85. st. 4. t. 5. Zakona o Državnom sudbenom vijeću).<sup>11</sup>

Pravo i dužnost sudaca na samostalnost i neovisnost ponekad dolazi u koliziju s dosljednošću sudske prakse, odnosno pravnom sigurnošću, jednim od elemenata vladavine prava. Ujednačavanje sudske prakse u hrvatskome pravnom poretku nije zadaća sudske uprave, već drugostupanjskih sudova i, u konačnici, Vrhovnog suda Republike Hrvatske (čl. 119. st. 1. Ustava). Pritom glavni instrument ujednačavanja prakse, pored vezanosti nižestupanjskoga suda uputom višestupanjskog suda odlukom donesenom u konkretnom predmetu, čini odredba članka 40. stavka 2. Zakona o sudovima, po kojoj je pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici svih sudaca odnosno sudskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske i sjednici odjela županijskog suda obvezno za sva drugostupanjska vijeća ili suce pojedince tog odjela, odnosno suda. Obvezatnost spomenutih pravnih shvaćanja proteže se, dakle, samo na drugostupanjska vijeća i suce odjela viših sudova, odnosno viših sudova kao cjeline, a ne i na prvostupanjska vijeća ili suce navedenih sudova, niti na prvostupanjske sudove.<sup>12</sup> U praksi, neusklađenost prvostupanjske s drugostupanjskom praksom nije česta. Prvostupanjski sudovi uglavnom prihvaćaju navedena stajališta bilo slijedom autoriteta njihove uvjerljivosti i/ili donositelja, bilo vodeći računa da se kvaliteta njihova rada kvantitativno vrednuje

11 Zakon o Državnom sudbenom vijeću, NN, br. 116/10., 57/11., 130/11., 13/13., 28/13., 82/15. i 67/18.

12 Dodajmo da važeći Zakon o sudovima ne sadržava normu analognu odredbi članka 35. stavak 2. prijašnjeg Zakona o sudovima (NN, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 34/10., 116/10., 27/11., 57/11., 130/11. i 28/13.), kojom je bila propisana mogućnost zastajanja sa slanjem prijepisa drugostupanjske odluke nesukladne prihvaćenome pravnom shvaćanju. Takva odredba izostavljena je iz teksta važećega Zakona o sudovima amandmanom predlagatelja Zakona (Vlade Republike Hrvatske) od 21. veljače 2013., u obrazloženju kojeg je zaključno navedeno, između ostalog, sljedeće: „(...) a koja je odredba (...) prema mišljenju stručnjaka Europske komisije dvojbena sa stajališta ustavno zajamčenih prava i dužnosti sudaca na potpunu neovisnost u donošenju odluka. S obzirom na preporuku stručnjaka Europske komisije da navedenu odredbu treba izostaviti iz Konačnog prijedloga zakona jer se njome ugrožava načelo neovisnosti sudaca u donošenju odluka, predlaže se amandman (...)“.

Podsjećamo da takav instrument nije bio, niti je propisan u odnosu na odlučivanje prvostupanjskih sudova, koji su vezani uputama viših sudova u konkretnom predmetu, ali ne i načelnim pravnim shvaćanjima viših sudova.

prema postotku ukinutih/poništenih odluka od strane višeg suda.

U nastavku se osvrćemo na pojedine propisane skupine odnosa predsjednika sudova sa strankama suda.

### **3.1. Zaštita prava na suđenje u razumnom roku**

Pravo na suđenje u razumnom roku segment je ustavnoga i konvencijskog prava na pravično suđenje.

U postupku zaštite prava na suđenje u razumnom roku predsjednik suda pred kojim se postupak vodi ima položaj prvostupanjskog tijela (ako se radi o predmetu u kojem postupka predsjednik suda, o zahtjevu odlučuje zamjenik predsjednika suda). Spomenuto obuhvaća dostavu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku uređujućem sucu<sup>13</sup> radi podnošenja propisanog izvješća, a potom razmatranje tog izvješća i cjelokupnog stanja spisa predmeta te donošenje rješenja o zahtjevu. O žalbi protiv prvostupanjskog rješenja odlučuje predsjednik neposredno višeg suda, odnosno tročlano vijeće Vrhovnog suda Republike Hrvatske (ako se zahtjev odnosi na postupak koji je u tijeku pred Vrhovnim sudom).

S ovim je područjem obvezâ predsjednika suda povezana i dužnost brinuti se o rješavanju predmeta u kojima postupak traje više od tri godine (čl. 31. st. 5. Zakona o sudovima, čl. 5. st. 1. Poslovnika).

### **3.2. Iniciranje primjene oficijoznih ovlasti predsjednika suda**

Predsjednik suda ovlašten je, između ostalog, pokrenuti stegovni postupak protiv suca, podnijeti zahtjev za udaljenje suca s dužnosti, u pojedinim slučajevima donijeti odluku o udaljenju suca s dužnosti, kao i predložiti pokretanje postupka za razrješenje suca ako sudac trajno izgubi sposobnost obnašanja sudačke dužnosti, ili je osuđen za kazneno djelo koje ga čini nedostojnim za obnašanje sudačke dužnosti, ili kad navrší 70 godina (čl. 67. st. 1., čl. 73. st. 3. i 4. te čl. 77. st. 4. Zakona o Državnom sudbenom vijeću).

Stranke u postupcima pred sudom ponekad traže od predsjednika suda da iskoristi neku od tih ovlasti, najčešće da pokrene stegovni postupak protiv suca. Inicijator aktiviranja ovlasti predsjednika suda nema položaj stranke u odnosnom postupku, niti su mu na raspolaganju pravna sredstva kojima bi osporavao odgovor predsjednika suda na svoj podnesak.

Stegovni postupak protiv suca i postupak suspenzije suca nisu upravni postupci. Stoga navedeni podnositelji nemaju položaj inicijatora pokretanja upravnog postupka po službenoj dužnosti iz članka 42. Zakona o općem upravnom postupku,<sup>14</sup> a time

13 Terminološka napomena: sudac uređuje u pojedinom predmetu, pa je stoga u njemu „uređujući“. Pritom se ne bavi uredničkim poslom, pa ne može biti „uređujući“, kao što se može pročitati u dijelu predstavki stranaka.

14 Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 47/09. Čl. 42. toga Zakona glasi:

(1) Postupak se pokreće po službenoj dužnosti kad je to propisano zakonom ili je nužno radi zaštite javnog interesa.

(2) Kod ocjene o postojanju razloga za pokretanje postupka po službenoj dužnosti javnopravno tijelo uzet će u obzir predstavke, odnosno druge obavijesti koje upućuju na potrebu zaštite



ni pravo podnošenja prigovora na negativnu obavijest. Supstancijalno, riječ je o predstavkama, kojima je posvećen nastavak analize.

### 3.3. *Predstavke sudskih stranaka*

Pravo na predstavku pravo je ustavnog ranga. Prema članku 46. Ustava, svatko ima pravo slati predstavke i pritužbe, davati prijedloge državnim i drugim javnim tijelima i dobiti na njih odgovor.<sup>15</sup> „Ova odredba zapravo je poruka da nitko ne smije nezadovoljnom građaninu zabraniti ili onemogućiti ili otežati podnošenje predstavke ... Tijelo kojem se građanin obratio ima obvezu odgovoriti. To ne znači da će odgovor biti pozitivan za građanina, odnosno da će njegovu predstavku, pritužbu ili prijedlog nadležno tijelo u svakom slučaju prihvatiti. Nije, dakle, riječ o apsolutnom ustavnom jamstvu. Opseg odgovora mora biti primjeren okolnostima slučaja.“<sup>16</sup> Također, pravo peticije „sastoji se u pravu obraćanja državnim tijelima ... Podnošenje peticije nema za posljedicu obvezu tih tijela da se o njoj izjasne u formalnom postupku, osim u obliku odgovora podnositelju peticije ... to pravo ničim nije ograničeno, niti formalno niti po sadržaju. No, jedino što podnositelj ima pravo očekivati jest odgovor tijela kojem je podnio peticiju“.<sup>17</sup>

Što se tiče predstavki upućenih sudskoj upravi, one mogu poslužiti ne samo zaštititi prava podnositelja, već i ostvarivanju nadzorne uloge predsjednika suda te unapređenju poslovnih procesa u sudu.

Premda se predstavke predsjednicima sudova većinom odnose na rad sudskih referada, one se mogu odnositi i na ostale dijelove sudskog poslovanja, uključujući sudsku pisarnicu i sudsku upravu.

Najčešća vrsta predstavke sudskoj upravi jesu požurnice, kojima stranke u sudskim predmetima traže brže donošenje odluke ili poduzimanje neke radnje u postupku. Pritom je na umu potrebno imati odredbu članka 93. stavka 1. Zakona o sudovima, kojom je propisano da je sudac dužan predmete koji su mu raspoređeni u

---

*javnoga interesa.*

(3) *Kad službena osoba utvrdi da ne postoje uvjeti za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, obavijestiti će o tome podnositelja što je prije moguće, a najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja predstavke, odnosno obavijesti.*

(4) *Podnositelj ima pravo izjaviti prigovor javnopravnom tijelu od kojeg je primio obavijest kojom se ne prihvaća prijedlog za pokretanje postupka, u roku od osam dana od dana primanja obavijesti, kao i u slučaju da u propisanom roku nije dobio odgovor.*

15 U okviru regulacije prava građana Europske unije, u čl. 146. st. 1. podst. 4. Ustava državljanima Republike Hrvatske, kao građanima Europske unije, priznato je pravo podnošenja peticija Europskom parlamentu, predstavki Europskom ombudsmanu te pravo obraćanja institucijama i savjetodavnim tijelima Europske unije na hrvatskom jeziku, kao i na svim službenim jezicima Europske unije te pravo dobiti odgovor na istom jeziku.

16 Crnić, I., Ustav Republike Hrvatske u praksi, Zagreb, Organizator, 2018., str. 540.

Prema Crniću, odgovarajuće (analogno) pravo na podnošenje ustavne tužbe, aktivnu legitimaciju za podnošenje predstavke, pritužbe i prijedloga ima svaka fizička osoba (hrvatski državljanin i stranac), svaka domaća ili strana pravna osoba, kao i skup pojedinaca kojima je zakonom priznat položaj stranke u postupku, loc. cit.

17 Smerdel, B., Sokol, S., Ustavno pravo, 2. neizmij. izd., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2006., str. 147.

rad rješavati redosljedom njihova zaprimanja u sud, vodeći računa i o predmetima koji su posebnim propisom utvrđeni kao hitni.<sup>18</sup> Kršenjem navedene odredbe sudac čini stegovno djelo iz članka 62. stavka 3. točke 4. Zakona o Državnom sudbenom vijeću. Na predsjedniku suda je ne samo da ispita osnovanost konkretne požurnice u kontekstu položaja u kojem se nalazi njezin podnositelj, već i da u vidu ima ostale stranke, neovisno o tomu obraćaju li mu se predstavkama, osobito stranke čije je predmete prema propisanom redosljedu potrebno riješiti prije predmeta na koji se predstavlja. Svako prekovredno rješavanje predmeta stavlja dio ostalih stranaka u nepovoljniji položaj, jer će njihovi predmeti biti riješeni kasnije. Kada prekovredno rješavanje predmeta nema valjanoga pravnog uporišta, možemo govoriti o diskriminaciji ostalih („preskočenih“) stranaka. Položaj svake stranke iz njezinog je gledišta – posve logično – težak i traži hitno rješavanje. Na predsjedniku suda je da navode podnositelja sagleda u cjelini sa situacijom u kojoj se nalaze druge stranke u usporedivim slučajevima. Ne mora biti objektivno teže i žurnije onome tko se „glasnije“ žali. Spomenuto sagledavanje, dakako, ne znači pojedinačnu analizu svih usporedivih predmeta, već generalnu upućenost u strukturu predmeta i situacije u kojima se stranke tipično nalaze.

Podnošenje požurnica samo po sebi, dakle, ne čini valjani temelj za brže rješavanje predmeta, niti za brže postupanje suda. Smisao i svrha razmatranja požurnice podnesene predsjedniku suda je u tomu da sudska uprava provjeri, prije svega:

- odgovara li dotadašnja dinamika rješavanja predmeta uobičajenoj i realno mogućoj dinamici te posebnostima konkretnog predmeta;
- je li u odnosnom razdoblju uređujući sudac poduzeo sve procesne radnje koje je u tom razdoblju bilo potrebno i moguće poduzeti;
- u kakvom je odnosu trenutačna etapa i dotadašnje trajanje spora u odnosu na dinamiku rješavanja usporedivih predmeta u konkretnoj referadi;
- ako je riječ o predmetu koji je posebnim propisom utvrđen kao hitan – može li se dotadašnje postupanje suca zaduženog predmetom ocijeniti sukladnim propisanom svojstvu hitnosti predmeta.

S druge strane, prihvaćanje utjecaja pukog postojanja požurnice (neovisno o osnovanosti njezinog sadržaja) na dinamiku rješavanja spora od strane sudske uprave ili suca, može se činiti praktičnim (tzv. linija manjeg otpora), ali neosnovano u nepovoljniji položaj stavlja druge stranke te objektivno pogoduje upornima/napornima, a ne nužno onima radi kojih je normiran institut predstavke, potičući praksu obasipanja sudova požurnicama. Osnovanost sadržaja požurnice nije „osnažena“ eventualnom

18 U pogledu redosljeda rješavanja predmeta ne radi se, dakle, o obvezi suda kao cjeline, niti o obvezi objedinjeno promatranih sudova prvoga i drugog stupnja, već isključivo o obvezi suca pri rješavanju predmeta unutar konkretne (vlastite) referade. Osim što to jasno i nedvosmisleno proizlazi iz netom citirane zakonske odredbe, drukčije postupanje ne bi ni bilo moguće, jer suci imaju različiti opseg rješavanja predmeta (ne mogu istu dinamiku imati, primjerice, suci koji rješavaju 102% ili 118% godišnje norme, po Okvirnim mjerilima za rad sudaca), pri čemu je dužnost predsjednika suda voditi računa da suci, u redovitim okolnostima, postižu minimalno propisani učinak (100 % norme), a ne prisiljavati suce koji ostvaruju normu da predmete rješavaju na razini jednakog rezultatima njihovih kolega.

okolnošću da ju je stranka podnijela putem drugoga državnog tijela (npr. nekog od pravobranitelja, saborskog odbora ili drugoga političkog tijela i sl.).

Predsjednik suda dužan je na požurnicu odgovoriti u roku od 30 dana od zaprimanja, propisanom u članku 4. stavku 3. Zakona o sudovima. Odgovor treba biti razumljiv, razložen, informativan, argumentiran i pravno utemeljen. Pristojnost i (po potrebi) odlučnost pritom mogu dobro ići ruku pod ruku.

Potrebno je odgovoriti i na predstavku podnositelja koji nema svojstvo stranke u postupku pred konkretnim sudom, ali će u tom slučaju, po prirodi stvari, odgovor biti užeg sadržaja.

### **3.4. O specifičnim strankama sudske uprave**

U praksi postoji specifična vrsta stranaka, koje se učestalo i najčešće nezadovoljno obraćaju (u ovom slučaju) sudovima, odnosno predsjednicima sudova, kao tijelima sudske uprave. Ne treba ih poistovjećivati s racionalnim strankama koje su uporne u svojim nastojanjima, fokusirane na konkretan problem, koristeći za to predviđene instrumente.

U bitnome, riječ je o strankama koje ne prihvaćaju argumentaciju što im ne ide u prilog i repetitivno iznose svoja stajališta. Ne prihvaćaju kanaliziranje u redovite procedure, koje ne poimaju kao zaštitu od arbitrarnosti i jamstvo urednosti postupanja, već kao smetnju za posebni tretman za koji misle da im pripada. Neki su uvjereni u svoju širu društvenu misiju. Ponekad pokušavaju impresionirati sud pozivanjem na razne društvene čimbenike ili inozemne čimbenike. Selektivni su u citiranju sadržaja na koje se pozivaju. Dio ih se može svrstati u one kojima parcijalni dio nekog sadržaja pronađenog pretraživanjem na internetu postaje važniji od profesionalnih kompetencija suca / predsjednika suda. Poneki gube iz vida da je uloga sudova u zapadnome pravno-političkom krugu rješavanje konkretnih (pojedinačnih) spornih odnosa u društvu, a ne društveni aktivizam. Nisu tek usputna pojava u poslovanju sudske uprave. Svojim obraćanjem sudovima ograničavaju resurse sudske uprave, dovodeći na taj način u nepovoljniji položaj stranke koje se sudu obraćaju razložno i na uobičajeni način. Spomenuto je najčešće zlouporaba prava koja strankama stoje na raspolaganju, a normirana su zbog potpuno drugih razloga od onih koji ove stranke potiču na djelovanje. Njihovi su motivi raznoliki: od pokušaja da upornošću/napornošću za sebe izbore povoljniji položaj pred sudom, do raznih varijanti u kojima se odnosna osoba takvim djelovanjem subjektivno osjeća bolje.<sup>19</sup>

Smatramo da pravo na dobivanje odgovora na predstavku ne razumijeva pravo dobivanja odgovora na svaki podnesak upućen sudskoj upravi, osobito kada je riječ o opetovanju navoda na koje je već dobiven (barem jedan) odgovor. Kod tome sklonih stranaka te kod onih koji nastoje uspostaviti neki oblik trajne komunikacije sa sudskom upravom, svrhovito je u odgovoru naznačiti da na možebitne dodatne podneske koji sadržavaju navode na koje je, u osnovi, već odgovoreno, neće biti dostavljani dodatni odgovori.

<sup>19</sup> Postoje stranke u odnosu na koje sudska uprava može osnovano posumnjati da je potrebno inicirati postupak u kojem će biti utvrđeno treba li im pružiti zaštitu iz članka 234.-236. Obiteljskog zakona (NN, br. 103/15).

Jedan od zaključaka autorove dugogodišnje prakse sa specifičnim vrstama stranaka, i u upravi i u sudstvu, jest da se dosljednost, a ponekad je potreban i „profesionalni mazohizam“, u konačnici isplate. Popuštanje linijom manjeg otpora pravljenjem iznimki bez pravnog pokrića u konačnici rezultira znatno većim praktičnim problemima od onih koje bi se linijom manjeg otpora pokušalo izbjeći. Sudstvo se bavi konfliktima u društvu i promašena je ambicija, bilo suca bilo predsjednika suda, biti opće popularan. U ostalim javnim službama (zdravstvu, obrazovanju i dr.) barem načelno postoji mogućnost da su svi korisnici usluga zadovoljni. To stoga jer povoljan ishod pružanja javne usluge za jednog aktera ne ugrožava iste takve izgleda drugog aktera. Kod sudova takva mogućnost ne postoji ni u teoriji, jer suđenje nužno „proizvodi“ određeni broj nezadovoljnih stranaka (u sporu ne mogu uspjeti sve stranke).

### 3.5. Nekoliko dodatnih naglasaka

Na kraju ovog dijela razmatranja, iznosimo još nekoliko teza, općenito primjenjivih u odnosu na prethodno raščlanjene skupine odnosa sudske uprave sa strankama suda.

Sudovi za svoj rad ne odgovaraju neposredno strankama. Nije riječ o uobičajenom odnosu pružatelja i primatelja usluge, još manje o odnosu usporedivom s relacijom trgovca i potrošača. Stoga, primjerice, stranke nisu ovlaštene od predsjednika suda dobiti dokaze u prilog sadržaja njegova odgovora (npr. dokaz da je konkretni predmet dodijeljen u rad prema propisima kojima je to uređeno). To ne znači da rad sudova ne podliježe nikakvome nadzoru, već da ne podliježe izravnom nadzoru stranaka. Stranka suda može se, osobito ako je nezadovoljna odgovorom predsjednika suda, obratiti i drugim tijelima, u izvješćivanju prema kojima predsjednik suda ima dodatne obveze. Prije svega, riječ je o predsjednicima viših sudova (višim tijelima sudske uprave) te o Ministarstvu pravosuđa (u okviru poslova pravosudne uprave).<sup>20</sup> Takvom obraćanju nema mjesta u predmetima izuzeća sudaca i zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Potonji postupci su strogo formalni, uz instrumente pravne zaštite u okviru pravnih lijekova propisanih unutar tih postupaka ili protiv odluke o glavnoj stvari u sudskom predmetu.<sup>21</sup>

Zatim, postoji mjera koja može povoljno preventivno djelovati na odnose

20 Prema čl. 75. Zakona o sudovima, Ministarstvo pravosuđa od sudova može tražiti izvješća i podatke o radu suda i obavljanju poslova sudske uprave, a u okviru svog djelokruga može obaviti neposredan uvid u rad suda i informacijski sustav u uporabi u sudu, tražiti izvješća o razlozima nepostupanja u pojedinom predmetu, kao i dostavu pojedinog predmeta na uvid te održati zajednički sastanak sa sudovima radi razmatranja pitanja u svezi s njihovim radom i primjenom novih propisa.

V. i odredbe Zakona o sudovima kojima je uređena pravosudna inspekcija (čl. 80.-84.).

21 Na području građanskog prava, Republika Hrvatska odgovara za štetu koju stranci u postupku nanese sudac svojim nezakonitim ili nepravilnim radom u obnašanju sudačke dužnosti (čl. 105. Zakona o sudovima). No, svaka pogrešna primjena materijalnog prava nije osnova odštetne odgovornosti države za rad suca kad je isključivo rezultat pogrešnoga pravnog shvaćanja, a ne posljedica proizvoljnog tumačenja i samovoljne primjene materijalnog prava (npr. presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 372/10-2 od 11. travnja 2012.).

sudskih uprava i sudskih stranaka, kako ne bi tek po upućivanju podneska predsjedniku suda ili pri primanju u sudskoj upravi<sup>22</sup> doznale da se predsjedniku suda obraćaju s pitanjima izvan njegovih ovlasti. Na svojoj mrežnoj stranici sud može, naime, stranke obavijestiti o razgraničenjima ovlasti u ovom području te ih uputiti da prije odluke o prijmu na razgovor s predsjednikom suda naznače teme koje kane izložiti. Spomenuto pruža pravodobnu informaciju strankama o čemu je predsjednik suda uopće ovlašten odlučivati i komunicirati sa strankama (o tome v. i *supra*, u 4. dijelu ovog rada) te istodobno u određenoj mjeri rasterećuje resurse sudske uprave.

Naposljetku, neke od stranaka u svojim obraćanjima predsjedniku suda izražavaju se uvredljivo. Navikama iz, primjerice, patologije društvenih mreža nema mjesta u službenoj komunikaciji sa sudom. I najoštrija kritika može biti izražena u formi prihvatljivog u službenom ophođenju.<sup>23</sup> Zakoni kojima su uređene pojedine vrste sudskih postupaka sadržavaju odredbe o kažnjavanju uvredljivog obraćanja sudu ili drugim sudionicima u postupku. Te odredbe, međutim, nisu primjenjive u poslovanju sudske uprave te u tom pogledu u hrvatskoj legislativi postoji pravna praznina. Ipak, izostanak izričitih odredbi o kažnjavanju vrijeđanja suda u poslovima sudske uprave nije zapreka predsjedniku suda da od stranke zatraži uređenje podneska radi izostavljanja uvredljivog govora, uz najavu da u protivnom podnesak neće biti razmatran. Pogrešnim ocjenjujemo dostaviti sucu na izjašnjenje predstavku koja sadržava osobne uvrede. Postoje primjeri komuniciranja sa sudom što potpadaju pod bitna obilježja prekršaja iz članka 17. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira.<sup>24</sup> U ekstremnijim slučajevima može se raditi o nekome od kaznenih djela protiv pravosuđa, primjerice iz članka 312. Kaznenog zakona.<sup>25</sup>

#### 4. MATERIJALNA IZVAN OVLASTI PREDSJEDNIKA SUDA

Među pogrešnim poimanjima stranaka suda o ulozi i ovlastima predsjednika suda vjerojatno je najčešća ona kojom se predsjednik suda doživljava kao pretpostavljeni

22 Razgovor sa strankama sudske uprave koji bi se obavljao nasamo bitno povećava rizik (nehotične ili namjerne) pogrešne interpretacije sadržaja toga razgovora. Podjednako je rizično prihvaćanje telefonske komunikacije sa strankama, koja ne omogućava pouzdano registriranje sadržaja razgovora.

23 O kriterijima razgraničenja uvredljivog izražavanja (podložnog sankcioniranju) od dopuštene kritike u okviru sudskih postupaka v. npr. odluke Europskog suda za ljudska prava u predmetima *Kovač protiv Hrvatske* (zahtjev br. 49910/06, presuda od 23. kolovoza 2011.) i *Žugić protiv Hrvatske* (zahtjev br. 3699/08, presuda od 31. svibnja 2011.).

24 Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira, NN, br. 41/77., 47/89., 55/89., 47/90., 55/91. i 29/94. Bitna obilježja prekršaja iz čl. 17. toga Zakona normirana su na sljedeći način:  
*Tko omalovažava ili vrijeđa državne organe odnosno službene osobe prilikom vršenja ili u vezi s vršenjem službe ili njihova zakonita naređenja ...*

25 Kazneni zakon, NN, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15. i 101/17. Opis kaznenog djela prisile prema pravosudnom dužnosniku iz čl. 312. navedenog Zakona glasi:  
*Tko suca, državnog odvjetnika, javnog bilježnika ili drugog pravosudnog dužnosnika ili službenika silom ili prijetnjom kakvim zlom spriječi poduzeti neku radnju ili donijeti neku odluku u okviru njegovih ovlasti ili prisili na poduzimanje neke radnje ili donošenje neke odluke u okviru ili izvan njegove ovlasti ...*

(nadređeni, „šef“) sucima u poslovima suđenja. Međutim, predsjednik suda u tom pogledu nije nadređen sucima, niti sucima smije sugerirati odluke koje će donositi pri rješavanju predmeta, niti u komunikaciji sa strankom smije ulaziti u meritum pojedinog predmeta, niti komentirati rad sudaca u poslovima suđenja. Nemaju predsjednici sudova ni ovlast izmjene sudskih odluka, koju ovlast nemaju ni druga tijela (sudske uprave viših sudova, pravosudna uprava, pravobranitelji, Državno sudbeno vijeće, sudačka vijeća ...). Tu ovlast imaju samo viši sudovi kada djeluju u funkciji suđenja, jer odluku suda smije mijenjati i ukidati samo sud u čiju nadležnost spada predmet u postupku propisanom zakonom (članak 6. stavak 2. Zakona o sudovima).<sup>26</sup>

Predsjednik suda ne može razmatrati ni pritužbe jedne od stranaka u sporu koje se odnose na postupanje njezinih protustranaka u konkretnom predmetu. Ne smije davati ni pravna mišljenja i savjete, bez obzira na to radi li se o pitanjima povezanim s odnosnim predmetom ili o općim pravnim pitanjima.<sup>27</sup>

Postoje primjeri pozivanja stranaka na (izolirano promatrane) opće odredbe o ulozi predsjednika suda (npr. članak 31. stavak 3. Zakona o sudovima, članak 5. stavak 1. Poslovnika),<sup>28</sup> bez njihova sagledavanja u cjelini regulacije, koja vrlo striktno razgraničava poslove sudske uprave od poslova suđenja (o tome v. *infra*, pod 2. i 3. ovog rada).

U odnosu na predsjednike sudova vrijede i ograničenja kojima su podvrgnuti svi suci.<sup>29</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

U poslove sudske uprave, koje primarno obavlja predsjednik suda, pripadaju i odnosi sa strankama suda koje se obraćaju sudskoj upravi. Glavne vrste takvih obraćanja jesu zahtjevi za izuzeće sudaca i zahtjevi za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (o kojima se odlučuje i posebno propisanome formalnom postupku,

26 Međutim, eventualno ukidanje ili poništenje nižestupanjske sudske odluke ne razumijevaju da je sudac koji je tu odluku donio podložan sankcioniranju (v. osobito ustavne odredbe citirane na početku 3. dijela ovog teksta), niti da se radilo o postupanju protivnom Kodeksu sudačke etike. O opsegu ukinutih odluka koji se smatra uobičajenim/prihvatljivim u kontekstu sudačke samostalnosti i neovisnosti v. osobito Metodologiju za izračun ocjene sudaca od 6. rujna 2012. (bodovanje po kriteriju kvalitete rada).

27 Dodajmo da je strankama lošega imovnog stanja na raspolaganju sustav besplatne pravne pomoći, koju odobravaju uredi državne uprave, a pružaju je odvjetnici, a ne suci niti sudske uprave, v. Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći (NN, br. 143/13).

28 Čl. 31. st. 3. Zakona o sudovima glasi:

*Predsjednik suda obavlja nadzor nad urednim i pravodobnim obavljanjem poslova u sudu. Poblje odredbe o načinu obavljanja nadzora propisat će se Sudskim poslovníkom.*

Čl. 5. st. 1. Poslovnika glasi:

*Predsjednik suda upravlja sudom, odgovoran je za pravilno i zakonito obavljanje poslova sudske uprave u sudu, obavlja nadzor nad urednim i pravodobnim obavljanjem svih poslova u sudu te brine o učinkovitosti suda u rješavanju predmeta, a posebno o rješavanju predmeta u kojima postupak traje više od tri godine.*

29 V. ponajprije norme čl. 89.-93. Zakona o sudovima i odredbe Kodeksa sudačke etike (od 26. listopada 2006.), sa Smjericama za tumačenje i primjenu Kodeksa sudačke etike (od 4. veljače 2016.).

uz odgovarajuću instancijsku zaštitu) te iniciranje primjene oficijoznih ovlasti predsjednika suda u odnosu na suce i predstavke stranaka (u kojim slučajevima stranka ima pravo dobiti odgovor na svoj podnesak, bez vođenja formalnog postupka). Mislimo da pravo dobivanja odgovora na predstavku nužno ne obuhvaća pravo na dobivanje odgovora na svaki kasniji podnesak istog podnositelja, kada mu je već pružen relevantan odgovor.

Odredba članka 30. stavka 3. Zakona o sudovima, po kojoj zamjenik predsjednika suda zamjenjuje predsjednika suda u obavljanju poslova sudske uprave samo u slučaju spriječenosti ili odsutnosti predsjednika suda, u tekst Zakona očito je uvrštena iz perspektive dimenzija većine postojećih sudova nakon njihovih nedavnih reorganizacija. Međutim, i dalje postoje manji sudovi, bez ravnatelja sudske uprave, predsjednika odjelâ i dr., pa – barem u odnosu na potonje sudove – nije svrhovito posve isključiti delegiranje dijela poslova sudske uprave zamjeniku predsjednika suda i pri redovnom stanju stvari.

Mišljenje br. 19 (2016) Savjetodavnog vijeća europskih sudaca o ovlastima predsjednika sudova koristan je orijentir i u pogledu normiranja i ocjene ispunjavanja ovog dijela zadaća predsjednika suda.

Nedostaje izričita regulacija postupanja po uvredljivim podnescima upućenima sudskoj upravi (od pozivanja na uređenje, preko upozoravanja, do kažnjavanja). Spomenuti izostanak ne razumijeva nedopuštenost pozivanja podnositelja na uklanjanje uvredljivog govora, niti obvezu postupanja po uvredljivom podnesku.

Obveza odgovarajućeg postupanja sudske uprave po podnesku stranke ne razumijeva postojanje neposredne odgovornosti sudova prema strankama. Sudovi za svoj rad odgovaraju tijelima propisanim zakonom, kojima se stranke također mogu obratiti.

Propisano je i nužno postoji striktno razgraničenje između poslova sudske uprave i poslova suđenja, što u tom pogledu ograničava i ovlasti predsjednika suda, uključujući ovlasti koje ima u povodu obraćanja stranaka sudskoj upravi. S tim je razgraničenjem svrhovito unaprijed upoznati stranke koje se obraćaju sudskoj upravi ili razmatraju to učiniti. Predsjednik suda ni na koji način, ni samoinicijativno, ni u povodu obraćanja stranke, ne smije ograničavati samostalnost i neovisnost sudaca, što čini ustavnu i konvencijsku materiju. To ne umanjuje autoritet predsjednika suda, već ga, naprotiv, jača. Štoviše, glavna zadaća predsjednika sudova jest da budu čuvari te samostalnosti i neovisnosti, da sucima budu „gromobran“, a ne provodnik utjecaja. Svrha samostalnosti i neovisnosti sudaca ne sastoji se u osiguranju cehovskih ili kastinskih interesa sudaca, niti u prikriivanju nepravilnosti u njihovu radu, već u zbiljskom ostvarivanju pravne zaštite stranaka i vladavine prava.

Autonomija sudova i sudaca jedna je u nizu autonomija koje čine konstrukciju demokratske pravne države, predane objektivnim principima liberalne demokracije, uz, primjerice, propisane oblike autonomije lokalne i područne (regionalne) samouprave, sveučilišta, odvjetništva, medija, sindikata, ustanova, poduzetništva, središnje banke i državne revizije i dr. U dijelu koji ne zadire u tu autonomiju, zadaća je predsjednika suda objektivno i pravodobno obraditi traženje stranke upućeno sudskoj upravi i poduzeti sve s time povezane propisane mjere, vodeći računa da ne pogoduje zlouporabama prava stranke, na štetu drugih stranaka i/ili resursâ suda.

## LITERATURA

## Knjige

1. Crnić, Ivica, Ustav Republike Hrvatske u praksi, Zagreb, Organizator, 2018.
2. Smerdel, Branko, Sokol, Smiljko, Ustavno pravo, 2. neizmij. izd., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2006.

## Pravni izvori

1. [http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/KSE\\_SmjerniceZaTumacenjeIPrimjenuKodeksa\\_20160204.pdf](http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/KSE_SmjerniceZaTumacenjeIPrimjenuKodeksa_20160204.pdf)
2. Kazneni zakon, NN, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15. i 101/17.
3. Kodeks sudačke etike (od 26. listopada 2006.), [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/KodeksSudackeEtike\\_2006.PDF](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/KodeksSudackeEtike_2006.PDF)
4. Metodologija izrade ocjene sudaca, [http://www.dsv.pravosudje.hr/index.php/dsv/media/files/metodologija\\_izrade\\_ocjene\\_sudaca](http://www.dsv.pravosudje.hr/index.php/dsv/media/files/metodologija_izrade_ocjene_sudaca)
5. Mišljenje br. 19 (2016) o ovlastima predsjednika sudova, Savjetodavno vijeće europskih sudaca - Opinion No 19 (2016) – The role of the court presidents, CCJE(2016)2., <http://pak.hr/cke/pdf%20hr/Mi%C5%A1ljenje%20Savjetodavnog%20vije%C4%87a%20europskih%20sudaca%20br%2019.pdf>
6. Obiteljski zakon, NN, br. 103/15.
7. Prekršajni zakon, NN, br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15. i 70/17.
8. Smjernice za tumačenje i primjenu Kodeksa sudačke etike (od 4. veljače 2016.).
9. Sudski poslovnik, NN, br. 37/14., 49/14., 8/15., 35/15., 123/15., 45/16., 29/17., 33/17., 34/17., 57/17. i 101/18.
10. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 59/90., 135/97., 8/98. – proč. tekst, 113/00., 124/00. – proč. tekst, 28/01., 41/01. – proč. tekst, 55/01. – ispr., 76/10., 85/10. – proč. tekst i 5/14 – odluka USRH.
11. Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, NN, br. 143/13.
12. Zakon o državnim službenicima, NN, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 34/11., 49/11., 150/11., 34/12., 38/13., 37/13., 1/15., 138/15. i 61/17.
13. Zakon o Državnom sudbenom vijeću, NN, br. 116/10., 57/11., 130/11., 13/13., 28/13., 82/15. i 67/18.
14. Zakon o kaznenom postupku, NN, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14. i 70/17.
15. Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 47/09.
16. Zakon o parničnom postupku, NN, br. 53/01., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. – proč. tekst, 25/13. i 89/14.
17. Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, – Međunarodni ugovori br. 18/97.
18. Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira, NN, 41/77., 47/89., 55/89., 47/90., 55/91. i 29/94.
19. Zakon o proračunu, NN, br. 87/08., 109/07., 136/12. i 15/15.
20. Zakon o sudovima, NN, br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16 i 67/18.
21. Zakon o upravnim sporovima, NN, br. 20/10., 143/12. i 152/14.
22. Zakona o sudovima, NN, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 34/10., 116/10., 27/11., 57/11., 130/11. i 28/13.

## Sudska praksa

1. Europski sud za ljudska prava, predmet *Kovač protiv Hrvatske*, zahtjev broj 49910/06, presuda od 23. kolovoza 2011.
2. Europski sud za ljudska prava, predmet *Žugić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 3699/08, presuda od 31. svibnja 2011.



3. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 372/10-2 od 11. travnja 2012.
4. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Su-IV212/16-2 od 19. travnja 2016.
5. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Su-IV-285/17-2 od 2. lipnja 2017.

**Alen Rajko\***

Summary

## **THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COURT PRESIDENT AND THE PARTIES – LEGAL REGULATION AND QUESTIONS FROM PRACTICE**

The normative framework and the practical questions regarding relations between court parties and court presidents, as the bodies of the judicial administration, have been analyzed, beyond the substance of the trials (solving specific cases). First of all, it is about petitions to the work of the court and judges, requests for the protection of the right to a trial within a reasonable time, and proposing the use of the official powers of the court president. The delineation between the domain with the related powers of the president of a court and the unacceptable interference with the judicial autonomy was emphasized.

***Keywords:** Court president; judicial administration; party; petition; autonomy and independence of the judiciary.*

Zusammenfassung

## **DIE BEZIEHUNG ZWISCHEN DES GERICHTSVORSTZENDEN UND DEN GERICHTSPARTEIEN – RECHTSREGELUNG UND FRAGEN AUS DER PRAXIS**

Der Beitrag analysiert den normativen Rahmen und die Fragen aus der Praxis bezüglich der Beziehungen zwischen den Gerichtsparteien und dem Gerichtsvorsitzenden als Organ der Gerichtsverwaltung. Die Fragen sind nicht verfahrensbezogen und betreffen meistens die Petitionen über die Arbeit des Gerichts und der Richter, Ansprüche für den Schutz des Rechts auf Gerichtsverhandlung innert vernünftiger Frist und Vorschläge für die Anwendung von Amtsbefugnissen des Gerichtsvorsitzenden. Es wird betont, dass die damit verbundenen Befugnisse des Gerichtsvorsitzenden und der unzulässige Eingriff in die Autonomie der Richter voneinander zu trennen sind.

---

30 Alen Rajko, Ph.D., Assistant Professor, President of the Administrative Court in Rijeka; External Associate, University of Rijeka, Faculty of Law; alen.rajko@public.carnet.hr.

**Schlüsselwörter:** *Gerichtsvorsitzende; Gerichtsverwaltung; Petition; Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Richter.*

Riassunto

## **IL RAPPORTO TRA IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE E LE PARTI – DISCIPLINA GIURIDICA E QUESTIONI PRATICHE**

Si analizzano il quadro normativo e le questioni pratiche concernenti i rapporti tra le parti ed il presidente del tribunale, quale organo dell'amministrazione giudiziaria, al di fuori della concreta materia del contendere. Anzi tutto, si tratta delle istanze concernenti l'operato del tribunale e dei giudici, delle richieste di tutela del diritto ad un giusto processo di ragionevole durata e delle proposte di applicazione di poteri ufficiosi del presidente del tribunale. Si evidenzia la distinzione tra i poteri in capo al presidente in tale ambito rispetto all'inammissibile intromissione nell'autonomia giudiziale.

**Parole chiave:** *presidente del tribunale; amministrazione giudiziaria; parte; richiesta; autonomia ed indipendenza dei giudici.*



## VJEŠTAČENJE U UPRAVNOM SPORU

Željka Zrilić Ježek, dipl. iur.\*

UDK: 340.66:342.9

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.23>

Ur.: 24. prosinca 2018.

Pr.: 29. siječnja 2019.

Stručni rad

### **Sažetak**

*Cilj je obrade ove teme dati pregled postupka vještačenja u upravnom sporu, prikazati pravila po kojima se provodi, ali i ukazati na specifičnosti u odnosu na parnični postupak. Naznačeni su neki aspekti vještačenja, odnos prema provedenom vještačenju u upravnom postupku, određivanje zadatka vještaku sukladno mjerodavnom materijalnom propisu koji regulira određeno upravno područje te ocjena danih nalaza i mišljenja sudskih vještaka. Svrha je rada pružiti odgovore ili barem dati naznake rješenja spornih situacija koje se javljaju u postupcima vještačenja, uz prikaz relevantne sudske prakse.*

**Ključne riječi:** vještak; vještačenje; nalaz i mišljenje vještaka; upravni spor.

### **1. UVOD**

Provođenje vještačenja u upravnom sporu ponekad je, ovisno o predmetu upravne stvari, jedino učinkovito dokazno sredstvo koje stoji na raspolaganju tužitelju pri osporavanju zakonitosti upravnog akta.

Ustavom Republike Hrvatske zajamčena je sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti,<sup>1</sup> stoga se u duhu ustavnog i konvencijskog prava na pravično suđenje i primjene načela jednakosti oružja u upravnom sporu provodi neovisno, stručno, sudsko vještačenje kada stranka osporava odlučne činjenice, osobito ako su one utvrđene vještačenjima po ovlaštenim vještacima javnopravnih tijela provedenim u upravnom postupku.

Radi ispunjavanja uvjeta postavljenih odredbom članka 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe<sup>2</sup> u upravnom sporu propisano je

\* Željka Zrilić Ježek, dipl. iur., sutkinja, Upravni sud u Zagrebu; zeljka.zrilicjezek@uszg.pravosudje.hr.

1 Članak 19. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 76/10., 85/10., 5/14.)

2 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10. – u daljnjem tekstu: Konvencija.

Članak 6.1. glasi: „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili

da sud odlučuje na temelju usmene, neposredne i javne rasprave<sup>3</sup> na kojoj stranke imaju mogućnost raspraviti sva sporna pitanja te utvrditi činjenice i izvoditi dokaze. Koje je činjenice potrebno utvrditi određuje materijalni propis koje se primjenjuje u konkretnoj upravnoj stvari, o čemu, u konačnici, ovisi i kojim će se dokaznim sredstvima te pravno-relevantne činjenice i utvrđivati. U ne malom broju slučajeva stranke (uglavnom tužitelji) su iznenađene učestalim odbijanjem dokaznih prijedloga od strane suda, zaboravljajući da upravnom sporu prethodi provedeni upravni postupak, u pravilu u dva stupnja, u kojem se izvode dokazi, kao i zbog činjenice da se predlaže široka paleta dokaznih sredstava koja nije primjerena konkretnoj upravnoj stvari.<sup>4</sup>

Sud u upravnom sporu izvodi dokaze prema pravilima kojima je uređeno dokazivanje u parničnom postupku<sup>5</sup> te su za postupak vještačenja mjerodavne odredbe članaka 250. do 263. Zakona o parničnom postupku,<sup>6</sup> kao i odredbe članaka 125. do 127. Zakona o sudovima.<sup>7</sup>

## 2. VJEŠTACI

Zakon o sudovima propisuje<sup>8</sup> da stalni sudski vještaci na temelju svoga stručnog znanja pružaju sudu uslugu davanja vještačkog nalaza i mišljenja (vještačenje) kada je to potrebno radi utvrđivanja ili razjašnjenja činjenica koje se utvrđuju u postupku.

Dakle, sudski vještaci su osobe koje imaju posebno stručno znanje kojim ne raspolaze sud, te davanjem nalaza i mišljenja (vještačenje) pomažu pri utvrđivanju ili razjašnjenju neke relevantne činjenice. Sudski vještak iznosi sudu svoje zapažanje o nekoj činjenici, uzročno-posljedičnom odnosu između nekih činjenica, iznosi svoja stručna stajališta te donosi zaključke o specifičnoj materiji koju sud ne poznaje. Ako se radi o utvrđivanju neke činjenice do koje se može doći, primjerice, jednostavnom računskom operacijom, ili pribavljanjem podataka iz službenih evidencija, ili drugim dokaznim sredstvima (saslušanjem stranke, svjedoka i sl.) nema mjesta provođenju

---

njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde“.

3 Članak 7. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16., 29/17.) – načelo usmene rasprave. Sud može odlučiti u upravnom sporu bez održavanja rasprave samo u slučajevima propisanim ovim Zakonom (stavak 2.).

4 Primjerice, u predmetima priznavanja prava na invalidsku mirovinu, predlaže se saslušanje stranke i/ili svjedoka iako se činjenica invalidnosti može utvrditi jedino na temelju ocjene neovisne stručne osobe

5 Članak 33. stavak 5. Zakona o upravnim sporovima - ovim zakonom napuštena je odgovarajuća primjena Zakona o parničnom postupku koja je bila propisana odredbom članka 60. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br. 53/91., 9/92., 77/92.) te je odabrano taksativno propisivanje primjene pravila parničnog postupka.

6 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13., 89/14. – dalje u tekstu: ZPP.

7 Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16. – dalje u tekstu: ZS.

8 Čl. 125. ZS.

vještačenja, jer se u tom slučaju ne radi o potrebi poznavanja nekoga stručnog područja. Kriterij procjene stručnosti kojim sud ne raspolaže jest ona razina znanja koja nadilazi „stupanj znanja čovjeka koji posjeduje opće obrazovanje i životno iskustvo kao sudac“.<sup>9</sup>

Međutim, vještak nikada nije ovlašten davati svoj stav o primjeni pravne norme ili davati odgovore na pravna pitanja, niti mu to smije biti zadani zadatak jer je to u isključivoj nadležnosti suda, pozivom na staro rimsko pravilo *iura novit curia*, prema kojemu je sud dužan poznavati zakon te ga protumačiti i primijeniti. Ipak, ako se radi o utvrđivanju sadržaja stranog prava, dokazivanje je dopušteno, kao i kada pravna pravila sadržavaju i neka pravila iskustva ili standarde.<sup>10</sup> Vještak može izložiti sudu stručne informacije o pravilima struke kada je to potrebno radi određivanja sadržaja (značenja) mjerodavne pravne norme, osobito onda kada se ona koristi nedefiniranim pojmovima kao što su pravni standardi. U tom slučaju radi se o vještačenju o pravilima struke u funkciji utvrđivanja sadržaja pravne norme.<sup>11</sup>

Prema odredbama Zakona o sudovima i Zakona o parničnom postupku<sup>12</sup> sudsko vještačenje mogu obavljati fizičke osobe, koje imaju posebno stručno znanje iz određenog područja. Vještačenje se može povjeriti i pravnoj osobi, koja može obavljati sudsko vještačenje samo u okviru svoje registrirane djelatnosti i uz uvjet da to obavljaju njihovi zaposlenici koji su imenovani za stalnog sudskog vještaka, te ako za zaposlenike koji su imenovani stalnim sudskim vještacima imaju zaključen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnoga sudskog vještaka.

Vještačenje se može povjeriti i stručnoj ustanovi (bolnici, kemijskom laboratoriju, fakultetu i sl.). Ako postoje posebne ustanove za određene vrste vještačenja (vještačenje lažnog novca, rukopisa, daktiloskopsko vještačenje i sl.), takva vještačenja, a osobito složenija, povjeravat će se, u prvom redu, tim ustanovama.<sup>13</sup>

## 2.1. Imenovanje vještaka

Za stalnoga sudskog vještaka može biti imenovana fizička osoba sa završenim odgovarajućim stručnim studijem, preddiplomskim ili diplomskim sveučilišnim studijem. Stalnim sudskim vještakom iznimno se može imenovati i fizička osoba sa završenom srednjom školskom spremom odgovarajuće struke. Za stalnoga sudskog vještaka može biti imenovan državljanin Republike Hrvatske, državljanin države članice Europske unije ili državljanin države potpisnice Sporazuma o Europskom gospodarskom prostoru. Nadalje, za imenovanje je potrebno nakon završenog odgovarajućeg studija odnosno odgovarajuće škole raditi propisani broj godina<sup>14</sup>

9 Poznić, B., i dr., Zakon o parničnom postupku s komentarom, Beograd, 1957., str. 220.

10 Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, 7. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 526.

11 Dika, M., Građansko parnično procesno pravo - Utvrđivanje činjenica, VII. knjiga, Zagreb, Narodne novine, 2018., str. 630.

12 Čl. 126. ZS/252. ZPP.

13 Čl. 252. st. 2. i 3. ZPP.

14 - najmanje 8 godina - ako je završila diplomski sveučilišni studij ili specijalistički diplomski stručni studij,  
- najmanje 10 godina - ako je završila odgovarajući preddiplomski sveučilišni studij ili

na poslovima u struci, uspješno završiti stručnu obuku i imati sklopljen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnoga sudskog vještaka. Iznimno, liječnici specijalisti uvjet za obavljanje poslova stalnoga sudskog vještaka stječu nakon položenoga specijalističkog ispita i nisu dužni obaviti stručnu obuku.

Stalne sudske vještake imenuje i razrješava predsjednik županijskog ili trgovačkog suda za svoje područje. Stalni sudski vještaci imenuju se na vrijeme od četiri godine i mogu biti ponovno imenovani. Imenovani stalni sudski vještaci mogu pružati svoje usluge na području cijele Republike Hrvatske. Sudski vještaci smiju isticati zvanje sudskoga vještaka samo ako daju nalaz i mišljenje na zahtjev suda ili zahtjev stranaka radi ostvarenja njihovih prava, a u drugim slučajevima samo po odobrenju predsjednika suda koji ih je imenovao.<sup>15</sup>

Protiv odluke kojom se zahtjev za imenovanje sudskim vještakom odbija, podnositelj ima pravo žalbe Ministarstvu pravosuđa u roku od 15 dana od dostave odluke. Protiv rješenja Ministarstva pravosuđa žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom.

Odluku o izboru osobe vještaka stranke često prepuštaju sudu, koji ih u tom slučaju odabire s jedinstvenog elektroničkog popisa kojeg vodi Ministarstvo pravosuđa, po pojedinim područjima vještačenja, i popisa pravnih osoba za obavljanje poslova sudskog vještačenja, za područje cijele Republike Hrvatske.<sup>16</sup> Službenu listu stalnih sudskih vještaka treba shvatiti kao pomoćno sredstvo, podsjetnik, adresar osoba prikladnih za obavljanje vještačenja i ima značenje preporuke i sugestije, a ne i obvezatnog izvora.<sup>17</sup>

## 2.2. *Izuzeće vještaka*

Vještak može biti izuzet iz istih razloga iz kojih može biti izuzet sudac,<sup>18</sup> ali

preddiplomski stručni studij,

- najmanje 12 godina - ako je završila odgovarajuću srednju školu, a za pojedinu struku nema odgovarajućeg preddiplomskog sveučilišnog studija ili preddiplomskog stručnog studija odnosno diplomskog sveučilišnog studija ili specijalističkog diplomskog stručnog studija.

15 Čl. 127. ZS.

16 Ažurirani popis sudskih vještaka nalazi se i na internet stranici Sudačke mreže, nevladine i neprofitne udruge, utemeljene 1999. godine, sa sjedištem u Zagrebu. Osnovani su je suci i pravni stručnjaci kao odgovor na zahtjev pravne profesije za učinkovitijim radom sudstva uz potporu moderne informatičke tehnologije, a u skladu sa zadanim smjernicama i preuzetim obvezama Vlade RH, po načelima Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju Republike Hrvatske EU.

17 Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 530.

18 Razlozi za izuzeće suca propisani su odredbom članka 15. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima:

„Sudac ne može odlučivati niti sudjelovati u sporu:

1. ako je sam stranka, zakonski zastupnik ili opunomoćenik stranke ili ako je sa strankom u odnosu suovlaštenika ili suobveznika,
2. ako mu je stranka ili zakonski zastupnik ili opunomoćenik stranke srodnik po krvi u pravnoj liniji do bilo kojeg stupnja, a u pobočnoj do četvrtog stupnja, ili mu je bračni drug, izvanbračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stupnja, bez obzira na to je li brak prestao ili nije,
3. ako je skrbnik, posvojitelj ili posvojenik stranke, njezina zakonskog zastupnika ili opunomoćenika,



se za vještaka može uzeti i osoba koja je već bila saslušana kao svjedok. Stranka je dužna čim sazna da postoji razlog za izuzeće, a najkasnije prije početka izvođenja dokaza vještačenjem, podnijeti obrazloženi zahtjev za izuzeće vještaka u kojem će navesti okolnosti na kojima temelji svoj zahtjev. Ukoliko stranka sazna za razlog izuzeća poslije obavljenog vještačenja i prigovara vještačenju iz tog razloga, sud će postupiti kao da je zahtjev za izuzeće stavljen prije obavljenog vještačenja. Žalba nije dopuštena protiv rješenja suda kojim se zahtjev za izuzeće prihvaća, niti posebna žalba protiv rješenja kojim se zahtjev odbija.

### **2.3. Dužnost vještačenja**

Određeni vještak dužan je odazvati se pozivu suda i iznijeti svoj nalaz i mišljenje. Okolnosti za oslobođenje od dužnosti vještačenja propisane su na isti način kao i razlozi zbog kojih bi svjedok mogao uskratiti svjedočenje ili odgovor na pojedino pitanje.<sup>19</sup> Na zahtjev vještaka, a iz opravdanih razloga, sud ga može osloboditi dužnosti vještačenja, primjerice ako je predmet vještačenja specifičan i zahtijeva posebnu stručnost u kojem slučaju može ujedno predložiti i vještaka koji se bavi tim posebnim područjem. Zakon o parničnom postupku<sup>20</sup> ne propisuje poimence koji su to „drugi opravdani razlozi“ zbog kojih bi sud mogao osloboditi vještaka dužnosti vještačenja, no praksa je iskristalizirala razloge kao što su zauzetost, službena spriječenost, bolest, i sl.

Vještaci su dužni za sebe zadržati sve što su u obavljanju vještačenja doznali o strankama i njihovim pravima, obvezama i pravnim interesima te čuvati tajnost svih podataka koji tijekom sudskog postupka nisu bili predmet javne rasprave. Pod tajnom se posebno podrazumijeva sve ono što je kao tajna određeno zakonom ili drugim propisom, sve ono što je kao tajna određeno općim aktom pravne osobe, drugog tijela, organizacije ili institucije, podatci i isprave posebno označene kao tajna od strane državnog tijela ili pravne osobe, drugog tijela, organizacije ili institucije te podatci i isprave koje su predsjednik suda ili ovlašteni službenik suda označili kao tajne.<sup>21</sup>

---

4. ako je u istom predmetu sudjelovao u donošenju odluke u upravnom postupku ili prvostupanjskom upravnom sporu,

5. ako postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost“.

19 Članak 237. ZPP-a: „Svjedok može uskratiti svjedočenje o onome što mu je stranka kao svom punomoćniku povjerila; o onome o čemu se stranka ili druga osoba svjedoku kao vjerskom ispovjedniku ispovjedila; o činjenicama što ih je svjedok saznao kao odvjetnik, liječnik, ili u obavljanju kakva drugog poziva ili kakve druge djelatnosti ako postoji obveza da se kao tajna čuva ono što se saznalo u obavljanju tog poziva ili djelatnosti. članak 238. ZPP-a: Svjedok može uskratiti odgovor na pojedina pitanja ako za to postoje važni razlozi, a osobito ako bi svojim odgovorom na ta pitanja izložio teškoj sramoti, znatnoj imovinskoj šteti ili kaznenom gonjenju sebe ili svoje srodnike po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stupnja, a u pobočnoj liniji do trećeg stupnja zaključno, svoga bračnog druga ili srodnike po tazbini do drugog stupnja zaključno i onda kad je brak prestao te svog skrbnika ili štićenika, usvojitelja ili usvojenika. Sudac pojedinac ili predsjednik vijeća upozorit će svjedoka (i vještaka) da može uskratiti davanje iskaza i odgovora na postavljeno pitanje“.

20 Čl. 253. st. 3. ZPP-a.

21 Čl. 130. ZS.

Pravilnikom o stalnim sudskim vještacima<sup>22</sup> propisani su uvjeti i postupak imenovanja stalnih sudskih vještaka, njihova prava i dužnosti te visina nagrade i naknade troškova za njihov rad.

### 3. VJEŠTAČENJE

Zakonom o parničnom postupku propisano je da će sud izvesti dokaz vještačenjem kada je radi utvrđivanja ili razjašnjenja neke činjenice potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže.<sup>23</sup>

Stalni sudski vještaci svojim stručnim znanjem pružaju sudu uslugu davanja vještačkog nalaza i mišljenja (vještačenje) kada je to potrebno radi utvrđivanja ili razjašnjenja činjenica koje se utvrđuju u postupku.<sup>24</sup>

Iz citiranih zakonskih odredbi Dika<sup>25</sup> izvodi zaključak o dvije osnovne funkcije vještačenja: kao instrumenta za utvrđivanje činjenica kada je za to potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže i kao instrumenta za razjašnjenje činjeničnog stanja. Bestvina i Balić<sup>26</sup> također navode dvostruku funkciju vještaka, kao dokaznog sredstva kad svojom stručnošću obavještava sud o svojim zapažanjima, te kao stručnog pomagača u obavljanju funkcije suđenja pri utvrđivanju činjeničnog stanja, kad vještak svojom stručnošću pomaže sudu da formira svoje mišljenje o zapaženom.

Kod utvrđivanja činjenica sporno je postoji li pravno-relevantna činjenica, za koje utvrđenje sud nema potrebno stručno znanje, dok je kod razjašnjenja sudu potrebna pomoć vještaka u ocjeni te činjenice.

#### 3.1. Dokazni prijedlog

Sud rukovodi postupkom vještačenja, ali nikada, bez prijedloga stranke, ovaj dokaz ne može provesti *ex officio*, prvenstveno jer vještak ima pravo na nagradu za obavljeno vještačenje, te pravo na naknadu putnih troškova i troškova za prehranu i prenoćište, na naknadu izmakle zarade i troškova vještačenja,<sup>27</sup> a koji ne mogu ići na teret sredstava suda jer za tu namjenu nema predviđenih financijskih sredstava. Čak i ako sud usvoji prijedlog stranke i odredi vještačenje, isto se neće provesti ukoliko stranka u danom roku ne predumji zatražena sredstva i položi ih na račun suda. Dakle, da bi se uopće proveo ovaj dokazni prijedlog stranke i provelo vještačenje, stranka je dužna prethodno predumjiti troškove te ako uspije u sporu i predmetna upravna stvar bude meritorno riješena, imat će pravo na povrat troška vještačenja.<sup>28</sup>

22 Narodne novine, br. 38/14., 123/15., 29/16.

23 Čl. 250. ZPP.

24 Čl. 125. ZS.

25 Dika, M., op. cit., str. 627.

26 Bestvina, M., Balić, Đ., Imenovanje sudskih vještaka i procjenitelja u RH i ostalim susjednim državama, Simpozij o izvlaštenju nekretnina, Zagreb, 13. listopada 2018., str. 4.

27 Čl. 256. st. 1. ZPP

28 Čl. 79. Zakona o upravnim sporovima propisuje naknadu troškova upravnog spora. Zaključkom o pravnom shvaćanju sa sjednice sudaca Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 12. veljače 2018. broj: 6 Su-85/2018-3 navedeno je da kada je presudom upravnog suda ili Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poništeno rješenje javnopravnog tijela i predmet vraćen na

Međutim, ako je stranka slabijeg imovnog stanja, te nije u mogućnosti predujmiti troškove predloženog vještačenja, dužna je postupiti sukladno posebnom propisu kojim se uređuje besplatna pravna pomoć i podnijeti zahtjev nadležnom uredu državne uprave u županiji, odnosno nadležnom upravnom tijelu Grada Zagreba za odobravanje sekundarne pravne pomoći.<sup>29</sup> Besplatnom pravnom pomoći ostvaruje se jednakost svih pred zakonom, te se osigurava, u skladu s odredbama Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, djelotvorno ostvarenje pravne zaštite te pristupa sudu i drugim javnopravnim tijelima.

Upravo iz razloga što trošak vještačenja ne može ići na teret sredstava suda, u određenoj mjeri ograničeno je inkvizitorno načelo, koje sudu daje pravo samostalno odlučiti koje će dokaze izvesti i koje činjenice uzeti utvrđenim.<sup>30</sup>

Nastavno, stranke su obvezne u tužbi i odgovoru na tužbu iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predložiti dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje i izjasniti se o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka.<sup>31</sup> U postupku utvrđivanja pravno-relevantnih činjenica sud izvodi u pravilu one dokaze koje predlože stranke, iako nije vezan tim dokaznim prijedlozima i često ih neće niti

---

ponovni postupak, svaka stranka snosi svoje troškove. Nastavno, rješenjem Visokog upravnog suda Republike Hrvatske Usz-35/18 od 14. lipnja 2018., zauzet je stav da stranka ima pravo na trošak samo ako je predmetna upravna stvar riješena u smislu odredbe članka 58. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima.

29 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, Narodne novine, br. 143/13. Prema članku 12. ovog Zakona sekundarna pravna pomoć obuhvaća: pravni savjet, sastavljanje podnesaka u postupku zaštite prava radnika pred poslodavcem, sastavljanje podnesaka u sudskim postupcima, zastupanje u sudskim postupcima, pravnu pomoć u mirnom rješenju spora, te oslobođenje od plaćanja troškova sudskog postupka i oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi. Rješenje o odobravanju pravne pomoći obuhvaća pravo na korištenje pojedinih ili svih oblika sekundarne pravne pomoći za postupak određene vrste i stupnja. Navedeno rješenje sadržava osobne podatke tražitelja besplatne pravne pomoći, kratak opis pravne stvari za koju je pravna pomoć odobrena, oblik i opseg odobrene pravne pomoći, podatke o odvjetniku koji će pružati pravnu pomoć te ostale podatke bitne za postupanje po rješenju navedene u Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći. Odobravanje pravne pomoći odnosi se na potpuno ili djelomično osiguravanje plaćanja troškova sekundarne pravne pomoći. Odobrena pravna pomoć može biti ograničena samo u slučajevima predviđenima Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći. Rješenjem o odobravanju pravne pomoći tražitelj besplatne pravne pomoći može biti oslobođen plaćanja troškova sudskog postupka (oslobođenje od polaganja predujma troškova svjedoka, tumača, vještaka, uviđajca i sudskih oglasa), troškova sudskih pristojbi i troškova s osnove naknade za rad odvjetnika u punom ili smanjenom opsegu.

30 Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima uz uvodni članak Dragana Medvedovića, Zagreb, Novi informator, 2012., str. 204. Nastavno, navode da: „sud samostalno prosuđuje koje se činjenice trebaju utvrditi i odlučuje o dokazima na temelju kojih će se to učiniti. Sud nije vezan prijedlozima stranaka ni u pogledu činjenica koje treba utvrditi ni dokaza na temelju kojih se one mogu utvrditi. Sud se kao dokazom može koristiti svakim sredstvom koje smatra odgovarajućim za utvrđivanje kakve činjenice“. Međutim, svakako treba naglasiti da sud, iako smatra neki dokaz oportunistički provesti u konkretnoj upravnoj stvari, radi razjašnjenja koje odlučne činjenice, ograničen je u svom izboru ukoliko isti zahtijeva naknadu troška na teret sredstava suda. Iznimka je trošak sudskih tumača u postupcima odobravanja međunarodne i privremene zaštite i nezakonite migracije. Upravo zbog ograničenih mogućnosti suda, provođenje dokaza najčešće proizlazi iz prijedloga stranaka.

31 Čl. 34. st. 1. ZUS.

prihvatiti, što ne znači samovolju u postupanju i proizvoljnost već podrazumijeva obvezu suda obrazložiti izbor dokaznog sredstva, odnosno iznijeti razloge odbijanja, jer će samo ako je stranka upoznata s razlozima izbora nekoga dokaznog sredstva biti zajamčeno njeno pravo na pristup sudu. Sud je ovlašten po službenoj dužnosti utvrđivati činjenice i izvoditi dokaze, ali samo one koji ne zahtijevaju predujmljivanje troškova iz sredstava suda. Smatramo da činjenica što sud zbog ograničenih sredstava ne može po službenoj dužnosti odrediti vještačenje, a što bi bilo svrsishodno za razjašnjenje neke pravno relevantne činjenice, uvažavajući ostale raspoložive dokaze, može imati za posljedicu poništavanje osporenog akta i vraćanje predmeta na ponovni postupak. Stoga se svojim inkvizitornim ovlaštenjem sud koristi radi pribavljanja isprava iz službenih evidencija javnopravnih tijela (koja nisu stranke u upravnom sporu), odnosno poziva stranke dostaviti određeni dokaz radi razjašnjenja neke činjenice (npr. dokaz radi li se o građevinskom ili poljoprivrednom zemljištu, i sl.).<sup>32</sup> Prihvaćanjem dokaznog prijedloga za provođenje vještačenja po sudskom vještaku ostvaruje se kontradiktornost upravnog spora, jer se tako stranci pruža mogućnost očitovati se o odlučnim činjenicama, time što pokušava osporiti dokaze nepovoljne za ostvarenje njenog zahtjeva. Ponekad, u dvojbenim situacijama provesti vještačenje ili ne, smatramo da bi trebalo ići *in favorem* stranke i dati joj priliku djelotvorno osporiti utvrđenja javnopravnog tijela.

### 3.2. Ocjena nalaza i mišljenja ovlaštenih vještaka u upravnom sporu

Ako stranka ne predloži provesti dokaz vještačenjem, a kojim dokaznim sredstvom se jedino može osporiti nalaz i mišljenje ovlaštenih vještaka donesen u upravnom postupku, na zahtjev tijela koje rješava u nekoj upravnoj stvari, sud svojom odlukom o zakonitosti osporenog akta može donijeti vrednovanjem svih prikupljenih dokaza kao i danih nalaza i mišljenja u oba provedena stupnja upravnog postupka po pravilima o slobodnoj ocjeni dokaza. Tako će prihvatiti nalaze i mišljenja ovlaštenih vještaka javnopravnog tijela samo ukoliko su dobro obrazloženi, razumljivi i jasni, te potkrijepljeni dokumentacijom priloženom u spisu tuženika, a dostavljenim dokazima uz tužbu stranka iste ne dovodi u sumnju.

O prihvatljivosti takvih nalaza i mišljenja, kao i prigovoru o eventualnoj neobjektivnosti ovlaštenih vještaka, obzirom su oni zaposlenici tih javnopravnih tijela, odnosno Zavoda za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom,<sup>33</sup> zauzeo je stav Europski sud za ljudska prava.

32 B. Horvat zaključuje da regulacija upravnog spora isključivo stavlja naglasak na dokaznu inicijativu stranaka, gdje sud ima dopunjujuću i korektivnu ulogu, osobito ako se uzmu u obzir bitno različite temeljne pravne karakteristike parnice i upravnog spora, odnosno gotovo zauzet stav sudske prakse o sankcioniranju neaktivnosti stranaka u upravnom sporu. Horvat, B., Upravni spor od podnošenja tužbe do izvršenja – sporna pitanja u praksi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 233.

33 Zavod za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom osnovan je Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom (Narodne novine, br. 157/13., 152/14., 39/18.), kojim su, između ostalog, propisani poslovi vještačenja prema posebnim propisima radi utvrđivanja tjelesnog, intelektualnog, osjetilnog i mentalnog oštećenja, invaliditeta, funkcionalne sposobnosti, razine potpore te radne sposobnosti osobe.

U presudi *Zovko protiv Hrvatske*<sup>34</sup> Europski sud za ljudska prava utvrdio je da nije bilo povrede članka 6. Konvencije prava na pošteno suđenje. U bitnome, podnositeljica zahtjeva pokrenula je postupak radi priznavanja prava na naknadu plaće za vrijeme bolovanja zbog bolesti kao posljedice priznate ozljede na radu. Isticala je da joj nije omogućeno sudjelovati u postupku, smatrajući da je bila u potpunosti isključena iz postupka vještačenja pred upravnim tijelom, te da je povrijeđeno načelo jednakosti oružja s obzirom na to da ju je Upravni sud u Zagrebu odbio saslušati i provesti neovisno medicinsko vještačenje radi utvrđivanja uzročne veze između njene bolesti i priznate ozljede na radu. Europski sud za ljudska prava u svojoj odluci primjećuje da je zahtjev podnositeljice razmatran pred upravnim tijelima u dva stupnja, te potom pred Upravnim sudom u Zagrebu kao sudskim tijelom koje ima ovlast preispitati doneseni akt u svim aspektima - i činjeničnim i pravnim, te ističe da se odluka o osnovanosti zahtjeva temelji isključivo na nalazima medicinskih tijela vještačenja Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje. Europski sud je prihvatio argumente države da su vještaci upravnog tijela razmotrili sve prigovore podnositeljice vezane za njezino zdravstveno stanje, te na njih odgovorili na zadovoljavajući način, a da je podnositeljica bila obaviještena o rezultatima vještačenja, na njih se mogla očitovati, stoga je u dovoljnoj mjeri sudjelovala u postupku vještačenja. Činjenica da su vještaci zaposlenici Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje, i to medicinski eksperti sa značajnim profesionalnim iskustvom i obrazovanjem, nije dovoljna za dovođenje u sumnju njihove nepristranosti, osim ukoliko stranka ne podnese dokaz kojim bi se njihov nalaz doveo u pitanje, što u konkretnom slučaju nije učinjeno. Osim toga, Europski sud naglašava da je uloga domaćeg suda ocijeniti je li konkretan nalaz vještaka pouzdan i vjerodostojan, dok je sukladno odredbama Konvencije njegova uloga razjasniti je li postupak kao cjelina, uključujući način ocjene dokaza, bio pravičan.

U predmetu *Trbojević protiv Hrvatske*<sup>35</sup> Europski sud za ljudska prava odlučio je da je zahtjev podnositeljice gđe Trbojević zbog navodne povrede prava na pošteno suđenje očito neosnovan. Naime, podnositeljica zahtjeva je dio svojeg radnog vijeka provela u Republici Hrvatskoj, a dio u Kraljevini Norveškoj, te je pred Hrvatskim zavodom za mirovinsko osiguranje (dalje: HZMO) podnijela zahtjev za priznavanje prava na razmjerni dio invalidske mirovine. Podnositeljica je prigovarala da nije mogla sudjelovati u postupku vještačenja pred HZMO-om, da su vještaci bili pristrani jer su djelatnici HZMO-a, te da Upravni sud u Zagrebu nije naložio novo vještačenje niti saslušao vještake HZMO-a, pa je time povrijeđeno načelo jednakosti oružja. Sud se pozvao na stav zauzet u predmetu *Zovko protiv Hrvatske* o pitanju objektivnosti vještaka zaposlenih kod upravnih tijela, te je ponovio kako je riječ o visokoobrazovanim stručnjacima sa znatnim profesionalnim iskustvom koje domaće pravo obvezuje da nalaze daju nepristrano, stoga nalazi da u konkretnom slučaju nije podnesen dokaz koji bi ukazivao na suprotno. Sud je primijetio da je podnositeljica podnijela žalbu u odnosu na prvo od dva provedena vještačenja pred upravnim tijelom,

34 Zahtjev broj 56935/13, presuda od 23. svibnja 2017., konačna 23. kolovoza 2017. – Internet stranica <https://hudoc.echr.coe.int>

35 Zahtjev broj 57228/13, odluka od 7. lipnja 2018., – Internet stranica <https://hudoc.echr.coe.int>

te da je viši vještak u drugom vještačenju razmotrio njezine konkretne prigovore, a da podnositeljica Upravnom sudu nije niti predložila provođenje neovisnog vještačenja. Naglašava da je prvenstveno na domaćem sudu da ocjenjuje relevantnost dokaza čije izvođenje u postupku stranka želi. Europski sud ne nalazi ništa nepravično u činjenici što je Upravni sud na raspravi odbio saslušati ovlaštenog višeg vještaka, stoga je odbacio podnositeljičin zahtjev kao očito neosnovan.

Dakle, prvenstveno je na sudu tijekom upravnog spora ocijeniti sve predložene dokaze te utvrditi koliko utječu na zakonitost osporenog akta. Norma o slobodnoj ocjeni dokaza ovlašćuje sud da u svakome konkretnom slučaju ocjenjuje ne samo koje od dokaznih sredstava upotrijebljenih u upravnom sporu i upravnom postupku daje uvjerljivije rezultate nego ujedno isključuje interpretaciju prema kojoj bi, npr. dokaz izveden u upravnom sporu samim time imao veću dokaznu snagu od dokaza izvedenog u upravnom postupku u kojem je donesena osporavana pojedinačna odluka (upravni akt).<sup>36</sup> Iako su ovlašteni vještaci upravnih tijela nesporno visokoobrazovane i stručne osobe, ipak sudski vještaci u pojedinim slučajevima imaju posebne kvalifikacije i subspecijalnosti što čini njihov nalaz i mišljenje bolje obrazloženim i argumentiranim.

### **3.3. Ostvarenje načela jednakosti oružja**

Uvažavajući načelo usmene rasprave, sud daje mogućnost strankama izjasniti se o predloženom vještačenju, osobi vještaka kao i o vrsti vještačenja koje bi se trebalo provesti te o činjenicama koje je potrebno tim vještačenjem utvrditi. Stranka predlaže vrstu vještačenja radi utvrđivanja ili razjašnjenja neke pravno-relevantne činjenice, o kojem prijedlogu sud odlučuje, ali nema ovlast usvojiti prijedlog stranke i odrediti neku drugu vrstu vještačenja koja nije predložena, iako bi to možda bilo svrhovitije u konkretnom predmetu. Naime, sud može strankama razjasniti<sup>37</sup> koje su relevantne činjenice u konkretnoj upravnoj stvari i kojim dokaznim sredstvima, odnosno vrstom vještačenja bi se iste mogle utvrditi, odnosno razjasniti, ali će odbiti prijedlog stranke ako se radi o vještačenju kojim se ne bi postigla željena svrha ili je ono u potpunosti irelevantno za donošenje odluke o zakonitosti osporenog akta.<sup>38</sup> Sud je ovlašten odrediti vještačenje čak i u slučaju protivljenja suprotne strane, uglavnom javnopravnog tijela-tuženika, koji „brani“ činjenična i pravna utvrđenja u donesenom upravnom aktu. Smatramo da je obveza suda točno i jasno odrediti zadatak vještaku,

36 Rajko, A., Neka pitanja u vezi s činjenicama i dokazivanjem u upravnom sporu, *Pravo i porezi*, br. 6, lipanj 2015., str. 26.

37 U ostvarivanju načela otvorenog pravosuđenja sud u raspravljanju o predmetu spora i predloženim dokazima iznosi svoja stajališta o pravnoj kvalifikaciji spora, o pravno-relevantnim činjenicama i o dokazima kojima bi se te činjenice mogle utvrditi.

38 Tako, primjerice Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 80/13., 137/13.) u članku 67. propisuje razloge zbog kojih se neka ozljeda neće priznati ozljedom na radu. Između ostalog, ozljeda se neće priznati ukoliko je do ozljeđivanja došlo zbog skrivljenog, nesavjesnog ili neodgovornog ponašanja na radnome mjestu, odnosno pri obavljanju djelatnosti, kao i na redovitom putu od stana do mjesta rada i obrnuto. U opisanim slučajevima nije svrhovito provoditi medicinsko vještačenje na okolnost postoji li uzročno-posljedična veza između opisanog načina ozljeđivanja i zadobivene ozljede, te će se redovno takav dokazni prijedlog odbiti jer ne utječe na ishod upravnog spora.

pri čemu je vezan materijalno-pravnim propisom koji regulira određenu upravnu materiju. Time se ostvaruje ne samo načelo učinkovitosti, izbjegavanjem dodatnih troškova strankama radi potrebe izrade dodatnog ili čak novog nalaza i mišljenja odnosno ukoliko se određenim vještačenjem uopće ne bi postigla željena svrha, već se time omogućava vođenje upravnog spora uz stvarno uvažavanje jednakosti oružja.

Neovisno o činjenici što je vještačenje u upravnom postupku provedeno u dva stupnja po ovlaštenim vještacima javnopravnog tijela, te su njihovi nalazi i mišljenja doneseni neposrednim pregledom stranke i medicinske dokumentacije koja prileži spisu, sud će usvojiti prijedlog stranke o provođenju neovisnoga sudskog vještačenja kada se navodima u tužbi osporava doneseni nalaz i izraženo mišljenje na kojem se temelji odluka upravnog tijela, radi pravilnog i potpunog utvrđenja spornih činjenica. Time se poštuje načelo jednakosti oružja, u smislu ravnoteže među strankama, jer se stranci (tužitelju) daje mogućnost izložene prigovore na utvrđeno činjenično stanje potkrijepiti dokazima, u odnosu na navode i utvrđenja suprotne strane, odnosno javnopravnog tijela. Bez omogućavanja stranci da se izvede predloženi dokaz vještačenjem i time provjeri pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja iz upravnog postupka, smatramo da bi izostala stvarna sudska kontrola zakonitosti upravnih akata.

U predmetu *Korošec protiv Slovenije*<sup>39</sup> Europski sud za ljudska prava ističe kako članak 6. Konvencije jamči pravo na pošteno suđenje, ali ne propisuje pravila o prihvatljivosti dokaza ili načina na koji se oni ocjenjuju, što je primarna zadaća nacionalnog prava i sudova. Ovaj članak ne priječi domaćim sudovima da prihvate nalaze ovlaštenih tijela vještačenja, međutim načelo jednakosti oružja, koje je jedan od elemenata prava na pošteno suđenje, zahtijeva da se svakoj stranci pruži razumna mogućnost da izlože činjenice i podupru ih svojim dokazima, u kojim uvjetima se niti jednu od stranaka ne stavlja u bitno lošiji položaj u odnosu na suprotnu stranku. Sud naglašava da u situaciji kada nalazi i mišljenja vještaka ovlaštenih tijela vještačenja imaju odlučujući utjecaj na ocjenu činjenica od strane suda jer su se odnosile na područje medicine koje nije bilo u sklopu sudačkog znanja, nedostatak neutralnosti imenovanog vještaka može u određenim situacijama dovesti do povrede načela jednakosti oružja. U predmetu *Sara Lind Eggertsdóttir* Sud je naglasio kako je potrebno uzeti u obzir tri čimbenika: prirodu zadatka koji je povjeren vještaku, njegov položaj u hijerarhiji suprotne strane i njegovu uloga u postupku, poglavito koju težinu pridaje sud danom nalazu. U konkretnom predmetu nalaz vještaka ovlaštenog tijela vještačenja (*Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije*) izravno je utjecao na odluku tijela o osnovanosti podnesenog zahtjeva, te se i odluka suda temeljila upravo na tom nalazu. Stoga je odbijanjem dokaznog prijedloga da se provede neovisno sudsko vještačenje i pruži mogućnost podnositelju zahtjeva osporavati doneseni nalaz, došlo do povrede članka 6. Konvencije.

Ustavni sud Republike Hrvatske, razmatrajući je li došlo do povrede ustavnog prava na pravično suđenje iz članka 29. stavak 1. Ustava<sup>40</sup> u odluci broj: U-III-2335/16

39 Zahtjev broj 77212/12, presuda od 8. listopada 2015., konačna 8. siječnja 2016., Internet stranica <https://hudoc.echr.coe.int>

40 Članak 29. stavak 1. Ustava Republike Hrvatske glasi: „Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela“.

od 14. prosinca 2016. istaknuo je da se „konačna ocjena o uzroku invalidnosti podnositelja temelji na medicinskim nalazima i mišljenjima koji su dani za potrebe upravnog postupka od vještaka koji su zaposleni u upravnim tijelima Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje (dalje u tekstu: HZMO). Ti su nalazi i mišljenja odlučujući dokaz u ovom predmetu, jer se bez njih ne može dati procjena uzroka nastanka invalidnosti podnositelja. Ni sudovi ne posjeduju stručna medicinska znanja bez kojih se ne može procjenjivati nečije zdravstveno stanje, niti uzrok zbog kojega je netko nesposoban za rad. Uz to, u ovom predmetu, podnositelj je uz tužbu priložio presliku svog medicinskog kartona od rođenja pa do sada, a sudovi su sami (iako ne posjeduju stručnost liječnika) procijenili da taj dokaz ne može poslužiti pri ocjeni uzroka podnositeljeve invalidnosti/nesposobnosti za rad.

Kako je odlučujući dokaz u ovom postupku ostalo vještačenje provedeno po vještacima iz HZMO-a, može se zaključiti da podnositelju u upravnom sporu koji je vodio protiv javnopravnog tijela (koje se za potrebe ovoga postupka može izjednačiti s državom) nije dana mogućnost da dokazuje svoje tvrdnje, te da je upravni spor proveden bez stvarne namjere provedbe cilja upravnog spora - kontrole zakonitosti upravnih akata, a što je dužnost upravnih sudova propisanih člankom 19. stavkom 2. Ustava. Ovom odlukom Ustavni sud ne dovodi u pitanje načelo slobodne ocjene dokaza koje vrijedi za sudove u upravnom sporu. Osim toga, nije na Ustavnom sudu ocjenjivati koje odlučne činjenice redovni sudovi trebaju utvrđivati niti koje dokazne prijedloge stranaka moraju prihvaćati ili odbijati. Međutim, Ustavni sud napominje da je obveza sudova da, u cilju osiguranja pravičnog suđenja o pravima i obvezama stranaka, u postupku svakoj stranci omoguće da iznose dokaze kojima bi potkrijepile odnosno utvrdile svoje navode, a pogotovo one od kojih ovisi meritorno rješavanje spora (stajalište Ustavnog suda izraženo u odluci broj: U-III-3874/2008 od 4. travnja 2012.).“

Dakle, iz priloženih odluka Europskog suda za ljudska prava te Ustavnog suda Republike Hrvatske, razvidno je da u cilju ostvarivanja načela jednakosti oružja i pune afirmacije pristupa sudu, stranci mora biti omogućeno da osporava zaključke i stavove ovlaštenih vještaka u provedenom upravnom postupku te da se njihovi nalazi podvrgnu stručnoj kritici sudskih vještaka, dok je sud dužan dati ocjenu svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj ukupnosti, dajući za svoju odluku valjane razloge.

### **3.4. Provedba vještačenja u upravnom sporu**

Usvajanjem prijedloga stranke o vrsti vještačenja koje će se provesti, sud prethodno mora omogućiti strankama izjašnjavanje o osobi vještaka, što proizlazi iz odredbe članka 251. ZPP-a. Sukladno navedenoj odredbi, stranka koja predlaže izvođenje dokaza vještačenjem može predložiti osobu vještaka, kojeg će sud i odrediti ako se protivna stranka ne usprotivi predloženom vještaku. U suprotnom, vještaka će odrediti sud, u pravilu, s liste stalnih sudskih vještaka. „Iako parnične stranke imaju pravo predložiti vještaka, ali sud nije vezan njihovim prijedlozima“.<sup>41</sup> „Kada sud

41 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-III/4214/2013 od 9. ožujka 2016., portal ius info



odredi za vještačenje stručnjaka iz određene oblasti koji ima stručnu kvalifikaciju i znanje a stranke istom nisu prigovarale, tada nije odlučno što isti nije stalni sudski vještak<sup>42</sup>. Dakle, vještačenje obavljaju vještaci koje određuje sud, pa „prvostupajnski sud nije mogao naložiti ovršeniku da dostavi sudu procjenu pokretnina izvršenu po sudskom vještaku kojeg isti sam odabere, već je to mogao učiniti samo vještak kojeg bi u konkretnom slučaju odredio sam sud upravo stoga jer se dokaz vještačenjem provodi kada je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebo stručno znanje kojim sud ne raspolaže“<sup>43</sup>.

Kako prema članku 259. ZPP-a vještačenjem rukovodi sud, imenovanom vještaku potrebno je utvrditi zadaću, odnosno precizno odrediti što je predmet vještačenja i na koja sporna pitanja mora odgovoriti i, prema potrebi, tražiti objašnjenja u vezi s danim nalazom i mišljenjem. O načinu na koji je određen zadatak vještaku, te koliko je precizno dana naznaka na koja pitanja treba odgovoriti, ovisi i kvaliteta danog nalaza i mišljenja te hoće li se i u kojoj mjeri na tom nalazu i mišljenju moći temeljiti meritorna odluka suda.

Vještačenje se provodi u svrhu da se utvrde i razjasne pravno-relevantne činjenice. Koje su to činjenice određuje materijalni propis koji se primjenjuje u konkretnoj upravnoj stvari, no ono što je bitno za rješavanje upravnog spora jest odrediti trenutak do kojeg se činjenice prikupljaju i do kada stranke mogu iznositi nove činjenice te posljedično koje činjenice mogu biti predmetom vještačenja. Predmetno pitanje je tema ne samo znanstvene analize već i rasprave među kolegama sucima. Tako Đerđa<sup>44</sup> ističe da je relevantno činjenično stanje koje je postojalo u vrijeme donošenja pojedinačne odluke ili postupanja, stoga iznošenje činjenica koje su nastale nakon donošenja osporavane pojedinačne odluke ili postupanja ne utječe na rješavanje upravnog spora, osim u slučajevima propisanim zakonom, jer su takve činjenice osnova za ostvarivanje prava stranke u novom upravnom postupku.<sup>45</sup>

Imajući u vidu jedinstvo upravnog postupka, te zakonom propisan predmet upravnog spora koji se u pretežnom broju slučajeva odnosi na ocjenu zakonitosti te posebno ustavom zajamčenu kontrolu upravnih akta koja se temelji na ideji o diobi vlasti uz uzajamne kontrole, u ovom slučaju sudske nad upravom, smatramo da nema osnove utvrđivati činjenice koje su nastale nakon donošenja osporenog rješenja. One

42 Županijski sud u Varaždinu, Gž-125/10-2 od 9. ožujka 2010., portal ius info

43 Županijski sud u Varaždinu, Gž-247/07-2 od 24. travnja 2007., portal ius info

44 Đerđa, D., Upravni spor, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2017., str. 99-100.

45 Isti stav iznosi i Bogdanović, T., Prvostupajnski upravni spor kao spor pune jurisdikcije u sudskoj praksi, Pravo i porezi, 6/2013., str. 33. Suprotno navedenom, B. Britvić Vetma smatra da bi u sporu pune jurisdikcije upravni sudac trebao donijeti odluku imajući u vidu činjenice i pravne elemente koji postoje na dan njegove odluke. Britvić Vetma, B., Spor pune jurisdikcije prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010., Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 1/2011., str. 397. Raspravljajući o utvrđivanju relevantna činjeničnog stanja i o ovlastima suca u upravnom sporu, smatramo da se ne smije zaboraviti na Ustavom zajamčenu sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti, a potom i na zakonsko definiranje predmeta upravnog spora, jer bi utvrđivanjem novonastalih činjenica o kojima upravno tijelo nije rješavalo, sud izašao iz ustavnih i zakonskih okvira. Samo je u predmetima međunarodne i privremene zaštite, zbog specifičnosti ovog upravnog područja, sud dužan utvrditi činjenično stanje u trenutku donošenja svoje odluke.

moгу biti samo predmet novoga upravnog postupka, jer bi se u protivnom duboko narušila pravila o formalnoj i materijalnoj pravomoćnosti u upravnom postupku. S druge strane, u sudskom postupku rješavalo bi se o pravima i obvezama stranaka iz određenog upravnoga područja, a bez da se o istome izjasnilo javnopravno tijelo, za što dakako nema osnove u važećim propisima, a donesena presuda bila bi *res iudicata*.

### 3.5. *Zadatak sudskom vještaku*

Stranke pravilno predlože određenu vrstu vještačenja, međutim razloge zbog čega bi se trebalo provesti postavljaju jako široko i općenito, stoga bi u takvim slučajevima sud, prema načelu pomoći nekoj stranci, trebao precizirati zadatak vještaku, a sve kako bi se tim vještačenjem doista postigla zatražena svrha. Često se dostatno ne poznaju propisi iz određenog upravnog područja, što rezultira teškoćama u oblikovanju predloženih okolnosti o kojima bi se vještak trebao izjasniti. Tako, primjerice, nije dovoljno, u postupku radi ostvarivanja prava na temelju invalidnosti, predložiti vještačenje na okolnost „zdravstvenog stanja tužitelja“, već je potrebno razmotriti kako određeno zdravstveno stanje utječe na radnu sposobnost osobe te ocijeniti je li nastupila invalidnost u smislu zakonskih propisa, i u kojem trenutku. Također, u sporovima radi utvrđivanja poreza na promet nekretnina nije pravilno odrediti vještaku zadatak da „procjeni tržišnu vrijednost nekretnine“, već ju je potrebno odrediti u odnosu na relevantni trenutak, odnosno na dan stjecanja predmetne nekretnine.<sup>46</sup>

„Sud mora vještaku odrediti zadatak vještačenja ovisno o tome koju činjenicu namjerava utvrditi vještačenjem. U konkretnom slučaju sud je vještaku odredio zadatak „utvrditi pravo stanje duga“. Međutim, vještačenjem se ne može utvrđivati „pravo stanje duga“ već činjenice koje su odlučne za odlučivanje o tužbenom zahtjevu (u konkretnom slučaju ispravnost tužiteljevog obračuna ugovorne kamate, iznos neotplaćenog dijela kredita i slično).“<sup>47</sup> Isto tako, u poreznim predmetima nije moguće odrediti vještačenje na okolnost je li izdani račun vjerodostojna isprava (koja potpuno i istinito odražava poslovni događaj), što je čest slučaj, jer se radi o pravnoj kategoriji za čiju je ocjenu nadležan sud, uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinoga poslovnog događaja.

Precizno određenje predmeta i opsega vještačenja iznimno je važno za kasniju fazu razmatranja donesenog nalaza i mišljenja te njegova prihvaćanja kao valjana dokaza na kojem će se moći temeljiti meritorna, reformacijska odluka suda. Osim toga, time se smanjuje potreba za dopunama nalaza i mišljenja, pa tako i dodatnih troškova za stranke.

46 Zakon o porezu na promet nekretnina (Narodne novine br. 115/16.) definira tržišnu vrijednost nekretnine kao cijenu nekretnine koja se postiže ili se može postići na tržištu u trenutku nastanka porezne obveze. Porezna obveza nastaje u trenutku sklapanja ugovora ili drugoga pravnog posla kojim se stječe nekretnina (članak 16. stavak 1.).

47 Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-5870/05 od 8. svibnja 2007.

### **3.6. Nalaz i mišljenje sudskog vještaka**

Prije početka vještačenja vještak se poziva da predmet vještačenja brižljivo razmotri, točno navede sve što opazi i nađe i da svoje mišljenje iznese savjesno i u skladu s pravilima znanosti i vještine, a upozorit će se i na posljedice davanja lažnog iskaza.<sup>48</sup> Iskaz vještaka je lažan kada vještak u nalazu ne navede sve ono što je opazio i našao ili navede da je našao i opazio nešto što ne postoji, kao i onda kada u stručnom mišljenju protivno svojoj savjesti i poznavanju znanstvenih pravila, odnosno pravila struke, izvede nepravilne zaključke.<sup>49</sup>

U nalazu vještaka sadržani su podaci o svemu što je vještak zapazio ili otkrio vještačenjem (npr. popis medicinske dokumentacije, opis liječenja, karakteristike nekretnine – veličina, položaj i sl.). Na temelju tog nalaza, prema pravilima struke, iznosi mišljenje o utvrđenim činjenicama, te sukladno danom zadatku daje svoj zaključak (o tržišnoj vrijednosti nekretnine, o smanjenju radne sposobnosti uz preostalu radnu sposobnost, djelomičnom gubitku radne sposobnosti i potpunom gubitku radne sposobnosti, o trenutku kada je nastupio potpuni gubitak radne sposobnosti djeteta radi ostvarivanja prava na obiteljsku mirovinu i sl.).

Iako prema zakonskoj normi<sup>50</sup> vještak može iznijeti svoj nalaz i mišljenje usmeno na raspravi, u praksi je uobičajeno da vještaci dostavljaju svoj nalaz i mišljenje isključivo u pisanom obliku koji se dostavlja strankama prije održavanja ročišta na kojem će se o njemu raspravljati. Vještak uvijek mora obrazložiti svoje mišljenje, a strankama se mora omogućiti sudjelovanje u raspravljanju o rezultatima vještačenja, u smislu odredbe članka 6. Zakona o upravnim sporovima.<sup>51</sup> Ukoliko to izneseni prigovori zahtijevaju, na raspravu će se pozvati vještak, kako bi se strankama omogućilo da vještaku postavljaju pitanja i traže objašnjenja u svezi s danim nalazom i mišljenjem. Ipak, na raspravu se neće pozivati vještak kada se stranke izjasne da nemaju primjedbi na dostavljeni nalaz i mišljenje, odnosno, ako se uopće ne očituju na dostavljeni nalaz i mišljenje ili je dostavljeno očitovanje općenito bez navođenja konkretnih primjedbi. Kada sud smatra da bi vještak trebao dopuniti svoj nalaz i mišljenje ili su potrebna dodatna razjašnjenja, pozvat će ga pisanim putem na dopunu, o kojoj će se strankama također dati pravo na očitovanje.

### **3.7. Ocjena nalaza i mišljenja sudskog vještaka**

Sud slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice,<sup>52</sup> a dokaznu vrijednost vještačenja ocjenjuje na temelju savjesne i brižljive ocjene svih dokaza zajedno i na temelju rezultata cjelokupnog postupka. S time u svezi obveza je suda u obrazloženju presude navesti koje su činjenice utvrđene vještačenjem, zašto i kako su utvrđene,

48 Čl. 258. st. 1. ZPP.

49 Čizmić, J., O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, 1/2011., str. 488.*

50 Čl. 260. st. 1. ZPP.

51 Čl. 6. glasi: „Prije donošenja presude sud će svakoj stranci dati mogućnost izjasniti se o zahtjevima i navodima drugih stranaka te o svim činjenicama i pravnim pitanjima koja su predmet upravnog spora“.

52 Čl. 33. st. 1. Zakona o upravnim sporovima.

te kako su cijenjени izvedeni dokazi zasebno i u njihovoj ukupnosti. Sud nije vezan ni stručnim nalazom niti mišljenjem vještaka, i može ih, vodeći se pravilima logike, podvrgnuti analizi i kritici.<sup>53</sup> Smatramo da kritici svakako treba podvrgnuti nalaz i mišljenje ukoliko vještak izađe izvan okvira zadanog mu naloga.

Značaj sudskog nalaza i mišljenja ima samo nalaz i mišljenje vještaka kojeg je u tom svojstvu odredio sud i kojem je sud dao zadatak. „Nalazi i mišljenja, iako sudskih vještaka, ali izrađeni po nalogu stranke, nemaju značaj sudskog nalaza već samo privatne isprave dostavljene na spis predmeta, te se svakoj stranci mora dati mogućnost očitovati se na primljenu ispravu. Dokazno sredstvo kojim se dokazuje osnovanost činjeničnih tvrdnji stranaka predstavlja samo onaj nalaz i mišljenje vještaka kojega je u tom svojstvu odredio sud u konkretnoj parnici, iz kojeg razloga sud nije dužan nalaz i mišljenje vještaka koji je tužitelj priložio uz tužbu, te koji je sačinjen po nalogu tužitelja, prihvatiti samo stoga što je isti dan od strane osobe koja je stalni sudski vještak“.<sup>54</sup>

O istome se izjasnio i Visoki trgovački sud Republike Hrvatske navodeći da „premda je i vještak mr. sc. I. T. također iz redova sudskih vještaka, njegov pisani nalaz i mišljenje nije zatražio sud. Stoga njegov pisani nalaz i mišljenje u konkretnom slučaju nemaju dokaznu snagu sudskog vještačkog nalaza. Ovaj pisani nalaz i mišljenje predstavlja privatnu ispravu pribavljenu s tužiteljeve strane, koja također predstavlja valjano dokazno sredstvo. Međutim, privatne isprave, za razliku od javnih, ne tvore predmnijevu istinitosti, pa ih sud treba vrednovati i ocijeniti u sklopu svih ostalih provedenih dokaza, a ujedno i omogućiti suprotnoj stranci očitovati se o njenom sadržaju. Tek za slučaj da su spomenuti pisani nalaz i mišljenje dostavljeni tuženiku, te da se on o njihovom sadržaju ni na jedan način nije usprotivio ili da nije zatražio dodatno očitovanje vještaka ili novo vještačenje, prvostupanjski sud bi ga sukladno pravilu o teretu dokazivanja mogao prihvatiti kao dokaz čija valjanost nije dovedena u pitanje i tek potom na njemu utemeljiti pobijanu presudu“.<sup>55</sup>

#### **4. FUNKCIJA VJEŠTAČENJA U UPRAVNOM SPORU**

Vještak je vezan zadatkom koji mu je odredio sud, te mu dostavlja i spis tuženika u kojem se nalazi dokumentacija koja je predmet vještačenja (medicinska dokumentacija stranke, podatci o nekretnini, vozilu i sl.). Naime, u spisu predmeta tuženika priložene su isprave i prikupljeni dokazi (zapisnici o provedenim raspravama, saslušanim svjedocima, nalazi i mišljenja ovlaštenih vještaka,) u svrhu utvrđivanja činjeničnog stanja temeljem kojeg se donosi odluka nakon provedenog upravnog postupka. Uvid u spis tuženika u postupku vještačenja posebno je važan jer vještak u pravilu daje svoj nalaz i mišljenje o činjenicama koje su postojale u vrijeme vođenja upravnog postupka i sukladno dokumentaciji priloženoj u spisu koja je bila temelj za donošenje osporavane odluke.<sup>56</sup> Time, u biti, sudski vještak u upravnom sporu dobiva

53 Čizmić, O vještačenju, op. cit., str. 489.

54 Županijski sud u Varaždinu, Gž-1652/05 od 3. studenog 2005., portal ius info.

55 Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-6184/06 od 14. ožujka 2007., portal ius info.

56 Kako pravila upravnog postupka ne poznaju materijalnu nego samo formalnu pravomoćnost,

posebnu (kontrolnu) funkciju jer daje svoj nalaz i mišljenje o istim stručnim pitanjima o kojima se raspravljalo pred upravnim tijelom. Ovo stoga što za razliku od parničnog postupka, u upravnom sporu sud uzima u obzir i činjenice utvrđene u postupku donošenja osporene odluke, kojima nije vezan, i činjenice koje je sam utvrdio.<sup>57</sup>

Ocjenjujući utvrđene činjenice i provedeni dokazni postupak, u upravnim stvarima u kojima je vještačenje provedeno i u upravnom postupku, po ovlaštenim vještacima upravnog tijela, sud je obavezan kritički ocijeniti doneseni nalaz i mišljenje ovlaštenog vještaka kao i nalaz i mišljenje stalnoga sudskog vještaka donesen tijekom upravnog spora te iznijeti razloge zbog kojih prihvaća zaključke ovlaštenog ili sudskog vještaka i kome priklanja vjeru, posebno kada su oni suprotni.

O važnosti ocjene činjenica koje je utvrđivalo upravno tijelo i o kojima se moglo izjasniti provodeći upravni postupak, te o nužnosti ocjene nalaza i mišljenja ovlaštenog vještaka u odnosu na nalaz i mišljenje sudskog vještaka, kao i prihvatljivost nalaza i mišljenja sudskog vještaka kada izlazi iz vremenskog okvira činjenica koje su postojale do donošenja osporenog akta izjasnio se Visoki upravni sud Republike Hrvatske<sup>58</sup> navodeći da je „predmet upravnog spora, između ostalog, ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o stanovitom pravu ili obvezi, protiv koje odluke nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek (članak 3. stavak 1. točka 1. ZUS-a). Iz navedene odredbe, proizlazi da upravnom sporu prethodi upravni postupak, u kojem je donijeto rješenje protiv kojeg nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek, te nezadovoljna stranka može tužbom pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom (članak 22. stavak 1. ZUS-a). Nakon što sud ocijeni urednost tužbe, nadležnost i pretpostavke za vođenje upravnog spora (članci 27., 28., 29. i 30. ZUS-a) sud odlučuje o tužbenom zahtjevu na način da ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice, pri čemu uzima u obzir činjenice utvrđene u postupku donošenja osporene odluke kojima nije vezan i činjenice koje je sam utvrdio (članak 33. stavak 1. i 2. ZUS-a). U tom pravcu upravni sud ocjenjuje, jesu li činjenice u upravnom postupku pravilno sublimirane na pravnu normu, te je li obrazloženje rješenja cjelovito, konzistentno i logično. Dakle, zadaća upravnog suda je da utvrdi, je li rješenje tuženika koje je predmet upravnog spora, zakonito, te o tomu daje valjano obrazloženje, ako nije zakonito, zbog čega smatra da nije zakonito a ako jeste zakonito, zbog čega smatra da jeste zakonito.

U ovom upravnosudskom sporu sud je rješenja tuženika i prvostupanjskog

---

te stranka ima pravo (ponekad i nebrojeno puta) ponovno podnijeti novi zahtjev u slučaju negativne odluke, sud treba biti oprezan po pitanju činjenica koje vještačenjem utvrđuje kako ne bi prekoračio zakonom dane ovlasti, niti prekršio Ustavom zajamčenu sudsku kontrolu uprave i načelo diobe vlasti kroz uzajamne suradnje i provjere. Također i Bogdanović, T. ističe ako bi se Zakon o upravnim sporovima tumačio na način da sud može utvrđivati i naknadno nastale činjenice, tj. one činjenice koje nisu postojale do donošenja osporavanog rješenja, sud bi prešao granice predmeta upravnog spora propisanog Zakonom o upravnim sporovima u vidu ocjene zakonitosti pojedinačnog akta ili postupanja javnopravnog tijela, te bi time doveo stranke u situaciju sudski presudene stvari koja onda, prema logici stvari, više ne bi mogla biti predmetom upravnog postupka. Bogdanović, T., op. cit., str. 33.

57 Čl. 33. st. 2. Zakona o upravnim sporovima.

58 Presuda Usž-3880/17. od 10. svibnja 2018., koju zbog značaja zauzetog stava smatramo svrhovitim citirati u većem dijelu.

javnopravnog tijela, ocijenio nezakonitim, jer se temelje na nalazima i mišljenjima stručnih tijela medicinskog vještačenja u upravnom postupku, a koji nalazi stručnih tijela medicinskog vještačenja nisu istovjetni sa nalazom i mišljenjem sudskog vještaka prof. dr. sci. B.M., dr. med., čiji nalaz je sud prihvatio kao valjan i na kojem temelji odluku, da je kod tužitelja nastupila opća nesposobnost za rad dana 5. rujna 2016. Prigovore tijela medicinskog vještačenja u upravnom postupku, da je vještačena medicinska dokumentacija nastala nakon upravnog postupka i donošenja osporenih rješenja, sud je obrazložio navodima da „opća nesposobnost za rad tužitelja koja je nastupila nakon okončanja upravnog postupka nije razlog da ovaj sud odbije tužbeni zahtjev“, jer se tako ubrzava ostvarivanje prava tužitelja, što je intencija ZUS-a. Potom sud ocjenjuje da je u upravnom postupku na pogrešan način utvrđeno činjenično stanje i povrijeđeno materijalno pravo, zbog čega je poništio rješenja tuženika kao nezakonita.

U obrazloženju presude Upravnog suda u Zagrebu, nema razloga zbog čega sud smatra da su nalazi i mišljenja stručnih tijela medicinskog vještačenja data u upravnom postupku, neosnovana, neutemeljena, zapravo u tom pravcu nema očitovanja suda. Sud prihvaća nalaz i mišljenje sudskog vještaka, dato temeljem medicinske dokumentacije nastale nakon upravnog postupka i donošenja osporenih rješenja 9. prosinca 2013. i 28. travnja 2014. sa utvrđenjem da je došlo do pogoršanja zdravstvenog stanja, pa zbog ekonomičnosti postupka, sud je odlučio, da će bez provođenja upravnog postupka, u vremenu od 5. prosinca 2013. kada je u upravnom postupku tužitelj pregledan, pa do 5. rujna 2016. godine, kada je tužitelj pregledan u upravnom sporu od strane sudskog vještaka, donijeti odluku o pravu iz mirovinskog osiguranja, bez prethodnog provođenja upravnog postupka, držeći da je to intencija ZUS-a.

Na ovaj način sud je počinio bitne povrede odredbi ZUS-a i ZUP-a, kada je odlučio o pravu tužitelja, bez prethodno provedenog upravnog postupka za navedeno razdoblje od 2013. do 2016. godine, bez podnesenog zahtjeva za postupanje upravnom tijelu u tom periodu, što je razlog ništetnosti, bez da je upravno tijelo donijelo konačnu odluku o pravu u tom periodu, i bez zakonske osnove za takovo postupanje suda.

Sukladno odredbi članka 3. stavak 1. točke 1. ZUS-a, predmet upravnog spora, je ocjena zakonitosti odluke javnopravnog tijela protiv koje nije dozvoljeno izjaviti pravni lijek, kada je protiv takove odluke pokrenut upravni spor, sukladno članku 22. ZUS-a. Sud je time povrijedio načelo zakonitosti iz članka 5. ZUS-a, jer se postupanje suda i donijeta odluka suda, ne temelji na procesnim i na materijalnim odredbama ZUS-a i Zakona o mirovinskom osiguranju - ZoMO/98.

Osnovano tuženik ukazuje na povrede odredaba ZoMO/98 i to članka 115. stavak 1. koji propisuje, da se kao dan nastanka invalidnosti uzima dan kada je na temelju pregleda ovlaštenog vještaka dano mišljenje u smislu članka 113. stavak 1. tog Zakona, a iznimno prije toga. Dakle, ni u kom slučaju, ne tri godine nakon provedenog vještačenja u upravnom postupku, i donijetih odluka tuženika. U postupku ostvarivanja prava iz mirovinskog osiguranja primjenjuju se odredbe ZUP-a, ako ZoMO/98 nije drukčije odredio (članak 9. stavak 1. i 2. ZoMO/98), a o pravu iz mirovinskog osiguranja rješava nadležna Područna ustrojstvena jedinica

Zavoda, a u drugom stupnju tuženik (članak 105. ZoMO/98) i to po osnovi zahtjeva za ostvarivanje prava, koji podnosi osiguranik ili u povodu prijedloga izabranog doktora medicine primarne zdravstvene zaštite.

Od donošenja osporenog akta tuženika 28. travnja 2014., do 5. rujna 2016. godine, kada je sudski vještak pregledao osiguranika-tužitelja i utvrdio invalidnost, nije vođen upravni postupak, sukladno odredbama ZoMO/98, te stoga sud nije ni mogao ocjenjivati zakonitost nepostojećeg upravnog akta i upravnog postupka, sukladno članku 3. stavka 1. točke 1. ZUS-a.“

Iz citirane presude jasno je vidljiva uloga vještačenja u upravnom sporu kojom se omogućuje stranci osporiti utvrđenje upravnog tijela te doneseni zaključak o činjenicama koje su bile predmet upravnog postupka.

#### **4.1. Položaj ovlaštenih vještaka u upravnom sporu**

Zakon o općem upravnom postupku te naročito posebni materijalni propisi<sup>59</sup> reguliraju položaj ovlaštenog vještaka u postupku koji se provodi pred upravnim tijelom. Međutim, u upravnom sporu njegova uloga nije propisana i svodi se na „stručnog pomagača“ tuženika u „obrani“ donesenog akta. Ovlašteni vještak<sup>60</sup> nema status sudskog vještaka jer ga nije odredio sud niti mu je dao zadatak, stoga može biti pozvan na raspravu samo kao stručna osoba koja je sudjelovala u upravnom postupku, pa se njegov iskaz cijeni u kontekstu svih ostalih provedenih dokaza. Stoga u situacijama kada su oprečni nalazi i mišljenja ovlaštenog vještaka sačinjenog u upravnom postupku i sudskog vještaka danog po nalogu suda, na raspravu se mora pozvati sudski vještak kako bi otklonio prigovore i razložio nejasnoće, dok je uloga suda ocijeniti sve dokaze, pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja u upravnom postupku i onog kojeg je sam utvrdio, formirati svoj stav i donijeti odluku o zakonitosti osporenog akta. Za razliku od parničnog postupka, upravni sud, ukoliko na temelju provedenoga sudskog vještačenja neku činjenicu ipak ne bi mogao nesporno utvrditi, niti bi mogao donijeti reformacijsku odluku u konkretnoj upravnoj stvari, ovlašten je donijeti kasatornu odluku i poništiti osporeni akt te vratiti predmet na ponovni

59 Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, Uredba o metodologijama vještačenja (Narodne novine, br. 67/17., 56/18.), Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, br. 80/13., 137/13.), Pravilnik o pravima, uvjetima i načinu ostvarivanja prava iz obveznoga zdravstvenog osiguranja u slučaju ozljede na radu i profesionalne bolesti (Narodne novine, br. 75/14., 154/14., 79/15., 139/15.), itd.

60 Ovlašteni vještak je zaposlenik Zavoda za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom, te se vještačenje provodi na zahtjev nadležnog tijela koje odlučuje o pravima u području socijalne skrbi, mirovinskog osiguranja, profesionalne rehabilitacije i zapošljavanja osoba s invaliditetom, prava po osnovi roditeljskih potpora, zaštite ratnih i civilnih žrtava rata te u svrhu utvrđivanja psihofizičkog stanja djeteta pri ostvarivanju prava u sustavu obrazovanja, kao i u svrhu ostvarivanja prava u drugim područjima u kojima se prava ostvaruju na temelju nalaza i mišljenja tijela vještačenja kada je to propisano zakonom. U ovim se predmetima vještačenje provodi na temelju metodologija za utvrđivanje tjelesnog, intelektualnog, osjetilnog i mentalnog oštećenja, invaliditeta, funkcionalne sposobnosti, razine potpore te radne sposobnosti osobe. Nadalje, može se reći da i službenik Porezne uprave u postupcima procjene tržišne vrijednosti nekretnine također ima status ovlaštenog vještaka za procjenu.

postupak tijelu s jasnom uputom kako provesti postupak i koji dokaz izvesti, radi otklanjanja nejasnoća. „Neuspjeh da se nešto riješi vještačenjem na potrebnoj razini uvjerenosti treba jednako tretirati kao i slučajeve u kojima nema dovoljno drugih dokaza da se sa sigurnošću zaključi o postojanju ili nepostojanju neke činjenice.“<sup>61</sup>

#### **4.2. Odnos provedenog vještačenja u upravnom postupku i u upravnom sporu**

O odnosu vještačenja u upravnom postupku u odnosu na ulogu vještačenja u upravnom sporu izjasnio se Visoki upravni sud Republike Hrvatske<sup>62</sup> navodeći da se „odredbe materijalnog propisa, konkretno ZOMO-a, u svezi utvrđivanja medicinski relevantnih činjenica odnose na provođenje upravnog postupka i po njima je dužno postupati javnopravno tijelo koje odlučuje o pravu ili obvezi stranke i koje svoje odluke temelji na nalazima i mišljenjima institucionaliziranih tijela vještačenja. Međutim, u upravnom sporu, koji se, među ostalim, vodi radi kontrole zakonitosti donošenja pojedinačnih odluka, kad sud utvrdi da je osporena odluka javnopravnog tijela nezakonita, spor o ocjeni zakonitosti pojedinačne odluke javnopravnog tijela može se pretvoriti u spor pune jurisdikcije u kojemu sud sam rješava predmetnu upravnu stvar. Sud je, pritom, radi potpunog i pravilnog utvrđenja spornih činjenica, ovlašten provesti dokaz vještačenjem po sudskom vještaku, rezultat kojeg vještačenja, ovisno o ocjeni suda, može biti temelj za rješavanje o pravu ili obvezi stranke.“

Nastavno, Visoki upravni sud Republike Hrvatske<sup>63</sup> izjasnio se o pravilnosti meritorne odluke donesene nakon što je u prvostupanjskom upravnom sporu sud na okolnost utvrđivanja tržišne vrijednosti nekretnine odredio provođenje vještačenja po sudskom vještaku za graditeljstvo i procjenu nekretnina. „Prvostupanjski upravni sud je strankama u sporu dostavio nalaz i mišljenje sudskog vještaka te ih je pozvao da se očituju u roku od 8 dana. Tuženik se očitovao na način da je istaknuo kako je u skladu s člankom 9. stavkom 6. Zakona o porezu na promet nekretnina Porezna uprava ovlaštena procjenom utvrditi tržišnu vrijednost nekretnina, da je prvostupanjsko tijelo sastavilo zapisnik u kojem je dalo jasan, potpun i dovoljno obrazložen nalaz iz kojeg je vidljivo temeljem kojih bitnih elemenata je utvrđena tržišna vrijednost predmetne nekretnine te da Porezna uprava prilikom utvrđivanja tržišne vrijednosti nekretnine nije vezana nalazima i mišljenjima vještaka. Po ocjeni Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, prvostupanjski sud je u skladu s odredbom članka 33. ZUS-a, na prijedlog tužitelja, izveo dokaz vještačenjem tržišne vrijednosti nekretnine te je na temelju tog nalaza i mišljenja donio odluku. Tuženik nije osporavao nalaz i mišljenje sudskog vještaka, već je istakao da je Porezna uprava ovlaštena utvrđivati tržišnu vrijednost nekretnine. No to se ovlaštenje odnosi na upravni postupak. Međutim, cilj upravnog spora je osigurati sudsku zaštitu prava i pravnih interesa stranaka (čl. 2. st. 1. ZUS-a), dakle provesti sudski postupak po pravilima propisanim ZUS-om. Predmet upravnog spora je, među ostalim i ocjena zakonitosti odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u upravnoj stvari (čl. 3.

61 Dika, M., op. cit., str. 674-675.

62 Visoki upravni sud Republike Hrvatske, Usz-711/16 od 21. travnja 2016., portal SupraNova.

63 Visoki upravni sud Republike Hrvatske, Usz-634/14-7 od 22. siječnja 2015., portal SupraNova.



st. 1. t. 1. ZUS-a). S obzirom na navedeno, sud je ovlašten ocjenjivati zakonitost provedenog upravnog postupka koji je prethodio donošenju odluke koju ocjenjuje te pri tom slobodno ocjenjivati izvedene dokaze i utvrđivati činjenice, služeći se svim zakonom propisanim dokaznim sredstvima. Naime, sud samostalno prosuđuje koje se činjenice trebaju utvrditi i odlučuje o dokazima na temelju kojih će to učiniti, po pravilima o dokazivanju u parničnom postupku na koja ZUS izravno upućuje (čl. 33. st. 5. ZUS-a). Stoga je prvostupanjski sud na izloženo činjenično stanje pravilno primijenio materijalno pravo te usvojio tužbeni zahtjev, poništio oba rješenja i sam riješio stvar.“

Da bi sud mogao u cijelosti ostvariti svoju svrhu i omogućiti stvarno ispunjenje načela jednakosti oružja smatramo da je dužan prihvatiti prijedlog stranke i u upravnom sporu provesti neovisno sudsko vještačenje, osobito u situaciji kada stranka svojim tužbenim navodima osporava nalaz i mišljenje ovlaštenih vještaka tuženika na kojem se temelji osporavana odluka. U takvoj situaciji nema zapreke da nalaz i mišljenje neovisnog vještaka dan pred sudom, kao rezultat primjene slobodne dokazne maksime, bude temelj za donošenje reformacijske presude.

## 5. ZAKLJUČAK

Upravni spor se u bitnome razlikuje od parničnog postupka osobito u dijelu utvrđivanja činjeničnog stanja kao i izbora dokaznog sredstva. Naime, dokazni postupak ne počinje tek upravnim sporom, već je isti proveden pred upravnim tijelom u pravilu u dva stupnja, stoga je uvid suda u dostavljeni spis predmeta upravnog postupka često jedini izvedeni dokaz. Sud izvodi dokaze prema pravilima kojima je uređeno dokazivanje u parničnom postupku, no izbor dokaznog sredstva usmjeren je na utvrđenje i/ili razjašnjenje sporne činjenice ili spornog pitanja koje je ostalo otvoreno nakon provedenoga upravnog postupka.

Imajući u vidu jedinstvo upravnog postupka, te zakonom propisan predmet upravnog spora koji se u prevladavajućem broju slučajeva odnosi na ocjenu zakonitosti donesenog upravnog akta, a posebno ustavom zajamčenu sudsku kontrolu upravnih akta koja se temelji na ideji o diobi vlasti, u ovom slučaju sudske nad upravnom, smatramo da nema osnove utvrđivati činjenice koje su nastale nakon donošenja osporenog rješenja. Takve činjenice mogu biti predmet samo novog upravnog postupka, jer bi se u protivnom duboko narušila pravila o formalnoj i materijalnoj pravomoćnosti u upravnom postupku. S druge strane, u sudskom postupku rješavalo bi se o pravma i obvezama stranaka iz određenog upravnog područja, za što dakako nema osnove u važećim propisima, a donesena sudska presuda bila bi za stranke *res iudicata*.

Slijedom navedenog, ističe se kako se vještačenje u upravnom sporu može odrediti u svrhu provjere pravilnosti utvrđenih činjenica o kojima je upravno tijelo izvelo svoj zaključak i donijelo osporeno rješenje. Tek u tom slučaju nalaz i mišljenje sudske vještaka, koji je podvrgnut kritičkoj ocjeni suda i raspravi među strankama, može biti valjana osnova za donošenje meritorne, reformacijske odluke u sporu pune jurisdikcije, a bez opasnosti da se prekorače ustavom i zakonom dane ovlasti. Za

takvu odluku suda smatramo da nema zapreke niti kada posebni materijalni propisi iz određenog upravnog područja propisuju ekskluzivitet za utvrđenje činjenica od strane ovlaštenih vještaka tih tijela, jer bi u protivnom izostala uloga sudskog nadzora.

Vještačenje u upravnom sporu učinkovito je dokazno sredstvo, koje ne samo da ima za cilj omogućiti strankama u punom smislu ostvarenje prava na pravično suđenje i pristup sudu, nego je u nekim predmetima i jedino učinkovito oružje kojim stranke mogu osporavati utvrđenja javnopravnog tijela, osobito kada se ona temelje na ocjenama ovlaštenih vještaka u upravnom postupku, tim više što važeći zakonski propisi omogućuju i strankama slabijeg imovnog stanja predujmiti potrebna sredstva za provođenje ovoga dokaznog sredstva.

Kada bi sud onemogućio strankama izvođenje dokaza vještačenjem izostala bi sudska kontrola zakonitosti akta javnopravnog tijela, i to ne samo u procesnom smislu zbog povrede pravila postupka, a time i načela jednakosti oružja, nego još i važnije u materijalnom pravnom aspektu kojem je svrha potpuno i pravilno utvrđenje činjeničnog stanja. Da bi se postigla pravična procesna ravnoteža između stranaka i pouzdano utvrdile činjenice konkretnog slučaja, smatramo da sud treba pomoći stranci u oblikovanju zadatka vještaku uvažavajući relevantne odredbe materijalnog propisa koji regulira određenu upravnu materiju. Tek tada neće biti osnove za zaključak da su provedenim upravnim sporom i donesenom presudom povrijeđene odredbe Ustava Republike Hrvatske i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

#### LITERATURA

##### *Knjige i članci:*

1. Bestvina, Melita, Balić, Đorđe, Imenovanje sudskih vještaka i procjenitelja u RH i ostalim susjednim državama, Simpozij o izvlaštenju nekretnina, Zagreb, 13. listopada 2018.
2. Bogdanović, Tamara, Prvostupanjski upravni spor kao spor pune jurisdikcije u sudskoj praksi, *Pravo i porezi*, 6/2013.
3. Britvić Vetma, Bosiljka, Spor pune jurisdikcije prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010., *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, 1/2011., str. 381-402.
4. Čizmić, Jozo, O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, 1/2011., str. 473-508.
5. Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo - Utvrđivanje činjenica, VII. knjiga, Zagreb, Narodne novine, 2018.
6. Đerđa, Dario, Upravni spor, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2017.
7. Đerđa, Dario, Šikić, Marko, Komentar Zakona o upravnim sporovima, uz uvodni članak Dragana Medvedovića, Novi sustav upravnog sudovanja, Zagreb, Novi informator, 2012.
8. Horvat, Božidar, Upravni spor od podnošenja tužbe do izvršenja – sporna pitanja u praksi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52, 1/2015., str. 221-242.
9. Poznić, Borivoje, Vražalić, Mihajlo, Bačić, Franjo, Zakon o parničnom postupku s komentarom, Beograd, Nova administracija, 1957.
10. Rajko, Alen, Neka pitanja u vezi s činjenicama i dokazivanjem u upravnom sporu, *Pravo i porezi*, broj 6, lipanj 2015., str. 25-29.
11. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, 7. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, Narodne novine, 2004.

*Pravni propisi:*

1. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.
2. Pravilnik o stalnim sudskim vještacima, Narodne novine, br. 38/14., 123/15., 29/16.
3. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 76/10., 85/10., 5/14.
4. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13., 89/14.
5. Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, Narodne novine, br. 157/13., 152/14., 39/18.
6. Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15., 82/16.
7. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16., 29/17.

*Sudska praksa:*

1. Portal sudske prakse SupraNova, aplikacijski sustav namijenjen za korištenje sudovima
2. Portal [www.iusinfo.hr](http://www.iusinfo.hr)
3. Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava, dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int>

Željka Zrilić Ježek\*

Summary

## EXPERTISE IN ADMINISTRATIVE DISPUTE

The purpose of the treatment of this topic is to provide an overview of the expertise procedure in administrative dispute, to showcase the rules under which said expertise is conducted, and to indicate certain specificities in comparison to civil proceedings. Some aspects of expertise are laid down, as well as the treatment of the conducted expertise in administrative proceedings, the assignment of the task to the expert according to the relevant material regulation governing a particular administrative area, and the assessment of the findings and the opinions of court experts. The purpose of the paper is to provide answers or at least give an indication of the solutions for controversial situations that arise with regard to expertise procedures, with an account of the relevant case-law.

**Keywords:** *expert; expertise; expert finding and opinion; administrative dispute.*

Zusammenfassung

## BEGUTACHTUNG IN VERWALTUNGSSTREITIGKEITEN

Ziel dieses Beitrags ist, die Übersicht über die Begutachtung in Verwaltungsstreitigkeiten zu geben, sowie auch die Regeln deren Durchführung darzustellen und auf ihre Besonderheiten bezüglich des Zivilverfahrens hinzuweisen. Man stellt manche Aspekte der Begutachtung, das Verhältnis gegenüber der durchgeführten Begutachtung im Verwaltungsverfahren, die Bestimmung der Aufgaben von Sachverständigen gemäß den maßgeblichen materiellen Vorschriften, welche das entsprechende Verwaltungsbereich regulieren, und die Bewertung von Sachverständigengutachten dar. Ziel des Beitrags ist, die Lösungen für umstrittene Situationen bei der Begutachtung anzubieten, wobei die relevante Rechtsprechung dargestellt wird.

**Schlüsselwörter:** *Sachverständige; Begutachtung; Sachverständigengutachten; Verwaltungsstreitigkeit.*

---

\* Željka Zrilić Ježek, judge, Administrative Court in Zagreb; zeljka.zrilicjezek@uszg.pravosudje.hr.

Riassunto

## LA PERIZIA NEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

Lo scopo dell'analisi di questo tema è volto ad offrire una rassegna delle perizie nel contenzioso amministrativo, ad illustrare le regole in forza delle quali esse vengono espletate ed a porre in rilievo le particolarità rispetto al contenzioso civile. Si evidenziano alcuni aspetti delle operazioni peritali; il rapporto rispetto all'effettuata perizia nel procedimento amministrativo; la determinazione dell'oggetto della perizia ai sensi della normativa applicabile, che regola un determinato ambito amministrativo e la valutazione delle perizie e dei pareri peritali. Lo scopo del lavoro è quello di offrire delle risposte o perlomeno dare dei suggerimenti per risolvere le situazioni dubbie che si manifestino nelle operazioni peritali e ciò passando in rassegna la giurisprudenza.

*Parole chiave:* perito; perizia; relazione e parere peritale; contenzioso amministrativo.



## UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (*e-mail*). Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te *e-mail* adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu trebaju biti priloženi popis literature te sažeci i ključne riječi na hrvatskom i engleskom jeziku. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi i mora upućivati na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom “Sažetak” / “Summary”.

Rad koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20za%20oblikovanje%20teksta%20rada.pdf>.

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stranici:

<http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20i%20recenzentima%20glede%20razvrstavanja%20radova.pdf>.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rada, koja se obavlja uklaňanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Uredništvo pridržava pravo redakcijski prilagoditi rad propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Radovi se šalju na adresu: [zbornik@pravri.hr](mailto:zbornik@pravri.hr).

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers in the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may, according to its internal decision, accept for publishing scientific papers in some other foreign language. Papers should be submitted in the electronic form (e-mail). The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper, authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address, as well as their e-mail address.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). The summary and keywords in Croatian and English language should be attached to the paper. The summary will be translated in to German and Italian language. It should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusions. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at: <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at: <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subject to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previously written works.

The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language, according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subject to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: [zbornik@pravri.hr](mailto:zbornik@pravri.hr).



# ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

## AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn**
- Vol. 20 br. 2 (1999.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 (2000.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 21 br. 2 (2000.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 22 br. 1 (2001.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 22 br. 2 (2001.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 1 (2001.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**
- Vol. 23 br. 2 (2002.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 2 (2002.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 1 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 1 (2004.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 26 br. 1 (2005.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 26 br. 2 (2005.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 27 br. 1 (2006.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 27 br. 2 (2006.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 28 br. 1 (2007.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 28 br. 2 (2007.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 29 br. 1 (2008.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 29 br. 2 (2008.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 30 br. 1 (2009.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 30 br. 2 (2009.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 31 br. 1 (2010.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 31 br. 2 (2010.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement, Vol. 31 br. 1 (2010.): **rasprodan**
- Vol. 32 br. 1 (2011.): **rasprodan**
- Vol. 32 br. 2 (2011.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 33 br. 1 (2012.): **rasprodan**
- Vol. 33 br. 2 (2012.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 34 br. 1 (2013.): **rasprodan**
- Vol. 34 br. 2 (2013.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 35 br. 1 (2014.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 35 br. 2 (2014.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 36 br. 1 (2015.): **rasprodan**
- Vol. 36 br. 2 (2015.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 37 br. 1 (2016.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 37 br. 2 (2016.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 37 br. 3 (2016.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- po cijeni od **50,00 kn**
- Vol. 38 br. 1 (2017.): **rasprodan**
- po cijeni od **90,00 kn**
- Vol. 38 br. 2 (2017.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 38 br. 3 (2017.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- po cijeni od **150,00 kn**
- Vol. 39 br. 1 (2018.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- po cijeni od **90,00 kn**
- Vol. 39 br. 2 (2018.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 39 br. 3 (2018.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 39 br. 4 (pos. broj) (2018.): \_\_\_\_\_ primjeraka



# BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

## UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

### UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. **(rasprodano)**
- Vinko Hlača, Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. **(rasprodano)**
- Vladimir Đ. Degan, Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. **(unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)**
- Matthias Herdegen, Europsko pravo, 2003. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, *Polis-oikos-nomos*, Ekonomski zakoni, 2004. **(rasprodano)**
- Vladimir Đ. Degan, Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Bankovni i financijski ugovori, 2007. **(rasprodano)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2007. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. **(rasprodano)**
- Dorotea Ćorić, Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. **(cijena: 577,50 kn)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. **(rasprodano)**
- Anamari Petranović, *Obligationes iuris romani: (breviarum)*, 2010. **(cijena 157,50 kn)**
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, Osnove ekonomske politike, 2012. **(cijena 157,50 kn)**
- Dario Đerđa, Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. **(cijena 115,00 kn)**
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalo, Međunarodno kazneno pravo, 2013. **(cijena 94,50 kn)**
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, Kazneno pravo – opći dio, 2013. **(cijena 68,25 kn)**
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković: Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. **(cijena 300,00 kn)**
- Teodor Antić, Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. **(cijena 150,00 kn)**
- Berislav Pavišić i suradnici, Kazneno postupovno pravo, 6. izdanje, 2014. **(cijena 140,00 kn)**

- Željko Bartulović, Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države, 2014. **(cijena 50,00 kn)**)
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2015. **(rasprodano)**
- Ivan Padjen, Metodologija pravne znanosti, 2015. **(cijena 120,00 kn)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, V. izdanje, 2016. **(cijena 120,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. **(cijena 60,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Ekonomska politika, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Dario Đerđa, Upravni spor, 2017. **(cijena 120,00 kuna)**

#### **MONOGRAFIJE:**

- Robert Blažević, Politički poretci i legitimitet, 1995. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, Pomorsko radno pravo, 1997. **(rasprodano)**
- Vesna Tomljenović, Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. **(rasprodano)**
- Edita Čulinović-Herc, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. **(cijena: 73,50 kn)**
- Lujo Margetić, Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, Kapitalizam iznutra, 1999. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. **(cijena: 105,00 kn)**
- Vesna Crnić-Grotić, Pravo međunarodnih ugovora, 2002. **(cijena: 126,00 kn)**
- Eduard Kunštek, Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. **(cijena: 136,50 kn)**
- Petar Simonetti, Denacionalizacija, 2004. **(rasprodano)**
- Petar Šarčević, Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. **(cijena: 294,00 kn)**
- Željko Bartulović, Sušak 1919. - 1947. Državnopravni položaj grada, 2004. (suizdavač: Adamović, Rijeka i Državni arhiv u Rijeci) **(rasprodano)**
- Robert Blažević, Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti, 2006. **(rasprodano)**
- Mirela Župan, Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006. **(cijena: 103,95 kn)**
- Ivana Kunda, Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007. **(cijena: 114,45 kn)**
- Petar Simonetti, Prava na građevinskom zemljištu, 2008. **(rasprodano)**
- Petar Simonetti, Prava na nekretninama, 2009. **(rasprodano)**
- Sanja Barić, Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(rasprodano)**

- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?, 2013. **(cijena 73,50 kn)**
- Marija Pospišil Miler, Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu, 2014. **(cijena 299,00 kn)**
- Sanja Grbić, Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja), 2014. **(cijena 120,00 kn)**
- Dalida Rittossa, Zablude u kaznenom pravu, 2014. **(cijena 110,00 kn)**
- Igor Martinović, Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, 2014., **(cijena 80,00 kn)**
- Tadija Bubalo, Pravni lijekovi u kaznenom postupkovnom pravu, 2015. **(cijena 180,00 kn)**
- Velinka Grozdanić (urednica), Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, 2015. **(cijena 100,00 kn)**
- Robert Blažević, Stigma i karizma, 2017. **(cijena 80,00 kuna)**
- Budislav Vukas, Hrvatska državnost – pravno-povijesne prosudbe - u povodu 25. obljetnice prijama RH u Ujedinjene narode, 2017. **(cijena 70,00 kuna)**

#### **ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:**

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, Žene i kazna zatvora, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., Kad žena ubije, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, Prekogračna i regionalna suradnja, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), **(cijena: 126,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga-Vukobrat, Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja, 2008. **(cijena: 147,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc, Vlatka Butorac Malnar, Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđu, 2009. **(cijena: 189,00 kn)**
- Vesna Tomljenović i Ivana Kunda: Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu, 2013. **(cijena 150,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013. **(cijena: 150,00 kn)**

- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika, 2014. **(cijena 190,00 kn)**
- Zbornik radova, Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost, urednica: Ivana Kunda, 2015. **(cijena 157,50 kn)**
- Zbornika radova, Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008., urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena: 115,50 kn)**

#### **PRIJEVODI:**

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, Međunarodni trgovački poslovi, 1998. **(besplatno izdanje)**
- R. L. Doernberg, Međunarodno oporezivanje, 1999. **(besplatno izdanje)**
- T. C. Hartley, Temelji prava Europske zajednice, 2004. **(cijena: 315,00 kn - meki uvez)**
- Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava, 2011. **(rasprodano)**

#### **PRIRUČNICI:**

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, Dokumenti Vijeća Europe, 2001. **(cijena: 157,50 kn)**

\* Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

BIBLIOTEKA  
ZAVODA ZA KAZNE NE ZNANOSTI MOŠĆENICE

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, Rijeka, 1997. **(rasprodano)**
- Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004. **(cijena: 236,25 kn)**
- Đorđe Milović, Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. **(cijena: 189,00 kn)**
- Código procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. **(rasprodano)**
- Lujó Margetić, Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006. **(rasprodano)**
- Dejana Golenko, Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. **(cijena: 136,50 kn)**
- Berislav Pavišić, Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/ Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013. **(cijena 105,00 kn)**
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije*, urednik: prof. em. dr. sc. Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015., **(cijena: 460,00 kn)**

**\* Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova:

---

Sjedište, adresa, telefon, fax:

---

OIB: \_\_\_\_\_

U \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-516, fax 051/675-113, e-mail: [skriptarnica@pravri.hr](mailto:skriptarnica@pravri.hr)

